

SanABw  
Rechtsberater u. WDA.  
Eingang 02. JAN. 2006

## **Hinweise für Rechtsberater und Rechtslehrer**

**Umgang mit Soldaten und Soldatinnen,  
die aus Gewissensgründen Befehle nicht befolgen wollen**

# Gliederung

	<u>Seite</u>
<b>I. Einleitende Bemerkungen</b>	1
1. Das Urteil des BVerwG vom 21.06.2005 - Sachverhalt und Verfahrensgang	2
2. Grundzüge der auf der Gewissensfreiheit des Soldaten/der Soldatin basierenden Urteilsbegründung	2
<b>II. Befehl, Gehorsam und Gewissen</b>	4
1. Gewissen und kollidierende Rechtspflichten	4
2. Die Bedeutung rechtlicher Bedenken für die Bildung von Gewissensentscheidungen	11
3. Das Erfordernis der persönlichen Betroffenheit des Soldaten/der Soldatin durch die gewissensbelastende Entscheidung	12
<b>III. Handlungsanleitung für Fälle, in denen ein Soldat/eine Soldatin sich unter Berufung auf eine Gewissensentscheidung gegen einen Befehl wendet</b>	14
1. Gewissenszweifel, Fürsorge und Deeskalation	14
2. Prüfung der Ernsthaftigkeit und Einsehbarkeit der Gewissensentscheidung	16
3. Funktionsfähigkeit der Streitkräfte und Gewissensentscheidung	19

## I. Einleitende Bemerkungen

In einem gerichtlichen Disziplinarverfahren hat der 2.Wehrdienstsenat des Bundesverwaltungsgerichts durch Urteil vom 21.06.2005 einen Berufssoldaten von dem Vorwurf des Ungehorsams freigesprochen.<sup>1</sup> Der Soldat hatte im April 2003 unter Hinweis auf den gerade begonnenen Krieg im Irak die Ausführung von Befehlen, die ihm im Zusammenhang mit dem IT-Projekt „SASPF“<sup>2</sup> mündlich und schriftlich erteilt worden waren, verweigert. Der Soldat habe sich, so das Gericht, bei der Nichtbefolgung dieser Befehle auf das Grundrecht der Gewissensfreiheit berufen dürfen, Wegen seiner Gewissensnot sei die Befehlsausführung nicht zumutbar gewesen ...

### **Art. 4 Abs. 1 GG**

**Die Freiheit des Glaubens, des Gewissens und die Freiheit des religiösen und weltanschaulichen Bekenntnisses sind unverletzlich.**

Das Urteil verbindet Selbstverständliches mit Neuem. Der Leitsatz „Befehl ist Befehl“ hat in der Bundeswehr nie gegolten. Von Soldaten und Soldatinnen, die als Staatsbürger in Uniform in den Streitkräften des demokratischen Verfassungsstaats dienen, wird seit Gründung der Bundeswehr kein blinder oder bedingungsloser, sondern mitdenkender Gehorsam verlangt. Hierzu gehört nach bisherigem Verständnis auch Loyalität gegenüber sicherheitspolitischen Entscheidungen des Dienstherrn, ggf. unter Zurückstellung eigener Überzeugungen. Nach dem o.a. Urteil können Soldaten und Soldatinnen jedoch verlangen, von der Pflicht zum Gehorsam freigestellt zu werden, wenn sie aufgrund ihrer ethischen Überzeugung zu einer ernsthaften Gewissensentscheidung gegen erteilte Befehle gelangen.

Für die Praxis ergeben sich hieraus folgende Fragen:

- Wann liegt eine Gewissensentscheidung vor, die zur Nichtbefolgung von Befehlen berechtigen könnte?
- Unter welchen Voraussetzungen und in welchem Umfang muss im Einzelfall die erkannte Gewissensentscheidung eines Soldaten/einer Soldatin gegenüber der Funktionsfähigkeit der Streitkräfte zurücktreten?
- Wie sollen sich Disziplinarvorgesetzte verhalten, wenn Soldaten oder Soldatinnen unter Berufung auf ihr Gewissen einen Befehl mit unmittelbarem oder mittelbarem Bezug zu einem Einsatz nicht ausführen wollen?

Zweck dieser Hinweise ist es, die Grenzen der Gehorsampflicht nach der aktuellen Rechtsprechung aufzuzeigen und für die Rechtsberatung und -unterrichtung Empfehlungen zu geben, wie mit derartigen Gewissenskonflikten umgegangen werden

---

<sup>1</sup> BVerwG Urteil vom 21.06.2005 - 2 WD 12.04. Das Urteil steht als pdf-Datei auf der Website des Bundesverwaltungsgerichts ([www.bverwg.de](http://www.bverwg.de)) zur Verfügung. Es ist im Menü „Entscheidungssuche“ unter dem Monat Juni 2005 zu finden. Es ist zudem auf den Intranetseiten der Arbeitsgruppe Rechtsunterricht eingestellt.

<sup>2</sup> Mit dem IT-Projekt SASPF wird das Ziel verfolgt, führungsrelevante Informationen aus den Bereichen Logistik, Personal, Organisation, Rechnungswesen „online“ und „überall“ abrufen zu können.

kann. Das Ziel muss sein, nachteilige Auswirkungen von Gewissensentscheidungen einzelner Soldaten und Soldatinnen auf die Einsatzbereitschaft so gering wie möglich zu halten, ohne der Gewissensfreiheit den verfassungsrechtlich gebotenen Respekt zu versagen.

### **1. Das Urteil des BVerwG vom 21.06.2005 - Sachverhalt und Verfahrensgang**

Gegenstand des Urteils war das Verhalten eines Majors, das dieser im Zusammenhang mit seiner Ablehnung des am 20.03.2003 begonnenen Krieges im Irak an den Tag legte. Als ihm gegenüber von einem Vorgesetzten die Möglichkeit nicht ausgeschlossen werden konnte, dass er auf seinem Dienstposten durch Ausführung bestimmter Befehle die Führung dieses Krieges zumindest mittelbar erleichtern oder gar fördern würde, weigerte er sich, den ihm erst mündlich, dann schriftlich erteilten Befehlen nachzukommen.

Im Einzelnen ergibt sich der Sachverhalt aus dem -sinngemäß wiedergegebenen - Tatvorwurf des Wehrdisziplinaranwalts:

Der Soldat hatte den Befehl, seinen Aufgaben im Rahmen des IT-Projekts nachzukommen und die Auftragserfüllung durch seine Untergebenen sicherzustellen, mit den Worten verweigert, er könne und dürfe diese Befehle nicht ausführen, da nicht auszuschließen sei, dass er damit die von ihm gesehene rechtswidrige Beteiligung der Bundesrepublik Deutschland an einem Angriffskrieg der USA gegen den Irak unterstütze.

Das Truppendienstgericht Nord<sup>3</sup> hatte den Soldaten in erster Instanz eines Dienstvergehens für schuldig befunden und ihn zur Herabsetzung in den Dienstgrad eines Hauptmanns (Besoldungsgruppe A11) verurteilt. Hiergegen hatten der Soldat, der Freispruch beantragt hatte und der Wehrdisziplinaranwalt, der die Entfernung des Soldaten aus dem Dienstverhältnis erreichen wollte, Berufung eingelegt.

Der 2. Wehrdienstsenat des Bundesverwaltungsgerichts hat den Soldaten freigesprochen.

### **2. Grundzüge der auf der Gewissensfreiheit des Soldaten basierenden Urteilsbegründung**

Der 2. Wehrdienstsenat hielt den Befehl, den Aufgaben im Rahmen des IT-Projekts nachzukommen, für unverbindlich. Die Ausführung des Befehls sei für den Soldaten in seiner Gewissensnot unzumutbar gewesen. Die Unverbindlichkeit habe sich unmittelbar aus der Verfassung ergeben. Der Soldat habe den Befehl daher nicht befolgen müssen..

---

<sup>3</sup> Truppendienstgericht Nord Urteil vom 9. Februar 2004 - N I VL 24/03 - (eingestellt auf den Intranet-Seiten der Arbeitsgruppe Rechtsunterricht).

### **Unverbindlichkeit von Befehlen**

**Nach § 11 Abs. 1 Satz 3 und Abs. 2 Satz 1 SG sind Befehle in folgenden Fällen unverbindlich:**

- **Verletzung der Menschenwürde desjenigen, der den Befehl befolgen soll**
- **Fehlen eines dienstlichen Zwecks**
- **Verwirklichung eines Straftatbestandes durch Ausführung des Befehls**

**Weitere von der Rechtsprechung entwickelte Unverbindlichkeitsgründe sind für das Thema „Gewissensfreiheit von Soldaten und Soldatinnen“ von Bedeutung :**

**Verstoß gegen allgemeine Regeln des Völkerrechts (Art. 25 GG) durch die Befehlsausführung**

**Nach der Rechtsprechung entfällt die Gehorsamspflicht auch dann, wenn ein Befehl ohne einen sich aus dem Dienstverhältnis ergebenden Grund so tief in ein Rechtsgut des Untergebenen eingreift (z.B. Ehre, Gesundheit, Leben, wirtschaftliche Verhältnisse), dass dem Untergebenen bei Abwägung aller Umstände nicht zugemutet werden kann, den Befehl zu befolgen.**

Dabei hielt sich der 2. Wehrdienstsenat an folgende Argumentationslinie:

a) Die Gewissensfreiheit gelte innerhalb der Streitkräfte auch für den Dienst mit der Waffe. Auf dieses Grundrecht könne sich jeder Soldat/jede Soldatin berufen, wenn er/sie sich hinsichtlich der Ausführung eines bestimmten Befehls in einer ernsten Gewissensnot befinde. Art. 4 Abs. 1 GG schütze sie in derartigen Situationen vor jedem Zwang zu einem Verhalten, das einer schutzwürdigen Entscheidung des Gewissens zuwiderlaufe.

Daher könne ein Soldat/eine Soldatin sich im Einzelfall gegen die verlangte Ausführung eines Befehls wehren, um hierdurch eine ernste Gewissensnot abzuwenden. Er/sie handle dann nicht pflichtwidrig. Der erteilte Befehl werde unverbindlich. Er brauche nicht befolgt zu werden.

b) Nicht jede innere Abwehrhaltung eines Soldaten/einer Soldatin gegen eine auferlegte Pflicht sei eine Gewissensentscheidung. Die Gewissensfreiheit, so der 2.

Wehrdienstsenat, schütze den Soldaten/die Soldatin nur in schwer belastenden ethischen Konfliktsituationen.. Lehne der der Soldat/die Soldatin eine Pflicht aus einer anderen Motivati-

#### **Art. 2 Abs. 1 GG**

**Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt.**

on heraus ab, berühre dies nur die freie Persönlichkeitsentfaltung (Art. 2 Abs. 1 GG), die stärker eingeschränkt werden dürfe als die Gewissensfreiheit.

<sup>4</sup> Lehnen Soldaten und Soldatinnen aus Gewissensgründen nicht jeden bewaffneten Einsatz von Streitkräften und ihre Teilnahme daran ab, sondern nur die Ausführung eines bestimmten Befehls, so ist dies nach Auffassung des 2. Wehrdienstsenats kein Fall, in dem sie einen Antrag auf Anerkennung als Kriegsdienstverweigerer bzw. Kriegsdienstverweigerer nach Art. 4 Abs. 3 GG stellen müssen. Nicht die Fortsetzung des Dienstverhältnisses verursache in diesen Fällen Gewissensnöte, sondern die Vorstellung, sich in einem konkreten Einzelfall in einer bestimmten, von Vorgesetzten verlangten Weise verhalten zu müssen.

- c) Der Gewissensfreiheit werde nicht durch andere Bestimmungen des Grundgesetzes Grenzen gezogen. Insbesondere eine Abwägung mit der Funktionsfähigkeit der Streitkräfte lehnte der 2. Wehrdienstsenat ab: Die konkrete Wahrnehmung der Aufgaben und Befugnisse der Streitkräfte orientiere sich an den grundrechtlichen Geboten und Vorgaben, nicht umgekehrt. Das Grundgesetz normiere eine Bindung der Streitkräfte an die Grundrechte, nicht eine Bindung der Grundrechte an die Entscheidungen und Bedarfslagen der Streitkräfte.
- d) Eine Gewissensentscheidung sei an den ethischen Kategorien „Gut“ und „Böse“ orientiert. Der Soldat oder die Soldatin erfahre sie in einer bestimmten Lage als für sich bindend und unbedingt verpflichtend. Ob eine ernsthafte Gewissensentscheidung vorliege, müsse im Einzelfall positiv festgestellt werden, wobei es insbesondere auf die Äußerungen des Soldaten bzw. der Soldatin ankomme. Die Vorgesetzten müssten hierbei Ernsthaftigkeit, Tiefe und Unabdingbarkeit der Gewissensentscheidung erkennen können. Unerheblich sei, ob die Gründe der Gewissensentscheidung „irrig“ oder „falsch“ seien. Es reiche aus, wenn diese Gründe hinreichend wahrscheinlich seien.
- e) In einem Konflikt zwischen Gehorsampflicht und Gewissensgebot seien Soldaten und Soldatinnen gewissensschonende Handlungsalternativen zum Gehorsam anzubieten. Hierbei dürften Soldaten und Soldatinnen nicht diskriminiert oder stigmatisiert werden. Sie müssten aber zumutbare Nachteile, etwa den mit einer Versetzung verbundenen Ortswechsel oder die mit einer Ablösung vom Dienstposten bzw. einer Herausnahme aus der Ausbildungs- und Verwendungsreihe verbundenen Laufbahnnachteile, in Kauf nehmen.

In dem Fall, der dem Urteil vom 21.06.2005 zugrunde lag, hätte dem Soldaten eine andere Tätigkeit oder Verwendung angeboten werden müssen.

## **II. Befehl, Gehorsam und Gewissen**

### **1. Gewissen Und kollidierende Rechtspflichten**

Vorgesetzte dürfen nur rechtmäßige Befehle erteilen (§10 Abs. 4 SG). Rechtswidrige Befehle sind zu befolgen, solange sie nicht unverbindlich sind. Wann Befehle unverbindlich sind, ergibt sich, aus den im Soldatengesetz genannten und aus den in der Rechtsprechung anerkannten Unverbindlichkeitsgründen:

- Verletzung der Menschenwürde
- Fehlen eines dienstlichen Zweckes
- Verwirklichung eines Straftatbestandes
- Verstoß gegen die allgemeinen Regeln des Völkerrechts (Art. 25 GG)
- Unzumutbarkeit des Befehls.

Gewissenskonflikte sind rechtlich relevant, wenn Gehorsamspflicht und Gewissensgebot in Widerstreit geraten, weil der Soldat oder die Soldatin die dem Befehl zugrunde liegende, von der Rechtsordnung akzeptierte Wertentscheidung aus ethischen Gründen nicht mittragen will, ein **rechtmäßiger** Befehl somit als unzumutbar empfunden wird.

Im demokratischen Verfassungsstaat sind derartige Konflikte selten. Gewöhnlich herrscht ein hohes Maß an Übereinstimmung zwischen den für alle geltenden rechtlichen Verhaltensanforderungen und den Gewissensgeboten des Individuums. Befehle, die Soldaten und Soldatinnen in Gewissensnot bringen könnten, werden daher überwiegend schon auf der Grundlage einschlägiger Gesetze rechtswidrig und unverbindlich sein, so dass es gar nicht zu einem Gewissenskonflikt kommen kann.

In solchen Fällen besteht keine Kollision zwischen Rechtspflicht und Gewissensgebot. Das bedeutet: **Wird ein Befehl erteilt, der keinen dienstlichen Zweck hat, der gegen die Menschenwürde oder eine allgemeine Regel des Völkerrechts verstößt, eine Straftat darstellt oder die Begehung einer Straftat zur Folge hat, steht der Soldat bzw. die Soldatin vorrangig in einem Rechtskonflikt, nicht in einem Gewissenskonflikt.**

Wendet sich ein Soldat oder eine Soldatin unter Angabe von Gewissensgründen gegen einen Befehl, müssen in der Praxis daher zunächst die gesetzlich geregelten und die von der Rechtsprechung entwickelten Unverbindlichkeitsgründe geprüft werden. Nur wenn sich hierbei ergibt, dass keine allgemein geltenden Unverbindlichkeitsgründe vorliegen, kann man sich gegen die Gehorsamspflicht unter Berufung auf seine Gewissensentscheidung wenden.

**Beispiel:**

**Das Humanitäre Völkerrecht verbietet den Befehl, „keine Gefangenen zu machen“. Auch ohne dieses Verbot würden Soldaten/Soldatinnen der Bundeswehr es als unvereinbar mit ihren ethischen Grundwerten erachten, einen solchen Befehl zu befolgen. Rechtspflicht und Gewissenspflicht stimmen in diesem Fall also überein. Im demokratischen Verfassungsstaat kann der Soldat/die Soldatin der Rechtsordnung vertrauen, weil kaum Fälle denkbar sind, in denen ein ethisch nicht hinnehmbarer Befehl von Gesetzes wegen erlaubt wäre. Durch das Recht wird also der Umfang potentieller Konfliktfelder, in denen ein zunächst rechtmäßiger Befehl auf ein Gewissensgebot stößt, entscheidend reduziert.**

**Nicht jeder rechtswidrige, sondern grundsätzlich nur der mit schweren Mängeln behaftete rechtswidrige Befehl ist unverbindlich.**

**§ 11 Abs. 1 Satz 3 SG**

**Ungehorsam liegt nicht vor, wenn ein Befehl nicht befolgt wird, der die Menschenwürde verletzt oder der nicht zu dienstlichen Zwecken erteilt worden ist**

...

Im Soldatengesetz wird zwischen unverbindlichen Befehlen, die der Soldat bzw. die Soldatin nicht auszuführen braucht, und Befehlen, die er/sie nicht ausführen darf, unterschieden.

a) Der Soldat oder die Soldatin braucht einen Befehl nicht auszuführen, wenn ihm/ihr eine Handlung abverlangt wird, die seine/ihre **Menschenwürde** verletzen würde.<sup>5</sup> Der

Gesetzgeber hat hier an Befehle gedacht, bei denen der Achtungs- und Geltungsanspruch des Soldaten/der Soldatin als Individuum in Frage gestellt wird. Kennzeichnend für solche Befehle sind die offenkundige Demütigung, Missachtung oder Erniedrigung des Soldaten oder der Soldatin durch befehlende Vorgesetzte.

Der Befehl, unmittelbar oder mittelbar an einem Einsatz der Streitkräfte oder am Einsatz bestimmter Mittel zu bestimmten politischen oder militärischen Zwecken teilzunehmen, berührt im Regelfall nicht die Menschenwürde des betroffenen Soldaten bzw. der betroffenen Soldatin.

**b) Befehle, die keinem dienstlichen Zweck dienen,** brauchen nicht befolgt zu werden. Gedacht ist

Befehle, mit denen der Vorgesetzte ausschließlich private Interessen verfolgen. Auch Befehle, bei deren Erteilung die Vorgesetzten nicht ausschließlich private Interessen im Auge haben, können nichtdienstlichen Zwecken dienen und sind dann unverbindlich. Maßgeblich hierfür ist, ob das durch den Befehl geforderte Verhalten Teil des verfassungsrechtlich festgelegten Auftrags der Bundeswehr einschließlich der daraus hergeleiteten Aufgaben ist.<sup>6</sup>

Der 2. Wehrdienstsenat hat in seinem Urteil vom 21.06.2005 eingehend erörtert, unter welchen Umständen ein Befehl sich im Rahmen von Auftrag und Aufga-

**Beispiele für Fälle, in denen der Soldat/die Soldatin zur Schau gestellt bzw. der Lächerlichkeit preisgegeben wird:**

- **Befehl, die Toilette mit der eigenen Zahnbürste zu reinigen**
- **Befehl, sich vor der Front als „den dümmsten Soldaten/die dümmste Soldatin der Kompanie“ zu bezeichnen**

<sup>5</sup> Unabhängig davon, ob der Soldat/die Soldatin den Befehl ausführt oder nicht, tragen Vorgesetzte für die in ihrer Befehlsgebung liegende entwürdigende Behandlung die strafrechtliche Verantwortung (§31 WStG).

Würde dem Soldaten/der Soldatin hingegen der Befehl erteilt, die Menschenwürde von Untergebenen zu verletzen, dürfte er/sie diesen Befehl wegen § 31 WStG nicht ausführen.

<sup>6</sup> Auftrag und Aufgaben der Bundeswehr sind in den Kapiteln VI und VII der Verteidigungspolitischen Richtlinien für den Geschäftsbereich des Bundesministers der Verteidigung vom 21.05.2003 beschrieben.

ben der Streitkräfte hält. Er hat sich aber nicht festgelegt, ob es in dem von ihm entschiedenen Fall dem erteilten Befehl an einem dienstlichen Zweck gefehlt hat. **Die Besonderheit des Falls lag insoweit darin, dass der Soldat sich zwar gegen den Befehl seines Vorgesetzten gewendet hatte, in Wirklichkeit aber die Entscheidung des Inhabers der Befehls- und Kommandogewalt angreifen wollte, die vermeintliche Unterstützung des Kriegs im Irak durch die Bundeswehr zuzulassen. Diese Entscheidung hatte der Soldat als den tiefer liegenden Grund seiner Gewissensnot ausgemacht.**

Nach Ansicht des 2. Wehrdienstsenats bestehen hinsichtlich der völkerrechtlichen Zulässigkeit des Irak-Krieges erhebliche Bedenken, die aus seiner Sicht den dienstlichen Zweck in Frage stellen. Der Senat stellte unter Zugrundelegung einer in der Diskussion vertretenen Meinung fest, dass gegen die völkerrechtliche Zulässigkeit des Kriegs im Irak erhebliche Bedenken bestanden hätten; er stellte gleichwohl eine Völkerrechtswidrigkeit nicht fest. Er setzte sich aber auch nicht mit den Gegenmeinungen<sup>7</sup> auseinander. Die Rechtslage zum Irak-Krieg ist indessen nicht eindeutig geklärt, weil bisher durch kein hierzu berufenes Organ der internationalen Staatengemeinschaft verbindlich festgestellt worden ist, dass dieser Krieg völkerrechtswidrig gewesen ist, und sich ein eindeutiges Ergebnis nicht aufdrängt. **In einer solchen Situation muss es dem BMVg zustehen, das Handeln der Streitkräfte festzulegen.** Dies war im konkreten Fall mit den entsprechenden Anweisungen Tür Fortführung von SASPF geschehen. Befehle, die an diese Entscheidung anknüpfen und sich im Übrigen an den Aufgabenbereich der Bundeswehr halten, haben stets einen dienstlichen Zweck

- c) Befehle sind unverbindlich, wenn durch ihre Befolgung eine **Straftat** begangen würde. **In diesen Fällen darf der Befehl nicht ausgeführt werden.** Damit verwehrt der Gesetzgeber dem Soldaten/der Soldatin zugleich die Verteidigungsstrategie, ihn/sie treffe keine Schuld, er/sie habe lediglich die erteilten Befehle ausgeführt.<sup>8</sup> **Die Verbote des Strafrechts haben ausnahmslos Vorrang gegenüber den Befehlen der Vorgesetzten.** Damit tragen in diesen Fällen sowohl die Untergebenen als auch die Vorgesetzten die volle strafrechtliche und disziplinare Verantwortung.

**§11 Abs. 2**  
**Satz 1 SG**

**Ein Befehl darf nicht befolgt werden, wenn dadurch eine Straftat begangen würde.**

In diese Kategorie fallen auch völkerrechtswidrige Befehle, deren Ausführung einen Straftatbestand des Völkerstrafgesetzes erfüllen würde. Hierzu zählen etwa Kriegsverbrechen, wie z.B. Befehle zur Erschießung

<sup>7</sup> Zu den völkerrechtlichen Aussagen des Urteils ist eine Stellungnahme im Intranet unter der Adresse der Arbeitsgruppe Rechtsunterricht im passwortgeschützten Bereich unter Lehrmaterialien bei „Dienstpflichten, Soldatengesetz“ verfügbar.

<sup>8</sup> Erkennt der Soldat/die Soldatin die Strafrechtswidrigkeit der Befehlsausführung oder ist diese nach den ihm/ihr bekannten Umständen offensichtlich, ist er/sie für die Tat strafrechtlich verantwortlich (vgl. § 5 Abs. 1 WStG).

von Kriegsgefangenen, Vergewaltigung, Raub und Plünderung in Privathäusern, Zerstörung militärisch nicht genutzten Kulturguts usw. Militärische Vorgesetzte, die in einem bewaffneten Konflikt völkerrechtswidrige Befehle dieser Art erteilen, tragen dafür die volle eigenständige Verantwortung und werden für ihr Handeln zur Rechenschaft gezogen.

Unter Bezugnahme auf das Vorbringen des Soldaten zum Krieg im Irak hat der Senat in einer umfangreichen Darstellung die Unverbindlichkeit von Befehlen erörtert, die gegen Art. 26 Abs. 1 GG verstoßen. Er hat sich aber nicht dazu geäußert, ob er den Krieg im Irak als Angriffskrieg betrachtet und ob sich der Soldat deswegen auch auf den Unverbindlichkeitsgrund „strafrechtswidriger Befehl“ habe berufen können. Dabei hat der Senat insbesondere darauf verzichtet, sich mit der Entschließung des Generalbundes-

**Art. 26 Abs. 1 GG**

**Handlungen, die geeignet sind und in der Absicht vorgenommen werden, das friedliche Zusammenleben der Völker zu stören, insbesondere die Führung eines Angriffskrieges vorzubereiten, sind verfassungswidrig. Sie sind unter Strafe zu stellen.**

anwalts beim Bundesgerichtshof vom 21.03.2003 auseinander zu setzen, mit der der Generalbundesanwalt die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens gegen Mitglieder der damaligen Bundesregierung mangels Anfangsverdachts abgelehnt hatte. Dabei bleibt zwar ebenfalls offen, ob der Einsatz der Koalition gegen den Irak völkerrechtlich zulässig ist. Jedoch wird klar herausgestellt, dass weder die Beteiligung deutscher Soldaten an den AWACS-Einsätzen noch die Gewährung von „Überflugs-, Bewegungs- und Transportrechten“ den Tatbestand des §80 StGB zu erfüllen vermöge.<sup>10</sup>

**Art. 2 Nr. 4 der VN-Charta**

**Alle Mitglieder unterlassen in ihren internationalen Beziehungen jede gegen die territoriale Unversehrtheit oder die politische Unabhängigkeit eines Staates gerichtete oder sonst mit den Zielen der Vereinten Nationen unvereinbare Androhung oder Anwendung von Gewalt.**

<sup>9</sup> Art. 1 des Gesetzes zur Einführung des Völkerstrafgesetzbuchs vom 26.06.2002 (BGBl. I S. 2254). Den Text des Völkerstrafgesetzbuchs und Erläuterungen hierzu enthält die ZDv 14/2 (neu herausgegeben im Februar 2005; im IntranetBw abrufbar bei Vorschriften Online). Andere Strafrechtvorschriften, insbesondere des Strafgesetzbuchs, können neben denen des Völkerstrafgesetzbuchs weiterhin Anwendung finden.

<sup>10</sup> Generalbundesanwalt beim BGH, Entschließung vom 21.03.2003 (Pressemitteilung), JZ 2003, 908 ff. mit Anmerkung von Kreß, S. 911 ff.

Selbst wenn der Krieg im Irak, wie behauptet wird, als Angriffskrieg zu werten wäre, hätten sich einzelne Soldaten oder Soldatinnen auf das strafrechtlich verankerte **Verbot der Vorbereitung eines Angriffskriegs** (§ 80 StGB) als Unverbindlichkeitsgrund weder berufen dürfen noch gar berufen müssen. Diesem Verbot unterfallen nur Soldaten oder Soldatinnen, die als sicherheits- und militärpolitische Berater/Beraterinnen eine herausgehobene Funktion im Regierungsapparat ausüben. Nur sie können auf die politische Willensbildung bei der Entfesselung oder Förderung eines Angriffskriegs überhaupt entsprechenden Einfluss nehmen.<sup>11</sup>

Andere Soldaten und Soldatinnen, gleichgültig ob sie selbst an dem umstrittenen Einsatz teilnehmen oder durch Erfüllung ihres Auftrages nur mittelbar dazu beitragen, haben auf die Grundentscheidung zugunsten des Einsatzes keinen Einfluss und tragen hierfür keine Verantwortung. Für die rechtliche Bewertung ihrer Beiträge zu dem Einsatz, insbesondere ihrer Teilnahme an Kampfhandlungen, sind Humanitäres Völkerrecht und Völkerstrafrecht maßgeblich.

- d) Unverbindlich sind Befehle, mit deren Ausführung Soldaten und Soldatinnen gegen **allgemeine Regeln des Völkerrechts** verstoßen würden. Allgemeine Regeln des Völkerrechts sind die weltweit gültigen oder von der überwiegenden Mehrheit der Staaten als verbindlich anerkannten Regeln des „ungeschriebenen“ Völkergewohnheitsrechts sowie die allgemeinen Rechtsgrundsätze des Völkerrechts. Hierüber werden die Soldaten und Soldatinnen während ihrer militärischen Ausbildung unterrichtet.

**§ 80 StGB**

**Wer einen Angriffskrieg (Artikel 26 Abs. 1 des Grundgesetzes), an dem die Bundesrepublik Deutschland beteiligt sein soll, vorbereitet und dadurch die Gefahr eines Krieges für die Bundesrepublik Deutschland herbeiführt, wird mit lebenslanger Freiheitsstrafe oder mit Freiheitsstrafe nicht unter zehn Jahren bestraft.**

---

<sup>11</sup> Tröndle/Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 52. Aufl., § 80 Rn. 8.

Soll die tatbestandsmäßige Begrenzung der strafbaren Vorbereitungshandlungen nicht ihren Sinn verlieren, muss Entsprechendes auch für die Teilnahme (Beihilfe) an einer Haupttat nach § 80 StGB gelten (vgl. Willms in Leipziger Kommentar, 10. Aufl., § 80 Rn. 9, der eine Strafbarkeit von Teiltatmehandlungen überhaupt ausschließt). Angesichts der fehlenden praktischen Relevanz dieser Strafbestimmung erübrigt sich eine vertiefte Auseinandersetzung an dieser Stelle. Im Übrigen handelt nicht tatbestandsmäßig, wer sich erst *nach* Beginn eines Angriffskrieges beteiligt (vgl. nur Schönke/Schröder/Stree/Sternberg-Lieben, StGB, 26. Aufl., § 80 Rn. 6).

Befehle, die im Widerspruch zu allgemeinen Regeln des Völkerrechts stehen, sind unverbindlich. Untergebene dürfen solche Befehle nicht befolgen. Sie müssen die allgemeinen Regeln des Völkerrechts beachten.<sup>12</sup>

In der Praxis hat der Unverbindlichkeitsgrund „Verstoß gegen die allgemeinen Regeln des Völkerrechts“ nur eingeschränkte Bedeutung. Befehle, die gegen allgemeine Regeln des

Völkerrechts verstoßen, sind im Regelfall solche, deren Ausführung als

Kriegsverbrechen oder Verbrechen gegen die Menschlichkeit (völker-) strafrechtswidrig wäre. Soldaten und Soldatinnen dürfen solche Befehle nicht befolgen (§ 11 Abs. 2 Satz 1 SG). Zwar gehört das allgemeine Gewaltverbot als unabdingbare zwingende Völkerrechtsnorm<sup>13</sup> zu den allgemeinen Regeln des Völkerrechts. Es ist aber für die rechtliche Bewertung des Verhaltens einzelner an einem Einsatz beteiligter Soldaten und Soldatinnen ebenso wenig von Bedeutung wie die zu seiner Durchsetzung bestimmten innerstaatlichen Normen (Art. 26 GG und § 80 StGB). Nur wer Einfluss auf die politische Willensbildung hat, kann gegen das allgemeine Gewaltverbot verstoßen.

**Die bedeutendsten allgemeinen Regeln des Humanitären Völkerrechts sind:**

- **Menschlichkeit**
- **ständige Unterscheidung militärischer Ziele und ziviler Objekte**
- **Verhältnismäßigkeit**

Soldaten und Soldatinnen der Bundeswehr können sich zu umstrittenen sicherheits- und militärpolitischen Entscheidungen als Staatsbürger/Staatsbürgerin in Uniform eine Meinung bilden und sie im Rahmen der vom Soldatenrecht gesetzten Grenzen öffentlich äußern. **Haben sie politische oder rechtliche Bedenken gegen eine sicherheits- oder militärpolitische Entscheidung, entbindet sie dies weder von ihrer Pflicht zur Loyalität gegenüber dem Dienstherrn noch von der Gehorsamspflicht. Im Rahmen ihres Dienstverhältnisses müssen sie sich an der Rechtsauffassung des Dienstherrn orientieren. Bloße Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit eines Befehls machen diesen weder rechtswidrig noch unverbindlich.**

e) Nach der Rechtsprechung entfällt die Gehorsamspflicht auch dann, wenn ein Befehl ohne einen sich aus dem Dienstverhältnis ergebenden Grund so tief in ein Rechtsgut des/der Untergebenen eingreift (z.B. Ehre, Gesundheit, Leben, wirtschaftliche Verhältnisse), dass dem/der Untergebenen bei Abwägung aller Umstände nicht zugemutet werden kann, den Befehl zu befolgen.

<sup>12</sup> Schölz/Lingens, Wehrstrafgesetz, 4. Aufl., § 2 Anm. 40; Böttcher/Dau, Wehrbeschwerdeordnung, 4. Aufl., § 1 Rn. 147.

<sup>13</sup> Das allgemeine Gewaltverbot gilt nach der Rechtsprechung des Internationalen Gerichtshofs unbeschadet seiner Kodifizierung in Art. 2 Nr. 4 VN-Charta auch kraft weltweit verbindlichen Völkergewohnheitsrechts.

**Art. 25 GG**

**Die allgemeinen Regeln des Völkerrechtes sind Bestandteil des Bundesrechtes. Sie gehen den Gesetzen vor und erzeugen Rechte und Pflichten unmittelbar für die Bewohner des Bundesgebietes.**

**Ein unzumutbar tiefer Eingriff in ein Rechtsgut Untergebener** kann auch vorliegen, wenn diese sich hinsichtlich der Ausführung eines bestimmten Befehls in einer unüberwindlichen Gewissensnot befinden. Hierbei handelt es sich um eine ernste sittliche, an den Kriterien von „Gut“ und „Böse“ orientierte Entscheidung, die der Soldat oder die Soldatin in einer bestimmten Lage als für sich bindend und innerlich unbedingt verpflichtend erfährt, so dass er/sie gegen diese Entscheidung nicht ohne ernste Gewissensnot handeln kann. Art. 4 Abs. 1 GG schützt Soldaten und Soldatinnen in derartigen Situationen vor jedem Zwang zu einem Verhalten, das einer schutzwürdigen Entscheidung ihres Gewissens zuwiderläuft.

Das Vorliegen einer von Art. 4 Abs. 1 GG geschützten Gewissensentscheidung als interner geistig-seelischer Vorgang der Persönlichkeit lässt sich allerdings von außen in aller Regel nur schwer ermitteln.

Das BVerwG stellte im vorliegenden Fall eine solche unausweichliche Gewissensentscheidung aufgrund folgender Merkmale fest:

- konkreter Kontext des Handelns des Soldaten
- nachvollziehbare glaubhafte Darlegung von Umständen, die auf die Ernsthaftigkeit, Tiefe und Unabdingbarkeit der geltend gemachten Gewissensentscheidung schließen lassen
- Glaubwürdigkeit der Persönlichkeit des Soldaten
- Bereitschaft des Soldaten, negative Konsequenzen in Kauf zu nehmen
- nicht ausschließbare persönliche Betroffenheit des Soldaten.

## **2. Die Bedeutung rechtlicher Bedenken für die Bildung von Gewissensentscheidungen**

Verknüpft ein Soldat oder eine Soldatin die Behauptung, eine auf dem Gebiet der Sicherheits- und Militärpolitik getroffene Maßnahme sei Völkerrechts- oder verfassungswidrig, mit einer Gewissensentscheidung gegen die befohlene Mitwirkung an der Maßnahme, kann die Inanspruchnahme der Gewissensfreiheit verfassungsrechtlich zulässig sein.

Diese Feststellung erfordert ein Eingehen auf die rechtlich geschützten Elemente einer Gewissensentscheidung. Die Gewissensentscheidung ist eine moralisch motivierte, nach außen kommunizierbare innere Festlegung, die verfassungsrechtlich akzeptiert und geschützt ist. Nur solche Entscheidungen, die als Ausdruck einer **ethischen Grundhaltung** zu werten und für die eigene Lebensführung von identitätsstiftender Bedeutung sind, unterfallen dem Schutz des Art. 4 Abs. 1 GG. Anders motivierte Entscheidungen stehen nicht unter dem Schutz der Gewissensfreiheit,

sondern genießen nur den geringer ausgeprägten Schutz der Freiheit der Persönlichkeitsentfaltung (Art. 2 Abs. 1 GG).

Auch der Staatsbürger in Uniform kann nach der Rechtsprechung des Senats von seinem Gewissen dazu angehalten werden, auf schwerwiegende rechtliche Bedenken gegen politische Entscheidungen hinzuweisen. Er darf auf gewichtige Völkerrechtsverletzungen aufmerksam machen und unter Berufung auf sein Gewissen die Beteiligung an der Umsetzung sicherheits- und militärpolitischer Entscheidungen verweigern, wenn die sonstigen Voraussetzungen einer Gewissensentscheidung erfüllt sind. Dies gilt vor allem dann, wenn Soldaten oder Soldatinnen der festen Überzeugung sind, sie müssten sich gegen die Mitwirkung an einem verbotenen Angriffskrieg zur Wehr setzen.

Dies ist jedoch kein „Freibrief für Soldaten und Soldatinnen, zu meinen, es reiche aus, sich bloß auf das „Gewissen“ zu berufen. Es bleibt bei der Erforderlichkeit der Güterabwägung mit der Funktionsfähigkeit der Streitkräfte. Die Güterabwägung darf allerdings nicht abstrakt erfolgen. Sie ist unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im Einzelfall durchzuführen. Dies wird am Ende dieser Ausführungen (Nr. III3) vertieft.

### **3. Das Erfordernis der persönlichen Betroffenheit des Soldaten/der Soldatin durch die gewissensbelastende Entscheidung**

Ob eine Gewissensentscheidung mit politischem Hintergrund im Einzelfall zur Freistellung von der Pflicht zum Gehorsam gegenüber erteilten Befehlen führt, hängt zunächst einmal davon ab, ob eine ernste Gewissensnot vorliegt.

Eine zu beachtende ernste Gewissensnot kann nur entstehen, wenn eine objektiv zu bestimmende, zumindest mittelbare persönliche Betroffenheit feststellbar ist. Dazu muss das befehlsmäßig abverlangte Tun oder Unterlassen zumindest in einem mittelbaren Zusammenhang mit dem Bezugspunkt der unabdingbaren Gewissensentscheidung (im vom BVerwG behandelten Fall dem Krieg im Irak) stehen. Denn der Schutz der Gewissensfreiheit kann nur beansprucht werden, wenn man individuell und nicht nur als Mitglied der Allgemeinheit berührt ist. Ist jemand nicht persönlich betroffen, muss er sich darauf beschränken, sich als Staatsbürger in die öffentliche Debatte einzubringen, sich also politisch zu betätigen.<sup>14</sup> Soldaten und Soldatinnen haben hierbei die der politischen Betätigung durch § 15 SG gezogenen Grenzen zu beachten.<sup>15</sup>

---

<sup>14</sup> Dies gilt erst recht für Gewissensentscheidungen in hochsensiblen politischen Fragen, die mit dem Dienstverhältnis als Soldat nichts zu tun haben. Die Gewissensfreiheit erlaubt es dem Staatsbürger und damit auch dem Soldaten nicht, seine politische Überzeugung gegen demokratisch legitimierte Mehrheitsentscheidungen der Allgemeinheit oder anderen Soldaten aufzuzwingen.

<sup>15</sup> Hinzu kommen die allgemeine Pflicht zur Beachtung des geltenden Rechts (§§ 7, 17 Abs. 2 SG) und bei Offizieren und Unteroffizieren, die Pflicht zur Zurückhaltung bei Äußerungen (§ 10 Abs. 6 SG).

Das BVerwG hat allerdings an diese kausale persönliche Betroffenheit keine hohen Ansprüche gestellt. Es hat es ausreichen lassen, dass eine solche persönliche Betroffenheit aus der Sicht des Soldaten nicht auszuschließen war. Angesichts der verfassungsrechtlich anerkannten Bedeutung der Funktionsfähigkeit der Streitkräfte wird dies im Regelfall - insbesondere bei nur mittelbarer Betroffenheit - nicht genügen. Je „weiter“ die befürchteten Auswirkungen der Befehlsausführung entfernt sind, umso weniger aussagekräftig ist die gestellte Frage, „ob etwas auszuschließen ist“.

Der Frage nach der „garantierten Ausschlusswirkung“ für die Zukunft liegt im Übrigen ein falsches Grundverständnis über Kausalität zu Grunde. Grundrechtsdogmatisch macht sich hier das Kausalitätsproblem an der Frage fest, unter welchen Voraussetzungen die Ausführung eines Befehls überhaupt einen Eingriff in den Schutzbereich der Gewissensfreiheit darstellen kann. Die Ursächlichkeit einer Handlung, konkret des Befehls zur Mitarbeit an SASPF, für bestimmte Folgen, konkret die Beförderung des Irak-Krieges, besteht nicht schon dann, wenn der Eintritt dieser Folgen in der Zukunft durch die Vorgesetzten **nicht** definitiv ausgeschlossen werden kann. Aus gutem Grund weigern sich auch Wissenschaftler, Ärzte usw., bei in die Zukunft gerichteten Auswirkungen verbindlich etwas auszuschließen. Weil unter dem Gesichtspunkt moderner naturwissenschaftlicher Erkenntnisse für die Zukunft so gut wie gar nichts ausgeschlossen werden kann, wird das Bestehen eines Ursachenzusammenhangs letztlich beliebig, wenn man nur auf die Ausschließbarkeit des Eintritts der gewissensbelastenden Folgen abstellt. Es kommt dann in Wahrheit nicht mehr auf das Bestehen oder Nichtbestehen eines objektivierbaren Ursachenzusammenhangs an, sondern in erster Linie darauf, wie ausdauernd und vor allem wie geschickt der/die Betroffene seine Vorgesetzten befragt.

Ein objektivierbarer Ursachenzusammenhang darf nur dann bejaht werden, wenn für den Eintritt von gewissensbelastenden Folgen ein gewisser Grad an Wahrscheinlichkeit besteht. Dies bedeutet, dass in jedem Einzelfall der konkrete Handlungsbeitrag des/der Betroffenen überhaupt **geeignet** sein muss, um einen Eingriff in das Grundrecht der Gewissensfreiheit zu begründen, hier also den Irak-Krieg zu befördern.

Angesichts der Gründlichkeit und Ausführlichkeit der Entscheidung des BVerwG im Übrigen ist es verwunderlich, dass das Gericht der Frage der Kausalität so wenig Beachtung geschenkt hat. Hätte das Gericht hier tiefer gehend geprüft, wäre der Kausalitätszusammenhang und damit wohl der Eingriff in das Grundrecht der Gewissensfreiheit zu verneinen gewesen.

---

Beispielsweise kann sich nicht auf die Gewissensfreiheit berufen, wer der Überzeugung ist, dass für neue Beschaffungsprojekte der Streitkräfte vorgesehene Haushaltsmittel des Bundes in den Bereich der Sozialhilfe umgeschichtet werden sollten. Wer derartige politische Ziele erreichen will, ist auf die im Grundgesetz vorgesehenen Formen der Beteiligung an der politischen Willensbildung verwiesen.

### Zum Verhältnis von Recht und Ethik

In der Mehrzahl der Fälle gibt es im demokratischen Verfassungsstaat zwischen rechtlicher und ethischer Bewertung eines Befehls keinen Unterschied. Insbesondere ist in Einsatzsituationen zumeist kraft Völkerstrafrechts verboten, was auch dem Gewissen zuwiderläuft. Geltendes Recht und ethische Maßstäbe, die der Einzelne für sich als verbindlich erachtet, können im Einzelfall auch im demokratischen Verfassungsstaat auseinander fallen. Der Schutzbereich des Grundrechts der Gewissensfreiheit schützt den Einzelnen in bestimmten Grenzen auch dann, wenn er sich im Widerspruch zur Rechtsordnung sieht

Allerdings müssen Soldaten und Soldatinnen in allen Fällen, in denen sie aus Gewissensgründen einen Befehl nicht ausführen wollen, durch den Befehl objektiv und persönlich betroffen sein. Allein die ethische Missbilligung einer politischen Zielsetzung oder das bloße Gefühl des Betroffenseins reicht dafür keinesfalls aus. Erforderlich ist vielmehr ein objektivierbarer Ursachenzusammenhang zwischen dem konkreten Befehl und der gewissensbelastenden Handlung, auf die der Befehl sich richtet.

### **III. Handlungsanleitung für Fälle, in denen ein Soldat/eine Soldatin sich unter Berufung auf eine Gewissensentscheidung gegen einen Befehl wendet**

Will jemand einen Befehl mit der Begründung nicht ausführen, das Gewissen verbiete ihm den Gehorsam, oder kündigt er an, erteilte Aufträge aus Gewissensgründen unter bestimmten Umständen nicht ausführen zu können, sollte der betroffene Soldat oder die betroffene Soldatin dies stets dem/der Disziplinarvorgesetzten melden. Diese(r) muss dann entscheiden, ob der Befehl, gegen den sich die Gewissensentscheidung richtet, mit angemessenen Mitteln durchzusetzen (§10 Abs. 5 Satz 2 SG) oder ob aus Gründen der Fürsorge (§10 Abs. 3 SG) eine andere Vorgehensweise geboten ist.

#### **1. Gewissenszweifel, Fürsorge und Deeskalation**

In Fallgestaltungen, wie sie der 2. Wehrdienstsenat in seinem Urteil beschrieben hat, ist meistens bereits frühzeitig zu erkennen, dass Befehle zu erwarten sind, die voraussichtlich zu Gewissenskonflikten führen. Der/die Betroffene sieht, dass in der Öffentlichkeit seit längerer Zeit über eine sicherheits- und militärpolitische Frage kontrovers diskutiert wird, und gelangt zu der Überzeugung, dass bestimmten Entscheidungen - aus ihrer/seiner Sicht - in jedem Fall die Legitimation fehlen werde.

Ist sich der Soldat oder die Soldatin bewusst, dass die Zweifel nicht rein politischer Natur, sondern vom Gewissen bestimmt sind, und ist bei verständiger Selbstreflexion erkennbar, dass die zu erwartende Gewissensentscheidung sich auf die Erfüllung der Dienstpflichten auswirkt, hat er/sie dies so früh wie möglich gegenüber dem oder der Disziplinarvorgesetzten zum Ausdruck zu bringen. Er/sie hat diesen Umstand unverzüglich zu melden, falls er/sie damit rechnet, in einer dem Gewissen

zuwiderlaufenden Weise verwendet zu werden oder auf dem jeweiligen Dienstposten seinem/ihrerem Gewissen widerstreitende Tätigkeiten ausführen zu müssen.

Die Betroffenen dürfen also nicht abwarten, bis ein Befehl erteilt wird, der sie in akute Gewissensnot bringt. Es würde sonst den Vorgesetzten die Möglichkeit genommen, auf die Gewissenszweifel angemessen und sachgerecht zu reagieren. **Die Vorgesetzten müssen in der Lage sein, sich der Ernsthaftigkeit und der Einsehbarkeit der Gewissensentscheidung zu vergewissern** und, soweit dies zum Schutz der Gewissensfreiheit geboten sein sollte, Ausweichmöglichkeiten aufzuzeigen. Auch muss es ihnen möglich sein, die unter den gegebenen Umständen erforderlichen organisatorischen Maßnahmen zur Vermeidung von Störungen des Dienstbetriebs zu treffen.

Soldaten/Soldatinnen müssen sich ihrerseits frühzeitig darüber Gedanken machen, ob ein Gewissenskonflikt durch eine Versetzung vermieden werden kann. Möglicherweise sollten sie ein entsprechendes Versetzungsgesuch stellen. Sie trifft in dieser Situation eine „**Bringschuld**“. Erfüllen sie diese nicht, leisten sie nicht den zu fordernden Beitrag zur Deeskalation des Konflikts zwischen ihren Gewissenszweifeln und den an sie gerichteten Verhaltensanforderungen des Dienstherrn. Selbst wenn sie nach näherer Prüfung zum Schutz des eigenen Gewissens von der Pflicht zum Gehorsam im Einzelfall freizustellen wären, würde durch Unterlassen einer rechtzeitigen Meldung die Dienstpflicht verletzt, der Bundesrepublik Deutschland treu zu dienen (§ 7 SG).

In aktuellen Situationen, in denen zu erwarten ist, dass Soldaten/Soldatinnen in Hinblick auf sicherheits- oder militärpolitische Entscheidungen in Gewissenskonflikte geraten könnten, empfiehlt es sich, vor dem Hintergrund der in der Öffentlichkeit geführten Auseinandersetzungen die damit verbundenen rechtlichen und politischen Fragen bei anderen Gelegenheiten zu thematisieren. Hierzu eignen sich der staatsbürgerliche Unterricht einschließlich des Rechtsunterrichts (§ 33 SG) sowie die aktuelle Information und andere Formen der politischen Bildung<sup>16</sup>, in denen eine offene und vom Dialog geprägte Atmosphäre herrscht (vgl. ZDv 12/1 Nr. 501). In diesen Unterrichtsveranstaltungen ist möglicherweise schon frühzeitig zu erkennen, ob gegen eine mögliche sicherheits- oder militärpolitische Entscheidung gewissensorientierte Bedenken bestehen. Dabei darf das Instrument der politischen Bildung jedoch nicht zur „Gewissensausforschung“ missbraucht werden.

**Gewinnt ein Disziplinarvorgesetzter/eine Disziplinarvorgesetzte den Eindruck, dass sich derartige Bedenken auf die individuelle Bereitschaft auswirken könnten, Dienstpflichten zu erfüllen, sucht er/sie das persönliche Gespräch**, das grundsätzlich nicht auf andere Personen delegiert werden sollte (vgl. ZDv 12/1 Nr. 406).

---

<sup>16</sup> Vgl. ZDv 12/1 „Politische Bildung in der Bundeswehr“, insbesondere Kapitel 4.

## 2. Prüfung der Ernsthaftigkeit und Einsehbarkeit der Gewissensentscheidung

In manchen Fällen sind Ernsthaftigkeit und Einsehbarkeit der jeweiligen Gewissensentscheidung ohne weiteres erkennbar. Werdegang, Persönlichkeit und Wertvorstellungen der Betroffenen sind aufgrund gewachsener dienstlicher Beziehung bekannt. Es besteht daher kein Anlass, die Authentizität der vorgetragenen Gewissensentscheidung in Zweifel zu ziehen. In solchen Fällen wird der/die Disziplinarvorgesetzte den Soldaten oder die Soldatin von der Pflicht zum Gehorsam entbinden und ihm/ihr eine andere Aufgabe zuweisen. Ratsam ist ferner, ein wegen des Gewissenskonflikts gestelltes Versetzungsgesuch zu befürworten. Die personalbearbeitende Stelle sollte ihm stattgeben, wenn nicht zwingende Gründe der Personalführung entgegenstehen.

- a) Gelangt der/die Disziplinarvorgesetzte nicht ohne weiteres zu der Überzeugung, es liege eine ernsthafte und einsehbare Gewissensentscheidung vor, oder bestehen Zweifel, ob überhaupt eine Gewissensentscheidung vorliegt, darf er/sie aus Fürsorgegründen grundsätzlich nicht zur sofortigen Durchsetzung des Befehls (§ 10 Abs. 5 Satz 2 SG) schreiten.

Eine sofortige Durchsetzung des Befehls darf der/die Vorgesetzte nur dann in Erwägung ziehen, wenn die Erfüllung des ihm/ihr erteilten Auftrags mit der sofortigen Ausführung des Befehls durch gerade diesen Soldaten/diese Soldatin „steht und fällt“.

Sind Gewissenszweifel ohne Abstützung auf eine rechtlich schützenswerte Gewissensentscheidung angemeldet worden, ist der Soldat bzw. die Soldatin darüber zu belehren, dass zu erwartende Befehle zu befolgen sind, ein Festhalten an einer Weigerungsankündigung einen Verstoß gegen die Pflicht darstellt, der Bundesrepublik Deutschland treu zu dienen, und die Nichtausführung eines Befehls gegen die Gehorsamspflicht verstößt.

- b) Kann Zeit gegeben werden, das Gewissen zu reflektieren, sollte der/die Disziplinarvorgesetzte nicht nur (erneut) das persönliche Gespräch suchen, sondern auch auf andere in Betracht kommende Gesprächspartner/-partnerinnen hinweisen. Zu denken ist insbesondere an Vertrauenspersonen, Militärgeistliche und Truppenpsychologen. Kontakte zu diesen Personen sind insbe-

**Ist ein Soldat/eine Soldatin als Querulant/Querulantin dafür bekannt, immer wieder aus unterschiedlichen Gründen Befehle nicht ausführen zu wollen, ist zu vermuten, dass er/sie nur ein neues Argumentations- und Rechtfertigungsmuster für sein/ihr querulatorisches Verhalten sucht. Leichtfertig darf man hiervon allerdings nicht ausgehen. Das bisherige querulatorische Verhalten muss nachweisbar sein. Sporadisch auftretende konstruktive Kritik an Führungsentscheidungen ist kein Anzeichen für querulatorisches Verhalten, sondern bezeugt mitdenkenden Gehorsam.**

sondere dann angezeigt, wenn der Soldat/die Soldatin verunsichert ist oder bekundet, gewissen geleitete Bedenken zu haben, die im Detail noch zu überdenken wären. Auf gesetzliche Schweigerechte ist hinzuweisen.

Kommt der Soldat bzw. die Soldatin nach Ausschöpfung aller Gesprächsmöglichkeiten zu der Überzeugung, sich über das eigene Gewissen getäuscht zu haben, sind erteilte Befehle auszuführen. Ist das der Fall, wird es regelmäßig ausscheiden, gegen Soldaten bzw. Soldatinnen allein wegen der Äußerung der Gewissenszweifel und der deswegen notwendig gewordenen organisatorischen Maßnahmen disziplinar tätig zu werden. Etwas anderes gilt, wenn die Gewissensgründe offensichtlich „vorgeschoben“ worden sind.

- c) Es ist nicht ausgeschlossen, dass Gespräche mit der Vertrauensperson, Militärgeistlichen und/oder Truppenpsychologen von vornherein abgelehnt werden und darauf beharrt wird, sich aus Gewissensgründen gegen die Ausführung eines Befehls auszusprechen.

**In solchen Fällen ist der Soldat bzw. die Soldatin zu veranlassen, möglichst schriftlich sowie in einem Gespräch die Gewissensentscheidung sowie den Weg, auf dem man zu ihr gelangt ist, darzulegen. Ernsthaftigkeit und Einsehbarkeit der Gewissensentscheidung sind dabei nachvollziehbar zu erläutern.**

Dem/der Disziplinarvorgesetzten soll es dadurch ermöglicht werden, zu erkennen, dass eine Gewissensentscheidung vorliegt und dass diese ernsthaft und einsehbar getroffen wurde. Hierbei handelt es sich nicht um eine Überprüfung der Gewissensentscheidung auf ihre Richtigkeit. Die dargestellte Verfahrensweise dient nur dazu, festzustellen, ob überhaupt eine tiefgreifende Gewissensentscheidung vorliegt.

Auf das Gespräch sollte sich der/die Disziplinarvorgesetzte in geeigneter Weise vorbereiten. Hierbei darf nicht der Anschein erweckt werden, gesetzliche Schweigerechte zu missachten. Ist ein Militärgeistlicher aufgesucht worden, ist jede/jeder Vorgesetzte verpflichtet, Handlungen zu unterlassen, die als Eingriff in das Seelsorgegeheimnis zu werten sind. Insbesondere darf nicht versucht werden, den Militärgeistlichen zu Äußerungen über den Inhalt des geführten Seelsorgegesprächs zu veranlassen. Etwas anderes gilt nur dann, wenn der Soldat oder die Soldatin den Militärgeistlichen darum bittet, mit dem/der Disziplinarvorgesetzten über seine/ihre Gewissensnot zu sprechen oder wenn ein „Sechsaugengespräch“ mit dem/der Disziplinarvorgesetzten und dem Militärgeistlichen gewünscht wird.

Dies schließt nicht aus, dass sich der/die Disziplinarvorgesetzte von einem Militärgeistlichen zu der Frage beraten lässt, woran die Authentizität einer Gewissensentscheidung erkannt werden kann. Dabei hat jeder Anschein einer In-

strumentalisierung des Militärgeistlichen in Bezug auf den Soldaten bzw. die Soldatin zu unterbleiben.

- d) Die **Einsehbarkeit einer Gewissensentscheidung** bemisst sich daran, ob nach dem Gesamtbild der Persönlichkeit des Soldaten/der Soldatin gerade diese Entscheidung ein für ihn/sie ethisch verpflichtendes, unbedingtes Handlungsgebot ist. Das **Gesamtbild der Persönlichkeit** erschließt sich aus dem privaten und beruflichen Werdegang, wobei den im dienstlichen Umfeld gelebten Wertvorstellungen besondere Bedeutung zukommt.

Persönliche Schlüsselerlebnisse und kritische Situationen\* in denen der Soldat/die Soldatin sich einer Bewährungsprobe ausgesetzt sah, können sich ebenso wie Kindheitserlebnisse und Leitlinien, nach denen der Soldat/die Soldatin erzogen wurde, entscheidend auf die Gewissensbildung ausgewirkt haben.

Der Soldat/die Soldatin sollte dazu aufgefordert werden, die Umstände darzulegen, die auf die Entwicklung der ethischen Wertvorstellungen Einfluss hatten, und zu begründen, wie er/sie von diesen Wertvorstellungen zu der (behaupteten) Gewissensentscheidung gelangt ist.

Für die Bestimmung **der Ernsthaftigkeit der Gewissensentscheidung wird es** insbesondere darauf ankommen, welche Bedeutung die Gewissensentscheidung des Soldaten bzw. der Soldatin innerhalb des eigenen Wertesystems hat. Werte, bei denen es um die sittliche Selbstbestimmung des Soldaten/der Soldatin geht, haben hierbei das größte Gewicht.

Erst auf der Grundlage dieser Feststellungen wird die Entscheidung getroffen, ob ein schonender Ausgleich in Betracht kommt oder ob der Befehl durchzusetzen ist.

- e) Ist eine schutzwürdige Gewissensentscheidung getroffen worden, muss der betroffenen Person ermöglicht werden, ihre Dienstpflichten so zu erfüllen, dass ihr eine Gewissensnot erspart bleibt. Der Soldat bzw. die Soldatin kann dabei den Inhalt und Umfang der (künftigen) Dienstpflichten nicht selbst bestimmen, sondern muss persönliche Nachteile in Kauf nehmen, die gewissermaßen die Kehrseite des der Gewissensentscheidung gewährten Respekts darstellen. In Betracht kommen insbesondere:
- Freistellung von einem Befehl im Einzelfall
  - Modifikation des Auftrags
  - Herauslösen aus der Verwendung mittels Kommandierung oder Versetzung oder
  - Herauslösen aus der Ausbildungs- und Verwendungsreihe.
- f) Hat der/die Disziplinarvorgesetzte begründeten Anlass zu der Vermutung, dass keine verfassungsrechtlich schützenswerte Gewissensentscheidung getroffen worden ist, sucht er/sie das Gespräch mit dem Rechtsberater oder der Rechtsbe-

raterin. Dabei geht es vorrangig um eine Einschätzung, ob der Anfangsverdacht eines Dienstvergehens (§ 32 Abs. 1 WDO) besteht. Soweit erforderlich, nimmt der/die Disziplinarvorgesetzte Ermittlungen auf und beantragt ggf. die Einleitung eines gerichtlichen Disziplinarverfahrens (§ 41 WDO).

### 3. Funktionsfähigkeit der Streitkräfte und Gewissensentscheidung

Abschließend ist noch auf folgenden Punkt einzugehen, auch wenn das Thema sehr komplex ist und viele Einzelfragen noch gründlicher Klärung bedürfen: Einer der Hauptkritikpunkte, die bisher gegen das Urteil des 2. Wehrdienstsenats vom 21.06.2005 vorgebracht wurden, betrifft die praktischen Erfordernisse, die sich aus dem verfassungsrechtlich abgesicherten Auftrag zur Sicherstellung der Funktionsfähigkeit der Streitkräfte ergeben. Diese Kritik steht im Einklang mit einer auch in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts<sup>17</sup> vertretenen Rechtsauffassung, der zufolge die Funktionsfähigkeit der Streitkräfte der Gewissensfreiheit Grenzen ziehen kann. Das bedeutet: Es hängt vom Einzelfall ab, ob im Konfliktfall der Gewissensentscheidung des Soldaten bzw. der Soldatin oder der Funktionsfähigkeit der Streitkräfte Vorrang gebührt. Der 2. Wehrdienstsenat hat diese Rechtsauffassung als verfehlt zurückgewiesen.

- a) Der Senat hat seine Rechtsansicht auf die Überlegung gestützt, zur Gewährleistung der Funktionsfähigkeit der Streitkräfte gehöre stets auch die Sicherstellung, dass das Grundrecht der Gewissensfreiheit nicht beeinträchtigt werde. Damit setzt sich der Senat von der Rechtsprechung der mit beamtenrechtlichen (Disziplinar-) Sachen befassten Senate des Bundesverwaltungsgerichts ab, ohne dies klarzustellen. Für das Beamtenrecht ist anerkannt, dass die Gewissensfreiheit in anderen verfassungsrechtlich geschützten Rechtsgütern Grenzen findet.<sup>18</sup> Eine solche Grenze der Gewissensfreiheit ist nach der Rechtsprechung zum Beamtenrecht die Funktionsfähigkeit des jeweiligen Aufgabenbereichs. Eine entsprechende Überlegung muss auf der Grundlage der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts für die Streitkräfte erst recht gelten. **Insofern kann der Negierung des verfassungsrechtlich geschützten Guts der Funktionsfähigkeit der Streitkräfte nicht gefolgt werden.**

---

<sup>17</sup> BVerfGE 28,243 (261); 32,40 (46); 48, 127 (159 ff.).

<sup>18</sup> Beispielsfälle sind die Funktionsfähigkeit des Postbetriebs und der Tätigkeit der Kriminalpolizei: Ein Postbeamter hatte Wurfsendungen entgegen ausdrücklicher Anweisung nicht zugestellt, sondern zerrissen (Urteil vom 29.06.1999, BVerwGE 113, 361-367); eine Kriminalpolizistin hatte sich geweigert, eine Dienstwaffe zu tragen. Das BVerwG hat u.a. ausgerührt: „Es liegt auf der Hand, daß die Funktionsfähigkeit des Staates ernstlich bedroht wäre, könnte ein Beamter sich unter bloßer Berufung auf sein Gewissen einer dienstlichen Weisung entziehen.“ (Beschluss vom 08.09.1978, BVerwGE 56, 227 ff.). Verhaltensweisen, die dem durch seine Laufbahn geprägten Berufsbild wesensgemäß seien, könnten dem Beamten ohne Grundrechtsverstoß angemessen werden.

Den verfassungsrechtlichen Schutz der Funktionsfähigkeit des jeweiligen Aufgabenbereichs sah das BVerwG in den gemäß Art. 33 Abs. 5 GG zu berücksichtigenden „hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums“ verankert.

Der 2. Wehrdienstsenat sieht durchaus die mit seiner Rechtsauffassung verbundene Möglichkeit des Missbrauchs der Gewissensfreiheit. Um dem zu begegnen, lässt er die bloße Behauptung einer Gewissensnot nicht genügen, sondern verlangt die detaillierte Glaubhaftmachung der Gewissensentscheidung. Aus seiner Sicht besteht nicht die Gefahr, dass es in vielen Fällen zur Freistellung von der Gehorsampflicht (einem „Massenverschleiß des Gewissens“) kommen werde; auch dann nicht, wenn die Begründung der Gewissensentscheidung auf die angebliche Rechtswidrigkeit sicherheits- und militärpolitischer Entscheidungen von Staatsorganen abgestützt wird. Schon durch die Beachtung eines ordnungsgemäßen Verfahrens werde der Funktionsfähigkeit der Streitkräfte Rechnung getragen. Dieser Aussage wird man für Fälle existentieller Gewissensnot von Soldaten und Soldatinnen, die von einer gewissensbedrängenden politischen Entscheidung unmittelbar betroffen sind, nicht mit überzeugenden Argumenten widersprechen können. Grundsätzlich gilt der Vorrang existentieller Gewissensentscheidungen gegenüber den im Einzelfall erteilten Befehlen. Dies hat keine nachteiligen Auswirkungen auf die Funktionsfähigkeit der Streitkräfte, vor allem dann nicht, wenn der/die Disziplinarvorgesetzte frühzeitig mit dem Fall konfrontiert wird und deshalb Zeit hat, sich auf die Gewissensnot des Soldaten oder der Soldatin einzustellen.

- b) Das Verhalten des Soldaten, über das der Wehrdienstsenat am 21.06.2005 entschieden hat, eignet sich allerdings nicht als praktisches Beispiel für eine schützenswerte existentielle Gewissensnot. Nach hier vertretener Auffassung fehlte es an einer hinreichenden Kausalkette zwischen der aus Gewissensgründen abgelehnten Befehlsausführung und einer auch nur mittelbaren Unterstützung der USA im Irak-Krieg. Insofern gab es, entgegen der Auffassung des Senats, in dem entschiedenen Fall keine echte Gewissensentscheidung.

Andere **Gewissensentscheidungen mit politischem Hintergrund** dürften ähnlich zu bewerten sein. Der Funktionsfähigkeit der Streitkräfte ist in solchen Fällen Rechnung zu tragen, indem der Befehl mit angemessenen Mitteln durchgesetzt wird.

- c) Der Funktionsfähigkeit der Streitkräfte dient schließlich auch das Verbot, im Sinne der eigenen (anzuerkennenden) Gewissensentscheidung auf andere Soldaten oder Soldatinnen einzuwirken, ebenfalls die Ausführung von Befehlen zu verweigern. Wie der 2. Wehrdienstsenat ausdrücklich festgestellt hat,<sup>19</sup> erlaubt das höchstpersönliche Grundrecht des Art. 4 Abs. 1 GG keine aktive Werbung (Propaganda) für ein bestimmtes Handeln anderer; insbesondere folgt daraus auch nicht die Berechtigung, als Vorgesetzter etwa mittels eines Befehls ein nach den Maßgaben des eigenen Gewissens bestimmtes Verhalten von anderen Soldaten zu verlangen.

---

<sup>19</sup> Urteil vom 21.06.2005, a.a.O. (Fn. 1), S. 55 f.; vgl. auch S: 42.

d) Für den militärischen Führer in der Truppe ist es wichtig zu wissen, unter welchen Voraussetzungen die Funktionsfähigkeit der Streitkräfte im Einzelfall doch **ausnahmsweise** Vorrang vor einer echten existentiellen Gewissensentscheidung hat. Es geht um Gewissensentscheidungen,

- die unmittelbar durch den Befehl ausgelöst wurden, gegen den der Soldat/die Soldatin sich wendet,
- bei denen dem Soldaten bzw. der Soldatin keine Zeit bleibt, seine/ihre Gewissensnot zu verdeutlichen, und
- bei denen die Vorgesetzten bei Verzicht auf die Heranziehung des Soldaten/der Soldatin zu der abgelehnten militärischen Handlung ihren eigenen bedeutsamen Auftrag nicht erfüllen können.

Zu denken ist hierbei zum Beispiel an den kurzfristigen Einsatzflug von Luftwaffencopiloten. Hier dürfte die Sicherstellung des politisch entschiedenen Auftrags Vorrang haben.

Dies ergibt sich aus dem Berufsrisiko, das Soldaten/Soldatinnen auf Zeit und Berufssoldaten/Berufssoldatinnen freiwillig eingehen. Insofern werden den Angehörigen der Streitkräfte engere Grenzen gezogen als den „normalen“ Staatsbürgern und Staatsbürgerinnen. In derartigen Fallkonstellationen tritt als Ergebnis einer unverzichtbaren Güterabwägung die Gewissensfreiheit hinter das verfassungsrechtlich geschützte Gut der Funktionsfähigkeit der Streitkräfte zurück. Kann auf den Soldaten oder die Soldatin bei der sofortigen Ausführung des Auftrags des Verbandes nicht verzichtet werden, ist darauf zu bestehen, dass die Beteiligung an dem beanstandeten Einsatz stattfindet.

Hält der Soldat oder die Soldatin gleichwohl an der Gehorsamsverweigerung fest, mag es dafür ethisch gerechtfertigte Gründe geben. Das Handeln erfolgt dann aber außerhalb des Schutzes der Gewissensfreiheit nach Art. 4 Abs. 1 GG unter Inkaufnahme aller nachteiligen persönlichen Folgen. Dabei dürfte es sich in der Praxis jedoch um extreme Ausnahmefälle handeln, mit denen die Bundeswehr angesichts ihrer gegenwärtigen inneren Verfassung derzeit nicht zu rechnen braucht.

Sehen sich Vorgesetzte mit einer auf die Gewissensentscheidung gestützten Gehorsamsverweigerung eines Soldaten/einer Soldatin konfrontiert, dürfen sie an Befehlsdurchsetzung und Anwendung des Disziplinarrechts erst denken, wenn alle denkbaren und möglichen Bemühungen um eine Deeskalation der Situation gescheitert sind. Sie müssen dann (soweit zeitlich möglich unter Inanspruchnahme rechtlicher Beratung) im Einzelfall den Vorrang der Gewissensentscheidung oder der Funktionsfähigkeit der Streitkräfte im Rahmen einer Güterabwägung ermitteln.

Diese Abwägung ist Grundlage ihrer Entscheidung darüber, ob sie den Befehl mit den den Umständen angemessenen Mitteln durchsetzen oder ob sie den Soldaten/die Soldatin von der Pflicht zum Gehorsam freistellen und Maßnahmen treffen, eine Ausführung des Befehls durch andere Soldaten oder Soldatinnen sicherzustellen.