

BUNDESVERWALTUNGSGERICHT

Im Namen des Volkes Urteil

BVerwG 2 WD 34.02
TDG S 6 VL 23/01

In dem gerichtlichen Disziplinarverfahren gegen

den Hauptmann der Reserve ...,
geboren am ... in B.,
..., ...,

hat der 2. Wehrdienstsenat des Bundesverwaltungsgerichts in der nichtöffentlichen Hauptverhandlung am 1. Juli 2003, an der teilgenommen haben:

Vorsitzender Richter am Bundesverwaltungsgericht Prof. Dr. Pietzner,
Richter am Bundesverwaltungsgericht Prof. Dr. Widmaier,
Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. Deiseroth

sowie

Oberfeldapotheker Woelk,
Stabsarzt der Reserve Dr. Steinbeck
als ehrenamtliche Richter,

Leitender Regierungsdirektor Söllner
als Vertreter des Bundeswehrdisziplinaranwalts,

Justizobersekretärin von Förster
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle,

für Recht erkannt:

Das Urteil der 6. Kammer des Truppendienstgerichts ... vom 26. Februar 2002 wird aufgehoben.

Die Sache wird zur nochmaligen Verhandlung und Entscheidung an die 5. Kammer des Truppendienstgerichts ... zurückverwiesen.

Die Entscheidung über die Kosten bleibt der Schlussentscheidung vorbehalten.

Gründe :

I

Der nunmehr 38 Jahre alte frühere Soldat erlangte im Juni 1984 die allgemeine Hochschulreife und war bis zu seinem Eintritt in die Bundeswehr als Wehrpflichtiger am 1. Oktober 1984 ohne Beschäftigung.

Aufgrund seiner freiwilligen Verpflichtung vom 20. September 1984 wurde er am 16. November 1984 in das Dienstverhältnis eines Soldaten auf Zeit berufen. Seine Dienstzeit wurde zunächst auf sechs Monate und sodann entsprechend der von ihm abgegebenen Verpflichtungserklärung auf zwei Jahre festgesetzt. Sie wurde später auf insgesamt acht Jahre verlängert und endete mit Ablauf des 30. September 1992.

Der frühere Soldat hatte während seiner Dienstzeit bei der Bundeswehr zunächst die Laufbahn der Unteroffiziere eingeschlagen und erfolgreich an den Unteroffizierlehrgängen Teile 1 und 2 - jeweils Allgemeinmilitärischer und Militärfachlicher Teil - teilgenommen. Am 9. Januar 1986 wurde er zum Unteroffizier ernannt. Mit Bescheid des Personalstammamtes der Bundeswehr vom 11. August 1986 wurde er als Anwärter für die Laufbahn der Offiziere des Truppendienstes übernommen. Zugleich wurde er, nachdem er bis dahin in der Begleitbatterie ... des Artillerieregiments ... eingesetzt worden war, der Pioniertruppe zu- und für ein Studium der Fachrichtung Pädagogik an der Universität der Bundeswehr M. mit Studienbeginn zum 1. Oktober 1989 eingeteilt.

Der frühere Soldat bestand den Offizierlehrgang an der Offizierschule des Heeres in Hannover im Februar 1988 mit der Abschlussnote „ausreichend“. Den Zugführerlehrgang Pioniertruppe absolvierte er von Juli bis Oktober 1988 an der Pionierschule/Fachschule des Heeres für Bautechnik in M. mit der Abschlussnote „gut“. Zum Leutnant wurde er mit Wirkung vom 1. Juli 1989 ernannt. Das Studium musste er im Juli 1991 nach dem endgültigen Nichtbestehen der Diplomvorprüfung abbrechen. Mit Wirkung vom 1. Oktober 1992 wurde er zum Oberleutnant der Reserve und am 6. Juni 1997 zum Hauptmann der Reserve befördert.

Als Angehöriger der Pioniertruppe leistete er Dienst bei der .../Pionierbataillon ..., der .../Amphibisches Pionierbataillon ... und zuletzt bei der .../Schwimmbrückenbataillon ..., alle in I. Nach seinem Ausscheiden im Jahre 1992 absolvierte der frühere Soldat zahlrei-

che Wehrübungen beim Pionierbrückenbataillon Bei diesem nicht aktiven Pionierverband war er zuletzt als Pionieroffizier und Kompaniechef mob-beordert.

Ab dem 1. Mai 1992 war er bis zum Ende seiner Dienstzeit am 30. September 1992 zur Durchführung einer Fachausbildung vom militärischen Dienst freigestellt. In dieser Zeit absolvierte er eine Ausbildung beim Verbund selbstständiger Finanzdienstleister in M. Ab 1994 betrieb er die Firma ... Baugesellschaft GbR, deren Tätigkeit sich auf die schlüsselfertige Erstellung von Wohn- und Gewerbebauten erstreckte. Am 11. Juni 1996 endete diese geschäftliche Tätigkeit mit der Stellung des Konkursantrages.

Seit Februar 2002 ist der frühere Soldat für eine Schweizer Vermögensberatungsgesellschaft tätig und erzielt hieraus ein monatliches Einkommen von 2.500 SF. Seine ebenfalls berufstätige Ehefrau hat einen Verdienst von ca. 750 €. Er hat Schulden in Höhe von ca. 500.000 €, welche er in monatlichen Raten von 100 bis 150 € abträgt.

Aus seiner seit 1985 bestehenden Ehe sind zwei 15 und sechs Jahre alte Kinder hervorgegangen.

In seiner letzten dienstlichen Beurteilung vom 10. Oktober 1999, die anlässlich einer Wehrübung erfolgte, erhielt er bei den Einzelmerkmalen einmal (bei „Eigenständigkeit“) die Wertung „7“, siebenmal die Wertung „6“ und dreimal die Wertung „5“.

In der Erläuterung der Wertung „Eigenständigkeit“ heißt es:

„Hptm ... bereitet die an ihn gestellten Aufträge weit vor Beginn der einzelnen Wehrübungen vor. Er denkt überdurchschnittlich pragmatisch und führt die an ihn gestellten Aufgaben selbstständig, engagiert und im Sinne des Ganzen aus.“

In der freien Beschreibung heißt es:

„Hptm ... ist ein Offizier mit sehr hoher Leistungsbereitschaft. Er verfügt über klare Denkstrukturen und kann seine Vorgaben anschaulich an die ihm unterstellten Soldaten weitergeben.
Er entscheidet stets wohlüberlegt und sicher, beteiligt aber die ihm unterstellten Soldaten bei der Entscheidungsfindung.“

Der nächsthöhere Vorgesetzte nahm dazu wie folgt Stellung:

„Engagierter Offizier, der mit Freude und Begeisterung seine Aufgaben wahrnimmt und seine Soldaten zu begeistern vermag.
Den Vorschlag einer anschließenden Verwendung als KpChef TechnPiKp des PiBrBtl ... teile ich; langfristig sehe ich ihn auch als stv BtlKdr eines n.a. Btl.“

Der frühere Soldat ist berechtigt, seit 26. Juni 1989 das Leistungsabzeichen in Gold zu tragen; die Bedingungen für die Schützenschnur in Gold hat er erfüllt. Im November 1989 wurde ihm das Ehrenkreuz der Bundeswehr in Bronze verliehen.

Im Zentralregisterauszug vom 7. April 2003 ist die im Strafbefehlswege ergangene sachgleiche Verurteilung durch das Amtsgericht V.-S. vom 3. August 1998 vermerkt.

II

Das Amtsgericht V.-S. erließ gegen den früheren Soldaten unter dem 3. August 1998 einen Strafbefehl - ... Ls (Cs) ... Js ... AK .../... - wegen gemeinschaftlichen Betrugs in 77 Fällen und Betrugs in einem Fall, der am 27. August 1998 rechtskräftig wurde. Gegen den früheren Soldaten wurde eine Gesamtfreiheitsstrafe von zwölf Monaten verhängt. Die Vollstreckung der Strafe wurde zur Bewährung ausgesetzt; die Bewährungszeit wurde auf drei Jahre festgesetzt.

In dem mit Verfügung des Amtschefs Personalamt der Bundeswehr vom 6. März 2001 durch Niederlegung bei der Post am 12. März 2001 ordnungsgemäß eingeleiteten gerichtlichen Disziplinarverfahren setzte die 6. Kammer des Truppendienstgerichts ... - ausgehend von der Anschuldigungsschrift des Wehrdisziplinaranwalts vom 1. August 2001 - mit Urteil vom 26. Februar 2002 den früheren Soldaten in den Dienstgrad eines Oberleutnants der Reserve herab.

In seinem Urteil traf die Truppendienstkammer folgende tatsächlichen und rechtlichen Feststellungen:

„Ab 1994 hat der frühere Soldat zusammen mit einem Michael O. als mit diesem gleichberechtigten Geschäftsführer und Gesellschafter die Firma ... Baugesellschaft GbR mit Sitz in B. betrieben. Diese Gesellschaft hat sich mit der schlüsselfertigen Erstellung von Wohn- und Gewerbebauten beschäftigt, wobei die eigentlichen Arbeiten an Drittfirmen vergeben worden sind. D.h., die geschäftlichen Aktivitäten der Gesellschaft bestanden im Wesentlichen darin, Bauwillige und Baufirmen und sonstige Handwerksbetriebe zusammenzubringen. Ein weiterer Aspekt war die Bauüberwachung. Aktivitäten im vorgenannten Sinne hat die Firma ... im Wesentlichen 1995 und im 1. Halbjahr 1996 entfaltet. Mit den Bauherren war jeweils vertraglich vereinbart, dass diese Zahlungen je nach Baufortschritt an die Firma ... zu leisten hatten, welche ihrerseits die Baufirmen, Handwerksbetriebe und Baustofflieferanten zu bezahlen hatte. Für diese Zwecke waren, allerdings nur vorübergehend, für jedes einzelne Bauvorhaben Unterkonten eingerichtet. Dies ist in 1996, wohl auf Anraten der kontoführenden ... Bank in T., wieder aufgegeben worden.

Für das Geschäftsjahr 1995 hatte die Firma ... die Dienste einer Steuerberaterin in Anspruch genommen. Diese hätte die Jahresbilanz 1995 bis Ende des Jahres erstellen sollen, wurde mit dieser Arbeit jedoch erst im Mai 1996 fertig. Obwohl die Firma .. mit Gewinnprognosen in Höhe von mehren 100.000 DM in das Geschäftsjahr 1995 gestartet war, wies die nunmehr am 20.05.1996 vorliegende Bilanz für 1995 einen nicht durch Eigenmittel abgedeckten Fehlbetrag in Höhe von 376.918,41 DM sowie einen Jahresfehlbetrag in Höhe von 261.405,25 DM aus. Damit stand die Zahlungsunfähigkeit der Firma fest. Gleichwohl hat der frühere Soldat die Geschäfte nach dem 20.05.1996 weiter betrieben wie bisher, insbesondere weitere Aufträge erteilt bzw. Baumaterialien geordert. Dadurch sind bei den im Tatvorwurf der Anschuldigungsschrift im Einzelnen genannten Vertragspartnern Schäden in der im Einzelnen aufgeführten Betragshöhe entstanden.

Am 11.07.1996 schließlich hat die Firma Konkursantrag gestellt. Hierzu hatte es im Wesentlichen nur deshalb kommen können, weil sich die beiden Gesellschafter, also insbesondere auch der frühere Soldat, keine oder zumindest nicht ausreichende Gewissheit darüber verschafft hatten, ob ihre ursprüngliche Kalkulation mit der tatsächlichen preislichen Entwicklung der einzelnen Bauvorhaben übereinstimmte und zum anderen deshalb, weil keine Kontrolle darüber bestand, ob die aus den einzelnen Bauvorhaben herrührenden Zahlungseingänge ausreichten, um die daraus erwachsenden Zahlungsverpflichtungen abdecken zu können. Insbesondere das Letztere hat bewirkt, dass Zahlungseingänge aus später begonnenen Projekten für die Deckung noch vorhandener Zahlungslücken aus älteren Bauvorhaben herhalten mussten.

Durch entsprechende Kontrollmaßnahmen und -mittel und ein Anpassen der Kalkulationsgrundlagen hätte dies vermieden werden können.

Allein durch das Fortführen der Auftragsvergabe nach dem 20.05.1996 hat er einen Gesamtschaden in Höhe von DM 412.000,66 verursacht. Es kam deswegen zu einem Strafverfahren gegen den früheren Soldaten, welches letztlich auf seine Bitte hin mit einem Strafbefehl abgeschlossen wurde...

Dadurch, dass der frühere Soldat die Geschäfte der Firma ... trotz der seit dem 20.05.1996 offenkundigen Zahlungsunfähigkeit der Firma weiter geführt hat, hat er vorsätzlich seine Verpflichtung, auch nach seinem Ausscheiden aus dem Wehrdienst der Achtung und dem Vertrauen gerecht zu werden, die für seine Wiederverwendung in seinem Dienstgrad erforderlich sind (§ 17 Abs. 3 SG), verletzt. Die mit den jeweiligen Auftragsvergaben einhergehende Vorspiegelung der Zahlungsfähigkeit stellt nicht nur strafbares Verhalten dar, sondern auch Unwürdigkeit im Sinne von § 23 Abs. 2 Nr. 2, 2. Alternative SG, und ist damit ein Dienstvergehen.

Weil außerhalb des Tatzeitraumes liegend war der frühere Soldat jedoch von den Tatvorwürfen 4.1, 4.2, 4.3, 6.1, 6.2, 10.1 und 11. freizustellen."

In seinem Urteil ging die Truppendienstkammer von folgenden in der Anschuldigungsschrift vom 1. August 2001 aufgeführten Tatvorwürfen aus:

„1. Bei der Firma ...-... ..., ... 6 - 10, ... B., gab er Holzlieferungen für verschiedene Baustellen in Auftrag, die auftragsgemäß erledigt und wie folgt in Rechnung gestellt wurden:

- 1.1 am 26.06.1996 im Warenwert von DM 2.167,04,
- 1.2 am 03.07.1996 im Warenwert von DM 1.112,34,
- 1.3 am 04.07.1996 im Warenwert von DM 3.143,81.

2. Bei der Firma ... GmbH, ... 10, ... J., gab er am 20.05.1996 Baggerarbeiten, insbesondere Abfuhr von Aushubmaterial, Liefern von Kalkbruchsteinen und Wandkies für eine Baustelle in B. für einen Wert von DM 25.089,37 in Auftrag, die ausgeführt und am 29.05.1996 in Rechnung gestellt wurden.

3. Bei der Firma, ...-...-... 39 in ... B. gab er am 03.06.1996 Dachklempnerarbeiten in Auftrag, die am 07.07.1996 mit DM 7.177,26 in Rechnung gestellt wurden.

4. Von der Firma ... Raiffeisenzentralgenossenschaft eG, ... 10 a in ... S., bezog er verschiedene Baumaterialien, die wie folgend in Rechnung gestellt wurden.

- 4.1 am 10.05.1996 über DM 966,--
- 4.2 am 15.05.1996 über DM 1.622,81
- 4.3 am 15.05.1996 über DM 4.567,31
- 4.4 am 22.05.1996 über DM 3.690,44
- 4.5 am 22.05.1996 über DM 2.992,19
- 4.6 am 23.05.1996 über DM 730,73
- 4.7 am 03.06.1996 über DM 3.467,25
- 4.8 am 05.06.1996 über DM 2.795,67
- 4.9 am 11.06.1996 über DM 1.247,64
- 4.10 am 11.06.1996 über DM 1.039,83
- 4.11 am 18.06.1996 über DM 1.316,39
- 4.12 am 28.06.1996 über DM 308,78
- 4.13 am 28.06.1996 über DM 851,59
- 4.14 am 28.06.1996 über DM 4.344,60
- 4.15 am 28.06.1996 über DM 1.227,13
- 4.16 am 01.07.1996 über DM 650,10
- 4.17 am 02.07.1996 über DM 2.256,93
- 4.18 am 02.07.1996 über DM 933,80
- 4.19 am 12.07.1996 über DM 2.889,88

5. Bei der Firma, Stahlbau, ...-...-...-... 7, ... V.-S. gab er am 27.06.1996 Kranarbeiten in Auftrag, die ausgeführt und am 28.06.1996 mit DM 3.054,97 in Rechnung gestellt wurden.

6. Bei der Firma ... Baustoffe GmbH, 18, ... B., gab er Warenlieferungen in Auftrag, die wie folgend in Rechnung gestellt wurden:

- 6.1 am 09.05.1996 Klebeband für DM 804,71
- 6.2 am 10.05.1996 Promatect für DM 675,86
- 6.3 am 17.05.1996 Lüftungsprofile für DM 303,60
- 6.4 am 23.05.1996 PE-Folie für DM 414,--
- 6.5 am 24.05.1996 Putzarbeiten für DM 395,98
- 6.6 am 17.06.1996 Putzarbeiten und Profile für DM 2.146,73
- 6.7 am 28.06.1996 Fenster über DM 386,11
- 6.8 am 10.07.1996 Isolierung für DM 1.040,66
- 6.9 am 11.07.1996 Dachfenster für DM 2.419,31

7. Von der Firma OHG Baugeschäft, 1, ... D., bezog er Warenlieferungen und Bauleistungen, die wie folgend in Rechnung gestellt wurden:

- 7.1 am 18.06.1996 Deckenbetonguß für DM 35.000,--
- 7.2 am 02.07.1996 Glattstrich für DM 708,29
- 7.3 am 03.07.1996 verschiedene Bauleistungen (Isolierung, Terrassenplatte, Betonschächte, Kamin, Arbeitsraumverfüllen) für DM 13.979,50.

8. Von der Firma ... AG, 27, CH-... B., bezog er Bauleistungen und Materiallieferungen, die wie folgend in Rechnung gestellt wurden:

- 8.1 am 03.06.1996 über DM 32.000,--
- 8.2 am 03.06.1996 über DM 1.468,92
- 8.3 am 04.06.1996 über DM 272,05
- 8.4 am 31.05.1996 über DM 5.206,05
- 8.5 am 31.05.1996 über DM 11.433,65
- 8.6 am 31.05.1996 über DM 3.738,60
- 8.7 am 31.05.1996 über DM 5.921,30
- 8.8 am 31.05.1996 über DM 4.847,25
- 8.9 am 10.06.1996 über DM 1.155,10
- 8.10 am 11.06.1996 über DM 24.000,--
- 8.11 am 12.06.1996 über DM 1.059,74
- 8.12 am 12.06.1996 über DM 1.865,50
- 8.13 am 13.06.1996 über DM 4.000,--
- 8.14 am 13.06.1996 über DM 3.771,89
- 8.15 am 13.06.1996 über DM 1.490,17
- 8.16 am 13.06.1996 über DM 266,08
- 8.17 am 13.06.1996 über DM 1.764,--
- 8.18 am 03.07.1996 über DM 16.000,--
- 8.19 am 03.07.1996 über DM 2.187,45
- 8.20 am 04.07.1996 über DM 540,--
- 8.21 am 04.07.1996 über DM 22.500,--
- 8.22 am 04.07.1996 über DM 6.720,40
- 8.23 am 04.07.1996 über DM 5.455,05
- 8.24 am 04.07.1996 über DM 795,65
- 8.25 am 04.07.1996 über DM 619,65
- 8.26 am 04.07.1996 über DM 464,40
- 8.27 am 04.07.1996 über DM 558,75
- 8.28 am 04.07.1996 über DM 16.031,06
- 8.29 am 04.07.1996 über DM 12.823,45
- 8.30 am 04.07.1996 über DM 15.000,--
- 8.31 am 04.07.1996 über DM 1.629,15
- 8.32 am 04.07.1996 über DM 1.934,15
- 8.33 am 04.07.1996 über DM 6.240,--

9. Er bezog von der Firma Zimmerei, ... 9, ... R., Dachflächenfenster, die geliefert, montiert und am 08.07.1996 mit DM 7.430,85 in Rechnung gestellt wurden.

10. Von der Firma BHT Bedachungshandel ..., 109, ... W., kaufte er Waren, die wie folgend in Rechnung gestellt wurden.

- 10.1 am 09.05.1996 Betonziegel für DM 9.795,52
- 10.2 am 24.05.1996 Tonziegel und Zubehör für DM 7.452,78
- 10.3 am 03.06.1996 Betonziegel und Zubehör für DM 7.113,59
- 10.4 am 14.06.1996 Tonziegel und Zubehör für DM 2.111,79.

11. Bei der Firma ... Putz und Stuck GmbH, ... 16 a, ... B., gab er am 03.05.1996 Bauleistungen, im Wesentlichen Setzen von Fensterbänken in einem Reihnhaus in Singen, in Auftrag, die ausgeführt und am 02.06.1996 mit DM 1.148,78 in Rechnung gestellt wurden.

12. Mit der Firma ... & ... GmbH, ... 60, ... E., schloss er am 20.05.1996 einen Vertrag über Bauleistungen für ein Bauvorhaben in Villingen im Wert von DM 67.200,--.

13. Mit der Firma ... & ... GmbH, ... 60, ... E., schloss er am 01.06.1996 einen Vertrag über Bauleistungen für ein Bauvorhaben in Villingen im Wert von DM 21.000,--."

Gegen das dem Wehrdisziplinaranwalt am 20. März 2002 zugestellte Urteil hat der Bundeswehrdisziplinaranwalt mit Schriftsatz vom 19. April 2002, eingegangen am selben Tage eine auf die Bemessung des Disziplinarmaßes beschränkte Berufung eingelegt mit dem Ziel, gegen den früheren Soldaten zumindest auf eine weitergehende Dienstgradherabsetzung zu erkennen.

Zur Begründung hat der Bundeswehrdisziplinaranwalt im Wesentlichen ausgeführt:

Die von der Truppendienstkammer verhängte Disziplinarmaßnahme einer Herabsetzung um nur einen Dienstgrad werde dem Fehlverhalten vor allem im Hinblick auf dessen Eigenart und Schwere sowie das Maß der Schuld - auch in Anbetracht zu berücksichtigender Milderungsgründe - nicht gerecht. Die Schwere der Verfehlung ergebe sich u.a. daraus, dass nach § 57 i.V.m. § 53 Abs. 2 Nr. 2 SG in der bis zum 31. Dezember 2001 geltenden Fassung ein früherer Soldat auf Zeit seinen Dienstgrad verloren hätte, wenn gegen ihn - wie im vorliegenden Fall - wegen einer vorsätzlichen Tat nach Beendigung des Dienstverhältnisses auf mindestens ein Jahr Freiheitsstrafe erkannt worden wäre. Diese Rechtswirkungen träten nach dem Wortlaut der Regelung auch bei einer Verhängung einer solchen Freiheitsstrafe durch Strafbefehl ein; denn das Soldatengesetz fordere, anders als das Beamtenrecht, nicht, dass die Verurteilung „im ordentlichen Verfahren“ durch Urteil erfolgt sein müsse. Die gegenteilige Auffassung des Truppendienstgerichts sei jedoch im Hinblick auf das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 8. Juni 2000 - BVerwG 2 C 20.99 - durchaus vertretbar. Jedenfalls habe die Kammer bei der Maßnahmebemessung aber berücksichtigen müssen, dass der frühere Soldat bei gleicher Verurteilung durch ein Urteil nach altem Recht seinen Dienstgrad verloren hätte. Aus dem Strafmaß sei die Erkenntnis zu ziehen, dass der frühere Soldat in einem erheblichen Ausmaß gefehlt habe und die Dienstgradherabsetzung um nur einen Dienstgrad seinem Versagen nicht hinreichend gerecht werde.

III

1. Die Berufung des Bundeswehrdisziplinaranwalts ist zulässig. Sie ist statthaft, ihre Förmlichkeiten sind gewahrt (§ 115 Abs. 1, § 116 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 WDO).

Der Zulässigkeit der Berufung steht nicht entgegen, dass gegen den früheren Soldaten ein rechtskräftiger Strafbefehl des Amtsgerichts V.-S. über ein Jahr Freiheitsstrafe, die zur Bewährung ausgesetzt wurde, erging.

Zwar verlor ein früherer Soldat auf Zeit nach § 57 i.V.m. § 53 Abs. 2 Nr. 2 SG in der bis zum 31. Dezember 2001 geltenden Fassung (im Folgenden: SG a.F.) seinen Dienstgrad, wenn gegen ihn „wegen einer vorsätzlichen Tat auf Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr erkannt“ worden war (ebenso § 48 Satz 1 Nr. 2 SG für den Verlust der Rechtsstellung eines Berufssoldaten). Diese Rechtsfolge trat kraft Gesetzes ein. Eine nachfolgende Ahndung in einem sachgleichen gerichtlichen Disziplinarverfahren kommt in einem solchen Fall bei Erfüllung der gesetzlichen Voraussetzungen dann nicht mehr in Betracht. Ergeht dennoch ein truppdienstgerichtliches Urteil, ist dieses nichtig. Eine gegen ein solches Urteil eingelegte Berufung ist unzulässig; das Verfahren ist dann gemäß § 123 Satz 3, § 108 Abs. 3 Satz 1 WDO durch Beschluss einzustellen (vgl. Urteil zu den entsprechenden Vorgängerbestimmungen vom 23. Februar 1988 - BVerwG 2 WD 48.86 - <BVerwGE 83, 379 [382] = NZWehrr 1988, 165>; Dau, WDO, 4. Aufl., § 115 RNr. 5). Ein solcher Fall liegt hier jedoch nicht vor. Denn die genannte gesetzliche Regelung erfasst lediglich eine Verurteilung durch ein aufgrund einer Hauptverhandlung ergangenes strafgerichtliches Urteil, jedoch nicht eine solche durch einen Strafbefehl.

Zwar hat es der Senat in einer früheren Entscheidung (Beschluss vom 21. Dezember 1976 - BVerwG 2 WD 9.76 - <BVerwGE 53, 236>) für den Eintritt der sich aus § 54 Abs. 2 Nr. 2 i.V.m. § 48 Satz 1 Nr. 2 SG (in der damaligen Fassung) ergebenden gesetzlichen Folge des Verlustes der Rechtsstellung eines Soldaten auf Zeit ausreichen lassen, wenn die Verurteilung zu mehr als einem Jahr Freiheitsstrafe durch die Bildung einer nachträglichen Gesamtfreiheitsstrafe erfolgte und diese aus den Einzelstrafen eines Urteils und eines Strafbefehls gebildet wurde. Hieran hält der Senat jedoch nicht mehr fest. Er sieht sich dabei in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des 2. Revisionssenats des erkennenden Gerichts, der auf der Grundlage der entsprechenden beamtenrechtlichen Regelungen (§ 51 LBG NW übereinstimmend mit § 48 BBG, § 24 BRRG) für den Eintritt einer solchen Rechtsfolge aufgrund Gesetzes eine „Verurteilung“ zu mindestens einem Jahr Freiheitsstrafe durch Strafbefehl nicht ausreichen lässt (vgl. u.a. Urteil vom 8. Juni 2000 - BVerwG 2 C 20.99 - <NJW 2000, 3297>).

Der Wortlaut des § 53 Abs. 2 Nr. 2 SG a.F. (wie auch des § 48 Satz 1 Nr. 2 SG) ist insoweit zwar nicht eindeutig. Denn in der Formulierung ist nicht ausdrücklich davon die Rede, ob die strafgerichtliche Ahndung (Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr) durch Urteil

erfolgt sein muss oder ob insoweit auch ein Strafbefehl ausreicht. Die Regelung unterscheidet sich damit von den beamtenrechtlichen Vorschriften § 48 BBG und § 24 BRRG. In § 48 BBG ist ausdrücklich normiert, dass eine gesetzliche Beendigung des Beamtenverhältnisses im Falle einer strafgerichtlichen Verurteilung nur dann erfolgt, wenn der Beamte „im ordentlichen Strafverfahren durch das Urteil eines deutschen Gerichts ... verurteilt wird.“ Die gleiche Regelung findet sich in § 24 Abs. 1 BRRG. Bereits aus der Entstehungsgeschichte des § 53 Abs. 2 Nr. 2 SG a.F. wie des § 48 Satz 1 Nr. 2 SG ergibt sich jedoch, dass die Regelungen im Soldatenrecht den gleichen Zweck wie die beamtenrechtlichen Regelungen verfolgen und dass damit eine inhaltliche Gleichstellung dem gesetzgeberischen Regelungsziel entspricht. In der Begründung des Regierungsentwurfs zum Soldatengesetz wurde seinerzeit ausgeführt, dass die persönliche Rechtsstellung des Berufssoldaten und des Soldaten auf Zeit weitgehend den Grundsätzen des Rechts der entsprechenden Beamten folgen sollte. Die soldatenrechtliche Regelung (§ 42 Nr. 2 SG - Entwurf 1956 - bzw. § 48 Abs. 2 SG - Entwurf 1956) sollte der Regelung des Beamtenrechts entsprechen (vgl. BTDrucks. II/1700 S. 16, 32 und 34), auch wenn sie dem Wortlaut der beamtenrechtlichen Regelung nicht vollständig angeglichen wurde. An dieser Zielsetzung wurde im Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens festgehalten. Der Sinn und Zweck der damit der Sache nach in Bezug genommenen beamtenrechtlichen Vorschriften ist, ein gerichtliches Disziplinarverfahren dann zu vermeiden, wenn ein schwerwiegendes Fehlverhalten im strafgerichtlichen Verfahren bereits rechtskräftig festgestellt worden ist, das als Dienstvergehen ohnehin zu einer disziplinarrechtlichen Entfernung aus dem Dienst führen würde. Es soll mithin vermieden werden, dass bei gleichem Sachverhalt in solchen Fällen zwei Hauptverhandlungen stattfinden müssen (vgl. dazu auch Urteil vom 8. Juni 2000 - BVerwG 2 C 20.99 - <a.a.O.>). Bereits dies lässt erkennen, dass eine solche - ausnahmsweise - bereits kraft Gesetzes eintretende Beendigung des Beamtenverhältnisses nur nach Durchführung einer strafgerichtlichen Hauptverhandlung und nach einem darauf beruhenden Strafurteil eintreten soll.

Dafür, dass auch die Regelung des § 53 Abs. 2 Nr. 2 SG a.F. nur bei Vorliegen eines in einem ordentlichen Strafverfahren ergangenen Strafurteils, nicht jedoch auf der Grundlage eines rechtskräftigen Strafbefehls Anwendung finden darf, spricht auch der gesetzliche Regelungszusammenhang, in dem die Vorschrift steht. Den §§ 43 Abs. 2 Nr. 4, 54 Abs. 2 Nr. 3 SG i. V. m. § 58 Abs. 1 Nr. 5 WDO ist die Rechtsschutzgarantie für den Soldaten zu entnehmen, dass das Soldatenverhältnis bei einem Dienstvergehen grundsätzlich nur durch Urteil eines Wehrdienstgerichts gelöst werden kann (vgl. dazu auch Dau, a.a.O., § 143 RNr. 3). Dies setzt in jedem Falle eine Hauptverhandlung mit den damit verbundenen Verfahrensgarantien und -rechten voraus. Das Gleiche gilt für die Ahndung von Dienstvergehen nach Beendigung des Dienstverhältnisses eines Berufssoldaten oder

Soldaten auf Zeit. Die dann nur noch mögliche Aberkennung des Ruhegehalts bzw. des Dienstgrades unterliegt nach § 58 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 und Abs. 3 Nr. 2 WDO ebenfalls einem Richtervorbehalt mit zwingend vorgeschriebener Hauptverhandlung. Das durch das Zweite Gesetz zur Neuordnung des Wehrdisziplinarrechts und Änderung anderer Vorschriften vom 16. August 2001 (BGBl I S. 2093) neu eingeführte Institut eines Disziplinargerichtsbescheides bestätigt diese Systematik. Denn ein solcher ohne Hauptverhandlung ergehender Disziplinargerichtsbescheid kann lediglich mit Zustimmung des Soldaten und nur dann verhängt werden, wenn keine höhere Disziplinarmaßnahme als ein Beförderungsverbot oder ein Beförderungsverbot mit Kürzung der Dienstbezüge verwirkt ist (§ 102 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 WDO). Diese gesetzlichen Regelungen sind Schutznormen zugunsten des Soldaten. Die in § 53 Abs. 2 Nr. 2 SG a.F. vorgenommene Regelung (ebenso wie die in § 48 Satz 1 Nr. 2 SG) sieht lediglich im Falle einer strafgerichtlichen Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr die Ausnahme der bereits kraft Gesetzes eintretenden Rechtsfolge vor. Als Ausnahmevorschrift ist sie einer erweiternden Auslegung nicht zugänglich. Es liefe dem dargelegten Schutzgedanken der eingangs genannten Vorschriften sowie der Regelungssystematik zuwider, würde man § 53 Abs. 2 Nr. 2 SG a.F. erweiternd auslegen und das Ergehen eines rechtskräftigen Strafbefehls für den Eintritt der dort geregelten Rechtsfolge ausreichen lassen.

Auch aus der Vorschrift des § 410 Abs. 3 StPO ergibt sich nichts anderes. Danach steht zwar ein Strafbefehl, soweit gegen ihn nicht rechtzeitig Einspruch erhoben worden ist, „einem rechtskräftigen Urteil gleich“. Diese Gleichstellung bezieht sich jedoch lediglich auf den Umfang der Rechtskraft eines Strafbefehls und dient insoweit der prozessrechtlichen Klarstellung. Die Verschiedenheit der beiden in der Strafprozessordnung strukturell unterschiedlich geregelten Verfahrensarten bleibt davon unberührt.

Aus der auf die Rechtskraftwirkung eines Strafbefehls bezogenen Regelung des § 410 Abs. 3 StPO ergibt sich nicht, dass ein Strafbefehlsverfahren die gleiche Richtigkeitsgewähr wie ein ordentliches Strafverfahren mit Hauptverhandlung bietet. Im Gegensatz zu dem notwendig nach mündlicher Hauptverhandlung auf der Grundlage richterlicher Überzeugung getroffenen Strafurteil (vgl. §§ 260 Abs. 1, 261 StPO) ergeht der Strafbefehl nach vergleichsweise summarischer Prüfung, und zwar regelmäßig nur nach Aktenlage auf der Grundlage der Annahme hinreichenden Tatverdachts (vgl. § 408 Abs. 2 StPO) bei nicht entgegenstehenden weiteren richterlichen Bedenken (vgl. BGH, Beschluss vom 12. April 1999 - AnwSt(R) 11/98 - <BGHSt 45, 46 [48]>). Der Umstand, dass sich derjenige, der gegen einen Strafbefehl keinen Einspruch erhoben hat, der Aburteilung in diesem Verfahren gleichsam unterworfen hat, kann das Defizit der Erkenntnisgrundlage des

Strafbefehlsverfahrens im Vergleich zu strafgerichtlichen Urteilsverfahren nicht vollständig ausgleichen. Der Unterschied zwischen den Erkenntnisgrundlagen ist prinzipieller Art. Zwar geht auch die Aktenlage, auf welcher der Erlass des Strafbefehls beruht, auf ein rechtstaatlich geordnetes, auf Wahrheitsermittlung zielendes Verfahren zurück. Andererseits kann auch ein Strafurteil trotz Hauptverhandlung im Einzelfall eine nur sehr pauschal gewonnene Grundlage haben. Durch solche Erwägungen lässt sich jedoch der beachtliche Unterschied zwischen Strafurteil und Strafbefehl nur relativieren, nicht indes beseitigen. Hinzu kommt, dass sich das Unterlassen eines rechtzeitigen Einspruchs gegen den Strafbefehl nicht stets als auch nur weitgehendes Eingeständnis des Tatvorwurfs im Sinne einer „Unterwerfung“ verstehen lässt, sondern dass es auf vielfältige andere Motive oder sonstige Begleitumstände zurückgehen kann (vgl. BGH, Beschluss vom 12. April 1999 - AnwSt(R) 11/98 <a.a.O. [49]>). Diese strukturellen Unterschiede zwischen einem notwendig nach mündlicher Hauptverhandlung auf der Grundlage richterlicher Überzeugung getroffenen Strafurteil einerseits und einem Strafbefehl andererseits hat der erkennende Senat im Übrigen in seiner ständigen Rechtsprechung zur Ablehnung einer Bindung im disziplinargerichtlichen Verfahren an die tatsächlichen Feststellungen eines Strafbefehls (§ 84 Abs. 1 Satz 1 WDO bzw. die Vorgängervorschrift des § 77 Abs. 1 WDO a.F.) wiederholt betont (vgl. u.a. Beschluss vom 1. Dezember 1987 - BVerwG 2 WD 66.87 - <BVerwGE 83, 373 [376] = NJW 1988, 1340> sowie Urteile vom 16. Juni 1992 - BVerwG 1 D 11.91 - <BVerwGE 93, 255 [259] = NVwZ-RR 1993, 253> und vom 11. Juli 2002 - BVerwG 2 WD 3.02 -).

Auch die Regelung des § 373 a StPO, die bei einem rechtskräftigen Strafbefehl eine Wiederaufnahme des Verfahrens zuungunsten des Verurteilten ermöglicht, wenn neue Tatsachen oder Beweismittel nunmehr die Verurteilung wegen eines Verbrechens begründen, knüpft an die gewichtigen Unterschiede zwischen einer Verurteilung durch ein strafgerichtliches Urteil und einem Strafbefehl an (vgl. Urteil vom 8. Juni 2000 - BVerwG 2 C 20.99 - <a.a.O.>).

2. Das damit zulässige, zuungunsten des früheren Soldaten eingelegte Rechtsmittel des Wehrdisziplinaranwalts ist ausdrücklich und nach dem maßgeblichen Inhalt seiner Begründung auf die Maßnahmebemessung beschränkt worden. Mit der Berufungsschrift werden weder die im Urteil des Truppendienstgerichts getroffenen tatsächlichen Feststellungen noch deren rechtliche Würdigung in Frage gestellt. Der Senat hat daher die Tat- und Schulfeststellungen sowie die rechtliche Würdigung seiner Entscheidung zugrunde zu legen (§ 91 Abs. 1 Satz 1 WDO i.V.m. § 327 StPO).

3. Auf dieser Grundlage kann der Senat jedoch über die angemessene Disziplinarmaßnahme im vorliegenden Fall nicht befinden. Er macht deshalb von dem ihm durch § 121 Abs. 2 WDO eingeräumten Ermessen Gebrauch, das Urteil des Truppendienstgerichts aufzuheben und die Sache an eine andere Kammer desselben Truppendienstgerichts zur nochmaligen Verhandlung und Entscheidung zurückzuverweisen, da schwere Mängel des Verfahrens vorliegen und der Senat weitere Aufklärungen für erforderlich hält. Das Urteil des Truppendienstgerichts reicht nach dem Ergebnis der Hauptverhandlung in seinen bindenden Tatfeststellungen nicht aus, um eine Grundlage für die Entscheidung des Senats über die Maßnahmebemessung abzugeben (vgl. dazu u.a. Beschluss vom 11. Mai 1978 - 2 WD 36.78 - <BVerwGE 63, 72 [74] = NZWehrr 1979, 32>; Dau, a.a.O., § 120 RNr. 7 m.w.N.).

Ein schwerer Mangel des Verfahrens im Sinne der genannten Bestimmung liegt vor, wenn gegen eine Verfahrensvorschrift verstoßen worden ist, deren Verletzung schwerwiegend und für den Ausgang des Verfahrens (noch) von Bedeutung ist. Ein schwerwiegender Verstoß gegen eine Verfahrensvorschrift ist regelmäßig dann gegeben, wenn die Rechte eines Verfahrensbeteiligten wesentlich beeinträchtigt worden sind oder wenn der Verfahrensverstoß den Zweck einer Formvorschrift wesentlich vereitelt. Für den Ausgang des Berufungsverfahrens sind solche Mängel des truppendienstgerichtlichen Verfahrens dann (noch) von Bedeutung, wenn die Entscheidung über das eingelegte Rechtsmittel im Falle einer Behebung des Verfahrensfehlers unterschiedlich im Vergleich zu dessen Nichtbehebung ausfallen kann. Als schwerwiegender Mangel des Verfahrens im dargelegten Sinne ist in der Rechtsprechung u.a. das Fehlen von ausreichenden und widerspruchsfreien Feststellungen zur Tat- und Schuldfrage anerkannt (vgl. u.a. Beschlüsse vom 24. Februar 1966 - BDH 3 D 53/65 - <BDHE 7, 37> und vom 11. Mai 1978 - BVerwG 2 WD 36.78 - <BVerwGE 63, 72 [74] = NZWehrr 1979, 32>, Dau, a.a.O., § 121 RNr. 5 i.V.m. § 120 RNr. 7). Dies gilt auch dann, wenn bei einer beschränkten Berufung die Tat- und Schuldfeststellungen des erstinstanzlichen Urteils sowie die darin vorgenommene rechtliche Würdigung des Verhaltens des Soldaten als Dienstvergehen für das Berufungsgericht nach § 91 Abs. 1 WDO i.V.m. § 227 StPO bindend und nicht mehr nachprüfbar sind (stRspr.: vgl. u.a. Urteile vom 27. Juli 1960 – BDH WD 42/60 - <NZWehrr 1961, 122 [124]> und vom 9. Juli 1969 - BVerwG 2 WD 17.69 -), weil der Prozessstoff des Berufungsverfahrens bei einer beschränkten Berufung durch die unnachprüfbar gewordenen Tat- und Schuldfeststellungen des Urteils des Truppendienstgerichts festgelegt wird. Auch bei erfolgter Beschränkung der Berufung und damit der Entscheidungsbefugnis des Bundesverwaltungsgerichts ist jedoch stets erforderlich, dass in dem angefochtenen Urteil des Truppendienstgerichts für die Maßnahmebemessung hinreichende Feststellungen zu den

disziplinarrechtlichen Verfehlungen des Soldaten getroffen worden sind. Voraussetzung für die im Berufungsverfahren zu treffende Entscheidung über die Disziplinarmaßnahme ist, dass die durch die Beschränkung der Berufung unangreifbar gewordenen tatsächlichen Feststellungen des angefochtenen Urteils, wie sie sich aus den Urteilsgründen ergeben, widerspruchsfrei und schlüssig, also geeignet sind, die disziplinarrechtliche Würdigung zu tragen. Widersprüchliche oder lückenhafte Feststellungen können keine ausreichende Grundlage für das festzusetzende Disziplinarmaß abgeben (vgl. Beschlüsse vom 24. Februar 1966 - BDH 3 D 53/65 - <a.a.O.> m.w.N., vom 29. März 1967 - BVerwG 1 WD 5.67 - und vom 26. März 1969 - BVerwG 1 WD 60.68 - <NZWehrr 1970, 68> m.w.N.). Im gerichtlichen Disziplinarverfahren muss der Tatrichter den entscheidungserheblichen Sachverhalt von Amts wegen erforschen und feststellen sowie diesen und die daraus gezogenen rechtlichen Schlussfolgerungen in den Urteilsgründen darlegen (§ 91 Abs. 1 WDO i.V.m. § 267 Abs. 1 StPO). Dabei ergibt sich aus der Regelung des § 261 StPO, dass der Tatrichter den festgestellten Sachverhalt, soweit dieser bestimmte Schlüsse zugunsten oder zuungunsten des Angeklagten bzw. Angeschuldigten nahe legt, in Verbindung mit den sonst festgestellten Tatsachen erschöpfend zu würdigen hat. Grundsätzlich muss jedes Strafurteil und damit auch jedes Urteil in einem gerichtlichen Disziplinarverfahren aus sich selbst, d.h. aus den Urteilsgründen heraus verständlich sein (vgl. Meyer-Goßner, StPO, 46. Aufl. 2003, § 267 RNr. 2 m.w.N. zur Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs). Erfüllt ein Urteil nach seinen Entscheidungsgründen diese Anforderungen nicht, liegt – wie hier - ein schwerwiegender Mangel des Verfahrens vor, der im vorliegenden Fall auch entscheidungserheblich ist.

Im Urteil des Truppendienstgerichts wird zwar bei der rechtlichen Würdigung des festgestellten Fehlverhaltens des früheren Soldaten ausgeführt, dieser habe dadurch, dass er die „Geschäfte der Firma ... trotz der seit dem 20.05.1996 offenkundigen Zahlungsunfähigkeit der Firma weitergeführt“ habe, vorsätzlich seine Verpflichtung verletzt, auch nach seinem Ausscheiden aus dem Wehrdienst der Achtung und dem Vertrauen gerecht zu werden, die für seine Wiederverwendung in seinem Dienstgrad erforderlich sind (§ 17 Abs. 3 SG); die „mit den jeweiligen Auftragsvergaben einhergehende Vorspiegelung der Zahlungsfähigkeit“ stelle nicht nur strafbares Verhalten dar, sondern auch Unwürdigkeit im Sinne von § 23 Abs. 2 Nr. 2, 2. Alt. SG (vgl. Abschnitt IV, S. 9 f. des Urteils). Die tatsächlichen Feststellungen des Truppendienstgerichts bieten jedoch keine ausreichende Grundlage für die Bemessung der Disziplinarmaßnahme. Einerseits ist nämlich im Abschnitt III des Urteils davon die Rede, dass mit dem 20. Mai 1996 „die Zahlungsunfähigkeit der Firma“ für den früheren Soldaten offenkundig war, also feststand. Dies wird damit begründet, die von der Steuerberaterin am 20. Mai 1996 vorgelegte Bilanz für 1995 „habe einen nicht

durch Eigenmittel abgedeckten Fehlbetrag von 376.918,41 DM sowie einen Jahresfehlbetrag in Höhe von 261.405,25 DM" ausgewiesen; zum Nachweis der Zahlungsunfähigkeit des Unternehmens wird mithin allein auf die für das Jahr 1995 in der Bilanz ausgewiesenen Fehlbeträge abgestellt. Ungeachtet dessen bezieht sich aber die vom Truppendienstgericht getroffene Feststellung der Zahlungsunfähigkeit des Unternehmens im Tatzeitraum nicht auf das Geschäftsjahr 1995, sondern auf den Zeitraum vom 20. Mai 1996 bis zum 11. Juli 1996. Dies ist widersprüchlich. Möglicherweise ist das Truppendienstgericht allerdings davon ausgegangen, die für 1995 festgestellte negative Geschäftslage habe auch 1996, insbesondere im Tatzeitraum vom 20. Mai bis zum 11. Juli 1996, fortbestanden. Dann sind die tatsächlichen Feststellungen aber jedenfalls lückenhaft. Das Urteil des Truppendienstgerichts enthält nämlich keine hinreichenden Feststellungen zum Geschäftsverlauf für die Zeit nach dem 31. Dezember 1995. Ohne nähere Feststellungen dazu vermag der Senat keine Entscheidung über die erforderliche Disziplinarmaßnahme zu treffen. Namentlich die für die Bestimmung von Art und Maß der Disziplinarmaßnahme nach § 58 Abs. 7, § 38 Abs. 1 WDO maßgeblichen Kriterien der „Eigenart und Schwere des Dienstvergehens“ sowie des „Maßes der Schuld“ können ohne solche Feststellungen nicht hinreichend gewürdigt und beurteilt werden. Denn „Eigenart und Schwere“ des Dienstvergehens bestimmen sich nach dem Unrechtsgehalt, mithin also nach der Bedeutung und dem Gewicht der in Rede stehenden Pflichtverletzung. Das Gewicht der Pflichtverletzung hängt, ebenso wie das nach § 58 Abs. 7, § 38 Abs. 1 WDO zu berücksichtigende „Maß der Schuld“, maßgeblich davon ab, ob und in welchem Ausmaß die Verbindlichkeiten tatsächlich bereits am 20. Mai 1996 die Aktiva - nicht nur kurzfristig - überstiegen und ob Aussicht bestand, dennoch eingegangene finanzielle Verpflichtungen bei Fälligkeit erfüllen zu können. Auch wenn die Bilanz für das Geschäftsjahr 1995 ein negatives Geschäftsergebnis auswies, folgt daraus noch nicht, dass das Unternehmen auch in den Folgemonaten ein negatives geschäftliches Ergebnis erzielte und jedenfalls ab dem 20. Mai 1996 - auch für den früheren Soldaten erkennbar - nicht mehr in der Lage war, eingegangene finanzielle Verpflichtungen bei Fälligkeit zu erfüllen. Damit kann auch nicht zwingend davon ausgegangen werden, dass der frühere Soldat tatsächlich durch die nach dem 20. Mai 1996 erfolgten Vertragsabschlüsse jeweils bis zum 11. Juli 1996 wider besseres Wissens konkludent seine Zahlungsfähigkeit vorspiegelte und gerade dadurch erhebliche Schäden bei den Vertragspartnern verursachte. Die schlüssige, aber wider besseres Wissen abgegebene Erklärung, bei Fälligkeit einer Forderung zahlen zu können und zu wollen, stellt zwar eine konkludente Täuschungshandlung dar; denn in der Regel erklärt derjenige, der einen Vertrag schließt, damit auch seine Erfüllungsfähigkeit und -willigkeit (vgl. BGH, Urteil vom 15. Juni 1954 - 1 StR 526/53 - <NJW 1954, 1414 [1415]>). Erklärungsinhalt ist, dass nach der begründeten Erwartung zum Zeitpunkt der Fälligkeit

Zahlungsfähigkeit bestehen werde (vgl. Tröndle/Fischer, StGB, 51. Aufl., § 263 RNr. 19 m.w.N.). Da sich im angefochtenen Urteil des Truppendienstgerichts hierzu aber keine näheren Angaben finden, fehlt es auch an hinreichenden tatsächlichen Feststellungen dazu, aus welchen Gründen die vom früheren Soldaten nach dem 20. Mai 1996 bei dem jeweiligen Geschäftsabschluss konkludent abgegebenen Erklärungen unzutreffend waren, zum Zeitpunkt der Fälligkeit die Forderung des jeweiligen Geschäftspartners begleichen zu können. Insbesondere ist dem angefochtenen Urteil nicht zu entnehmen, wie sich das Geschäftsjahr 1996 bis zum 20. Mai 1996 entwickelte und ob für die Zeit nach dem 20. Mai 1996 mit der Realisierung vorhandener Außenstände und mit relevanten Zahlungseingängen zu rechnen war. Ebenso wenig ist dort festgestellt, ob der frühere Soldat in dem hier maßgeblichen Tatzeitraum nach dem 20. Mai 1996 die begründete Erwartung hatte und haben durfte, die für den Geschäftsbetrieb notwendigen finanziellen Mittel auf dem Kreditwege beschaffen zu können. Wäre dies der Fall gewesen, hätte möglicherweise schon aus diesem Grunde zum maßgeblichen Zeitpunkt der Fälligkeit der Forderungen der Geschäftspartner keine vollständige Zahlungsunfähigkeit bestanden, was bei der Maßnahmebemessung zu berücksichtigen wäre. Im angefochtenen Urteil finden sich zudem auch keine hinreichenden Feststellungen dazu, wann nach den vertraglichen Vereinbarungen, die nach dem 20. Mai 1996 abgeschlossen wurden, die jeweilige Forderung der Vertragspartner überhaupt fällig war. Es wird lediglich auf die - insoweit - unvollständigen und ebenfalls unzureichenden Angaben in der Anschuldigungsschrift verwiesen. Damit ist nicht lückenlos festgestellt, wann und in welchem Umfang in den einzelnen in den Nrn. 1 bis 13 der Anschuldigungsschrift aufgeführten Geschäften bei Vertragsabschluss eine Zahlungsbereitschaft und -fähigkeit wider besseres Wissens vorgetäuscht wurde.

Selbst wenn man davon ausgeht, dass eine Vorspiegelung einer nicht vorhandenen Zahlungsfähigkeit nicht nur durch eine bei Vertragsabschluss abgegebene ausdrückliche oder konkludente Erklärung, sondern auch bei Entgegennahme der Leistung durch Unterlassen der Aufklärung über die fehlende Zahlungsfähigkeit erfolgen kann, fehlt es - bezogen auf den hier in Rede stehenden Zeitraum - an lückenlosen und widerspruchsfreien tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Urteil. Eine Täuschung über die Zahlungsfähigkeit durch Unterlassen kann nur dann angenommen werden, wenn eine Garantspflicht zur Aufklärung besteht, wenn das Unterlassen der Aufklärung dem Unrechtsgehalt eines positiven Tuns entspricht (vgl. § 13 StGB) und wenn die gebotene Aufklärung möglich und zumutbar ist (vgl. dazu u.a. Tröndle/Fischer, a.a.O., § 263 RNr. 22 m.w.N.). Ob im vorliegenden Falle eine solche Aufklärungspflicht bei Entgegennahme der Leistungen oder Waren etwa aus Vertrag, aus vorangegangenem Tun oder aus Treu und Glauben

bestand, ob ihre Erfüllung möglich und zumutbar sowie seit wann dies ggf. bei den jeweils in Rede stehenden Einzelgeschäften der Fall war, ist vom Truppendienstgericht im angefochtenen Urteil nicht festgestellt worden.

Der frühere Soldat hat in der Berufungshauptverhandlung erklärt, die „Bilanz für 1995“ sei ihm durch die Steuerberaterin am Abend des 20. Mai 1996 überreicht worden. Zu diesem Zeitpunkt und in den folgenden Wochen bis wenige Tage vor Stellung des Konkursantrages sei er „mehr als guter Hoffnung“ gewesen, die Liquidität des Unternehmens - ebenso wie seine eigene - sicherstellen zu können. Damals sei von seinem Unternehmen an etwa zehn „laufenden Baustellen“ gearbeitet worden. Er habe die begründete Erwartung gehabt, dass damals, also auch nach dem 20. Mai 1996, von den jeweiligen Bauherrn und Vertragspartnern Zahlungen in beträchtlicher Höhe eingehen würden, die die Liquidität der Gesellschaft sicherstellen würden. Erst dadurch, dass er einige Tage nach dem 20. Mai 1996 die von der Steuerberaterin erstellte „Bilanz für 1995“ der Dresdner Bank in Tuttlingen, seiner Hausbank, übergeben habe, sei er in erhebliche und - wie sich im Nachhinein gezeigt habe - unüberwindliche finanzielle Schwierigkeiten geraten. Denn die Bank habe daraufhin seine verschiedenen für die jeweiligen Bauvorhaben eingerichteten Unterkonten in einem gemeinsamen Konto zusammengeführt. Ferner habe seine Hausbank alle für ihn und sein Unternehmen eingehenden Zahlungen mit „Kontokorrent-Forderungen“ verrechnet und alle Konten „auf Null“ geführt. Außerdem habe sich die Hausbank geweigert, den Rahmen des vertraglich vereinbarten Kontokorrent-Kredits auch nur weiter aufrecht zu erhalten. Der Umstand, dass seine Hausbank jedoch damals bestehende Soll-Bestände in Höhe von etwa 250.000 bis 300.000 DM aufgrund der erfolgten Zahlungseingänge von Ende Mai bis Anfang Juli 1996 „auf Null zurückgeführt“ habe, zeige, dass seine Erwartungen in diese Zahlungseingänge nach dem 20. Mai 1996 durchaus nicht unbegründet gewesen seien. Zwar sei es ihm, dem früheren Soldaten, tatsächlich in der Folgezeit nicht gelungen, bei einem anderen Kreditinstitut einen neuen „Kontokorrent-Kredit“ zu erhalten. Er habe jedoch zunächst selbst mit mehreren Kreditinstituten verhandelt, die eine solche Kreditgewährung auch nicht von vornherein abgelehnt hätten. Dies werde dadurch belegt, dass die Prüfung der Geschäftsbücher und Sicherheiten durch das jeweilige Kreditinstitut jeweils ca. 14 Tage gedauert habe. Als er mit seinen Bemühungen selbst keinen Erfolg gehabt habe, habe er einen „freien Bankberater“ engagiert, der sich auch im überregionalen Bereich um neue Kredite bemüht habe. Diese Anstrengungen hätten bis Anfang Juli 1996 andauert und seien damit erst wenige Tage vor Stellung des Konkursantrages endgültig gescheitert. Diese Verhandlungen mit Kreditinstituten im regionalen und überregionalen Bereich seien - bei einer Umsatzsumme von jährlich ca. 4 Millionen DM - nicht von vornherein aussichtslos gewesen, weil damals eine relativ gute

Auftragslage seines Unternehmens bestanden habe. Neben den laufenden „zehn Baustellen“ habe er mindestens noch weitere „20 Bauaufträge“ gehabt oder in Aussicht gehabt. Zudem sei sein Vater damals grundsätzlich bereit gewesen, ihm zur Überwindung der aktuellen Zahlungsschwierigkeiten mit einer Bürgschaft über ca. 300.000 DM beizustehen, um den Kreditinstituten insoweit die geforderte Sicherheit zu bieten. Zwar sei er, der frühere Soldat, heute - bei nachträglicher Betrachtung - froh, dass dieser Bürgschaftsvertrag mit seinem Vater nicht zustande gekommen sei, da sein Vater sonst in der Folgezeit letztlich - rückwirkend betrachtet - erhebliche wirtschaftliche Verluste erlitten hätte. Dies ändere aber nichts dran, dass sein Vater damals zu einer solchen Bürgschaft bereit und in der Lage gewesen sei, falls es zu einer Weiterführung des Unternehmens gekommen wäre. Für die Liquidität der Gesellschaft sei dies unmittelbar relevant gewesen.

Auch soweit nach den tatsächlichen Feststellungen im truppendienstgerichtliche Urteil bindend davon auszugehen ist, dass der Soldat „durch das Fortführen der Auftragsvergabe nach dem 20.05.1996 ... einen Gesamtschaden in Höhe von DM 412.000,66 verursacht“ hat, reicht dies nicht aus, um auf dieser Grundlage den Unrechtsgehalt des Fehlverhaltens des früheren Soldaten und damit die „Eigenart und Schwere des Dienstvergehens“ sowie das „Maß der Schuld“ zu bestimmen. Denn es kommt insoweit maßgeblich darauf an, ob dieser Schaden vollständig oder teilweise durch eine bei Vertragsabschluss oder unter Umständen auch bei Entgegennahme der Leistungen erfolgte Vorspiegelung einer nicht vorhandenen Zahlungsfähigkeit verursacht wurde. Diese Frage lässt sich aber auf der Grundlage der im angefochtenen Urteil getroffenen - lückenhaften - Feststellungen des Truppendienstgerichts nicht beantworten.

Da mithin die tatsächlichen Feststellungen des angefochtenen Urteils keine hinreichende Grundlage für die Maßnahmebemessung bilden und im Rahmen der Berufungshauptverhandlung anhand der Akten, der Einlassung des früheren Soldaten sowie der Bekundungen der geladenen Zeugen keine hinreichenden ergänzenden Feststellungen haben getroffen werden können, hat der Senat von seinem ihm nach § 121 Abs. 2 WDO eingeräumten Ermessen Gebrauch gemacht und das Urteil des Truppendienstgerichts aufgehoben sowie die Sache an die 5. Kammer des Truppendienstgerichts Süd zurückverwiesen.

4. Die Entscheidung über die Kosten des Berufungsverfahrens und die dem Soldaten darin erwachsenen notwendigen Auslagen bleibt der Endentscheidung vorbehalten (§ 141 Abs. 1 und 2 WDO).

Prof. Dr. Pietzner

Prof. Dr. Widmaier

Dr. Deiseroth