

# Der Widerstreit von Gehorsamspflicht und Gewissensfreiheit des Soldaten –

Anmerkung zum Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 21.06.2005  
(2 WD 12.04)

## *I. Der Sachverhalt und seine politische Brisanz*

Das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts<sup>1</sup> hat in der Öffentlichkeit und Tagespresse breite Beachtung gefunden und zum Teil erregte Reaktionen hervorgerufen.<sup>2</sup> Es stellt die erste Entscheidung dar, die einem Soldaten darin Recht gegeben hat, dass ein erteilter dienstlicher Befehl unverbindlich sein kann, weil seine Ausführung mit der Gewissensfreiheit unvereinbar wäre. In dieser Kernaussage des Urteils liegt seine zentrale, weit über den Einzelfall hinausreichende Bedeutung und zugleich auch sein großes Verdienst, weil es für den zu entscheidenden Sachverhalt das richtige Ergebnis gefunden hat. Schaut man sich nur diesen Aussagekern der Entscheidung an, könnte man davon ausgehend auf den ersten Blick voreilig schließen, dass damit für Soldaten ein Blankoscheck zur Verweigerung unliebsamer Befehle ausgestellt wurde, der die gesamte Funktionsfähigkeit der Bundeswehr nachhaltig gefährden oder gar untergraben könnte.<sup>3</sup> Studiert man das Urteil indes genauer, so bleibt davon richtiger Lesart nach kaum etwas übrig.

Den der Entscheidung zugrundeliegenden Sachverhalt schildert das Gericht sehr ausführlich. Er lässt sich knapp damit zusammenfassen, dass ein Berufssoldat im Range eines Majors sich weigerte, den Befehl seines Vorgesetzten auszuführen, an der weiteren Entwicklung eines militärischen Software-Programms mitzuwirken. Der Soldat sah sich in einer Konfliktlage, da er es nicht mit seinem Gewissen vereinbaren könne, Befehle zu befolgen, die geeignet seien, Kriegshandlungen im Irak zu unterstützen, weil dort das besagte Software-Programm zum Einsatz kommen könne. Den Irak-Krieg erachte er als völkerrechtswidrig. In dieser Konfliktsituation wandte sich der Soldat an mehrere Personen wie den Militärgeistlichen, den Truppenarzt, den Wehrbeauftragten des Deutschen Bundestages und auch an seinen Disziplinarvorgesetzten. Letzterer hatte vor der Befehlseilung gegenüber dem Soldaten ausdrücklich nicht ausschließen können, dass mit dem Software-Programm eine Beteiligung der Bundeswehr an dem Irak-Krieg unterstützt werde. Zur völkerrechtlichen Rechtmäßigkeit des Irak-Krieges wollte er sich nicht äußern. Der erteilte Befehl wurde aufrechterhalten, und es wurde ein Disziplinarverfahren wegen des aus Sicht der Bundeswehrverwaltung in der Befehlsverweigerung begründeten Dienstvergehens eingeleitet. Das erstinstanzliche Truppendifferenzialgericht setzte den Soldaten wegen Dienstvergehens in den Dienstgrad eines Hauptmannes zurück. Dagegen legte der Soldat Berufung beim Bundesverwaltungsgericht ein, die Erfolg hatte.

<sup>1</sup> Nur leicht gekürzt abgedruckt in NJW 2006, 77–108; stark gekürzt in DVBl. 2005, 1455–1462; ungekürzt eingestellt auf www.bverwg.de.

<sup>2</sup> Vgl. die Kommentare zum Urteil in Süddeutsche Zeitung v. 24.06.2005; FAZ v. 23.06.2005; Die Welt v. 23.06.2005.

<sup>3</sup> In diese Richtung auch die vorgenannten Stimmen.

## *II. Umfang und Duktus des Urteils*

Das Urteil ist in mehrreli Hinsichten bemerkenswert und hinterlässt daher einen sehr zwiespältigen Eindruck.

Einerseits ist es deutlich – um nicht zu sagen: um ein Vielfaches – zu lang ausgefallen. Es umfasst in der Umdruck-Version 126 Seiten. Allein die zehn Leitsätze, die oft noch in mehrere Unterleitsätze untergliedert sind, sind beinahe so umfangreich wie manch stringent abgefasstes Urteil des Bundesverwaltungsgerichts insgesamt. Neben den Leitsätzen hat das Gericht dem Urteil zudem eine umfangreiche Zusammenfassung und ein Inhaltsverzeichnis beigefügt. Letzteres erweckt eher den Eindruck, eine Monographie vor sich zu haben. Einen monographischen Duktus schlägt auch das Urteil selbst an. Die Qualität des Urteils leidet darunter nicht unerheblich. Es finden sich wiederholt seitenlange Ausführungen, die zwar »an sich« interessant sein mögen, die aber nach den vom Gericht im Urteil selbst erarbeiteten bzw. zugrunde gelegten Maßstäben dort nicht hingehören, weil sie nicht entscheidungstragend sind. Zum anderen handelt das Urteil Fragestellungen, die zwar relevant sind, in einer Ausführlichkeit ab, die nicht angebracht ist, weil sie gesicherte Erkenntnisse betreffen; knappere Ausführungen hätten in diesen Passagen oftmals höhere Überzeugungskraft gehabt, nicht zuletzt, weil sie den Blick auf die wesentlichen Punkte der Entscheidung besser freigegeben hätten. Sollte dieser Urteilstil vom Gericht in der Überzeugung gewählt worden sein, eine politisch hochbrisant erachtete Entscheidung fällen zu müssen und sich dabei dahingehend abzusichern, dass mit der Ausführlichkeit der Begründung auch ihre Überzeugungskraft steigt, so ist dieses Ziel nicht erreicht worden.

Andererseits ist dem Urteil zugute zu halten, dass es, von den soeben angesprochenen Punkten abgesehen, in der Gedankenabfolge logisch ist. Das Gericht prüft schulmäßig von der einfachgesetzlichen Ausgangsfrage ausgehend und arbeitet sich schließlich vor zu den verfassungsrechtlichen Implikationen, die der Fall besitzt. Sie werden einer im Ergebnis überzeugenden Lösung zugeführt.

Aus dem Gesagten folgt, dass manche ausführlichen Punkte des Urteils wesentlich und zentral sind, bei anderen hingegen nicht klar wird, wieso sie entscheidungstragend sein sollen und daher die Breite und Tiefe, mit der sie behandelt werden, eine Bedeutung suggeriert, die unverständlich bleibt. Auf dieser Verortung der einzelnen Entscheidungspassagen soll hier im Folgenden ein Hauptaugenmerk liegen (III.). Abschließend soll aufgezeigt werden, welche Bedeutung die Entscheidung für die Wehrpraxis insgesamt hat (IV.).

## *III. Entscheidende und nur vermeintlich entscheidende Fragestellungen des Urteils; Überzeugungskraft des gefundenen Ergebnisses*

Die Ausgangsfrage für die Entscheidungsfindung ist, ob der klagende Soldat sich eines Verstoßes gegen seine Gehorsamspflicht schuldig gemacht hat, weil nur dann ein Dienstvergehen gegeben ist, das disziplinarrechtlich geahndet werden kann<sup>4</sup> – so wie durch die Herabsetzung des Dienstgrades geschehen. Die soldatische Gehorsamspflicht ist in § 11 SoldG geregelt. § 11 Abs. 1 S. 1-3, 1. Hs. SoldG lauten: »Der Soldat muss seinen Vorgesetzten gehorchen. Er hat

4 Siehe § 23 Abs. 1 SoldG, wonach der Soldat ein Dienstvergehen begibt, wenn er schuldhaft seine Pflichten verletzt; nach § 23 Abs. 3 SoldG regelt das Nähere über die Verfolgung von Dienstvergehen die Wehrdisziplinarordnung.

ihre Befehle nach besten Kräften vollständig, gewissenhaft und unverzüglich auszuführen. Ungehorsam liegt nicht vor, wenn ein Befehl nicht befolgt wird, der die Menschenwürde verletzt oder der nicht zu dienstlichen Zwecken erteilt worden ist«. § 11 Abs. 2 S. 1 SoldG normiert außerdem, dass ein Befehl nicht befolgt werden darf, wenn dadurch eine Straftat begangen würde.

### *1. Grenzen der militärischen Befehlsbefugnis*

Aus dem einfachen Recht ergeben sich daher bereits rechtliche Grenzen der militärischen Befehlsbefugnis. In Betracht ziehen kann man – neben der Gewissensfreiheit des Art. 4 Abs. 1 GG – weitere aus dem Grundgesetz folgende Grenzen der Befehlsbefugnis. Das Bundesverwaltungsgericht stellt fröh klar, dass im zu entscheidenden Fall das Urteil darauf gestützt wird, dass der Soldat sich auf seine Gewissensfreiheit nach Art. 4 Abs. 1 GG berufen könne und daher zur Befehlsverweigerung berechtigt gewesen sei. Das Gericht beläßt es aber im Folgenden nicht bei der auf Art. 4 Abs. 1 GG fokussierten Prüfung. Ohne Weiteres hinnehmbar wäre es, wenn das Gericht entweder *kurz* die anderen Grenzen der Befehlsbefugnis angesprochen und darauf verwiesen hätte, dass es dahinstehen kann, ob sie hier einschlägig sind; oder, wenn es das Urteil auf mehrere Beine hätte stellen wollen, zudem die anderen in Betracht kommenden Grenzen der Befehlsbefugnis zu Ende durchgeprüft hätte. Das Gericht beschreitet aber den nicht akzeptablen dritten Weg, *ausführlich* – häufig über mehrere Seiten – über Reichweite, ratio und die dazu vertretenen Positionen in Rechtsprechung und Schrifttum der anderen einfachgesetzlichen bzw. grundgesetzlichen Grenzen der Befehlsbefugnis nachzudenken, um sodann darauf hinzuweisen, dass dies im vorliegenden Falle alles offen bleiben bzw. dahinstehen kann.<sup>6</sup>

### *2. Inkorporierung der verfassungsrechtlichen Gewissensfreiheit in das einfache Recht*

Nach diesen entbehrlichen Ausführungen setzt das Gericht neu an und erörtert ausführlich das Spannungsverhältnis zwischen der Befehlsgewalt und der in Art. 4 Abs. 1 GG gewährleisteten Gewissensfreiheit. Zutreffend arbeitet es heraus, dass die Gewissensfreiheit durch § 11 Abs. 1 S. 2 SoldG in das einfache Recht inkorporiert ist, indem es dort heißt, der Soldat habe die Vorgesetztenbefehle u.a. *gewissenhaft* auszuführen. *Gewissenhaft* meint eben nicht *gewissenlos* und umschreibt somit das Modell des »mitdenkenden Soldaten«.<sup>7</sup> Es stellt sich daher nicht die Frage eines Befehlsverweigerungsrechts contra legem dahingehend,

<sup>5</sup> Unter 4.1.2 der Entscheidungsgründe (= NJW 2006, 77 [80]).

<sup>6</sup> Siehe bei den Entscheidungsgründen unter 4.1.2.1 (= NJW 2006, 77 [80]) zu § 11 Abs. 1 S. 3, 1. Hs., 1. Alt. SoldG: »kann offen bleiben«; unter 4.1.2.2 (= NJW 2006, 77 [80 f.]) zu § 11 Abs. 1 S. 3, 1. Hs., 2. Alt. SoldG: »bedarf es hier keiner näheren Prüfung und Entscheidung der Frage«; unter 4.1.2.3 (= NJW 2006, 77 [81]) zu § 11 Abs. 2 S. 1 SoldG: »bedarf keiner näheren Prüfung«; unter 4.1.2.5 (= NJW 2006, 77 [81 f.]) zu Art. 26 Abs. 1 S. 1 GG (»Handlungen, die geeignet sind und in der Absicht vorgenommen werden, das friedliche Zusammenleben der Völker zu stören, insbesondere einen Angriffskrieg vorzubereiten, sind verfassungswidrig«): »kann dahinstehen«; unter 4.1.2.6 (= NJW 2006, 77 [82]) zu Art. 25 GG (»Die allgemeinen Regeln des Völkerrechts sind Bestandteile des Bundesrechts. Sie gehen den Gesetzen vor und erzeugen Recht und Pflichten unmittelbar für die Bewohner des Bundesgebietes«): »bedarf keiner näheren Prüfung und Entscheidung«; unter 4.1.2.7 (= NJW 2006, 77 [82–85]) schließlich geht das Gericht auf zehn Seiten (!) der Frage nach, ob es einen allgemeinen, ungeschriebenen Tatbestand gibt, dass ein militärischer Befehl auch dann unverbindlich ist, wenn die Ausführung nach Abwägung aller maßgeblichen Umstände unzumutbar ist, ohne diese Überlegungen im weiteren Fortgang der Entscheidung fruchtbar zu machen.

<sup>7</sup> Vgl. unter 4.1.3.1 (= NJW 2006, 77 [85 f.]) der Entscheidungsgründe; zuvor dazu bereits ähnliche Äußerungen in BVerWGE 93, 100 (104); siehe dazu auch Scherer/Alff, *Soldatengesetz-Kommentar*, 7. Aufl. 2003, § 11, Rn. 7.

unter welchen Voraussetzungen Gebote des eigenen Gewissens eines Soldaten die Befehlsverweigerung auch dann rechtfertigen oder gar gebieten können, wenn damit an sich Verletzungen von geltenden Gesetzen verbunden wären und der Konflikt nur mit einer verfassungskonformen Auslegung der einfachgesetzlichen Vorschriften zu lösen ist. Trotz der Inkorporierung der Gewissensfreiheit in das einfache Recht zitiert das Gericht im weiteren Fortgang des Urteils stets Art. 4 Abs. 1 GG und stellt auf ihn und nicht auf § 11 Abs. 1 S. 2 SoldG ab; dies ist aber gerechtfertigt, weil die sprachliche Wendung des § 11 Abs. 1 S. 2 SoldG und somit auch die Stoßrichtung der Vorschrift nicht klar erkennen lässt, ob im Falle eines Gewissenskonflikts, der eine *gewissenhafte* Befehlsausführung nicht mehr ermöglicht, ein Befehlsverweigerungsrecht die Rechtsfolge ist. Dies liegt bei Art. 4 Abs. 1 GG als Grundrechtsnorm insoweit klar zu Tage, als ein Verstoß gegen sie zur Rechtsfolge haben muss, dass das entsprechende Verhalten dem Soldaten nicht abverlangt werden und sich eine entsprechende Weigerung des Soldaten nicht als rechtswidrig im disziplinarrechtlichen Sinne erweisen kann.

### *3. Inhalt und Geltungsreichweite der Gewissensfreiheit sowie Probleme ihrer praktischen Handhabung*

Nach der in Rechtsprechung und Schrifttum weithin anerkannten Formel ist als Gewissensentscheidung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 GG jede ernstliche sittliche, d.h. an den Kategorien von »Gut« und »Böse« orientierte Entscheidung anzusehen, die der Einzelne in einer bestimmten Lage als für sich bindend und unbedingt verpflichtend erfährt, so dass er gegen sie nicht ohne ernste Gewissensnot handeln könnte.<sup>8</sup> Eine Definition im engeren Sinne ist dies nicht, und eine solche ist auch nicht möglich. Wollte man nämlich das, was ein Gewissensruf sein kann, näher festlegen, so schränkte man die Gewissensfreiheit möglicherweise ein, da nicht vorweg gesagt werden kann, in welchem Zusammenhang und mit welchem Befehl das Gewissen im Einzelfall auf den Plan tritt.<sup>9</sup> Daher ist die Gewissensfreiheit nicht auf bestimmte Gewissenskonflikte beschränkt, sondern insoweit offen und umfassend zu verstehen. Das Bundesverwaltungsgericht ist derselben Ansicht. Um die Gewissensfreiheit praktisch handhabbar zu machen, nicht konturenlos und zugleich zu »kleiner Münze« werden zu lassen, bleibt allein, ein Kriterium der Ernsthaftigkeit und der Schwere einzufordern: Der Betroffene muss ernsthaft und tiefgreifend, d.h. im Kern seiner Persönlichkeit, betroffen sein, damit das Gewissen im Sinne von Art. 4 Abs. 1 GG berührt ist.<sup>10</sup> Die Gewissensfreiheit begründet damit keinen Anspruch darauf, gleichsam vollständig und nach persönlicher Willkür allein – wie es das Urteil formuliert – »nach eigenem Gesetz zu leben und zu handeln«.<sup>11</sup> Ist die Gewissensfreiheit betroffen, so wird sie als Teil des geltenden Rechts dadurch gewährleistet und gewahrt, dass dem betroffenen Individuum im Konfliktfall gewissensschonende Handlungsalternativen angeboten und zur Verfügung gestellt werden.

Das Gericht sieht es weiterhin als erforderlich an, ausführlich (auf deutlich über zehn Seiten) darzulegen, dass auch ein Soldat, der nicht das Grundrecht der Kriegsdienstverweigerung aus Art. 4 Abs. 3 GG ausgeübt habe, sich auch in »militärischen« Sachverhalten auf die Gewissensfreiheit aus Art. 4 Abs. 1 GG

<sup>8</sup> So z.B. BVerfGE 12, 45 (55); 48, 127 (173); BVerwGE 79, 24 (26 f.); Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG-Kommentar, 7. Aufl. 2004, Art. 4, Rn. 45; Bethge, in: HdbStR, Bd. VI, § 137, Rn. 6 ff.

<sup>9</sup> So zutreffend Starck, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG-Kommentar, 5. Aufl. 2005, Bd. 1, Art. 4, Rn. 66.

<sup>10</sup> Ähnlich Starck (Fn. 9), Rn. 67.

<sup>11</sup> Unter 4.1.3.1.3 (= NJW 2006, 77 [87 f.]) der Entscheidungsgründe.

berufen könne, da Art. 4 Abs. 1 GG insoweit nicht durch Art. 4 Abs. 3 GG verdrängt werde. Das Gericht belegt diese These »wasserdicht« mittels sowohl Wortlaut-, entstehungsgeschichtlicher, teleologischer als auch systematischer Auslegung von Art. 4 Abs. 1 GG und Art. 4 Abs. 3 GG. Da im Rahmen dessen aber überhaupt kein stichhaltiges Argument angeführt wird, das für das gegenständige Ergebnis sprechen könnte, ist auch hier das Gericht im Begründungsfeuer etwas über das Ziel hinausgeschossen.

#### *4. Das obiter dictum zur völkerrechtlichen Beurteilung des Irak-Krieges*

Nächster großer Gedankenschritt der Entscheidung ist, ob im zu entscheidenden Einzelfall beim betroffenen Soldaten eine Gewissensentscheidung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 GG gegeben war. Richtigerweise bejaht dies das Gericht im Ergebnis; es prüft hier indes inzident auch, inwieweit der Irak-Krieg völkerrechtlichen Bedenken unterliegt,<sup>12</sup> ohne dass es hinreichend deutlich macht, wieso davon die Entscheidung abhängen soll.<sup>13</sup>

Das Gericht spaltet die Beantwortung der Frage, ob eine Gewissensentscheidung des betroffenen Soldaten gegeben ist, in zwei Unterpunkte auf. Einerseits prüft es, ob eine an den Kriterien von »Gut« und »Böse« ausgerichtete, von Ernsthaftheit, Tiefe und Unabdingbarkeit geprägte Entscheidung des Soldaten gegeben ist. Dieser angesichts des beschriebenen Inhalts der Gewissensfreiheit notwendigen und zugleich auch hinreichenden Prüfung schaltet es indes einen anderen Prüfungspunkt vor, den es in seinem dem Urteil beigefügten Inhaltsverzeichnis mit »Kontext der Gewissensentscheidung« überschreibt. Was damit gemeint sein soll, erschließt sich weder auf den ersten Blick noch bei genauerem Hinsehen. Das Tor zur fast dreißigseitigen Prüfung der Frage nach der völkerrechtlichen Rechtmäßigkeit des Irak-Krieges öffnet das Gericht mit folgenden Überlegungen:<sup>14</sup> »Die vom Soldaten [...] getroffene Gewissensentscheidung fand in einem Kontext statt, der von auch für einen – zum Waffeneinsatz in einem Krieg grundsätzlich (nach wie vor) bereiten – Berufssoldaten besonderen Umständen bestimmt und geprägt war. Diese Situation hat der Soldat weder vordergründig und leichtfertig angenommen noch bewusst herbeigeführt. Hintergrund und Anstoß für sein Handeln war der von den Regierungen der USA und des UK am 20.03.2003 ausgelöste Krieg gegen den Irak [...]. Gegen diesen Krieg bestanden und bestehen gravierende völkerrechtliche Bedenken [es wird auf die nachfolgende, ausgiebige Prüfung dieser Bedenken verwiesen], die sich der Soldat der Sache nach zu eigen machte [...].«

Der »Aufhänger« und damit auch die Berechtigung der völkerrechtlichen Prüfung bleiben damit unklar. Die Frage nach der völkerrechtlichen Rechtmäßigkeit des Irak-Krieges könnte in die hier zu treffende Gerichtsentscheidung allenfalls dann Eingang finden, wenn man von einem entsprechenden dogmatischen Grundkonzept im Hinblick auf die Gewissensfreiheit ausgeht, welches in der Lage ist, die völkerrechtliche Frage in sich aufzunehmen. Dies wäre etwa dann der Fall, wenn man davon ausgeinge, dass eine Betroffenheit des Gewissens im Sinne von Art. 4 Abs. 1 GG allein oder jedenfalls besonders dann anzunehmen ist, wenn mit einer bestimmten Verhaltensweise auch *objektiv rechtliche* Bedenken verknüpft sind. Dies wäre womöglich nicht unvertretbar, entspricht aber

<sup>12</sup> Zu dieser völkerrechtlichen Diskussion vgl. Kurth, ZRP 2003, 195 ff.; Häußler, NZWehr 2004, 221 ff.; Bothe, AVR 41 (2003), 255 ff.

<sup>13</sup> Ähnlich Battis, DVBl. 2005, 1462 (1463), allerdings ohne nähere Begründung.

<sup>14</sup> Unter 4.1.4.1 (= NJW 2006, 77 [93]) der Entscheidungsgründe.

nicht dem beschriebenen, anerkannten Schutzbereichskonzept der Gewissensfreiheit und bedürfte daher jedenfalls eines ganz erheblichen Begründungsaufwandes. Ob ein solches Gegenkonzept tragbar sein kann, kann aber letztlich auf sich beruhen, da das Gericht – wie bereits dargelegt – im Urteil selbst eindeutig zu erkennen gibt, dass es dem gängigen Modell des Gewissensbegriffs folgt. Es ist daher nach den vom Gericht im Urteil selbst zugrundegelegten bzw. anerkannten dogmatischen Prämissen unverständlich und verfehlt, die besagten völkerrechtlichen Erwägungen in die Entscheidung mit einzubeziehen.

Die völkerrechtlichen Bedenken können im zu entscheidenden Fall allenfalls unter einem anderen Blickwinkel und gewissermaßen in deutlich abgeschwächter Form eine Rolle spielen; nämlich insoweit, als der betroffene Soldat *subjektiv, für sich persönlich* dementsprechende völkerrechtliche Zweifel hatte. Dachte er, der Irak-Krieg sei womöglich völkerrechtswidrig, so hatte er zunächst auch Bedenken, dass eine Beteiligung der Bundeswehr an ihm *Unrecht* sei. Solche *rechtlichen* Bedenken können dann sehr wohl der auslösende Umstand dafür gewesen sein, dass der Soldat *auch* in Gewissenskonflikte gestürzt wurde. Sollten solchermaßen subjektive rechtliche Bedenken der Ausgangspunkt von darauf fußenden Gewissenskonflikten sein, so mögen die rechtlichen Bedenken allein insoweit eine Rolle spielen, als sie Eingang bei der Prüfung finden, ob der innere Konflikt des Betroffenen ein hinreichend plausibler, insbesondere von hinreichender Ernsthaftheit getragener und damit auch ein solcher im Sinne von Art. 4 Abs. 1 GG ist. Die Prüfung bleibt dabei aber eine subjektive, an der Sichtweise des Betroffenen ausgerichtete. Keinesfalls ist die Prüfung – wie hier vom Bundesverwaltungsgericht im Hinblick auf das Völkerrecht vorgenommen – gewissermaßen objektiv-rechtlich dahingehend vorzunehmen, ob vom Standpunkt des Gerichts als einem Dritten aus rechtliche Bedenken bestehen; für einen solchen gesonderten Prüfungspunkt fehlt jegliche Grundlage.

Beschränkt man sich daher richtigerweise darauf, die Frage der Völkerrechtskonformität des Irak-Krieges allein subjektiv-rechtlich gewendet aus Sicht des betroffenen Soldaten einzubeziehen, so sind keine überhöhten Anforderungen zu stellen, sondern allein eine zurückgenommene Prüfungsintensität anzuwenden. Wie dargelegt, sind rechtliche Bedenken nämlich nie konstitutiv für Bedenken, die das Gewissen betreffen; erstere können aber maßgeblich zu letzteren führen. Mögen die subjektiv beim Betroffenen gegebenen rechtlichen Bedenken vom objektiven Standpunkt betrachtet auch weit hergeholt oder völlig abwegig erscheinen, so ist damit noch nicht zwingend gesagt, dass sie nicht in Gewissenskonflikten münden können, die durch Art. 4 Abs. 1 GG geschützt sind. Entscheidender Gesichtspunkt ist vielmehr, dass es aber umgekehrt die *Plausibilisierung/Glaubhaftmachung*<sup>15</sup> von Gewissenskonflikten, die ihren Ursprung in rechtlichen Bedenken haben, erleichtern kann, wenn die rechtlichen Bedenken auch von einem objektiven Standpunkt aus zumindest nicht abwegig erscheinen. Nicht hingegen ist es angezeigt, eine »volle« Prüfung dahingehend vorzunehmen, ob »berechtigterweise« auch im Ergebnis durchgreifende rechtliche (hier: völkerrechtliche) Bedenken bestehen. Es hätte daher im Urteil allenfalls eines kurzen Hinweises bedurft, dass die völkerrechtliche Beurteilung des Irak-Krieges ersichtlich umstritten ist und also dieser Befund der beschriebenen Glaubhaftmachung des Gewissenskonfliktes nicht entgegensteht.

<sup>15</sup> Zur Pflicht zur Glaubhaftmachung der Umstände, die zu einem Gewissenskonflikt führen, vgl. etwa Ja-rass (Fn. 8), Rn. 46 m.w.N.

Das Bundesverwaltungsgericht gelangt bei seiner völkerrechtlichen Prüfung dazu, dass »gravierende völkerrechtliche Bedenken« bestehen<sup>16</sup> und also seiner Ansicht nach ein hinreichender »Kontext der Gewissensentscheidung« gegeben sei. Darauf, ob die völkerrechtlichen Bedenken zutreffend sind, soll hier nicht weiter eingegangen werden.

### *5. Die relevanten Kriterien zur Beurteilung, ob eine Gewissensentscheidung vorliegt*

Überzeugend sind hingegen die sich daran anschließenden weiteren Erwägungen, mit denen das Gericht das Vorliegen einer Art. 4 Abs. 1 GG unterfallenden Gewissensentscheidung bejaht und auf die es sich richtigerweise auch hätte beschränken sollen. Wie bereits die hier verknappte Sachverhaltsschilderung (siehe oben I.) andeutungsweise erkennen lässt, hat sich der betroffene Soldat über längere Zeit mit seinen inneren Konflikten auseinandergesetzt und bei diversen Personen um diesbezügliche Gespräche nachgesucht. Er war dabei, wie sich aus den näheren Fallumständen ergibt, nicht von vornherein auf eine »innere Blockadehaltung« gegen alles, was mit dem Irak-Krieg zusammenhängt, festgelegt, sondern in den zahlreichen von ihm nachgesuchten Gesprächen ging es ihm gerade darum, Argumente und Standpunkte von anderen Menschen einzuholen, um zu überprüfen, ob er mit seinen latenten Vorbehalten gegenüber einer Förderung des Irak-Krieges nicht »völlig schief liege«.<sup>17</sup> Auf sein Bestreben hin ließ er sich zudem im Bundeswehrkrankenhaus auf seine geistige und seelische Gesundheit hin überprüfen. All diese und noch weitere, im Urteil sehr detailliert aufgeführte Einzelfallumstände lassen es insgesamt nicht zweifelhaft erscheinen, dass der Soldat sich in einem hinreichend ernsthaften und tiefgreifenden Konflikt befand. Der Konflikt mag im Ausgangspunkt ein rechtlicher gewesen sein. Es greift hier aber der Mechanismus, wie er soeben unter III. 4. beschrieben wurde: Der Soldat hat nicht nur rechtliche Bedenken erhoben, sondern davon ausgehend ist er für sich zur Erkenntnis gekommen, dass das Völkerrecht zugleich ein ethisches Minimum fixiere. Diese sozialethische Bedeutung des Rechts kann – worauf das Gericht zu Recht hinweist – sehr wohl Grundlage für einen Gewissenskonflikt sein.<sup>18</sup> Der Soldat hat hinreichend dargelegt und damit glaubhaft gemacht, dass Unterstützungshandlungen am Irak-Krieg für ihn nicht nur *Unrecht* sind, sondern zugleich auch mit einer an den Kategorien des sittlichen »Gut« oder »Böse« unvereinbar sind. Daher stellt es eine Gewissensentscheidung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 GG dar, den ihm gegenüber ergangenen Befehl, an der Entwicklung des Software-Programms, welches geeignet war, im Irak-Krieg zum Einsatz zu kommen, weiter mitzuwirken, nicht zu befolgen.

### *6. Verfassungsimmante Schranken der Gewissensfreiheit*

Das Grundrecht der Gewissensfreiheit ist vorbehaltlos gewährleistet. Es könnte aber sein, dass es im vorliegenden Fall verfassungsimmanten Schranken unterliegt. Hätte der Soldat durch seine Befehlsverweigerung diese verfassungsimmanten Schranken des von ihm in Anspruch genommenen Grundrechts

<sup>16</sup> So mehrfach die Formulierung in den Gliederungspunkten 4.1.4.1.1 bis 4.1.4.1.5 (= NJW 2006, 77 [93-100]) der Entscheidungsgründe.

<sup>17</sup> So die Formulierung unter 4.1.4.2.2 (= NJW 2006, 77 [101]) der Entscheidungsgründe.

<sup>18</sup> Unter 4.1.4.2.1 (= NJW 2006, 77 [100 f.]) der Entscheidungsgründe; insofern sehr kritisch Schafranek, NZWehr 2005, 234 (240 f.); auch Dau, NZWehr 2005, 255 (257), sieht im entschiedenen Einzelfall den Gewissenskonflikt nicht glaubhaft belegt, sondern allein rechtliche Bedenken auf Seiten des Soldaten.

überschritten, so könnte sein Verhalten im Ergebnis doch ein Dienstvergehen darstellen, welches disziplinarrechtlich geahndet werden dürfte. Das Gericht legt zutreffend – wenngleich wiederum unnötig umständlich – dar, dass nach dem sog. Grundsatz der Einheit der Verfassung verfassungsrechtliche Regelungen (hier also Art. 4 Abs. 1 GG) stets so auszulegen sind, dass Widersprüche/Kollisionen zu anderen Verfassungsnormen nach Möglichkeit vermieden werden. Ist eine solche Kollision gegeben, wäre sie im Wege der Herstellung praktischer Konkordanz zu lösen.

Als Kollisionsnormen zieht das Bundesverwaltungsgericht Art. 12a GG, Art. 65a GG, Art. 73 Nr. 1 GG, Art. 87a Abs. 1 und Art. 115a ff. GG in Betracht. Es knüpft dabei, ohne dies erstaunlicherweise klar herauszuarbeiten und entsprechende Fundstellennachweise zu liefern, offenbar an die Doktrin des Bundesverfassungsgerichts an, das der Einrichtung und Funktionsfähigkeit der Bundeswehr verfassungsrechtlichen Rang zugebilligt hat.<sup>19</sup> Hinreichend begründet wurde diese These in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nie, sondern es wurde schlicht auf die genannten Grundgesetznormen verwiesen und daraus wie selbstverständlich dieses Rechtsgut abgeleitet. Das Bundesverwaltungsgericht hat dieses Ergebnis in anderen Urteilen übernommen, ohne es zu hinterfragen oder selbst näher zu begründen.<sup>20</sup> In der vorliegenden Entscheidung rückt es von diesem dogmatischen Ausgangspunkt jedenfalls nicht eindeutig ab. Es prüft die genannten Grundgesetznormen aber nicht gewissermaßen »in einem Atemzug« in einer großen Gesamtschau, wie es die Formel des Bundesverfassungsgerichts nahe legen würde, sondern separat voneinander daraufhin, ob sie Kollisionsnormen für die Einschränkbarkeit der Gewissensfreiheit darstellen. Dieses Vorgehen ist methodisch weitaus sauberer und besser nachvollziehbar als die besagte Doktrin des Bundesverfassungsgerichts.

Aus Art. 12a GG, Art. 73 Nr. 1 GG, Art. 115a ff. GG ergibt sich für die hier zu entscheidende Fallgestaltung nichts, und das Bundesverwaltungsgericht widmet diesen Normen daher mit Recht auch nur wenige Worte.<sup>21</sup> Ernsthaft in Betracht zu ziehen ist allein eine Kollision mit Art. 65a GG und mit Art. 87a Abs. 1 S. 1 GG.

Art. 87a Abs. 1 S. 1 GG (»Der Bund stellt Streitkräfte zur Verteidigung auf«) begründet eine Exekutivkompetenz zur Aufstellung und Organisation der Streitkräfte<sup>22</sup> und spricht zugleich darüber hinausgehend auch einen Verfassungsauftrag aus.<sup>23</sup> Die Vorschrift kann aber angesichts einer solchen Normstruktur nicht zu Eingriffen in Grundrechte ermächtigen; insbesondere kann sie nicht das kollidierende Verfassungsgut beinhalten, das den Weg zu einer Rechtfertigung von Eingriffen in vorbehaltlos gewährleistete Grundrechte ebnet.<sup>24</sup> Bezogen auf den hier zu entscheidenden Fall spitzt es das Bundesverwaltungsgericht zutreffend dahingehend zu, dass die in Art. 87a Abs. 1 S. 1 GG erfolgte verfassungsrechtliche Positivierung der Existenz von Streitkräften nicht zum Ausdruck bringt, dass Grundrechte von Soldaten immer dann zurücktreten

<sup>19</sup> Siehe BVerfGE 28, 243 (261); 32, 40 (46); 48, 127 (159 f.); in weiteren Entscheidungen (BVerfGE 28, 282 [292], 57, 29 [36]) hat es in einzelnen Vorschriften des SoldG den Sinn und Zweck erblickt, dem Schutzgut der Funktionsfähigkeit der Bundeswehr zu dienen, ohne allerdings diesem Schutzgut selbst verfassungsrechtlichen Rang beizumessen.

<sup>20</sup> Siehe BVerfGE 83, 358 (359 und 362); 93, 323 (325).

<sup>21</sup> Unter 4.1.5.3.2 a)-c) (=NJW 2006, 77 [103 f.]) der Entscheidungsgründe.

<sup>22</sup> Heun, in: Dreier (Hrsg.), GG-Kommentar, 2000, Art. 87a, Rn. 8.

<sup>23</sup> Baldus, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 9), Bd. 3, Art. 87a, Rn. 5 m.w.N.

<sup>24</sup> So zutreffend und eindeutig Jarass (Fn. 8), Art. 87a, Rn. 2; Baldus (Fn. 23), Rn. 11; ausführlich dazu Pie-roth, AÖR 114 (1989), 422 (431 ff.).

müssen, wenn sich die Berufung auf das Grundrecht in den Augen der jeweiligen Vorgesetzten als für die Bundeswehr »störend« oder für den Dienstbetrieb belastend »darstellt«.<sup>25</sup> Art 87a Abs. 1 GG ist damit keine Vorschrift, die mit Art. 4 Abs. 1 GG in Kollision tritt und daher die Herstellung praktischer Konkordanz erfordert.

Einen Konflikt, der zur Herstellung praktischer Konkordanz nötige, sieht das Bundesverwaltungsgericht indes im Hinblick auf Art. 65a GG (»Der Bundesminister für Verteidigung hat die Befehls- und Kommandogewalt über die Streitkräfte«). Eine Begründung erfolgt insoweit indes so gut wie gar nicht.<sup>26</sup> Insbesondere wird nicht herausgearbeitet, welchen sachlichen Gehalt und welche Stoßrichtung die Vorschrift besitzen soll, um sie mit Art. 4 Abs. 1 GG zu praktischer Konkordanz bringen zu müssen. Art. 65a GG weist in Abkehr einer langen Verfassungstradition dem Bundesminister für Verteidigung die Befehls- und Kommandogewalt über die Streitkräfte bis zu einer etwaigen Verkündung des Verteidigungsfalles, in dem sie auf nach Art. 115b GG auf den Bundeskanzler übergeht, als Kompetenz zu; in dieser *Beschränkung der organisatorischen Regierungsbildungskompetenz* des Bundeskanzlers liegt die Bedeutung der Vorschrift als Teil der sog. Wehrverfassung des Grundgesetzes.<sup>27</sup> Dass der in Art. 65a GG genannten Befehls- und Kommandogewalt in der Bundeswehr ein materiell-rechtlicher Gehalt dahingehend zukommt, ein Rechtsgut mit Verfassungsrang zu konstituieren, das in Fallkonstellationen wie der vorliegenden zur Rechtfertigung von vorbehaltlos gewährleisteten Grundrechten in Ansatz gebracht werden könnte, ist damit noch keineswegs gesagt. Es bedürfte vielmehr eines erheblichen Begründungsaufwandes, dies vertretbar herzuleiten.

Das Bundesverwaltungsgericht geht dem nicht näher nach. Es nennt daher auch keinen exakten Prüfungsansatz für die von ihm vorgenommene Herstellung praktischer Konkordanz zwischen Art. 4 Abs. 1 GG und Art. 65a GG. Man wird das Gericht wohl so zu verstehen haben, dass Art. 65a GG die Befehlsgewalt und -struktur in der Bundeswehr (auch) als für die Funktionsfähigkeit der Bundeswehr wesentliches Element zum Ausdruck bringe, mit dem die Gewissensfreiheit in Konflikt trete, wenn ein Soldat sie in Anspruch nehme, um sich dadurch einer Befehlseitelung zu verweigern. Von diesem Ausgangspunkt aus prüft das Gericht schulmäßig nach der bekannten Konkordanzformel von Hesse, dass nach einer Lösung zu suchen ist, die beide kollidierenden Schutzgüter möglichst wenig beeinträchtigen, also beide zu optimaler Wirksamkeit kommen lassen. Das Gericht legt dem Soldaten, der sich auf seine Gewissensfreiheit beruft, erhebliche Mit- und Zusammenwirkungspflichten auf. So sei vom Soldat zu erwarten, dass er seine Gewissenskonflikte seinen zuständigen Vorgesetzten möglichst umgehend und nicht »zur Unzeit« darlege und auf baldmöglichste Klärung der zugrundeliegenden Probleme dränge. Andererseits seien die militärischen Vorgesetzten gehalten, sich der vom Soldaten geltend gemachten Gewissensentscheidung zu stellen; insbesondere sei eine möglichst vollständige

<sup>25</sup> So auch zutreffend das Gericht in den Entscheidungsgründen unter 4.1.5.3.2 d) (= NJW 2006, 77 [104 f.]). Ablehnend insoweit Schafanek, NZWehr 2005, 234 (243), mit dem nicht überzeugenden Argument, wenn durch eine Befehlsverweigerung unter Inanspruchnahme des Grundrechts der Gewissensfreiheit eine Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit der Bundeswehr von »substantiellem Ausmaß« eintrete, so könne sich bei einer Abwägung ergeben, dass der Funktionsfähigkeit der Bundeswehr der Vorrang einzuräumen sei. Dies stellt nichts anderes als ein dogmatisch nicht untermauertes Schwerekriterium dar.

<sup>26</sup> Siehe hierzu und zu allen folgenden Erwägungen des Gerichts im Zusammenhang mit Art. 65a GG unter 4.1.5.3.2 e) (= NJW 2006, 77 [105–107]) der Entscheidungsgründe.

<sup>27</sup> Schröder, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 9), Bd. 2, Art. 65a, Rn. 1; Oldiges, in: Sachs (Hrsg.), GG-Kommentar, 3. Aufl. 2002, Art. 65a, Rn. 6; ähnlich Pieroth, in: Jarass/Pieroth (Fn. 8), Art. 65a, Rn. 1 f.

Information des Soldaten über die konfliktrelevanten Tatsachen nötig. Das Gericht legt sodann überzeugend und sehr ausführlich unter Einbeziehung der Einzelfallumstände dar, dass dem nicht genügt wurde. So wurde insbesondere dem Soldaten nie eine umfänglichere Darlegung der völkerrechtlichen Fragen im Zusammenhang mit dem Irak-Krieg seitens seiner militärischen Vorgesetzten gegeben, da sie sich für nicht zuständig bzw. kompetent hielten, in solchen Fragen Auskunft bzw. Stellungnahmen abzugeben, obwohl es – wie das Bundesverwaltungsgericht belegt – zu ihren Aufgaben gehörte.

#### *IV. Praktische Bedeutung des Urteils und Ausblick*

Bei genauerem Hinsehen kommt dem Urteil nicht die große umwälzende und die das militärische System von Befehl und Gehorsam völlig aushöhlende Bedeutung zu, wie erste Reaktionen glauben machen wollten. Spektakülär erscheint zwar, dass erstmals obergerichtlich im Einzelfall anerkannt wurde, dass sich aus der Gewissensfreiheit ein Befehlsverweigerungsrecht ergeben kann. Indes sind die Voraussetzungen, die an das Vorliegen einer Gewissensentscheidung in Form einer dementsprechenden Glaubhaftmachung zu stellen sind, nicht gering; daher besteht keine Gefahr, dass das Urteil eine Blaupause gewissermaßen für den militärischen Alltag darstellt, damit jeder Soldat, der sich ihm unliebsamen Befehlen ausgesetzt sieht, kurzerhand unter Berufung auf die Gewissensfreiheit sich diesen entziehen kann.

Das Urteil ist zudem insofern »bundeswehrfreundlich«, als es über Art. 65a GG der Befehls- und Kommandogewalt einen materiellen verfassungsrechtlichen Gehalt dahingehend zubilligt, als kollidierendes Verfassungsrechtsgut Beachtung zu verlangen, das Eingriffe in die vorbehaltlos gewährleistete Gewissensfreiheit ermöglicht; es ist indes sehr fraglich, ob man Art. 65a GG einen solchen Gehalt beimessen kann.

Die Sprengkraft des Urteils wird nochmals dadurch weiter relativiert, wenn man sich klar vor Augen hält, was im Kern nach den vom Gericht im Urteil angelegten Maßstäben letztlich den Soldaten obsiegen lies – nämlich schlechtes Personalmanagement.<sup>28</sup> Dieses bestand darin, sich mit den Bedenken des betroffenen Soldaten nicht hinreichend auseinander gesetzt zu haben. Bereits dadurch hätte womöglich der Konflikt entschärft und die Befehlsverweigerung beseitigt werden können. Des Weiteren bestand das mangelhafte Personalmanagement darin, dass offenbar gar nicht geprüft wurde, ob bundeswehrintern Personallenkmöglichkeiten dahingehend bestanden, den Soldaten umzusetzen oder zu versetzen, so von der Entwicklung des besagten Software-Programms abzuziehen und anderweitig einzusetzen; auch dadurch hätte der Konflikt womöglich bereits beseitigt werden können.

Die Dignität des Urteils wird durch die entbehrlichen Ausführungen zur völkerrechtlichen Beurteilung des Irak-Krieges nicht gesteigert, sondern gemindert. Denn die sich darauf beziehenden ausgiebigen Passagen suggerieren, dass es sich um ein spezifisches Urteil betreffend den Irak-Krieg handelt. Genau das ist indes nicht der Fall. Gerade deshalb ist das Urteil über den entschiedenen Einzelfall hinaus aber bedeutsam.

<sup>28</sup> So andeutungsweise auch Battis, DVBl. 2005, 1462 (1463).