

BUDESVERWALTUNGSGERICHT

Beschluss

BVerwG 2 WDB 5.04

In der Disziplinarsache

des Oberstleutnants i.G. ...,

...,

...,

- Bevollmächtigte:
Rechtsanwälte ...,
..., ... -

hat der 2. Wehrdienstsenat des Bundesverwaltungsgerichts durch

den Richter am Bundesverwaltungsgericht Prof. Dr. Widmaier als Vorsitzenden,
die Richterin am Bundesverwaltungsgericht Dr. Frenz,
den Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. Deiseroth

am 12. Mai 2005

b e s c h l o s s e n :

Die in der Einstellungsverfügung des Bundesministers der Verteidigung vom 7. Juli 2004 ausgesprochene Missbilligung wird aufgehoben.

Im Übrigen wird der Antrag zurückgewiesen.

Die dem Antragsteller im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht erwachsenen notwendigen Auslagen werden zur Hälfte dem Bund auferlegt.

G r ü n d e :

I

Der 41 Jahre alte Antragsteller ist Berufssoldat im Dienstgrad eines Oberstleutnants i.G. Seit 17. November 2003 wird er als Referent im Bundesministerium der Verteidigung - ... - eingesetzt. Zuvor wurde er in der Luftlandebrigade (LLBrig) ... in O. zunächst als G 3 (ab 1. Oktober 2001) und anschließend ab 1. April 2002 als Chef des Stabes verwendet.

Der Wehrdisziplinaranwalt beim Truppendienstgericht Nord für den Bereich der Division Spezielle Operationen (DSO) hatte gegen den Antragsteller disziplinare Vorermittlungen gemäß § 92 Abs. 1 Satz 2 WDO geführt, weil dieser im Verdacht stand, seine Dienstpflichten schuldhaft verletzt zu haben, indem er

- sich die Zusage der Umzugskostenvergütung erschlichen habe,
- unberechtigt ein Dienstfahrzeug für seinen damaligen Brigadekommandeur angemietet habe,
- es zugelassen habe, dass ein Soldat in das Einsatzland Afghanistan verlegte, der keinen ausreichenden Impfschutz besaß und
- gegen IT-Sicherheitsbestimmungen verstoßen habe.

Durch Verfügung vom 7. Juli 2004 stellte der Bundesminister der Verteidigung (BMVg) - PSZ I 7 - 25-01-24 163/04 - die gegen den Antragsteller aufgenommenen disziplinareren Vorermittlungen ein, stellte weiter fest, dass der Antragsteller ein Dienstvergehen begangen habe, und missbilligte sein Verhalten. In der Begründung der Einstellungsverfügung wird ausgeführt:

„I.

Der Wehrdisziplinaranwalt bei dem Truppendienstgericht Nord für den Bereich der Division Spezielle Operationen hatte gegen Sie disziplinare Vorermittlungen geführt, weil Sie im Verdacht standen, Ihre Dienstpflichten schuldhaft verletzt zu haben. Danach sollen Sie

- sich die Zusage der Umzugskostenvergütung erschlichen haben,
- unberechtigt ein Dienstfahrzeug für Ihren damaligen Brigadekommandeur angemietet haben,
- es zugelassen haben, dass ein Soldat in das Einsatzland Afghanistan verlegte, der keinen ausreichenden Impfschutz besaß, und
- gegen IT-Sicherheitsbestimmungen verstoßen haben.

Mit Ihrer Versetzung in das Bundesministerium der Verteidigung (BMVg) zum 01.12.2003 ging die Zuständigkeit als Einleitungsbehörde auf mich über. Ich habe daher am 30.03.2004 den Wehrdisziplinaranwalt bei dem Truppendienstgericht Nord für den Bereich des Inspektors des Heeres (WDA InspH) ersucht, die disziplinarischen Vorermittlungen gegen Sie fortzuführen.

Nach dem Ermittlungsbericht des WDA InspH und Ihrer ihm gegenüber abgegebenen Einlassung sind Sie von den Vorwürfen, als Chef des Stabes Luftlandebrigade ... (LLBrig) im Frühjahr 2003 für Ihren damaligen Brigadekommandeur unberechtigt ein Dienstfahrzeug angemietet sowie sich die Zusage der Umzugskostenvergütung, die Ihnen das Personalamt der Bundeswehr unter dem 20.08.2003 erteilte, und damit auch die Erstattung Ihrer Umzugskosten erschlichen zu haben, freizustellen, da Ihnen eine schuldhaftige Verletzung von Dienstpflichten nicht nachgewiesen werden kann.

Wegen des Vorwurfs, zugelassen zu haben, dass Oberleutnant S. (Luftlandepionierkompanie ...) am 15.04.2003 ohne ausreichenden Impfschutz in das Einsatzland Afghanistan verlegte, hat der Stellvertretende Kommandeur LLBrig ... bereits am 23.10.2003 ein Dienstvergehen nach § 23 Abs. 1 des Soldatengesetzes (SG) festgestellt und eine missbilligende Äußerung gemäß § 23 Abs. 3 der Wehrdisziplinarordnung (WDO) ausgesprochen. Die Maßnahme ist wegen eines anhängigen Beschwerdeverfahrens noch nicht bestandskräftig geworden. Eine gerichtliche Disziplinarmaßnahme gebietet dieser Vorwurf nicht. Die disziplinarische Entscheidung ist - unbeschadet der noch nicht eingetretenen Bestandskraft - bereits durch Ihren damaligen nächsten Disziplinarvorgesetzten getroffen worden.

Der Vorwurf, gegen IT-Sicherheitsbestimmungen verstoßen zu haben, hat sich hingegen bestätigt.

Während Ihrer Zugehörigkeit zum Stab LLBrig ... haben Sie entgegen des Erlasses ‚Regelung zur Nutzung privater Arbeitsplatzcomputer und Software für dienstliche Zwecke im Geschäftsbereich des Bundesministeriums der Verteidigung‘ des BMVg - Org 8 - Az 10-01-06 - vom 06.04.1995 (VMBI 1995 S. 190), wonach der Einsatz dienstlich nicht gelieferter Hard- und Software nur mit gesonderter Genehmigung durch den Dienststellenleiter gestattet ist, eigenständig einen privat beschafften USB-Stick (Wechselfestplatte) an Ihren dienstlichen Arbeitsplatzcomputer (APC) angeschlossen sowie das privat beschaffte Softwareprogramm ‚Steganos Security Suite 6.0‘ auf Ihren dienstlichen APC in-

stalliert. Zudem befand sich entgegen Nr. 2 g des vorgenannten Erlasses in Verbindung mit den Bestimmungen des Datenschutzes, wonach die Speicherung/Verarbeitung personenbezogener Daten auf privaten APC verboten ist, auf Ihrem USB-Stick im Hauptverzeichnis ein Ordner mit der Bezeichnung ‚Beurteilungen‘, der Dateien mit Namen von Offizieren des Stabes LLBrig ... enthielt.

Ihre Einlassung, von diesen Vorschriften nichts gewusst und auch die IT-Sicherheitsbestimmungen der Stabsdienstordnung LLBrig ..., die entsprechende Regelungen beinhalten, nicht gekannt zu haben, steht entgegen, dass Sie selbst diese Stabsdienstordnung mit den IT-Sicherheitsbestimmungen - die auch einen Hinweis auf den vorerwähnten Erlass des BMVg enthalten - in Ihrer Eigenschaft als Chef des Stabes erließen. Infolgedessen hätten Sie bei der Ihnen als Stabsoffizier im Generalstabsdienst zumutbaren Sorgfalt Kenntnis von dem vorerwähnten Erlass, der für Soldaten als Befehl des BMVg aufzufassen ist, haben können und auch müssen.

Damit haben Sie gegen Ihre Pflicht zum treuen Dienen (§ 7 SG), die Ihnen obliegende Gehorsamspflicht (§ 11 Abs. 1 SG) sowie gegen Ihre dienstliche Wohlverhaltenspflicht (§ 17 Abs. 2 Satz 1 SG) verstoßen und damit insgesamt zumindest fahrlässig ein Dienstvergehen nach § 23 Abs. 1 SG begangen, für das Sie als Vorgesetzter verschärft haften (§ 10 Abs. 1 SG).

Der Schwere nach ist eine gerichtliche Disziplinarmaßnahme vorliegend noch nicht verwirkt. Allerdings wäre die Verhängung einer einfachen Disziplinarmaßnahme durchaus geboten gewesen. Wegen zwischenzeitlichen Eintritts der Verfolgungsverjährung (§ 17 Abs. 2 WDO) ist eine derartige Maßregelung jedoch nicht mehr zulässig.

Das disziplinare Vorermittlungsverfahren war daher unter der Feststellung, dass Sie ein Dienstvergehen begangen haben, gemäß § 92 Abs. 3 Satz 3 WDO einzustellen.

II.

Die Ihnen gegenüber ausgesprochene Missbilligung hat ihre Rechtsgrundlage in § 23 Abs. 3 Satz 2 WDO.“

Die Bevollmächtigten des Antragstellers beantragten mit Schreiben vom 28. Juli 2004 gegen die in der Einstellungsverfügung des BMVg enthaltene Feststellung, ein Dienstvergehen begangen zu haben, und gegen die darauf basierende missbilligende Äußerung die Entscheidung des Truppendienstgerichts Nord - 1. Kammer -. Der Vorsitzende der 1. Kammer des Truppendienstgerichts Nord verwies diesen Antrag durch Beschluss vom 10. August 2004 - N 1 GL 10/04 - gemäß § 92

Abs. 4 Satz 2 i.V.m. § 42 Nr. 3 Satz 2 WDO zuständigkeitshalber an das Bundesverwaltungsgericht zur Entscheidung.

Mit Schriftsatz vom 23. September 2004 begründeten die Bevollmächtigten des Antragstellers den Antrag vom 28. Juli 2004 im Wesentlichen wie folgt:

Er wende sich im vorliegenden Verfahren auch gegen die Feststellung, dadurch ein Dienstvergehen begangen zu haben, dass er die Verlegung des Oberleutnants S. am 15. April 2003 ohne ausreichenden Impfschutz in das Einsatzland Afghanistan zugelassen und gegen IT-Sicherheitsbestimmungen verstoßen habe. Der ebenfalls gegen ihn erhobene Vorwurf, sich eine Zusage der Umzugskostenvergütung erschlichen sowie unberechtigt ein Dienstfahrzeug für seinen ehemaligen Brigadekommandeur angemietet zu haben, habe sich deswegen nicht bestätigt, weil ihm eine schuldhafte Verletzung von Dienstpflichten nicht habe nachgewiesen werden können. Nach dem Wortlaut der Ausführungen in der Einstellungsverfügung sei davon auszugehen, dass der BMVg auch insoweit objektiv die Tatbestände von Dienstpflichtverletzungen als erfüllt erachte. Mangels schuldhafter Verletzung von Dienstpflichten habe der BMVg aber ein Dienstvergehen verneint. Der Antragsteller sehe sich gleichwohl beschwert, weil bereits objektiv keine Dienstpflichtverletzungen vorlägen und er durch die Freistellung lediglich „aus Mangel an Beweisen“ statt „wegen erwiesener Unschuld“ in seinen Rechten verletzt würde. Die Aufnahme des Tatvorwurfs „Verlegung des Oberleutnants S. nach Afghanistan“ in die Einstellungsverfügung unter dem Gesichtspunkt der Feststellung eines Dienstvergehens sei unzulässig, weil der BMVg insoweit das Ergebnis des noch anhängigen Disziplinarbeschwerdeverfahrens vorweggenommen habe. Den Tatvorwurf „Verstoß gegen IT-Sicherheitsbestimmungen“ weise der Antragsteller in vollem Umfang zurück.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Inhalt der in dieser Sache entstandenen Schriftsätze sowie der Vorermittlungsakten Bezug genommen.

Der Bundeswehrdisziplinaranwalt ist dem Antrag entgegengetreten:

Er hält den Antrag nicht für statthaft, soweit die Bevollmächtigten des Antragstellers im Rahmen dieses Antragsverfahrens eine Entscheidung im Zusammenhang mit dem gegen den Antragsteller erhobenen Vorwurf begehren, am 15. April 2003

die Verlegung des Oberleutnants S. in das Einsatzland Afghanistan zugelassen zu haben, da die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts insoweit nicht gegeben sei. Soweit die Bevollmächtigten die Einstellungsverfügung des BMVg vom 7. Juli 2004 bezüglich der Ausführungen zu den Vorwürfen rügen, die Zusage der Umzugskostenvergütung erschlichen sowie unberechtigt ein Dienstfahrzeug für seinen damaligen Brigadekommandeur angemietet zu haben, hält der Bundeswehrdisziplinaranwalt den Antrag deshalb für nicht zulässig, weil eine Beschwerde des Antragstellers nicht erkennbar sei. Der BMVg habe den Antragsteller von den beiden Vorwürfen ausdrücklich freigestellt, weil der Nachweis einer schuldhaften Verletzung von Dienstpflichten nicht geführt werden könne. Den im Übrigen zulässigen Antrag hält der Bundeswehrdisziplinaranwalt für unbegründet. Sowohl die Feststellung des BMVg, dass der Antragsteller, indem er gegen IT-Sicherheitsbestimmungen verstieß, zumindest fahrlässig ein Dienstvergehen im Sinne des § 23 Abs. 1 SG beging, als auch die in Verbindung damit ausgesprochene Missbilligung seines Verhaltens im Sinne des § 23 Abs. 3 WDO hielten einer Überprüfung in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht stand.

II

Der Antrag auf gerichtliche Entscheidung, für den die Vorschriften der Wehrbeschwerdeordnung Anwendung finden (§ 42 Satz 1 WDO), ist statthaft (§ 92 Abs. 4 Satz 1 und 2 i.V.m. § 42 Nr. 3 Satz 2, Nr. 11 WDO). Da in der Einstellungsverfügung vom 7. Juli 2004 eine falsche Rechtsmittelbelehrung erteilt wurde, ist der Antrag als innerhalb der zweiwöchigen Antragsfrist nach § 92 Abs. 4 Satz 3 WDO eingelegt anzusehen.

Der Antrag ist teils unzulässig; soweit er zulässig ist, ist er nur zum Teil begründet.

Bezüglich der Tatvorwürfe „Erschleichen der Zusage der Umzugskostenvergütung“ und „unberechtigtes Anmieten eines Dienstfahrzeuges“ ist der Antrag nicht zulässig, da es insoweit an einer Beschwerde des Antragstellers fehlt. Der Einstellungsverfügung vom 7. Juli 2004 ist zu entnehmen, dass der Antragsteller von beiden Tatvorwürfen freigestellt worden ist, „da Ihnen eine schuldhafte Verletzung von

Dienstpflichten nicht nachgewiesen werden kann“. Dies entspricht dem Wortlaut des § 23 Abs. 1 SG.

Hinsichtlich des Tatvorwurfs, zugelassen zu haben, dass Oberleutnant S. am 15. April 2003 ohne ausreichenden Impfschutz in das Einsatzland Afghanistan verlegte, ist der Antrag ebenfalls nicht zulässig, weil diesbezüglich die Rechtshängigkeit bei der 1. Kammer des Truppendienstgerichts Nord gegeben war, die zwischenzeitlich mit Beschluss vom 23. Februar 2005 - N 1 BLc 4/04 - die weitere Beschwerde des Antragstellers vom 25. August 2004 gegen den Bescheid des Kommandeurs LLBrig ... vom 23. Oktober 2003 zurückgewiesen hat.

Bezüglich des weiteren Tatvorwurfs, der Antragsteller habe gegen IT-Sicherheitsbestimmungen verstoßen, ist der Antrag zulässig, jedoch nur insoweit begründet, als er sich gegen die vom BMVg ausgesprochene Missbilligung richtet. Der BMVg führt nämlich in diesem Zusammenhang aus, dass die Verhängung einer einfachen Disziplinarmaßnahme durchaus geboten gewesen wäre, wegen zwischenzeitlichen Eintritts der „Verfolgungsverjährung“ (§ 17 Abs. 2 WDO) eine derartige Maßregelung jedoch nicht mehr zulässig sei. Begrifflich gehört die missbilligende Äußerung in den Bereich der erzieherischen Maßnahmen (vgl. Dau, WDO, 4. Aufl., § 23 RNr. 8). Sie darf als solche deshalb gemäß Nr. 309 Abs. 1 des Erlasses „Erzieherische Maßnahmen“ (ZDv 14/3 B 151) nach Ablauf von sechs Monaten nicht mehr angeordnet werden. Mit einer missbilligenden Äußerung nach Ablauf der Sechs-Monats-Frist des § 17 Abs. 2 WDO wäre das Verhängungsverbot umgangen (vgl. dazu Dau, a.a.O., § 17 RNr. 16; vgl. auch Walz in NZWehrr 1985, 177, 185).

Dagegen ist der Antrag unbegründet, soweit er sich gegen die Feststellung des BMVg richtet, der Antragsteller habe zumindest fahrlässig ein Dienstvergehen begangen.

Hierzu ist Folgendes auszuführen:

Der Antragsteller bestreitet nicht, ohne Genehmigung seines Dienststellenleiters eigenständig einen privat beschafften USB-Stick an seinen dienstlichen Arbeits-

platzcomputer angeschlossen zu haben. In seiner Vernehmung vom 21. November 2003 durch Oberst i.G. Sch. räumte er ausdrücklich ein, dass er einen USB-Stick an seinen dienstlichen Rechner angeschlossen und zudem auf dem privaten USB-Stick einen „Ordner Beurteilungen“ mit Daten von Offizieren des Stabes der LLBrig ... eingerichtet hat. Der Antragsteller räumte in dieser Vernehmung ferner ein, dass er ungenehmigt das privat beschaffte Softwareprogramm „Steganos Security Suite 6.0“ auf seinem dienstlichen Arbeitsplatzcomputer installierte. Soweit er nunmehr im Antragsverfahren vorträgt, er habe in dem hier zu behandelnden Zusammenhang keine einzige Handlung ohne die Expertise des Fachpersonals vorgenommen und nur in Übereinstimmung mit den Beratungsergebnissen, die ihm auch regelmäßig in zweckmäßiger Weise zugegangen seien, gehandelt, vermag ihn dies ebenso wenig zu entlasten wie sein weiteres Vorbringen, die Installation der Versuchsversion der „Steganos Software“ sei nicht geglückt und das Programm sei niemals einsatzbereit gewesen. Der Antragsteller verkennt hierbei, dass er mit seinem Verhalten gegen den Erlass „Regelung zur Nutzung privater Arbeitsplatzcomputer und Software für dienstliche Zwecke im Geschäftsbereich des Bundesministeriums der Verteidigung“ (BMVg Org 8 - Az 10-01-06 - vom 6. April 1995, VMBl 1995 S. 190) verstoßen hat. Danach bedarf der Einsatz dienstlich nicht gelieferter Hard- und Software der besonderen Genehmigung durch den Dienststellenleiter. Seiner Einlassung, nicht darüber informiert worden zu sein, dass die Nutzung des privaten USB-Sticks und des privat beschafften Softwareprogramms untersagt sei, steht entgegen, dass er selbst die Stabsdienstordnung der LLBrig ... mit den IT-Sicherheitsbestimmungen, die auch einen Hinweis auf den vorgenannten Erlass enthalten, in seiner Eigenschaft als Chef des Stabes erlassen hat. In dieser Stabsdienstordnung heißt es in Kapitel 5 (Allgemeine Schutzaufgaben) unter Nr. 5.1.1 (Sicherheit in der Informationstechnik) u.a.: „Der Einsatz nicht dienstlich gelieferter Hard- und Software ... ist nur mit einer gesonderten Genehmigung durch den Dienststellenleiter gestattet (siehe VMBl 9/1995)“. Das Vorbringen der Bevollmächtigten des Antragstellers in ihrer Antragsbegründung vom 23. September 2004 ist deshalb unerheblich. Im Übrigen hat der Zeuge V. in seiner Vernehmung vom 2. Dezember 2003 durch Oberstleutnant i.G. St. ausgesagt, er habe in seiner Funktion als IT-Sicherheitsbeauftragter der LLBrig ... den Antragsteller im Rahmen einer Belehrung aller IT-Nutzer des Stabes am 26. März 2003 über die Nutzungsbestimmungen privater Hard- und

Software belehrt. Zudem habe er, der Zeuge, davon ausgehen müssen, dass der Antragsteller über die notwendige Kenntnis verfügt habe, da er die Stabsdienstordnung mit den entsprechenden Anweisungen in Kraft gesetzt habe.

Somit hätte - wie der Bundeswehrrdisziplinaranwalt zutreffend ausführt - der Antragsteller, bei der ihm als Stabsoffizier im Generalstabsdienst zumutbaren Sorgfalt Kenntnis von dem oben genannten Erlass, der für ihn als Befehl des BMVg aufzufassen war und ist, haben können und auch müssen. Konkrete Anhaltspunkte, die eine andere Schlussfolgerung nahe legen könnten, sind von dem Antragsteller weder vorgetragen worden noch sonst erkennbar.

Daher ist die Feststellung des BMVg, dass der Antragsteller insoweit ein Dienstvergehen begangen hat, rechtmäßig.

Die Kostenentscheidung ergibt sich aus § 21 Abs. 2 Satz 1 i.V.m. § 20 Abs. 1 Satz 1 WBO.

Prof. Dr. Widmaier

Dr. Frentz

Dr. Deiseroth