

BUNDESVERWALTUNGSGERICHT

Im Namen des Volkes Urteil

BVerwG 2 WD 11.04
TDG S 10 VL 17/03

In dem gerichtlichen Disziplinarverfahren gegen

den Leutnant ...

hat der 2. Wehrdienstsenat des Bundesverwaltungsgerichts in der nichtöffentlichen Hauptverhandlung am 21. September 2004, an der teilgenommen haben:

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

sowie

Oberstleutnant Kalmring,
Oberleutnant Rössler
als ehrenamtliche Richter,

Leitender Regierungsdirektor ...
als Vertreter des Bundeswehrdisziplinaranwalts,

Rechtsanwalt ...,
als Verteidiger,

Justizangestellte ...
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle,

für Recht erkannt:

Die Berufung des Soldaten gegen das Urteil der 10. Kammer des Truppendienstgerichts Süd vom 28. November 2003 wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass der Ausspruch über den Ausschluss der Gewährung eines Unterhaltsbeitrages entfällt.

Die Kosten des Berufungsverfahrens werden je zur Hälfte dem Soldaten und dem Bund auferlegt, der auch die Hälfte der dem Soldaten darin erwachsenen notwendigen Auslagen zu tragen hat.

G r ü n d e :

I

Der 28 Jahre alte Soldat schloss seine Schulbildung im Juni 1996 mit der allgemeinen Hochschulreife ab.

Aufgrund seiner Bewerbung und Verpflichtung für den freiwilligen Dienst in der Bundeswehr trat er als Anwärter für die Laufbahn der Offiziere (OA) des Truppendienstes am 1. Juli 1996 seinen Dienst bei der 5./L...regiment 3 in B. an und wurde am 4. Juli 1996 unter Berufung in das Dienstverhältnis eines Soldaten auf Zeit zum Flieger OA ernannt.

Seine Dienstzeit wurde zunächst auf vier Jahre und zuletzt - nach abgeschlossenem Studium an der Universität der Bundeswehr - auf 13 Jahre bis zum 30. Juni 2009 festgesetzt.

Mit Ausnahme einer krankheitsbedingt verschobenen Ernennung zum Obergefreiten OA wurde der Soldat regelmäßig befördert, zuletzt mit Wirkung vom 1. Juli 2000 zum Leutnant.

Nach der Grundausbildung bei der 5./L...regiment 3 in B. wurde er zum 30. August 1996 zur Teilnahme am Offizierlehrgang OA Truppendienst Luftwaffe zur 4./...schule versetzt. Aufgrund einer truppenärztlichen Feststellung der Lehrgangsuntauglichkeit für zwölf Monate stellte der Soldat einen von seinem Vorgesetzten befürworteten Antrag auf Entlassung nach § 55 Abs. 3 SG wegen besonderer Härte. Nach Feststel-

lung der wieder vorhandenen Lehrgangstauglichkeit am 4. März 1997 widerrief der Soldat seinen Antrag am selben Tag. Wegen erheblicher Versäumnis des Ausbildungsstoffes wurde er mit Verfügung des Personalstammamtes der Bundeswehr vom 24. März 1997 aus dem Ausbildungs- und Beförderungsgang herausgelöst und der OA-Crew VII/97 zugeordnet. Zum 29. August 1997 wurde er zur 5./...schule zur Teilnahme am 78. Offizierlehrgang OA Truppendienst Luftwaffe versetzt, den er mit Lehrgangszeugnis vom 30. Juni 1998 mit der Abschlussnote „befriedigend“ bestand. Zum 1. Juli 1998 wurde er zur L...werft 13 in E. als Schüler und zum 28. September 1998 zur Aufnahme des Studiums der Luft- und Raumfahrttechnik an die Universität der Bundeswehr, Studentenfachbereich A, versetzt. Am 30. September 2002 legte er die Diplomprüfung im universitären Studiengang Luft- und Raumfahrttechnik entsprechend der an der Universität der Bundeswehr geltenden Diplomprüfungsordnung mit dem Gesamturteil „befriedigend bestanden“ ab. Mit Diplomurkunde der Universität der Bundeswehr vom 16. Oktober 2002 wurde ihm der akademische Grad „Diplom-Ingenieur Univ“ verliehen. Zum 11. November 2002 wurde er zur T... Schule in K. als Schüler versetzt. Dort leistete er in der Lehrgruppe Ausbildung Dienst auf einem zbV-Dienstposten. In der Zeit vom 12. November 2002 bis 31. März 2003 wurde er zur 2./T... Schule in K. zur Dienstleistung kommandiert. Ein vom 23. September 2002 datierter und am 30. September 2002 (Tag des Bestehens der Diplomprüfung) eingereichter Antrag des Soldaten auf Entlassung zum 8. Oktober 2002 wegen besonderer Härte nach § 55 Abs. 3 SG wurde durch Bescheid des Amtschefs des Personalamtes der Bundeswehr vom 2. April 2003 zurückgewiesen. Zum 1. August 2003 wurde der Soldat zum W...kommando in E. als Schüler versetzt.

Der Soldat wurde bislang nur einmal planmäßig beurteilt, und zwar zum Abschluss des 78. Offizierlehrgangs OA Truppendienst Luftwaffe am 19. Juni 1998. Er erhielt in der gebundenen Beschreibung zweimal die Wertung „4“, elfmal die Wertung „3“ und einmal die Wertung „2“. In den Abschnitten der freien Beschreibung wurde ein Ausprägungsgrad nicht erteilt. Unter „Herausragende charakterliche Merkmale, berufliches Selbstverständnis und ergänzende Aussagen“ wird über den Soldaten u.a. ausgeführt:

„Der HptGefr OA H. hat keine Probleme, sich mit seinem Berufsbild zu identifizieren, was er in Diskussionen unter Beweis stellt.
Mit mehr Erfahrung und Hilfestellung wird er die angesprochenen Schwächen sicherlich kompensieren.“

Er ist in guter körperlicher Verfassung, was er beim Lehrgang ‚Überleben Land‘ bewies!“

Der nächsthöhere Vorgesetzte führte in seiner Stellungnahme aus:

„Mit der vorliegenden Beurteilung bin ich einverstanden. HptGefr OA H. ist ein gefestigter Offizieranwärter, der eigenständig für den Offizierberuf einsteht. Er geht offen auf Vorgesetzte zu und bietet eine vertrauensvolle Basis zur Zusammenarbeit, mit zusätzlicher Erfahrung wird er zu einer Leistungssteigerung kommen.“

Vor dem Truppendienstgericht sagte Hauptmann der Reserve K., früherer Disziplinarvorgesetzter des Soldaten an der Universität der Bundeswehr, aus, bis Ende September 2001 habe es keine Probleme mit dem Soldaten gegeben. Oberstleutnant I., Dezernatsleiter Controlling im W...kommando in E., sagte als Beauftragter des Disziplinarvorgesetzten vor dem Truppendienstgericht aus, der Soldat sei bei der Einrichtung von Lesegeräten eingesetzt worden, habe gute Ansätze bei seiner Arbeit gezeigt, sei jedoch häufig krank und seit Mitte Oktober 2003 nicht mehr im Dienst gewesen.

In der Sonderbeurteilung vom 12. Mai 2004 bewertete Oberst i.G. T. die Leistungen des Soldaten in den Einzelmerkmalen achtmal mit „4“, zweimal mit „5“ und zweimal mit „6“. In der Eignungs- und Befähigungsbeurteilung vergab er für „Verantwortungsbewusstsein“, „Eignung zur Menschenführung/Teambefähigung“ und „Befähigung zur Einsatz- und Betriebsführung“ jeweils die Wertung „B“ sowie für „Geistige Befähigung“ die Wertung „C“. Unter „Herausragende charakterliche Merkmale, Kameradschaft, berufliches Selbstverständnis, Bewährung im Einsatz und ergänzende Aussagen“ wird ausgeführt:

„Lt H. ist ein grundsätzlich leistungsbereiter und auch williger Soldat, der jedoch in seiner Persönlichkeitsstruktur noch nicht hinreichend gefestigt erscheint und auch in seiner Gemütslage deutlich erkennbaren Schwankungen unterworfen ist.

Als junger Mensch, der Führungsverantwortung übernehmen will und soll, fehlt ihm noch die erforderliche Selbstsicherheit und Konsequenz im Handeln, wie auch das erforderliche Maß an Selbstdisziplin.

Er bedarf noch der beständigen Anleitung und Kontrolle, um zielgerichtet vorgegebene Wege zu beschreiten und Aufträge selbstständig und eigenverantwortlich zu erledigen.

In kameradschaftlicher Hinsicht ist er weder negativ noch positiv in Erscheinung getreten, hat jedoch auch keinen Kontakt zu Kameraden gesucht.

Zu seinem beruflichen Selbstverständnis ist festzustellen, dass sein Hauptaugenmerk bei der Bundeswehr vorrangig auf der Absolvierung eines anspruchsvollen Studienganges unter optimalen Studienbedingungen gerichtet war.

Er trat seinen Dienst in Erfurt bereits mit der Vorgabe an, während der nächsten Zeit entlassen zu werden und sich seiner Firma widmen zu können.

Seine dienstlichen Arbeitsleistungen hat er daher als zweitrangig gegenüber seinem Engagement für seine Firma gesehen und diese Prioritätensetzung nachhaltig verteidigt.

Auf Grund gesundheitlicher Einschränkungen (ab 09.10.2003 heimkrank, anschließend stationärer Aufenthalt im Krankenhaus auf Grund eines Unfalls, den er sich während seiner KzH-Zeit zugezogen hatte) stand er ab 09.10.2003 zur Dienstausbildung nicht mehr zur Verfügung.

Er erscheint trotz seines abgeschlossenen, anspruchsvollen Studiums der Luft- und Raumfahrttechnik als eine noch unausgereifte Persönlichkeit, die sich über die Folgen ihres Handelns eindeutig nicht im klaren ist und anscheinend auch nicht bereit und willens ist, für persönlich getroffene Entscheidungen, sowohl im militärischen als auch im zivilen und privaten Bereich, die Verantwortung zu übernehmen.

Er erweckt den Eindruck, Probleme lösen zu können, indem er sie negiert oder ignoriert. Dies wurde besonders deutlich durch seine sehr schlechte briefliche und telefonische Erreichbarkeit in Vorbereitung seiner Verhandlung beim Truppendienstgericht am 27.11.2003.

Eine Identifikation, wenn auch nur in geringem Umfang, mit seinem noch aktuellen Beruf als Offizier ist nicht zu erkennen gewesen.“

In der Stellungnahme des nächsthöheren Vorgesetzten heißt es:

„Lt H. ist mir persönlich nur nach ‚Aktenlage‘ bekannt.

In Kenntnis des beurteilenden Vorgesetzten und nach Rücksprache mit diesem, schließe ich mich den Aussagen und Wertungen der Beurteilung an.

Ein insgesamt intelligenter Soldat, der seine Schwerpunkte nicht in der militärischen Auftragsfüllung sieht, sondern im privaten Umfeld.“

Der Soldat ist berechtigt, seit 25. Juni 1998 das Abzeichen für Leistungen im Truppendienst in Gold zu tragen.

Sowohl der Auszug aus dem Disziplinarbuch vom 26. Mai 2004 als auch die Auskunft aus dem Zentralregister vom 31. März 2004 enthalten lediglich den zu Punkt 1 der Anschuldigungsschrift sachgleichen Strafbefehl des Amtsgerichts Freising vom 5. Juni 2002.

Der Soldat ist verheiratet und hat eine Tochter im Alter von vier Jahren. Nach seinen Angaben ist in Kürze die Geburt einer zweiten Tochter zu erwarten. Seine Ehefrau ist nicht berufstätig. Er erhält Dienstbezüge aus der Dienstaltersstufe 4 der Besoldungsgruppe A 9 des Bundesbesoldungsgesetzes in Höhe von 2.301,77 € brutto und 2.304,74 € netto einschließlich Kindergeld in Höhe von 154 €. Nach Abzug von festen monatlichen Ausgaben verbleiben ihm noch ca. 1.450 € monatlich für Lebenshaltungskosten. Die Schulden aus seinem Unternehmen belaufen sich auf ca. 200.000 €.

Er hat sich Übergangsgebühren in Höhe von 75 % der Dienstbezüge des letzten Monats für die Dauer von zwölf Monaten und eine einmalige Übergangsbeihilfe in Höhe des vierfachen der Dienstbezüge des letzten Monats verdient.

II

In dem zu Anschuldigungspunkt 1 sachgleichen Strafverfahren erließ das Amtsgericht F. am 5. Juni 2002 gegen den Soldaten einen Strafbefehl - 6 Cs 34 Js 1979/02 - wegen veruntreuender Unterschlagung (§ 246 Abs. 1 und Abs. 2 StGB) mit einer Geldstrafe von 20 Tagessätzen zu je 20 €. Der Strafbefehl ist seit 3. Dezember 2002 rechtskräftig.

In dem mit Verfügung des Amtschefs Streitkräfteamt vom 10. Oktober 2002 durch Aushändigung an den Soldaten am selben Tage ordnungsgemäß eingeleiteten gerichtlichen Disziplinarverfahren fand die 10. Kammer des Truppendienstgerichts Süd, ausgehend von der Anschuldigungsschrift vom 28. Juli 2003, den Soldaten am 28. November 2003 eines Dienstvergehens schuldig, entfernte ihn aus dem Dienstverhältnis, beließ ihm den Dienstgrad eines Hauptgefreiten der Reserve und schloss die Gewährung eines Unterhaltsbeitrages an den Soldaten aus.

Die Truppendienstkammer hat folgende tatsächlichen Feststellungen getroffen:

„Der Soldat lieh sich am 05. Mai 2001 aus der Videothek ‚Monte G.‘ bzw. jetzt ‚Monte V.‘ in F. einen Videorecorder der Marke Grundig im Wert von 348,- DM mittels seiner nach Verlust der alten neu ausgestellten Videokar-

te Nr. 74792634 aus, den er jedoch nach Ablauf der Mietzeit nicht zur Videothek zurückbrachte, sondern für sich behielt (Punkt 1. AS).

Erst nach mehreren Mahnungen und nachdem der Zeuge W.r von der Videotheks-Inhaberin als Detektiv eingeschaltet worden war, aber den Soldaten an der angegebenen F. Adresse mehrmals nicht angetroffen hat, wurde der Gegenwert des nicht zurückgebrachten Geräts nebst Kosten und Gebühren in einer Gesamthöhe von 459,- € in zwei Raten am 25. November und 18. Dezember 2002 zugunsten der Betreiberin der Videothek vollstreckt.

Soweit hier der Soldat zwar eingeräumt hat, früher Kunde bei dieser Videothek in F. gewesen zu sein, aber im April 2001 seine Videokarte verloren und dies auch bei der Videothek gemeldet zu haben, die Videothek aber seither nicht mehr aufgesucht zu haben, so dass er den genannten Videorecorder auch nicht angemietet und in seiner Wohnung aufbewahrt habe, ist die Kammer nach Anhörung des Detektivs, des Zeugen Herrn W., und insbesondere der Urkunden und Schriftstücke aus dem sachgleichen Strafverfahren zu folgender Überzeugung gekommen:

Der Soldat hat zwar den Verlust seiner Kunden-Karte Nr. 74264346, die er am 16. September 1998 erhalten hatte, angezeigt, hat jedoch nach dieser Anzeige und vor dem 05. Mai 2001 eine neue Kundenkarte mit der angegebenen neuen Nummer erhalten. Soweit der Soldat bestreitet, dass die Unterschrift auf dem Originalmietvertrag vom 05. Mai 2001 die seine sei, hat das Gericht auch ohne Einholung eines graphologischen Gutachtens beim Vergleich mit seinen anderen Unterschriften, insbesondere der vom o.g. 16. September 1998 keine Zweifel, dass es sich um dieselbe Unterschrift, nämlich ‚H.‘ handelt. Das weitere Verhalten des Soldaten, sich weder nach den Aussagen des Zeugen W. mit diesem in Verbindung gesetzt zu haben, das Mahnverfahren und die Vollstreckung reaktionslos über sich ergehen zu lassen und insbesondere die rechtskräftige Verurteilung des Soldaten zu einer Geldstrafe wegen Unterschlagung, die er akzeptiert hat, bestätigt nach der Auffassung der Kammer den Tatvorwurf.

Nach der Inneren Ordnung des Leiters StudBer der UniBw (IO) vom 12. Januar 1995, die den Studenten in den Einführungsunterricht mit der Verpflichtung, sie durchzulesen, bekannt gemacht wird, und die außerdem an den ‚Schwarzen Brettern‘ ausgehängt ist, erfordert das Studium an der UniBw die Präsenz am Dienort (Punkt 2. AS), wobei als Dienort das Tarifgebiet des M.-Verkehrs-Verbundes gilt. Diese Präsenzregelung gilt während der allgemeinen Dienstzeit, Montag bis Donnerstag von 07.30 Uhr - 16.30 Uhr und am Freitag von 07.30 Uhr - 12.30 Uhr, was den Dienstzeiten des Stammpersonals der UniBw entspricht, wobei die studierenden Soldaten einmal täglich persönlich Kenntnis von den Aushängen im StudFber zu nehmen und bei Abwesenheiten vom Dienort die Genehmigung durch den nächsten Disziplinarvorgesetzten einzuholen haben. - Ergänzend wurde durch den StudFber(SFB)-Befehl A XXII des Ltr StudFber A der UniBw mit Datum vom 07. September 2001 befohlen, dass jeder Angehörige des SFB A seinen E-Mail Posteingang einmal täglich während der allgemeinen Dienstzeit zu kontrollieren habe, und sich die Informationspflicht am Schwarzen Brett in Zukunft (Inkrafttreten ab 01. Oktober 2001) auf das Brett im Gebäude 19 (vor GeZi), dies ist 2x pro Woche (Dienstag und Freitag) aufzusuchen, beschränkt.

Das ihm im Punkt 2., 1. Teil AS vorgeworfene Fehlverhalten wurde vom Soldaten zugestanden, wobei er spätestens seit dem Zeitraum November 2001 - die Gerichtsvollzieherin im Tatvorwurf Punkt 7. AS hatte den Soldaten unter der seinen Vorgesetzten bekannten Anschrift in F. bereits im November 2001 nicht mehr erreicht - seinen tatsächlichen Aufenthalt in den Raum S. verlegt, und dadurch zusätzlich gegen die Bestimmungen der ZDv 20/15 (Änderungen in den persönlichen und dienstlichen Verhältnissen) verstoßen hat, da er eine entsprechende Meldung an seine nächsten Disziplinarvorgesetzten unterlassen hat.

Der Soldat bestreitet, ohne dazu nähere Angaben zu machen, nicht, dass er im Zeitraum vom 28. Januar bis 06. Februar 2002 nach den Angaben seines früheren Disziplinarvorgesetzten, des Zeugen Hptm d.R. K., überhaupt nicht dienstlich erreichbar war (Punkt 2., 2. Teil AS). Zu den damals aktuellen Vorwürfen gegen den Soldaten konnte der damalige Disziplinarvorgesetzte diesen erst am 07. Februar 2002 in der UniBw vernehmen, nachdem er ihn dann schließlich über seine Eltern bzw. seine Schwester in Thüringen per Handy am 06. Februar 2002 erreicht hatte. Das Postfach, in das die grünen Notizzettel für dringende Meldungen für Heimschläfer unter den studierenden Soldaten gelegt werden, war ebenfalls nicht geleert worden.

Nachdem der Soldat mit seiner späteren Ehefrau zum 01. September 1998 die durch die StOV E. vermittelte Bundesdarlehenswohnung in der E...straße 6 in F. bezogen hatte - Vermieter war die Hausverwaltung Franz Kn., der als Zeuge dazu vernommen wurde, in M., - wurde vorübergehend ein Sportsfreund des Soldaten im Zeitraum 2000 zur Untermiete in seiner Wohnung untergebracht (Punkt 3. AS). Zu einem nicht mehr genau festgestellten Zeitpunkt im Frühjahr/Sommer 2001 informierte der Soldat den Zeugen Kn. telefonisch, dass er für längere Zeit ins Ausland abkommandiert sei und teilte dabei mit, sein Bruder werde während seiner Abwesenheit mit der Freundin die Wohnung vorübergehend benutzen. Dabei äußerte Herr Kn. jedenfalls keine Bedenken, dass der Bruder des Soldaten vorübergehend dessen Wohnung benutzen dürfe. Jedenfalls ist der Zeuge Kn., der dafür gar nicht zuständig war, dem Wunsch des Soldaten, seinen Mietvertrag auf seinen Bruder umzuschreiben, nicht gefolgt. Nachdem der Zeuge bereits im September 2001 den Bruder des Soldaten und seine Freundin in der F. Wohnung angetroffen hatte - diese beiden leisteten auch die Mietzahlungen für die Wohnung im Herbst 2001, obwohl ihnen ein Belegungsrecht an der Wohnung nicht zustand -, wurde der Zeuge Kn. im Juni 2002 durch die Frau des Soldaten auf diese ‚Doppelbelegung‘ der Wohnung aufmerksam und schrieb dann am 24. Juni 2002 einen Brief an die StOV E., die am 25. Juni 2002 den Soldaten unter der Anschrift S., L.-Straße 76 auf die Unzulässigkeit der Überlassung dieser Wohnung an andere ohne ihr Einverständnis hinwies. Nachdem nun die Wohnung am 29. Juli 2002 auch wegen der für die Monate August und Oktober 2001 vom Soldaten zugestandenen, nicht bezahlten Miete in Höhe von je 782,- DM (Punkt 4. AS) fristlos gekündigt worden ist, teilte der Soldat nach seinen Aussagen dieser Dienststelle mit, dass er die Wohnung zum 30. September 2002 räumen werde.

Soweit dabei der Soldat vorträgt, er habe seinem Bruder, der früher Wehrdienst geleistet habe, die genannte Wohnung in F. überlassen und den Zeugen Kn. gebeten, seinen Mietvertrag auf seinen Bruder umzu-

schreiben, wobei die StOV E. davon nichts wusste, und gleichzeitig behauptete, auch zivile Personen könnten eine Bundesdarlehenswohnung, jedoch nicht mit diesen Vergünstigungen mieten, steht dem einmal die stetige und glaubwürdige Aussage des Zeugen Kn. entgegen, dass ihm der Soldat mitgeteilt hatte, er gehe ins Ausland, wisse aber nicht, wie lange der Auslandsaufenthalt dauere, und dass sein Bruder nur vorübergehend, längstens für zwei - drei Monate die Wohnung des Soldaten benutzen würde. Der Soldat wusste außerdem aus den Belegungsbestimmungen zu seinem o.g. Mietvertrag, dass nur er (und seine Familie) als Bw-Angehöriger diese Bundesdarlehenswohnung benutzen durfte. Darüber hinaus wurde festgestellt, dass der Soldat schon vor 2001 wiederholt Mietrückstände hatte und der Zeuge Kn. dem WDA im Juli 2003 mitgeteilt hat, es sei noch keine Zahlung durch den Soldaten auf die Restschuld von 815,10 € (einschließlich Renovierungskosten etc.) geleistet worden.

Neben der Belehrung aller Soldaten zum Eingang des Studiums an der UniBw bezüglich Nebentätigkeiten, die ihr Studium nicht beeinflussen dürfen, wies der Zeuge K. auf die zusätzliche aktenkundige Belehrung des Soldaten gegen Unterschrift am 13. November 2001 hin, wo sowohl auf die Anzeigepflicht, die Einschränkung der Genehmigungsmöglichkeiten einer beantragten Nebentätigkeit bei Beeinträchtigung dienstlicher Interessen und auch die Häufigkeit spezieller Nebentätigkeiten als Ausübung eines Zweitberufes hingewiesen worden ist. Nachdem der Zeuge K. von dem Schreiben des Compagnons des Soldaten bei der HL-L. GmbH in Me. an die UniBw - Prüfungsamt LRT - vom 24. Mai 2002 (s. Punkt 6. AS) erfahren hatte, ergab eine Anfrage dieses Zeugen beim Gewerbeamt der Stadt Me., dass der Soldat unter dem Namen HF L. GmbH am 02. Mai 2002 ein Gewerbe der ‚Entwicklung, Produktion und des Vertriebs von Lasersystemen und faseroptischen Komponenten‘ in Me., N.str. 13, angemeldet hat. Der Soldat bestätigte jetzt grundsätzlich (Punkt 5. AS), dass er mit dieser Firmengründung, die er während seines Urlaubs vorgenommen habe, wobei er seine Geschäftsführertätigkeiten per e-mail erledige, schon eine Nebentätigkeit ausübe, diese sei jedoch nicht genehmigungspflichtig, weil noch nicht entgeltlich, gewesen.

Nachdem der Soldat durch den Leiter StudFBer A UniBw mit Schreiben vom 23. September 2002 aufgefordert worden war, unter Vorlage des Gesellschaftervertrages schriftlich Auskunft über Art und Umfang seiner Tätigkeit usw. für eine mögliche zukünftige Genehmigungsfähigkeit seiner seit 02. Mai 2002 ungenehmigt ausgeübten Tätigkeit als Gesellschafter der Fa. HF-L. GmbH, Me., zu erteilen und sich der Soldat noch am gleichen Tage weigerte, die geforderten Auskünfte bekannt zu geben, wurde ihm mit Verfügung des Leiters StudFBer A vom 24. September 2002 diese entgeltliche Tätigkeit als geschäftsführender Gesellschafter dieser Firma untersagt und ihm aufgegeben, binnen vier Wochen nach Zugang dieses Schreibens, das am 24. September 2002 ausgehändigt wurde, die Aufgabe der Nebentätigkeit schriftlich zu melden. Dieser Aufforderung kam der Soldat weder anlässlich einer Vernehmung durch den StffChef N...Stff JG 74 vom 04. November 2002 nach, wo der Soldat aussagte, ‚selbstverständlich sich um seine Firma zu kümmern und dies auch weiterhin zu tun‘, vielmehr hielt er diese Verweigerungshaltung über das Schlussgehör vor dem WDA am 21. Mai 2003 und die Anschuldigungsschrift vom 28. Juli 2003 bis in die Hauptverhandlung aufrecht, wo er er-

klärte, die Firma weiter führen zu wollen, auch wenn er nicht aus der Bundeswehr entlassen werde.

Dazu kommt, dass der Soldat im Zusammenhang mit seiner Firmengründung im Mai 2002 am 14. Juni/23. September 2002 Entlassungsanträge nach § 55 Abs. 3 SG gestellt hat, die wegen Fehlen der vom Soldaten angeforderten Unterlagen bezüglich seiner Firmengründung vom PersABW mit Bescheid vom 02. April 2003 unanfechtbar zurückgewiesen worden sind.

Mit dem bereits o.g. Schreiben vom 24. Mai 2002 beantragte der Mitgesellschafter des Soldaten, Herr F., von der HF-L. GmbH, Me., die Genehmigung eines Ingenieurpraktikums vom 03. Juni bis 13. September 2002 bei dieser Firma (Punkt 6. AS). Der Zeuge K. erklärte dazu, der Soldat habe keinen seiner Vorgesetzten bezüglich der Genehmigung einer Nebentätigkeit, gar in Form des beantragten Praktikums befragt und auch nicht versucht, in diesem Zeitraum selber einen solchen Antrag zu stellen. Der Soldat bestreitet diesen Vorwurf nicht, dass aus dem Antrag vom 24. Mai 2002, der nicht genehmigt worden ist, nicht hervorgeht, dass sich hinter dem Namen dieser Firma HF-L. GmbH seine eigene Funktion als Mitgesellschafter der Firma verbirgt.

Am 16. Februar 2000 schloss der Soldat bei Punkt 7. AS mit dem Autohaus G. GmbH & Co. in O. eine Vereinbarung über den Bezug von Kraftstoffen, Dienstleistungen usw. mittels einer firmeneigenen Tankkarte, mit der eine Bezahlung, allerdings nur bei Nachtbetankung außerhalb der Öffnungszeiten der O. Tankstelle von 06.00 - 21.00 Uhr möglich war. Dabei wurden die anfallenden Rechnungsbeträge monatlich per Lastschrift vom Girokonto des Soldaten bei der Deutschen Bank F. abgebucht. Während durch die Deutsche Bank F. laut Kontoauszug die Tankrechnung der Fa. G. über 229,02 DM - der Soldat hatte nach den Aussagen des Zeugen Schmid in den vergangenen Jahren wiederholt Tankrechnungen in Höhe von ca. 200,- DM beglichen bekommen - bezahlt worden ist, wurde die Betankung und Oberwäsche vom 25. Mai 2001 wegen des zu hohen Saldos des Soldaten von der Bank nicht eingelöst. Allerdings bestätigte der Zeuge Schmid, dass danach eine Rechnung für Betankung vom 30. Juni 2001 eingelöst worden ist. Zu dieser weiteren Betankung kam es deshalb, weil die Fa. G. erst am 11. Juni 2003 von der Bank des Soldaten informiert worden war, dass das Geld nicht eingezogen wurde. Trotz mehrerer Mahnungen seitens der Fa. G. und der Durchführung eines Mahnverfahrens mit Vollstreckungsbescheid wurde dann nach Aussagen des Zeugen Sch. das Vollstreckungsverfahren eingestellt, da es sich nur um einen Pfändungsbetrag von 107,76 € handelte; denn der F. Gerichtsvollzieher hatte schon am 28. September 2001 festgestellt, dass der Soldat, hier der Schuldner, nach S., L.-Str. 76 verzogen war und nichts Pfändbares hinterlassen hatte.

Soweit hierzu der Soldat vorgetragen hat, seine Frau habe - wie bei Punkt 1. - im Wal-Mart vor dem Zeitpunkt der Nichteinlösung auch diese Tankkarte verloren, konnte diese Einlassung das Gericht nicht davon überzeugen, dass sich der Soldat hier nicht fühlverhalten hat:

Denn zwar brauchte der Soldat die o.g. PIN-Nummer nur bei Nachtbetankung, aber er hat trotz der mit der Fa. G. vereinbarten sofortigen Meldung des Verlustes der Tankkarte dieserhalb nichts unternommen. Weiterhin ist weder das genaue Datum des angeblichen Verlustes dieser Karte festge-

stellt worden, und der Ort des Verlustes, der Wal-Mart in F., ist weit von O. entfernt. Schließlich spricht auch die Art und Weise der Betankungen, jeweils freitags mittags vor Antritt der Heimreise des Soldaten, für die Betankung seines Kfz durch ihn persönlich, zumal der Rechnungsbetrag vom 30. Juni 2001 dann doch eingelöst worden ist.

Am 07. Februar 2002 erklärte schließlich der Soldat in einer Vernehmung gegenüber seinem damaligen Disziplinarvorgesetzten, dass ihm bezüglich der Tankrechnung beim Autohaus G. die entsprechende Karte ebenfalls beim Wal-Mart abhanden gekommen sei, es im Grunde um die Wahrung des Rechtsanspruchs gehe, und er erwarte, die somit unrechtmäßig von seinem Konto abgebuchten Beträge wieder zu bekommen.

Schließlich gesteht der Soldat den Tatvorwurf Punkt 8. AS grundsätzlich ein, wobei er sich jetzt dahin einließ, sich bei seiner Erklärung gegenüber einer Bediensteten des Kinderkrankenhauses S. in L. im März 2002, getäuscht zu haben, die Krankenhausrechnung vom 07. August 2001 über 499,55 DM noch nicht zahlen zu können, da die Erstattung durch die zuständige Beihilfestelle noch nicht erfolgt sei; denn er müsse diese, tatsächlich damals noch offen stehende Rechnung mit einer anderen - streitigen - Rechnung aus dem gleichen Zeitraum verwechselt haben. Im Übrigen ist der offenstehende Rechnungsbetrag nach einem Mahn- und Vollstreckungsverfahren durch Pfändungs- und Überweisungsbeschluss des AG S. vom 08. November 2002 über eine Gehaltspfändung durch die WBV Süd - ASt München - in zwei Raten im Dezember 2002 und Januar 2003 vom Gehalt des Soldaten gepfändet worden.

In seiner Vernehmung vor dem damaligen Disziplinarvorgesetzten des Soldaten am 14. Juni 2002 hatte er allerdings die ihm vorgehaltene Rechnung dieses Kinderkrankenhauses über ca. 500,- DM als eine Falschaussage des Krankenhauses bezeichnet, und ausgesagt, er habe bezahlt.“

Zur rechtlichen Würdigung führte die Truppendienstkammer aus, der Soldat habe folgende Dienstpflichten schuldhaft verletzt: In Anschuldigungspunkt 1 bedingt vorsätzlich die Achtungs- und Vertrauenswahrungspflicht im außerdienstlichen Bereich (§ 17 Abs. 2 Satz 2 SG), in Anschuldigungspunkt 2 vorsätzlich die Gehorsamspflicht (§ 11 SG), die Treuepflicht (§ 7 SG) und die dienstliche Wohlverhaltenspflicht (§ 17 Abs. 2 Satz 1 SG), in Anschuldigungspunkt 3 bedingt vorsätzlich die Treuepflicht (§ 7 SG) und die außerdienstliche Wohlverhaltenspflicht (§ 17 Abs. 2 Satz 2 SG), in Anschuldigungspunkt 4 bedingt vorsätzlich die außerdienstliche Wohlverhaltenspflicht (§ 17 Abs. 2 Satz 2 SG), in Anschuldigungspunkt 5 vorsätzlich die Nebentätigkeitsregelung des § 20 Abs. 1 SG und die Gehorsamspflicht (§ 11 SG), in Anschuldigungspunkt 6 vorsätzlich die dienstliche Wahrheitspflicht (§ 13 Abs. 1 SG) und die dienstliche Wohlverhaltenspflicht (§ 17 Abs. 2 Satz 1 SG) sowie in den Anschuldigungspunkten 7 und 8 bedingt vorsätzlich die außerdienstliche Achtungs- und Vertrauenswahrungspflicht (§ 17 Abs. 2 Satz 2 SG) und vorsätzlich die dienstliche Wahrheits-

pflicht (§ 13 Abs. 1 SG). Insgesamt habe der Soldat ein Dienstvergehen gemäß § 23 Abs. 1 SG begangen.

Hinsichtlich der Ausführungen der Kammer zur Maßnahmebemessung wird auf die Seiten 15 bis 19 des angefochtenen Urteils verwiesen.

Gegen das dem Soldaten am 11. Februar 2004 zugestellte Urteil hat sein Verteidiger mit Schriftsatz vom 5. März 2004, beim Bundesverwaltungsgericht - Wehrdienstsenate - eingegangen am selben Tage, eine beschränkte Berufung eingelegt und beantragt, dem Soldaten den Dienstgrad eines Oberfähnrichs der Reserve zu belassen und ihm Versorgungsbezüge gemäß § 63 Abs. 2 WDO zu gewähren.

Zur Begründung hat der Verteidiger im Wesentlichen vorgetragen:

Die in dem angegriffenen Urteil des Truppendienstgerichtes Süd unter Nr. 1 verhängte Disziplinarmaßnahme sei nach Ansicht der Verteidigung ausreichend sowie tat- und schuldangemessen. Eine Entfernung aus dem Dienstverhältnis unter Belassung der gesetzlich vorgesehenen Versorgungsbezüge und des Dienstgrades eines Oberfähnrichs der Reserve hätten jedoch genügt. Zunächst müsse berücksichtigt werden, dass dem Dienstherrn seit Mai 2002 bekannt gewesen sei, dass der Soldat Betriebsinhaber und geschäftsführender Gesellschafter der Fa. HF-L. GmbH in Me. sei. Man habe ihn gewähren lassen. Niemals sei der Dienstherr seiner Fürsorgeverpflichtung nachgekommen und habe dem Soldaten aufgezeigt, wie er aus seiner prekären finanziellen Situation - nämlich aus dem finanziellen Engagement als geschäftsführender Gesellschafter der Fa. HF-L. GmbH einerseits und dem Verbot einer Nebentätigkeit andererseits - herauskomme. Hätte der Soldat seine Nebentätigkeit für die Fa. HF-L. GmbH aufgegeben, wäre er für alle Zeit hoch verschuldet gewesen. Der Soldat habe einfach keine andere Wahl gehabt. Im Zeitraum von Mai bis August/September 2002 habe der Dienstherr wegen der Nebentätigkeit des Soldaten nicht reagiert. Erst mit der Untersagungsverfügung vom 24. September 2002 habe der Dienstherr eine „entgeltliche Tätigkeit“ als geschäftsführender Gesellschafter der Fa. HF-L. GmbH untersagt. Als der Soldat erklärt habe, dass er aufgrund seiner finanziellen Situation auf keinen Fall der Untersagungsverfügung folgen könne, sei er am 7. Oktober 2002 von der Universität nach N. kommandiert worden und habe die Anschuldigungsschrift erhalten. In N. habe der Soldat dem Chef der T... Gruppe und

Chef der W...staffel seine Situation in Bezug auf die Nebentätigkeit und die Firma erklärt. Beide seien ratlos gewesen und hätten nicht gewusst, was zu tun sei. Der Soldat sei in die N...staffel kommandiert worden - er habe dort den Chef der N...staffel ebenfalls über seine Situation informiert - und den Auftrag erhalten, für die Kaserne und die Airbase alle Gebäude für die Umrüstung auf Eurofighter zu vermessen. Ihm sei erlaubt worden, seine Tätigkeit für sein Unternehmen fortzusetzen, solange er seine Pflichten erfülle. Dies habe er auch getan und seine Dienstpflichten mit großem Engagement erfüllt. Am 11. November 2002 sei der Soldat zur Lehrgruppe Ausbildung der T... Schule versetzt worden. Dort sei er dem Kommandeur der Lehrgruppe Ausbildung, Oberst N., direkt unterstellt gewesen. Der Soldat sei in die 2. Kompanie der 1. Lehrgruppe kommandiert worden, um einen neuen Lehrgang mit aufzubauen. Aufgrund seines großen Engagements - der Soldat habe teilweise bis in die Nacht und außerhalb der Dienstzeit für diesen Lehrgang gearbeitet - habe der Lehrgang nach zwei Monaten starten können. Der Lehrgang sei ein großer Erfolg geworden. Auch hier sei die Nebentätigkeit des Soldaten akzeptiert worden. Solange der Soldat seine Pflichten nicht vernachlässigt habe, habe er ohne Probleme seiner Nebentätigkeit nachgehen können. Oberst G. habe die Bemühungen des Soldaten unterstützt und auch seine Nebentätigkeit akzeptiert. Weiter sei der Soldat als Fachlehrer in Systemgrundlagen für FGM tätig gewesen und habe sowohl dort seine Dienstpflichten als auch seine Vorgesetztenfunktion erfüllt. Dafür sei der Soldat von allen Seiten geachtet gewesen. Danach sei der Soldat in E. im Controlling eingesetzt worden und habe dafür gesorgt, dass das Zeiterfassungssystem zeitnah und sinnvoll geführt worden sei. Er habe Grundlagenbefehle und Anweisungen erstellt sowie Informationsveranstaltungen durchgeführt. Auch hierfür habe der Soldat Anerkennung und Lob bis hoch zum Chef des Stabes erhalten. Seine Nebentätigkeit sei ebenfalls bekannt gewesen und akzeptiert worden. Während seiner gesamten Tätigkeit habe der Soldat seine Dienstpflichten niemals vernachlässigt. Er sei während der Dienstzeit stets Vorgesetzter und Soldat gewesen und habe alle an ihn gestellten Aufgaben mit voller Hingabe erfüllt. Das Truppendienstgericht habe die Gewährung des Unterhaltsbeitrages vollständig ausgeschlossen mit der Begründung, der Soldat sei ihrer nicht würdig. Diese Feststellung sei nicht haltbar, da nicht zuletzt aufgrund der mangelnden Fürsorgeverpflichtung des Dienstherrn der Soldat in die Zwangslage geraten sei.

III

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

2. Die Berufung des Soldaten ist ausdrücklich und nach dem maßgeblichen Inhalt der Begründung beschränkt eingelegt und zielt darauf ab, dem Soldaten den Dienstgrad eines Oberfähnrichs der Reserve zu belassen und den Unterhaltsbeitrag gemäß § 63 Abs. 2 WDO zu gewähren. Da der Soldat die vom Truppendienstgericht verhängte Disziplinarmaßnahme der Entfernung aus dem Dienstverhältnis nicht angreift, hat der Senat nur noch darüber zu befinden, ob dem Soldaten der Dienstgrad eines Oberfähnrichs der Reserve belassen und der Unterhaltsbeitrag gemäß § 63 Abs. 2 WDO gewährt werden soll. Nach der Rechtsprechung des Senats kann die Berufung auf die Gewährung eines Unterhaltsbeitrages beschränkt werden (vgl. Urteile vom 3. Oktober 1969 - BVerwG 2 WD 30.69 - und vom 2. Dezember 1970 - BVerwG 1 WD 7.70 - <BVerwGE 43, 147 = NZWehrr 1972, 23>); zu einer Nachprüfung, ob die Entfernung aus dem Dienstverhältnis zu Recht verhängt wurde, kommt es nicht mehr. Ebenso kann sie auf die Frage des Belassens eines Dienstgrades begrenzt werden. Nach der Rechtsprechung des Senats ist das Belassen eines Dienstgrades einer selbstständigen Prüfung und Entscheidung fähig (vgl. Urteil vom 2. März 1971 - BVerwG 2 WD 104.70 - <BVerwGE 43, 181 = NZWehrr 1971, 147>).

3. Die Berufung hat in dem aus dem Tenor der Entscheidung ersichtlichen Umfang Erfolg.

a) Der Senat gelangte im Rahmen der Prüfung der Gewährung eines Unterhaltsbeitrages trotz erheblicher Zweifel an der Würdigkeit des Soldaten nicht zu der Feststellung, dass der Soldat eines Unterhaltsbeitrages i.S. des § 63 Abs. 3 Satz 1 WDO nicht würdig ist.

Ob der Soldat im Sinne dieser gesetzlichen Bestimmung nicht würdig ist, muss im Einzelfall vom Gericht festgestellt werden; bloße Zweifel reichen nicht aus. Dabei ist, wie sich aus dem Wortlaut und dem Zweck der Regelung ergibt, auf die Person des Soldaten („der Verurteilte“) und damit zugleich auch auf sein (Gesamt-)Verhalten ab-

zustellen. Der Unterhaltsbeitrag ist im Wehrdisziplinarrecht - ebenso wie im Beamtendisziplinarrecht (vgl. dazu auch u.a. Urteil vom 12. Januar 1977 - BVerwG 1 D 55.76 - <BVerwGE 53, 237 [238]>; Beschlüsse vom 11. Juli 1957 - BDH 2 DB 18.57 - <BDHE 4, 80 [81]>, vom 26. März 1958 - BDH 1 DB 6.58 - <BDHE 4, 83 [84]>, vom 13. September 1958 - BDH 1 DB 31.58 - <BDHE 5, 125 [126]>, vom 18. Mai 1972 - BVerwG 1 DB 4.72 - <DokBer B 1972, 4277>; und vom 31. Oktober 1988 - BVerwG 1 DB 16.88 - <BVerwGE 86, 78 = NVwZ 1989, 263 [f.]> m.w.N.; VGH Bad.-Württ., Urteil vom 16. Juli 2003 - DB 17 S 6/03 - <ESVGH 54, 62 [LS]>) - Ausdruck einer das Dienstverhältnis überdauernden Fürsorgepflicht des Dienstherrn (Urteil vom 2. Dezember 1970 - BVerwG 1 WD 7.70 - <BVerwGE 43, 147 = NZWehrr 1972, 23> und Beschluss vom 27. April 1976 - BVerwG 2 WDB 10.76 - <BVerwGE 53, 170 = NZWehrr 1980, 110>; Dau, WDO, 4. Aufl. 2002, § 63 RNr. 8 m.w.N.). Die Zweckbestimmung des Unterhaltsbeitrages besteht seit jeher in der bloßen Unterstützung zur Verhinderung einer Notlage des aus dem Dienstverhältnis Entfernten. An dieser Zwecksetzung hat auch die seit dem 1. Januar 2002 geltende Neufassung der Unterhaltsbeitrags-Regelung durch das Zweite Gesetz zur Neuordnung des Wehrdisziplinarrechts (2. WehrDiszNOG) uneingeschränkt festgehalten (vgl. dazu auch Bachmann, NZWehrr 2001, 177 <196>; BT-Drucks 14/4659, S. 36 zum sachgleichen § 10 BDG). Während vorher jedoch die Gewährung des Unterhaltsbeitrages einer ausdrücklichen Bewilligung durch das Gericht bedurfte, ist sie nach der - im vorliegenden Falle geltenden - Neuregelung eine unmittelbare gesetzliche Rechtsfolge der Entfernung aus dem Dienstverhältnis. Nur der Ausschluss bzw. die Verlängerung der über die im Gesetz als Regelfall vorgesehene Dauer von sechs Monaten hinaus bedürfen einer Entscheidung des Gerichts. Die durch das 2. WehrDiszNOG vorgenommene Umkehr von „Regel“ und „Ausnahme“ - die Gewährung des Unterhaltsbeitrages ist nunmehr die vom Gesetz ausdrücklich vorgesehene regelmäßige Rechtsfolge, seine Versagung die Ausnahme - muss bei der Auslegung und Anwendung der gesetzlichen Tatbestandsmerkmale strikt beachtet werden. Dieser gesetzliche Regelungszweck und -zusammenhang muss demzufolge auch bei der Bestimmung dessen, was als „nicht würdig“ anzusehen ist, Beachtung finden. Als Bestandteil eines Ausnahmetatbestandes ist der Begriff eng auszulegen und damit einer erweiternden Auslegung nicht zugänglich. Andernfalls würde das Regel-Ausnahme-Verhältnis gleichsam „auf den Kopf gestellt“. Daraus ergibt sich, dass eine „Nicht-Würdigkeit“ nicht bereits bei jedem zur Dienstentfernung führenden Dienstvergehen vorliegt. Aus

dem dargelegten Gesetzeszweck und dem Regelungszusammenhang folgt vielmehr, dass nur solche Umstände eine „Nicht-Würdigkeit“ begründen, die nach der Art und dem Gewicht des Fehlverhaltens sowie der Persönlichkeit des Soldaten und dem Maß seiner Schuld jeden Grund für die nachwirkende Fürsorgepflicht des Dienstherrn entfallen lassen. Dies kommt etwa in Fällen grober Täuschung des Dienstherrn, besonders treuwidrigen Verhaltens und vor allem dort in Betracht, wo es um die rechtlichen Grundbedingungen des Dienstverhältnisses geht und das Gesamtverhalten des Soldaten den Schluss zulässt, dass er jedes ernsthafte Interesse für die dienstlichen Belange vermissen lässt und es bei ihm seit längerem an dem unabdingbaren Mindestmaß von Verantwortung für die dienstlichen Bedürfnisse fehlt (vgl. für den Bereich des Beamten Disziplinarrechts u.a. Köhler/Ratz, BDG, 3. Aufl. 2003, § 10 RNr. 7 m.w.N.; VGH Bad.-Württ., Urteil vom 16. Juli 2003 - DB 17 S 6/03 - <a.a.O.>; VG Meiningen, Urteil vom 17. September 2003 - 6 D 60002/03.Me - <ThürVBI 2004, 12>; Nachweise aus der Rechtsprechung des Senats zur früheren Gesetzeslage bei Dau, a.a.O., RNr. 17).

Diese Voraussetzungen hat der Senat im vorliegenden Falle nicht mit der erforderlichen Gewissheit feststellen können.

Zwar ergeben sich aus dem Fehlverhalten des Soldaten deutliche Anhaltspunkte dafür, dass er schon seit längerem versucht hat, aus der Bundeswehr vorzeitig entlassen zu werden, um dann das in seinem während der Dienstzeit absolvierten Studium der Luft- und Raumfahrttechnik erworbene Wissen in dem von ihm im Jahre 2002 übernommenen Unternehmen, in dem er Mitgesellschafter und Mitgeschäftsführer ist, einbringen und nutzen zu können.

Auffallend ist, dass der Antrag des Soldaten vom 23. September 2002 auf vorzeitige Entlassung aus dem Dienstverhältnis, den er damit begründete, die besondere Härte ergebe sich in seinem Fall aus der Tatsache, dass durch die Übernahme eines insolventen High-Tech-Unternehmens die Rettung von Arbeitsplätzen in einer strukturschwachen Region ermöglicht worden sei, beim Personalamt der Bundeswehr am 30. September 2002 eingegangen ist, also am Tage des Bestehens der Diplomprüfung des Soldaten. Insbesondere der Umstand, dass der Soldat auf die Aufforderung des Leiters des Studentenfachbereiches A vom 23. September 2002, „unter Vorlage des Gesellschaftervertrages schriftlich Auskunft über Art und beabsichtigte Dauer,

den zeitlichen Umfang Ihrer Tätigkeit, die voraussichtliche Höhe der Einkünfte und der Verbindlichkeiten zu erteilen und zu erklären, ob Ihr Unternehmen in Geschäftsverbindung mit der Bundeswehr steht“, sich noch am selben Tag weigerte, die geforderten Auskünfte mitzuteilen, spricht für ein treuwidriges Verhalten dem Dienstherrn gegenüber. Denn das Soldatenverhältnis als Dienstverhältnis wird durch die Dienstleistungspflicht des Soldaten charakterisiert. Aufgrund der Pflicht zum treuen Dienen (§ 7 SG) ist der Soldat gehalten, seine volle Arbeitskraft dem Dienstherrn zur Verfügung zu stellen (vgl. Urteil vom 28. April 2004 - BVerwG 2 WD 20.03 -). Sinn und Zweck des § 20 Abs. 1 SG liegen darin, in einem Genehmigungsverfahren vorab zu prüfen, ob die Inanspruchnahme durch die Nebentätigkeit nach ihrer Art und ihrem Umfang mit der ordnungsgemäßen Erfüllung der dienstlichen Pflichten des Soldaten im Einklang steht und ob ferner eine Interessenkollision mit den dienstlichen Pflichten des Soldaten auszuschließen ist. Demgemäß ist die Genehmigung zu versagen, wenn zu besorgen ist, dass durch die Nebentätigkeit dienstliche Interessen beeinträchtigt werden (§ 20 Abs. 2 SG). Das pflichtwidrige Verhalten des Soldaten gegenüber seinem Dienstherrn kommt weiterhin darin zum Ausdruck, dass der Soldat, nachdem ihm durch die Untersagungsverfügung des Leiters des Studentenfachbereichs A vom 24. September 2002 aufgegeben wurde, „binnen vier Wochen nach Zugang dieses Schreibens die Aufgabe der Nebentätigkeit schriftlich zu melden“, auch dieser Aufforderung nicht nachkam, sondern es bei seiner Verweigerungshaltung beließ. So sagte er bei seiner Vernehmung durch seinen Staffelchef am 4. November 2002 aus, „selbstverständlich sich um seine Firma zu kümmern und dies auch weiterhin zu tun“ und erklärte noch in der Hauptverhandlung vor dem Truppendienstgericht, seine Firma weiter führen zu wollen, auch wenn er nicht aus der Bundeswehr entlassen werde.

Auch wenn der Soldat durch das vorgenannte Verhalten erkennen ließ, dass er die im Mai 2002 pflichtwidrig aufgenommene Nebentätigkeit nicht beenden wollte und insoweit Zweifel an seiner Würdigkeit bestehen, war ihm andererseits nicht mit der erforderlichen Gewissheit nachzuweisen, dass er es gerade darauf angelegt hat, sein Studium in der Weise zu nutzen, dass er durch Nichtinformation seiner Vorgesetzten über seine Nebentätigkeit (Nichteinholung der erforderlichen Genehmigung) sich in die Situation einer möglichen besonderen Härte bringen wollte, um dann mit vollendeten Tatsachen seinen Antrag auf vorzeitige Entlassung zu stellen. Ein solch gravierendes Ausmaß an Verletzung dienstlicher Interessen und demgemäß besonders

treuwidrigen Verhaltens, das zur Feststellung geführt hätte, dass der Soldat eines Unterhaltsbeitrages nicht würdig ist, ist jedoch nicht erwiesen. Der Senat beließ es daher - wegen des nicht zu erbringenden Nachweises zusätzlich erschwerender Momente - bei dem gesetzlichen Regelfall des § 63 Abs. 2 Satz 1 WDO, wonach der Soldat den Unterhaltsbeitrag für die Dauer von sechs Monaten erhält (Beispiel aus der Rechtsprechung des Senats für Unwürdigkeit: häufige disziplinare, auch disziplinargerichtliche, Maßregelungen und strafgerichtliche Verurteilungen, Urteil vom 10. Juli 1984 - BVerwG 2 WD 60.83 -; siehe auch die Übersicht bei Dau, a.a.O.).

Im Übrigen darf bei der Ermessensentscheidung über die Nichtgewährung eines Unterhaltsbeitrages wegen der gebotenen Gesamtbetrachtung der Persönlichkeit nicht allein darauf abgestellt werden, dass sich der Soldat durch sein schwerwiegendes Dienstvergehen untragbar gemacht hat; es muss auch sein Leistungsbild während der gesamten Dienstzeit berücksichtigt werden (vgl. die ständige Rechtsprechung des Senats zur früheren Unterhaltsbeitragsregelung: u.a. Urteile vom 10. Juli 1984 - BVerwG 2 WD 60.83 - und vom 23. Januar 1986 - BVerwG 2 WD 26.85 -). Insoweit ergibt sich, dass der Soldat, der bislang disziplinar und strafgerichtlich nicht in Erscheinung getreten ist, in den ersten fünf Dienstjahren ordentliche dienstliche und auch teilweise überdurchschnittliche Leistungen erbracht hat - das Zeugnis über die Diplomprüfung vom 30. September 2002 weist für die erste Studienarbeit die Fachnote 1,3, für die zweite Studienarbeit die Fachnote 1,0 und für die Diplomarbeit die Fachnote 2,0 aus. In diesem Zusammenhang ist auch auf die Aussage des früheren Disziplinarvorgesetzten des Soldaten, Hauptmann der Reserve K., vor dem Truppendienstgericht zu verweisen, der erklärt hat, bis Ende September 2001 habe es keine Probleme mit dem Soldaten gegeben, ferner auf die Aussage von Oberstleutnant I., Dezernatsleiter Controlling im W...kommando in E., der Soldat habe gute Ansätze bei seiner Arbeit gezeigt.

Angesichts der persönlichen und angespannten finanziellen Verhältnisse des Soldaten bedarf seine wirtschaftliche Bedürftigkeit keiner näheren Ausführungen.

b) Dagegen kann dem Soldaten bei der Häufung der verletzten Dienstpflichten (u.a. §§ 7, 11 und 13 SG) und vor allem wegen der Bedeutung dieser Pflichten (Kernpflichten), die den besonders schweren Unrechtsgehalt seiner Verfehlungen ersicht-

lich machen und die Ahndung des Dienstvergehens mit der Höchstmaßnahme rechtfertigen, kein Vorgesetztendienstgrad für das Reserveverhältnis belassen werden. Das für einen solchen Dienstgrad erforderliche Vertrauen sowie die hiermit verbundene dienstliche Autorität und Achtung lassen den Soldaten für die Ausübung einer Vorgesetztenfunktion als ungeeignet erscheinen. Andererseits hat sich der Soldat nicht schlechthin für die Erfüllung dienstlicher Aufgaben als ungeeignet erwiesen, sodass ihm gemäß § 63 Abs. 4 WDO ein herausgehobener Mannschaftsdienstgrad für das Reserveverhältnis belassen werden kann (minder schwerer Fall gemäß § 63 Abs. 4 WDO).

4. Da die Berufung des Soldaten teilweise Erfolg hat, sind nach § 139 Abs. 3 WDO die Kosten des Berufungsverfahrens zur Hälfte ihm und zur Hälfte dem Bund aufzuerlegen, der gemäß § 140 Abs. 5 Satz 1 i.V.m. § 139 Abs. 3 WDO auch die Hälfte der dem Soldaten darin erwachsenen notwendigen Auslagen zu tragen hat.

Prof. Dr. Pietzner

Prof. Dr. Widmaier

Dr. Deiseroth