



Irakkonflikt und Gewissenskonflikte*

Dr. jur. Manuel Ladiges

I. Einleitung

Der Irakkonflikt wirft nicht nur militärische, politische und völkerrechtliche Fragen auf, sondern betrifft auch wehr- und grundrechtliche Probleme. In diesem Zusammenhang spielt vor allem die Gehorsamsverweigerung durch Soldaten eine Rolle, die es aus persönlichen Überzeugungen oder rechtlichen Gründen ablehnen, den Irakkonflikt direkt oder indirekt durch eine Dienstleistung zu unterstützen.

Im Folgenden werden Fälle von Gehorsamsverweigerungen in der U.S. Army, der Royal Air Force und der Bundeswehr dargestellt. Im Anschluss wird die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zur Gehorsamsverweigerung aus Gewissensgründen zusammengefasst und bewertet. Ein Vergleich der verschiedenen Fälle schließt den Aufsatz ab.

II. Ehren K. Watada

In den USA hat First Lieutenant *Ehren K. Watada* sich als erster Offizier geweigert, mit seiner Einheit in den Irak zu verlegen und dort Dienst zu tun.¹ Als Begründung für sein Handeln führte er an, er sei zum Entschluss gekommen, der Irak-Krieg sei unmoralisch und illegal. *Watada* hat angeboten, aus der U.S. Army auszuschneiden oder in Afghanistan zu dienen,² was jedoch abgelehnt worden ist. *Watada* argumentierte u.a. mit der (angeblichen) Illegalität des Krieges und berief sich auch auf die Nürnberger Prozesse. Die us-amerikanische Verfassung und der *War Powers Act* erlaubten es dem Präsidenten nicht, die Streitkräfte für jegliche Zwecke einzusetzen:

"This war is not only morally wrong but illegal under international and American law. I took an oath to defend the laws and constitution. My participation would make me party to war crimes."³

Watada machte allerdings nicht geltend, dass die Führung eines Krieges oder das Töten von Menschen generell gegen sein Gewissen verstoßen

Der Bundesverband Sicherheitspolitik an Hochschulen (BSH) ist der Dachverband sicherheitspolitischer Hochschulgruppen an deutschen Universitäten. Der BSH setzt sich aus sicherheitspolitisch interessierten Studierenden, Doktoranden und Lehrkräften aller Fachrichtungen zusammen. Die Mitgliedschaft im BSH steht allen sicherheitspolitisch interessierten Personen mit akademischem oder praktischem Hintergrund offen, welche die Grundsätze und Ziele des BSR teilen.

Grundsätze des BSH

Der BSH steht ein für die Verteidigung der Werteordnung des Grundgesetzes. In unserer sicherheitspolitischen Arbeit bildet die Auseinandersetzung mit Bedrohungen dieser Werteordnung einen Schwerpunkt. Zudem ist uns die Aufrechterhaltung der akademischen Freiheit ein besonderes Anliegen. Die Schaffung von Erkenntnis im Wettbewerb der Ideen setzt voraus, daß alle Stimmen gehört werden.

Die Arbeit des BSH

Die Arbeit des BSH richtet sich an alle Studierenden und erfolgt überparteilich und überkonfessionell.

Die Aktivitäten des BSH umfassen:

Sicherheitspolitische Bildungsarbeit an Hochschulen

Akademische Nachwuchsförderung im sicherheitspolitischen Bereich

Wissenschaftliche Auseinandersetzung mit sicherheitspolitischen Fragestellungen

Weiterbildungs- und Qualifikation der Mitglieder im Bereich politische Bildung und Sicherheitspolitik

Impressum

Wissenschaft & Sicherheit wird herausgegeben durch die AG Wissenschaft & Sicherheit des BSH und erscheint in unregelmäßigen Abständen. Kontakt und kostenloses elektronisches Abonnement unter gs@sicherheitspolitik.de.

Kontakt:

Bundesverband Sicherheitspolitik an Hochschulen

- Geschäftsstelle -

Provinzialstr. 91

53127 Bonn

Tel.: 0228/2590 914

Fax: 0228/2590 950

Im Internet: www.sicherheitspolitik.de

ISSN: 1613-5245 (elektronische Ausgabe)

Verantwortlich für diese Ausgabe:

Dr. Manuel Ladiges (Jg. 1979) war wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Universität Greifswald und studiert z. Zt. an der University of Edinburgh. In Kürze erscheint seine Dissertation mit dem Thema *Die Bekämpfung nicht-staatlicher Angreifer im Luftraum unter besonderer Berücksichtigung des § 14 Abs. 3 LuftSiG und der strafrechtlichen Beurteilung der Tötung von Unbeteiligten* im Verlag Duncker & Humblot.

Redaktion:

Dipl.-Pol. Max Bornefeld-Ettmann, Knut Bülteemeier

* Aktualisierte und erweiterte Fassung eines Aufsatzes des Verfassers, der ursprünglich in der *GreifRecht* 2006, S. 90-99, erschienen ist.

¹ *Watada* wird hier als Beispiel für eine Vielzahl von Soldaten in den Vereinigten Staaten genannt, die sich weigern im Irak Dienst zu tun, siehe *The Guardian* vom 03.02.2007, S. 25.

² *The Guardian* vom 03.02.2007, S. 25.

³ *The Guardian* vom 26.08.2006, S. 22.

würde. Er lehnt allerdings wegen den genannten persönlichen Überzeugungen eine Beteiligung am Irakkonflikt ab.⁴ Gleichzeitig äußerte er sich öffentlich und gegenüber Medien kritisch zum Irakkonflikt und der diesbezüglichen Politik der us-amerikanischen Regierung. Zu diesen Äußerungen nahm das Pentagon wie folgt Stellung:

"As a soldier you are held to a different standard. You can't go and say things that are going to offend the order and discipline of the military. Soldiers understand that you can't divorce yourself from being a soldier."⁵

Nachdem *Watada* sich weigerte, mit seiner Einheit in den Irak zu verlegen, wurde ein Verfahren gegen ihn eingeleitet. Als Vorverfahren wurde eine Anhörung nach Artikel 32 des *United States Uniform Code of Military Justice* durchgeführt, in der die Anklagepunkte „contempt toward officials“ fallen gelassen worden sind. Das eigentliche Militärgerichtsverfahren endete am 07.02.2007 aus formellen Gründen vorerst ergebnislos.⁶ Der Richter, Lieutenant Colonel *John Head*, begründete seine Entscheidung mit der Tatsache, dass *Watada* sich nicht vollständig über die Folgen im Klaren war, als er ein Dokument unterschrieb, in dem er ausführte, er weigere sich als Werkzeug („tool“) der Bush-Regierung zu dienen.⁷ Von Bedeutung ist, dass der Richter es bereits abgelehnt hat, über die Rechtmäßigkeit des Krieges gegen den Irak zu entscheiden.⁸ Ein neues Militärgerichtsverfahren ist für den 19.03.2007 angesetzt.⁹

III. Malcolm Kendall-Smith

Malcolm Kendall-Smith war ein Flight Lieutenant im Sanitätsdienst der Royal Air Force. Nachdem er bereits zwei Mal im Irak eingesetzt war, weigerte er sich im Juni und Juli 2005 ein weiteres Mal im Irak Dienst zu tun. Er sei zu dem Entschluss gekommen, dass die Invasion des Iraks rechtswidrig sei; ebenso wenig könne die nachfolgende Besetzung durch entsprechende UN-Resolutionen gerechtfertigt werden. Wörtlich führte er aus:

„I have satisfied myself that the actions of the armed forces with the deployment of troops were an illegal act - as indeed was the conflict. To comply with an order that I believe unlawful places me in breach of domestic and international law, something I am not prepared to do.“

The invasion and occupation of Iraq is a campaign of imperial military conquest and falls into the category of criminal acts. I would have had criminal responsibility vicariously if I had gone to Iraq.“¹⁰

⁴ Vgl. The Daily Telegraph vom 22.11.2006, S. 18.

⁵ The Guardian vom 03.02.2007, S. 25.

⁶ <http://news.bbc.co.uk/2/hi/americas/6340897.stm> (21.02.2007).

⁷ Vgl.

http://seattletimes.nwsourc.com/html/localnews/2003560267_watada7m0.html (21.02.2007).

http://seattlepi.nwsourc.com/local/302733_court martial07ww.html?source=myspi (21.02.2007).

⁹ <http://news.bbc.co.uk/2/hi/americas/6340897.stm> (21.02.2007).

¹⁰ The Independent vom 14.04.2006, S. 1.

Am 13.04.2006 wurde *Kendall-Smith* wegen „calculated and deliberate disobedience“ in fünf Fällen in einem Militärgerichtsverfahren zu acht Monaten Freiheitsstrafe verurteilt und aus dem Dienst entlassen.¹¹ Bereits während eines Vorverfahrens lehnte es das Gericht ab, die Frage der Rechtmäßigkeit des Angriffs auf den Irak im Jahr 2003 zu erörtern.¹²

Judge Advocate *Jack Bayliss* sagte vor der offiziellen Urteilsbegründung zu *Kendall-Smith*:

"You have, in the view of the court, sought to make a martyr of yourself. You have shown a degree of arrogance which is amazing. Obedience of orders is at the heart of any disciplined force. Refusal to obey orders means that the force is not a disciplined force but a rabble. Those who wear the Queen's uniform cannot pick and choose which orders they will obey. Those who seek to do so must face the serious consequences."¹³

Weiterhin argumentierte das Gericht, dass die Anwesenheit britischer Truppen im Irak durch den Willen der irakischen Regierung und UN-Resolutionen gerechtfertigt sei. *Kendall-Smith* könne sich auch nicht darauf berufen, dass er sich an einer strafbaren Handlung beteiligen würde, da er wegen seines geringen Dienstgrades nicht genügend Verantwortung trage:

The crime of aggression is a „crime which can only be committed by those responsible for the policy of a nation at the top of government or of the armed forces and that responsibility for it does not trickle down to those at lower levels of the chain of command. The order for you to go to Basra cannot therefore have made you complicit to such a crime given your junior rank and position as a doctor.“¹⁴

IV. Florian Pfaff

1. Sachverhalt

Am 20.03.2003 suchte Major *Florian Pfaff*, ein 48-jähriger Berufssoldat, einen Militärgeistlichen sowie einen Truppenarzt auf, um mit beiden seine ethischen und rechtlichen Bedenken gegen den Irak-Krieg zu erörtern. Daraufhin wurde Pfaff zur stationären psychiatrischen Untersuchung in das Bundeswehrkrankenhaus Koblenz eingewiesen. Nachdem sich kein pathologischer Befund feststellen ließ, kehrte er am 27.03.2003 in Zivilkleidung und einer angesteckten weißen Stoffblume in seine Dienststelle zurück. *Pfaff* weigerte sich am 07.04.2003 dem schriftlich und mündlich erteilten Befehl seines Vorgesetzten nachzukommen, weiter an der Entwicklung des Software-Programms „SASPF“, mit dem die unterschiedlichen Computerprogramme der Bundeswehr vernetzt werden sollen,¹⁵ mitzuarbeiten.

¹¹ The Daily Telegraph vom 14.04.2006, S. 6.

¹² The Times vom 23.03.2006, S. 27.

¹³ The Daily Telegraph vom 14.04.2006, S. 6.

¹⁴ The Guardian vom 14.04.2006, S. 3.

¹⁵ Durch dieses Projekt sollen die Wirksamkeit und Effizienz der Bundeswehr „besonders im Rahmen multinationaler

Er machte geltend, es sei mit seinem Gewissen nicht zu vereinbaren, Befehle zu befolgen, die geeignet seien, Kriegshandlungen im Irak zu unterstützen. Er sehe den Irak-Krieg als völkerrechtswidrig an; die Unterstützungsleistungen der Bundesrepublik für die alliierten Streitkräfte, wie die Stationierung deutscher ABC-Abwehrtruppen in Kuwait, die Beteiligung deutscher Soldaten an AWACS-Flügen, die Bewachung von US-Liegenschaften in der Bundesrepublik sowie die Gewährung von Überflug- und Landrechten seien verfassungs- und völkerrechtswidrig.

In erster Instanz hat das Truppendienstgericht (TDG) Nord Major *Pfaff* eines Dienstvergehens für schuldig befunden und in den Dienstgrad eines Hauptmanns herabgesetzt.¹⁶ Das TDG Nord war der Ansicht, dass keine Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Befehle bestanden und zwar unabhängig davon, ob das militärische Vorgehen der USA und seiner Verbündeten gegen den Irak als Angriffskrieg zu werten und ob die Bundesrepublik daran beteiligt sei. Vielmehr stelle die dienstliche Tätigkeit des Soldaten „weder unmittelbar noch mittelbar eine Unterstützung des bewaffneten Eingreifens der USA im Irak dar“.¹⁷ Der Soldat habe sich auch nicht in einem unvermeidbaren Verbotsirrtum befunden, da es für jedermann auf der Hand liege, dass zwischen den dienstlichen Verpflichtungen des Soldaten und dem Irak-Krieg keinerlei Kausalzusammenhang bestehe. Dies hätte *Pfaff* als langjähriger Berufssoldat und Staboffizier auch unschwer erkennen können und müssen.¹⁸ Damit habe der Soldat als Untergebener und Vorgesetzter „schwerwiegend versagt“. Dennoch hat das TDG Nord es entgegen dem Antrag des Wehrdisziplinaranwaltes abgelehnt, den Soldaten aus dem Dienstverhältnis zu entfernen. Er sei wegen seiner hervorragenden dienstlichen Leistungen und seiner ernsthaften Auseinandersetzung mit der Frage, ob er sich strafbar machen oder Untergebene zur Begehung einer Straftat verleiten würde, lediglich zum Hauptmann zu degradieren.¹⁹ Sowohl *Pfaff* als auch der Wehrdisziplinaranwalt haben gegen das Urteil Berufung eingelegt.

Operationen“ gesteigert werden. Im Rahmen des „künftigen Aufgabenspektrums“ (vgl. Verteidigungspolitische Richtlinien vom 21.03.2003, Nr. 87) soll durch die Vernetzung der sechs „Fähigkeitskategorien“ (Führungsfähigkeit, Nachrichtengewinnung und Aufklärung, Mobilität, Wirksamkeit im Einsatz, Unterstützungs- und Durchhaltefähigkeit, Überlebensfähigkeit und Schutz) durch SASPF u. a. die Interoperabilität mit den Streitkräften anderer Nationen gewährleistet werden.

¹⁶ TDG Nord, Urte. vom 09.02.2004 – N 1 VLVL 24/03 (nicht veröffentlicht).

¹⁷ TDG Nord, Urte. vom 09.02.2004 – N 1 VLVL 24/03, S. 7.

¹⁸ TDG Nord, Urte. vom 09.02.2004 – N 1 VLVL 24/03, S. 7.

¹⁹ TDG Nord, Urte. vom 09.02.2004 – N 1 VLVL 24/03, S. 8.

Der 2. Wehrdienstsenat des Bundesverwaltungsgerichts hat der Auffassung des TDG Nord und des Wehrdisziplinaranwalts ausdrücklich widersprochen und *Pfaff* freigesprochen.²⁰ Das Bundesverwaltungsgericht hat anerkannt, dass die am 07.04.2003 erteilten Weisungen Befehle im Sinne von § 2 Nr. 2 WStG sind. Jedoch werde die Pflicht zum Gehorsam gem. § 11 Abs. 1 Satz 1 Soldatengesetz (SG) hier durch das Grundrecht auf Gewissensfreiheit gemäß Art. 4 Abs. 1 GG beschränkt.

Im Folgenden werden die wesentlichen Aussagen des Urteils, das sich über 126 Seiten zieht, dargestellt. Dabei soll nicht geklärt werden, ob der Krieg gegen den Irak und die Unterstützungsleistungen der Bundesrepublik tatsächlich völkerrechtswidrig sind oder waren.²¹ Vielmehr soll das Urteil im Hinblick auf die Aussagen bezüglich der Gehorsamsverweigerung aus Gewissensgründen untersucht werden. Dabei wird nur auf den zweiten Anschuldigungspunkt eingegangen.

2. Grundlagen des Befehlsrechts

Es ist eine triviale Aussage, dass die Pflicht zum Gehorsam zu den zentralen Dienstpflichten eines jeden Soldaten gehört.²² Keiner näheren Begründung bedarf der Grundsatz, dass selbstverständlich jeder rechtmäßige Befehl auszuführen ist. Aber auch der rechtswidrige Befehl ist nach der h.M. und dem Gesetzeswortlaut verbindlich,²³ es sei denn, es liegen Unverbindlichkeitsgründe vor.²⁴ Erst bei besonders gravierenden Rechtswidrigkeitsgründen kann ein Befehl unverbindlich werden. Unverbindliche

²⁰ NJW 2006, 77. Das Urteil wird im Folgenden nach den Seitenzahlen des Umdrucks zitiert, siehe www.bundesverwaltungsgericht.de/media/archive/3059.pdf.

Vgl. zu dem Urteil aus dem juristischen Schrifttum *Markus Kotzur*, Gewissensfreiheit contra Gehorsamspflicht oder: der Irak-Krieg auf verwaltungsgerichtlichem Prüfstand, JZ 2006, 25 ff.; *Timo Hebler*, Anmerkung zum Urteil des Bundesverwaltungsgerichts zur Gewissensfreiheit der Soldaten, KJ 2006, 209 ff.; *Manuel Ladiges*, Das BVerwG und die Gewissensfreiheit der Soldaten, NJW 2006, 956; *Stefan Sohm*, Vom Primat der Politik zum Primat des Gewissens?, NZWehrr 2006, 1 ff.; *Ulrich Battis*, Urteilsanmerkung, DVBl. 2005, 1462 f.; *Klaus Dau*, Urteilsanmerkung, NZWehrr 2005, 255 ff.; *Frank Schaftrank*, Die Gewissensfreiheit der Soldaten – Anmerkung zum Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 21. Juni 2005 – (2 WD 12.04) –, NZWehrr 2005, 234 ff.

²¹ Vgl. hierzu die ausführliche Dokumentation von *Kai Ambos/Jörg Arnold* (Hrsg.), *Der Irak-Krieg und das Völkerrecht*, 1. Auflage 2004, insbesondere S. 113 ff.

²² Ständige Rechtsprechung: BVerwGE 83, 196 (199); BVerwG, NZWehrr 1995, 211.

²³ BVerwG, NZWehrr 1969, 65 (66); *Elmar Vitt*, Rechtsprobleme des so genannten „gefährlichen Befehls“, NZWehrr 1994, 45 m.w.N. in Fn. 1.

²⁴ Dies wurde vom Reichsgericht (RGSt 59, 330 [335]) unter der Geltung der alten Rechtslage noch anders gesehen. Diese Auffassung ist jedoch durch § 22 Abs. 1 Satz 1 WStG überholt.

Befehle muss ein Soldat nicht ausführen; in bestimmten Fällen darf er sie sogar nicht ausführen.

Der Gesetzgeber hat mit der grundsätzlichen Verbindlichkeit des rechtswidrigen Befehls das militärische Bedürfnis des Gehorsams über die objektive Unverletzlichkeit der Rechtsordnung gestellt. Dadurch entfällt grundsätzlich die Verpflichtung des Untergebenen, schwierige Überlegungen über die Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit des Befehls anzustellen.²⁵ Überwiegend wird vertreten, dass grundsätzlich die Rechtmäßigkeit und Verbindlichkeit des Befehls zu vermuten sei, da der Untergebene aufgrund der Bindung aller Dienststellen an Gesetz und Recht gemäß Art. 20 Abs. 3 GG und an die Grundrechte gemäß Art. 1 Abs. 3 GG regelmäßig von der Rechtstreue seiner Vorgesetzten ausgehen dürfe.²⁶ Zugleich ist der Untergebene für die Ausführung rechtswidriger Befehle nicht verantwortlich.

Zunächst stellt das Bundesverwaltungsgericht sieben Fallgruppen der Unverbindlichkeit eines Befehls dar. Diese sind: Verstoß gegen die Menschenwürde, Fehlen eines dienstlichen Zwecks, Begehung einer Straftat, Unmöglichkeit oder Sinnlosigkeit, Verstoß gegen Art. 26 Abs. 1 Satz 1 GG, Verstoß gegen allgemeine Regeln des Völkerrechts (Art. 25 GG) und zuletzt Verstoß gegen Art. 4 Abs. 1 GG. Im Folgenden werden nur die Ausführungen zur Gewissensfreiheit dargestellt, da das Bundesverwaltungsgericht keine Entscheidung in Bezug auf die anderen Fallgruppen getroffen hat.

Ein Befehl sei unverbindlich, wenn dem Untergebenen „die Ausführung nach Abwägung aller maßgeblichen Umstände nicht zugemutet werden kann“.²⁷ Dieser Unverbindlichkeitsgrund sei im Übrigen in Rechtsprechung und Literatur seit langem anerkannt.²⁸ Das Bundesverwaltungsgericht betont jedoch auch, dass „die Voraussetzungen im Einzelfall bislang nicht hinreichend geklärt“ sind.²⁹

Teilweise wird die Unverbindlichkeit bereits dann bejaht, wenn in ein Grundrecht eingegriffen wird, das weder nach Art. 17a GG einschränkbar noch

mit einem Gesetzesvorbehalt versehen ist.³⁰ So meint *Hirschmann*, dass Art. 4 Abs. 1 GG auch im Wehrdienstverhältnis „keinerlei Einschränkung“ erfahren dürfe.³¹ Im Ergebnis würden solche „grundrechtswidrigen Befehle“ keinen Anspruch auf Gehorsam auslösen, da ihnen die Rechtswidrigkeit auf die Stirn geschrieben stehe.³² Diese Ansicht berücksichtigt jedoch nicht, dass Eingriffe in vorbehaltlose Grundrechte durch verfassungsimmanente Schranken gerechtfertigt werden können und ist daher abzulehnen.

Das Bundesverwaltungsgericht greift auf seine frühere Rechtsprechung zurück, wonach ein Untergebener sich gegenüber einem erteilten Befehl auf sein Grundrecht auf Gewissensfreiheit berufen kann:³³

„Unter Umständen kann im Konflikt mit anderen Verfassungsbestimmungen in der konkreten Lage, in der es innerlich unabweisbar ist, sich zu entscheiden, auch dem Grundrecht der Freiheit des Gewissens nach Art. 4 Abs. 1 GG gegenüber einem Befehl das höhere Gewicht zukommen mit der Folge, dass der Befehl unverbindlich ist.“

3. Die Begründung im Einzelnen

a) Unverbindlichkeit wegen Verstoßes gegen die Gewissensfreiheit

Bereits aus § 11 Abs. 1 Satz 2 SG ergebe sich, dass ein Soldat Befehle nur „gewissenhaft“ auszuführen hat, der Soldat habe also nicht „gewissenlos“, sondern „gewissenhaft“ zu gehorchen. Das Soldatengesetz fordere gerade keinen „unbedingten“ oder „bedingungslosen“, sondern vielmehr einen „mitdenkenden“ Gehorsam,³⁴ der auch die Folgen der Befehlsausführung, insbesondere im Hinblick auf die „ethischen Grenzmarken des eigenen Gewissens“ berücksichtigt.³⁵ Die Befehlsgebung müsse daher immer grundrechtskonform sein.

Entstehungsgeschichtlich sei zu berücksichtigen, dass bei der Ergänzung des Grundgesetzes durch die so genannte „Wehrverfassung“ und die Verabschiedung der entsprechenden einfachgesetzlichen Vorschriften ausdrücklich

²⁵ Vgl. aber zur Pflicht zur Erhebung von Gegenvorstellungen in bestimmten Fällen BGHSt 19, 231; *Hans-Günter Schwenk*, Die Gegenvorstellung im System von Befehl und Gehorsam, FS Dreher, 1977, S. 495 ff.

²⁶ BVerwG, NZWehr 1969, 65 (66); *Eric Lingens/Hartmut Marignoni*, Vorgesetzter und Untergebener, 3. Auflage 1987, S. 58; *Werner Hirschmann*, Der Ungehorsam im Wehrrecht, 1. Auflage 1970, S. 29; *Günter Stratenwerth*, Verantwortung und Gehorsam, 1. Auflage 1958, S. 52, 99 ff., 165 ff. Ob diese Annahme tatsächlich zutrifft, sei hier dahin gestellt.

²⁷ BVerwG 2 WD 12.04, S. 36; vgl. Bundesdisziplinarhof, NZWehr 1959, 98 ff.

²⁸ Vgl. die Nachweise bei BVerwG 2 WD 12.04, S. 37.

²⁹ BVerwG 2 WD 12.04, S. 37.

³⁰ *Siegfried Mann*, Grundrechte und militärisches Statusverhältnis, DÖV 1960, 409 (415); vgl. *Werner Hirschmann*, Der Ungehorsam im Wehrrecht, S. 85 f.

³¹ *Werner Hirschmann*, Der Ungehorsam im Wehrrecht, S. 98 f.

³² *Werner Hirschmann*, Der Ungehorsam im Wehrrecht, S. 86, 99; *Hartmut Olboeter*, Die Gehorsamspflicht des Soldaten der Bundeswehr und das Grundrecht auf Gewissensfreiheit gemäß Art. 4 Grundgesetz, 1. Auflage 1975, S. 148; *Siegfried Mann*, Grundrechte und militärisches Statusverhältnis, DÖV 1960, 409 (415).

³³ BVerwGE 83, 358 (360 f.); 93, 323 (329); BVerwG v. 27.01.1993 – 2 WD 23.92; BVerwG v. 07.09.1993 – 2 WD 15.93, 24.93; BVerwG v. 09.09.1993 – 2 WD 11.93.

³⁴ Vgl. BVerwGE 93, 100 (104).

³⁵ BVerwG 2 WD 12.04, S. 47.

bestimmt worden ist, dass die Soldaten der Bundeswehr „die gleichen staatsbürgerlichen Rechte wie jeder andere Staatsbürger“ haben (§ 6 Abs. 1 SG). Dies stelle eine bewusste Abkehr von der deutschen Verfassungsgeschichte dar, in der die Grundrechtsausübung von Soldaten immer unter einem weiten Gesetzesvorbehalt stand.³⁶ Art. 17a GG sehe lediglich durch eine enumerative Aufzählung vor, dass einzelne Grundrechte durch „Gesetze über Wehrdienst und Ersatzdienst“ eingeschränkt werden dürfen. Damit komme jedem Soldaten eine verfassungsrechtliche Garantie aller in dieser Vorschrift nicht ausdrücklich genannten Grundrechte zu.³⁷

Von „zentraler Bedeutung“ sei weiterhin die Änderung des Art. 1 Abs. 3 GG im Zuge der Einführung der Wehrverfassung. Durch die Ersetzung des Wortes „Verwaltung“ durch „vollziehende Gewalt“ sei klargestellt worden, dass auch die Bundeswehr in die strikte Grundrechtsbindung einbezogen ist. Jegliche Sonderstellung der Streitkräfte im demokratischen und sozialen Rechtsstaat sollte damit verhindert werden.³⁸

Im Folgenden definiert das Gericht Gewissen als „ein real erfahrbares seelisches Phänomen [...], dessen Forderungen, Mahnungen und Warnungen für Menschen unmittelbar evidente Gebote unbedingten Sollens sind“.³⁹ Weiterhin führt es die ständige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts an. Danach ist eine Gewissensentscheidung „jede ernste sittliche, d. h. an den Kategorien von Gut und Böse orientierte Entscheidung [...], die der Einzelne in seiner bestimmten Lage als für sich bindend und unbedingt innerlich verpflichtend erfährt, so dass er gegen sie nicht ohne ernste Gewissensnot handeln könnte“.⁴⁰

Art. 4 Abs. 1 GG habe auch eine negatorische Funktion, die davor schütze, nicht von der öffentlichen Gewalt verpflichtet zu werden, gegen Gebote und Verbote des Gewissens zu handeln.⁴¹ Insofern könne nach Art. 4 Abs. 1 GG eine Freistellung von der Pflicht, gewissensbelastende rechtliche Gebote zu erfüllen, verlangt werden.⁴² Die Gewissensfreiheit beschränke sich nicht auf bestimmte Gewissenskonflikte, vielmehr sei sie „in jeder Hinsicht“ unverletzlich.⁴³

³⁶ Vgl. BVerwG 2 WD 12.04, S. 47 ff. zu den verschiedenen Regelungen seit 1850.

³⁷ BVerwG 2 WD 12.04, S. 50.

³⁸ BVerwG 2 WD 12.04, S. 50.

³⁹ BVerwG 2 WD 12.04, S. 51.

⁴⁰ BVerwG 2 WD 12.04, S. 51; vgl. BVerfGE 12, 45 (54 f.); 48, 127 (173 f.).

⁴¹ BVerwG 2 WD 12.04, S. 52; vgl. BVerfGE 78, 391 (395); BVerfG, NJW 1999, 3399 (3403).

⁴² BVerwG 2 WD 12.04, S. 54.

⁴³ BVerwG 2 WD 12.04, S. 53.

b) Verhältnis von Art. 4 Abs. 1 zu Art. 4 Abs. 3 GG

In diesem Zusammenhang kommt das Gericht nicht an der Klärung des Verhältnisses zwischen der allgemeinen Gewissensfreiheit gem. Art. 4 Abs. 1 GG und dem Recht zur Kriegsdienstverweigerung gem. Art. 4 Abs. 3 GG vorbei. Das Gericht führt in einer der wichtigsten Urteilspassagen aus:

„Nach erneuter eingehender Prüfung ist der erkennende Senat unter Bestätigung und Fortentwicklung seiner [...] Rechtsprechung zu dem Ergebnis gelangt, dass auch ein Soldat, der nicht seine Anerkennung als Kriegsdienstverweigerer nach Art. 4 Abs. 3 GG beantragt hat, sich gegenüber einem ihm erteilten Befehl seines militärischen Vorgesetzten auf das Grundrecht der Gewissensfreiheit berufen kann. Die Schutzwirkung des Art. 4 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 1 Abs. 3 GG wird nicht durch Art. 4 Abs. 3 GG verdrängt.“⁴⁴ Aus Art. 4 Abs. 3 GG ergebe „sich nicht, dass ein Soldat, der keinen Antrag auf Anerkennung als Kriegsdienstverweigerer gestellt hat, sich nicht auf sein Grundrecht auf Gewissensfreiheit (Art. 4 Abs. 1 GG) berufen kann“.⁴⁵

Weiterhin ergebe sich aus der Entstehungsgeschichte, dass bei der Einfügung des Kriegsdienstverweigerungsrechts in Art. 4 Abs. 3 GG von keiner Seite beabsichtigt worden ist, den Schutzzumfang der allgemeinen Gewissensfreiheit einzuschränken.⁴⁶ Vielmehr sollte durch Art. 4 Abs. 3 GG der Militärdienst einen ausdrücklichen Schutz erfahren.⁴⁷

Auch der Systematik sei nicht zu entnehmen, dass Art. 4 Abs. 3 GG eine abschließende Spezialregelung für den Schutz der Gewissensfreiheit innerhalb eines Wehrdienstverhältnisses ist. Vielmehr werde auch durch den besonderen Schutz des Gewissens für Abgeordnete des Deutschen Bundestages gem. Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG der allgemeine Schutz des Art. 4 Abs. 1 GG nicht beschränkt oder gar verdrängt.⁴⁸

Regelungszweck des Art. 4 Abs. 1 Satz 1 GG sei das verfassungsrechtliche Verbot des Zwanges zum Kriegsdienst mit der Waffe.⁴⁹ Art. 4 Abs. 3 GG beziehe sich allein auf die zwangsweise Heranziehung zum Wehrdienst, ohne jedoch die Rechte von Berufs- oder Zeitsoldaten einzuschränken.⁵⁰ Daraus lasse sich nicht ableiten, dass Soldaten auf Zeit oder Berufssoldaten, die nicht den „Kriegsdienst mit der Waffe“ ablehnen und

⁴⁴ BVerwG 2 WD 12.04, S. 46.

⁴⁵ BVerwG 2 WD 12.04, S. 57.

⁴⁶ BVerwG 2 WD 12.04, S. 60 f.

⁴⁷ BVerwG 2 WD 12.04, S. 62.

⁴⁸ BVerwG 2 WD 12.04, S. 62.

⁴⁹ BVerwG 2 WD 12.04, S. 63. Es kann auch schon der „Friedensdienst mit der Waffe“ nach Art. 4 Abs. 3 GG verweigert werden. Dies ergibt sich zum einen daraus, dass der Ersatzdienst an Stelle des Wehrdienstes tritt und zum anderen daraus, dass der Staat kein Interesse daran hat, Rekruten im Frieden an der Waffe auszubilden, die dann im Extremfall doch keinen „Kriegsdienst mit der Waffe“ leisten würden.

⁵⁰ BVerwG 2 WD 12.04, S. 63 f.

damit ihre grundsätzliche Bereitschaft zum Kriegsdienst bejahen, die Möglichkeit auf die Berufung auf ihr allgemeines Grundrecht der Gewissensfreiheit verlieren.⁵¹ Art. 4 Abs. 3 GG schütze nur vor der verfassungsrechtlich auferlegten Pflicht zum Kriegsdienst.⁵² Zugleich bedeute dies: „Soldaten gehen ihres nach Art. 4 Abs. 1 GG unverletzlichen Grundrechts auf ‚Freiheit des Gewissens‘ nicht verlustig, wenn sie keinen Antrag auf Anerkennung als Kriegsdienstverweigerer stellen und Soldaten der Bundeswehr bleiben wollen.“⁵³ Dies stehe auch nicht im Widerspruch zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, nach der Art. 4 Abs. 3 GG eine abschließende Regelung „im Bereich der *Wehrpflicht* [Hervorhebung des Verfassers]“ darstellt.⁵⁴

Zuletzt geht das Bundesverwaltungsgericht noch auf die Rechtsprechung zur „situationsbedingten Kriegsdienstverweigerung“ ein, wonach eine Anerkennung eines Wehrpflichtigen als Kriegsdienstverweigerer nicht möglich ist, wenn dieser den Waffendienst nicht schlechthin, sondern lediglich die Teilnahme an bestimmten Kriegen ablehnt.⁵⁵ Trotz dieser Rechtsprechung sei „strikt“ zwischen einem Antrag auf Anerkennung als Kriegsdienstverweigerer nach Art. 4 Abs. 3 GG und der Berufung eines Soldaten auf die Gewissensfreiheit nach Art. 4 Abs. 1 GG gegenüber einem Befehl zu unterscheiden, denn der Befehlsverweigerer wolle gerade nicht von der Wehrpflicht an sich befreit werden. Vielmehr gehe es ihm darum, in einem fortbestehenden Dienstverhältnis seine Gewissensfreiheit im konkreten Einzelfall in Anspruch zu nehmen.⁵⁶

4. Gewissensentscheidung im Einzelnen

Das Bundesverwaltungsgericht prüft im Folgenden, ob im vorliegenden Fall eine Gewissensentscheidung vorgelegen hat und bejaht dies: Der Soldat habe glaubhaft und nachvollziehbar die Umstände dargelegt, die auf die „Ernsthaftigkeit, Tiefe und Unabdingbarkeit der geltend gemachten Gewissensentscheidung, namentlich auch auf die Glaubwürdigkeit seiner Persönlichkeit und seine Bereitschaft zur

Konsequenz schließen lassen“.⁵⁷ Seine Entscheidung habe in einer besonderen Situation stattgefunden, die der Soldat weder „vordergründig und leichtfertig angenommen noch bewusst herbeigeführt“ habe. Als Hintergrund nennt das Gericht den am 20.03.2003 begonnenen Krieg gegen den Irak und die deutschen Unterstützungsleistungen hierzu, gegen die „gravierende völkerrechtliche Bedenken“ bestünden. Diese Bedenken habe sich der Soldat zu Eigen gemacht.⁵⁸ Die konkreten Unterstützungsleistungen der Bundesrepublik hätten beim Soldaten „schwere Gewissenskonflikte ausgelöst“.⁵⁹ Zum Zeitpunkt des vorgeworfenen Dienstvergehens am 07.04.2003 sei jedenfalls nicht auszuschließen gewesen, dass der Soldat durch seine Mitarbeit am SASPF-Projekt auch Unterstützungsleistungen für den Irak-Krieg erbrachte. Es sei nicht erforderlich, dass die dienstliche Tätigkeit den Irak-Krieg tatsächlich unterstützte; vielmehr sei bereits die „ernsthafte Möglichkeit“ der Unterstützung ausreichend, um eine schwere Gewissensbelastung zu rechtfertigen.⁶⁰

Es sei nachvollziehbar, dass sich der Soldat mit der Frage auseinandergesetzt hat, ob seine dienstliche Tätigkeit in Form der Mitwirkung an dem SASPF-Projekt die Führung des Irak-Krieges zumindest mittelbar erleichterte oder gar förderte. Die reine Befürchtung des Soldaten, er beteilige sich an Unterstützungsleistungen, sei bereits ausreichend. Diese Befürchtung sei auch anhand der Aussagen von ehemaligen Vorgesetzten des Soldaten hinreichend belegt.⁶¹

Mit einer solchen Situation habe der Soldat weder bei seinem Eintritt in die Bundeswehr noch bei seiner Ernennung zum Berufssoldaten rechnen müssen. Vielmehr durfte er davon ausgehen, dass „ihm im Rahmen seines Dienstverhältnisses militärische Befehle lediglich unter Beachtung der sich aus dem Soldatengesetz und dem Grundgesetz ergebenden Grenzen erteilt würden und dass er in einem demokratischen Rechtsstaat nur solche Befehle seiner Vorgesetzten auszuführen hat“.⁶² Er habe jedoch nicht damit zu rechnen gehabt, dass die Bundesrepublik Unterstützungsleistungen erbringt, gegen die „gravierende völkerrechtliche

⁵¹ BVerwG 2 WD 12.04, S. 64.

⁵² Vgl. BVerfGE 12, 45 (57).

⁵³ BVerwG 2 WD 12.04, S. 64.

⁵⁴ BVerwG 2 WD 12.04, S. 65. Siehe auch BVerfGE 19, 135 (138). In dieser Entscheidung ging es um die Frage, ob der Kriegsdienst bzw. der Ersatzdienst auf Grundlage des Art. 4 Abs. 1 GG verweigert werden kann. Dies hat das BVerfG verneint, da Art. 4 Abs. 3 GG die Wirkungen der Gewissensfreiheit „im Bereich der Wehrpflicht abschließend“ regelt.

⁵⁵ Vgl. die umfassende Rechtsprechungsübersicht bei BVerwGE 74, 72 (74 f.). Kritisch dazu *Adolf Arndt*, Das Grundrecht der Kriegsdienstverweigerung, NJW 1957, 361 ff.

⁵⁶ BVerwG 2 WD 12.04, S. 69.

⁵⁷ BVerwG 2 WD 12.04, S. 70 f.

⁵⁸ BVerwG 2 WD 12.04, S. 71. Das Bundesverwaltungsgericht benutzt die Formulierung „gravierende völkerrechtliche Bedenken“ im Zusammenhang mit dem Irak-Krieg bzw. den deutschen Unterstützungsleistungen insgesamt 15 mal in dem Urteil.

⁵⁹ BVerwG 2 WD 12.04, S. 71.

⁶⁰ BVerwG 2 WD 12.04, S. 72.

⁶¹ BVerwG 2 WD 12.04, S. 96 f. Das Bundesverwaltungsgericht widerspricht hier deutlich dem TDG Nord, das entschieden hatte, „es liegt für jedermann auf der Hand“, dass die Arbeit am SASPF-Projekt den Irak-Krieg weder unmittelbar noch mittelbar gefördert habe.

⁶² BVerwG 2 WD 12.04, S. 98.

Bedenken“ bestünden und damit in eine Situation geraten könnte, dass seine dienstliche Tätigkeit ein Teil dieser Unterstützungsleistungen darstellen könnte.⁶³

Für den Senat stehe „zur vollen Überzeugung“ fest, dass sich die Gewissensentscheidung des Soldaten an den Kategorien von „Gut und Böse“ orientiert hat und von „der erforderlichen Ernsthaftigkeit, Tiefe und Unabdingbarkeit des für ihn ethisch Gebotenen geprägt war, so dass er dagegen nicht ohne ernste Gewissensnot handeln konnte“.⁶⁴

5. Bewertung des Irak-Krieges und der Unterstützungsleistungen der Bundesrepublik

Das Bundesverwaltungsgericht lässt es sich nicht nehmen, seine Rechtsauffassung zu den am 20.03.2003 gegen den Irak eingeleiteten „offensiven militärischen Kampfhandlungen“ darzustellen. In Betracht komme vor allem ein Verstoß gegen das völkerrechtliche Gewaltverbot gem. Art. 2 Nr. 4 UN-Charta. Eine Rechtfertigung der militärischen Operationen ergebe sich nicht aus Resolutionen des UN-Sicherheitsrates nach Art. 39 und 42 UN-Charta, da diese im Frühjahr 2003 keine völkerrechtlich wirksame Ermächtigungsgrundlage für Kampfhandlungen gegen den Irak darstellten.⁶⁵ Weiterhin sei auch aus dem Selbstverteidigungsrecht gem. Art. 51 UN-Charta keine Rechtfertigung abzuleiten. Es sei zweifelhaft, ob die Grundvoraussetzung der Selbstverteidigung, der „bewaffnete Angriff“ (durch den Irak), zum Zeitpunkt der militärischen Operationen vorgelegen habe.⁶⁶ Dies könnte allenfalls dann bejaht werden, wenn ein *drohender* Angriff bereits das Selbstverteidigungsrecht auslöst, d. h., wenn Art. 51 UN-Charta auch ein „präventives Selbstverteidigungsrecht“ beinhaltet. Zunächst ist das Gericht mit der Anerkennung eines „präventiven Selbstverteidigungsrechts“ zurückhaltend;⁶⁷ aber selbst, wenn ein solches bestünde, seien dessen Voraussetzungen nicht gegeben. Ein präventives Selbstverteidigungsrecht setze nämlich eine Gefahrenlage voraus, die „gegenwärtig und überwältigend“ ist und „keine Wahl der Mittel und

keinen Augenblick zur Überlegung lässt“.⁶⁸ Dagegen lasse sich die Herausbildung eines darüber hinausgehenden „präventiven Selbstverteidigungsrechts“ durch entsprechendes Völkergewohnheitsrecht nicht feststellen.⁶⁹

Daraus folge, dass auch gegen die Unterstützungsleistungen der Bundesrepublik „gravierende rechtliche Bedenken“ bestehen. Ein Verstoß gegen das völkerrechtliche Gewaltverbot könne nicht schon auf Grund der öffentlichen Erklärungen von Bundeskanzler Schröder verneint werden, „dass sich deutsche Soldaten nicht an Kampfhandlungen beteiligen werden“⁷⁰. Vielmehr könne die Unterstützung einer völkerrechtswidrigen Militäraktion auch auf andere Weise als durch die militärische Teilnahme an Kampfhandlungen erfolgen.⁷¹ Anhaltspunkte, wann eine Unterstützungsleistung völkerrechtswidrig ist, ließen sich aus der „Aggressionsdefinition“⁷² und dem völkerrechtlichen Neutralitätsrecht ableiten. Demnach stehe einem Staat nicht frei, sich auf der Seite des Aggressors an einem militärischen Konflikt zu beteiligen.⁷³ Ein neutraler Staat, d. h. ein Staat, der sich nicht an einem bewaffneten Konflikt beteiligt, dürfe auf seinem Territorium keine Konfliktpartei unterstützen, insbesondere keine Hindurchführung von Truppen, Munitions- oder Verpflegungskolonnen dulden.⁷⁴ Die Bundesrepublik sei von diesen völkerrechtlichen Verpflichtungen nicht dadurch freigestellt, dass sie Mitglied der NATO ist, der auch Länder der „Kriegskoalition“ gegen den Irak angehören.⁷⁵ Denn entgegen der Auffassung der Bundesregierung, die durch die Unterstützungsleistungen glaubte, den „politischen Verpflichtungen Rechnung getragen [zu haben], die sich aus dem NATO-Vertrag sowie den entsprechenden Abkommen ergeben“,⁷⁶ sehen weder der NATO-Vertrag noch andere Abkommen eine Verpflichtung der Bundesrepublik vor, „entgegen der UN-Charta und dem geltenden

⁶³ BVerwG 2 WD 12.04, S. 98 f.

⁶⁴ BVerwG 2 WD 12.04, S. 99. Diese Gründe für seine „volle Überzeugung“ führt das Gericht auf den Seiten 99-105 ausführlich aus, wobei es insbesondere auf die Persönlichkeit des Soldaten abstellt.

⁶⁵ BVerwG 2 WD 12.04, S. 73. Das Gericht begründet diese Auffassung ausführlich auf den Seiten 73-77.

⁶⁶ BVerwG 2 WD 12.04, S. 78.

⁶⁷ Vgl. aus der neueren Literatur zur „präventiven“ bzw. „präemptiven Selbstverteidigung“ Thomas Breitwieser, Vorweggenommene Selbstverteidigung und das Völkerrecht, NZWehr 2005, 45 ff. m.w.N.

⁶⁸ BVerwG 2 WD 12.04, S. 79. Dabei beruft sich das Gericht auf die so genannte „Webster-Formel“ vom 24.04.1841, die auf den damaligen US-Außenminister *Daniel Webster* zurückgeht; vgl. zu dem historischen Hintergrund *R. Y. Jennings*, *The Caroline and McLeod Cases*, AJIL 32 (1938), 82 ff.

⁶⁹ BVerwG 2 WD 12.04, S. 79.

⁷⁰ Vgl. BT-Prot. 15/34, S. 2727 C.

⁷¹ BVerwG 2 WD 12.04, S. 81.

⁷² Vom 14.12.1974 von der Generalversammlung der Vereinten Nationen ohne formelle Abstimmung im Wege des allgemeinen Konsenses als Bestandteil der Resolution 3314 beschlossen. Dort heißt es in Art. 3 f) unter anderem:

„Die Handlung eines Staates, die in seiner Duldung besteht, dass sein Hoheitsgebiet, das er einem anderen Staat zur Verfügung gestellt hat, von einem anderen Staat dazu benutzt wird, eine Angriffshandlung gegen einen dritten Staat zu begehen.“

⁷³ BVerwG 2 WD 12.04, S. 83; vgl. *Michael Bothe*, in *Dieter Fleck* (Hrsg.), *Handbuch des humanitären Völkerrechts in bewaffneten Konflikten*, 1. Auflage 1994, Nr. 1104.

⁷⁴ BVerwG 2 WD 12.04, S. 83 f.

⁷⁵ BVerwG 2 WD 12.04, S. 85.

⁷⁶ Vgl. Bundeskanzler *Gerhard Schröder* in seiner Erklärung vom 19.03.2003, BT-Prot. 15/34, S. 2727 C.

Völkerrecht – völkerrechtswidrige – Handlungen von NATO-Partnern zu unterstützen“.⁷⁷ Vielmehr hätten sich die Mitgliedsstaaten der NATO dazu verpflichtet, die UN-Charta zu befolgen.⁷⁸ Dies heiße zugleich, dass durch Art. 51 UN-Charta nicht gerechtfertigte Militäroperationen auch nicht geeignet seien, den „NATO-Bündnisfall“ nach Art. 5 NATO-Vertrag auszulösen.⁷⁹ Der NATO-Vertrag begründe keine Verpflichtungen, die über die Bindung der deutschen „vollziehenden Gewalt“ an „Recht und Gesetz“ gem. Art. 20 Abs. 3 GG und die „allgemeinen Regeln des Völkerrechts“ nach Art. 25 GG hinausgehen würden.⁸⁰

Aus seiner dargestellten Rechtsauffassung schließt das Bundesverwaltungsgericht, dass gegen die Unterstützungsleistungen der Bundesrepublik im Zusammenhang mit den militärischen Operationen gegen den Irak „gravierende völkerrechtliche Bedenken“ bestehen:⁸¹ Dies gelte jedenfalls in Bezug auf die Gewährung von Überflugrechten, das Zulassen der Entsendung von Truppen, des Transportes von Waffen und militärischen Versorgungsgütern von deutschem Boden aus und alle sonstigen Tätigkeiten, die dazu führen könnten, dass „das Staatsgebiet Deutschlands als Ausgangspunkt oder ‚Drehscheibe‘ für gegen den Irak gerichtete militärische Operationen diene“.⁸²

6. Verfassungsimmanente Schranken der Gewissensfreiheit

Abschließend geht das Bundesverwaltungsgericht auf etwaige verfassungsimmanente Schranken der Gewissensfreiheit ein und führt aus: Im Ergebnis werde Art. 4 Abs. 1 GG – „jedenfalls im vorliegenden Konfliktfall“ – nicht durch die wehrverfassungsrechtlichen Vorschriften des Grundgesetzes unter dem Gesichtspunkt der „Funktionsfähigkeit der Bundeswehr“ verdrängt.⁸³ Das Bundesverwaltungsgericht anerkennt zwar, dass das Bundesverfassungsgericht eine „verfassungsrechtliche Grundentscheidung für eine wirksame militärische Landesverteidigung“ konstatiert und damit der

„Einrichtung“ und „Funktionsfähigkeit“ der Bundeswehr „verfassungsrechtlichen Rang“ zugesprochen hat,⁸⁴ dennoch kollidiere Art. 4 Abs. 1 GG nicht mit dem Regelungsgehalt dieser wehrverfassungsrechtlichen Regelungen.⁸⁵

Aus der Gesetzgebungskompetenz des Art. 73 Nr. 1 GG, ergebe sich nicht, ob und wie in grundrechtliche Gewährleistungen eingegriffen werden darf. Dies sei allein eine Frage des jeweiligen Schutzbereiches und des Gesetzesvorbehaltes.⁸⁶ Ebenso wenig folge aus der Regelung in Art. 87a Abs. 1 GG,⁸⁷ dass vorbehaltlos gewährleistete Grundrechte immer dann zurücktreten müssen, „wenn sich die Berufung auf das Grundrecht in den Augen der jeweiligen Vorgesetzten als für die Bundeswehr ‚störend‘ oder für den Dienstbetrieb ‚belastend‘ darstellt“.⁸⁸ Vielmehr ergebe sich aus der Präambel des Grundgesetzes und Art. 1 Abs. 2 GG, dass „die konkrete Wahrnehmung staatlicher Aufgaben und Befugnisse durch Gesetzgebung, Rechtsprechung und vollziehende Gewalt sich an den grundrechtlichen Geboten und Vorgaben zu orientieren [hat], nicht umgekehrt“.⁸⁹ Weiterhin sei zu beachten, dass Art. 87a Abs. 1 2 GG die Streitkräfte – anders als der vorbehaltlos gewährleistete Art. 4 Abs. 1 GG – einem weiten Regelungsvorbehalt des Gesetzgebers unterwerfe.⁹⁰ Für die Bundeswehr bedeute dies: „Das Grundgesetz normiert damit eine Bindung der Streitkräfte an die Grundrechte, nicht jedoch eine Bindung der Grundrechte an die Entscheidungen und Bedarfslagen der Streitkräfte.“⁹¹

Das Gericht anerkennt ein „Spannungsverhältnis“ zwischen der Befehls- und Kommandogewalt des Bundesministers der Verteidigung gem. Art. 65a GG und der Gewissensfreiheit des einzelnen Soldaten. Allerdings beinhalte Art. 65a GG nicht das Recht, durch Akte der vollziehenden Gewalt vorbehaltlos gewährleistete Grundrechte einzuschränken. Vielmehr stehe die Befehls- und Kommandogewalt – ebenso wie die davon abgeleitete Befehlsgewalt militärischer Vorgesetzter – unter einem „verfassungsrechtlichen Ausübungsvorbehalt“.⁹² Dies heiße konkret, dass Art. 20 Abs. 3, 25 GG auch dann volle Geltung besitzen, „wenn dies

⁷⁷ BVerwG 2 WD 12.04, S. 85.

⁷⁸ Vgl. Art. 1 NATO-Vertrag: „Die Parteien verpflichten sich, in Übereinstimmung mit der Satzung der Vereinten Nationen jeden internationalen Streitfall, an dem sie beteiligt sind, auf friedlichem Wege so zu regeln, dass der internationale Friede, die Sicherheit und Gerechtigkeit nicht gefährdet werden, und sich in ihren internationalen Beziehungen jeder Gewaltandrohung oder Gewaltanwendung zu enthalten, die nicht mit den Zielen der Vereinten Nationen vereinbar ist.“

⁷⁹ BVerwG 2 WD 12.04, S. 86.

⁸⁰ BVerwG 2 WD 12.04, S. 89 f. Das Gericht begründet im Folgenden auf knapp fünf Seiten, dass sich auch aus den Regelungen des NATO-Truppenstatus und des Zusatzabkommens zum NATO-Truppenstatut nichts Gegenteiliges ergebe.

⁸¹ BVerwG 2 WD 12.04, S. 95.

⁸² BVerwG 2 WD 12.04, S. 95.

⁸³ BVerwG 2 WD 12.04, S. 105 f.

⁸⁴ Vgl. BVerfGE 69, 1 (21).

⁸⁵ BVerwG 2 WD 12.04, S. 110.

⁸⁶ BVerwG 2 WD 12.04, S. 110.

⁸⁷ Art. 87a Abs. 1 GG: „Der Bund stellt Streitkräfte zur Verteidigung auf. Ihre zahlenmäßige Stärke und die Grundzüge ihrer Organisation müssen sich aus dem Haushaltsplan ergeben.“

⁸⁸ BVerwG 2 WD 12.04, S. 111.

⁸⁹ BVerwG 2 WD 12.04, S. 111.

⁹⁰ BVerwG 2 WD 12.04, S. 111; vgl. dazu auch BVerfGE 90, 286, 381 f.

⁹¹ BVerwG 2 WD 12.04, S. 111.

⁹² BVerwG 2 WD 12.04, S. 114.

politisch oder militärisch im Einzelfall unter Umständen“ unzumutbar erscheint.⁹³

7. Praktische Konkordanz

Faktische Konflikte zwischen wehrverfassungsrechtlichen Vorschriften und der Gewissensfreiheit müssten im Wege der „praktischen Konkordanz“ gelöst bzw. vermieden werden. Dabei müsse angestrebt werden, einen Gewissenskonflikt unter der „Wahrung berechtigter Belange der Bundeswehr“ so zu lösen, dass die „Unverletzlichkeit“ der Gewissensfreiheit gewahrt bleibt. Es könne vom jeweiligen Soldaten erwartet werden, dass er Gewissenskonflikte umgehend mitteilt. Auf der anderen Seite seien die Vorgesetzten gehalten, sich der Gewissensentscheidung eines Soldaten zu stellen und diese nicht zu negieren, lächerlich zu machen oder gar zu unterdrücken.⁹⁴ Weiterhin müssten die Vorgesetzten bis zu einer verbindlichen Klärung der rechtlichen Bewertung des jeweiligen Gewissenskonflikts durch das jeweils zuständige Gericht prüfen, ob dem Soldaten eine gewissensschonende Handlung angeboten werden kann.⁹⁵ Diese Alternativen müssten in einer Weise bereitgestellt werden, ohne dass es zu einer Stigmatisierung oder Diskriminierung des einzelnen Soldaten kommen kann. Weiterhin müsse der betroffene Soldat darüber unterrichtet werden, wie das zuständige „rechtsstaatliche“ Gericht voraussichtlich über den Fall entscheiden wird.⁹⁶

Diese rechtlichen Anforderungen hätten die Vorgesetzten im konkreten Fall jedoch anfangs nicht beachtet: Insbesondere habe sich der zuständige Rechtsberater mit Verweis auf seine fachliche Unkenntnis geweigert,⁹⁷ die Rechtslage mit dem Soldaten näher zu erörtern.⁹⁸ Nach Ansicht des Gerichts entsprach allerdings die Versetzung des Soldaten in den Sanitätsdienst ab dem 08.04.2003 dem Gebot der Herstellung praktischer Konkordanz.⁹⁹

⁹³ BVerwG 2 WD 12.04, S. 115.

⁹⁴ BVerwG 2 WD 12.04, S. 115 f. Das Gericht lässt zwischen den Zeilen erkennen, dass es vor allem nicht akzeptiert, wie *Pfaff* behandelt worden ist, nachdem er seine Gewissenskonflikte offenbart hat.

⁹⁵ BVerwG 2 WD 12.04, S. 118.

⁹⁶ BVerwG 2 WD 12.04, S. 116.

⁹⁷ Dies ist in der Tat erstaunlich, da immerhin zu den Aufgaben des Rechtsberaters gem. ZDv 15/2 Nr. 146 die rechtliche Beratung in allen Fragen des Wehrrechts und des Völkerrechts sowie die rechtliche Prüfung von Befehlen und Anweisungen gehört. Zudem lässt das Bundesverwaltungsgericht erkennen, dass es eigentlich eine Selbstverständlichkeit sein müsste, dass der Rechtsberater Kenntnis der hier einschlägigen ZDv 15/2 („Humanitäres Völkerrecht in bewaffneten Konflikten“) hat, vgl. BVerwG 2 WD 12.04, S. 120. Denn gerade mit dieser Vorschrift hat das Gericht argumentiert, um seine Auffassung zu belegen, vgl. insbesondere BVerwG 2 WD 12.04, S. 83 f.

⁹⁸ BVerwG 2 WD 12.04, S. 120.

⁹⁹ BVerwG 2 WD 12.04, S. 123.

8. Endergebnis des Gerichts

Das Bundesverwaltungsgericht hat festgestellt, dass *Pfaff* berechtigt gewesen ist, gegenüber beiden Befehlen vom 07.04.2003 den Gehorsam zu verweigern. Daher wurde er in vollem Umfang vom Vorwurf eines Dienstvergehens freigesprochen.¹⁰⁰

9. Politische Reaktionen auf das Urteil

Das Echo in Bezug auf die Urteilsverkündung hätte gegensätzlicher nicht ausfallen können:

Einige Kommentatoren meinten, das Urteil gefährde die Funktionsfähigkeit der Bundeswehr und letztlich sogar die „Bündnisfähigkeit und Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland“.¹⁰¹ Der ehemalige Inspekteur des Heeres, *Jörg Schönbohm*, kritisierte die Ausweitung der Berechtigung, Befehle zu verweigern.¹⁰² Andere meinten, das Bundesverwaltungsgericht habe „ein Urteil gegen den Primat der Politik“ gefällt.¹⁰³ Die Grünen dagegen werteten das Urteil als „begründenden Hinweis an die Politik, bei ihrer Auftragsformulierung für die Bundeswehr immer zweifelsfrei im Rahmen des Völkerrechts zu bleiben“.¹⁰⁴ Andere führten aus, das Gericht habe eine „Lanze für den gewissenhaften „Staatsbürger in Uniform“ gebrochen.“¹⁰⁵

Überraschend ist die Reaktion des Bundesministeriums der Verteidigung. Nach der Veröffentlichung der Pressemitteilung des Bundesverwaltungsgerichts vom 21.06.2005 wurde zunächst von einer Stellungnahme mit der Begründung abgesehen, man wolle die schriftliche Urteilsbegründung abwarten. Eine öffentliche Stellungnahme liegt aber immer noch nicht vor; diese ist auch nicht mehr zu erwarten. Auf Anfrage teilte das Ministerium im Februar 2007 mit, es gäbe mittlerweile ein Papier für Vorgesetzte, wie mit einem Gewissenskonflikt umzugehen ist. Diese Hinweise seien jedoch lediglich für den Dienstgebrauch und nicht für die Öffentlichkeit bestimmt.¹⁰⁶

¹⁰⁰ BVerwG 2 WD 12.04, S. 125 f.

¹⁰¹ *Reinhard Müller*, Frei und gefährlich, FAZ vom 22.06.2005.

¹⁰² Interview vom 23.06.2005, www.sueddeutsche.de/deutschland/artikel/514/55459/ (21.02.2007).

¹⁰³ *Kurt Kister*, Ein Urteil gegen den Primat der Politik, www.sueddeutsche.de/deutschland/artikel/509/55454/ (21.02.2007).

¹⁰⁴ Vgl. www.sueddeutsche.de/deutschland/artikel/508/55453/ (21.02.2007).

¹⁰⁵ *Jürgen Rose*, Primat des Gewissens, S. 1, www.bits.de/public/gast/rose-urteil.htm (21.02.2007).

¹⁰⁶ Einer Quelle ist zu entnehmen, dass diese Hinweise lediglich bis zur Kommandeurebene bekannt gemacht werden, siehe *Jürgen Rose*, Ignoriertes Urteil?, www.bits.de/public/gast/rose-sunds.htm (21.02.2007).

10. Eigene Bewertung

Das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts kann weder in tatsächlicher¹⁰⁷ noch in rechtlicher Hinsicht überzeugen. Das Gericht hat einerseits seitenlange Ausführungen zu den „gravierenden rechtlichen Bedenken“ bezüglich des Irak-Krieges und der deutschen Unterstützungsleistungen gemacht, andererseits ist es auf die Gewissensfreiheit ausgewichen, um so keine endgültige rechtliche Bewertung der Bedenken vornehmen zu müssen. Das Gericht benutzt den Verstoß gegen die allgemeine Gewissensfreiheit damit als eine Art Auffangtatbestand für die Unverbindlichkeit eines militärischen Befehls, ohne jedoch die spezielleren Unverbindlichkeitsgründe abschließend zu prüfen. Dieser methodisch fragwürdige Weg führt zu erheblichen Problemen, die im Folgenden erörtert werden.

a) Aussagen zu den Unverbindlichkeitsgründen

Den Ausführungen des Bundesverwaltungsgerichts zur Unverbindlichkeit eines Befehls ist weitgehend zuzustimmen. Positiv ist, dass das Gericht den Grundsatz betont, dass in der Bundeswehr ein „mitdenkender Gehorsam“ gefordert ist. Untergebene dürfen daher im Einzelfall durchaus Zweifel an der Rechtmäßigkeit bzw. der Verbindlichkeit eines Befehls haben. Die Aussage des Bundesverwaltungsgerichts, Pfaff habe bei seinem Eintritt in die Bundeswehr oder bei seiner Ernennung zum Berufssoldaten nicht damit rechnen müssen, rechtswidrige Befehle zu befolgen,¹⁰⁸ ist jedoch unzutreffend, denn auch rechtswidrige Befehle müssen befolgt werden, solange kein Unverbindlichkeitsgrund vorliegt. Es kann unterstellt werden, dass Pfaff diesen Grundsatz des Befehlsrechts auch spätestens bei der Ernennung zum Berufssoldaten kannte.

Das Bundesverwaltungsgericht verkennt, dass Art. 4 Abs. 1 GG im vorliegenden Fall allenfalls nachrangig berührt war. Es ging weniger um einen Gewissenskonflikt als vielmehr um die Tatsache, dass Pfaff befürchtete, seine dienstliche Tätigkeit würde einen völkerrechtswidrigen Angriffskrieg unterstützen. Er hielt es für seine soldatische Pflicht, eine solche Unterstützung nicht zu leisten.¹⁰⁹ Er hat insofern eine von der Auffassung der Bundesregierung abweichende rechtliche Bewertung vertreten. Daher hätten zunächst seine rechtlichen Bedenken geprüft werden müssen. Für den Fall, dass diese Prüfung ergeben hätte, dass

die Unterstützungsleistungen der Bundeswehr und der Bundesrepublik nicht völkerrechtswidrig waren, wäre Ps Argumentation zumindest in diesem Punkt nicht überzeugend gewesen.

Das Bundesverwaltungsgericht konstruiert ein „doppeltes Befürchtungsprinzip“: Erstens soll es ausreichen, dass rechtliche Bedenken gegen Tätigkeiten der Bundeswehr bzw. einem Verhalten der Bundesrepublik bestehen und zweitens muss der Untergebene lediglich äußern, er befürchte, er werde sich hieran möglicherweise beteiligen. Dadurch wird eine rechtliche Prüfung nebensächlich. Es besteht die Gefahr, dass objektiv nachvollziehbare Kriterien der Beliebigkeit und dem persönlichen Empfinden Einzelner preisgegeben werden.

Die Anwendung des „doppelten Befürchtungsprinzips“ führt im Ergebnis dazu, dass eine Gehorsamsverweigerung in Zukunft auch möglich ist, wenn feststeht, dass eine Tätigkeit der Bundeswehr nicht völkerrechtswidrig ist. Denn es würde bereits eine entsprechende Befürchtung des Soldaten ausreichen und die Gewissensentscheidung könnte eben nicht als „falsch“ oder „richtig“ bewertet werden. Es ist zu befürchten, dass die vom Bundesverwaltungsgericht vielfach betonte Bindung an Gesetz und Recht einseitig durch eine Bindung an das Gewissen unterlaufen wird.

b) Verhältnis von Art. 4 Abs. 1 zu Art. 4 Abs. 3 GG

Der Aussage, dass Art. 4 Abs. 3 GG die allgemeine Gewissensfreiheit für Soldaten grundsätzlich nicht verdrängt, ist zuzustimmen. Dennoch ist die vorliegende Entscheidung im Zusammenhang mit dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 31.07.1996 – 2 WD 21.96 – zumindest zweifelhaft.¹¹⁰

In diesem Fall hatte der gleiche Senat über den Fall eines Oberstabsarztes zu entscheiden, der dem Verteidigungsministerium geschrieben hatte, er schließe für seine Person jegliche Mitwirkung an militärischen Einsätzen aus, die nicht ausschließlich der Verteidigung der Bundesrepublik Deutschland oder eines NATO-Staates dienen. Weiterhin hatte der Soldat die zahnärztliche Behandlung von Soldaten abgelehnt, die zu einem solchen Einsatz herangezogen werden sollten. Das Bundesverwaltungsgericht hielt eine Degradierung des Soldaten für erforderlich und führte als Leitsatz aus: „Es ist dem Soldaten verwehrt, Gegenstand und Umfang seiner Verpflichtung zum treuen Dienen im Rahmen der Erfüllung des verfassungsmäßigen Auftrages der Bundeswehr nach seiner persönlichen Vorstellung einschränkend

¹⁰⁷ Auf die tatsächlichen Probleme wird hier nicht weiter eingegangen, vgl. hierzu Manuel Ladiges, Das BVerwG und die Gewissensfreiheit der Soldaten, NJW 2006, 956.

¹⁰⁸ BVerwG 2 WD 12.04, S. 98.

¹⁰⁹ Vgl. den Brief von Major Pfaff an den Wehrbeauftragten des Deutschen Bundestages vom 29.03.2003, www.uni-kassel.de/fb5/frieden/themen/Bundeswehr/pfaff.html (21.02.2007).

¹¹⁰ BVerwGE 103, 361 ff.

zu interpretieren; andernfalls verstößt er in schwerwiegender Weise gegen die soldatische Kernpflicht.¹¹¹

Es lassen sich Parallelen zum vorliegenden Fall erkennen: Der Oberstabsarzt weigerte sich bzw. kündigte dies gegenüber seinen Vorgesetzten an, bestimmte dienstlichen Tätigkeiten auszuführen, die er für verfassungsrechtlich bedenklich hielt. Er teilte mit, dass er seiner soldatischen Treuepflicht im Sinne des verfassungsrechtlich erweiterten Pflichtenverständnisses¹¹² „nicht mehr gerecht werden könne und wolle“. Dieser Mitteilung spricht das Bundesverwaltungsgericht auch eine „Ernsthaftigkeit“ zu.¹¹³ Dennoch lehnt das Bundesverwaltungsgericht eine Rechtfertigung des Verhaltens durch Art. 4 Abs. 1 GG oder Art. 4 Abs. 3 ausdrücklich ab. Wörtlich heißt es:

Zur Rechtfertigung seiner Erklärung „kann sich der Soldat hier nicht mit Erfolg darauf berufen, dass das Grundgesetz nicht nur der Gewissensfreiheit des Einzelnen nach Art. 4 Abs. 1 GG, sondern insbesondere auch dem durch Art. 4 Abs. 3 1 GG gewährleisteten Grundrecht, aus Wissensgründen den Kriegsdienst mit der Waffe zu verweigern, einen hohen Stellenwert beigemessen hat. Denn diese Gewissensentscheidung, die immer ‚situationsbezogen‘ zu treffen ist, muss sich ihrem Inhalt nach gegen den Waffendienst schlechthin richten, ist somit eine generelle, ‚absolute‘ Entscheidung. [...] Im vorliegenden Fall hat sich der Soldat zwar geweigert, an einem ‚out-of-area‘-Einsatz teilzunehmen, aber im Übrigen seit seiner Einstellung in die Bundeswehr keine gewissensmäßigen Bedenken geltend gemacht, auf dem Hoheitsgebiet der Bundesrepublik Deutschland oder im Bereich eines ihrer NATO-Verbündeten seine Pflicht zum treuen Dienen zu erfüllen. Da seine Gewissensentscheidung jedoch unteilbar ist, kann der Soldat sein Verhalten hier nicht mit dem Hinweis auf die grundrechtliche Gewährleistung der Gewissensfreiheit nach Art. 4 Abs. 1 GG oder Art. 4 Abs. 3 1 GG rechtfertigen.“¹¹⁴

Aus den Entscheidungsgründen ist implizit ersichtlich, dass der Soldat sich auf einen Gewissenskonflikt berufen hat, sonst wäre das Gericht wohl kaum auf eine etwaige Rechtfertigung durch Art. 4 Abs. 1 bzw. Abs. 3 GG eingegangen. Näher prüft es jedoch nur eine Rechtfertigung über Art. 4 Abs. 3 GG. Art. 4 Abs. 1 GG wird nur am Rande erwähnt.¹¹⁵

Im aktuellen Urteil führt das Bundesverwaltungsgericht aus, dass es sich mit der zitierten Entscheidung nicht von seiner vorherigen Rechtsprechung, dass die Verweigerung eines Befehls auf Grundlage des Art. 4 Abs. 1 GG möglich sei, distanzieren wollte. Dies folge schon daraus, dass sich die Entscheidung aus 1996 mit

dieser Rechtsprechung überhaupt nicht auseinandergesetzt habe.¹¹⁶ Außerdem ging es im Fall des Oberstabsarztes nicht etwa um Fragen der Gehorsampflicht, sondern um einen Verstoß gegen die Pflicht zum treuen Dienen gem. § 7 SG.¹¹⁷ Die Entscheidung aus 1996 habe aber keineswegs „Fragen des konkreten Verhältnisses von Art. 4 Abs. 3 GG und Art. 4 Abs. 1 GG sowie die Auswirkungen einer Gewissensentscheidung nach Art. 4 Abs. 1 GG auf die Verbindlichkeit eines militärischen Befehls [...] in den Blick genommen“.¹¹⁸

Zutreffend ist, dass es in der Entscheidung aus 1996 nicht um Ungehorsam (§ 11 SG) ging.¹¹⁹ Insofern mag dem Bundesverwaltungsgericht zuzustimmen sein, dass die Sachverhalte nicht identisch sind. Interessanterweise hat aber der Oberstabsarzt durch die vorangegangene Mitteilung¹²⁰ genau das getan, was nach dem aktuellen Urteil nun von ihm verlangt worden wäre, denn das Bundesverwaltungsgericht betont die Pflicht, einen etwaigen Gewissenskonflikt im Voraus und nicht „zur Unzeit“ anzukündigen.¹²¹ Die Ankündigung, bestimmte Befehle wegen eines Gewissenskonflikts nicht ausführen zu werden, stellt aber nach der Logik der Entscheidung aus 1996 einen Verstoß gegen die Pflicht zum treuen Dienen dar.

c) Verfassungsimmanente Schranken

Obwohl Art. 4 Abs. 1 GG keinen Gesetzesvorbehalt enthält, wird die allgemeine Gewissensfreiheit nicht schrankenlos gewährleistet. Verfassungsimmanente Schranken können sich insbesondere aus dem Erfordernis einer wirksamen militärischen Landesverteidigung ergeben. Die militärische Landesverteidigung kommt nach zutreffender Auffassung des Bundesverfassungsgerichts Verfassungsrang zu.¹²² Auch das Bundesverwaltungsgericht hat in früheren Entscheidungen betont, dass das innere Gefüge der Streitkräfte so gestaltet werden muss, „dass diese ihren militärischen Aufgaben gewachsen sind“.¹²³ Die verfassungsimmanente Schranke der

¹¹¹ BVerwGE 103, 361.

¹¹² Gemeint ist die Bejahung der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit von *out-of-area*-Einsätzen durch das Urteil des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 1994, vgl. BVerfGE 90, 286.

¹¹³ BVerwGE 103, 361 (368).

¹¹⁴ BVerwGE 103, 361 (371 f.). Diese Urteils Passage wird auch im aktuellen Urteil zitiert, vgl. BVerwG 2 WD 12.04, S. 44 f.

¹¹⁵ BVerwGE 103, 361 (371 f.).

¹¹⁶ BVerwG 2 WD 12.04, S. 45.

¹¹⁷ BVerwG 2 WD 12.04, S. 45.

¹¹⁸ BVerwG 2 WD 12.04, S. 46.

¹¹⁹ Man könnte auf die Idee kommen, das Bundesverwaltungsgericht habe in der vorliegenden den Anschuldigungspunkt 1, in dem es um einen Verstoß gegen § 7 SG ging, nur deshalb aus formalen Gründen fallen lassen (vgl. BVerwG 2 WD 12.04, S. 11 ff.), damit es die Klippe der Entscheidung aus 1996 umschiffen konnte.

¹²⁰ Vom Bundesverwaltungsgericht als „vorsorgliche Verweigerung“ bezeichnet, vgl. BVerwGE 103, 361 (369).

¹²¹ BVerwG 2 WD 12.04, S. 115.

¹²² BVerfGE 28, 243 (261); 44, 197 (202); 48, 127 (159 f.); 57, 29 (39). Siehe zur Diskussion der Anerkennung des Verfassungsranges der militärischen Landesverteidigung auch *Tade Matthias Spranger*, Wehrverfassung im Wandel, 1. Auflage 2003, S. 97 ff.

¹²³ BVerwGE 93, 323 (332).

wirksamen militärischen Landesverteidigung berücksichtigt das Bundesverwaltungsgericht nicht genügend.

Für die Funktionsfähigkeit der Streitkräfte ist das Prinzip von Recht und Gehorsam unabdingbar. Dieses Prinzip wird aber in Frage gestellt, wenn es allein durch die Anwendung des oben beschriebenen „doppelten Befürchtungsprinzips“ umgangen werden kann. Richtigerweise kann das Prinzip von Recht und Gehorsam dann keine Geltung mehr beanspruchen, wenn ein Befehl unverbindlich ist. Die detaillierte Dogmatik des Befehlsrechts und der Unverbindlichkeitsgründe eines Befehls wird durch das Urteil aufgeweicht und unkenntlich gemacht. Zukünftig könnte selbst ein Befehl, der ansonsten eindeutig rechtmäßig ist, allein mit der Behauptung eines Gewissenskonfliktes ausgehebelt werden. Auch wenn das Bundesverwaltungsgericht ausführt, die Gewissensfreiheit stelle es nicht ins Belieben des einzelnen Grundrechtsträgers,¹²⁴ ob er das geltende Recht beachten will oder nicht, wird das Prinzip von Befehl und Gehorsam der Beliebigkeit des Einzelnen unterworfen. Die Gewissensfreiheit kann im Spannungsverhältnis zur militärischen Landesverteidigung allenfalls in ganz außergewöhnlichen Lagen den Vorrang beanspruchen. Voraussetzung hierfür ist aber, dass der Soldat Gründe für die Gewissensbelastung geltend macht, die nicht schon zur Unverbindlichkeit des Befehls aus anderen Gründen führen würden.

11. Folgen für die Streitkräfte

Unmittelbare Folgen für die Funktionsfähigkeit der Streitkräfte sind bei der jetzigen sicherheitspolitischen Lage im normalen Tagesdienst nicht zu befürchten. Bei einer Änderung dieser Lage – etwa bei einem Verteidigungskrieg – ist jedoch zu befürchten, dass eine Vielzahl von Soldaten den Gehorsam mit dem Hinweis auf einen (angeblichen) Gewissenskonflikt verweigern. Jeder Soldat hätte zukünftig höchststrichterliche Rückendeckung, was sicherlich eine zusätzliche Motivation für eine Gehorsamsverweigerung darstellen würde.¹²⁵ Die besondere Gefahr liegt hier darin, dass das

¹²⁴ Vgl. BVerwG 2 WD 12.04, S. 55.

¹²⁵ „Am 15.03.2007 wurde bekannt, dass Oberstleutnant *Jürgen Rose*, der zur Zeit im Wehrbereichskommando IV des Streitkräfte-Unterstützungskommandos in München tätig ist, sich weigert, den seiner Ansicht nach verfassungs- und völkerrechtswidrigen Einsatz von Tornado-Aufklärungsflugzeugen in Afghanistan zu unterstützen, siehe www.netzeitung.de/deutschland/584637.html (17.03.2007). Zu den rechtlichen Bedenken siehe die Begründung für das (unzulässige) Organstreitverfahren der Bundestagsabgeordneten *Willy Wimmer* und *Peter Gauweiler*, www.jura.uni-freiburg.de/institute/oeffr3/forschung/papers/murswiek/Organstreit_Antrag.pdf (17.3.2007).

Vorliegen eines Gewissenskonfliktes nicht objektiv überprüft werden kann. Es kann also nur auf eine nachvollziehbare Darlegung der Ernsthaftigkeit, Tiefe und Unabdingbarkeit der Gewissensbelastung abgestellt werden. Dabei bezieht sich die Nachvollziehbarkeit aber nicht darauf, ob die Gewissensentscheidung als richtig oder falsch zu bewerten ist, sondern allein auf das „Ob“ eines Gewissenskonfliktes. Damit ist die Gefahr des Missbrauches bei der Berufung auf Art. 4 Abs. 1 GG gegenüber einem Befehl ähnlich groß wie der massenhafte Missbrauch des Art. 4 Abs. 3 GG durch junge Männer, die einen angeblichen Gewissenskonflikt dazu benutzen, um sich der Ableistung des Wehrdienstes zu entziehen.¹²⁶

Das Bundesverwaltungsgericht leitet aus der Fürsorgepflicht (§ 10 Abs. 3 SG) ab, dass die Vorgesetzten ihren Untergebenen im Falle eines Gewissenskonfliktes eine „vollständige Information“ anbieten müssten, wobei diese Information sich auch daran orientieren müsse, wie „ein gegebenenfalls mit der Frage befasstes rechtsstaatliches Gericht die Sache voraussichtlich beurteilen würde“.¹²⁷ Mit dieser Aussage gibt das Gericht den Vorgesetzten Steine statt Brot mit auf den Weg, Nicht nur, dass den allermeisten Vorgesetzten die fachliche Kompetenz fehlt, – zur Erinnerung: selbst der Rechtsberater sah sich im vorliegenden Fall nicht zur Rechtsberatung im Stande – auch die Gerichte pflegen durchaus höchst unterschiedlich zu urteilen, wie der vorliegende Fall zeigt. So hat das Bundesverwaltungsgericht der Auffassung des TDG Nord eine klare Absage erteilt. Die Erfüllung der Informationspflicht dürfte daher für den einzelnen Vorgesetzten unmöglich sein.

12. Zwischenergebnis

Das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts ist aus den genannten Gründen abzulehnen. Leider hat das Gericht nicht den Mut gefunden, seine Rechtsauffassung zum Irak-Krieg und den deutschen Unterstützungsleistungen hierzu abschließend und eindeutig darzustellen, obwohl es für die Bejahung der Völkerrechtswidrigkeit wahrscheinlich viel Zustimmung aus dem wissenschaftlichen Schrifttum erfahren hätte. Das anschließende Ausweichen auf einen Verstoß gegen die Gewissensfreiheit ist inkonsequent und führt zu den beschriebenen Problemen, die leicht zu vermeiden gewesen wären.

¹²⁶ Vgl. *Oliver Fröhler*, Verfassungsrechtliche Konsequenzen aus der Ambivalenz von allgemeiner Wehrpflicht und Missbrauch des Kriegsdienstverweigerungsrechts, ZRP 1996, 433 f. Das Bundesverfassungsgericht (BVerfGE 48, 127 [170]) spricht in diesem Zusammenhang von „unechten Kriegsdienstverweigerern“.

¹²⁷ BVerwG 2 WD 12.04, S. 116.

V. Vergleich und Ergebnis

In tatsächlicher Hinsicht ist zu bemerken, dass sowohl *Watada* als auch *Kendall-Smith* angeboten hatten, wegen ihren Überzeugungen aus den Streitkräften auszuschcheiden.¹²⁸ Diesen Weg hat *Pfaff* offenbar nicht erwogen und das Bundesverwaltungsgericht hat sich auch nicht mit der Frage auseinandergesetzt, ob ein Ausscheiden für ihn zumutbar gewesen wäre, um den Gewissenskonflikt zu vermeiden.¹²⁹

Das Bundesverwaltungsgericht misst dem Grundrecht auf Gewissensfreiheit deutlich mehr Gewicht zu als die Militärgerichte in den beiden anderen Fällen. Dies liegt vor allem daran, dass die Grundrechtsdogmatik und der -schutz sowohl in den Vereinigten Staaten als auch im Vereinigten Königreich einen geringeren Rang einnehmen als in der Bundesrepublik. Eine Berufung auf einen Gewissenskonflikt dient in den Vereinigten Staaten vor allem als Begründung der prinzipiellen Ablehnung des Kriegs- oder Militärdienstes, aber nicht als Rechtfertigung für die Verweigerung des Gehorsams.

Weiterhin fällt es auf, dass die anglo-amerikanischen Gerichte es ablehnen, über die Rechtmäßigkeit des Irakkonfliktes zu urteilen. Dies ist durch den *judicial restraint* Grundsatz zu erklären, der besagt, dass bestimmte Entscheidungen, wie z.B. die Entscheidung über Krieg und Frieden, der Exekutive überlassen werden und damit einer gerichtlichen Überprüfbarkeit weitgehend entzogen sind. Zur Begründung werden die Grundsätze der „königlichen Prärogative“ beziehungsweise die *Act of State Doctrine* herangezogen.¹³⁰ Diese Rechtsauffassung ist durch eine jüngste Entscheidung des britischen *High Court of Justice* zur Rechtmäßigkeit der britischen Beteiligung am Irak-Krieg bestätigt worden.¹³¹ Eine (politische) Überprüfung der Exekutiventscheidung bleibt dem Parlament vorbehalten.¹³²

In der Bundesrepublik ist ein solches Verständnis durch die Regelung des Art. 19 Abs. 4 GG ausgeschlossen, nach der hoheitliche Entscheidungen nicht schlechthin einer gerichtlichen Kontrolle entzogen werden dürfen.

Ebenso wenig lässt die umfassende Bindungswirkung der Exekutive an Gesetz und Recht durch Art. 20 Abs. 3 GG einen rechtsfreien Raum zu, in dem hoheitliche Akte keiner richterlichen Kontrolle unterliegen.¹³³ Daher ist auch das Bundesverfassungsgericht den Begründungsansätzen zugunsten des *judicial restraint* Grundsatzes nicht gefolgt.¹³⁴

Das britische Militärgericht hat das Erfordernis des Prinzips von Befehl und Gehorsam für die Funktionsfähigkeit der Streitkräfte weitaus stärker betont als das Bundesverwaltungsgericht. Diese Betonung und die Tatsache, dass die anglo-amerikanischen Gerichte es ablehnen, über die Rechtmäßigkeit des Angriffs gegen den Irak zu entscheiden, kann damit erklärt werden, dass sich beide Länder faktisch im Krieg mit irakischen Aufständischen befinden und die politischen Folgen einer mit dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vergleichbaren Entscheidung ungleich erheblicher wären als in der Bundesrepublik. Zudem kann angenommen werden, dass sich eine Vielzahl britischer und us-amerikanischer Soldaten auf eine solche Entscheidung berufen würden, um einem Einsatz im Irak zu entgehen.¹³⁵

Angehörige der britischen und us-amerikanischen Streitkräfte haben nach der derzeitigen Rechtslage in der Regel keine Möglichkeit, den Gehorsam gegenüber Befehlen auf Grund von persönlichen Überzeugungen zu verweigern. Der einzige rechtmäßige Weg, den Irakkonflikt nicht zu unterstützen, dürfte darin liegen – soweit dies möglich ist – den Dienst zu quittieren. Auch im Fall *Watada* ist nach den zur Zeit bekannten Tatsachen kein Freispruch zu erwarten.

In Bezug auf die deutsche Rechtslage ist positiv hervorzuheben, dass das Bundesverwaltungsgericht klar gestellt hat, dass auch einfache Soldaten sich darauf berufen können, sie würden sich durch die Ausführung eines Befehls an einem rechtswidrigen Angriffskrieg beteiligen. Das Argument des britischen Militärgerichts, untere Dienstgrade trügen keine Verantwortung für etwaige strafbare Handlungen, ist nicht überzeugend, da es die Möglichkeit eröffnet, dass Soldaten als Rechtfertigung undifferenziert vorbringen, sie hätten auf Befehl gehandelt. Der vom Bundesverwaltungsgericht geforderte „mitdenkende Gehorsam“ ist demgegenüber vorzuzugswürdig, da er die Verantwortung des einzelnen Soldaten für sein eigenes Handeln unterstreicht und damit Rechtsverstöße verhindern kann.

¹²⁸ The Guardian vom 03.02.2007, S. 25; The Independent vom 12.04.2006, S. 4.

¹²⁹ Kritisch dazu *Joachim Weiland*, Gewissensfreiheit des Berufssoldaten, S. 5, www.deutsches-wehrrecht.de/DtGfWuHV/Juni06/Thesen15.3.06.pdf (28.02.2007).

¹³⁰ Siehe *Hilaire Barnett*, *Constitutional and Administrative Law*, 5. Auflage 2004, S. 146 f.

¹³¹ Vgl. *Heike Krieger*, Die gerichtliche Kontrolle von militärischen Operationen, in: Dieter Fleck (Hrsg.), *Rechtsfragen der Terrorismusbekämpfung durch Streitkräfte*, 1. Auflage 2004, S. 223 (228).

¹³² Vgl. hierzu *A. W. Bradley/K. D. Ewing*, *Constitutional and Administrative Law*, 12. Auflage 1997, S. 376 f.

¹³³ *Matthias Jahn*, *Das Strafrecht des Staatsnotstandes*, 1. Auflage 2004, S. 121 m.w.N.

¹³⁴ BVerfGE 4, 157 (161); 68, 1 (62).

¹³⁵ Bereits 2005 waren geschätzte 5.500 us-amerikanische Soldaten nach Kanada geflohen, um nicht in den Irak verlegt zu werden, siehe The Daily Telegraph vom 09.01.2005, S. 29.