



BUNDESVERWALTUNGSGERICHT

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

BVerwG 2 WD 13.09
TDG S 5 VL 14/08

In dem gerichtlichen Disziplinarverfahren

g e g e n

Herrn Hauptfeldwebel

hat der 2. Wehrdienstsenat des Bundesverwaltungsgerichts in der nichtöffentlichen Hauptverhandlung am 21. Dezember 2010, an der teilgenommen haben:

Vorsitzender Richter am Bundesverwaltungsgericht Golze,
Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. Müller,
Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. Burmeister,
ehrenamtlicher Richter Oberst i.G. Graßhoff und
ehrenamtlicher Richter Hauptfeldwebel Böttger,

Leitender Regierungsdirektor
als Vertreter des Bundeswehrdisziplinaranwalts,

Rechtsanwalt,
als Verteidiger,

Geschäftsstellenverwalterin
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

für Recht erkannt:

Auf die Berufung der Wehrdisziplinaranwaltschaft wird das Urteil der 5. Kammer des Truppendienstgerichts Süd vom 12. Februar 2009 aufgehoben.

Die Dienstbezüge des Soldaten werden um ein Zwanzigstel für die Dauer von zwölf Monaten gekürzt.

Die Kosten des Verfahrens beider Instanzen werden dem Soldaten zu drei Viertel und dem Bund zu einem Viertel auferlegt. Der Bund trägt ein Viertel der notwendigen Auslagen des Soldaten.

G r ü n d e :

I

- 1 Der 1973 geborene Soldat trat nach seiner Ausbildung zum Zimmerer im April 1993 seinen Dienst bei der Bundeswehr an, wurde im Juli 1993 in das Dienstverhältnis eines Soldaten auf Zeit und im August 2001 in das Dienstverhältnis eines Berufssoldaten berufen. Er wurde regelmäßig befördert, zuletzt im April 2002 zum Hauptfeldwebel; er ist seit längerem krankheitsbedingt dienstunfähig.
- 2 Nach der allgemeinen Grundausbildung und der Verwendung als Soldat in der Luftwaffensicherungstruppe absolvierte er von Oktober bis Dezember 1994 den Unteroffizierlehrgang der Luftwaffe. An der Technischen Schule der Luftwaffe wurde er von Januar bis Februar 1995 zum Nachschubbearbeiter ausgebildet. In dieser Funktion fand er bei dem 3./Luftwaffenausbildungsregiment 2 Verwendung. Von Oktober bis November 1996 nahm er am Feldwebellehrgang der Luftwaffe teil. Die Ausbildung zum Bürokaufmann durchlief er an der Unteroffiziersschule der Luftwaffe von Januar bis Juni 1997. Den Lehrgang zum Nachschubmeister von August bis Oktober 1997 absolvierte er mit der Abschlussnote befriedigend. Anschließend war er als Nachschubmeister beim Luftwaffenamt eingesetzt. Als Oberfeldwebel wechselte er im Oktober 2001 auf den Dienstposten Stabsdienstfeldwebel. Am 1. November 2002 wurde er ...

versetzt, wo er als Materialbewirtschaftungsmeister (S4-Unteroffizier) eingesetzt ist.

- 3 In der planmäßigen Beurteilung zum 31. März 2005 wird dem Soldaten in der gebundenen Beschreibung seiner Leistungen durchschnittlich die Wertung 6,125 zuerkannt. Unter Eignung und Befähigung werden geistige Befähigung und Befähigung zur Einsatz- und Betriebsführung mit dem Spitzenwert „E“, Verantwortungsbewusstsein und Eignung zur Menschenführung mit dem Wert „D“ beurteilt. Er wird als Portepreeunteroffizier mit sehr hohem Verantwortungsbewusstsein geschildert. Seiner Verantwortung als Sachgebietsleiter 4 sei er sich stets bewusst und werde ihr auch voll gerecht. Er bereite seine Entscheidungen immer mit großer Sorgfalt vor und stehe dann für sie uneingeschränkt ein. Sein Handeln sei geprägt von seiner positiven Grundeinstellung gegenüber dem Soldatenberuf. Hervorzuheben sei besonders seine Zuverlässigkeit. Er besitze ein gesundes Selbstvertrauen und stelle sich gezielt und mit Elan neuen Herausforderungen.
- 4 In der Hauptverhandlung vor dem Truppendienstgericht hat der Leumundzeuge Oberstleutnant ... diese Beurteilung für den Zeitraum nach Einleitung des gerichtlichen Disziplinarverfahrens relativiert. Hinsichtlich seiner Motivation und auch aufgrund gesundheitlicher Einschränkungen befinde sich der Soldat nunmehr im letzten Drittel aller Hauptfeldwebel des Zentrums.
- 5 In der Beurteilung vom 27. April 2009 wurde der Soldat im Bereich „Aufgabenerfüllung auf dem Dienstposten“ mit 4,22 („Die Leistungserwartungen wurden erfüllt, teilweise übertroffen“) beurteilt. Der nächsthöhere Vorgesetzte führte dazu aus, die geistigen, fachlichen und intellektuellen Voraussetzungen für die Erfüllung der an den Soldaten gestellten Anforderungen seien in jedem Fall vorhanden. Die phasenweisen Motivationseinbrüche sollten zukünftig, eventuell bei Übernahme einer neuen Aufgabe, keine Rolle mehr spielen. Dies gelte es jedoch noch zu beweisen. Für Stabsverwendungen erscheine er als gut geeignet. Der Soldat könne aufgrund der krankheitsbedingt hohen Abwesenheitszeiten sein ausgezeichnetes Fachwissen nur eingeschränkt zur Geltung bringen. Seine Bemühungen, Friktionen und Einbrüche in der

Auftragserfüllung zu vermeiden, seien weitgehend zielführend, führten aber auch zu Mehrfachbelastungen der Angehörigen in seinem Führungsgrundgebiet. Diese Mehrfachbelastung werde teilweise durch seinen kooperativen Führungsstil und die damit eingeräumten Gestaltungsspielräume kompensiert. Der Soldat habe im Beurteilungszeitraum einen positiven, jedoch nicht dauerhaft anhaltenden Motivationsschub verzeichnen können, der noch ausbaufähig sei. Mit gezielter Dienstaufsicht und Hilfestellung könnten die intellektuellen Fähigkeiten des Soldaten noch besser abgerufen und zum Wohle der Dienststelle genutzt werden.

- 6 Der Soldat erhielt in den Jahren 1999 und 2003 zwei förmliche Anerkennungen wegen vorbildlicher Pflichterfüllung. Das Disziplinarbuch enthält, ebenso wie der Auszug aus dem Bundeszentralregister, keinen Eintrag.
- 7 Das gegen den Soldaten wegen des angeschuldigten Verhaltens eingeleitete Strafverfahren wurde im Dezember 2007 nach § 153 Abs. 1 StPO eingestellt. Zur Begründung führte die Staatsanwaltschaft aus, der strafrechtlich bislang nicht in Erscheinung getretene Soldat sehe sein Fehlverhalten ein und habe sich bereiterklärt, den sich im Bagatellbereich bewegenden Schaden zu ersetzen. Seine Schuld sei daher als gering anzusehen. Ein öffentliches Interesse an der Strafverfolgung bestehe nicht. Die zu erwartende Disziplinarmaßnahme sei sowohl unter spezial- als auch unter generalpräventiven Gesichtspunkten ausreichend. Der Zustimmung des Gerichts bedürfe es nicht, da die Folgen der Tat gering seien.
- 8 Der seit August 2000 geschiedene und kinderlose Soldat erhielt im Februar 2009 Dienstbezüge in Höhe von netto etwa 1 850 €. Seine Lebensgefährtin bezieht ein monatliches Gehalt von ca. 1 700 € brutto. Die Vermögensverhältnisse sind geordnet, Unterhaltsverpflichtungen bestehen nicht.

9 1. In dem nach Anhörung des Soldaten und der Vertrauensperson durch Verfügung des Befehlshabers des Luftwaffenführungskommandos vom 3. September 2007 eingeleiteten gerichtlichen Disziplinarverfahren wird dem Soldaten mit der ihm am 11. Juni 2008 zugestellten Anschuldigungsschrift vom 28. Mai 2008 vorgeworfen, seine Dienstpflichten wie folgt schuldhaft verletzt zu haben:

- (1) „Der Soldat erwirkte am 25.07.2006 in der ..., die Genehmigung des damals amtierenden Dienststellenleiters ... für eine Fahrt eines Bundeswehrfahrzeuges zum Materialtransport eines zivilen Musikvereins, nachdem er dessen Bedenken an der Genehmigungsfähigkeit unter Hinweis auf die ZDv 43/2 Nr. 433, wonach für Fahrten bei Einsätzen der Bundeswehr auf karitativen Gebieten Dienstfahrzeuge eingesetzt werden können, zerstreute, obwohl er als Sachgebietsleiter und Verantwortlicher für das Führungsgrundgebiet 4 des ... zumindest hätte wissen können und müssen, dass diese Fahrt zu nicht dienstlichen Zwecken gemäß ZDv 43/2 Nr. 301 nicht genehmigungsfähig war. Dadurch bewirkte er Fahrten von insgesamt 83 km.
- (2) Entgegen der dem Soldaten bekannten ZDv 43/2 Nr. 301 ordnete er ebenda mit dem Fahrauftrag 0056/04/07 vom 30.04.2007 dem OFw ... Wirtschafts- und Versorgungsfahrten sowie Materialtransport mit Bundeswehrfahrzeugen an, obwohl er zumindest hätte wissen können, dass dieser die Fahrten zu privaten Zwecken eines Umzuges durchführen wollte und diese damit nicht genehmigungsfähig waren.“

10 2. Die 5. Kammer des Truppendienstgerichts Süd hat mit Urteil vom 12. Februar 2009 gegen den Soldaten unter Freistellung von Anschuldigungspunkt 1 wegen des Anschuldigungspunktes 2 eine Disziplinarbuße in Höhe von 700 € verhängt, die in monatlich gleichen Raten von je 100 € zu vollstrecken ist. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt:

11 Hinsichtlich des Anschuldigungspunktes 1 liege kein Dienstvergehen vor. Mit seinen Angaben zum Antrag auf Genehmigung des Einsatzes eines Dienstfahrzeugs zum Materialtransport eines Musikvereins, den einschlägigen Bestimmungen der ZDv 43/2 und durch die Kundgabe seiner Einschätzung,

wonach es sich um eine karitative Fahrt handle, die den Einsatz von Dienstfahrzeugen erlaube, habe er seinem Vorgesetzten die Grundlagen für eine eigenständige und von diesem zu verantwortende Entscheidung an die Hand gegeben. Dass der Vorgesetzte von seiner Entscheidungskompetenz keinen Gebrauch gemacht und es abgelehnt habe, in die ihm vom Soldaten zur Verfügung gestellte Vorschrift zu schauen, und den Einsatz des Dienstkraftfahrzeugs dann aufgrund der Einschätzung des Soldaten genehmigt habe, sei vom Soldaten nicht zu vertreten. Dass die ZDv 43/2 schon deswegen nicht einschlägig gewesen sei, weil es sich weder um einen Einsatz der Bundeswehr noch um ein „soziales und karitatives Gebiet“ gehandelt habe, hätte der vom Soldaten angesprochene Kommandeur durch aufmerksame Lektüre feststellen können und müssen.

- 12 Hinsichtlich des Anschuldigungspunktes 2 liege hingegen ein Dienstvergehen vor. Dadurch, dass der Soldat für einen Dienst-Lkw den Fahrauftrag unterschrieben habe, dessen vorgesehener Einsatz, wie er gewusst habe, private Gründe gehabt hätte, habe er vorsätzlich gegen die Pflicht zum treuen Dienen sowie gegen die Pflicht verstoßen, den Befehlen seiner Vorgesetzten zu gehorchen. Ihm sei bekannt gewesen, dass der Einsatz von Dienstkraftfahrzeugen gemäß ZDv 43/2 Ziffer 301 nur zu dienstlichen Zwecken geschehen dürfe. Der Soldat hätte auch ohne nähere Kenntnis des Kraftfahrzeugwesens erkennen können, dass eine Genehmigung ausgeschlossen gewesen sei. Es liege insofern ein Verstoß gegen die Pflicht zu achtungs- und vertrauenswürdigem Verhalten vor. Als Soldat mit Vorgesetztendienstgrad unterliege er der verschärften Haftung nach § 10 Abs. 1 SG. Seine Einlassung, die Art der privaten Nutzung sei ihm nicht bekannt gewesen, sei jedoch nicht zu widerlegen gewesen. Als schuld mindernd sei die Tatsache anzusehen, dass der Soldat von dem beantragenden Nutzer, dem Oberfeldwebel ..., vorsätzlich und in krimineller Weise durch die Behauptung getäuscht worden sei, die Nutzung sei bereits durch Oberstleutnant ... genehmigt worden. Der Soldat habe es allerdings vorwerfbar unterlassen, sich bei diesem zu vergewissern, ob die Angaben des Oberfeldwebels ... der Wahrheit entsprochen hätten. Von Bedeutung sei auch, dass es zu der vom Soldaten genehmigten Fahrt mit dem konkret genehmigten Lkw tatsächlich

nicht gekommen sei, weil das Fahrzeug nicht einsatzfähig gewesen sei. Dass Oberfeldwebel ... daraufhin eigenmächtig ein anderes Fahrzeug für seinen Umzug genommen habe, könne dem Soldaten nicht zugerechnet werden. Die weiteren Auswirkungen des Dienstvergehens seien zudem gering gewesen. Dem Dienstherrn sei durch das Handeln des Soldaten kein finanzieller Schaden entstanden. In der Person des Soldaten liegende Milderungsgründe seien seine bisherige Unbescholtenheit sowie zwei förmliche Anerkennungen wegen vorbildlicher Pflichterfüllung. Wegen seiner guten Leistungen und seiner guten Führung erscheine es ausreichend, ihn mit einer Disziplinarbuße zu belegen, die sich gleich einer Kürzung der Dienstbezüge über einen längeren Zeitraum erstreckt, so dass er wiederholt zum Pflichtbewusstsein angehalten werde.

- 13 3. Gegen das ihr am 24. Februar 2009 zugestellte Urteil hat die Wehrdisziplinaranwaltschaft am 12. März 2009 in vollem Umfang Berufung eingelegt mit dem Antrag, gegen den Soldaten eine gerichtliche Disziplinarmaßnahme zu verhängen. Zur Begründung führt sie im Wesentlichen aus:
- 14 Soweit das Truppendienstgericht beim Anschuldigungspunkt 1 die Annahme eines Dienstvergehens ablehne, berücksichtige es nicht, dass die Pflicht zum treuen Dienen nicht nur durch Nichterfüllung, sondern auch durch eine schlechte Erfüllung der Dienstplichten verletzt werden könne. Der Soldat hätte bei sorgfältiger Prüfung des Erlasses des Bundesministers der Verteidigung über Hilfeleistungen der Bundeswehr auf sozialen und karitativen Gebieten erkennen können, dass Transportfahrten für einen zivilen Musikverein nicht genehmigungsfähig seien. Dadurch, dass der Soldat mit dem selbst vorformulierten Antrag, den der Vorgesetzte nur noch habe zu unterschreiben brauchen, diesen aufgesucht und dessen Bedenken an der Genehmigungsfähigkeit der Fahrt zerstreut habe, habe er seine Pflicht zur gewissenhaften Diensterfüllung aufs Gröblichste verletzt. Auch könne nicht davon ausgegangen werden, dass der Soldat aus rein altruistischen Motiven gehandelt habe. In dem von ihm nicht unterschriebenen Vernehmungsprotokoll habe er ausgesagt, der Vorstand des Musikvereins sei ihm persönlich bekannt gewesen, weil sie gemeinsam Musik gemacht hätten und ein Vorstandsmitglied

ein ehemaliger Soldat gewesen sei. Dass die Transportfahrt durch Oberstleutnant ... genehmigt worden sei, entbinde den Soldaten auch nicht vollständig von seiner Verantwortung. Soweit es den Anschuldigungspunkt 2 betreffe, müsse ohne Bedeutung bleiben, für welche konkrete private Nutzung das Dienstfahrzeug habe genutzt werden sollen. Entlasten könne den Soldaten auch nicht, dass die genehmigte Fahrt mit dem Lkw tatsächlich nicht durchgeführt worden sei. Eine Gefährdung des Vermögens des Bundes sei bereits eingetreten. Schon das vom Anschuldigungspunkt 2 erfasste Verhalten des Soldaten rechtfertige die Verhängung einer gerichtlichen Disziplinarmaßnahme.

III

- 15 Die Abwesenheit des Soldaten in der Berufungshauptverhandlung stand deren Durchführung sowie der Entscheidung des Senats über die Berufung nicht entgegen. Gemäß § 124 WDO findet - außer in den Fällen des § 104 Abs. 1 WDO - die Berufungshauptverhandlung auch dann ohne den Soldaten statt, wenn dieser ordnungsgemäß geladen und in der Ladung darauf hingewiesen worden ist, dass in seiner Abwesenheit verhandelt werden kann. Diese Voraussetzungen sind erfüllt. Der Soldat war am 26. November 2010 zum Hauptverhandlungstermin am 21. Dezember 2010 gemäß § 123 Satz 3 i.V.m. § 103 WDO ordnungsgemäß geladen und im Ladungsschreiben ausdrücklich darauf hingewiesen worden, dass in seiner Abwesenheit verhandelt werden kann. Zudem hat der Soldat durch seinen Verteidiger am 16. Dezember 2010 erklären lassen, dass er aus Gesundheitsgründen auf die Teilnahme an der Berufungshauptverhandlung verzichte.
- 16 Die gemäß § 115 Abs. 1 Satz 1, § 116 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 WDO form- und fristgerecht eingelegte Berufung der Wehrdisziplinaranwaltschaft hat Erfolg. Die Dienstbezüge des Soldaten sind zu kürzen, § 58 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. § 59 WDO.

Das Rechtsmittel ist in vollem Umfang eingelegt worden. Der Senat hat daher im Rahmen der Anschuldigung (1.) eigene Tat- und Schuldfeststellungen zu treffen (2.), diese rechtlich zu würdigen und die sich daraus ergebenden Folgerungen zu ziehen (3.) sowie über die angemessene Disziplinarmaßnahme zu befinden (4.).

- 18 1. Hinsichtlich des unter Anschuldigungspunkt 1 angeschuldigten Fehlverhaltens bedarf der Anschuldigungssatz der Auslegung, weil dem Soldaten vorgehalten wird, bei seinem Vorgesetzten nicht nur einen rechtswidrigen Fahrbefehl erwirkt, sondern bei diesem Zweifel an der Genehmigungsfähigkeit der privaten Nutzung des Dienstfahrzeugs zerstreut zu haben. Dies wirft die Frage auf, ob der Vorwurf sich darauf beschränkt, den Vorgesetzten in manipulativer - möglicherweise durch eigene Interessen geleiteten - Weise bei dessen Entscheidungsfindung aktiv beeinflusst zu haben oder darüber hinaus auch den Vorwurf einer schlichten Falschberatung einschließt. Für den Senat hat in letzter Zeit bereits mehrfach Anlass bestanden, nachdrücklich auf die rechtlich herausragende Bedeutung einer hinreichend konkreten Anschuldigungsschrift hinzuweisen (vgl. Urteile vom 18. November 2010 - BVerwG 2 WD 25.09 - und vom 8. Dezember 2010 - BVerwG 2 WD 24.09 -). Unklarheiten über das konkret angeschuldigte Dienstvergehen begründen deshalb erhebliche rechtliche Probleme, weil zum Gegenstand der Urteilsfindung gemäß § 123 Satz 3 WDO i.V.m. § 107 Abs. 1 WDO nur solche Pflichtverletzungen gemacht werden dürfen, die in der Anschuldigungsschrift dem Soldaten als Dienstvergehen zur Last gelegt werden. Bei Zweifeln über Gegenstand und Umfang des dem Soldaten durch die Anschuldigungsschrift zur Last gelegten Fehlverhaltens ist die Anschuldigungsschrift auszulegen, um ihren exakten Regelungsinhalt zu ermitteln. Dabei sind die für die Auslegung von empfangsbedürftigen Willenserklärungen des bürgerlichen Rechts geltenden Rechtsgrundsätze (§§ 133, 157 BGB) entsprechend anzuwenden. Danach kommt es nicht auf den inneren Willen des Erklärenden, sondern darauf an, wie die abgegebene Erklärung aus der Sicht des Empfängers bei objektiver Betrachtungsweise zu verstehen ist. Verbleiben insoweit Zweifel, ist davon auszugehen, dass es an einer hinreichenden Anschuldigung im Sinne des § 99 Abs. 1 WDO fehlt (BVerwG, Urteil vom 28. April 2005 - BVerwG 2 WD

25.04 - NZWehrr 2007, 28). Nach Maßgabe dieser Grundsätze ist in Anschuldigungspunkt 1 der Anschuldigungssatz dahingehend auszulegen, dass dem Soldaten vorgehalten wird, die Entscheidung des Vorgesetzten nicht nur durch eine gezielt manipulative (1. Variante), sondern auch durch eine schlicht inhaltlich unzutreffende Beratung (2. Variante) herbeigeführt zu haben.

- 19 2. Die im Rahmen dieser Anschuldigung vorgenommene Beweisaufnahme hat ergeben:
- 20 a) Vom Anschuldigungspunkt 1, 1. Variante, ist der Soldat freizustellen. Die Aussagen des Zeugen Oberstleutnant ... in der Berufungshauptverhandlung enthielten - wie bereits dessen Aussagen vor dem Truppendienstgericht - keinen Anhaltspunkt dafür, dass der Soldat in manipulativer und über die schlichte Beratung hinausgehenden Weise auf den Willensbildungsprozess seines Vorgesetzten eingewirkt hat.
- 21 b) Das unter dem Anschuldigungspunkt 1, 2. Variante, angeschuldigte Fehlverhalten steht zur Überzeugung des Senats fest. Die erstinstanzliche Freistellung des Soldaten kann deshalb keinen Bestand haben.
- 22 Der Soldat hat den Zeugen Oberstleutnant ... objektiv falsch beraten. Gemäß Ziffer 301 der - erst durch Anweisung vom 26. Februar 2008 außer Kraft gesetzten - ZDv 43/2 sind Dienstfahrzeuge grundsätzlich nur zu dienstlichen Zwecken einzusetzen. Für Ausnahmen verweist die Vorschrift auf die Nummern 401 bis 437. Nummer 433, Spiegelstrich 3, bestimmt insoweit: „Bei dienstlichen Arbeitseinsätzen von Soldaten bei öffentlichen oder privaten Veranstaltungen Dritter und bei Einsätzen der Bundeswehr ... auf sozialen und karikativen Gebieten können Dienstfahrzeuge eingesetzt werden.“ Dabei wird im 3. Spiegelstrich durch Fn. 4 auf das VMBI 1988, S. 275 verwiesen, in dem „Hilfeleistungen der Bundeswehr auf sozialen und karitativen Gebieten“ geregelt sind. In A. 2. des Erlasses ist ausgeführt, „Die Hilfeleistungen der Bundeswehr auf sozialen und karikativen Gebieten beschränken sich auf die Unterstützung von Maßnahmen Dritter für behinderte, kranke oder sonst hilfebedürftige Personen ...“. Der Einsatz des Dienst-Lkw für einen Musikverein, dessen

Mitglieder nicht zu dem hilfebedürftigen Personenkreis gehören, war daher offensichtlich nicht genehmigungsfähig.

- 23 Der Soldat hätte dies auch durch einen Blick in das VMBl erkennen können. Zwar ist nicht nachzuweisen, dass er dies vorsätzlich unterlassen hat; er hat dies jedoch zumindest fahrlässig unterlassen. Fahrlässig handelt ein Soldat, wenn ihm bei Beachtung der ihm (objektiv) nach seiner Dienststellung und den Umständen des Falles obliegenden Sorgfalt und nach seinen (subjektiven) Fähigkeiten und Kenntnissen möglich gewesen wäre, den Eintritt der Pflichtverletzung vorherzusehen und zu vermeiden (vgl. Urteil vom 19. Februar 2004 - BVerwG 2 WD 14.03 - BVerwGE 120, 166 <174>). Dass der Soldat in der Lage gewesen wäre, sich das Ministerialblatt zu besorgen und nach Lektüre des Erlasses die Rechtswidrigkeit einer Genehmigung zu erkennen, steht für den Senat fest.
- 24 c) Der Soldat hat ebenso das unter Anschuldigungspunkt 2 angeschuldigte Fehlverhalten gezeigt.
- 25 Auf der Grundlage der bereits zu Anschuldigungspunkt 1 (2. Variante) beschriebenen Rechtslage war der Einsatz des Dienst-Lkw zum Zwecke des privaten Umzugs des Zeugen Oberfeldwebels ... objektiv nicht genehmigungsfähig.
- 26 Zur Überzeugung des Gerichts steht dabei fest, dass der Soldat jedenfalls bedingt vorsätzlich gehandelt hat. Ein bedingt vorsätzlich Handelnder hält die Tatbestandsverwirklichung für möglich und ist mit dem Eintreten des Erfolges in dem Sinne einverstanden, dass er ihn billigt oder zumindest billigend in Kauf nimmt. Dies ist nicht nur dann der Fall, wenn er mit dem von ihm für möglich gehaltenen Erfolg ausdrücklich oder konkludent einverstanden ist, sondern auch dann, wenn er sich mit einem an sich unerwünschten, aber notwendigerweise eintretenden Erfolg um seines erstrebten Zieles willen abfindet. Ausreichend ist, wenn dem Täter der als möglich erkannte Handlungserfolg gleichgültig ist. Ist der Täter mit der als möglich erkannten Folge seines Handelns nicht einverstanden und vertraut er deshalb auf ihren

Nichteintritt, liegt lediglich (bewusste) Fahrlässigkeit vor. Zur Feststellung dieser Voraussetzungen ist eine Gesamtwürdigung aller objektiven und subjektiven Tatumstände geboten (Urteil vom 26. September 2006 - BVerwG 2 WD 2.06 - BVerwGE 127, 1 <20 f.> Rn. 75).

- 27 Nach Maßgabe dessen hat der Soldat jedenfalls bedingt vorsätzlich gehandelt. Ausweislich seiner durch Verlesen zum Gegenstand der Berufungshauptverhandlung gemachten Aussagen vor dem Truppendienstgericht ist es ihm „egal“ gewesen, was der Zeuge Oberfeldwebel ... mit dem LKW habe machen wollen. Darüber hinaus hat er erklärt, wegen der Genehmigung durch den Zeugen Oberstleutnant ... sei die Sache für ihn „damit ... ok“ gewesen, ansonsten hätte er „natürlich ... das Anliegen des Oberfeldwebels ... abgelehnt, wenn (er) zuvor einen Anruf darüber von Oberstleutnant ... erhalten hätte“. Hinzu tritt, dass der Soldat schon im Hinblick auf die im Anschuldigungspunkt 1 beschriebenen, zeitlich vorangehenden Umstände für die Problematik bereits hinreichend sensibilisiert war.
- 28 Den Vorsatz unberührt lässt dabei der Einwand des Soldaten, nichts davon gewusst zu haben, dass das Dienstfahrzeug zu Umzugszwecken genutzt werden sollte. Allein die Kenntnis, dass der Dienst-Lkw dem Zeugen Oberfeldwebel ... zu privaten Zwecken zur Verfügung gestellt werden sollte, reicht für die Annahme bedingt vorsätzlichen Handelns aus. Der objektive Tatbestand des Dienstvergehens ist bereits dann verwirklicht, wenn dienstliches Material zu privaten Zwecken genutzt wird. Da das den Vorsatztatbestand konstituierende Wissen (und Wollen) der objektiven Tatbestandsverwirklichung nicht weiter zu reichen braucht als der objektive Tatbestand, bedarf es nicht zusätzlich der Kenntnis von der konkreten privaten Nutzung. Anders als vom Truppendienstgericht angenommen, kann sich die vom Soldaten behauptete Unkenntnis von der konkreten Nutzungsart für ihn somit auch nicht mildernd auswirken.
- 29 Ebenfalls anders als vom Truppendienstgericht angenommen, lag dem Verhalten des Soldaten auch keine vorsätzliche und kriminelle Täuschung des Inhalts zugrunde, dass die Nutzung des Dienst-Lkw bereits (durch den Zeugen

Oberstleutnant ...) genehmigt sei. Dabei kann dahingestellt bleiben, ob eine solche Täuschung als vorsatzausschließender Tatbestandsirrtum (entsprechend § 16 StGB) oder aber als Verbotsirrtum (entsprechend § 17 StGB) zu behandeln wäre, der nur bei Unvermeidbarkeit die Schuld gänzlich entfallen ließe, bei Vermeidbarkeit hingegen lediglich zu einer Sanktionsmilderung (entsprechend § 49 Abs. 1 StGB) führen würde.

30 Dass der Zeuge Oberstleutnant ... eine Genehmigung tatsächlich nicht erteilt hat, ist unstrittig. In der Berufungshauptverhandlung haben sich auch keine abweichenden Anhaltspunkte dafür ergeben. Die Beweisaufnahme hat zudem ergeben, dass der Soldat nicht getäuscht worden ist. Dies steht nach den Aussagen des Zeugen Oberfeldwebel ..., des Zeugen Oberstleutnant ... in der Berufungshauptverhandlung sowie nach der durch Verlesen eingeführten Aussage des Stabsgefreiten ... fest. Oberfeldwebel ... hat bestritten, behauptet zu haben, die Nutzung des Dienstfahrzeugs sei bereits durch den Zeugen Oberstleutnant ... genehmigt worden. Mag der Aussage des Zeugen Oberfeldwebel ... wegen des gegen ihn noch anhängigen gerichtlichen Disziplinarverfahrens keine durchschlagende Bedeutung beizumessen sein, so gilt dies nicht in Verbindung mit der Aussage des Zeugen Oberstleutnant Ihr ist zu entnehmen, dass sich der Soldat in einem nur wenige Tage später mit ihm geführten Gespräch nicht darauf berufen hat, den Fahrauftrag in der Annahme einer bereits erteilten Genehmigung unterschrieben zu haben. Hinzu tritt schließlich, dass auch der Stabsgefreite ... anlässlich seiner Vernehmung am 11. Mai 2007 nichts davon berichtet hat, der Zeuge Oberfeldwebel ... habe dem Soldaten gegenüber behauptet, er besäße bereits eine Genehmigung (des Zeugen Oberstleutnant ...).

31 3. Mit dem festgestellten Verhalten hat der Soldat schuldhaft Dienstpflichten verletzt und somit ein Dienstvergehen begangen, § 23 Abs. 1 SG.

32 a) Soweit es den Anschuldigungspunkt 1, 2. Variante, betrifft, liegt ein fahrlässiger Verstoß gegen die Pflicht zu treuem Dienen (§ 7 SG) vor.

33

Diese Pflicht kann nicht nur durch Nicht-, sondern ebenso durch Schlechterfüllung verletzt werden. Der Soldat ist verpflichtet, den Dienst auch dort nach besten Kräften zu erfüllen, wo kein Befehl das Verhalten regelt. Demzufolge kann auch ein Dienst „nach Vorschrift“ einen schuldhaften Verstoß gegen § 7 SG begründen (vgl. Urteile vom 17. Januar 1991 - BVerwG 2 WD 16.90 - BVerwGE 93, 14 <18> sowie vom 6. Juni 1991 - BVerwG 2 WD 27.90 - BVerwGE 93, 100 <104>; Scherer/Alff/ Poretschkin, Soldatengesetz, Kommentar, 8. Auflage 2008, § 7 Rn. 8). Ein solcher Verstoß ist auch nicht bereits dann ausgeschlossen, wenn der Vorgesetzte - wie vorliegend der Zeuge Oberstleutnant ... - nach außen hin gemäß § 10 Abs. 5 SG die Verantwortung für den Befehl trägt. Dies entband den Soldaten nicht von seiner Verpflichtung, seinen Vorgesetzten bei der Entscheidungsfindung gewissenhaft zu beraten und nicht zu einer rechtswidrigen Entscheidung zu veranlassen. Nach der Rechtsprechung des Senats ist ein Soldat verpflichtet, schwerwiegende Bedenken oder Bedenken gegen die Klarheit oder den Inhalt des Befehls geltend zu machen (Urteil vom 28. Januar 2004 - BVerwG 2 WD 13.03 - juris Rn. 11; vgl. auch Scherer/Alff/ Poretschkin, a.a.O. § 11 Rn. 7 ff.). Dies gilt erst Recht für die Mitwirkung des Soldaten im Vorfeld der Befehlsgebung und jedenfalls dann, wenn er - wie vorliegend als Materialbewirtschaftungsfeldwebel und alleiniger S4-Unterroffizier - in die Entscheidungsfindung institutionell eingebunden ist. Auch in diesem mitwirkenden Bereich ist vom Soldaten eine gewissenhafte Diensterfüllung zu erwarten. Soweit für den Pflichtenkreis der Beamten der Grundsatz gilt, dass fehlerhafte und nachlässige Arbeitsweisen nicht ohne weiteres einen disziplinarisch zu ahndenden Verstoß gegen Dienstpflichten darstellen, sondern nur dann, wenn eine Vielzahl von Mängeln erwiesen ist, die über das normale Versagen eines durchschnittlichen Beamten hinausgehen und nicht Unvermögen, sondern echte Schuld (z.B. Widersetzlichkeit, d.h. Vorsatz, oder bewusste Gleichgültigkeit gegenüber den dienstlichen Anforderungen) vorliegt (vgl. Müller, Grundzüge des Beamtendisziplinarrechts, 2010, Rn 122; vgl. auch Dau, WDO, 5. Auflage 2009, Vorbem. zu § 15 Rn 21), ist dieser Grundsatz auf das Dienstverhältnis der Soldaten angesichts ihrer besonderen Pflichtenbindungen nicht übertragbar.

- 34 Darüber hinaus hat der Soldat durch sein Verhalten auch seine Pflicht zu achtungs- und vertrauenswürdigem Verhalten im Dienst fahrlässig verletzt, § 17 Abs. 2 Satz 1 SG. Diese Vorschrift findet im Falle des gleichzeitigen Verstoßes gegen andere Dienstpflichten zwar nur dann Anwendung, wenn das Verhalten nicht nur der anderen Pflichtverletzung wegen ansehensschädigend wirkt. Dem festgestellten Verhalten muss vielmehr unabhängig von dem anderweitigen Pflichtenverstoß bereits die Eignung zur Ansehens- oder Vertrauensschädigung innewohnen. Achtungs- und Vertrauenswürdigkeit eines Soldaten können durch sein Verhalten aber schon dann Schaden nehmen, wenn dieses Zweifel an seiner Redlichkeit und Zuverlässigkeit weckt oder seine Eignung für die jeweilige Verwendung in Frage stellt. Dazu ist das Verhalten des Soldaten geeignet.
- 35 b) Soweit es den Anschuldigungspunkt 2 betrifft, liegt ein vorsätzlicher Verstoß gegen die Pflicht zu treuem Dienen vor, § 7 SG. Zu dieser Pflicht des Soldaten gehört namentlich, in loyaler Weise alles Erforderliche zu veranlassen und zu unternehmen, damit Personal und Material der Bundeswehr nur zu dienstlichen Zwecken in Anspruch genommen werden. Denn die Bundeswehr kann den ihr erteilten Aufgabenzuweisungen nur dann entsprechen, wenn einerseits ihre Angehörigen, ihr Gerät und ihre Mittel jederzeit präsent und voll einsatzfähig sind und andererseits das innere Gefüge der Streitkräfte so gestaltet ist, dass sie ihren militärischen Aufgaben gewachsen sind. Die Erteilung eines Befehls, der den Einsatz von Personal und Material der Bundeswehr zu nichtdienstlichen Zwecken bewirkt oder fördert, ist damit unvereinbar. Insoweit geht der Anwendungsbereich des § 7 SG über denjenigen des § 10 Abs. 4 SG, der spezifische rechtliche Grenzen der Befehlsgebung normiert, hinaus. Dass das Fahrzeug, für das der Soldat den Fahrauftrag erteilte, nicht zum Einsatz kam, ändert an einer Gefährdung des Schutzgutes nichts (vgl. Urteil vom 26. September 2006 - BVerwG 2 WD 2.06 - m.w.N.)
- 36 Darüber hinaus hat der Soldat mit dem unter Anschuldigungspunkt 2 beschriebenen Verhalten vorsätzlich gegen die nach § 11 Abs. 1 und 2 SG bestehende Verpflichtung verstoßen, seinen Vorgesetzten zu gehorchen. Die ZDv 43/2 Nr. 301 stellt einen generellen Befehl im Sinne des § 11 Abs. 1 Satz 2

SG dar, der gewissenhaft auszuführen ist (Urteil vom 26. September 2006 a.a.O. Rn. 84 - 87; vgl. auch Scherer/Alff/Poretschkin, a.a.O., § 10 Rn. 42a). Insoweit geht der Anwendungsbereich des § 11 Abs. 1 SG auch über den des § 7 SG hinaus, weil nicht jede Inanspruchnahme dienstlichen Materials auch einen Verstoß gegen die ZDv 43/2 Nr. 301 begründet (vgl. Urteil vom 26. September 2006 - BVerwG 2 WD 2.06 - BVerwGE 127, 1 <23>).

- 37 Ferner hat der Soldat durch sein Verhalten gegenüber dem Dienstherrn auch seine Pflicht zu achtungs- und vertrauenswürdigem Verhalten im Dienst vorsätzlich verletzt, § 17 Abs. 2 Satz 1 SG. Der Soldat hat die Gefahr einer Vermögensschädigung der Bundeswehr begründet und damit Zweifel an seiner Redlichkeit und Zuverlässigkeit geweckt sowie seine Eignung für die jeweilige Verwendung in Frage gestellt.
- 38 4. Die vom Truppendienstgericht gegen den Soldat nach § 58 Abs. 6 WDO verhängte Disziplinarbuße wird als einfache Disziplinarmaßnahme (§§ 22 Abs. 1 Nr. 3, 24 WDO) dem Unrechtsgehalt des Dienstvergehens nicht gerecht. Dabei kann dahingestellt bleiben, aufgrund welcher Rechtsgrundlage das Truppendienstgericht die Disziplinarbuße trotz geordneter finanzieller Verhältnisse des Soldaten nur ratenweise verhängt hat.
- 39 Bei der Bemessung der Disziplinarmaßnahme ist von der von Verfassungs wegen allein zulässigen Zwecksetzung des Wehrdisziplinarrechts auszugehen. Diese besteht darin, dazu beizutragen, einen ordnungsgemäßen Dienstbetrieb wiederherzustellen und/oder aufrechtzuerhalten. Bei der Bestimmung der Art und des Maßes der Disziplinarmaßnahme sind nach § 58 Abs. 7 i.V.m. § 38 Abs. 1 WDO Eigenart und Schwere des Dienstvergehens und seine Auswirkungen, das Maß der Schuld, die Persönlichkeit, die bisherige Führung und die Beweggründe des Soldaten zu berücksichtigen.
- 40 a) Eigenart und Schwere des vom Senat festgestellten Dienstvergehens bestimmen sich nach dem Unrechtsgehalt der Verfehlung, d.h. nach der Bedeutung der verletzten Dienstpflichten. Danach wiegt namentlich der festgestellte Verstoß des Soldaten gegen die Verpflichtung, Material der

Bundeswehr nur zu dienstlichen Zwecken in Anspruch nehmen zu lassen, damit es jederzeit präsent ist, schwer. Die Pflicht zum treuen Dienen ist gerade bei dienstlichen Vorgängen, die erfahrungsgemäß schwer kontrolliert werden können, von besonderer Bedeutung. Beim Umgang mit Geld und Gut ist die Bundeswehr auf die Ehrlichkeit und Zuverlässigkeit ihrer Soldaten in hohem Maße angewiesen. Erfüllt ein Soldat diese zentrale dienstliche Pflicht nicht, erschüttert er das Vertrauensverhältnis zu seinem Dienstherrn nachhaltig und begründet schwerste Zweifel an seiner Zuverlässigkeit und persönlichen Integrität. Ein solches Fehlverhalten bedarf einer nachdrücklichen Disziplinarmaßnahme, zumal mit ihm vorliegend auch ein Verstoß gegen die Gehorsampflicht einher ging. Erschwerend kommt die Verantwortung des Soldaten als Portepeeunteroffizier hinzu. Je höher ein Soldat in den Dienstgradgruppen steigt und je mehr Verantwortung ihm dadurch übertragen wird, um so größer sind dann auch die Anforderungen, die an seine Zuverlässigkeit, sein Pflichtgefühl und sein Verantwortungsbewusstsein gestellt werden müssen und um so schwerer wiegt folglich ein Dienstvergehen. Dass das sachgleiche Strafverfahren nach § 153 StGB eingestellt worden ist, begründet keinen Fortfall des Interesses an einer disziplinarischen Ahndung (vgl. zu § 153a StPO: Urteil vom 6. Oktober 2010 - BVerwG 2 WD 35.09 - Rn. 33).

- 41 b) Das Dienstvergehen hatte allerdings keine erheblichen nachteiligen Auswirkungen. Die finanziellen Folgen des unter Anschuldigungspunkt 1, 2. Variante, beschriebenen Fehlverhaltens bewegten sich im Bereich unter 50 €. Im Rahmen des unter Anschuldigungspunkt 2 beschriebenen Fehlverhaltens kam es zu überhaupt keiner Schädigung, sondern lediglich zu einer Vermögensgefährdung, weil die Nutzung eines anderen Dienstfahrzeugs dem Soldaten nicht zurechenbar ist. Das Fehlverhalten hatte auch keine Auswirkungen auf die Personalplanung.
- 42 c) Die Beweggründe des Soldaten waren auch nicht eigennützig, sondern von einer - wenn auch falsch verstandenen - Hilfsbereitschaft getragen. Soweit die Behauptung im Raume stand, der Soldat habe ausweislich des von ihm nicht

unterschriebenen Vernehmungsprotokolls erklärt, mit dem Musikverein verbunden gewesen zu sein, haben sich dafür keine Anhaltspunkte ergeben.

- 43 d) Das Maß der Schuld des Soldaten wird dadurch bestimmt, dass er ein Fehlverhalten zwar vorsätzlich (Anschuldigungspunkt 2), ein anderes jedoch nur fahrlässig (Anschuldigungspunkt 1, 2. Variante) und ein zusätzlich angeschuldigtes Verhalten (Anschuldigungspunkt 1, 1. Variante) überhaupt nicht begangen hat. Tatmilderungsgründe sind allerdings nicht ersichtlich und werden auch nicht geltend gemacht.
- 44 e) Im Hinblick auf die Zumessungskriterien Persönlichkeit und bisherige Führung ist festzustellen, dass die dienstlichen Leistungen des Soldaten beträchtlich nachgelassen haben, sodass er sich leistungsmäßig nur noch im letzten Drittel aller Hauptfeldwebel bewegt. Anders als vom Truppendienstgericht angenommen, sind Persönlichkeit und bisherige Führung des Soldaten somit nicht mildernd zu berücksichtigen.
- 45 f) Bei der konkreten Bemessung der Disziplinarmaßnahme geht der Senat von einem zweistufigen Prüfungsschema aus (Urteil vom 10. Februar 2010 - BVerwG 2 WD 9.09 -). Es führt dazu, dass das Urteil des Truppendienstgerichts im Ausspruch über die Disziplinarmaßnahme keinen Bestand haben kann.
- 46 aa) Auf der ersten Stufe ist im Hinblick auf das Gebot der Gleichbehandlung vergleichbarer Fälle sowie im Interesse der rechtsstaatlich gebotenen Rechtssicherheit und Voraussehbarkeit der Disziplinarmaßnahme eine Regelmaßnahme für die in Rede stehende Fallgruppe als „Ausgangspunkt der Zumessungserwägungen“ zu bestimmen. Dabei entspricht es der Rechtsprechung des Senats, dass im Fall der Inanspruchnahme von Personal oder dienstlichen Materials der Bundeswehr zu privaten Zwecken Ausgangspunkt der Zumessungserwägungen je nach Gewicht des Dienstvergehens eine Gehaltskürzung und/oder ein Beförderungsverbot, in schweren Fällen eine Herabsetzung um einen oder mehrere Dienstgrade ist (Urteil vom 26. September 2006 - BVerwG 2 WD 2.06 - juris Rn. 113). Da mit dem unter Anschuldigungspunkt 2 beschriebenen Fehlverhalten kein

Vermögensschaden verbunden war, bildet eine Gehaltskürzung den Ausgangspunkt der Zumessungserwägung. Diese Zumessungserwägung gilt auch für den Vorwurf der fehlerhaften Beratung (Anschuldigungspunkt 1, 2. Variante), weil sie zu keiner 50 € überschreitenden Vermögensschädigung führte und ebenfalls mit einer unzulässigen Nutzung dienstlichen Materials in Zusammenhang steht.

- 47 bb) Auf der zweiten Stufe ist zu prüfen, ob im Einzelfall im Hinblick auf die in § 38 Abs. 1 WDO normierten Bemessungskriterien Umstände vorliegen, die die Möglichkeit einer Verschärfung oder Milderung gegenüber der auf der ersten Stufe in Ansatz gebrachten Regelmaßnahme eröffnen. Dabei ist vor allem anhand der Eigenart und Schwere des Dienstvergehens sowie dessen Auswirkungen zu klären, ob es sich angesichts der be- und entlastenden Umstände um einen schweren, mittleren oder leichten Fall der schuldhaften Pflichtverletzung handelt. Liegt kein mittlerer, sondern ein höherer bzw. niedrigerer Schweregrad vor, ist gegenüber dem Ausgangspunkt der Zumessungserwägungen die zu verhängende Disziplinarmaßnahme nach „oben“ bzw. nach „unten“ zu modifizieren. Für die „Eigenart und Schwere des Dienstvergehens“ kann z.B. von Bedeutung sein, ob der Soldat eine herausgehobene Dienststellung hatte, einmalig oder wiederholt oder in einem besonders wichtigen Pflichtenbereich versagt hat. Bei den Auswirkungen des Fehlverhaltens sind die konkreten Folgen für den Dienstbetrieb sowie schädliche Weiterungen für das Außenbild der Bundeswehr in der Öffentlichkeit zu berücksichtigen. Hinsichtlich des Zumessungskriteriums „Maß der Schuld“ hat der Senat neben der Schuldform und der Schuldfähigkeit das Vorliegen von Erschwerungs- und Milderungsgründen in den Tatumständen in Betracht zu ziehen. Nach diesen Kriterien ist hier keine Modifizierung der zu verhängenden Disziplinarmaßnahme geboten.
- 48 cc) Nach alledem war eine Kürzung der Dienstbezüge gemäß §§ 58 Abs. 1 Nr. 1, 59 WDO auszusprechen. Wegen des zum Teil nur fahrlässig begangenen Dienstvergehens, mit dem auch keine disziplinarische Ahndung des damaligen Vorgesetzten des Soldaten verbunden war, und des im Übrigen zwar vorsätzlich, jedoch uneigennützig begangenen Dienstvergehens hatte sich die Laufzeit der Kürzung grundsätzlich im unteren Bereich des § 59 Satz 1 WDO zu bewegen. Dem im Anschuldigungspunkt 1, 2. Variante, beschriebenen Fehlverhalten war jedoch durch eine Erhöhung des Kürzungszeitraums auf insgesamt zwölf Monate Rechnung zu tragen.
- 49 5. Da das Rechtsmittel der Wehrdisziplinaranwaltschaft zwar überwiegend Erfolg hat, der Soldat jedoch vom Anschuldigungspunkt 1, 1. Variante,

freizustellen ist, waren dem Bund insoweit die Kosten des Verfahrens beider Instanzen aufzuerlegen, einschließlich der notwendigen Auslagen des Soldaten (§ 138 Abs. 1 Satz 1, § 139 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 3, § 140 Abs. 2 Satz 1 und Abs. 3 Satz 3 WDO).

Golze

Dr. Müller

Dr. Burmeister