

Dr. Johannes M. Jäger

Rechtsanwalt, Europajurist (Univ. Würzburg), Hauptmann d. R.
Kanzleianschrift: Stephanstr. 3 – 60313 Frankfurt a.M. – johannesmjaeger@gmail.com

An den
Deutschen Bundestag
– Sekretariat des Verteidigungsausschusses –
Platz der Republik 1
11011 Berlin

<p>Deutscher Bundestag Verteidigungsausschuss</p> <p>Ausschussdrucksache 20(12)635</p> <p>09.11.2023 - 20/2456</p> <p>5410</p>

Frankfurt, den 8. November 2023

Entwurf eines Gesetzes zur Beschleunigung der Entfernung von verfassungsfeindlichen Soldatinnen und Soldaten aus der Bundeswehr und zur Änderung weiterer soldatenrechtlicher Vorschriften (BT-Drs. 20/8672)

Hier: Schriftliche Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung am 13. November 2023

Sehr geehrte Frau Vorsitzende,
sehr geehrte Damen und Herren Abgeordnete,

für die Gelegenheit, im Rahmen der öffentlichen Anhörung Stellung zu dem o. g. Gesetzesentwurf nehmen zu dürfen, danke ich Ihnen.

Ich möchte mich in der vorliegenden schriftlichen Stellungnahme auf die beschleunigte Entfernung von verfassungsfeindlichen Soldaten aus der Bundeswehr als den wesentlichen Regelungsgegenstand des Gesetzesentwurfs beschränken. Angesichts der grundsätzlichen verfassungsrechtlichen und -politischen Bedeutung beschränkt sich die Stellungnahme überdies auf die Behandlung der zentralen Bestimmungen.

Mit freundlichen Grüßen

Dr. Johannes M. Jäger

I. Zusammenfassende Thesen

- **Der Gesetzesentwurf ist nicht per se verfassungswidrig, indem er die Entfernung von Zeit- und Berufssoldaten durch Verwaltungsakt zulässt. Jedoch verlässt er den verfassungshistorischen und bisherigen verfassungspolitischen Konsens im Dienst- und Disziplinarrecht der Beamten und Berufs-/Zeitsoldaten seit Bestehen der Bundesrepublik Deutschland.**

Ein hergebrachter Grundsatz des Berufsbeamtentums zum präventiven Richtervorbehalt bei disziplinarischen Entlassungen im traditionsbildenden Zeitraum der deutschen Verfassungsgeschichte insbesondere des 19. und 20. Jahrhunderts hat das Bundesverfassungsgericht in einer jüngeren Entscheidung zwar verneint. Gleichwohl besteht dieser Richtervorbehalt für Reichsbeamte seit 1932. Unter der Geltung des Grundgesetzes hat sich dieser präventive Richtervorbehalt als verfassungsrechtlicher Konsens etabliert. Er wurde nämlich einfachgesetzlich im Beamtenstatus- bzw. Beamtendisziplinarrecht des Bundes und aller Länder – mit Ausnahme Baden-Württembergs, und dies erst seit 2008 – kodifiziert.

Für die Soldaten der Bundeswehr hat der Gesetzgeber im Jahre 1957 mit dem Erlass der Wehrdisziplinarordnung eine bewusste Abkehr von der in allen Vorgängerstaaten der Bundesrepublik möglichen Entlassung von Zeit- und Berufssoldaten ohne Durchführung eines förmlichen, gerichtlichen Verfahrens vollzogen. Seither steht die Entlassung von Zeitsoldaten grundsätzlich und von Berufssoldaten generell unter dem präventiven Richtervorbehalt. Diese Neuerung war die Verfestigung des o. g. – spätestens seit Erlass des Grundgesetzes verbürgten – Grundsatzes des Berufsbeamtentums. Zudem war er die Vollendung der in der Weimarer Republik von 1919 bis 1921 vom Reichstag über die Parteigrenzen hinweg angestellten Überlegungen zur Einführung einer für alle Soldaten geltenden Disziplinargerichtsbarkeit, die insbesondere den präventiven Richtervorbehalt zum Schutze des Soldaten vor willkürlichen Entlassungen vorgesehen hätte.

Dies erfolgte 1957 schließlich in der wehrrechtlichen Ausprägung unter Berücksichtigung der Spezifika des Militärischen, namentlich durch Einführung der mit besonderem Personal- und Sachkompetenz ausgestatteten Truppendienstgerichte in der ersten Instanz. Dies wurde vor allem auch als Kontrapunkt zu den Regelungen der historischen deutschen Armeen bis 1945 verstanden, in denen die Entlassung von Soldaten Ausdruck des vom Staatsoberhaupt innegehabten Oberkommandos war und auch der parteipolitischen Disziplinierung des (zwar unpolitischen zu seienden, aber weit überwiegend nationalkonservativ gewesenen) Berufssoldaten diente.

Der Gesetzgeber hat damit das Leitbild des auch gegenüber der eigenen Führung kritischen „Staatsbürgers in Uniform“ vor dem hergebrachten, Willkür befördernden und parteipolitischen Gehorsam fordernden truppendienstlichen Entfernungsrecht schützen wollen.

Diese 1919 in der ersten deutschen Demokratie begonnene Entwicklung sollte ihren ersten Höhepunkt im Jahr 1956/57 mit der ersten Wehrdisziplinarordnung erreichen und soll heute mit dem vorliegenden Gesetzesentwurf zur Änderung des Soldatengesetzes ihren Niedergang finden.

- **Der Gesetzesentwurf ist jedenfalls ohne verfahrensrechtliche Nachbesserungen im Hinblick auf den fehlenden effektiven Rechtsschutz verfassungswidrig.**

Zu schützendes Rechtsgut ist nicht ein abstraktes Lebenszeitprinzip und dessen grundsätzliche Unentziehbarkeit. Vielmehr geht es um die berufliche, wirtschaftliche, soziale und persönliche Existenz des von einem – möglicherweise rechtswidrigen – Entlassungsverfahren betroffenen Soldaten. Die mit dem Gesetzesentwurf einhergehende Verlagerung des Prozessrisikos, die damit verbundene wirtschaftliche und soziale Unsicherheit sowie die dauerhafte Stigmatisierung im Privat- wie Berufsleben selbst bei behördlich eingestelltem Entlassungsverfahren bzw. gerichtlich aufgehobener Entlassungsverfügung stehen zur Debatte.

Nur der präventive Richtervorbehalt vermag es, prozessuale Fairness und Waffengleichheit zwischen dem Soldaten und seinem Dienstherrn zu sichern, indem eine missbräuchliche Inanspruchnahme des Disziplinarrechts durch den Disziplinarvorgesetzten bis hin zur höchsten politischen Führung maximal erschwer wird. Dies kann insbesondere die sachfremde Instrumentalisierung durch persönliche Animositäten unter Ausnutzung des schon während eines laufenden Disziplinar-(vor-)verfahrens verhängten vorläufigen Beförderungsverbots oder die parteipolitische Einflussnahme unter der Nutzung des unbestimmten Rechtsbegriffs der verfassungsfeindlichen Bestrebungen sein. Auszugehen ist also nicht vom tatsächlich verfassungsfeindlich eingestellten und so handelnden Soldaten, sondern – zum Schutze des Individuums vor einem übergriffigen Staat in klassischer Anwendung der Grundrechtslehre – vom rechtswidrig mit dem Vorwurf der Verfassungsfeindlichkeit konfrontierten Soldaten.

Der mit einem jeden Entlassungsverfahren verbundene existenzielle Eingriff in die Grundrechte des Betroffenen muss nach allgemeinen rechtsstaatlichen Grundsätzen verhältnismäßig sein. Für die prozessuale Seite bedarf es daher der Eingriffsintensität angemessener verfahrensrechtlicher Vorkehrungen. Die Änderung des gerichtlichen Entlassungsverfahrens in ein einfaches Verwaltungsverfahren,

bei dem die nach der Regierungsbegründung den Betroffenen ausreichend schützenden „doppelten“ Anhörung vor Erlass der Entlassungsverfügung ist nicht angemessen. Denn im einfachen Verwaltungsverfahren ist die rein formell erforderliche Anhörung ohnehin bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung in der letzten gerichtlichen Tatsacheninstanz ohne Weiteres nachholbar. Vielmehr ist ein förmliches Verwaltungsverfahren mit besonderen prozessualen Sicherungsinstrumenten vorzusehen. Dies kann insbesondere die Gründung spezieller, unabhängiger Verwaltungsausschüsse auf Basis eines dem jetzigen truppendienstgerichtlichen Verfahren nachgebildeten kontradiktorischen Verfahrens mit besonderen Rechtsbeiständen für den Dienstherrn und den Betroffenen sein.

- **Alternativen zur Änderung des Prozessrisikos sind die bessere personelle und finanzielle Ausstattung der Truppendienstgerichte unter Beibehaltung der jetzigen Rechtslage.**

Dies gilt umso mehr als auch der Gesetzesentwurf nur von einer äußerst geringen Anzahl an Anwendungsfällen ausgeht. In den Jahren 2020 bis 2022 wurden im Mittel 54 Soldaten aller Status- und Dienstgradgruppen pro Jahr wegen mangelnder Verfassungstreue als Extremisten aus dem Dienst entfernt. Anders als der Regierungsentwurf behauptet, existiert eine Rechtsgrundlage für die Entlassung von verfassungsfeindlichen Soldaten in der jetzigen Wehrdisziplinarordnung (§§ 58, 63). Diese Regelung erscheint bereits vor dem Hintergrund vorzugswürdig, als dass sie verfassungskonform und verfassungshistorisch etabliert ist. Die gerichtliche Entlassung von Zeit- und Berufssoldaten schützt die Rechte der Betroffenen vor rechtswidrigen, gar willkürlichen Entlassungsbestrebungen des Dienstherrn, sichert aber zugleich die effektive Entfernung tatsächlicher – gerichtlich festgestellter – Verfassungsfeinde aus der Bundeswehr.

Wenn die Väter und Mütter des Grundgesetzes bei Übernahme immerhin einiger tausend Beamter aus dem „Dritten Reich“ und der Gesetzgeber bei Erlass der Wehrdisziplinarordnung 1957 für ehemalige Wehrmachtssoldaten, deren Unwürdigkeit sich erst nach Übernahme als Berufssoldaten in die Bundeswehr herausstellt, den präventiven Richtervorbehalt zwingend vorsahen, sollte dieser erst recht für die äußerst geringe Anzahl der heute nachgewiesenen Verfassungsfeinde unter den etwa 200.000 verfassungstreuen und treu dienenden Soldaten der Bundeswehr und einem gefestigten Rechtsstaat mit unabhängigen Gerichten weiter gelten.

- **In jedem Falle sollte eine Befristung des Gesetzes erfolgen.**

Damit kann eine – explizit in der Regierungsbegründung nicht vorgesehene – Evaluation der Wirksamkeit des Gesetzes hinsichtlich der erwarteten Be-

schleunigung der gerichtlichen Verfahren und der Anzahl der entlassenen Verfassungsfeinde aus der Bundeswehr durch den Deutschen Bundestag durchgeführt werden. Dies sollte binnen vier Jahren erfolgen (der in der Regierungsbegründung angegebenen durchschnittlichen Dauer derzeitiger gerichtlicher Entlassungsverfahren).

Für den Gesetzgeber und Dienstherrn zu befürchten ist nämlich bei einer extensiven Anwendung des neuen Entlassungstatbestandes auf „Bagatelldelikte“, dass die im vorläufigen Rechtsschutz angerufenen Verwaltungsgerichte in Ansehung der äußerst komplexen Sach- und Rechtslage oftmals eine andere Wertung vornehmen als die Einleitungs- bzw. Entlassungsbehörden. Damit ist es nicht fernliegend, dass in einigen Fällen eine überwiegende Wahrscheinlichkeit einer rechtswidrigen Entlassungsverfügung vorliegt, sodass die aufschiebende Wirkung der Anfechtungsklage ohnehin angeordnet wird.

Im Vergleich zum status quo ante des präventiven Richtervorbehalts wäre dann aus rechtsstaatlicher Sicht nichts gewonnen, den Gerichten und Behörden der Bundeswehr mehr Arbeit gemacht und den Betroffenen dennoch – und ggf. zu Unrecht – das Prozess- und Klagerisiko nebst allen sozioökonomischen, psychosozialen und „karrieremäßigen“ Folgen aufgebürdet.

II. Im Einzelnen

1. Kein Verfassungsbruch, aber ein Bruch mit der bundesdeutschen (Verfassungs-)Rechtstradition

Die mit § 46 Abs. 2a des Soldatengesetz-Entwurfs (SG-E) vorgesehene administrative Entlassung von Zeit- und Berufssoldaten¹ knüpft zumindest implizit – in Ansehung ihres beamtenähnlichen Status – an die jüngste Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts² und des Bundesverfassungsgerichts³ an, die beide die im Grundsatz vergleichbare Vorschrift des baden-württembergischen Landesbeamtendisziplinarrechts für verfassungskonform erklärt haben.⁴

Der vorliegende Entwurf zur Änderung soldatenrechtlicher Vorschriften übergeht aber – ebenso wie insbesondere die Mehrheit des zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts zum Beamtendisziplinarrecht – wichtige verfassungshistorische und -politische Wegmarken. Diese Wegmarken hat der historische Gesetzgeber des Grundgesetzes und des Beamten- und Soldatendisziplinarrechts gleichsam zu Leitplanken für die Aufrechterhaltung einer verfassungsgetreuen, aber politisch durchaus zur Kritik befähigten und an der parteipolitisch neutralen, nur an Recht und Gesetz gebundenen Beamten- und Soldatenschaft der jungen Bundesrepublik in ihr Stammbuch geschrieben. Dazu gehört die – seit dem Bestehen des Grundgesetzes – unter präventivem Richtervorbehalt stehende Entfernung von Lebenszeitbeamten sowie von Zeit- und Berufssoldaten.

Vorzuschicken ist ferner, dass nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts die Normierung der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums in Art. 33 Abs. 5 des Grundgesetzes (GG) keine Anwendung auf soldatische Dienstverhältnisse findet, auch nicht auf die der „beamtenähnlichen“ Berufssoldaten.⁵ Die Ansprüche von Soldaten werden vielmehr durch Art. 14 Abs. 1, Art. 12 Abs. 1, Art. 3 Abs. 1 GG geschützt. Dabei sind sie aber in ihrem Kernbestand nicht minder geschützt als die Ansprüche der Beamten nach Art. 33 Abs. 5 GG. Denn Maßstab für die nähere Ausgestaltung und Schranken der Rechte der Zeit- und Berufssoldaten im Sinne des Art. 14 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2, Art. 12 Abs. 1 Satz 2, Art. 3 Abs. 1 GG ist stets, dass sie nach denselben und damit einheitlichen Grundsätzen zu erfolgen hat wie gegenüber denjenigen Staatsdienern, die einem anderen öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnisses im Sinne von Art. 33 Abs. 5 GG stehen.⁶ Für das in dem Gesetzesentwurf gegenständliche Soldatenstatus- und Wehrdisziplinarrecht ist

¹ Mithin nunmehr auch für solche mit einer längeren Dienstzeit als vier Jahren, siehe § 55 Abs. 5 des Soldatengesetzes (SG).

² BVerwG, Urt. v. 21. April 2016 – 2 C 4.15, BeckRS 2016, 52183.

³ BVerfG, Beschl. v. 14. Januar 2020 – 2 BvR 2055/16, NVwZ 2020, S. 1584.

⁴ Insbesondere § 38 Abs. 1 Landesdisziplinargesetz Baden-Württemberg (BWL DG).

⁵ Grundlegend BVerfG, Urt. v. 26. Februar 1954 – 1 BvR 371/52, NJW 1954, 465 6. Ls.

⁶ Grundlegend BVerfG, Urt. v. 26. Februar 1954 – 1 BvR 371/52, NJW 1954, 465 7. Ls.; *Badura*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 101. EL Mai 2023, Art. 33 Rn. 54 m. w. N.; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth (Hrsg.), Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 17. Aufl. 2022, Art. 33 Rn. 47.

dies vor allem deshalb von Belang, weil die ersten Soldaten der Bundeswehr noch als Bundesbeamte auf Probe (auf Grundlage des Freiwilligengesetzes vom 23. Juli 1955) eingestellt wurden. Für sie galt – jedoch explizit übergangsweise und als „Notlösung“⁷ – die Bundesdisziplinarordnung vom 28. November 1952, in der bereits die Entlassung von Lebenszeitbeamten nur im Wege gerichtliche Entscheidung vorgesehen war. In der Folge übernahm die 1957 erlassene Wehrdisziplinarordnung dieses Rechtsinstitut erstmals in der deutschen Geschichte für Zeit- und Berufssoldaten und verfestigte damit den präventiven Richtervorbehalt als Kernelement des beamten- und soldatenrechtlichen bzw. disziplinarrechtlichen Normbestandes.

Aus diesem Grunde werden die der jüngsten Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zugrunde liegenden Erwägungen für die Verfassungsmäßigkeit der administrativen Entlassung von Beamten wegen schweren Dienstvergehen auch hier untersucht. Im Ergebnis lässt sich vorab festhalten: Die mit dem vorliegenden Gesetzesentwurf verbundene Rückkehr in den Rechtszustand vorheriger deutscher Staats- und Rechtsordnungen macht die avisierte Änderung des Soldaten- und Wehrdisziplinarrechts zwar nicht verfassungswidrig, jedoch aus systematischen Gründen verfassungspolitisch sehr bedenklich. Mit der Abschaffung des präventiven Richtervorbehalts handelt es sich namentlich um nichts weniger als um einen „Systembruch“ mit bzw. in der bundesdeutschen Rechtsordnung.⁸

a. Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Entlassung von Lebenszeitbeamten durch Verwaltungsakt als Blaupause

Das Bundesverfassungsgericht⁹ geht in seiner Entscheidung zur Entlassung von Lebenszeitbeamten wegen schwerer Dienstvergehen im Wege des Verwaltungsverfahrens davon aus, dass aus den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums eine Pflicht des Staates als Dienstherrn zur und – vice versa – ein Anspruch des Betroffenen auf Entfernung aus dem Beamtenverhältnis einzig durch Richterspruch gerade nicht bestehe. Vielmehr sei die Überprüfung der von der Verwaltung getroffenen Entscheidung zur Entlassung eines Lebenszeitbeamten durch die nachgelagerte Rechtsschutzmöglichkeit vor den Verwaltungsgerichten zur Wahrung des Rechtsstaatsgebots und des effektiven Rechtsschutzes ausreichend.¹⁰ Verwiesen wird darauf auch in der Begründung zum vorliegenden Gesetzesentwurf.¹¹

⁷ Siehe schriftlicher Bericht des Ausschusses für Verteidigung (6. Ausschuss) über den Entwurf einer Wehrdisziplinarordnung (WDO), BT-Drs. 3126, S. 10960 f. m. w. N. auf die damalige ZDv 10/10: „Die Anwendung der Bundesdisziplinarordnung auf die Soldaten ist eine ausgesprochene Notlösung und wirklich nur für eine Übergangszeit vertretbar. Die Bundesdisziplinarordnung ist soldatenfremd, d. h. ihre Bestimmungen tragen den eigentümlichen Verhältnissen beim Wehrdienst nicht ausreichend Rechnung.“

⁸ Vgl. ebenso zur Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu § 38 BWLDG das Sondervotum Huber zu BVerfG, Beschl. v. 14. Januar 2020 – 2 BvR 2055/16, NVwZ 2020, S. 1584 (1597).

⁹ BVerfG, Beschl. v. 14. Januar 2020 – 2 BvR 2055/16, NVwZ 2020, S. 1584 1. Ls.

¹⁰ BVerfG, Beschl. v. 14. Januar 2020 – 2 BvR 2055/16, NVwZ 2020, S. 1584 3. Ls.

¹¹ RegBegr., S. 18.

Dabei wird auch die Möglichkeit der Anordnung der aufschiebenden Wirkung durch ein nach § 80 Abs. 5 Satz 1 der Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) angerufenen Verwaltungsgericht hervorgehoben, wenngleich die statistische Wahrscheinlichkeit für einen im Verwaltungsrecht tätigen Rechtsanwalt in der Praxis grundsätzlich eher gegen eine solche Anordnung spricht. So sind die Anforderungen an die summarische Prüfung im Eilverfahren, dass der angefochtene Verwaltungsakt offensichtlich rechtswidrig und der Antragsteller dadurch in seinen Rechten verletzt sein muss bzw. – bei keiner eindeutigen Antwort auf die Frage nach der offensichtlichen Rechtswidrig- bzw. Rechtmäßigkeit – in analoger Anwendung des § 80 Abs. 4 Satz 3 VwGO zumindest ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts bestehen müssen.¹² Dies könnte sich bei Umsetzung der avisierten Rechtsänderung aber durchaus ändern, wenn nämlich die Exekutive die Befugnisse zur Entlassung aufgrund verfassungsfeindlicher Tendenzen auch auf solche Fälle anwendet, für welche die gefestigte höchstrichterliche Rechtsprechung des zweiten Wehrdienstsenates des Bundesverwaltungsgerichts geringere Disziplinarmaßnahmen als ausreichend erachtet. Inwieweit dies im Detail gegen den Gesetzesentwurf spricht, ist unter **2. b.** dargestellt.

Auch wird die Stoßrichtung dieser Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom Gesetzesentwurf aufgenommen, insoweit darauf Bezug genommen wird, dass die bei sämtlichen Entscheidungen über die Beendigung eines Wehrdienstverhältnisses nach § 23 Abs. 6 Satz 2 der Wehrbeschwerdeordnung (WBO) keine aufschiebende Wirkung entfaltenden Rechtsbehelfe der Beschwerde nach der Wehrbeschwerdeordnung bzw. der Anfechtungsklage auf Antrag der Betroffenen durch das Verwaltungsgericht nach § 80 Abs. 5 VwGO angeordnet werden könne.¹³ Der Soldat habe „sämtliche im Verwaltungsverfahren vorgesehenen Rechtsschutzmöglichkeiten.“¹⁴

Das Judikat des Bundesverfassungsgerichts zum Beamtendisziplinarrecht erwähnt die Regierungsbegründung zum vorliegenden Gesetzesentwurf zwar nicht explizit, verweist allerdings darauf, „*dass der Staat, dessen verfassungsmäßiges Funktionieren davon abhängt, dass sich seine **Beamtinnen und Beamten sowie Soldatinnen und Soldaten** zur Verfassung ihres Staates bekennen und für diese Verfassung einstehen, solche Soldatinnen und Soldaten im Staatsdienst belässt, die die freiheitliche demokratische, rechts- und sozialstaatliche Ordnung ablehnen und bekämpfen.*“¹⁵

Schon aus diesem Grunde ist eine konzise Auseinandersetzung mit der vorstehend genannten höchstrichterlichen Rechtsprechung zum Beamtendisziplinarrecht und der Kontrastierung mit dem vorliegenden Gesetzesentwurf über die Entlassung von Zeit- und Berufssoldaten geboten:

¹² Statt vieler *Gersdorf*, in: Posser/Wolff/Decker (Hrsg.) BeckOK VwGO, 66. Edition, Stand: 1. Juli 2021, § 80 Rn. 187 m. w. N.

¹³ RegBegr., S. 18.

¹⁴ RegBegr. zu § 47a SG-E, S. 23.

¹⁵ RegBegr., S. 1, Herv. d. Verf.

b. Verengung des traditionsbildenden Zeitraumes für hergebrachte Grundsätze des Berufsbeamtentums auf die Zeit vor Erlass des Grundgesetzes nicht ausreichend

Das Bundesverfassungsgericht beginnt die Begründung seiner Entscheidung zugunsten der Entfernung von Beamten durch Verwaltungsakt mit Ausführungen zur rechtsprechenden Gewalt, seiner Entwicklung und Bedeutung in der deutschen Verfassungs- und Beamtenrechtsgeschichte (19. Jahrhundert bis Ende der Weimarer Republik). Dabei hält es einen verfassungsrechtshistorischen Grundsatz einer verpflichtenden richterlichen Entscheidung über den Antrag auf Entfernung eines Beamten durch den Dienstherrn – der gleichermaßen zu den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums im Sinne von Art. 33 Abs. 5 GG zu zählen wäre – für nicht nachweisbar. Das Bundesverfassungsgericht argumentiert unter anderem zutreffend, dass zwar einzelne Gesetze dem Landesherrn bzw. Vorgesetzten die Entscheidung über die Versetzung und Entlassung von Beamten entzogen und diesen Spruchkörpern zugewiesen worden waren, dass aber diese Spruchkörper gerade nicht vergleichbar gewesen seien mit den unabhängigen Gerichten im Sinne des Grundgesetzes (Art. 20 Abs. 3, Art. 19 Abs. 4, Art. 97 GG).¹⁶ Dies gelte organisationsrechtlich auch für die nach dem Reichsbeamtengesetz 1932 für die disziplinarrechtliche Entlassung von Reichsbeamten zuständigen Disziplinarkammern, da sie der Aufsicht des Reichsamtes des Innern unterstanden.¹⁷

Historisch ist dies freilich korrekt. Jedoch: Auch die Verwaltungsgerichte standen unzweifelhaft noch lange unter Einfluss des Landesherrn. Gleichwohl erlaubt ist unter dieser organisationsrechtlichen Perspektive – die das Bundesverfassungsgericht zur Ablehnung eines präventiven Richtervorbehalts als gemeines beamtenrechtliches Erbe der vorkonstitutionellen Zeit einnimmt – danach die Frage, wie unabhängig die deutschen Verwaltungsgerichte heute sind, wenn sie beispielsweise in Bayern dem Staatsministerium des Innern unterstehen¹⁸ oder auch die Truppendienstgerichte, die zum Geschäftsbereich des Bundesministeriums der Verteidigung gehören, § 69 Abs. 1 der Wehrdisziplinarordnung (WDO).

Entscheidend argumentiert das Bundesverfassungsgericht in der Sache, dass der von einer Entlassungsverfügung betroffene Beamte die Möglichkeit des nachgelagerten Rechtsschutzes habe. Zugleich habe er es überhaupt in der Hand, ein Entlassungsverfahren mit nachfolgender Anfechtungsklage, samt der jahrelangen Unsicherheit über seine berufliche, wirtschaftliche und soziale Existenz zu verhindern, indem er sich schlicht „rechtskonform“ verhalte.¹⁹ Diesen Gedanken greift auch der vorliegende Gesetzesentwurf zur Änderung des Soldatenrechts implizit auf.

¹⁶ BVerfG, Beschl. v. 14. Januar 2020 – 2 BvR 2055/16, NVwZ 2020, S. 1584 Rn. 50.

¹⁷ BVerfG, Beschl. v. 14. Januar 2020 – 2 BvR 2055/16, NVwZ 2020, S. 1584 Rn. 50.

¹⁸ Siehe dazu auch *Kenntner*, ZBR 2020, S. 368 (369).

¹⁹ BVerfG, Beschl. v. 14. Januar 2020 – 2 BvR 2055/16, NVwZ 2020, S. 1584 Rn. 70; kritisch dazu *Kenntner*, ZBR 2020, S. 368 (371).

Das Bundesverfassungsgericht und die Bundesregierung in dem vorliegenden Gesetzesentwurf verkennen aber die Bedeutung, welche die Väter und Mütter des Grundgesetzes der Bundesrepublik hinsichtlich des präventiven Richtervorbehalts bei der disziplinarrechtlichen Entlassung von Beamten sehr wohl ins Stammbuch schreiben wollten. Unterdessen hat die Mehrheit des Senats des Bundesverfassungsgerichts den im Sondervotum Huber geäußerten Vorschlag abgelehnt, neben der vorkonstitutionellen Zeitperiode vor Erlass des Grundgesetzes auch die Verfassungsentwicklung zum bzw. unter dem Grundgesetz für die Feststellung hergebrachter Grundsätze und Wesenskerne des Lebenszeitprinzips zu betrachten. Ausgehend hiervon gehen einige Stimmen in der Literatur ebenfalls davon aus, dass nur der Weg über die Disziplinarklage zur Entlassung von Lebenszeitbeamten verfassungsgemäß sei.²⁰

Dabei zeigt schon die Analyse der wenigen gedruckten Quellen aus der Zeit der Erarbeitung des Grundgesetzes, dass die gerichtliche Entlassungsbefugnis von Lebenszeitbeamten als Kern eines willkürfreien, rechtsstaatlichen Disziplinarverfahrens zur Sicherung einer parteipolitisch unabhängigen Beamenschaft gesehen wurde. Für die CDU-Fraktion äußerte Dr. Strauß:

*„Der Gedanke des Berufsbeamtentums bedeutet die lebenslängliche Anstellung, **die Entlassung nur auf dem Disziplinarwege**, die Pension und die Hinterbliebenenversorgung. Diese drei Dinge klingen an, wenn wir das Wort erwähnen“²¹.*

Ferner findet sich bereits in den Bayerischen Bemerkungen zum Vorentwurf eines Deutschen Grundgesetzes die Aussage, dass „*der Beamte **gegen Willkür in der Beendigung des Dienstverhältnisses durch Einrichtung einer Dienststrafgerichtsbarkeit zu schützen***“²² sei.

Dies wurde nicht nur in das geltende Bundesbeamtenrecht – aus dem Reichsbeamtengesetz von 1932 – übernommen, sondern ist seit Bestehen der Bundesrepublik Deutschland auch die Rechtslage in allen Ländern (erst seit 2008 mit der Ausnahme Baden-Württembergs).

Diesem „Grundrechtsschutz durch Verfahren“²³, der nur durch den präventiven Richtervorbehalt bei der Entlassung von Lebenszeitbeamten erreicht wird und der zugleich die Beamten ermutigt, ihr Amt rechtsstaatskonform – nur an Recht und Gesetz gebunden, frei von (partei-)politischen Vorstellungen der höheren Führung – auszuüben, entzieht die von der Senatsmehrheit des Bundesverfassungsgerichts für verfassungsgemäß erachtete baden-württembergische Landesregelung den Boden,²⁴ die zugleich implizite Blaupause für die hier vorliegende Änderung des Soldatengesetzes ist.

²⁰ Siehe etwa *Summer*, Dokumente zur Geschichte des Beamtenrechts, S. 37; *Weiß*, in: Fürst (Hrsg.), Disziplinarrecht des Bundes und der Länder, GKÖD II, M § 33 Rn. 115, § 45 Rn. 9, 40 ff.

²¹ Schneider (Hrsg.), Das Grundgesetz. Dokumente seiner Entstehung, Bd. 10, 1996, S. 418, zit. nach *Kenntner*, ZBR 2020, S. 368 (370), Herv. d. Verf.

²² Schneider (Hrsg.), Das Grundgesetz. Dokumente seiner Entstehung, Bd. 10, 1996, S. 405, zit. nach *Kenntner*, ZBR 2020, S. 368 (370), Herv. d. Verf.

²³ So auch Sondervotum Huber zu BVerfG, Beschl. v. 14. Januar 2020 – 2 BvR 2055/16, NVwZ 2020, S. 1584 (1595).

²⁴ Vgl. Sondervotum Huber zu BVerfG, Beschl. v. 14. Januar 2020 – 2 BvR 2055/16, NVwZ 2020, S. 1584 (1595).

c. Jedenfalls für das Soldatenrecht: Traditionsstiftende Wirkung unter Geltung des Grundgesetzes, insbesondere seit Erlass der Wehrdisziplinarordnung 1957

Die Erwägungen zu Art. 33 Abs. 5 GG lassen sich – wie oben dargestellt – nicht unmittelbar, nur ihrem Wesen nach auf die Stellung der Berufs- und Zeitsoldaten übertragen. Auch aus der historischen Perspektive betrachtet ergeben sich einige Unterschiede. Während nämlich die gerichtliche Entlassung für Beamte – ungeachtet der Einschätzung als nicht traditionsstiftend für die 1949 schon hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums – bereits vor 1949 in einzelnen deutschen Rechtsordnungen verankert war, war ebendies für Soldaten nicht der Fall. Das Soldaten- bzw. Wehrdisziplinarrecht bis 1945 kannte schlechterdings keinen Schutz des Soldaten vor der (rechtswidrigen) administrativen Entlassung.²⁵

Der Gesetzesentwurf geht richtigerweise davon aus, dass die Verfassungstreue an Soldaten aufgrund ihrer Rolle als Ausdrucksmittel der Souveränität des Staates mit militärischen Mitteln und Werkzeuge der Ausübung des Gewaltmonopols des Staates besondere Anforderungen stellt.²⁶ Insofern gehört auch – im Sinne des alten Moltke – Disziplin²⁷ mehr als im zivilen Beamtenwesen zu den Soldaten der Bundeswehr.

Verkannt wird mit ihm aber die identitätsstiftende Bedeutung des heute in §§ 58, 63 WDO kodifizierten präventiven Richtervorbehalts bei der Entlassung von Berufs- und Zeitsoldaten für die Bundeswehr, gerade in Abgrenzung zu früheren deutschen Armeen bis 1945, deren Disziplinarordnungen²⁸ eine Entlassung auch für diese Statusinhaber auf dem Verwaltungswege zuließen, die noch am Ende der Kaiserzeit und in der Weimarer Republik zur parteipolitischen Reinigung insbesondere des Offizierskorps (gegen Anhänger linker Parteien) durch die rechtskonservative Militärführung genutzt wurde.²⁹

²⁵ Art. 46 Weimarer Reichsverfassung (WRV) lautete: „Der Reichspräsident ernennt und entläßt die Reichsbeamten und die Offiziere, soweit nicht durch Gesetz etwas anderes bestimmt ist. Er kann das Ernennungs- und Entlassungsrecht durch andere Behörden ausüben lassen.“ So sah § 26 Abs. 4 Wehrgesetz (WG) von 1921 nur die Einspruchsmöglichkeit gegen den Kündigungsbescheid binnen Monatsfrist beim Reichswehrminister vor, über den aber letztinstanzlich durch den Reichspräsidenten entschieden wurde. Ähnlich war die Rechtslage vor 1919: Die alten Ehrengerichte bereiteten die Letztentscheidung des Monarchen lediglich vor. Ein gerichtlicher Rechtsschutz auf Einstellung, gegen die Entlassung und dergleichen war nach der Konzeption des Wehrgesetzes nicht statthaft, vgl. zum Ganzen *Heinemann*, Rechtsgeschichte der Reichswehr 1918 – 1933, S. 321 f. m. w. N. auf die Fundstelle des abgedruckten Zuständigkeitserlasses des Reichspräsidenten vom 16. November 1919.

²⁶ Vgl. nur RegBegr., S. 17.

²⁷ „Die Disziplin ist der Grundpfeiler der Armee, und ihre strenge Aufrechterhaltung eine Wohltat für alle.“

²⁸ Siehe die Übersicht bei v. *Mitzlaff*, in: Baden/v. Mitzlaff (Hrsg.), Wehrdisziplinarordnung, 6. Aufl. 1965, Einf. Rn. 1 unter Hinweis auf die preußische Verordnung über die Disziplinarbestrafung in der Armee vom 21. Oktober 1841, die Disziplinarstrafordnung für das Heer vom 31. Oktober 1872 nebst Ergänzungsbestimmungen zur Disziplinarstrafordnung vom 31. März 1919, die Disziplinarstrafordnung für das Reichsheer vom 11. Oktober 1921 und vom 18. Mai 1926, zuletzt geändert durch Verordnung vom 24. September 1935 (HDv 3/9), die Disziplinarstrafordnung für die Marine vom 22. Mai 1926, zuletzt neugefasst am 8. April 1936 (MDv 130), die Disziplinarstrafordnung der Wehrmacht vom 6. Juni 1942 und die jeweils geltenden Wehrgesetze (Wehrgesetz vom 21. März 1921, Wehrgesetz vom 21. Mai 1935).

²⁹ So befahl der Oberbefehlshaber des Reichswehr-Gruppenkommandos 2, Generalleutnant v. Schoeler, am 3. Oktober 1919: „Wir müssen uns rein halten. Alle unsauberen Persönlichkeiten, alle Anhänger der kommunistischen und Unabhängigen Sozialdemokratischen Partei müssen rücksichtslos aus der Reichswehr entfernt werden. Auch

Diese Neuerung wurde einmütig begrüßt und in Abkehr von der deutschen nicht mehr förderungswürdigen soldaten- und disziplinarrechtlichen Tradition, die auch in der exekutiven Säuberung der Wehrmacht durch Hitler mündete – was das Bundesverfassungsgericht in zwei frühen Entscheidungen zu Ansprüchen ehemaliger Wehrmachtsangehöriger ausführlich darlegt hat –³⁰ als große Errungenschaft der Bundesrepublik Deutschland und ihrer neuen, von „Staatbürgern in Uniform“ geformten Armee verstanden.³¹ Damit dient das mit der Wehrdisziplinarordnung 1957 eingeführte „neue“ Disziplinarrecht zugleich dem Schutz des pflichtgetreuen Soldaten in seinem Amte, seiner Dienststellung.³² Der Entwurf der Wehrdisziplinarordnung vom 2. März 1956 führte mit den §§ 43 ff. erstmalig in der deutschen Militärgeschichte gerichtliche Disziplinarstrafen ein. Die Bundesregierung begründete dies wie folgt:

„Das disziplinargerichtliche Verfahren dient in erster Linie dazu, für die Maßnahmen, die früher in Gestalt der Verabschiedung mit und ohne Versorgung, mit und ohne Verlust des Dienstgrades, im Verwaltungswege getroffen wurden, ein förmliches, rechtlich geordnetes Verfahren vor unabhängigen Gerichten einzuführen und damit den Berufssoldaten und den Soldaten auf Zeit denselben Rechtsschutz zu gewähren, wie er nach dem Beamtenrecht den zivilen Staatsdienern seit langem zugebilligt ist.“³³

Der Verteidigungsausschuss, der seinen schriftlichen Bericht über den Gesetzesentwurf am 22. Januar 1957 dem Bundestag vorlegte, konstatierte:

derjenige macht sich mitschuldig, der im Kameradenkreise einen Feind der Reichswehr [...] duldet. Er ist sofort zu entlassen.“ Zit. nach *Heinemann*, Rechtsgeschichte der Reichswehr 1918 – 1933, S. 124.

³⁰ BVerfG, UrT. v. 26. Februar 1954 – 1 BvR 371/52, NJW 1955, S. 465 (465 f.): „Die Aushöhlung und weitgehende Zerstörung der Reichsverfassung führte freilich auch gegenüber den Berufssoldaten zur Beseitigung des verfassungsrechtlichen Schutzes ihrer wohl erworbenen Rechte, den Art. 129 Abs. 4 WeimVerf. ihnen gewährleistet hatte. Dieser Verfassungsschutz reichte den Soldaten gegenüber von vornherein nicht so weit wie der Schutz der wohl erworbenen Rechte der Beamten; er ließ insbesondere auch eine von den Grundsätzen des Art. 129 Abs. 1 – 3 WeimVerf. abweichende Gestaltung der Dienstverhältnisse der Berufssoldaten durch einfaches Reichsgesetz [...]. Aber auch in diesem verminderten Umfang wurde der Verfassungsschutz nun beseitigt. [...]. Der Beschluß des Großdeutschen Reichstags v. 26. 4. 1942 (RGBl. I 247) bezieht sich ausdrücklich auch auf die Wehrmacht; er bestätigt Hitler als dem Obersten Befehlshaber der Wehrmacht auch gegenüber allen Soldaten und Offizieren das Recht, sie „ohne Rücksicht auf sogenannte wohl erworbene Rechte“ und „ohne Einleitung vorgeschriebener Verfahren“ aus Amt, Rang und Stellung zu entfernen. Schon vorher hatte Hitler keine Bedenken getragen, sich diese Befugnis anzumaßen; das zeigt der Fall des Generalobersten Hoepfner, der Anfang 1942 von Hitler ohne Verfahren aus der Wehrmacht ausgestoßen wurde.“

³¹ Vgl. v. *Mitzlaff*, in: Baden/v. Mitzlaff (Hrsg.), Wehrdisziplinarordnung, 6. Aufl. 1965, Einf. Rn. 5 konstatiert, dass Berufssoldaten und Soldaten auf Zeit in keinem Arbeitsverhältnis, sondern in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis stehen und sie heute nicht mehr durch einen formlosen Verwaltungsakt verabschiedet oder sonst entlassen werden können. Sie haben ferner Anspruch darauf, dass sie ihre Rechtsstellung als Soldat oder andere erworbene militärische Rechte nur unter schwerwiegenden Umständen und nur in einem geregelten Verfahren verlieren.“ Das Reichsgericht folgerte in einer zivilrechtlichen Entscheidung (RGZ 99, 261) über die einzig justiziablen vermögensrechtlichen Ansprüche von Reichswehrangehörigen gemäß Art. 129 Abs. 4 WRV, dass es sich bei dem das Dienstverhältnis begründenden Vertrag nur um einen öffentlich-rechtlichen Vertrag handeln könne, ein Arbeitsverhältnis mithin, das auch einseitig und formlos durch Verwaltungsakt gekündigt werden konnte, siehe dazu *Heinemann*, Rechtsgeschichte der Reichswehr 1918–1933, S. 133.

³² So auch *Baden*, in: Baden/v. Mitzlaff (Hrsg.), Wehrdisziplinarordnung, 6. Auflage 1965, Vorbem. 3 Abschn. S. 246 m. w. N.

³³ RegBegr zur WDO, BT-Drs. 2/2181, S. 33 f., Herv. d. Verf.

*„Das **disziplinargerichtliche Verfahren** und die ihm vorbehaltenen Laufbahnstrafen [...] **sind im militärischen Bereich ohne Vorgang. Früher konnten auch Berufssoldaten ohne gerichtliches Verfahren im Verwaltungswege entlassen werden.** Die Einführung eines geordneten gerichtlichen Verfahrens für den Ausspruch von Laufbahnstrafen bedeutet eine wichtige Erweiterung des Rechtsschutzes der Soldaten. Das Gesetz **lehnt sich bei dem System der Laufbahnstrafen und bei der Gestaltung des Verfahrens stark an das geltende Beamtendisziplinarrecht der Bundesdisziplinarordnung an.**“³⁴*

d. Kodifizierung der rechtsstaatlichen Ansätze der frühen Weimarer Republik im Wehrdisziplinarrecht im Jahre 1957

Der Deutsche Bundestag griff damit nichts weniger als die am Anfang der Weimarer Republik angestoßene Diskussion im Reichstag auf, in der sich die Parteien und Fraktionen aller politischen Strömungen jedenfalls in der Sache einig waren, dass der mit dem Staatsformwechsel von der Monarchie zur Demokratie verbundene ersatzlose Entfall der vormaligen Ehrengerichtbarkeit für Offiziere (die allerdings auch nur die im Verwaltungswege getroffene Letztentscheidung des Oberkommandierenden und Staatsoberhauptes über die Entlassung eines unwürdigen bzw. ungeeigneten Offiziers vorbereitete) nicht zu einem schlichten Entlassungsverfahren im Verwaltungswege führen durfte. Denn damit wäre der spezifische Zweck der Aufrechterhaltung eines schlagkräftigen, aber auch (demokratie- bzw. verfassungs-)treuen Heeres und Offizierskorps nicht erreichbar gewesen.³⁵

Aus diesen Gründen sah schon das Wehrgesetz von 1921 für alle Soldaten, d. h. für Offiziere bis Mannschaften, auf Grundlage der Entscheidung einer Wehrberufskammer die Verhängung von Disziplinarmaßnahmen vor. Dieser Teil sollte einer geplanten Disziplinargerichtsbarkeit vorbehalten bleiben – wofür ausdrücklich die Disziplinargerichte für Beamte aus einigen deutschen Rechtsordnungen Modell standen – und sollten mit dem später aber nicht (mehr) erlassenen Wehrmachtdisziplinargesetz elaboriert werden.³⁶

Dass es schließlich nicht zum Erlass des in den Anfangsjahren der Weimarer Republik geplanten Wehrmachtdisziplinargesetzes mit diesen Inhalten kam, lag an den sich unveröhnlich gegenüberstehenden politischen Lagern jener Zeit, einer an alten Ehrenkodizes und Ehrengerichten für Offiziere festhaltenden Armeeführung sowie ihrer entsprechenden konser-

³⁴ Schriftlicher Bericht des Ausschusses für Verteidigung (6. Ausschuss) über den Entwurf einer Wehrdisziplinarordnung (WDO), BT-Drs. 3126, S. 10961 f., Herv. d. Verf.

³⁵ Vgl. *Heinemann*, Rechtsgeschichte der Reichswehr 1918 – 1933, S. 320 für die das Jahr 1919: „Insbesondere kannte das militärische Disziplinarstrafrecht die Strafe der Dienstentlassung nicht. Einige Stimmen regten bereits hier reichseinheitliche Regelungen an, die sich am Beamtenrecht und seinem disziplinargerichtlichen Verfahren zur Dienstentlassung orientieren sollten.“ Und S. 118: „Eine Entlassung auch innerhalb der Verpflichtungszeit kam für Offiziere von Amts wegen nach dem Wehrgesetz nur bei mangelnder Eignung und Befähigung in Betracht (§ 26 Abs. 1 Buchstaben a und b, Abs. 2 WG). Da aber das geplante Wehrmachtdisziplinargesetz zur Einführung förmlicher Disziplinarverfahren scheiterte, verblieb auch bei den Offizieren nach der bereits angesprochenen Verordnung des Reichspräsidenten die Möglichkeit der fristlosen Kündigung aufgrund von Unwürdigkeitshandlungen.“

³⁶ Siehe erneut *Heinemann*, Rechtsgeschichte der Reichswehr 1918 – 1933, S. 321 f.

vativen Exponenten im Reichstag auf der einen Seite und an einer das geplante – disziplinargerichtliche – Unwürdigkeitsverfahren torpedierende politische Linke (SPD und Kommunisten) auf der anderen Seite.³⁷ Die Idee aber, auch Soldaten – über alle Status- und Dienstgradgruppen hinweg – den präventiven Richtervorbehalt bei Entlassungen als Errungenschaft des Beamten-(disziplinar-)rechts zuteil werden zu lassen, war bereits am Anfang der demokratischen Zeit in Deutschland im Jahre 1919 geboren. Diese Entwicklung sollte ihren ersten Höhepunkt im Jahr 1956/57 mit der ersten Wehrdisziplinarordnung erreichen und soll heute mit dem vorliegenden Gesetzesentwurf zur Änderung des Soldatengesetzes seinen Niedergang finden.

2. Kein effektiver Grundrechtsschutz durch Verfahren durch nachgelagerte Überprüfung der exekutiven Entlassungsentscheidung: Richtiger Ausgangspunkt der Überlegungen ist zu Unrecht entlassener Betroffener

Bei den praktischen Auswirkungen eines ggf. vorsätzlich rechtswidrig genutzten administrativen Entlassungsverfahrens unter dem Vorwand eines schweren Dienstvergehens bzw. einer in schwerwiegender Weise verfolgten verfassungsfeindlichen Bestrebung im Sinne des § 46 Abs. 2a Nr. 1 SG-E kann es beispielsweise um die „geschickte“ Nutzung von Entlassungsverfügungsverfahren nebst dem innewohnenden Beförderungsverbot während eines laufenden Disziplinarverfahrens³⁸ aus taktischen Gründen in Beförderungsszenarios in Ministerien, in nachgeordneten Behörden und Kommandos sowie Stäben gehen. Zugleich müssen die Dauer von mehreren Jahren (der vorliegende Gesetzesentwurf spricht im Durchschnitt von vier Jahren) sowie die Kostentragung, aber auch die psychosozialen Auswirkungen von Anfechtungsklageverfahren und Nutzung von Berufungs- und Revisionsmöglichkeiten für den Betroffenen sowie etwaige Stigmatisierungen und Konsequenzen selbst bei erfolgreicher Anfechtungsklage, allein durch das einmal begonnene Disziplinarverfahren für die „Karriere“³⁹ bedacht werden.

Freilich ist die Entfernung von erwiesenen Verfassungsfeinden aus der Beamten- und Soldatenschaft ein berechtigtes rechtliches und politisches Ziel des Dienstherrn und des Gesetzgebers und wird auch vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte als *ius commune* angesehen.⁴⁰ Die verfassungsrechtliche Dimension des Grundrechtsschutzes des Betroffenen wird jedoch verkannt, wenn dem vom Disziplinarverfahren betroffenen Beamten oder Soldaten im beamtendisziplinarrechtlichen Vergleichsfall vom Bundesverfassungsgericht der höchstrichterliche Rat gegeben wird, sich zur Vermeidung solcher beruflicher, finanzieller und persönlicher Belastungen durch ein Disziplinarverfahren doch einfach rechtskonform zu

³⁷ So auch *Heinemann*, Rechtsgeschichte der Reichswehr 1918 – 1933, S. 323.

³⁸ Vgl. nur VGH München, Beschl. v. 16. Januar 2017 – 6 CE 16.2302, BeckRS 2017, 101138 Rn. 13 und ZDv A-1340/49, Nr. 2.5.4 246.

³⁹ Siehe zu der etwa Sondervotum Huber zu BVerfG, Beschl. v. 14. Januar 2020 – 2 BvR 2055/16, NVwZ 2020, S. 1584 (1597).

⁴⁰ EGMR, UrT. v. 26. September 1993 – 7/1994/454/535, NJW 1996, 375 Rn 51 ff.

verhalten.⁴¹ Ausgangspunkt der Überlegungen über die Verfassungskonformität und die Systemkonformität der exekutiven Entlassung von Beamten und Soldaten muss vielmehr sein, dass aus historischer Erfahrung und eng verbunden mit der Entwicklung des demokratischen Rechts- und Verfassungsstaates nur die unabhängige, gerichtliche Entscheidung über den vom Dienstherrn zu stellenden Antrag auf Entlassung die erforderliche neutrale Auseinandersetzung mit den für und gegen den Betroffenen sprechenden Tatsachen und ihre Gewichtung in der rechtlichen Würdigung – inklusive der Möglichkeit des Absehens von der Entfernung unter Annahme eines minderschweren Falles sowie Verhängung einer geringeren Disziplinarmaßnahme⁴² – verbürgt.

a. Verfassungsmäßigkeit des Gesetzesentwurfs herstellbar über die prozedurale Waffengleichheit und Fairness im Wege eines kontradiktorischen, gerichtlichen ähnlichen Verfahrens vor einem Verwaltungsausschuss

Die Entfernung aus dem Dienst stellt den schwersten disziplinarischen Eingriff in die Rechte eines Zeit- bzw. Berufssoldaten dar. Sie betrifft den Bestand des Dienstverhältnisses als zentraler Bestandteil des Lebenszeitprinzips, dessen grundsätzliche Unentziehbarkeit das Bundesverfassungsgericht als eine der wichtigsten von Art. 33 Abs. 5 GG geschützten Regeln des Beamtenrechts – und damit für Zeit- und Berufssoldaten nach Art. 14, Art. 12, Art. 3 GG für Berufs- und Zeitsoldaten im Lichte von Art. 33 Abs. 5 GG erachtet.⁴³

Dieses Prinzip unterscheidet den Beamten und den Berufssoldaten vom Angestellten im öffentlichen Dienst, dessen Kündbarkeit sich nicht nach dem Prinzip einer gegenseitigen Lebenszeitbeschäftigung richtet⁴⁴ und folglich weniger strengen Anforderungen unterworfen ist. Ebenso unterscheidet es den länger verpflichteten Zeit- und den lebenslang verpflichteten Berufssoldaten vom (freiwillig) Wehrdienstleistenden, dessen Dienstverhältnis ebenfalls nicht auf eine solche gegenseitige Verpflichtung angelegt ist. Die mit dem Gesetzesentwurf explizit verfolgte Rechtsangleichung für Soldaten aller Statusgruppen⁴⁵ kann deshalb schon grundsätzlich nicht verfangen, weil – selbst bei dem Vorwurf schwerer Dienstvergehen wie der mangelnden Verfassungstreue – dem Lebenszeitprinzip damit kein Mehrgewicht als einem nach Wehrpflichtgesetz wehrdienstleistenden Soldaten oder einem Arbeitnehmer zukäme.⁴⁶ Dies stellt zugleich einen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG dar.⁴⁷

⁴¹ BVerfG, Beschl. v. 14. Januar 2020 – 2 BvR 2055/16, NVwZ 2020, S. 1584 Rn. 70; kritisch dazu *Kenntner*, ZBR 2020, S. 368 (371).

⁴² § 63 Abs. 4, § 58 Abs. 6 WDO.

⁴³ Zum Beamtenrecht BVerfG, Beschl. v. 2. Dezember 1958 – 1 BvL 27/55, NJW 1959, 189.

⁴⁴ Vgl. *Zängl*, Verwaltungsakt statt Disziplinarurteil, in: Franke/Summer/Weiß, Öffentliches Dienstrecht im Wandel – Festschrift für Walther Fürst, S. 447 (461).

⁴⁵ Vgl. RegBegr zu § 56 Abs. 2 und 56 Abs. 4 SG-E, S. 25 und wortgleich RegBegr zu § 29 Abs. 1 Satz 3 Nr. 6 des Wehrpflichtgesetz-Entwurfs, S. 27: „Das Statusverhältnis einer Soldatin oder eines Soldaten darf keinen Unterschied hinsichtlich der Entlassung aus einem Wehrdienstverhältnis bei Extremistinnen und Extremisten sowie Verfassungsfeindinnen und Verfassungsfeinden machen.“

⁴⁶ Siehe erneut Sondervotum Huber zu BVerfG, Beschl. v. 14. Januar 2020 – 2 BvR 2055/16, NVwZ 2020, S. 1584 (1596) m. w. N.

⁴⁷ Vgl. zur Anwendung des Art. 3 Abs. 1 GG als *lex generalis* zu Art. 33 Abs. 5 GG nur *Jarass*, in: Jarass/Pieroth (Hrsg.), Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 17. Aufl. 2022, Art. 33 Rn. 47.

Wenn dieser exekutive Eingriff in die existenziellen Rechtspositionen des Zeit- oder Berufssoldaten verhältnismäßig sein soll, so bedarf es besonderer prozeduraler Vorkehrungen, mit denen Waffengleichheit geschaffen und Fairness garantiert wird. Der auf Lebenszeit oder einen längeren Zeitraum verpflichtete Berufs- oder Zeitsoldat darf schlicht nicht zum Objekt staatlichen Handelns gemacht werden und folglich nicht in den Kernfragen über seinen Status schutzlos dastehen.

Neben der Erhaltung des status quo der §§ 58, 63 WDO kommt (sollte eine verwaltungsmäßige Entscheidung über die Entlassung von Zeit- und Berufssoldaten – auch bei einem stärker ausgeprägten Rechtsschutz als im jetzigen Entwurf – als übergeordnetes rechtspolitisches Ziel verfolgt werden) eine weitere Alternative in Betracht: Dies kann jedoch nur die Durchführung eines förmlichen Verwaltungsverfahrens sein, das sich nicht in der Förmerei einer nach der Regierungsbegründung zur Betroffenenrechtesicherung ausreichenden⁴⁸ „doppelten“, aber nur rein formellen Anhörung im Sinne des § 28 des Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVfG), §§ 47a Abs. 1, 2 und 4 SG-E, erschöpft. Denn selbst eine unterlassene Anhörung ist als formeller Fehler gemäß § 45 Abs. 2, 1 Nr. 3 VwVfG bis zum Abschluss der letzten Tatsacheninstanz ohne Vorliegen weiterer Voraussetzungen nachholbar. Es ist prozessual als kontradiktorisches Verfahren auszugestalten und bei einer materiell unabhängigen Disziplinarbehörde bzw. Spruchkammer zu führen. Die Wehrdisziplinaranwälte könnten weiterhin als Einleitungsbehörden fungieren, dem Soldaten würde ein Rechtsbeistand zur Seite gestellt. Ganz entscheidend ist, dass – auch das Bundesverfassungsgericht in der Entscheidung zum Beamtendisziplinarrecht betont – Beamte vor willkürlicher Entlassung und ihren Vor- und Nachwirkungen effektiv zu schützen sind.⁴⁹

All diesen zentralen rechtsstaatlichen Anforderungen wird der vorliegende Entwurf nicht gerecht. Es handelt sich in der jetzigen Konzeption um einen unzulässigen, weil unangemessenen, Eingriff in die institutionellen, grundgesetzlich garantierten Statusrechte des Zeit- und Berufssoldaten. Daran ändert der deklaratorische Verweis auf die ja ohnehin durch Art. 19 Abs. 4 GG gewährleistete nachträgliche verwaltungsgerichtliche Kontrolle im Nachhinein nichts.

Die Entfernung aus dem Dienst verlagert das Prozessrisiko vom Staat, der nun keine den strengen Anforderungen an den Inhalt – da dies die Reichweite für die gerichtliche Verfolgung prädeterniert⁵⁰ – genügende Anschuldigungsschrift nach §§ 99 Abs. 1, 107 Abs. 1 WDO beim Truppendienstgericht mehr einreichen muss und der kein ordnungsgemäßes Gerichtsverfahren mehr abwartet, auf den Soldaten. Der Soldat muss fortan eine Verwaltungsentscheidung, gegen die Rechtsbehelfe keine aufschiebende Wirkung haben (§ 23 Abs. 6 Satz 2 WBO), anfechten. Der Soldat trägt damit das Prozessrisiko, einschließlich der sich daraus ergebenden finanziellen Belastungen. Dies federt auch die vorgesehene Weitergewährung

⁴⁸ RegBegr. S. 3, 18.

⁴⁹ BVerfG, Beschl. v. 14. Januar 2020 – 2 BvR 2055/16, NVwZ 2020, S. 1584 Rn. 62.

⁵⁰ Zu diesen Herausforderungen für die Wehrdisziplinaranwaltschaft siehe *Häußler*, DVBl 2021, S. 914 (916).

eines Rumpfbetrages der vorherigen Bezüge in der Schwebezeit – des Überbrückungsgeldes unter dem Vorbehalt der Rückzahlung bei Erfolglosigkeit des Anfechtungsklageverfahrens gemäß §§ 47 Abs. 2a SG-E, § 86b Abs. 6 SVG-E nicht ab. Mithin führt dies zu einer für den Berufs- und Zeitsoldaten nach 1945 in Deutschland nie mehr dagewesen existenziellen Unsicherheit im Rahmen disziplinarer Verfahren. Darüber hinaus droht gegenüber Kameraden und Vorgesetzten sowie im persönlichen Umfeld des Soldaten eine Stigmatisierung selbst bei Obsiegen im verwaltungsgerichtlichen Kontrollverfahren, ggf. erst und final über mehrere Instanzen und mehrere Jahre.

Die Berücksichtigung des Risikos sachfremder Erwägungen bei der administrativen Entlassung bei gleichzeitig nur nachträglicher gerichtlicher Überprüfbarkeit für den Betroffenen lässt die Regierungsbegründung zum Gesetzesentwurf gänzlich vermissen. Denn der gedankliche Ausgangspunkt des Gesetzesentwurfs ist – wie oben dargestellt – nicht der rechts- und verfassungstreue Soldat, der sich möglicherweise durch einen übergriffigen Staat oder Vorgesetzten einem möglicherweise überzogenen oder gar rechtsgrundlosen, mit dem Ziel der Entlassung geführten, Disziplinarverfahren ausgesetzt sieht. Soweit sich auch das Bundesverfassungsgericht⁵¹ indes mit möglicherweise sachfremden Risiken im behördlichen Disziplinarverfahren in seiner Entscheidung zum baden-württembergischen Landesrecht auseinandergesetzt hat, übersieht es folgenden Aspekt: Auch bei einer nachträglich als rechtswidrig, ggf. sogar willkürlich erkannten letztinstanzlich bzw. rechtskräftig entschiedenen Entlassungsverfügung muss die bereits eingetretene (und persönlich wie dienstlich faktisch fortwirkende) Stigmatisierung und die in der Schwebezeit eintretenden Nachteile bei Verwendungsentscheidungen, dienstlichen Beurteilungen und Beförderungen gesehen werden. Dies lässt das Bundesverfassungsgericht in einem sehr wohlwollenden und nicht näher begründeten Vertrauen auf die Selbstkontrolle der Verwaltung und die im Zweifelsfalle nachträglich erfolgende richterliche Kontrolle etwaiger administrativer Fehlentscheidungen außer Acht. Diesen (unkritischen) Optimismus hinsichtlich der gleichen Effektivität eines nachgelagerten Rechtsschutzes und einer ihre Machtfülle a priori niemals missbrauchenden Exekutive teilen zahlreiche Stimmen aus der Rechtsprechung und Literatur nicht.⁵²

Neben der Tatsache, dass die Anfechtungsklage insgesamt durch den entfernten Berufs- oder Zeitsoldaten zu erheben ist und Rechtsbehelfe von Gesetzes wegen keine aufschiebende Wirkung entfalten, ist auch das von dem Soldaten zu tragende Kostenrisiko der Klage, ggf. über mehrere Instanzen, und des einstweiligen Rechtsschutzverfahrens nicht zu unterschätzen. Zu berücksichtigen ist dabei, dass Gerichtsgebühren schon mit bei Klageerhebung zu entrichten sind⁵³ und die Kosten für den in solch komplexen Fällen in aller Regel auch vor dem nicht dem Anwaltszwang unterliegenden Verfahren vor dem Verwaltungsgericht zu beauftragenden Rechtsanwalt weit über die gesetzlichen Gebühren nach dem Rechtsanwalts-

⁵¹ BVerfG, Beschl. v. 14. Januar 2020 – 2 BvR 2055/16, NVwZ 2020, S. 1584 Rn. 71.

⁵² Vgl. ebenso kritisch *Kenntner*, ZBR 2020, S. 368 (371); Sondervotum Huber zu BVerfG, Beschl. v. 14. Januar 2020 – 2 BvR 2055/16, NVwZ 2020, S. 1584 (1596); *Lindner*, RuP 2023, S. 65 (68).

⁵³ Zu diesen gehört auch die von der Senatsmehrheit für gering erachtete vorschussbezogene Kostenbelastung, siehe BVerfG, Beschl. v. 14. Januar 2020 – 2 BvR 2055/16, NVwZ 2020, S. 1584 Rn. 86.

vergütungsgesetz hinausgehen werden, für deren Differenz zu den gesetzlichen Gebühren der Soldat sogar bei Obsiegen selbst aufkommen muss. Selbst wenn man hiergegen die Prozesskostenhilfe als Instrument der Rechtesicherung anführen möchte, ist festzustellen, dass diese die überschießenden persönlichen und finanziellen Nachteile keineswegs ausgleichen kann.

b. Komplexe Sach- und Rechtsfragen in politisch aufgeladenem Kontext sind durch Gerichte zu entscheiden

Gegen die Verlagerung der Entscheidung über die Entlassung wegen verfassungsfeindlicher Bestrebungen in die Hände der Dienstvorgesetzten spricht auch die regelmäßig anzutreffende Komplexität der Sach- und Rechtslage in den vor die Truppendienstgerichte und das Bundesverwaltungsgericht gebrachten Fälle. Während die Exekutive versucht sein kann, auch schon Bagatelldelikte als statthafte Entlassungsgründe wegen Verstoßes gegen die Verfassungstreuepflicht anzunehmen⁵⁴ und den Weg der bis dato aufwendigen Einleitung eines truppendienstgerichtlichen Verfahrens zu gehen, führt die zum Teil langwierige gerichtliche Auseinandersetzung mit der Person, der Prüfung ihrer tatsächlichen verfassungsmäßigen Einstellung und dem Sachverhalt nicht selten zu einer anderen gerichtlichen Wertung. Dabei ist vor allem zu sehen, dass die Gerichte befugt sind, auch weniger intensive Disziplinarmaßnahmen zu verhängen (§ 63 Abs. 4, § 58 Abs. 6 WDO).

(1) Anwendung unterhalb der Schwelle tatsächlich schwerwiegender Verstöße gegen die Verfassungstreuepflicht durch engste (nachteilhafteste) Auslegung gegen den Soldaten im Verwaltungsverfahren

Bislang hatte die Rechtsprechung beispielsweise für Bagatellen, die den Nationalsozialismus „lediglich“ verharmlosen, auf keine grundsätzlich auszusprechende Disziplinarmaßnahme erkannt. Der zweite Wehrdienstsenat beim Bundesverwaltungsgericht hat aber vor Kurzem entschieden, dass ein Beförderungsverbot (§ 60 WDO) grundsätzlich bei derartigen Verhaltensweisen von (nur bzw. wenigstens) einigem Gewicht angemessen ist.⁵⁵ Entscheidend für die Feststellung, wie gewichtig die verfassungsfeindliche Handlung bzw. Einstellung ist, damit dies im Zweifel die Entlassung als schärfste Disziplinarmaßnahme zeitigt, hat das Truppendienstgericht in der ersten Instanz dazu den objektiven Inhalt von derartigen Meinungsäußerungen zu ermitteln. Insbesondere darf dabei nicht grundsätzlich zum Nachteil des Soldaten von der engsten Auslegung – im Sinne einer gegen die Verfassungstreuepflicht

⁵⁴ Zu diesen Bedenken, die auf der Jahrestagung der Deutschen Gesellschaft für Wehrrecht und Humanitäres Völkerrecht 2022 geäußert wurden und die offenkundig im nunmehrigen Gesetzesentwurf Berücksichtigung in Form der Präzisierung der „schwerwiegenden Weise“ durch das Erfordernis der nachdrücklich erfolgten Unterstützungshandlungen, Berücksichtigung gefunden haben (so RegBegr zu § 46 Abs. 2a SG-E, S. 23), siehe noch den Hinweis auf die Gefahr, dass auch „Bagatellen“ zur Entlassung führen würden bei *Gauseweg*, Verfassungsfeinde schnell aus der Truppe entfernen, LTO v. 24. September 2023, <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/extremismus-bundeswehr-verfassungsfeinde-aus-der-truppe-entfernen-referentenentwurf-verteidigungsministerium/> (Letzter Abruf: 7. November 2023).

⁵⁵ Siehe nur *Häußler*, DVBl 2021, S. 914 (924) m. w. N.

eklatant verstoßende, verschärfende bzw. überzogene Deutung des Inhalts – ausgegangen werden. Im Lichte einiger Skandale der letzten Jahre, bei denen sich vermeintliche oder tatsächliche rechtsradikale Äußerungen im Kameradenkreise bei Bundeswehr oder Polizeien als (gerade) noch von der Meinungsfreiheit gedeckt oder noch als Satire auszulegen waren,⁵⁶ die entsprechenden Soldaten oder Beamten aber bereits auf einfachem Disziplinarwege bzw. Versetzungswege „bestraft“ wurden,⁵⁷ ist aber diese Gefahr der institutionell verfestigten, engsten Auslegung entgegen der höchstrichterlichen Rechtsprechung bei Verabschiedung des vorliegenden Gesetzesentwurfs zu befürchten. Soweit der Gesetzesentwurf für „die Anwendung des Entlassungstatbestands in den ersten zwei Jahren unter ministeriellen Vorbehalt“ stellt, „um eine einheitliche Anwendungspraxis zu gewährleisten“⁵⁸, beinhaltet dies nur theoretisch ein geeignetes Sicherungsinstrument zum Schutz des Soldaten, dürfte sich in der Praxis aber gerade als Verschärfung zulasten der Betroffenen zeigen.

(2) Disziplinargerichtliche Auseinandersetzung gerade bei neuartigen Phänomenen möglicherweise verfassungsfeindlicher Bestrebungen geboten

Diese Gefahr illustriert der folgende Fall: Empfiehlt ein Offizier einem Feldwebel beispielsweise die Lektüre von Hitlers „Mein Kampf“ mit den Worten, er habe darin seine Erkenntnis gefunden, ist – als wahr unterstellt – die Entfernung aus dem Dienst und damit die schärfste Disziplinarmaßnahme auszusprechen. Obwohl die disziplinarischen Vorermittlungen und die Erhebung der Disziplinaranzeige sowie das Durchschreiten zweier Instanzen erfolgten, wurde der Betroffene in letzter Instanz nicht aus dem Dienst entfernt. Vielmehr vermochte erst das Bundesverwaltungsgericht weder die angebliche Äußerung noch die entsprechende innere, verfassungswidrige, Einstellung des Soldaten – in dubio pro reo – als erwiesen anzusehen.⁵⁹ Diese (freilich Einzelfall-)Entscheidung zeigt, dass schon der Schutz eines einzelnen möglicherweise ungerechtfertigt administrativ aus der Bundeswehr entlassenen Zeit- oder Berufssoldaten sich lohnt, nicht den Weg des präventiven Richtervorbehalts zu verlassen. Die „Kosten“, die ein auf dem Rechtsstaatsprinzip aufbauender Staat und die in ihm lebende bürgerlich-freiheitliche Gesellschaft zahlt, die einem jeden Verfassungsfeindlichkeit unterstellt, sind unangemessen hoch.

Hierbei kommt wieder der o. g. Aspekt zum Tragen, dass nur die präventive gerichtliche Kontrolle dem tatsächlich Unschuldigen zu seinem Recht verhilft und insbesondere die bereits durch ein laufendes Disziplinarverfahren auftretenden sozioökonomischen, psychischen und beruflichen („karrieremäßigen“) Konsequenzen möglichst reduziert.

⁵⁶ Für eine Fülle an entsprechenden Beispielfällen aus Bundeswehr und Polizei siehe *Nitschke*, ZBR 2022, S. 112 (118 f.) m. w. N.

⁵⁷ Statt vieler <https://www.faz.net/aktuell/rhein-main/frankfurt/landgericht-frankfurt-laesst-anklage-wegen-rassistischer-polizeichats-nicht-zu-18713392.html> (Letzter Abruf: 7. November 2023); im Allgemeinen dazu *Nitschke*, ZBR 2022, S. 112 passim.

⁵⁸ RegBegr., S. 20.

⁵⁹ BVerwG, Urt. v. 10. September 2020 – 2 WD 3.20, BeckRS 2020, 33989 Rn. 23 f.

Dass die gerichtsfeste Definition eines schweren Dienstvergehens bzw. einer soldatenrechtlich zu sanktionierenden Verfolgung von verfassungsfeindlichen Bestrebungen in einer schwerwiegenden Weise in Form der fehlenden Verfassungstreue gerade in Bezug auf aktuelle politische Strömungen, die sich nicht unmittelbar einer etablierten politischen Strömung, einer Vereinigung oder Partei zuordnen lassen (bspw. grundlegende Coronamaßnahmenkritik), schwierig ist, wird in der Literatur vielfach diskutiert.⁶⁰ Bei der kritischen Auseinandersetzung damit, dass die Exekutive dazu neigt, die engste Auslegung zu wählen und eine verfassungsfeindliche bzw. -widrige Gesinnung bei den entsprechenden Personen anzunehmen, zeigen gerade die neuen Kriterien – etwa die „verfassungsschutzrelevante De-legitimierung des Staates“ – wie sie in den Verfassungsschutzberichten und dem KfE-Bericht der Bundeswehr jüngst Niederschlag finden.⁶¹

Diese exekutiv als unbestimmte Rechtsbegriffe jüngst festgelegten Kriterien verfassungswidriger bzw. -feindlicher Einstellungen, die Gegenstand der künftigen Entlassungsverfahren werden sollen, sind stets an der Rechtsprechung des Bundesverfassungs- und im Speziellen hier des Bundesverwaltungsgerichts zu messen. Es sei daher nur in aller Kürze darauf verwiesen, dass etwa nicht der jetzige Zustand der Parteienlandschaft oder aktuellen Migrationspolitik⁶² geschützt wird, sondern die Strukturprinzipien der Verfassung (Menschenwürde, Demokratie, Rechtsstaat, Mehrparteiensystem als solches etc.).⁶³ Diese Prinzipien hat der Soldat anzuerkennen (§ 8 Alt. 1 des Soldatengesetzes [SG]) und durch sein gesamtes Verhalten für deren Erhaltung einzutreten (§ 8 Alt. 2 SG).

Insofern ist auch der Verweis auf § 4 des Bundesverfassungsschutzgesetzes im Gesetzesentwurf ein Zirkelschluss. Denn die definitorischen, tatsächlichen und rechtlichen Schwierigkeiten in der Subsumtion und in der richtigen Rechtsfolgenfestlegung für erkannte verfassungsfeindliche Bestrebungen führen in der Praxis, insbesondere bei den vorstehend genannten relativ neuen Strömungen, zu einer höchst anspruchsvollen forensischen Tätigkeit der befassten (Truppendienst-)Gerichte.⁶⁴

Auch lassen sich all die in den vergangenen Jahren medial bekannt gewordenen, vor allen Dingen rechtsextremen Vorfälle in der Beamten-, Richter- und Soldatenschaft in alle Rich-

⁶⁰ Siehe den Überblick mit zahlreichen Beispielfällen zu den komplexen und vielfältigen Rechtsfragen bei *Brinktrine*, in: Dietrich/Fahrner/Gazeas/v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Handbuch Sicherheits- und Staatsschutzrecht, § 46 insb. Rn. 3 ff., 7, 60.

⁶¹ Kritisch dazu auch *Murswiek*, Verfassungsschutz und Demokratie, passim.

⁶² Zur für die Entlassung eines Beamten nicht ausreichende bloße Teilnahme an einer Asyl- und Flüchtlingspolitik der Bundesregierung kritisierenden Veranstaltung, selbst bei von ihm getragenen Transparent mit dem Inhalt „Asylbetrug macht uns arm“, da es an dem Tatbestandsmerkmal des Einflusses auf die Ausübung der Dienstpflichten fehlt, siehe VGH Kassel, Beschl. v. 22. Oktober 2018 – 1 B 1594/18, NVwZ 2019, S. 248. Ausführlich *Murswiek*, Verfassungsschutz und Demokratie, S. 166 – 176 zur Problematik der von den Verfassungsschutzbehörden als per se verfassungsfeindlich eingestuften grundsätzlichen Kritik an der Migrationspolitik; vgl. mit weiteren Beispielfällen für gerichtlich nachgewiesene und auch nicht nachgewiesene beamten- und soldatenrechtliche Treuepflichtverstöße aus der Rechtsprechung *Masuch*, ZBR 2020, S. 289 (290 ff.).

⁶³ BVerwG, Urt. v. 18. Juni 2020 – 2 WD 17.19, BeckRS 2020, 22729 Rn. 36 f.; BVerfG, Beschl. v. 10. Juli 1992 – 2 BvR 1802/91, NJW 1992, S. 2750 (2751).

⁶⁴ Siehe nur die ausführliche rechtliche Würdigung des Sachverhaltes bei TDG Nord, Urt. v. 18. Februar 2021 – N 7 VL 81/19, BeckRS 2021, 56713.

tungen in der exekutiven, medialen und letztlich in der gesellschaftlichen Wahrnehmung deuten. Ob darin Einzelfälle liegen oder es sich bloß um die Spitze des Eisbergs tiefgehender strukturell-personeller Probleme handelt, ist eine ebenfalls berechnete, ja notwendige politische und gesellschaftliche Frage. Das Stellen dieser Frage darf jedoch nicht das Rechtsstaatsprinzip und mit ihm die Rechte des jeweiligen Betroffenen auf Lebenszeit oder lange Jahre verpflichteten Soldaten aushöhlen. In Ansehung eines Entlassungsverfahrens wegen des Vorwurfs der verfassungsfeindlichen Gesinnung muss nach alledem die Entscheidungskompetenz einzig bei den unabhängigen Gerichten verbleiben, damit dem Rechtsstaat zur Geltung verholfen und unzulässigen (Vor-)Verurteilungen durch die politische Führung der Exekutive und letztlich der Medien und der Gesellschaft effektiv kein Raum gegeben wird. Die Bundeswehr ist dagegen als Behörde dazu veranlasst, die Gesinnung von (künftigen) Soldaten rechtzeitig zu überprüfen, wie sie es seit den Vorfällen der letzten Jahre – insbesondere seit dem Fall „Franco A.“ – im Zuge des Einstellungsverfahrens auch vollzieht.⁶⁵

3. Alternativen: Bessere Ausstattung der Truppendienstgerichte

Die jetzigen Rechtsschutzmöglichkeiten sind für den Staat wie für die (möglicherweise) von rechtswidrigen Entlassungsverfahren konfrontierten Soldaten ausreichend. Es ist verfassungsrechtlich nicht zulässig – wenngleich politisch möglicherweise opportun – aus rein prozessökonomischen Gründen mit Überlegungen über eine besonders geringe Anzahl an Verfahren überhaupt – und damit potenziell rechtswidrig Betroffener – zu argumentieren, ebenso wenig mit einer (angeblichen) längeren Dauer von truppendienstgerichtlichen Verfahren aufgrund des präventiven Richtervorbehaltes im Vergleich zu verwaltungsgerichtlichen Verfahren (deren Dauer und Anzahl nicht seriös geschätzt werden kann).⁶⁶ Will man das einschlägige Zahlenmaterial heranziehen, so steht unterdessen fest, dass:

- nach dem KfE-Bericht für das Jahr 2022 insgesamt 46 Entlassungen von Soldaten aller Status- und Dienstgradgruppen mit Extremismusbezug durchgeführt wurden (2021: 81; 2020: 35) und⁶⁷
- der zweite Wehrdienstsenat des Bundesverwaltungsgerichts als Beschwerde-, Berufungs- und Rechtsbeschwerdeinstanz in etwa mit 30 Fällen pro Jahr konfrontiert ist.⁶⁸

Das Gesetzesvorhaben ist deshalb auch nicht alternativlos. Die Regierungsbegründung meint:

⁶⁵ Vgl. Häußler, DVBl 2021, S. 914 (923).

⁶⁶ Hinsichtlich der entstehenden weiteren Kosten führt die Begründung zum Gesetzesentwurf (RegBegr S. 4) aus, dass es bei den Wehrdienstgerichten zu einer finanziellen Entlastung kommen könne, die jedoch nicht mit der Belastung der Verwaltungsgerichte gleichzusetzen sei. Ein gerichtliches Disziplinarverfahren setze zwangsläufig eine Befassung des Wehrdienstgerichts mit der Sache voraus. Ein Entlassungsverfahren beschäftige dagegen nur bei Klageerhebung das Verwaltungsgericht. Langzeitdaten lägen hierzu jedoch nicht vor. Basierend auf einer Schätzung – deren Grundlagen nicht mitgeteilt werden – liege die Entlastung in einem vernachlässigbaren Bereich.

⁶⁷ BMVg (Hrsg.), Jahresbericht KfE 2022 – BMVg R II 5 – Koordinierungsstelle für Extremismusverdachtsfälle, S. 26 f.)

⁶⁸ Siehe Häußler, DVBl 2019, S. 1225 (1225).

„Eine Entlassung aus einem Dienstverhältnis bedarf einer rechtlichen Grundlage. In Anbetracht der längeren Dauer gerichtlicher Disziplinarverfahren nach der Wehrdisziplinarordnung mit dem Ziel der Entfernung aus dem Dienstverhältnis, die nicht zuletzt aus rein taktischen Berufungen resultieren, sind diese in Hinblick auf die schwerwiegenden Folgen eines vorläufigen Verbleibes in den Streitkräften keine gleichwertige Alternative.“⁶⁹

Dem ist die Existenz einer Rechtsgrundlage entgegenzuhalten, nämlich §§ 58, 63 WDO. Diese Rechtsgrundlage ist eine „gute“, da sie verfassungshistorisch gewachsen ist. Zugleich wurde damit als verfassungshistorische Glanzleistung der Bundesrepublik Deutschland ein Systemwechsel von einem der obrigkeitlichen Willkür ausgesetzten Berufssoldatenstandes in monarchischen Zeiten und im Nationalsozialismus hin zu einer rechtsstaatlichen Armee in einem Rechtsstaat vollzogen. Dieses Verdienst der Wehrdisziplinarordnung seit 1957 kann nicht als „fehlende Rechtsgrundlage“ für die Entfernung von Verfassungsfeinden in der Bundeswehr bezeichnet werden. Die §§ 58, 63 WDO führen in ihrer gelebten disziplinargerichtlichen Praxis zu einer gebotenen Auseinandersetzung mit dem Für und Wider der Entlassung als schärfstes disziplinarisches Schwert. Sie sichern dabei die Rechte des betroffenen Soldaten und die des Staates. Am Ende steht dabei entweder ein vom Vorwurf der Verfassungsfeindlichkeit entlasteter Soldat oder eine um einen Verfassungsfeind gerichtlich bereinigte Armee.

Der vorliegende Gesetzesentwurf verkennt bei der weiteren Formulierung, dass ein gerichtliches Disziplinarverfahren von einiger Dauer für den Dienstherrn nicht hinnehmbar sei, dass das Rechtsstaatsgebot den Gesetzgeber immer dazu verpflichtet, die Gefahr rechtsstaatswidrigen Handelns der Exekutive in seine Überlegungen einzubeziehen. Den Grundrechten selbst in ihrer Konzeption als Abwehrrechte des mündigen Bürgers wird vor diesem Hintergrund nur dadurch zur Geltung verholfen, wenn der Rechtsschutz gegen staatliche Übergriffe in Form eines rechtsgrundlosen, jedenfalls dem Grunde nach nicht durchgreifenden, Entlassungsbegehren bei einem – unterstellt – verfassungstreuen Bürger (Soldaten) präventiv möglich ist. Die Regierungsbegründung selbst geht im Übrigen von einer „äußerst geringen Anzahl von Entlassungsverfahren“ aus, „die durch die bereits bestehenden Verwaltungsstrukturen aufgefangen werden können“⁷⁰. Schon aus diesen rechtspraktischen Gründen sollte an der bestehenden Regelung des Wehrdisziplinarrechts festgehalten werden. Die bessere personelle und sachliche Ausstattung der Truppendienstgerichte könnte somit bereits zu einer – erhofften und vom Verfasser auch unterstützten – beschleunigten Entlassung von Verfassungsfeinden aus der Bundeswehr führen.⁷¹

⁶⁹ RegBegr., S. 19, Herv. d. Verf.

⁷⁰ RegBegr, S. 4, 19.

⁷¹ Im Ergebnis so auch *Gauseweg*, Verfassungsfeinde schnell aus der Truppe entfernen, LTO v. 24. September 2023, <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/extremismus-bundeswehr-verfassungsfeinde-aus-der-truppe-entfernen-referentenentwurf-verteidigungsministerium/> (Letzter Abruf: 7. November 2023).

4. Dringende Empfehlung der Befristung zur Evaluation des Gesetzes

Der avisierte Paradigmenwechsel ist soldaten- wie beamtenpolitisch höchst fragwürdig. Nur weil das Bundesverfassungsgericht die administrative Entlassung von Landesbeamten für verfassungskonform erklärt hat, bedeutet dies nicht, dass es deswegen allein zu begrüßen ist. Dem oben ebenfalls skizzierten Missbrauchspotenzial kann bei unveränderter Verabschiedung des Gesetzes nur Rechnung getragen werden, wenn die Evaluation des Erfolgs des Gesetzes – in Form der Entlassung tatsächlicher Verfassungsfeinde und der beschleunigten gerichtlichen Bestätigung im Wege des nur noch nachträglichen Rechtsschutzes – durch den Deutschen Bundestag selbst erfolgt.⁷² Hierfür sollte ein Zeitraum von vier Jahren – in Ansehung der genannten durchschnittlichen Dauer der disziplinargerichtlichen Entlassungsverfahren nach dem geltenden Recht – bei Weitem genügen.

5. Abschließende Bemerkungen

Man möge im Lichte der rechtshistorischen Ausführungen zur Entwicklung des Berufsbeamten- und Berufssoldatentums und den Schutz vor willkürlicher obrigkeitlicher Entfernung im Verwaltungswege einwenden, dass die Gefahren für Demokratie und den Bestand der Bundesrepublik Deutschland heute andere sind als in den 1950er Jahren. Ob dies notwendigerweise so ist, entzieht sich der Fachkenntnis des Verfassers als Juristen. Dass aber die Väter und Mütter des Grundgesetzes just nach dem zweiten Weltkrieg dem jungen deutschen Verfassungsstaat den präventiven Richtervorbehalt für die Entlassung von einigen tausend aus dem „Dritten Reich“ übernommener Beamter aufgegeben haben und der Gesetzgeber im Jahre 1957 sogar für die Entfernung ehemaliger Wehrmachtssoldaten aus der Bundeswehr wegen nachträglich erwiesener Unwürdigkeit den unbedingten Richtervorbehalt vorsah (§ 116 WDO i. d. F. v. 1957)⁷³, zeigt das damalige Vertrauen in die effektive und unabhängige Arbeit der Gerichte bei der Entfernung verfassungsfeindlicher Soldaten aus und der Belassung zu Unrecht so angeschuldigter Soldaten in der weiland neuen Bundeswehr.

Der Schutz vor willkürlicher Entlassung ist mithin Keimzelle des Berufsbeamten- und Berufssoldatentums und hat sich in Deutschland über (ein) Jahrhundert(e) entwickelt und verfestigt. Gerade wenn sich der Gesetzgeber so sicher ist, tatsächliche Feinde der Verfassung rechtsicher auszumachen und ihre Verfassungsfeindlichkeit gerichtsfest nachweisen zu können, spricht nichts gegen die Beibehaltung des status quo.

Der Staat beweist sich gerade dann als Rechtsstaat, wenn er auch denjenigen Beamten und (Berufs-)Soldaten den erforderlichen Grundrechtsschutz durch ein präventiv-gerichtliches Verfahren gewährt, von denen die Spitze der Exekutive meint, sich rechtmäßig, einseitig von ihrer ebenfalls eingegangenen Lebenszeitverpflichtung lösen zu wollen bzw. zu müssen.

⁷² Siehe dazu nochmals *Lindner*, RuP 2023, S. 65 (68).

⁷³ RegBegr zu § 116 WDO, BT-Drs. 2/2181, S. 65.