

with
BERBURG

BERBURG RAe mbB | Pulverweg 1a | 21337 Lüneburg

Bundesverfassungsgericht
Schloßbezirk 3
76131 Karlsruhe

vorab per Telefax: 0721 9101-382
Der Umfang der einzelnen Faxe ist auf bis z100
begrenzt. Anzahl Faxe ist daher insgesamt 4

Unser Zeichen: 00948/20
Datum: 14.10.2022

Verfassungsbeschwerde

der Frau Anastasia Biefang, ...

- Beschwerdeführerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

**BERBURG Rechtsanwälte, Pulverweg 1a, 21337
Lüneburg**

und

Rechtsanwältin Lea Beckmann, ...

gegen:

Kanzlei Lüneburg
Pulverweg 1a, 21337 Lüneburg
Tel.: 04131 99 257 50
Fax: 04131 99 257 55
E-Mail: lg@berburg.de

Kanzlei Berlin
Stresemannstraße 57, 10963 Berlin
Tel.: 030 39 74 45 65
Fax: 04131 99 257 55
E-Mail: berlin@berburg.de

Bankverbindung
Hamburger Sparkasse
IBAN: DE 46 2005 0550 1280 3872 73
BIC: HASPDEHHXXX

Andreas Willing

Rechtsanwalt und Notar*
Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

Arnd Steinmeyer

Rechtsanwalt
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Ulrich Kamps

Rechtsanwalt
Fachanwalt für Arbeitsrecht

Dr. Birgit Grundmann

Rechtsanwältin
Staatssekretärin a.D.
(Bundesministerium der Justiz)

Hellmut Königshaus

Rechtsanwalt
Wehrbeauftragter des
Deutschen Bundestages a.D.

Klaus Lübke

Rechtsanwalt und Notar a.D.
Spezialist für Soldatenrecht

Dr. Susann Heßler**

Rechtsanwältin
Fachanwältin für Arbeitsrecht

Michael Gladow**

Rechtsanwalt
Fachanwalt für Verwaltungsrecht
Fachanwalt für Strafrecht

Katharina Entrup**

Rechtsanwältin

Stefanie Büttner**

Rechtsanwältin

Mandy Rüttershoff-Hahn***

Rechtsanwältin
Fachanwältin für Agrarrecht

* mit dem Amtssitz in Lüneburg

** im Anstellungsverhältnis

*** in Kooperation

BERBURG

Steinmeyer Kamps Willing & Partner
Rechtsanwälte mbB

Partnerschaftsregister Hannover PR 201226
Ust-ID Nr.: DE 306044285

www.berburg.de

with
BERBURG

1. die Disziplinarmaßnahme des Verweises, verhängt durch den Kommandeur Informationstechniktruppen, vom 1. August 2019, in Gestalt der Entscheidung des Kommandeurs Kommando Informationstechnik der Bundeswehr vom 16. Januar 2020, Az. B09-16,
2. den Beschluss des Truppendienstgericht Süd vom 18. November 2020, Az. S 4 BLc 1/20,
3. den Beschluss des Bundesverwaltungsgerichts vom 25. Mai 2022, Az. 2 WRB 2.21, sowie
4. mittelbar § 17 Abs. 2 Satz 3 Soldatengesetz (SG).

Wir zeigen an, dass die Beschwerdeführerin uns mit der Durchführung des Verfassungsbeschwerdeverfahrens beauftragt hat. Zu unserer ordnungsgemäßen Bevollmächtigung werden fügen wir die uns legitimierenden schriftlichen Vollmachten bei.

Namens und im Auftrag der Beschwerdeführerin erheben wir

Verfassungsbeschwerde

wegen Verletzung

des allgemeinen Persönlichkeitsrechts in seiner Ausprägung des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG,

des besonderen Gleichbehandlungsgrundsatzes aus Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG und des allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes aus Art. 3 Abs. 1 GG,

der Meinungsfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 GG,

des grundrechtsgleichen Rechts auf Fürsorge des Dienstherrn aus Art. 33 Abs. 5 GG, sowie

des Bestimmtheitsgebots aus Art. 103 Abs. 2 GG.

Es wird gebeten, die Verfassungsbeschwerde bis zum Abschluss der Anhörungsrüge beim Bundesverwaltungsgericht, Az. BVerwG 2 WRB 1.22, im Allgemeinen Register einzutragen. Der Beschluss zur Anhörungsrüge wird, sobald dieser vorliegt, dem Bundesverfassungsgericht übersandt.

with
BERBURG

Inhaltsübersicht

A. Vorbemerkung.....	5
B. Sachverhalt.....	8
C. Zulässigkeit und Annahme zur Entscheidung.....	19
I. Zulässigkeitsvoraussetzungen.....	19
II. Voraussetzungen für die Annahme zur Entscheidung.....	24
D. Begründetheit.....	26
I. Grundrecht auf sexuelle Selbstbestimmung.....	26
II. Gleichheitsrechte, Art. 3 GG.....	55
III. Meinungsfreiheit, Art. 5 Abs. 1 Satz 1 Halbs. 1 GG.....	67
IV. Verstoß gegen Art. 33 Abs. 5 G.....	79
E. Fazit.....	83

A. Vorbemerkung

Die Beschwerdeführerin wendet sich als Offizierin der Bundeswehr gegen einen disziplinarrechtlichen Verweis, der ihr wegen ihres Profil-Textes auf der Dating-App „Tinder“ erteilt wurde.

Weil die Entscheidung ein weithin übliches Sozialverhalten mit großer Bedeutung für das Privat- und Sexualleben vieler Menschen in Deutschland betrifft, hat sie nicht nur für mediales Aufsehen gesorgt, sondern auch große Unsicherheiten bei Soldat*innen wie auch anderen Angehörigen des öffentlichen Dienstes ausgelöst. Eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts scheint zur Klärung, Rechtsfortbildung und Beruhigung dringend geboten.

Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass der Verweis wie auch die angegriffenen Gerichtsentscheidungen die Betroffenheit bzw. Bedeutung und Tragweite ihrer Grundrechte und grundrechtsgleichen Rechte auf sexuelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG), auf Nichtdiskriminierung (Art. 3 Abs. 3 Satz 1 bzw. Art. 3 Abs. 1 GG), auf freie Meinungsäußerung (Art. 5 Abs. 1 Satz 1 Halbs. 1 GG) und auf Fürsorge durch ihren Dienstherrn (Art. 33 Abs. 5 GG) verkennen.

Im Zentrum steht das **Grundrecht auf sexuelle Selbstbestimmung**. Die angegriffenen Entscheidungen verkürzen dessen Schutzbereich auf das tatsächliche Ausleben der Sexualität und verkennen damit, dass auch die Kommunikation über das eigene Begehren und die Freiheit von staatlicher Bewertung legaler Sexualpraktiken geschützt sind. Es zeigt sich, dass die Generalklausel des § 17 Abs. 2 Satz 3 Alt. 2 SG keine taugliche Rechtsgrundlage für Eingriffe in die sexuelle Selbstbestimmung bietet, weil für Soldat*innen nicht absehbar ist, was das erwartete „außerdienstliche Wohlverhalten“ in Bezug auf Online-Dating und die Kommunikation über die eigene Sexualität konkret beinhaltet. Der Verweis lässt außerdem einen sachlichen Bezug zu seinem Ziel, die Funktionsfähigkeit der Bundeswehr zu fördern, vermissen. Stattdessen setzt er im Ergebnis (veraltete) Sittlichkeits- und Moralvorstellungen durch, wozu sich das Bundesverwaltungsgericht der ausgesprochen problematischen Argumentationsfigur eines „imaginierten Dritten“ bedient. Dieser fiktive Untergebene liest den Tinder-Profiltext der Beschwerdeführerin flüchtig und leitet daraus fernliegende Rückschlüsse auf ein „wahlloses Sexualleben“ und Nachgiebigkeit gegenüber sexuellen Übergriffen im Dienst ab. Indem fiktive Dritte und ihre beliebigen Moralvorstellungen und zum Maßstab der Freiheitsausübung werden, wird das Freiheitsrecht in sein Gegenteil verkehrt. Dies gilt umso mehr, als dass diese Figur des subjektiven Dritten sich nicht an empirischer Evidenz orientiert und keinen vorhersehbaren Handlungsabläufen folgt. Das so gebildete Korrektiv lässt jede Form erforderlicher Bestimmtheit und Bestimmbarkeit vermissen.

with
BERBURG

Auch ansonsten fehlt eine der Bedeutung ihres Grundrechts auf sexuelle Selbstbestimmung angemessene und im Ergebnis tragfähige Abwägung.

Die angegriffenen Entscheidungen sehen nicht, dass auch das **Recht auf Nichtdiskriminierung** betroffen ist. Schon der Umstand, dass der Verweis den gesamten Tinder-Profiltext der Beschwerdeführerin sanktioniert und damit auch Aussagen zu ihrer geschlechtlichen Identität („trans*“ und ihren weiblichen Vornamen) und ihrer sexuellen Orientierung („all genders welcome“) rügt, lässt sich mit Art. 3 Abs. 3 Satz 1 bzw. Abs. 1 GG nicht vereinbaren. Auch die Verknüpfung ihres legalen privaten queeren Sexuallebens mit mangelnder Durchsetzungsfähigkeit gegen sexuelle Übergriffe im Dienst ist verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigen.

Weiter verkennen die angegriffenen Entscheidungen vollkommen, dass das Tinder-Profiltext über die reine Kontaktsuche hinausgehende Meinungsäußerungen enthält und damit auch in den Schutzbereich der **Meinungsfreiheit** fällt, sowie in der Folge, dass die Meinungsfreiheit besonderen Anforderungen an eine grundrechtsfreundliche Interpretation der Aussage wie auch Rechtsgüterabwägung macht.

Schließlich übersehen die Fachgerichte, dass die Bundeswehr auch die Vorgeschichte des Disziplinarverfahrens hätte einbeziehen müssen. So hatte eine nicht-ermittelte Person in offensichtlich feindseliger Absicht einen illegalen Screenshot des Tinder-Profiles bei den zuständigen Stellen der Bundeswehr eingereicht und damit klar Rechte der Beschwerdeführerin verletzt. Den Dienstherrn trifft für überregional bekannte trans Soldatin jedoch eine **Fürsorgepflicht** (Art. 33 Abs. 5 GG), die auch beinhaltet, sich schützend vor ihre Rechte zu stellen und sich nicht etwa durch einen Verweis mit derartigen Denunziationen gemein zu machen.

Die Verfassungsbeschwerde betrifft damit grundlegende Rechtsfragen, die weit über den Einzelfall hinausreichen. Sie betreffen nicht nur den grundrechtlichen Schutz von Sexualität als einem Kernelement individueller Persönlichkeitsentfaltung; die Verfassungsbeschwerde bietet insoweit die Möglichkeit, den Schutzbereich – in Anknüpfung an die bisherige Rechtsprechung zu sexueller Orientierung und Geschlechtsidentität – positiv zu bestimmen und auf den digitalen Raum und soziale Medien zu übertragen. Zudem sollte der Argumentationsfigur des „imaginierten Dritten“ eine klare Absage erteilt werden: Grundrechte und Minderheitenschutz verbieten es, dass die Freiheitsausübung von Minderheiten vor den Irrtümern und Vorurteilen beliebiger Dritter weichen muss, ganz gleich, ob es einen solchen Dritten in der empirischen Wirklichkeit gibt. Zudem erhofft sich die Beschwerdeführerin, dass das angerufene Gericht die verfassungsrechtlichen Anforderungen an Rechtsgrundlagen klarstellt, die die sexuelle Selbstbestimmung begrenzen können, und dass es den Versuch zurückweist, die sexuelle Selbstbestimmung durch Sittlichkeits- und

with
BERBURG

Moralvorstellungen zu beschränken. In einer immer vielfältigeren Gesellschaft scheint es außerdem geboten, die Fürsorgepflichten des Dienstherrn gegenüber seinen queeren Beschäftigten auszubuchstabieren.

B. Sachverhalt

I. Zur Beschwerdeführerin

Die Beschwerdeführerin ist seit 1994 Soldatin, seit 2002 Berufssoldatin, Absolventin des 5. streitkräftegemeinsamen Generalstabslehrgangs und seit September 2012 Oberstleutnant bei der Bundeswehr. Sie war von 2017 bis 2020 als Kommandeurin des Informationstechnikbataillons 381 und als Standortälteste in Storkow (Mark) eingesetzt.

Dem Informationstechnikbataillon 381 gehören etwa 700 Soldat*innen an. Es ist Teil des Organisationsbereichs „Cyber- und Informationsraum“, eines von insgesamt sechs Truppenteilen bzw. Organisationseinheiten der Bundeswehr. Das Bataillon ist dem „Kommando Informationstechnik“ zugeordnet, das insgesamt den IT-Service für die Bundeswehr zur Verfügung stellt. Die spezifische Aufgabe des Informationstechnikbataillons 381 besteht darin, die nationale und internationale Führungsfähigkeit informationstechnisch zu sichern.

Vgl. Homepage der Bundeswehr, Informationstechnikbataillon 381, [online](https://www.bundeswehr.de/de/organisation/cyber-und-informationsraum/kommando-und-organisation-cir/kommando-informationstechnik-der-bundeswehr/informationstechnikbataillon-381) abrufbar unter <https://www.bundeswehr.de/de/organisation/cyber-und-informationsraum/kommando-und-organisation-cir/kommando-informationstechnik-der-bundeswehr/informationstechnikbataillon-381> (zuletzt abgerufen am 13.10.2022).

Als Oberstleutnant gehört die Beschwerdeführerin zu den Stabsoffizieren, d.h. zur zweithöchsten Dienstgradgruppe der Bundeswehr (über den Stabsoffizieren stehen nur die Generalsränge). Innerhalb der Stabsoffiziere ist der Oberstleutnant der zweithöchste Dienstgrad (höher steht nur der Oberst).

Als Bataillonskommandeurin war die Beschwerdeführerin zuständig für die materielle und personelle Einsatzbereitschaft sowie für die truppendienstliche Führung des Bataillons. Als Standortälteste war sie verantwortlich für alle militärischen Belange im Standortbereich, auch für die Aufrechterhaltung der soldatischen Ordnung; zudem kümmerte sie sich als Multiplikatorin und Repräsentantin der Bundeswehr in der Region um die Beziehungen zu politischen und gesellschaftlichen Vertreter*innen, kommunalen Behörden und Einrichtungen.

Vgl. Zentralvorschrift A1-250/0-1 Aufgaben im Standortbereich, Anlage **B**.

Seit Oktober 2020 ist die Beschwerdeführerin als „Oberstleutnant im Generalstab“ im Kommando Cyber- und Informationsraum als Referatsleiterin, seit Oktober 2022 als Sachgebietsleiterin eingesetzt.

with
BERBURG

Die verheiratete Beschwerdeführerin outete sich 2015 als trans Frau und passte in 2016 ihren amtlichen Geschlechtseintrag an. Sie engagiert sich für die Belange von trans und queeren Personen, insbesondere innerhalb der Bundeswehr. So ist sie seit 2016 Mitglied und im Vorstand, seit 2019 stellvertretende Vorsitzende von QueerBw, der Interessenvertretung der lesbischen, schwulen, bisexuellen, trans-, inter- und andersgeschlechtlichen Angehörigen der Bundeswehr, und dort Ansprechperson für geschlechtliche Vielfalt. Außerdem äußert sie sich immer wieder öffentlich zu ihrer eigenen Biographie und zu Themen geschlechtlicher Vielfalt.

Die Bundeswehr warb mit der Beschwerdeführerin für eine vielfältige und tolerante Truppe, sie wurde als „erste Transgender-Kommandeurin in der Bundeswehr“ zwischenzeitlich zum Aushängeschild für Toleranz innerhalb der Bundeswehr.

Vgl. Homepage der Bundeswehr, Ein Orientierungspunkt – Oberstleutnant Anastasia Biefang, online abrufbar unter <https://www.bundeswehr.de/de/aktuelles/schwerpunkte/65-jahre-bundeswehr/ein-orientierungspunkt-oberstleutnant-anastasia-biefang-3903920> (zuletzt abgerufen am 11.10.2022).

II. **Aktivität bei Tinder**

Anfang 2019 legte die Beschwerdeführerin ein Profil auf der Dating-Plattform „Tinder“ an. Als Profilbild wählte sie eine Ganzkörperaufnahme in alltäglicher, sitzender Körperhaltung, vollständig bekleidet und mit sichtbarem Ehering. Der Profiltext lautete: *„Spontan, lustvoll, trans*, offene Beziehung und auf der Suche nach Sex. All genders welcome“*. Das Profil enthielt keinerlei Bezug zu ihrer Tätigkeit bei der Bundeswehr.

Screenshot des Tinder-Profiles, **Anlage 5**.

Zur Einordnung dieser Aktivität sei dargelegt, dass Tinder seit zehn Jahren existiert und eine der weltweit am meisten verbreiteten Apps zur Kontaktsuche ist. Allein in Deutschland hatte Tinder im Januar 2022 ca. 3,4 Mio. registrierte Nutzer*innen.

Statista.com, Anzahl der monatlich aktiven Nutzer von Tinder über die Android-App in Deutschland von Januar 2017 bis Januar 2022, abrufbar unter <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/1044396/umfrage/anzahl-der-monatlich-aktiven-tinder-nutzer-ueber-android-in-deutschland>; Statista.com, Anzahl der monatlich aktiven Nutzer von Tinder über iOS in Deutschland von Januar 2017 bis Januar 2022, abrufbar unter <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/1117211/umfrage/anzahl-der->

with
BERBURG

[monatlich-aktiven-tinder-nutzer-ueber-ios-in-deutschland/](#) (jeweils zuletzt abgerufen am 13.10.2022).

Ein Profil bei Tinder besteht aus einem oder mehreren Fotos und einem kurzen Text. Die Profile sind nur für andere registrierte und angemeldete Nutzer*innen sichtbar. Alle registrierten Nutzer*innen können sich Profile von Personen anzeigen lassen, die ausgewählte Eigenschaften genannt haben und sich in einem ausgewählten Radius um den eigenen Standort aufhalten. Gefällt dem*der Nutzer*in ein Profil, so wischt er*sie das Bild nach rechts, haben beide Nutzer*innen ihre Profile gegenseitig nach rechts gewischt, entsteht ein Match und sie können fortan miteinander per Chat kommunizieren. Gefällt ein Profil nicht, wischt der*die Nutzer*in es nach links und bekommt sofort weitere Profile vorgeschlagen. Jedes Profil wird in der kostenfreien Version nur ein einziges Mal angezeigt und kann nicht wieder aufgerufen werden.

Die Nutzungsbedingungen von Tinder verbieten es, Profile außerhalb der Plattform zu nutzen. Für Screenshots behält sich Tinder die „exklusive Lizenz“ vor. Tinder ist ermächtigt, auch im Namen der Betroffenen gegen einen Transfer und die Nutzung von Inhalten außerhalb des Dienstes vorzugehen.

Tinder Nutzungsbedingungen, Ziff. 7 Abs. 1, online abrufbar unter <https://policies.tinder.com/terms/intl/de/> (zuletzt abgerufen am 28. September 2022).

Da über Tinder oft Partner*innen für eine Liebesbeziehung oder auch Kontakte für andere Freizeitaktivitäten gesucht werden, und nicht etwa nur sexuelle Begegnungen, ist es nötig, im Profiltext möglichst genau klarzustellen, an welcher Art von Kontakt man interessiert ist.

Vgl. *T. Peetz*, Digitalisierte intime Bewertung, Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie 73 (2021), 435, 433 ff. m.w.N.

Mit dem Ehering auf dem Profilfoto und der Aussage, sie lebe in einer offenen Beziehung und suche (nur) Sex, vermeidet die es Beschwerdeführerin, von Menschen auf der Suche nach einer Partnerschaft oder Freizeitaktivitäten kontaktiert zu werden.

Wer Tinder nutzt, um sexuelle Begegnungen zu finden, benennt sinnvollerweise auch die Art seines Begehrens; das betrifft nicht nur das Geschlecht, nach dem gesucht wird, sondern kann etwa auch körperliche Merkmale oder sexuelle Präferenzen betreffen, die jemand sich wünscht oder ausschließt. Tinder ist – im Unterschied zu anderen Dating-Apps – nicht auf eine queere Nutzer*innenschaft spezialisiert. Die Mehrzahl der

with
BERBURG

Nutzer*innen ist entsprechend heterosexuell und ihre Geschlechtsidentität entspricht dem bei Geburt zugewiesenen Geschlecht („cis“ oder „cisgender“). Als Minderheit unter den Nutzer*innen müssen also queere Menschen besonders darauf achten, Missverständnisse über ihre geschlechtliche Identität und sexuelle Orientierung auszuschließen. Mit dem Text „trans*“ und „all genders welcome“ benennt die Beschwerdeführerin, mit wem ein sexueller Kontakt für sie in Betracht kommt. Die Formulierung „all genders welcome“ ist üblich, um mitzuteilen, dass man Menschen jeden Geschlechts sexuell attraktiv findet (Pansexualität); außerdem bringt sie eine kritische Haltung gegenüber einem klassisch binären Verständnis von Geschlecht zum Ausdruck. So vermeidet die Beschwerdeführerin nicht zuletzt frustrierende oder sogar bedrohliche Kontakte mit Menschen, deren Begehren oder Moralvorstellungen traditionell geprägt sind oder die ihr mit Homo- oder Transphobie begegnen würden.

III. Disziplinarverfahren innerhalb der Bundeswehr

Der Disziplinarvorgesetzte der Beschwerdeführerin verhängte wegen dieses Tinder-Profiles eine Disziplinarmaßnahme gegen die Beschwerdeführerin, weil sie mit außerdienstlichem Verhalten gegen Dienstpflichten verstoßen haben sollte.

Ausgangspunkt des Vorgangs war, dass eine unbekannte Person ohne Wissen oder Einverständnis der Beschwerdeführerin ihr Tinder-Profil abfotografierte (Screenshot). Wer Urheber*in des Screenshots ist, unter welchen Umständen und mit welcher Absicht er aufgenommen wurde, wurde im Disziplinar- und Gerichtsverfahren nicht aufgeklärt. Aus der Funktionsweise von Tinder folgt aber, dass das Bild nur angefertigt haben kann, wer in diesem Moment selbst bei Tinder angemeldet und aktiv war, dem Suchprofil der Beschwerdeführerin entsprach und sich in ihrem räumlichen Suchradius befand (oder über ein kostenpflichtiges Zusatzangebot den eigenen Standort in der App frei wählen konnte und in die räumliche Nähe der Beschwerdeführerin gelegt hatte). Nutzer*innen von Tinder haben keine Möglichkeit, solche Screenshots zu verhindern und werden über diesen Vorgang auch nicht informiert. Durch den Screenshot wurde das Profil der Beschwerdeführerin aus dem spezifischen Kontext von Tinder herausgelöst, dauerhaft sichtbar gemacht und eine Verbreitung auch an Nicht-Nutzer*innen von Tinder ermöglicht.

Der Screenshot wurde unter Soldat*innen bekannt und gelangte auch zum Bundesamt für das Personalmanagement der Bundeswehr, das den Vorgang an den Disziplinarvorgesetzten der Beschwerdeführerin abgab. Weder das Bundesamt für Personalmanagement noch der Disziplinarvorgesetzte der Beschwerdeführerin ermittelten die Herkunft des Screenshots; in der Akte finden sich auch keine Angaben dazu, auf welchem Wege das Bild an die Personalverantwortlichen geraten ist. Der zuständige Referatsleiter schreibt dazu auf Nachfrage nur, das Bild sei der zuständigen

with
BERBURG

Unterabteilung „übermittelt“ worden, den „genaue Ursprung“ habe sein Amt nicht ermittelt.

Korrespondenz zur Herkunft des Screenshots, **Anlage 6**; Begründung der weiteren Beschwerde vom 20.05.2020, **Anlage 12**, S. 5.

Nach Kenntnis der Beschwerdeführerin wurde das Bild über den internen Nachrichtendienst „Lotos Notes“ an das Bundesamt für Personalwesen geschickt bzw. in das interne Netz des Bundesamtes eingestellt.

Beschwerdebegründung vom 19.11.2022, **Anlage 9**.

Nach Bekanntwerden des Vorgangs, Ende Juli 2019 löschte die Beschwerdeführerin ihr Profil.

Protokoll der Vernehmung vom 31.07.2022, **Anlage 7**, S. 3.

Der Disziplinarvorgesetzte vernahm die Beschwerdeführerin am 29. und 31. Juli 2019. Die Beschwerdeführerin vertrat die Ansicht, ihr Tinder-Profil stelle kein Dienstvergehen dar. Denn das Profil habe keinen Bezug zur Bundeswehr. Es sei auch nie für eine breite Öffentlichkeit angelegt gewesen; die Verbreitung mittels eines Screenshots habe nicht ihrer Kontrolle unterlegen und verletze ihre Persönlichkeitsrechte. Sie habe das Profil in Absprache mit ihrer Ehefrau erstellt; der Text gebe den vereinbarten Beziehungsstatus zutreffend wieder. Sie habe bewusst nur Bilder verwendet, die sie vollständig bekleidet darstellen. Mit dem Kurztext habe sie klargestellt, dass kein Interesse an romantischen Begegnungen bestehe. Die Darstellung wecke keine Zweifel an ihrer Integrität. Eine Auswirkung ihrer privaten Aktivität auf die Menschen- und Bataillonsführung hätten weder sie selbst noch von ihr befragte Kompaniechefs feststellen können. Der Vorwurf eines Dienstvergehens verletze sie in der freien Entfaltung der Persönlichkeit und zugleich sexuellen Selbstbestimmung.

Protokoll der Vernehmung vom 31.07.2022, **Anlage 7**, S. 3 f.

Am 1. August 2019 verhängte der Kommandeur Informationstechniktruppen gegen die Beschwerdeführerin einen Verweis mit folgendem Inhalt:

„(Die Beschwerdeführerin) hat zu einem nicht mehr feststellbaren Zeitpunkt, jedoch nicht vor dem 20. März 2019, und an einem nicht mehr feststellbaren Ort das als Anlage beiliegende Foto mit dem folgenden Text: ‚Anastasia 45 Spontan, lustvoll, trans, offene Beziehung und auf der Suche nach Sex. All genders welcome.‘ bei der Dating App Tinder eingestellt und mindestens bis zur 29. Kalenderwoche 2019 nicht gelöscht. In dem genannten Zeitraum war sie in der*

with
BERBURG

herausgehobenen dienstlichen Stellung als Kommandeurin des Informationstechnikbataillons 381 und als Standortälteste Storkow (Mark) eingesetzt.“

Verweis des Disziplinarvorgesetzten vom 01.08.2019, **Anlage 1.**

Eine Begründung folgte zunächst nur mündlich.

Die Beschwerdeführerin legte am 16. August 2019 gem. § 42 WDO Beschwerde gegen die Disziplinarmaßnahme ein. Zusätzlich zum Vortrag aus der Vernehmung führte sie aus, dass der*die Urheber*in des Screenshots trotz Nachfrage des Disziplinarvorgesetzten nicht ermittelt worden sei. Dabei sei offensichtlich, dass der Beschwerdeführerin durch den Vorgang geschadet werden solle, weshalb der Screenshot auch direkt an die Personalführung übermittelt worden sei. Diese Denunziation verstoße gegen die Kameradschaftspflicht aus § 12 SG. Bei Tinder handle es sich um ein geschlossenes System zur privaten Kontaktaufnahme, das erst nach Anmeldung zugänglich ist. Das Anfertigen und Verbreiten des Screenshots verstoße gegen die Nutzungsbedingungen von Tinder. Außerdem sei der Verweis unbestimmt, aus dem umfassenden und undifferenzierten Tenor werde nicht klar, worin genau das Dienstvergehen liege.

Beschwerde zum nächsthöheren Disziplinarvorgesetzten vom 16.08.2019 als **Anlage 8.**

Mit Beschwerdeentscheidung vom 16. Januar 2020 wies der nächsthöhere Disziplinarvorgesetzte, der Kommandeur des Kommandos Informationstechnik, die Beschwerde zurück. Zur Begründung führte er an, die Kundgabe ihres promiskuitiven Lebensstils und das „Anbieten ausschließlich als potenzielle Sexpartnerin für den in Rede stehenden Personenkreis während ihrer jetzigen repräsentativen, herausgehobenen Verwendung/Dienststellung“, sei geeignet, negative Rückschlüsse u.a. auf die moralische Integrität der Streitkräfte als Organ eines insbesondere auf die Menschenwürde gegründeten Staates, sowie Zweifel insbesondere an ihrer moralischen Integrität zu wecken und damit ihr dienstliches Ansehen zu beeinträchtigen.

Beschwerdebescheid des nächsthöheren Disziplinarvorgesetzten vom 16.01.2020, **Anlage 2.**

IV. Fachgerichtliches Verfahren

Gegen diese Entscheidung beschritt die Beschwerdeführerin den ordentlichen Rechtsweg.

Sie legte gegen die Zurückweisung der Beschwerde mit Schreiben vom 19. Februar 2020 weitere Beschwerde zum Truppendienstgericht Nord ein.

Weitere Beschwerde zum Truppendienstgericht Nord vom 19.02.2020, **Anlage 10**.

Die weitere Beschwerde wurde sodann zuständigkeithalber an die 4. Kammer des Truppendienstgerichts Süd verwiesen.

Truppendienstgericht Nord, Beschluss vom 03.03.2020 - N 1 BLc 6/20 – als **Anlage 11**.

Zur Begründung führte die Beschwerdeführerin gegenüber dem Truppendienstgericht Süd aus, zu Unrecht sei bisher nicht berücksichtigt worden, dass es sich bei Tinder um ein geschlossenes System handele, aus dem ihr Profil unter Verstoß gegen die AGB an die Öffentlichkeit gezerzt wurde, um ihr zu schaden. Sie gehe davon aus, dass der*die Informant*in der Bundeswehr angehöre und sein Verhalten die Dienstplichten, insbesondere die Kameradschaftspflicht aus § 12 SG gröblich verletzt habe. Es wäre Aufgabe des Dienstherrn gewesen, diese*n Informant*in aufzufinden. Ein Verstoß gegen § 17 Abs. 2 Satz 3 SG liegt nicht vor. Das rein private Verhalten der Beschwerdeführerin lasse keine Rückschlüsse auf die Streitkräfte zu und sei daher nicht geeignet, das Ansehen der Bundeswehr ernsthaft zu beeinträchtigen. Unter Berücksichtigung der sich wandelnden Auffassungen der Gesellschaft und des geschlossenen Adressatenkreises der App „Tinder“ könne das Profil auch Achtung und Vertrauen innerhalb der Truppe nicht ernsthaft beeinträchtigen. Der Verweis verletze die Grundrechte der Beschwerdeführerin aus Art. 1, Art. 2 und Art. 3 GG, denn er ahnde ein grundrechtlich geschütztes Verhalten.

Begründung der weiteren Beschwerde vom 20.05.2020, Anlage 12.

Das Truppendienstgericht Süd wies die weitere Beschwerde ohne mündliche Verhandlung mit Beschluss vom 18. November 2020 als unbegründet zurück und ließ die Rechtsbeschwerde zum Bundesverwaltungsgericht zunächst nicht zu. Dabei folgte das Truppendienstgericht Süd der Argumentation der Disziplinarvorgesetzten der Beschwerdeführerin. Durch ihr bei Tinder eingestelltes Profil habe die Beschwerdeführerin sowohl das Ansehen der Bundeswehr als auch ihre eigene Achtungs- und Vertrauenswürdigkeit beeinträchtigt. Da *„durch die gewählte Formulierung für Außenstehende der Eindruck vermittelt wird, dass die Beschwerdeführerin sich selbst und ihre wechselnden Geschlechtspartner zu reinen Sexobjekten reduziert. Dies wirkt sich nach Überzeugung der Kammer in der Öffentlichkeit negativ bezüglich der Bewertung der moralischen Integrität aus.“*

Truppendienstgericht Süd, Beschluss vom 18.11.2020 - S 4 BLc 1/20 -, **Anlage 3**.

with
BERBURG

Dagegen beantragte die Beschwerdeführerin am 23. Dezember 2020 beim Truppendienstgericht Süd die Zulassung der Rechtsbeschwerde. Sie begründete den Antrag mit der grundsätzlichen Bedeutung der Sache und außerdem mit der Abweichung des angefochtenen Beschlusses von einer Entscheidung eines Wehrdienstgerichtes, wonach „(b)eim Umgang mit Sexualität in den Streitkräften (...) von dem Rechtsgrundsatz auszugehen (ist), dass der Intimbereich und Sexualbereich des Menschen als Teil seiner Privatsphäre unter den verfassungsrechtlichen Schutz des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG steht, wonach jeder Mensch auch das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung hat.“

Nichtzulassungsbeschwerdeantrag vom 23.12.2020, **Anlage 13**; Begründung des Nichtzulassungsbeschwerdeantrags vom 25.01.2021, **Anlage 14**.

Das Truppendienstgericht half der Nichtzulassungsbeschwerde mit Beschluss vom 10. Juni 2021 ab. Denn die Frage, ob die private Nutzung einer Online-Dating-Plattform wie „Tinder“ für Soldat*innen im Allgemeinen oder für Repräsentant*innen der Bundeswehr die außerdienstliche Wohlverhaltenspflicht verletze, habe grundsätzliche Bedeutung und erfordere es, die Auslegung von § 17 Abs. 2 SG fortzuentwickeln.

Truppendienstgericht Süd, Beschluss vom 10.06.2021 - S 4 RL 4/20 -, **Anlage 15**.

Auf Grundlage dieser Zulassung begründete der Bevollmächtigte der Beschwerdeführerin am 14. Juli 2021 die Rechtsbeschwerde zum Bundesverwaltungsgericht zusätzlich damit, dass es sich beim Anfertigen und Verbreiten des Screenshots um einen Kameradschaftsverstoß handle und nicht die Beschwerdeführerin sondern die Person die den Screenshot angefertigt, verbreitet und damit aus dem speziellen Wahrnehmungskontext von Tinder herausgerissen hat, zu disziplinieren gewesen wäre. Weiter wurden Bedenken gegen die Verfassungsmäßigkeit des § 17 SG vorgetragen, sowohl im Hinblick auf die Bestimmtheit wie auch das Zitiergebot. Außerdem rügte die Beschwerdeführerin, dass das Truppendienstgericht Süd es unterlassen habe, sich mit dem Tatbestandsmerkmal der Ernsthaftigkeit der Gefahr der Beeinträchtigung auseinanderzusetzen.

Begründungsschrift der Rechtsbeschwerde vom 14.07.2021, **Anlage 16**.

Das Bundesverwaltungsgericht wies die Rechtsbeschwerde der Beschwerdeführerin nach mündlicher Verhandlung mit Beschluss vom 25. Mai 2022 als im Ergebnis unbegründet zurück. Zwar ließen sich die Begründungen des Truppendienstgerichts Süd sämtlich nicht halten. Insbesondere habe das Truppendienstgericht zu Unrecht eine Gefährdung des Ansehens der Bundeswehr (§ 17 Abs. 2 Satz 3 1. Alt SG) angenommen,

obwohl das Verhalten der Beschwerdeführerin keinen Bezug zur Bundeswehr aufweise. Außerdem habe die Vorinstanz dem Grundrecht der Beschwerdeführerin auf sexuelle Selbstbestimmung kein ausreichendes Gewicht zuerkannt. Zu Unrecht habe sie nämlich den Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts auf den Kernbereich der privaten Lebensführung beschränkt, obwohl auch die Suche nach Kontakten auf einem Internetportal geschützt sei. Außerdem treffe es zwar zu, dass das Bekanntwerden des Profils sich negativ auf die Bewertung der moralischen Integrität der Beschwerdeführerin durch Dritte auswirken könne, weil eine Praxis sexueller Kontakte mit häufig wechselnden Partnern nach wie vor den Wertvorstellungen breiter Bevölkerungskreise widerspreche, vor allem im ländlichen Raum und in eher traditionell orientierten militärischen Verbänden. Diese moralischen Verhaltenserwartungen der Bevölkerungsmehrheit hätten aber in einer offenen, freiheitlichen Gesellschaft und angesichts des Grundrechts auf sexuelle Selbstbestimmung kein so hohes Gewicht, dass militärische Führungskräfte sich ihnen anpassen müssten und sich nur hinter verschlossener Tür anderweitig verhalten dürften. Der Verweis sei gleichwohl im Ergebnis rechtens. Denn die Beschwerdeführerin müsse als Bataillonskommandeurin und Disziplinarvorgesetzte auch sexuellen Belästigungen und Übergriffen entgegentreten. Ihre Glaubhaftigkeit in dieser Funktion sei gefährdet, wenn der Eindruck entstehe, ihr eigener Lebenswandel beinhalte sexuelle Disziplinlosigkeit und ein hemmungsloses Ausleben des Sexualtriebs. Die Beschwerdeführerin habe die notwendige Rücksicht auf ihre berufliche Stellung insoweit vermissen lassen. Ihr Profiltext sei so formuliert, dass „beim ersten Durchlesen“ der falsche Eindruck entstehen konnte, „sie führe ein wahlloses Sexualleben“, suche „möglichst schnellen Sex mit Partnern gleich welchen Geschlechts“ und ihr sei das „ungehemmte Ausleben des Sexualtriebs besonders wichtig.“ Derartig „missverständliche Überspitzungen“ seien „für die Werbewirksamkeit der Annonce nicht notwendig“ und hätten um der dienstlichen Akzeptanz willen vermieden werden müssen. Als geringstmögliche Disziplinarmaßnahme sei ein Verweis die verhältnismäßige Sanktion.

BVerwG, Beschluss vom 25.05.2022 - 2 WRB 2.21-, **Anlage 4**, Rn. 37 ff.

Gegen diesen Beschluss des Bundesverwaltungsgerichts hat die Beschwerdeführerin fristgerecht am 27. September 2022 Anhörungsrüge erhoben.

Anhörungsrüge vom 27.09.2022, **Anlage 18**.

Eine Entscheidung zu dem unter Az. BVerwG 2 WRB 1.22. beim Bundesverwaltungsgericht geführten Verfahren steht noch aus.

V. § 17 Abs. 2 SG als gesetzliche Grundlage

with
BERBURG

Gesetzliche Grundlage für den Verweis sind §§ 17, 23 Soldatengesetz (SG) und § 22 Wehrdisziplinarordnung (WDO). Danach werden Dienstvergehen disziplinarisch geahndet, wobei der Verweis die mildeste originäre Disziplinarmaßnahme darstellt. Dieser wird nach pflichtgemäßem Ermessen verhängt (§§ 22, 23, 33 WDO).

§ 17 SG regelt sehr abstrakt das Wohlverhalten von Soldat*innen im und außer Dienst. Absatz 2 lautet in der Fassung der Bekanntmachung vom 30. Mai 2005 (BGBl. I S. 1482), zuletzt geändert durch Artikel 5 des Gesetzes vom 20. August 2021 (BGBl. I S. 3932):

„¹(Das) Verhalten (des Soldaten) muss dem Ansehen der Bundeswehr sowie der Achtung und dem Vertrauen gerecht werden, die sein Dienst als Soldat erfordert. (...) ³Außer Dienst hat sich der Soldat außerhalb der dienstlichen Unterkünfte und Anlagen so zu verhalten, dass er das Ansehen der Bundeswehr oder die Achtung und das Vertrauen, die seine dienstliche Stellung erfordert, nicht ernsthaft beeinträchtigt.“

Die erste Fassung des Gesetzes vom mit Bekanntmachung vom 19. März 1956 (BGBl. I S. 114) enthielt lediglich den ersten Satz der Vorschrift. Der dritte Satz wurde durch das Gesetz zur Neuordnung des Wehrdisziplinarrechts mit Bekanntmachung am 23. August 1972 (BGBl. I S. 1481) eingefügt. Damit sollte hinsichtlich Dienstvergehen im außerdienstlichen Bereich eine Angleichung an die Grundsätze der Neufassung des § 77 Bundesbeamtenengesetz erfolgen.

Vgl. Gesetzesbegründung zur Änderung von § 17 SG, BT-Drs. VI/3541, S. 2.

Anlässlich der Neufassung wurde auch das Merkmal der „ernsthaften“ Beeinträchtigung eingefügt, um die Anforderungen an das außerdienstliche Verhalten herabzusetzen. Soldat*innen sollten zukünftig nicht mehr wegen jeden Fehlverhaltens im privaten Bereich zur Verantwortung gezogen werden können.

BVerwGE 73, 15, <18>; *Scherer/Alff/Poretschkin/Lucks*, Soldatengesetz, 10. Aufl., 2018, § 17 Rn. 26.

Nichtsdestotrotz bleibt § 17 Abs. 2 S. 3 SG eine sehr offen formulierte Vorschrift. Die Rechtsprechung hat bisher – soweit erkennbar – keine Dogmatik entwickelt, um die disziplinarisch relevanten außerdienstlichen Verhaltenspflichten systematisch zu konkretisieren. Insbesondere erfolgt keine Heranziehung untergesetzlicher Vorgaben, vor allem der zentralen Dienstvorschriften bzw. Allgemeinen Regelungen, die viele Dienstabläufe und Verhaltensweisen ausführlich ausgestalten. Stattdessen betrachtet das Bundesverwaltungsgericht den § 17 Abs. 2 SG als eigenständige Pflicht, unabhängig von anderen Verhaltenspflichten der Soldat*innen.

with
BERBURG

Eichen, in: Walz/Eichen/Sohm, Soldatengesetz, 3. Aufl., § 17 Rn. 38, m.w.N.

Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zur Disziplinierung des privaten Sexuallebens enthält nur wenige Fälle, in denen jenseits strafbarer Handlungen eine ernsthafte Beeinträchtigung der Achtungs- und Vertrauenswürdigkeit nach § 17 Abs. 2 Satz 3 SG bejaht wurde. Fallgruppen sind das „Eindringen in die Ehe eines Kameraden“, sofern der betroffene Kamerad nicht eindeutig zum Ausdruck gebracht hat, dass er seine Ehe als gescheitert betrachtet und an ihr nicht mehr festhalten will.

BVerwGE 93, 269 <271 f.>.

Eine veraltete Rechtsprechung sah auch in einvernehmlichen homosexuellen Handlungen oder Angeboten gegenüber Untergebenen einen Angriff auf die moralische Integrität.

BVerwGE 73, 66; BVerwGE 93, 227.

Außerdem beeinträchtigt die willentliche Veröffentlichung und Weitergabe von pornographischen Aufnahmen eines Soldaten dessen Achtungs- und Vertrauenswürdigkeit ernsthaft.

BVerwGE 113, 340; BVerwGE 86, 136.

C. Zulässigkeit und Annahme zur Entscheidung

Die Verfassungsbeschwerde ist zulässig (dazu I.), die Voraussetzungen für die Annahme zur Entscheidung liegen vor (dazu II.).

I. Zulässigkeitsvoraussetzungen

1. Beschwerdefrist

Die Beschwerdefrist von einem Monat gemäß § 93 Abs. 1 S. 1 BVerfGG ist gewahrt.

Die Frist begann frühestens gemäß § 93 Abs. 1 S. 2 BVerfGG am 14. September 2022 mit der Zustellung des Beschlusses des Bundesverwaltungsgerichts vom 25. Mai 2022 samt Entscheidungsgründen an den Bevollmächtigten der Beschwerdeführerin, §§ 166 Abs. 2, 172, 174 i.V.m. § 317 Abs. 1 Satz 1 ZPO.

Empfangsbekanntnis vom 14.09.2022, **Anlage 17**.

Gemäß § 222 Abs. 1, 2 ZPO i.V.m. §§ 187 Abs. 1, 188 Abs. 2, 193 BGB endet die Monatsfrist damit frühestens am 17. Oktober 2022. Diese ist durch die Einlegung hiesiger Beschwerdeschrift beim gemäß §§ 13, 90 ff. BVerfGG, Art. 92 Abs. 1 Nr. 4a GG zuständigen Bundesverfassungsgericht gewahrt.

Als weiteres fristauslösendes Ereignis kommt – für den Fall ihrer Zulässigkeit – die Zustellung des Beschlusses des Bundesverwaltungsgerichts über die Anhörungsrüge in Betracht (Az. BVerwG 2 WRB 1.22), die allerdings noch nicht erfolgt ist.

2. Beschwerdeberechtigung

Die Beschwerdeführerin ist als natürliche Person gemäß § 90 Abs. 1 BVerfGG beschwerdeberechtigt und Trägerin der vorliegend als verletzt gerügten Grundrechte bzw. grundrechtsgleichen Rechte.

3. Statthafter Beschwerdegegenstand

Die Verfassungsbeschwerde richtet sich gegen den Verweis des Kommandeurs Informationstechniktruppen der Bundeswehr vom 1. August 2019 in Gestalt der Entscheidung des Kommandeurs Kommando Informationstechnik vom 16. Januar 2020 und in Gestalt des Beschlusses des Truppendienstgericht Süd vom 18. November 2020 sowie gegen den Beschluss des Bundesverwaltungsgerichts vom 25. Mai 2022. Sowohl der Verweis als auch die gerichtlichen Entscheidungen sind Akte der öffentlichen Gewalt und statthafte Beschwerdegegenstände gemäß § 90 Abs. 1 BVerfGG, Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG.

Mittelbar wendet sich die Beschwerdeführerin zudem gegen § 17 Abs. 2 SG, der mangels hinreichender Bestimmtheit verfassungswidrig ist.

4. Beschwerdebefugnis

Die Beschwerdeführerin ist auch beschwerdebefugt. Eine Verletzung ihrer Grundrechte durch die angegriffenen Entscheidungen ist möglich (dazu a). Die Entscheidungen betreffen sie selbst, unmittelbar und gegenwärtig (dazu b).

a. Grundrechtsverletzung

Die Beschwerdeführerin ist durch die angegriffene Disziplinarmaßnahme sowie die bestätigenden gerichtlichen Entscheidungen in einer Reihe von Grundrechten bzw. grundrechtsgleichen Rechten verletzt.

Entscheidungen der Fachgerichte unterliegen nicht schlechthin einer verfassungsgerichtlichen Prüfung. Die Auslegung und Anwendung einfachen Rechts ist vielmehr in erster Linie Aufgabe der Fachgerichte und wird vom Bundesverfassungsgericht – abgesehen von Verstößen gegen das Willkürverbot – nur darauf überprüft, ob sie Auslegungsfehler enthält, die auf einer grundsätzlich unrichtigen Anschauung von der Bedeutung des betroffenen Grundrechts, insbesondere vom Umfang seines Schutzbereichs, beruhen. Das ist der Fall, wenn die Normauslegung die Tragweite des Grundrechts nicht hinreichend berücksichtigt oder im Ergebnis zu einer unverhältnismäßigen Beschränkung der grundrechtlichen Freiheit führt.

BVerfG, Beschluss vom 30.10.2020 - 2 BvR 1005/18-, NJW 2020, 1282 <1282 f.>, Rn. 34; BVerfGE 18, 85 <92 f., 96>; 85, 248 <257 f.>.

Gemessen an diesem Prüfungsmaßstab erweisen sich die angefochtenen Entscheidungen als verfassungswidrig, denn der Verweis und die fachgerichtlichen Entscheidungen verkennen die Grundrechte bzw. grundrechtsgleichen Rechte der Beschwerdeführerin grundlegend.

In Bezug auf das hier zentrale Grundrecht auf sexuelle Selbstbestimmung aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG verkürzen die Instanzen bis hin zum Bundesverwaltungsgericht die Reichweite des grundrechtlichen Schutzes, der nicht nur die Suche nach sexuellen Kontakten umfasst, sondern auch vor Eingriffen in die Kommunikation über das eigene Begehren und vor staatlicher Bewertung legaler sexueller Vorlieben schützt. Mit § 17 Abs. 2 Satz 3 Alt. 2 SG ziehen sie zudem eine mangels hinreichender Bestimmtheit untaugliche Norm als Schranke heran. Die Disziplinierung dient letztlich dazu, die überkommenen Moralvorstellungen zu schonen, die einem imaginierten und irrenden Untergebenen zugeschrieben werden, was nicht als verfassungskonforme Schranke der sexuellen Selbstbestimmung gelten darf. Auch mangelnde Eignung und Angemessenheit führen zur Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung.

Weder der Verweis noch die bestätigenden Entscheidungen befassen sich mit dem Verbot der Geschlechtsdiskriminierung aus Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG oder dem allgemeinen Diskriminierungsverbot aus Art. 3 Abs. 1 GG. Dadurch verkennen sie erstens, dass eine Disziplinarmaßnahme, die unter anderem die Angaben zur geschlechtlichen Identität (trans Frau) und zur sexuellen Orientierung (bi- oder pansexuell) als Gefährdung des Achtungsanspruchs bewertet, unter dem Grundgesetz keinen Bestand haben kann. Die Begründung des Bundesverwaltungsgerichts setzt zweitens die Entscheidung für ein promiskuitives Privatleben gleich mit einer erhöhten Toleranz für sexuelle Übergriffe im Dienst und behandelt damit zwei unterschiedliche Sachverhalte in verfassungswidriger Weise gleich.

Dass auch die Meinungsfreiheit der Beschwerdeführerin betroffen ist, übersehen die Bundeswehr wie die Instanzengerichte gleichermaßen. Ihnen entgeht, dass der Text auf dem Tinder-Profil der Beschwerdeführerin nicht nur auf eine Anbahnung von Sexualkontakten zielt, sondern darüber hinaus auch eine Haltung zu gesellschaftspolitischen Themen zum Ausdruck bringt.

Schließlich erkennen weder die Bundeswehr noch die Instanzgerichte, dass die in Art. 33 Abs. 5 GG verankerte Schutz- und Fürsorgepflicht verletzt wurde. Diese Pflicht hätte es verlangt, dass die Bundeswehr als Dienstherrin zunächst die Herkunft des unrechtmäßig aufgenommenen Screenshots vom Tinder-Profil der Beschwerdeführerin prüft und dessen Urheber*in zur Verantwortung zieht – anstatt basierend darauf ein Disziplinarverfahren gegen die Beschwerdeführerin einzuleiten.

b. Betroffenheit

Die Beschwerdeführerin ist durch die angegriffenen Entscheidungen selbst, gegenwärtig und unmittelbar betroffen. Die gegen sie angeordnete Disziplinarmaßnahme und die diese bestätigenden gerichtlichen Entscheidungen des Truppengerichts Süd und des Bundesverwaltungsgerichts bewirken die oben ausgeführten Grundrechtsverletzungen. Diese dauern fort, solange der Verweis Bestand hat.

5. Rechtswegerschöpfung

Der Rechtsweg ist – mit Ausnahme der Rüge wegen des Rechts auf rechtliches Gehör – erschöpft, § 90 Abs. 2 BVerfGG, Art. 94 Abs. 2 Satz 1 GG.

Gegen den Beschluss des Bundesverwaltungsgerichts vom 25. Mai 2022, Az. 2 WRB 2.21, dessen Entscheidungsgründe am 14. September 2022 zugestellt wurden, wurde am 27. September 2022 und damit innerhalb der zweiwöchigen Frist Anhörungsrüge

erhoben. Eine Entscheidung steht noch aus, weshalb hiesiges Verfahren zunächst im allgemeinen Register aufzunehmen ist. Nach Entscheidung über die Anhörungsrüge wird die Übertragung in das BvR-Register beantragt werden und die Verfassungsbeschwerde gegebenenfalls hinsichtlich des Anhörungsverfahrens ergänzt.

Im Übrigen sind keine weiteren Rechtsmittel gegen die angegriffenen Entscheidungen zulässig. Die Beschwerdeführerin erhielt am 1. August 2019 einen dienstlichen Verweis. Dagegen legte sie mit Schreiben vom 16. August 2019 Beschwerde beim Kommando Informationstechnik der Bundeswehr ein, durch das die Beschwerde mit Beschwerdebescheid vom 16. Januar 2020 als unbegründet zurückgewiesen wurde. Hiergegen legte die Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 19. Februar 2020 weitere Beschwerde zum Truppendienstgericht Nord ein. Mit Beschluss vom 3. März 2020 verwies der Vorsitzende der 1. Kammer des Truppendienstgerichts Nord die weitere Beschwerde zuständigkeitshalber an die 4. Kammer des Truppendienstgerichts Süd, das die weitere Beschwerde mit Beschluss vom 24. November 2020, Az. S 4 BLc 1/20, als unbegründet zurückwies und die Rechtsbeschwerde zum Bundesverwaltungsgericht nicht zuließ. Der Nichtzulassungsbeschwerde der Beschwerdeführerin half das Truppendienstgericht Süd am 10. Juni 2021 ab, so dass das Verfahren als Rechtsbeschwerdeverfahren fortgesetzt wurde (§ 22b Abs. 5 WBO). In diesem begründete die Beschwerdeführerin am 14. Juli 2021 ihre Rechtsbeschwerde. Das Bundesverwaltungsgericht wies die Rechtsbeschwerde der Beschwerdeführerin mit Beschluss vom 25. Mai 2022 ebenfalls als unbegründet zurück.

6. Subsidiarität

Die Beschwerdeführerin erfüllt auch die Anforderungen an die formelle und materielle Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde nach § 90 Abs. 2 BVerfGG, Art. 94 Abs. 2 GG. Aus dem in § 90 Abs. 2 BVerfGG zum Ausdruck kommenden subsidiären Charakter der Verfassungsbeschwerde folgt, dass ein*e Beschwerdeführer*in vor Erhebung der Verfassungsbeschwerde grundsätzlich alle ihm*ihr zur Verfügung stehenden prozessualen Möglichkeiten ergreifen muss, um den geltend gemachten Verstoß gegen Grundrechte zu verhindern oder dessen Korrektur zu erwirken.

Vgl. BVerfGE 5, 9 <10>; 22, 287 <290 f.>; 63, 77 <78>; 81, 22 <27>; 84, 203 <208>; 95, 163 <171>; st. Rspr.

Die Beschwerdeführerin hat die mit der Verfassungsbeschwerde geltend gemachten Grundrechtsverstöße in allen Instanzen des fachgerichtlichen Verfahrens ausdrücklich gerügt und damit versucht, die Beseitigung der Verletzung ihrer Grundrechte im fachgerichtlichen Verfahren zu erreichen.

with
BERBURG

Dies ergibt sich bereits aus den Protokollen zur Vernehmung der Beschwerdeführerin im Disziplinarverfahren (**Anlage 7**), insbesondere aber auch aus den Schriftsätzen der Beschwerdeführerin bzw. ihrer jeweiligen Bevollmächtigten (**Anlagen 8, 9, 10, 12, 13, 14, 16, 17**) sowie aus den Beschlüssen der Fachgerichte (**Anlagen 1-4**). So hat die Beschwerdeführerin selbst in ihrer ersten Vernehmung durch das Kommando Informationstechnik der Bundeswehr gerügt, dass sie durch die disziplinarische Ahndung in ihrer „freien Entfaltung der Persönlichkeit (und) zugleich sexuellen Selbstbestimmung“ verletzt werde.

Protokoll der Vernehmung vom 31.07.2019, **Anlage 7**, S. 3.

Hierauf hat auch der damalige Bevollmächtigte der Beschwerdeführerin im Rahmen der Beschwerde Bezug genommen. Weiterhin verweist dieser hier implizit auf das Recht auf ein faires Verfahren und Fürsorgepflichten, indem er in Frage stellt, ob die Bundeswehr den illegal aufgenommenen Screenshot des Tinder-Profiles ungeprüft zur Grundlage des Verweises hätte machen dürfen.

Beschwerdebegründung vom 19.11.2019, **Anlage 9**, S. 1 ff.

Eine weitere, umfassende Rüge, welche sich auf sämtliche vorliegend betroffene Grundrechte bezieht, findet sich in der weiteren Beschwerde zum Truppengericht. In diesem Schriftsatz rügt der damalige Bevollmächtigte zudem konkret eine Verletzung „der Kernbereiche von Art. 1-3 GG, insbesondere von Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1, Art. 2 Abs. 2 S. 2, Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG“. Weiterhin verweist er auf den Anspruch auf ein faires Verfahren aus Art. 6 EMRK.

Begründung der weiteren Beschwerde vom 20.05.2020, **Anlage 12**, S. 1, 6, 4.

In der Begründung der Rechtsbeschwerde findet sich erneut eine Rüge des Rechts auf ein faires Verfahren sowie des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung nach Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG. Der Bevollmächtigte verweist zudem darauf, dass die Disziplinarmaßnahme „erheblich in *konstitutive* Grundrechte“ eingreift, worunter neben Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG auch Art. 3 GG sowie Art. 5 Abs. 1 S. 1 HS. 1 GG fallen.

Begründung der Rechtsbeschwerde vom 14.07.2021, **Anlage 16**, S. 3, 5 ff.

Anderweitige Möglichkeiten, gegen die durch die angegriffenen Entscheidungen bestätigte Disziplinarmaßnahme vorzugehen und ohne Inanspruchnahme des Bundesverfassungsgerichtes die Beseitigung der Hindernisse für die Grundrechtsausübung zu erlangen, bestehen für die Beschwerdeführerin nicht.

II. Voraussetzungen für die Annahme zur Entscheidung

Auch die Voraussetzungen der § 93a Abs. 2 a) und b) BVerfGG zur Annahme der Verfassungsbeschwerde zur Entscheidung sind erfüllt. Zum einen kommt der vorliegenden Verfassungsbeschwerde grundlegende Bedeutung zu (dazu 1.). Darüber hinaus ist ihre Annahme geboten, um die Grundrechte der Beschwerdeführerin durchzusetzen (dazu 2.).

1. Grundlegende Bedeutung der Verfassungsbeschwerde

Die Verfassungsbeschwerde wirft verfassungsrechtliche Fragen auf, die in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bislang nicht abschließend geklärt sind.

So bedarf das Grundrecht auf sexuelle Selbstbestimmung einer Fortentwicklung und Schärfung. Seitdem das Bundesverfassungsgericht im Jahr 2008 erstmals von einem „Recht auf sexuelle Selbstbestimmung“ als Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts sprach, ist zwar eine Reihe von Entscheidungen hierzu ergangen. In den letzten Jahren hat sich jedoch ein gesellschaftlicher Wandel im Hinblick auf Sexualitäten und ihre gesellschaftliche Rezeption vollzogen. Sittlichkeit und Moralität sind in den Hintergrund getreten, während Selbstbestimmung und Autonomie zunehmend an Bedeutung gewinnen. Vor dem Hintergrund dieser neuen Bewertungsmaßstäbe und auch der damit einhergehenden neuen Dimensionen von Sexualitäten und Begehren, zunehmend öffentlich verhandelt werden, erscheint eine Entwicklung des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung geboten.

Vgl. *Valentiner*, Das Grundrecht auf sexuelle Selbstbestimmung, 2021, S. 17 ff. m.w.N.

Dringend bedarf auch die Frage, ob die Generalklausel des § 17 Abs. 2 S. 3 Alt. 2 SG hinreichend bestimmt ist und in Disziplinarverfahren als verfassungskonforme Gesetzesgrundlage für Grundrechtseingriffe herangezogen werden kann, verfassungsgerichtlicher Klärung. Zwar bewertete das Bundesverfassungsgericht die Norm im Jahr 1970 als verfassungsgemäß. Als Begründung wurde angeführt, dass die Pflicht zum soldatenwürdigen Verhalten dem Schutz der freiheitlich-demokratischen Grundordnung sowie der Aufrechterhaltung der Disziplin innerhalb der Streitkräfte diene und hinreichend bestimmt sei, denn „die durch sie normierten Pflichten sind jedem Soldaten selbstverständlich“.

BVerfGE 28, 51 <53>.

Der vorliegende Fall macht jedoch das Erfordernis einer erneuten, eingehenderen Prüfung deutlich. Er verdeutlicht, dass die durch § 17 Abs. 2 Satz 3 SG in Bezug genommenen Pflichten keinesfalls „jedem Soldaten selbstverständlich“ sind. So war und

ist es weiterhin unklar, wie das Profil von Soldat*innen auf Datingportalen konkret ausgestaltet sein darf.

An der Klärung dieser konkret entscheidungserheblichen Fragen besteht ein Interesse, das über den Einzelfall hinausgeht. Diese sind von grundsätzlicher Bedeutung. Vorliegend geht es nicht nur um eine individuelle Disziplinarmaßnahme gegen eine einzelne Soldatin, vielmehr hat der Fall eine darüber hinausweisende Dimension und Auswirkungen auf unterschiedliche Personengruppen. Zunächst betreffen die aufgeworfenen Fragen eine Vielzahl von Beschäftigten im öffentlichen Dienst, wie Lehrer*innen, Soldat*innen und Richter*innen. Auch ihnen könnte ein von den Vorstellungen der Mehrheitsgesellschaft abweichendes Sexualverhalten als dienstrechtswidrige Gefährdung ihrer Führungsfähigkeiten vorgeworfen werden.

2. Erforderlichkeit zur Durchsetzung der Grundrechte der Beschwerdeführerin

Die Annahme der Verfassungsbeschwerde ist auch zur Durchsetzung der Grundrechte der Beschwerdeführerin angezeigt.

Hiervon geht das Bundesverfassungsgericht insbesondere dann aus, wenn die geltend gemachte Verletzung von Grundrechten oder grundrechtsgleichen Rechten besonderes Gewicht hat oder die*den Beschwerdeführer*in in existentieller Weise betrifft. Eine existenzielle Bedeutung für die beschwerdeführende Person wiederum ist einerseits anzunehmen, wenn durch eine Versagung der Entscheidung zur Sache ein besonders schwerer Nachteil entsteht; andererseits kann sich die Existenzerheblichkeit auch aus der Art des betroffenen Grundrechts ergeben.

Vgl. BVerfGE 90, 22 <25>; Gesetzesbegründung zur Änderung des BVerfGG, BT-Drucks. 12/3628, S. 14.

Die vorliegend geltend gemachten Grundrechtsverletzungen sind von existenzieller Bedeutung für die Beschwerdeführerin. Dies folgt bereits aus der Art der betroffenen Grundrechte. Mit der sexuellen Selbstbestimmung ist die Beschwerdeführerin in einem Kernbereich ihres allgemeinen Persönlichkeitsrechts betroffen, welches wiederum nicht zuletzt aufgrund seines Menschenwürdegehalts von herausragender Bedeutung ist.

Vgl. zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht u.a. BVerfGE 6, 32 <40>; 27, 1 <6>; zum Recht auf sexuelle Selbstbestimmung *Di Fabio*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 97. EL Januar 2022, Art. 2 Abs. 1 Rn. 200; *Valentiner*, Das Grundrecht auf sexuelle Selbstbestimmung, 2021, S. 186 ff.

D. Begründetheit

Die Verfassungsbeschwerde ist begründet. Die angegriffenen Entscheidungen enthalten nicht nur eine fehlerhafte Auslegung und Anwendung des einfachen Rechts, sondern beruhen auf einer grundsätzlichen Verkennung von Reichweite und Bedeutung verschiedener Grundrechte. Sie verletzen dadurch die Grundrechte und grundrechtsgleichen Rechte der Beschwerdeführerin auf sexuelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG), Gleichbehandlung (Art. 3), Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 GG) und auf Fürsorge des Dienstherrn (Art. 33 Abs. 5 GG).

I. Grundrecht auf sexuelle Selbstbestimmung

Der Verweis und die bestätigenden Entscheidungen verkennen Bedeutung und Reichweite des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG in Gestalt des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung.

Zwar setzt sich das Bundesverwaltungsgericht in seinen nicht-tragenden Ausführungen umfassend damit auseinander, dass der Verweis in dieses Grundrecht eingreift (dazu 1.) und die vorangegangenen Begründungen diesen Eingriff nicht ausreichend rechtfertigen. Nur ausgesprochen knapp legt das Bundesverwaltungsgericht dann seine eigenen, tragenden Erwägungen zur Rechtfertigung dar und verkennet dabei den Gehalt und das Gewicht der sexuellen Selbstbestimmung. So zieht der 2. Wehrdienstsenat als gesetzliche Grundlage für den Eingriff mit § 17 Abs. 2 Satz 3 Alt. 2 SG eine mangels hinreichender Bestimmtheit untaugliche Norm heran (dazu 2.). Zentrale Leerstelle der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts ist die fehlende Auseinandersetzung mit der Frage, welchem verfassungsrechtlich anerkannten Zweck die Disziplinierung des Tinder-Profiles dient (dazu 3.). So geht der 2. Wehrdienstsenat ohne nähere Prüfung davon aus, dass die „Funktionsfähigkeit der Bundeswehr“ gegen die sexuelle Selbstbestimmung abgewogen werden darf, obwohl das Bundesverfassungsgericht seit der Fehlentscheidung zur Strafbarkeit der Homosexualität ausschließlich den Schutz anderer Menschen (oder Tiere) als Schranke der sexuellen Selbstbestimmung anerkennt. Höchst problematisch dient der Verweis nach der Begründung des Bundesverwaltungsgerichts letztlich dazu, die überkommenen Moralvorstellungen flüchtig lesender, irrender Untergebener zu schonen, und verkehrt damit den Gehalt des Grundrechts in sein Gegenteil (dazu 4.). Die fehlende Auseinandersetzung mit Eignung und Angemessenheit des Verweises ist eine weitere Schwäche der Entscheidung, die zu ihrer Verfassungswidrigkeit führt (dazu 5.).

1. Verkennung von Ausmaß und Gewicht des Eingriffs

Die angegriffenen fachgerichtlichen Entscheidungen gehen zu Recht davon aus, dass der Verweis die Beschwerdeführerin in ihrem Grundrecht auf sexuelle Selbstbestimmung aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG betrifft (dazu a.). Allerdings

werden zu Unrecht nicht alle Dimensionen des Eingriffs in ihrem vollen Gewicht betrachtet: Zwar wird erkannt, dass der Verweis die tatsächliche Wahrnehmung des Grundrechts erschwert, allerdings wird übersehen, wie stark die Beschwerdeführerin in der Suche nach Kontakten eingeschränkt wird (dazu b.). Die Entscheidungen verkennen, dass die Kommunikation über das eigene Begehren nicht nur zur Partner*innensuche, sondern auch um ihrer selbst willen verfassungsrechtlich geschützt ist (dazu c.). Schließlich wird nicht erkannt, dass auch die staatlich-autoritative Abwertung bestimmter Formen des sexuellen Begehrens das Grundrecht berührt (dazu d.). Aus den Fehlvorstellungen über die Reichweite des Grundrechts auf sexuelle Selbstbestimmung folgt, dass die Schwere des Eingriffs nicht richtig erkannt wird (dazu e.).

a. Sexuelle Selbstbestimmung von Soldat*innen

Dass das Sexualleben grundrechtlich geschützt ist, hat das Bundesverfassungsgericht bereits in seinem – aus anderen Gründen überholten – Urteil zur Strafbarkeit von männlicher Homosexualität entschieden, zunächst als Teil der allgemeinen Handlungsfreiheit: „Zu dem Bereich der in Art. 2 Abs. 1 GG als Grundrecht gewährleisteten freien Entfaltung der Persönlichkeit gehört auch das Gebiet des Geschlechtlichen.“

BVerfGE 6, 389 <432>.

Später hat das Bundesverfassungsgericht dann zur Begründung auch Art. 1 Abs. 1 GG herangezogen,

BVerfGE 47, 46 <72>; 88, 87 <97>,

bis es das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung im Urteil zur Strafbarkeit des Geschwisterbeischlafs ausdrücklich als Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts einordnete,

BVerfGE 120, 224 <238 f.>.

Auch als Soldatin kann die Beschwerdeführerin sich gegenüber ihrem Dienstherrn auf das Grundrecht auf sexuelle Selbstbestimmung berufen. Zwar ereilt der Verweis die Beschwerdeführerin in ihrem Dienstverhältnis; sie begegnet dem Staat hier nicht als außenstehende Dritte, vielmehr handelt es sich um einen Vorgang innerhalb einer staatlichen Organisation. Gerade die Rechtsverhältnisse der Soldaten waren lange Zeit dadurch geprägt, dass ihre Grundrechtsausübung in vielerlei Hinsicht eingeschränkt war; so durften sie etwa nicht wählen, nicht parteipolitisch aktiv sein und nur an bestimmten Versammlungen teilnehmen.

Vgl. *Heinemann*, Rechtsgeschichte der Reichswehr 1918-1933, 2018, S. 174 ff.

with
BERBURG

Starken Einschränkungen unterlag auch das Sexualleben. Dies nicht nur praktisch durch Kasernierung und Zapfenstreich, sondern auch rechtlich durch den Genehmigungsvorbehalt für die Eheschließung von Soldaten. Offiziere mussten den Reichswehrminister um die Heiraterlaubnis bitten, die übrigen Soldaten benötigten die Zustimmung des Bataillonskommandeurs. Die Erlaubnis wurde frühestens ab dem 27. Lebensjahr erteilt und setzte u.a. voraus, dass die Verlobte einen „einwandfreien Ruf genießt, „achtbar“ war und einer „achtbare(n) Familie“ angehörte. Beziehungen außerhalb der Ehe konnten zur Entlassung aus dem Dienst führen.

Vgl. *Heinemann*, Rechtsgeschichte der Reichswehr 1918-1933, 2018, S. 181 ff.

Derartige Einschränkungen gelten unter dem Grundgesetz nicht. Auch im Verhältnis zu seinen Bediensteten muss der Staat als Dienstherr deren Grundrechte beachten.

Vgl. nur BVerfGE 108, 282 (Kopftuch I), insbes. Sondervotum Rn. 80 ff., BVerfGE 138, 296 <328> (Kopftuch II).

Das Grundgesetz hat auch die – letztlich im persönlichen Treuverhältnis zwischen Rittern und Lehnsherren wurzelnde – teilweise Herauslösung des Militärs aus der bürgerlichen Rechtsordnung beendet. Auch im Dienstverhältnis der Bundeswehr zu ihren Soldat*innen gelten die Grundrechte, wie nicht zuletzt der Umkehrschluss aus Art. 17a GG deutlich zeigt.

Vgl. zur h.M. nur *Schwarz*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 97. EL Januar 2022, Art. 17a Rn. 5 m.w.N.

b. Die praktische Folge: Einschränkung bei der Suche nach Sexualpartner*innen

Zwar erkennen die Fachgerichte, dass die Aufforderung, ihre Suche nach sexuellen Begegnungen künftig anders zu gestalten, die Beschwerdeführerin in der Grundrechtsausübung einschränkt. Zu Unrecht nehmen die Entscheidungen aber an, dieser Eingriff belaste die Beschwerdeführerin nicht wesentlich.

(1) Verfassungsrechtlicher Schutz der Partner*innensuche

Denn das Grundrecht auf sexuelle Selbstbestimmung umfasst notwendigerweise auch das Recht, sexuelle Kontakte zu suchen und bei dieser Suche ehrlich und nach eigener Vorstellung das eigene Begehren zu thematisieren,

vgl. auch *Hofmann*, RuP 2022, 304 (308); *Heinemann*, Anmerkung zu BVerwG, Beschluss vom 25.05.2022 – 2 WRB 2.21, NVwZ 2022, Heft 21 (im Erscheinen).

with
BERBURG

Denn Sexualität wird regelmäßig nicht allein gelebt, sondern gemeinsam. Das Grundrecht kann deshalb ohne eine Kontaktaufnahme zu anderen Menschen tatsächlich nur sehr begrenzt wahrgenommen werden. Der grundrechtliche Schutz der Kontaktsuche ist nicht auf den „diskretesten“ Weg beschränkt, sondern umfasst die freie Entscheidung über den Rahmen und die Mittel der Kontaktsuche.

Das Grundrecht erfasst nach *Heinemann*, Anmerkung zu BVerwG, Beschluss vom 25.05.2022 – 2 WRB 2.21, NVwZ 2022, Heft 21 (im Erscheinen), auch, „ein Tinder-Profil nach eigenen Vorstellungen zu gestalten.“

Für andere Kommunikationsrechte ist dies bereits geklärt. So schützt die Meinungsfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 Satz 1 Halbs. 1 GG selbstverständlich nicht nur den Inhalt der Meinungsäußerung, sondern umfasst auch die Form der Äußerung: „Der sich Äußernde hat nicht nur das Recht, überhaupt seine Meinung kundzutun. Er darf dafür auch diejenigen Umstände wählen, von denen er sich die größte Verbreitung oder die stärkste Wirkung seiner Meinungskundgabe verspricht.“

BVerfGE 93, 266 <289>.

Auch die Versammlungsfreiheit sichert den Trägern ein Selbstbestimmungsrecht hinsichtlich Ort, Zeitpunkt, Art und Inhalt der Versammlung zu.

BVerfGE 69, 315 <342>.

Erst recht muss die freie Entscheidung über alle Aspekte zur Vorbereitung der eigentlichen Grundrechtsausübung beim Recht auf sexuelle Selbstbestimmung geschützt sein. Denn ein selbstbestimmtes Sexualeben hängt zentral davon ab, dass die wechselseitigen Erwartungen sich möglichst umfassend decken. In kaum einem anderen Lebensbereich spielen der soziale Rahmen, die Art und Weise der Selbstdarstellung und gerade auch die Wortwahl eine so große Rolle dafür, welche anderen Menschen sich angesprochen fühlen: Wer sich besonders seriös und zurückhaltend präsentiert, wird andere Kontakte knüpfen als jemand, der aufreizend und direkt erscheint.

(2) Verbot von Dating-Apps durch den Verweis

Diese von Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG geschützte Freiheit der Kontaktsuche schränkt der Verweis ein. Die Beschwerdeführerin darf – so die Vorstellung des Dienstherrn, die im Verweis zum Ausdruck kommt – weiterhin mit verschiedenen Partner*innen Sex haben. Dieses Begehren darf sie aber nur dort offen kommunizieren, wo eine Geheimhaltung garantiert ist. In allen anderen Umgebungen muss sie auf Formulierungen verzichten, die auf sexuelle Lust besonders hinweisen oder die

Bereitschaft erkennen lassen, dieser Lust nachzugehen. Derartige dienstliche Vorgaben für die Formulierung in einer Dating-App blockieren die Suche nach den von der Beschwerdeführerin gewünschten Kontakten gerade zu solchen Menschen, die eine ähnliche Einstellung zu Sexualität pflegen wie sie selbst.

Das Bundesverwaltungsgericht meint, der Beschwerdeführerin stehe sehr wohl weiterhin frei, Dating-Plattformen zu nutzen, nur in der äußeren Gestaltung und Formulierung müsse sie auf die mit ihrer dienstlichen Stellung verbundenen Integritätsersparungen Rücksicht nehmen und von besonderer Überspitzung absehen.

BVerwG, Beschluss vom 25.05.2022 - 2 WRB 2.21-, **Anlage 4**, Rn. 32.

Die gewählten Formulierungen seien „für die beabsichtigte Grundrechtsausübung nicht erforderlich und für die Werbewirksamkeit der Annonce nicht notwendig“ gewesen, das Grundrecht auf sexuelle Selbstbestimmung daher – so ist zu vermuten – nicht oder kaum beeinträchtigt.

BVerwG, Beschluss vom 25.05.2022 - 2 WRB 2.21-, **Anlage 4**, Rn. 38.

Dies trifft allerdings nicht zu. Vielmehr müsste die Beschwerdeführerin, um einer so verstandenen Dienstpflcht gerecht zu werden, auf Dating-Apps vollständig verzichten. Denn eine Nutzung solcher Dienste unter Verschleierung des Beziehungsstatus und ohne ihr Begehren in frei gewählten Worten zu beschreiben, kann naturgemäß keinen Sinn ergeben: Die Beschwerdeführerin könnte dann nicht genau die Menschen ansprechen, denen sie gern begegnen möchte. Sie müsste sogar darauf verzichten, ihre sexuelle Orientierung anzugeben, denn selbst „all genders welcome“ als Beschreibung ihrer Pansexualität betrachtet das Bundesverwaltungsgericht als missverständliche Überspitzung. Um den Eindruck „sexueller Disziplin“ aufrecht zu erhalten, müsste sie ihre offene Ehe und das Interesse an rein sexuellen Begegnungen verschweigen. Das würde nicht nur Menschen ansprechen, die auf der Suche nach romantischen, monogamen Beziehungen sind, sondern auch den Anschein erwecken, die Beschwerdeführerin hintergehe ihre Ehefrau; beides will die Beschwerdeführerin verständlicherweise vermeiden.

Die Aufforderung, die Beschwerdeführerin möge künftig Formulierungen vermeiden, die „beim ersten Lesen“ missverständlich sein könnten, offenbart außerdem ein völliges Fehlverständnis der Funktionsweise von Tinder: Diese Kommunikation *zielt* gerade auf die sehr schnelle, einmalige und meist oberflächliche Kenntnisnahme der Inhalte. Die Aufforderung, Überspitzungen zu vermeiden, widerspricht dieser Funktionsweise und kommt einem Verbot der aktiven Nutzung von Dating-Portalen nahe.

Dass sie Dating-Plattformen nicht mehr nutzen könnte, wiegt für die Beschwerdeführerin als pansexuelle trans Frau besonderes schwer. Dating-Apps spielen für queere Menschen schon viel länger als bei cis-heterosexuellen Menschen eine entscheidende Rolle bei der Suche nach Kontakten. Denn Angehörige einer marginalisierten, stigmatisierten und von Gewalt bedrohten gesellschaftlichen Minderheit müssen bei einem unverfänglichen persönlichen Kennenlernen Ablehnung oder Aggression und Gewalt befürchten. Es ist für sie deutlich unwahrscheinlicher, Sexualkontakte im direkten persönlichen Umfeld zu finden. Hinzu kommt, dass eine klare Kommunikation umso wichtiger wird, je stärker das eigene Begehren von den typischen Erwartungen der Mehrheit in der Gesellschaft abweicht. Es liegt auf der Hand, dass Homo- oder Pansexualität als seltenere, marginalisierte Begehrensformen ausdrücklich und klar mitgeteilt werden müssen. Nicht nur, um Interesse bei Personen des begehrten Geschlechts zu erwecken, sondern auch um frustrierende Begegnungen mit eher traditionell orientierten Nutzer*innen von vornherein zu vermeiden. Auch die Umsetzung des Beziehungsmodells einer offenen Beziehung, das die Beschwerdeführerin als Teil ihrer Identität empfindet, wird ganz erheblich erschwert, wenn Dating-Apps zur Kontaktsuche ausscheiden. Denn Sexualkontakte im persönlichen Umfeld – auf das die Beschwerdeführerin sich dann beschränken müsste – bergen ein deutlich höheres Risiko, die Ehe zu belasten.

c. Der kommunikative Effekt: Verschweigen des eigenen Begehrens

Gar nicht bearbeitet wird eine zweite Eingriffsqualität des Verweises: Das Verbot, über das eigene Begehren frei und offen zu sprechen. Dieses Redeverbot steht als *eigenständige* Belastung neben der praktischen Beeinträchtigung durch Vorgaben für die Kontaktsuche.

(1) Sprechen über das eigene Begehren als grundrechtlich geschütztes Verhalten

In der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist geklärt, dass die sexuelle Selbstbestimmung auch das Recht schützt, über Begehren und sexuelle Praktiken zu schweigen. Ob und in welcher Form die eigene Sexualität thematisiert wird, dürfen die Grundrechtsträger*innen frei entscheiden.

Die Grundrechtsträger*innen haben sowohl das Recht, ihr Sexualeben vor der Kenntnisnahme durch Dritte zu schützen. Diese im Grundrecht auf Wahrung der Privat- und Intimsphäre wurzelnde Seite der sexuellen Selbstbestimmung hat das Bundesverfassungsgericht in verschiedenen Lebensbereichen wiederholt mit einem starken Schutz versehen. In ständiger Rechtsprechung unterfällt das Gebiet des „Geschlechtlichen“ generell der Privatsphäre: „Das Grundgesetz hat den Intim- und Sexualbereich des Menschen als Teil seiner Privatsphäre unter den

with
BERBURG

verfassungsrechtlichen Schutz des Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG gestellt.“

BVerfGE 120, 224 <238> unter Bezugnahme auf BVerfGE 47, 46 <73>; 96, 56 <61>.

So kann das Grundrecht auf sexuelle Selbstbestimmung in seiner Ausprägung als Schutz der Privatheit nicht nur staatlicher Überwachung entgegengehalten werden.

BVerfGE 32, 373 <379>; 33, 367 <377 f.>; 34, 238 <244 f.>; 35, 35 <39>; 80, 367 <372>; 109, 276 <313> (großer Lauschangriff).

Es greift auch im Verhältnis zu privaten Dritten, etwa wenn eine Frau aufgefordert wird, ihrem Kind oder dessen Vater Auskunft über ihre ehemaligen Sexualpartner*innen zu erteilen, oder bei öffentlicher Berichterstattung, die sich bei Aspekten Privat- und Intimsphäre besonders zurückhalten muss.

Zu Auskunftsbegehren gegen Mütter vgl. BVerfGE 96, 56 <61>; 138, 377 <387>; 141, 186 <210>; zur Berichterstattung vgl. BVerfGE 101, 361 <381 ff.>; 120, 180 <207 f.>.

Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG gewährt auch das spiegelbildliche Recht, frei und offen über die eigene Sexualität zu sprechen. Dass die sexuelle Selbstbestimmung ein Element der Intim- und Privatsphäre und damit vor ungewollter Kenntnisnahme durch Dritte geschützt ist, bedeutet nämlich nicht, dass Sexualität verborgen werden *muss* und ausschließlich in die vier Wände des eigenen Schlafzimmers gehört. Vielmehr enthält auch das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung ein zweites, auf Selbstdarstellung und Austausch gerichtete Element, wie auch das Bundesverwaltungsgericht in der angegriffenen Entscheidung zu Recht annimmt.

BVerwG, Beschluss vom 25.05.2022 - 2 WRB 2.21-, **Anlage 4**, Rn. 30.

Dieses zweite Element, das mehreren Ausprägungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts innewohnt, hat das Bundesverfassungsgericht bereits klar benannt für die Bereiche der sexuellen Orientierung und der Geschlechtsidentität, die viele Gemeinsamkeiten mit der sexuellen Selbstbestimmung aufweisen.

Zur Geschlechtsidentität etwa führt das Bundesverfassungsgericht aus:

„Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG schützt den Vornamen eines Menschen zum einen als Mittel zu seiner Identitätsfindung und Entwicklung der eigenen Identität, zum anderen als Ausdruck seiner erfahrenen oder gewonnenen geschlechtlichen Identität. (...) Der vom Persönlichkeitsrecht geschützte Wunsch nach Ausdruck der eigenen Geschlechtlichkeit im Vornamen umfasst damit auch das Recht, in der empfundenen Geschlechtlichkeit mit Namen angesprochen und

with
BERBURG

anerkannt zu werden und sich nicht im Alltag Dritten oder Behörden gegenüber hinsichtlich der eigenen Sexualität gesondert offenbaren zu müssen.“

BVerfGE 116, 243 <262 f.>; siehe auch *Mast*, Schutz geschlechtlicher Identität, in: Müller/Dittrich, Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Band 6, 2022, S. 343, insb. 344 f.

Insofern gilt, was *Britz* übergreifend zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht ausführt: „Dass Persönlichkeitsentfaltung ein interaktiver Vorgang ist, wird von juristischer Seite nicht bestritten. Gleichwohl erfolgt die explizite Rezeption und Umsetzung dieser Annahme in der Grundrechtsdogmatik zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht eher zögerlich. Insbesondere wird das Wissen um den kommunikativen Charakter des Vorgangs der Persönlichkeitsentfaltung wenig in die kasuistische Fortentwicklung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts eingebracht. Gerade das Recht auf Selbstdarstellung hat sich so aber sinnvoll rekonstruieren lassen und hat dabei schärfere Konturen gewonnen. Selbstdarstellung dient der freien Entfaltung der Persönlichkeit, weil sie, wie gezeigt, ein Mittel des Individuums ist, fremde Identitätserwartungen zu beeinflussen und sich damit mittelbar und unmittelbar Raum für eigene Selbstvergewisserung zu sichern. Zwar kann und darf der Staat fremde Identitätserwartungen letztlich niemals unterdrücken. Er kann und muss das Individuum jedoch darin unterstützen, sich gegenüber fremden Identitätserwartungen – etwa durch (die Aussicht auf) Selbstdarstellung – eigenständig Freiraum zu verschaffen.“

Britz, Freie Entfaltung durch Selbstdarstellung, 2007, S. 46.

Dies gilt auch für die sexuelle Selbstbestimmung. Hier greift das allgemeine Persönlichkeitsrecht in seiner Ausprägung als *Autonomieschutz*,

Di Fabio, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 95. EL Juli 2021, Art. 2 Abs. 1 Rn. 200.

Auch im Bereich der sexuellen Selbstbestimmung bedarf die Persönlichkeitsentfaltung der freien Kommunikation und Auseinandersetzung mit dem Verständnis anderer. Die sexuelle Selbstbestimmung ist, ebenso wie die Geschlechtsidentität und die sexuelle Orientierung, in besonderer Weise auf ein Gegenüber angelegt. Die „soziale Dimension der Persönlichkeitsentfaltung tritt besonders deutlich in dem Lebensbereich der Sexualität hervor.“

Valentiner, Das Grundrecht auf sexuelle Selbstbestimmung, 2021, S. 367.

Denn wie soll der Mensch „seine Einstellung zum Geschlechtlichen selbst (...) bestimmen“,

BVerfGE 47, 46 <72 f.>; 60, 123 <134>; 88, 87 <97>; 96, 56 <61>; 120, 224 <238>, wenn er nicht offen darüber sprechen darf?

(2) Flüstergebot durch den Verweis

Der Verweis beruht nach der letztinstanzlichen Entscheidung auf der Wortwahl, mit der die Beschwerdeführerin ihr sexuelles Begehren gegenüber einem eingegrenzten, aber nicht konkret von ihr gesteuerten Empfängerkreis dargestellt hat. Damit nimmt der Dienstherr Einfluss auf die Kommunikation über das eigene Begehren.

Ausgangspunkt der Kritik ist nach den Ausführungen des Bundesverwaltungsgerichts, dass die Beschwerdeführerin nicht auf ein „Geheimbleiben“ ihres Profiltexes vertrauen durfte, sondern damit rechnen musste, dass die aus Sicht des Gerichts missverständlich überspitzten Formulierungen des Profiltexes „in der Region und im Bataillon bekannt“ würden.

BVerwG, Beschluss vom 25.05.2022 - 2 WRB 2.21 -, **Anlage 4**, Rn. 25.

Als kritikwürdig wird damit gerade die nicht-geheime – gemeint dürfte sein: mehr als einzelnen Empfänger*innen zugängliche – Kommunikation über das eigene Begehren betrachtet. Nach dieser Logik würde also gelten: Je offener eine Grundrechtsträgerin über ihr Begehren spricht, desto bedenklicher wird dieses Verhalten. Wer sein Begehren gleichsam nur im Flüsterton kommuniziert, entgeht der Disziplinierung. Das offene Sprechen über das eigene Begehren wird dadurch erheblich eingeschränkt.

Hinzu kommt die Ausführung, die von der Beschwerdeführerin gewählten Formulierungen seien „für die beabsichtigte Grundrechtsausübung nicht erforderlich und auch für die Werbewirksamkeit der Annonce nicht notwendig“ gewesen.

BVerwG, Beschluss vom 25.05.2022 - 2 WRB 2.21 -, **Anlage 4**, Rn. 38.

Die Kommunikation über das eigene Begehren ist nach diesem Verständnis nicht schon selbst Grundrechtsausübung und deshalb um seiner selbst willen geschützt. Vielmehr gilt der grundrechtliche Schutz nur dem tatsächlichen Ausleben der Sexualität und erstreckt sich nur auf zwingend notwendige Vorbereitungshandlungen, darunter die „Werbung“. Dieses Verständnis verkürzt den Schutzbereich der sexuellen Selbstbestimmung.

Der angegriffene Verweis macht besonders deutlich, wie gefährlich eine staatliche Einflussnahme auf die Kommunikation über Sexualität für die Grundrechtsausübung ist. Denn der 2. Wehrdienstsenat ist – wie alle Vorinstanzen – offenbar weder mit Tinder noch mit der Kommunikation über queere Sexualität vertraut und ordnet den Profiltext in weiten Teilen völlig falsch ein. Der Beschwerdeführerin wird hier zugemutet, ihr

Kommunikationsverhalten auf Empfänger*innen auszurichten, die es nicht im Ansatz einordnen können. So erkennt das Gericht – zumindest „beim ersten Lesen“ und „ohne längeres Nachdenken“ – Hinweise auf ein „hemmungsloses“ Sexualleben bzw. einen Mangel an „sexueller Disziplin“. Weiter wirft es der Beschwerdeführerin eine „äußerst missverständliche Überspitzung“ ihres Anliegens vor. Tatsächlich lässt sich eine solche unterstellte Hemmungs- oder Disziplinlosigkeit aus dem Profil nicht ablesen. Wie bereits dargelegt, stellt die Aussage „offene Beziehung, auf der Suche nach Sex“ klar, dass die Beschwerdeführerin – anders als viele andere Nutzer*innen von Tinder – keine Beziehung sucht, sondern bereits in einer Partnerschaft lebt. Mit dem Hinweis, dass ihre Ehefrau mit weiteren sexuellen Kontakten einverstanden ist, beugt die Beschwerdeführerin erstens Erpressungsversuchen vor und stellt zweitens klar, dass ihre Partnerschaft nicht dem konventionellen Muster von Monogamie und Verheimlichung folgt. Mit „all genders welcome“ wählt die Beschwerdeführerin eine der üblichen Formulierungen, um Pansexualität als sexuelle Orientierung zu beschreiben und sich von einem binären Verständnis der Geschlechter („bisexuell“) abzugrenzen. Diese Elemente des Profiltextes beschreiben also die Rahmenbedingungen der Suche, außerdem verortet sich die Beschwerdeführerin mit ihnen im gesellschaftlichen Diskurs über Sexualität. Allein die beiden Begriffe „lustvoll“ und „spontan“ beschreiben tatsächlich inhaltliche Vorstellungen davon, wie die sexuelle Begegnung verlaufen sollte – eine „äußerst missverständliche Überspitzung des eigenen Anliegens“ kann man ihnen sicher nicht entnehmen.

Vgl. auch *Hofmann*, RuP 2022, 304 (306): „In dem Kontext einer Dating-Plattform kann es bedeuten, dass die Soldatin zu spontanen Treffen bereit ist und diese (sexuellen) Treffen als sinnlich erfüllend empfindet“.

d. Der moralische Aspekt: Abwertung bestimmter Formen des Begehrens

Ebenfalls völlig verkannt wird eine dritte Dimension des Eingriffs, die in der autoritativ-staatlichen Abwertung bestimmter Begehrensformen liegt.

(1) Schutz vor staatlicher Abwertung bestimmter Begehrensformen

Das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung ist ein Aspekt des allgemeinen Persönlichkeitsrechts. Dieses Grundrecht umfasst den Schutz vor staatlichen Äußerungen, die - ohne im engeren Sinn ehrverletzend zu sein - geeignet sind, sich abträglich auf das Ansehen des Einzelnen in der Öffentlichkeit auszuwirken und verbietet es dem Staat, sich ohne rechtfertigenden Grund herabsetzend über einen Bürger zu äußern.

BVerfGE 99, 185 <193 f.>; 114, 339 <346>; BVerfG, Beschluss vom 17.08.2010 - 1 BvR 2585/06 -, NJW 2011, 511 Rn. 21.

with
BERBURG

Auch das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung als Bestandteil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts garantiert den individuellen Freiraum, in der eigenen Sexualität – solange sie sich in den strafrechtlich gezogenen Grenzen bewegt – nicht von staatlichen Einrichtungen bewertet und kategorisiert zu werden.

Vgl. auch *Hofmann*, RuP 2022, 304 (308 f.).

In der Entscheidung zum Sexualkundeunterricht führt das Bundesverfassungsgericht insoweit aus, die sexuelle Selbstbestimmung gewähre jedem Menschen das Recht, „seine Einstellung zum Geschlechtlichen selbst zu bestimmen. Er kann sein Verhältnis zur Sexualität einrichten und grundsätzlich selbst darüber befinden, ob, in welchen Grenzen und mit welchen Zielen er Einwirkungen Dritter auf diese Einstellung hinnehmen will.“ Deshalb ist es Schulen verboten, Schüler*innen mit dem Ziel zu indoktrinieren, ein bestimmtes Sexualverhalten zu befürworten oder abzulehnen.

BVerfGE 47, 46 <72 f., 76> vgl. im Anschluss BVerfGE 60, 123 <134>; 88, 87 <97>; 96, 56 <61>; 120, 224 <238>.

Der Gedanke lässt sich generalisieren: Der Staat darf bestimmte Formen der Sexualität oder des Begehrens – jenseits strafbaren Handelns – nicht ohne Rechtfertigung bewerten.

Vgl. auch *Hofmann*, RuP 2022, 304 <308 f.>.

(2) Herabsetzende Bewertung legalen sexuellen Begehrens

Die Beschwerdeführerin wird gerügt, weil ihr Profil auf „sexuelle Disziplinlosigkeit“ und ein „hemmungsloses Ausleben des Sexualtriebes“ hindeuten könnte. Ein promiskuitives privates Sexualleben sei, so die disziplinarrechtliche Bewertung, unvereinbar mit der Aufgabe, ein Bataillon zu führen. Mit der disziplinarischen Autorität des Dienstherrn werden „sexuelle Disziplin“ und das uneingeschränkte Beherrschen des Sexualtriebes (beschrieben als „Leitvorstellung der Einehe, der ehelichen Treue und der Familie als Keimzelle der Gesellschaft“) als dienstrechtlich geboten, Begehrensformen jenseits der tradierten monogamen Beziehung als moralisch angreifbar und deshalb potenziell schädlich für die dienstliche Autorität eingeordnet – jedenfalls für eine prominente trans Frau. Darin liegt ein autoritatives Unwerturteil über ein promiskuitives Privatleben. Bemerkenswert ist, dass die disziplinarische Ahndung hier gerade deshalb erfolgt, weil das Begehren von den „moralischen Verhaltenserwartungen der Bevölkerungsmehrheit“ abweicht.

Dieses Unwerturteil ist besonders problematisch, weil die Entscheidungsgründe hier – beruhend auf dem Verständnis, dass § 17 Abs. 2 Satz 3 SG schon die abstrakte Gefahr

eines Achtungs- und Vertrauensverlusts sanktioniert – auf die Bewertung eines imaginierten Dritten abstellen.

Auch *Heinemann*, Anmerkung zu BVerwG, Beschluss vom 25.05.2022 – 2 WRB 2.21, NVwZ 2022, Heft 21 (im Erscheinen).

Der 2. Wehrdienstsenat distanziert sich mit dieser Figur von der eigenen Erkenntnis, dass im Profiltext „bei sachgemäßer Auslegung des Textes bei längerem Nachdenken“ keine sexuelle Hemmungslosigkeit mehr aufscheint.

BVerwG, Beschluss vom 25.05.2022 - 2 WRB 2.21-, **Anlage 4**, Rn. 38.

Er setzt die möglichen Schlussfolgerungen einer vorurteilsbeladenen und oberflächlichen Person an die Stelle der eigenen Erkenntnis und wertet jene zur legitimen Freiheitsgrenze auf.

Hierzu auch *Heinemann*, Anmerkung zu BVerwG, Beschluss vom 25.05.2022 – 2 WRB 2.21, NVwZ 2022, Heft 21 (im Erscheinen).

Der*die in den Entscheidungsgründen imaginierte, der Beschwerdeführerin unterstellte Soldat*in fällt erstens sein*ihr moralisches Urteil bereits „beim ersten Durchlesen“ des Profiltextes, ohne sich länger damit zu befassen. Er*sie missversteht zweitens den Profiltext als Ausdruck hemmungs- und disziplinloser Sexualität. Drittens vermutet und erwartet diese*r imaginierte Untergebene bei einem militärischen Vorgesetzten mit promiskuitivem privatem Sexualleben Verständnis für strafbare sexuelle Übergriffe im Dienst.

BVerwG, Beschluss vom 25.05.2022 - 2 WRB 2.21-, **Anlage 4**, Rn. 38.

Dieser imaginierte Dritte irrt zwar, auf ihn kommt es gleichwohl an. Da der Empfänger imaginiert wird, lässt sich diese Argumentation niemals objektiv widerlegen. So spielt es etwa keine Rolle, dass die Beschwerdeführerin aus der Kaserne, deren Führung sie sich durch den offenen Umgang mit ihrem Begehren erschwert haben soll, mit einem Fahrzeug verabschiedet wurde, das die Kamerad*innen zu einem regenbogenfarbenen Einhorn umgebaut hatten.

Siehe dazu Aufnahme vom 17.12.2020, abrufbar unter <https://www.youtube.com/watch?v=38WK1UT8CrE> (zuletzt abgerufen am 11.10.2022). Zu diesem Aspekt auch *Heinemann*, Anmerkung zu BVerwG, Beschluss vom 25.05.2022 – 2 WRB 2.21, NVwZ 2022, Heft 21 (im Erscheinen).

e. Hohe Eingriffsintensität trotz milder Disziplinarmaßnahme

Aus den obigen Erwägungen folgt, dass der hier zu beurteilende Eingriff schwer wiegt. Dies verkennt das Bundesverwaltungsgericht, wenn es in seinen tragenden Erwägungen allein darauf abstellt, dass der Verweis die mildestmögliche Disziplinarmaßnahme darstellt. Zwar kommt darin eine vergleichsweise schwache Missbilligung zum Ausdruck. Trotzdem soll der Verweis eine Verhaltensänderung bewirken: Der Dienstherr erwartet von der Beschwerdeführerin im Ergebnis, keine Dating-Plattformen zu nutzen oder dort jedenfalls nicht offen über ihre sexuelle Orientierung, ihr Beziehungsmodell und ihr Begehren zu sprechen. Diese Erwartung betrifft einen für die Persönlichkeitsentfaltung zentralen Lebensbereich, der grundsätzlich ein hohes Schutzniveau aufweist.

Di Fabio, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 95. EL Juli 2021, Art. 2 Abs. 1 Rn. 200; *Lang*, in: BeckOK GG, 51. Ed. 15.5.2022, Art. 2 Rn. 39a; *Valentiner*, Das Grundrecht auf sexuelle Selbstbestimmung, 2021, S. 186-189 m.w.N.

Die Beschwerdeführerin selbst versteht das Bedürfnis nach offenen Beziehungsmodellen als ihr Sexualleben nicht als „Wahl“, sondern als immanenten Teil ihrer Persönlichkeit und Identität. Soweit sie in der Vergangenheit Beziehungen anders gelebt hat, war dies entgegen einem eindeutigen inneren Bedürfnis und aus Rücksichtnahme einer anderen Person gegenüber.

Außerdem bezieht sich der Verweis nicht auf die dienstliche Tätigkeit der Beschwerdeführerin, sondern belastet sie – noch klarer als etwa ein Verbot von Tätowierungen – ausschließlich in ihrem Privatleben: Ein ihren Vorstellungen von Begehren und Beziehungsmodell entsprechendes Leben ist ihr kaum möglich, wenn sie Tinder oder andere Dating-Plattformen nicht (auf die gewünschte Art) nutzen kann.

Zur Betroffenheit im Privatbereich auch *Hofmann*, RuP 2022, 304; *Heinemann*, Anmerkung zu BVerwG, Beschluss vom 25.05.2022 – 2 WRB 2.21, NVwZ 2022, Heft 21 (im Erscheinen).

Der Verweis strahlt aber auch auf andere Soldat*innen als Privatpersonen aus, die ebenfalls nicht mehr sicher sein können, wie sie auf Dating-Apps oder anderen sozialen Medien auftreten dürfen.

Vgl. Homepage von QUEERBw, online abrufbar unter <https://www.queerbw.de/presse> (zuletzt abgerufen am 11.10.2022) mit besorgten Kommentaren queerer Soldat*innen in Reaktion auf die angegriffene Entscheidung.

Zu den negativen Folgen auch *Heinemann*, Anmerkung zu BVerwG, Beschluss vom 25.05.2022 – 2 WRB 2.21, NVwZ 2022, Heft 21 (im Erscheinen): „Die vom Gericht behaupteten, kaum greifbaren konservativen oder gar reaktionären Sittlichkeitsvorstellungen könnten fortan über das Vehikel der außerdienstlichen Wohlverhaltenspflicht zur Begründung disziplinarer Sanktionen herangezogen werden – und zwar völlig unabhängig davon, ob sich Bundeswehrangehörige darauf überhaupt tatsächlich (mehrheitlich) berufen. Wenn das Schule macht, droht den Streitkräften tatsächlich die Homogenisierung hin zu einem rein konservativen Milieu.“

2. Untaugliche Rechtsgrundlage

Die angegriffenen Entscheidungen verstoßen auch deshalb gegen die Verfassung, weil sie übersehen, dass eine verfassungskonforme Rechtsgrundlage für den Verweis fehlt. Denn Vorgaben des Dienstherrn zur außerdienstlichen Nutzung von Online-Dating-Plattformen berühren grundrechtlich wesentliche Belange der Staatsbediensteten und sind deshalb vom Gesetzgeber selbst in hinreichender Bestimmtheit zu regeln. Die Generalklausel des § 17 Abs. 2 Satz 3 SG genügt diesen Anforderungen nicht.

Auch *Heinemann*, Anmerkung zu BVerwG, Beschluss vom 25.05.2022 – 2 WRB 2.21, NVwZ 2022, Heft 21 (im Erscheinen).

a. Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Bestimmtheit von Eingriffsnormen

Das allgemeine Persönlichkeitsrecht steht unter dem Vorbehalt des Art. 2 Abs. 1 Halbs. 2 GG, der drei Schranken beinhaltet: die Rechte anderer, die verfassungsmäßige Ordnung und das Sittengesetz. Dies ist als einfacher Gesetzesvorbehalt zu verstehen, da mit der verfassungsmäßigen Ordnung die Gesamtheit aller Normen gemeint ist, die formell oder materiell mit der Verfassung in Einklang stehen, darunter Gesetze ebenso wie Rechtsverordnungen und Satzungen. Dabei gehen die besonderen Zwecke des Schutzes des Sittengesetzes und der Rechte anderer weitgehend in der allgemeinen Schranke der verfassungsmäßigen Ordnung auf.

Di Fabio, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 97. EL 2022, Art. 2 Rn. 44, 46; *Rixen*, in: Sachs, GG, 9. Aufl. 2021, Art. 2 Rn. 93, 99; *Kunig/Kämmerer*, in: von Münch/Kunig, GG, 7. Aufl. 2021, Art. 2 Rn. 37. Die verfassungsmäßige Ordnung umfasst alle formell und materiell verfassungsmäßigen Rechtssätze, st. Rspr. des BVerfG seit BVerfGE 6, 32 <38 f.>.

Demnach muss der Eingriff auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen, die ihrerseits mit dem Grundgesetz vereinbar ist.

Rixen, in: Sachs, GG, 9. Aufl. 2021, Art. 2 Rn. 101 m.w.N.

with
BERBURG

Das in Art. 20 Abs. 3 GG wurzelnde Rechtsstaatsprinzip sowie das für Strafnormen und Disziplinarvorschriften in Art. 103 Abs. 2 GG speziell verankerte Bestimmtheitsgebot gebieten, grundrechtsrelevante Vorschriften in ihren Voraussetzungen und ihrem Inhalt klar, nachvollziehbar und widerspruchsfrei zu formulieren, sodass die Rechtslage für die Betroffenen erkennbar ist und sie ihr Verhalten danach ausrichten können.

BVerfGE 21, 73 <79>; 31, 255 <264>; 108, 52 <75>.

Die Anforderungen an die Normenklarheit sind dann erhöht, wenn die Unsicherheit bei der Beurteilung der Gesetzeslage die Betätigung von Grundrechten erschwert.

BVerfGE 108, 52 <75>; Hinweis auf BVerfGE 45, 400 <420>; 58, 257 <278>; 62, 169 <183>; 83, 130 <145>.

Das Bestimmtheitsgebot, das Eingriffsnormen aus der Perspektive der von einem Grundrechtseingriff Betroffenen betrachtet, ist inhaltlich eng verwoben mit dem Wesentlichkeitsgrundsatz, der Eingriffsnormen aus staatsorganisatorischer Sicht bewertet. Der Wesentlichkeitsgrundsatz

„verpflichtet den parlamentarischen Gesetzgeber, wesentliche, für die Grundrechtsverwirklichung maßgebliche Regelungen selbst zu treffen und nicht anderen Normgebern oder der Exekutive zu überlassen.“

BVerfGE 147, 253 <310>, vgl. zum Wesentlichkeitsgrundsatz BVerfGE 34, 165 <192 f.>; 47, 46 <79 f.>; 108, 282 <312 f.> jeweils m. w. N.

Die Schwelle der Wesentlichkeit ist dabei im Blick auf den jeweiligen Sachbereich und die Eigenart des betroffenen Regelungsgegenstandes zu beurteilen, die Kriterien sind den tragenden Prinzipien des Grundgesetzes, insbesondere den Grundrechten zu entnehmen. Demnach sind Einschränkungen grundrechtlicher Freiheiten und der Ausgleich kollidierender Grundrechte dem Parlament vorbehalten. Denn nur dadurch wird sichergestellt, dass der Öffentlichkeit Gelegenheit geboten wird, ihre Auffassungen auszubilden und zu vertreten und die Volksvertretung Notwendigkeit und Ausmaß von Grundrechtseingriffen in öffentlicher Debatte klären muss.

Vgl. BVerfGE 98, 218 <251>; 108, 282 <311 f.>; 85, 386 <403 f.>.

Im grundrechtsrelevanten Bereich meint „wesentlich“ im Regelfall „wesentlich für die Verwirklichung der Grundrechte“.

BVerfGE 139, 19 <45>; vgl. auch BVerfGE 47, 46 <79>; 98, 218 <251>, jeweils m.w.N.

with
BERBURG

So hat das Bundesverfassungsgericht festgestellt, dass nur ein Gesetz Lehrerinnen verpflichten kann, auf das Tragen eines Kopftuches oder anderer Erkennungsmerkmale der religiösen Überzeugung zu verzichten.

BVerfGE 108, 282 <70>.

Der Gesetzesvorbehalt verlangt nicht nur, dass überhaupt ein Gesetz vorliegt, sondern verlangt auch eine angemessene Regelungstiefe. So genügen beamtenrechtliche Generalklauseln nicht, um Polizist*innen Tätowierungen zu verbieten; solche Dienstpflichten mit hoher Grundrechtsbelastung müssen vielmehr ausdrücklich gesetzlich vorgesehen sein. Andernfalls sind die Polizist*innen in ihren Rechten aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG verletzt.

BVerfG, Beschluss vom 18.05.2022 - 2 BvR 1667/20 -, NVwZ 2022, 1129, 1129 f., Rn. 26 ff.

Auch Einstellungshöchstgrenzen für das Beamtenverhältnis bedürfen einer hinreichend bestimmten Gesetzesgrundlage.

BVerfGE 139, 19 <52 f.>.

Dies spiegelt sich auch in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts wider. So genügt eine zentrale Dienstvorschrift, die das äußere Erscheinungsbild der Soldat*innen, darunter auch die Länge der Haare und Tätowierungen und Piercings regelt, nicht den Anforderungen des Vorbehaltes des Gesetzes. Denn die Vorgaben für die Haartracht greifen

„unmittelbar in das Recht des Antragstellers auf freie Entfaltung der Persönlichkeit gemäß Art. 2 Abs. 1 GG ein (...) Zum anderen beschränken sie damit notwendig zugleich sein Recht, sein äußeres Erscheinungsbild einschließlich der Haartracht im Rahmen seiner privaten Lebensführung außerhalb des Dienstes zum Ausdruck seiner individuellen Identität zu machen. Die Regelung zwingt dazu, auch in der Freizeit einen Kurzhaarschnitt zu tragen und wirkt damit in den Bereich der Privatsphäre hinein.“

BVerwG, Beschluss vom 31.01.2019 - 1 WB 28.18 -, NVwZ 2019, 1291 <1292 f>.

Dieser Rechtsprechung liegt ein „je – desto“-Prinzip zu Grunde: Je intensiver eine Maßnahme in Grundrechte eingreift, desto umfassender und klarer muss sie vom Gesetzgeber selbst geregelt werden.

b. § 17 Abs. 2 Satz 3 Alt. 2 SG als untaugliche Grundlage für den Verweis

Grundlage des Verweises ist mit § 17 Abs. 2 Satz 3 Alt. 2 SG eine Generalklausel. Diese Norm genügt, gemessen an den oben geschilderten Maßstäben, nicht den Vorgaben des Bestimmtheitsgebots und des Wesentlichkeitsprinzips.

Auch *Heinemann*, Anmerkung zu BVerwG, Beschluss vom 25.05.2022 – 2 WRB 2.21, NVwZ 2022, Heft 21 (im Erscheinen).

Der hier zu beurteilende Eingriff wiegt schwer. Ob und wie die Beschwerdeführerin als Bataillonskommandeurin in der Nutzung von Online-Dating-Plattformen beschränkt ist, bedarf also zumindest in der grundsätzlichen Ausgestaltung einer gesetzgeberischen Entscheidung. Entscheidet sich dieser für eine Beschränkung, dann muss die Norm hinreichend bestimmte Kriterien aufstellen, die Vorhersehbarkeit für Soldat*innen schaffen und die Befugnisse der Exekutive klar umreißen. Inwieweit der Staat Soldat*innen (genauso wie Beamt*innen und Richter*innen) Vorgaben dazu machen darf, wie sie ihre Partnerschaften und Begehren gestalten und ausleben dürfen, muss einer parlamentarischen Entscheidung obliegen und damit einer öffentlichen Debatte zugänglich sein. Nur eine hinreichend bestimmte, gesetzliche Ermächtigungsgrundlage kann Grundrechtseingriffe legitimieren. Nur so wird auch der Öffentlichkeit Gelegenheit gegeben, sich zu der Frage zu verhalten und Auffassungen auszubilden. Gerade bei einer „Parlamentsarmee“ müssen zentrale Fragen zum Innenleben der Bundeswehr dem Parlament vorbehalten sein.

Zwar hatte das Bundesverfassungsgericht § 17 Abs. 2 SG im Jahr 1970 im Hinblick auf das Bestimmtheitsgebot als verfassungsgemäß eingestuft: „Diese Vorschriften sind mit dem Grundgesetz vereinbar. (...) Sie genügen den Anforderungen, die Art. 103 Abs. 2 GG an die gesetzliche Bestimmtheit disziplinarrechtlicher Straftatbestände stellt. (...) Die durch sie normierten Pflichten sind jedem Soldaten selbstverständlich.“

BVerfGE 28, 51 <54>; Bestimmtheit nicht thematisiert in BVerfG, Beschluss vom 10.7.1992 - 2 BvR 1802/91 -, NJW 1992, 2750; BVerfGE 11, 82 <87>.

Diese Einschätzung ist aber im Kontext der damaligen Entscheidung zu bewerten und lässt sich nicht auf die verfahrensgegenständliche Konstellation übertragen. Der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts von 1970 lag der Fall eines Wehrpflichtigen zugrunde, der anlässlich der Notstandsgesetze vor der Kaserne Flugblätter verteilte und seine Kamerad*innen dazu aufforderte, einen etwaigen Befehl zur Übung von Häuserkampf und Straßenschlacht zu verweigern. Dass eine Aufforderung zur Befehlsverweigerung zumindest im Konflikt mit einer soldatischen

with
BERBURG

Pflicht zum Gehorsam (u.a. § 11 Soldatengesetz) steht, ist naheliegend und war für den damaligen Beschwerdeführer sicherlich erkennbar gewesen.

Auch hinsichtlich des – hier nicht streitgegenständlichen – § 17 Abs. 1 SG hat das Bundesverfassungsgericht die Vereinbarkeit mit den Anforderungen, die Art. 103 Abs. 2 GG an die gesetzliche Bestimmtheit disziplinarstrafrechtlicher Tatbestände stellt ausdrücklich festgestellt.

BVerfGE 28, 55 <63>.

Aber auch diese Einschätzung lässt keine Schlüsse auf die ausreichende Bestimmtheit von § 17 Abs. 2 Satz 3 SG für den mit dieser Verfassungsbeschwerde angegriffenen Verweis zu. Der Verfassungsbeschwerde lag der Fall eines Stabsunteroffiziers zugrunde, der eine Rekrutenansprache seines Bataillonskommandeurs in einem Leserbrief scharf kritisiert hatte und deshalb mit einem 8-tägigen Arrest gerügt worden war. Auch hier lag es für den Soldaten sicherlich auf der Hand, dass scharfe öffentliche Kritik an einem direkten Vorgesetzten den dienstlichen Erwartungen an die Loyalität widerspricht.

Die Rechtsanwendung muss also sicherstellen, dass aufgrund von § 17 Abs. 2 SG nur solche Verhaltenserwartungen sanktioniert, die „jedem Soldaten selbstverständlich“ sind. Nach diesem Maßstab durfte der Verweis gegen die Beschwerdeführerin nicht auf § 17 Abs. 2 SG gestützt werden.

Siehe auch *Heinemann*, Anmerkung zu BVerwG, Beschluss vom 25.05.2022 – 2 WRB 2.21, NVwZ 2022, Heft 21 (im Erscheinen).

Denn ein Verbot, zumindest für Soldat*innen in höheren Positionen, privat Online-Dating-Plattformen zu nutzen bzw. dabei sexuelle Orientierung, Vorstellungen zu Beziehung und Sexualität zu äußern, ist keinesfalls selbstverständlich. Bezeichnend ist in dieser Hinsicht schon, dass der Verweis – wie auch die instanzengerichtlichen Entscheidungen – selbst keinerlei handhabbare Kriterien für die Nutzung von Online-Dating-Plattformen enthält, sondern sich nebulös und ohne jede weitere Einordnung auf das gesamte Kurzprofil mit dem Text bezieht.

Auch die Dienstvorschrift der Bundeswehr zur Wehrdisziplinarordnung enthält keinen Hinweis, dass das Verhalten der Beschwerdeführerin dienstrechtswidrig sein könnte. Dort heißt es: „Die öffentliche geschlechtsbezogene Zurschaustellung (insb. durch Druck-, Film-, Tonerzeugnisse, Internet etc.) führt regelmäßig nur dann zu einer disziplinarrechtlich erheblichen Beeinträchtigung des Ansehens einer Soldatin oder eines Soldaten, wenn die Darstellung die Grenze zur Obszönität, Pornographie,

with
BERBURG

Menschen- oder Geschlechterverachtung überschreitet. Dies gilt besonders dann, wenn die Darstellung Streitkräfteattribute (Ausrüstung, Uniform) einbezieht und dadurch die Bundeswehr diskreditiert oder wenn Vorgesetzte in Ausbildungs- und Führungsfunktionen sich bildlich prostituieren und dadurch ein Autoritätsverlust bei ihren Untergebenen abzusehen ist.“

Zentrale Dienstvorschrift A 2160/06 „Wehrdisziplinarordnung und Wehrbeschwerdeordnung“, **Anlage A**, Ziff. 1.2.44.3.5.

Danach entspricht das Tinder-Profil der Beschwerdeführerin in jeder Hinsicht den disziplinarrechtlichen Vorgaben: Es enthält keine Bezüge zur dienstlichen Stellung, hat keinen pornographischen, obszönen oder verachtenden Gehalt und erwartet keine Gegenleistung für sexuelle Dienste (Prostitution).

Dass derartige rein private Selbstdarstellungen gegen Dienstpflichten verstoßen könnten, überrascht auch deshalb, weil die Nutzung von Dating-Plattformen, und zwar mit einer Angabe dazu welche Art von Kontakten eine Person sucht, inzwischen ein normales Verhalten ist. Auch jenseits von Dating-Apps entspricht es der allgemeinen Lebenspraxis insbesondere jüngerer Menschen, auch sehr private Ansichten, Erlebnisse und Bekenntnisse auf sozialen Medien einer großen Zahl anderer Nutzer*innen mitzuteilen. Eine klare, selbstverständliche soziale Erwartung, dass Staatsbedienstete in Führungspositionen auch außerdienstlich nicht an dieser allgemeinen Praxis teilnehmen, hat sich nicht herausgebildet. Auch ein breites gesellschaftliche Tabu, über Vorstellungen von Beziehungen, Sexualeben und das eigene Begehren offen und öffentlich zu sprechen, besteht heute längst nicht mehr. Auch dies findet sich in innerdienstlichen Vorgaben wieder. Nach der zentralen Dienstvorschrift zur Inneren Führung sind „die Menschen (...) in der Bundeswehr Teil der Gesellschaft mit ihrer Vielfalt, aber auch mit ihren Interessensgegensätzen und Konflikten. Damit steht auch die Bundeswehr selbst im Widerstreit der Meinungen und im Spannungsfeld unterschiedlicher Generationen, Kulturen und Herkünfte. Der inneren Führung entspricht es, dass die Angehörige der Bundeswehr einander als Mitglieder einer freiheitlichen und pluralistischen Gesellschaft anerkennen und sich mit den gesellschaftlichen Entwicklungen auseinandersetzen. In einem offenen Dialog entsteht durch Vertrauen geprägte Kameradschaft.“

Zentrale Dienstvorschrift A-2600/1 „Innere Führung Selbstverständnis und Führungskultur“, Ziff. 313, online abrufbar unter <https://www.bundeswehr.de/resource/blob/5502128/c50dc57ad6f666bc129e25ebd9015e2c/innere-fuehrung-data.pdf> (zuletzt abgerufen am 13.10.2022).

Dass Führungskräfte Dating-Plattformen nicht nutzen und ihr Begehren nicht offen schildern dürfen, war und ist also keinesfalls „selbstverständlich“ und auch aus den Dienstvorschriften der Bundeswehr nicht abzuleiten. Die Grenzen der Vorhersehbarkeit für die Beschwerdeführerin sind hier überschritten.

3. Kein legitimer Zweck

Die Verfassungswidrigkeit der angegriffenen Entscheidungen folgt auch daraus, dass sie sich nicht damit auseinandersetzen, ob die Disziplinarmaßnahme einem verfassungsrechtlich ausreichend gewichtigen Zweck dient. Infolgedessen verkennen die angegriffenen Entscheidungen erstens in der Maßstabsbildung, dass nicht jedes Allgemeininteresse Einschränkungen der sexuellen Selbstbestimmung erlaubt, sondern gewichtige Gründe notwendig sind, zu denen die Funktionsfähigkeit der Streitkräfte in der bisherigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nicht gehört (dazu a.). Zweitens stellen die Entscheidungen keinerlei Bezug zwischen dem Verweis und einem verfassungskonformen Ziel her und übersehen dadurch, dass der Verweis letztlich nicht der Funktionsfähigkeit der Bundeswehr, sondern allein der Durchsetzung überkommener Moralvorstellungen dient (dazu b.).

a. Legitime Gründe für Beschränkungen der sexuellen Selbstbestimmung

Der Zweck, die Funktionsfähigkeit der Streitkräfte zu gewährleisten, dem Disziplinarmaßnahmen nach § 17 Abs. 2 Satz 3 SG dienen sollen, ist zwar generell verfassungsrechtlich verankert. Allerdings bestehen angesichts der bisherigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts erhebliche Zweifel, ob dieser Zweck auch Eingriffe in die sexuelle Selbstbestimmung zu rechtfertigen vermag.

(1) Rechtsprechung zur Beschränkung der sexuellen Selbstbestimmung

Das allgemeine Persönlichkeitsrecht unterliegt grundsätzlich einem einfachen Gesetzesvorbehalt; der Einzelne muss staatliche Eingriffe hinnehmen, die „im überwiegenden Interesse der Allgemeinheit oder im Hinblick auf grundrechtlich geschützte Interessen Dritter unter strikter Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgebots ergriffen werden“

BVerfGE 120, 224 <239>, st. Rspr.

Bisher hat das Bundesverfassungsgericht allerdings für Eingriffe in das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung nicht auf diese sehr weit gefasste Schranke zurückgegriffen. Es überzeugt, dass nur Zwecke von einigem Gewicht als ausreichend betrachtet werden können, denn die sexuelle Selbstbestimmung ist von zentraler Bedeutung für die Entfaltung der Persönlichkeit.

Valentiner, Das Grundrecht auf sexuelle Selbstbestimmung, 2021, S. 410.

with
BERBURG

Zu den konkreten Gründen, die Eingriffe in die sexuelle Selbstbestimmung legitimieren können, zeigt sich in der Rechtsprechung eine Entwicklung, bei der Sittlichkeitsvorstellungen in den Hintergrund treten und als legitime Schranke der sexuellen Selbstbestimmung nur der Schutz anderer Menschen (und Tiere) gilt.

Die erste Entscheidung, in welcher sich das Bundesverfassungsgerichts mit Sexualität beschäftigt, ist das – inzwischen wohl nur als Fehlurteil zu bezeichnende – Urteil von 1957 zur Strafbarkeit von männlicher Homosexualität. Das Gericht verkannte damals den grundrechtlichen Schutz, welcher der sexuellen Orientierung und der Sexualität zukommt, und verortete das Verhalten (lediglich) als Teil der geschützten Handlungsfreiheit. Außerdem zog das Gericht das Sittengesetz als Schranke und Rechtfertigung der allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG heran:

„Denn es liegt auf der Hand, daß bei einer in dem Grenzbezirk zwischen privatem und sozialem Bereich liegenden Handlung das Bedürfnis (der Strafbarkeit) eher bejaht werden kann, wenn feststeht, daß die soziale Gemeinschaft die Handlung eindeutig als im Widerspruch zu dem Sittengesetz stehend betrachtet, das sie allgemein als für sich verbindlich anerkennt. (...) Die Verfassung erkennt das selbst an, indem sie in Art. 2 Abs. 1 GG das Sittengesetz auch als eine rechtliche Schranke des Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit setzt.“ Das Bundesverfassungsgericht stellt weiter fest: „Gleichgeschlechtliche Betätigung verstößt eindeutig gegen das Sittengesetz.“ BVerfGE 6, 389 (434).

Dies sollte der einzige Fall bleiben, indem das Bundesverfassungsgericht Sittlichkeitsvorstellungen zur Einschränkung der sexuellen Selbstbestimmung heranzog.

Valentiner, Das Grundrecht auf sexuelle Selbstbestimmung, 2021, S. 244.

In der späteren – ebenfalls sehr umstrittenen – Entscheidung im Jahr 1973 zum reformierten § 175 StGB, der immer noch homosexuelle Handlungen von Männern über 18 Jahren mit Männern unter 18 Jahren kriminalisierte, nahm es zwar auf das vorherige Urteil, aber nicht auf das Sittengesetz Bezug,

BVerfG, Urteil vom 02.10.1973 - 1 BvL 7/72 -, NJW 1973, 2195.

Im selben Jahr wandte sich das Bundesverfassungsgericht in der Frage des Eheverbots zwischen geschiedenem oder verwitwetem Mann und Stieftochter ebenfalls von sittlichen Maßstäben als legitime Einschränkungen für die sexuelle Selbstbestimmung ab. Zwar stellte es nicht auf Art. 2 Abs. 1 GG, sondern Art. 6 Abs. 1 GG ab, es zeigt sich aber eine Entwicklung. So führt es aus, dass „der Gesetzgeber der Frage, ob das Zustandekommen einer Ehe im Einzelfall sittlich anstößig ist“ mit „gutem Grund“ nicht nachgeht,

with
BERBURG

BVerfGE 36, 146 <166>.

Im Jahr 2008 befasste sich das Bundesverfassungsgericht erneut mit der Strafbarkeit einvernehmlicher sexueller Handlungen, dem Beischlaf unter Geschwistern, der nach § 173 Abs. 2 Satz 2 StGB strafbar ist. Hierbei stellt es ebenso wenig auf Sitten- oder Moralvorstellungen ab. Es rechtfertigt das Verbot vielmehr damit, dass der Beischlaf zwischen Geschwistern nicht ausschließlich diese selbst betreffe, sondern „in die Familie und die Gesellschaft hinein (wirkt) und außerdem Folgen für aus der Verbindung hervorgehende Kinder“ haben könne. Auch wenn die Handlungen einvernehmlich sind, liege in der Realität häufig die Konstellation eines „unterlegenen Partners“ vor, welche „gravierende familien- und sozialschädliche Wirkungen“ aufweise und oft zu negativen Auswirkungen führen, wozu etwa „funktionale Sexualstörungen im Erwachsenenalter, (...) Defizite in der psychosexuellen Identitätsfindung und der Beziehungsfähigkeit, (...) starke Schuldgefühle (oder) Suizidgedanken“ zählen.

BVerfGE 120, 224 <243 f.>

Als legitime Grenze der sexuellen Selbstbestimmung bewertet das Bundesverfassungsgericht selbstverständlich auch die Grundrechte Dritter:

„Eine Sexualstraftat mag intime Züge tragen, weil sie sich auf dem Gebiet der Sexualität abspielt. Mit ihr geht aber ein gewalttätiger Übergriff in die sexuelle Selbstbestimmung und die körperliche Unversehrtheit des Opfers einher, so dass ihre Begehung keinesfalls als Ausdruck der von Art. 2 Abs. 1 GG geschützten freien Entfaltung der Persönlichkeit des Täters angesehen werden kann.“ BVerfG, NJW 2009, 3357 (3359).

Ferner musste das Bundesverfassungsgericht über die Verfassungsmäßigkeit von § 3 S. 1 Nr. 13 TierSchG entscheiden, der sexuelle Handlungen an Tieren verbietet. Auch hier hat es nicht auf die Moralvorstellungen oder das Unwerturteil der Bevölkerung abgestellt, sondern auf das Wohlbefinden der Tiere, welches in Art. 20a GG zum Ausdruck kommt. Zum Schutz dieses Verfassungsgutes hat der Gesetzgeber einen weiteren Einschätzungsspielraum.

BVerfG, Beschluss vom 08.12.2015 - 1 BvR 1864/14 -, NJW 2016, 1229 <1230>.

Der Befund, dass nur gewichtige Gründe, vor allem der Schutz anderer Menschen, Eingriffe in die sexuelle Selbstbestimmung rechtfertigen kann, wird durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Disziplinarrecht bestätigt. Zwar können auch „sittliche Verfehlungen“ zu einer Disziplinarmaßnahme führen, als solche werden aber beispielsweise „Sittlichkeitsverbrechen, vor allem an Kindern oder Abhängigen“ genannt,

with
BERBURG

BVerfG, Beschluss vom 19.02.2003 - 2 BvR 1413/01 -, NVwZ 2003, 1504 <1505>.

Weitere Fälle sind der Besitz kinderpornographischen Materials, das „die Menschenwürde und das Persönlichkeitsrecht der abgebildeten Kinder verletzt[t].“

BVerfG, Beschluss vom 18.01.2008 - 2 BvR 313/07 -, Rn. 12, NVwZ 2008, 669.

Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (nach dem Homosexuellen-Urteil aus dem Jahr 1957) zeigt, dass Sittlichkeit und Moral keine Einschränkung des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung rechtfertigen können.

So auch *Valentiner*, Das Grundrecht auf sexuelle Selbstbestimmung, 2021, S. 408: „*Bloße Moral- und Sittlichkeitserwägungen sind daher regelmäßig nicht geeignet, eine Beeinträchtigung des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung zu rechtfertigen*“. Sie konstatiert insgesamt eine Abkehr der Rechtsprechung von den Maßstäben der Sittlichkeit und Moral, S. 86 m.w.N. Vgl. auch *Hofmann*, RuP 2022, 304 <308 f.>; *Heinemann*, Anmerkung zu BVerwG, Beschluss vom 25.05.2022 – 2 WRB 2.21, NVwZ 2022, Heft 21 (im Erscheinen).

(2) Funktionsfähigkeit der Streitkräfte vs. sexuelle Selbstbestimmung

Die angegriffenen Entscheidungen benennen das Ziel des Verweises zwar nicht ausdrücklich. Da er auf § 17 Abs. 2 Satz 3 Alt. 2 SG gestützt wird, ist sein Zweck aber rechtlich vorgegeben: Wie alle Disziplinarmaßnahmen nach dieser Vorschrift muss er der Funktionsfähigkeit und dem Auftrag der Bundeswehr dienen, konkret einen geordneten Ablauf des Dienstbetriebes sicherstellen.

Vgl. *Scherer/Alff/Poretschkin/Lucks*, Kommentar zum SG, 10. Aufl., 2018, § 17 Rn. 12; *Walz/Eichen/Sohm*, Kommentar zum SG, 3. Aufl., § 17 Rn. 42. Auch *Hofmann*, RuP 2022, 304 <305>; *Heinemann*, Anmerkung zu BVerwG, Beschluss vom 25.05.2022 – 2 WRB 2.21, NVwZ 2022, Heft 21 (im Erscheinen).

Dieser Zweck ist zweifelsohne verfassungsrechtlich verankert und generell geeignet, Grundrechtseingriffe zu legitimieren. Dies zeigt schon Art. 17a GG, der im Verfassungstext selbst Eingriffe in bestimmte Grundrechte ausdrücklich erlaubt, um die Funktionsfähigkeit der Bundeswehr zu wahren.

Angesichts der bisherigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, die nur den Schutz anderer Menschen als legitimes Ziel von Eingriffen anerkennt, bedürfte es trotzdem einer ausdrücklichen Feststellung des Bundesverfassungsgerichts, dass dieser Zweck geeignet ist, gerade dem Grundrecht auf sexuelle Selbstbestimmung entgegen gehalten zu werden.

b. Durchsetzung von Moralvorstellungen als einziges Ziel des Verweises

Zur verfassungsrechtlichen Rechtfertigung eines Grundrechtseingriffs reicht es nicht aus, dass die Entscheidungsgründe einen legitimen Grund bloß behaupten. Ein weiterer verfassungsrechtlicher Fehler liegt darin, dass ein inhaltlicher Bezug zwischen dem konkreten Eingriff und dem legitimen Zweck weder von den Entscheidungen dargelegt wird noch ersichtlich ist. Die Untersagung eines offenen Tinder-Profiles dient bei näherer Betrachtung nicht dazu, einen geordneten Dienstbetrieb aufrecht zu erhalten, sondern hält den Freiheitsrechten der Beschwerdeführerin in verfassungswidriger Weise überkommene Moralvorstellungen entgegen.

(1) Kein Bezug zum geordneten Dienstbetrieb

Die Funktionsfähigkeit der Bundeswehr, insbesondere geordnete Dienstabläufe können nur insoweit als legitime Schranke für die Grundrechte der Soldat*innen gelten, wie sie den Leitlinien entsprechen, die die Bundeswehr unter dem Grundgesetz für ihren Dienstbetrieb gefunden hat.

Zentral hierfür ist das Leitbild der „Inneren Führung“. Danach steht die Bundeswehr „in der Mitte der Gesellschaft.“ Der Umgang zwischen den Soldat*innen ist geprägt von Gleichberechtigung und der Akzeptanz von Minderheiten. Ferner sind

„(d)ie Menschen in der Bundeswehr (...) Teil der Gesellschaft mit ihrer Vielfalt, aber auch mit ihren Interessensgegensätzen und Konflikten. Damit steht auch die Bundeswehr selbst im Widerstreit der Meinungen und im Spannungsfeld unterschiedlicher Generationen, Kulturen und Herkünfte. Der inneren Führung entspricht es, dass die Angehörige der Bundeswehr einander als Mitglieder einer freiheitlichen und pluralistischen Gesellschaft anerkennen und sich mit den gesellschaftlichen Entwicklungen auseinandersetzen. In einem offenen Dialog entsteht durch Vertrauen geprägte Kameradschaft. Innere Führung berücksichtigt gesellschaftliche Veränderungen.“ Zentrale Dienstvorschrift A-2600/1 „Innere Führung Selbstverständnis und Führungskultur“, Ziff. 101, 313 f., 619 f.

Diesem Leitbild entsprechend muss von Soldat*innen erwartet werden, dass sie alle Kamerad*innen und Vorgesetzten unabhängig von deren Geschlecht und sexueller Orientierung, von deren privaten Beziehungsmodellen und Sexualleben respektieren. Fehlt es Soldat*innen an Toleranz und Gleichberechtigung, widerspricht deren Haltung dem Leitbild der „Inneren Führung“. Von Vorgesetzten wäre zu verlangen, eine solche Haltung zu korrigieren – verlangt man von Vorgesetzten im Gegenteil, sich dieser fehlerhaften Haltung anzupassen, kann der geordnete Dienstbetrieb nicht als Zweck behauptet werden.

(2) Aufwertung beliebiger Moralvorstellungen zur legitimen Grundrechtsschranke

Eine sorgfältige Subsumtion in enger Anlehnung an den Zweck von § 17 Abs. 2 Satz 3 Alt. 2 SG ist verfassungsrechtlich geboten. Denn indem sie „Achtung und Vertrauen“ in Bezug nimmt, ist diese Norm gerade darauf angelegt, der Bewertung des außerdienstlichen Verhaltens durch *andere* Soldat*innen disziplinarische Relevanz zuzusprechen; Disziplinarmaßnahmen erfolgen, gerade weil ein*e Soldat*in sich *in den Augen ihrer Kamerad*innen* im Privatleben fehlerhaft verhalten hat. Verschärft wird dies noch, weil nach der Rechtsprechung eine ernsthafte Beeinträchtigung von Achtung oder Vertrauen im konkreten Fall nicht tatsächlich eingetreten sein muss, sondern abstrakte Zweifel ausreichen.

Vgl. BVerwG, Beschluss vom 25.05.2022 - 2 WRB 2.21-, **Anlage 4**, Rn. 24.

Der Wortlaut bietet ein Einfallstor, um beliebige Moralvorstellungen oder Erwartungen der beobachtenden Soldat*innen, die sich am privatem Verhalten ihrer Kamerad*innen aus den unterschiedlichsten Gründen stören könnten, in allgemeine Verhaltensstandards zu überführen. Die Grundrechte der handelnden Soldat*innen müssten gegenüber beliebigen Erwartungen der beobachtenden Soldat*innen an ihr privates Verhalten weichen. Für die verfassungskonforme Anwendung von § 17 Abs. 2 Satz 3 Alt. 2 SG ist es daher unverzichtbar, nicht jede beliebige Verhaltenserwartung Dritter als Grund einer Disziplinierung zu verstehen.

Abstrakt erkennt das Bundesverwaltungsgericht diese verfassungsrechtliche Notwendigkeit; denn es führt unter Heranziehung verfassungsgerichtlicher Rechtsprechung aus, § 17 Abs. 2 Satz 3 SG müsse „nach der sogenannten Wechselwirkungstheorie seinerseits im Lichte der Grundrechte ausgelegt“ (Rn. 28) und das dienstliche Interesse mit den Grundrechten der Betroffenen abgewogen werden (Rn. 31). Umso mehr erstaunt, dass genau diese Auseinandersetzung mit den Grundrechten der Beschwerdeführerin und dem legitimen Zweck disziplinarischer Maßnahmen in den tragenden Gründen vollständig ausbleibt. Stattdessen wird die Maßnahme allein mit den Vorstellungen eines*r flüchtig lesenden, Tinder-unerfahrenen Soldat*in gerechtfertigt, dessen*deren Respekt für eine weibliche Vorgesetzte schwindet, wenn er*sie sich (irrig) deren „hemmungsloses“ privates Sexualleben vorstellt. Damit werden beliebige Moralvorstellungen ungefiltert in das Disziplinarrecht übertragen.

Vgl. auch *Heinemann*, Anmerkung zu BVerwG, Beschluss vom 25.05.2022 – 2 WRB 2.21, NVwZ 2022, Heft 21 (im Erscheinen).

with
BERBURG

Es verkehrt das Grundrecht auf sexuelle Selbstbestimmung, das eigene Sexualleben nach den individuellen Vorlieben zu gestalten, in sein Gegenteil, wenn die Moralvorstellungen Dritter zur legitimen Schranke für die Freiheitsausübung erklärt werden.

Hofmann, RuP 2022, 304 (308): „Das Grundrecht garantiert jeder Person das Recht auf freie Entfaltung ihrer Persönlichkeit. Wird dieses Recht von vorneherein auf die Entfaltung zu einer wertethisch festgelegten sittlichen Persönlichkeit im Sinne eines christlich-abendländischen Idealbilds beschränkt, so wird es aus dem Recht des Menschen zur Entfaltung seiner Persönlichkeit ein Recht auf Entfaltung einer bestimmten überindividuellen, idealtypischen Persönlichkeit. Aus der freien Entfaltung wird dann in Wahrheit ein bereits das Ergebnis vorbestimmtes sollendes Entfalten“.

Es widerspricht den Grundrechten in einer liberalen Gesellschaft, dass die legale Freiheitsausübung nur soweit möglich sein soll, wie sie keinen Anstoß erregt. Der Grundrechtsdogmatik des Grundgesetzes widerspricht es grundlegend, die Denkfigur eines imaginierten Dritten, der ein legales und grundrechtlich geschütztes Verhalten missbilligt, als legitime Schranke für die Grundrechtsausübung zu akzeptieren.

4. Unverhältnismäßigkeit

Das Bundesverwaltungsgericht misst der „äußerst missverständlichen Überspitzung des eigenen Anliegens“, die es als dienstrechtswidrig bewertet, in Verkennung der verfassungsrechtlichen Lage keine Bedeutung für die Grundrechtsausübung bei (Rn. 38). Entsprechend befasst es sich in den tragenden Gründen nicht mit der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung und verkennt so auch, dass der Eingriff mangels Eignung (dazu a.) und Angemessenheit (dazu b.) unverhältnismäßig und damit verfassungswidrig ist.

a. Mangelnde Eignung

Dem Verweis fehlt jede Eignung und empirische Evidenz zur Förderung der Funktionsfähigkeit der Bundeswehr.

Zwar muss eine Maßnahme ihr Ziel nicht immer vollständig erreichen, sondern kann schon dann im verfassungsrechtlichen Sinne geeignet sein, wenn der gewünschte Erfolg überhaupt gefördert wird.

BVerfGE 134, 204 <226>; 130, 151 <188>.

An der Eignung fehlt es aber dann, wenn die Zweckerreichung überhaupt nicht gefördert oder gar behindert wird.

Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 16. Aufl., 2020, Art. 20 Rn. 118.

So verhält es sich hier: Der Verweis trägt nicht dazu bei, die Funktionsfähigkeit der Bundeswehr aufrecht zu erhalten.

Auch *Heinemann*, Anmerkung zu BVerwG, Beschluss vom 25.05.2022 – 2 WRB 2.21, NVwZ 2022, Heft 21 (im Erscheinen).

Im konkreten Fall mangelt es schon jeder Feststellung zu den vermeintlichen und befürchteten Auswirkungen des privaten Verhaltens der Beschwerdeführerin. Auch der vom Bundesverwaltungsgericht als Maßstab angenommene „fingierte Dritte“ ist als solches nicht darauf geprüft worden, ob er überhaupt Teil der Streitkräfte ist oder infolge der dienstlichen Auswahlentscheidung im Vorfeld der Begründung eines jeden Wehrdienstverhältnisses bereits aussortiert wurde. Anhaltspunkte für das Vorhandensein eines konkreten Soldaten der dem Leitbild des vom Bundesverwaltungsgerichts angenommenen Dritten entspricht, sind weder festgestellt noch sonst ersichtlich. Auch die Frage nach mildernden Maßnahmen zur Meidung des Missverständigen sind nicht dargetan oder geprüft worden.

Der Dienstbetrieb sei gefährdet, so das Bundesverwaltungsgericht, weil das Bekanntwerden ihres Tinder-Profiles es der Beschwerdeführerin erschwere, als Vorgesetzte im Dienst sexuellen Belästigungen und sexistischen Äußerungen ihrer Untergebenen entgegenzutreten. Diese Argumentation leidet schon daran, dass die Beschwerdeführerin für die unmittelbare Ahndung sexueller Belästigungen und anderer Übergriffe nur sehr eingeschränkt bis gar nicht zuständig war (eine Darstellung in welchem Umfang die Beschwerdeführerin bzw. deren Dienstposten funktionale Berührungspunkte zur disziplinarischen Bemaßnahme hat, geht der Beschlussbegründung gänzlich ab). Als Bataillonskommandeurin fungierte sie allein für die (wenigen) Offiziere des Bataillons als Disziplinarvorgesetzte, während einfache Disziplinarmaßnahmen gegen alle anderen Soldat*innen vor allem von den Kompaniechefs ausgesprochen werden (§ 28 Abs. 1 Wehrdisziplinarordnung, WDO), hier war die Beschwerdeführerin allenfalls im weiteren Verlauf eines Disziplinarverfahrens einbezogen. Zudem werden ernsthaftere sexuelle Übergriffe, bei denen eine gerichtliche Disziplinarmaßnahme in Rede steht, von Wehrdisziplinaranwälten bearbeitet (§ 81, 92 WDO). Abgesehen davon geht auch der Gedanke fehl, dass Vorgesetzte, die „sexuell disziplinos“ erscheinen, sexuelle Übergriffe nicht glaubhaft unterbinden können. Das Bundesverwaltungsgericht verknüpft hier ein legales und einvernehmliches privates Sexualleben mit rechtswidrigen sexuellen Übergriffen im Dienst. Eine solche Verknüpfung kann nur als abwegig bezeichnet werden. Sollte ein*e Untergebene*r der Beschwerdeführerin wegen ihres vermeintlich promiskuitiven privaten Sexuallebens die Autorität absprechen, sexuelle Übergriffe zu

unterbinden, wäre dies nur ein weiterer Beleg dafür, dass sie*er das Prinzip der Einvernehmlichkeit von Grund auf nicht versteht.

Vgl. auch *Heinemann*, Anmerkung zu BVerwG, Beschluss vom 25.05.2022 – 2 WRB 2.21, NVwZ 2022, Heft 21 (im Erscheinen).

Es bestehen auch keine militärspezifischen oder sozialwissenschaftlichen Gründe für den Verweis.

Vgl. auch *Heinemann*, Anmerkung zu BVerwG, Beschluss vom 25.05.2022 – 2 WRB 2.21, NVwZ 2022, Heft 21 (im Erscheinen), der zudem darauf hinweist, dass der Bundeswehr mit dem Potsdamer Zentrum für Militärgeschichte und Sozialwissenschaften durchaus Erkenntnismöglichkeiten zur Verfügung stehen.

Im Gegenteil zeigt die wissenschaftliche Studienlage, dass offen gelebte Sexualität keinen Einfluss auf die Funktionsfähigkeit und Kampfkraft des Militärs hat. So wurde im Jahr 2010 die „Don't ask, don't tell“-Praxis des US-amerikanischen Militärs abgeschafft. Die Idee hinter der diskriminierenden Praxis, die Soldat*innen verbot, sich als homosexuell zu outen, war, dass heterosexuelle Soldat*innen ihren homo- oder bisexuellen Kamerad*innen weniger vertrauen würden und die Funktionsfähigkeit der Truppe eingeschränkt werden würde. Studien haben aber gezeigt, dass es sich dabei um einen Mythos handelt:

„Despite the intuitive plausibility of this argument, a growing body of scholarly evidence has undermined the validity of the unit cohesion rationale. None of the twenty-three foreign militaries that allow gays and lesbians to acknowledge their sexual orientation has reported a deterioration in unit cohesion¹“.

Belkin/ Sheridan/ Embser-Herbert, Privacy as a Flawed Rationale for the Exclusion of Gays and Lesbians from the U.S. Military, *International Security*, Vol. 27 No. 2 2002, 178, 180 m.w.N.

Wissenschaftler*innen konnten schon im Jahr 2001 für die israelischen Streitkräfte zeigen, dass kein Zusammenhang zwischen offen gelebter sexueller Orientierung und Kampfkraft besteht:

¹ übersetzt mit DeepL: „Trotz der intuitiven Plausibilität dieses Arguments hat eine wachsende Zahl wissenschaftlicher Belege die Gültigkeit des Grundprinzips des Zusammenhalts einer Einheit untergraben. Keines der dreiundzwanzig ausländischen Militärs, die es Schwulen und Lesben erlauben, sich zu ihrer sexuellen Orientierung zu bekennen, hat über eine Verschlechterung des Zusammenhalts der Einheit berichtet“

„In our comprehensive search for published evidence and our interviews with all known experts on homosexuality in the IDF (Israel Defense Forces, Anmerkung durch Unterzeichnerin), we were not able to find any data suggesting that Israel`s decision to lift its gay ban undermined operational effectiveness, combat readiness, unit cohesion, or morale“²

Belkin/Levitt, Homosexuality and the Israel Defense Forces: Did Lifting the Gay Ban Undermine Military Performance?, Armed Forces & Society, Vol. 27, Nr. 4 2001, 541, 558.

b. Mangelnde Angemessenheit

Die Belastung der Beschwerdeführerin ist auch deshalb verfassungswidrig, weil sie in keinem angemessenen Verhältnis zum Nutzen des Verweises steht.

Damit ein Eingriff verfassungskonform ist, muss bei einer Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs einerseits und dem Gewicht und der Dringlichkeit der ihn rechtfertigenden Gründe andererseits die Grenze der Zumutbarkeit gewahrt bleiben,

St. Rspr., BVerfGE 141, 82 <99 f.>; 120, 224 <253>; *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, GG, 16. Aufl., 2020, Art. 20 Rn. 120.

Auf der abstrakten Ebene stehen sich hier zwei bedeutende Ziele jeweils in zentralen Elementen gegenüber: Der Funktionsfähigkeit der Bundeswehr kommt auch in Friedenszeiten generell ein hohes Gewicht für die Allgemeinheit zu. Eine wichtige Rolle spielt hierbei die Unterbindung sexueller Übergriffe im Dienst, die durch das von der Beschwerdeführerin geforderte Verhalten gestärkt werden soll. Die sexuelle Selbstbestimmung, die auf der anderen Seite der Abwägung steht, ist für die Einzelnen von hoher Bedeutung. Sie hat einen engen Bezug zum Persönlichkeitskern, weil das Begehren und die Vorstellungen von sexuellen und/oder romantischen Beziehungen nicht rationalen Entscheidungsprozessen unterliegen, sondern Fragen innerer Erkenntnis und Identität sind. Sie betreffen einen Kernbereich des privaten Lebens und der Selbstkonzeption. Sie spielen eine zentrale Rolle für die Entfaltung der Persönlichkeit und für ein körperlich und seelisch gesundes, erfülltes Leben. Das Ausleben der eigenen Sexualität hängt weitgehend davon ab, Partner*innen mit übereinstimmenden

² übersetzt mit DeepL: *„Bei unserer umfassenden Suche nach veröffentlichten Beweisen und unseren Interviews mit allen bekannten Experten zum Thema Homosexualität in den IDF (Israel Defense Forces, Anmerkung durch Unterzeichnerin) konnten wir keine Daten finden, die darauf hindeuten, dass Israels Entscheidung, das Homosexuellenverbot aufzuheben, die operative Effektivität, die Kampfbereitschaft, den Zusammenhalt der Einheiten oder die Moral beeinträchtigt.“*

Wünschen zu finden, so dass die hier eingeschränkte Kontaktsuche wesentlicher Bestandteil des Grundrechts ist.

Was die konkrete Nützlichkeit des Verweises angeht, muss diese – selbst wenn man der (abwegigen) Argumentationslinie aus den Entscheidungsgründen folgen wollte – als sehr gering beurteilt werden. Die vom Bundesverwaltungsgericht faktisch eingeforderte Verzicht auf die Nutzung von Dating-Plattformen (weil Profile, die die eigene Persönlichkeit und das eigene Begehren nicht widerspiegeln, ihrer Natur nach keine passenden Kontakte hervorbringen können) und der so erreichte Anschein von „sexueller Disziplin“ im Privatleben kann die Glaubhaftigkeit bei der Ahndung sexueller Übergriffe allenfalls marginal erhöhen. Da jeder sexuelle Übergriff ohnehin ein strafbares und dienstrechtswidriges Verhalten darstellt, stehen der Beschwerdeführerin außerdem diverse dienstrechtliche Instrumente zur Verfügung, um ihn zu ahnden – auf die Achtung ihrer Untergebenen ist sie hierbei nicht besonderes angewiesen. Außerdem führt die Disziplinierung zumindest für Soldat*innen mit höherem Dienstgrad zu einer „Don't ask, don't tell“-Praxis, die sich insgesamt nachteilig auf die Toleranz in der Truppe auswirkt und oft Teil einer Organisationskultur ist, die sexuelle Übergriffe leicht macht.

In Bezug auf das konkrete Ausmaß der Belastung handelt es sich bei einem Verweis zwar um die mildeste Disziplinarmaßnahme, welche der Dienstherr verhängen kann, nichtsdestotrotz gehört der Verweis (im Gegensatz etwa zu Belehrungen und Warnungen) aber zu den formellen Disziplinarmaßnahmen, ist also nicht die mildestmögliche Reaktion auf ein als kritikwürdig erachtetes Verhalten. Vor allem aber schneidet der Dienstherr hier einen wesentlichen Aspekt der sexuellen Selbstbestimmung faktisch ab – nämlich das Recht, frei von staatlicher Kontrolle über das eigene Begehren zu sprechen und passende Kontakte zu suchen. Das gilt besonders, weil die Beschwerdeführerin eine pansexuelle trans Frau ist. Für Menschen, die einer marginalisierten, stigmatisierten und gefährdeten geschlechtlichen oder sexuellen Minderheit angehören, haben Dating-Apps eine besondere praktische Bedeutung. Die unverfängliche Kontakthanbahnung im persönlichen Umfeld ist für sie nicht nur weniger aussichtsreich, sondern kann sogar gefährlich sein.

II. Gleichheitsrechte, Art. 3 GG

Der Verweis und die instanzengerichtlichen Entscheidungen beschäftigen sich überhaupt nicht mit dem Gleichbehandlungsgebot. Dadurch verkennen sie, dass das Verbot der Geschlechtsdiskriminierung aus Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG sowie der allgemeine Gleichheitsgrundsatz aus Art. 3 Abs. 1 GG verletzt sind. Nicht nur erstreckt sich der Verweis undifferenziert auf den gesamten Text des Tinder-Profiles einschließlich des weiblichen Vornamens, der Selbstbeschreibung als „trans*“ (dazu 1.) und einschließlich der Bezeichnung „all genders welcome“, mit dem die Beschwerdeführerin ihre sexuelle

Orientierung bekanntgibt (dazu 2.). Indem es annimmt, die sexuellen Präferenzen der Beschwerdeführerin könnten ihre Autorität bei der Bekämpfung sexueller Übergriffe beeinträchtigen, setzt das Bundesverwaltungsgericht außerdem die Suche nach einvernehmlichen Sexualkontakten mit Toleranz für sexuelle Übergriffe gleich, ohne dass ein sachlicher Zusammenhang zwischen diesen Verhaltensweisen erkennbar wäre (dazu 3.).

1. Rüge wegen Angabe zur geschlechtlichen Identität

Der Verweis erstreckt sich auch nach Abschluss des fachgerichtlichen Rechtsweges auf die Nennung des weiblichen Vornamens und die Selbstbeschreibung als „trans*“ im Profil der Beschwerdeführerin. Indem der Verweis auch Worte rügt, mit denen die Beschwerdeführerin lediglich ihre Geschlechtsidentität mitteilt, diskriminiert er sie wegen ihres Geschlechts.

Sowohl Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG als auch Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG beinhalten ein Verbot der Diskriminierung von Frauen. Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG erfasst dabei die Diskriminierung von Geschlecht in jeder Hinsicht,

dazu *Baer/Markard*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 3 Rn. 357.

Das Bundesverfassungsgericht hat im Dritte Options-Beschluss zu nicht-binären Geschlechtsidentitäten festgestellt, dass nicht nur (cis-)weibliche oder männliche Geschlechtsidentitäten von Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG geschützt sind, sondern auch Geschlechtsidentitäten jenseits der Binarität. Geschützt werden

„nicht nur Männer vor Diskriminierungen wegen ihres männlichen Geschlechts und Frauen vor Diskriminierungen wegen ihres weiblichen Geschlechts, sondern (...) auch Menschen, die sich diesen beiden Kategorien in ihrer geschlechtlichen Identität nicht zuordnen, vor Diskriminierungen wegen dieses weder allein männlichen noch allein weiblichen Geschlechts.“

BVerfGE 147, 1 <28>.

Denn Zweck des Art. 3 Abs. 1 Satz 1 GG sei es, „Angehörige strukturell diskriminierungsgefährdeter Gruppen vor Benachteiligung zu schützen“. Dabei sei ihre Vulnerabilität „in einer überwiegend nach binärem Geschlechtsmuster agierenden Gesellschaft besonders hoch“,

BVerfGE 171, 1 <28>.

Dieser Schutz gilt nach deutlich überwiegender Auffassung in der Kommentarliteratur erst recht für trans Personen.

with
BERBURG

Baer/Markard, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 3 Rn. 453; *Nußberger*, in: Sachs, GG, 9. Aufl. 2021, Art. 3 Rn. 289 f.; *Jarass*, in: Pieroth/Jarass, GG, 17. Aufl. 2022, Art. 3 Rn. 138; *Langenfeld*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 97. EL Januar 2022, Art. 3 Abs. 3 Rn. 24, 42.

Die Beschwerdeführerin geht nicht davon aus, dass sie für ihre Identität als Frau oder als trans Person gerügt werden *sollte*. Dies ergibt sich auch daraus, dass keine der verschiedenen Begründungen, auf die der Verweis im Verlauf des Verwaltungs- und Gerichtsverfahrens gestützt wurde, diese beiden Elemente des Profiltextes in Bezug nimmt. Allerdings besteht der gesamte Verweis aus nur zwei Sätzen. Ohnehin, hier verschärft durch die extreme Kürze des Verweises, muss jedes Wort des Tenors Gegenstand der fachgerichtlichen Kontrolle sein. Spätestens im Beschwerde- oder gerichtlichen Verfahren hätte der Verweis daher auf die Worte des Profils beschränkt werden müssen, die nach Einschätzung der Bundeswehr bzw. der Gerichte tatsächlich die Achtungs- und Vertrauenswürdigkeit der Beschwerdeführerin als Führungskraft mit besonderer Personalverantwortung gefährden. Zu einer einseitigen, wohlwollenden Auslegung des Verweises zugunsten seiner Rechtmäßigkeit besteht kein Anlass. Im Gegenteil liegt es am Dienstherrn, Missverständnisse oder Diskriminierungen durch eine bestimmte Formulierung des Verweises auszuräumen. Es bleibt daher bei der objektiven Tatsache, dass die Beschwerdeführerin von ihrem Dienstherrn *auch* dafür diszipliniert wird, sich bei der Dating-Plattform mit ihrem weiblichen Vornamen und der geschlechtlichen Identität „trans*“ vorgestellt zu haben.

Selbst wenn die Vorstellung in Kombination mit anderen Merkmalen oder Wünschen erfolgt – an die öffentliche Selbstbeschreibung als weiblich und trans darf von Verfassung wegen unter keinen Umständen eine dienstrechtliche Kritik anknüpfen.

2. Rüge wegen Angaben zur sexuellen Orientierung

Der Verweis erstreckt sich auch auf die Formulierung „all genders welcome“. Im Unterschied zu der Vorstellung mit weiblichem Vornamen und als „trans*“ nimmt das Bundesverwaltungsgericht auf das Element „all genders welcome“ ausdrücklich Bezug und leitet unter anderem aus dieser Formulierung ab, der Profiltext könne den Eindruck eines „wahllosen Sexuallebens“ erwecken.

BVerwG, Beschluss vom 25.05.2022 - 2 WRB 2.21-, **Anlage 4**, Rn. 38

Das Bundesverwaltungsgericht sowie die vorherigen Instanzen verkennen, dass es sich bei dieser Formulierung um eine Beschreibung der sexuellen Orientierung handelt (dazu a). Eine dienstrechtliche Sanktionierung dafür, dass eine Soldat*in ihre sexuellen Orientierung öffentlich mitteilt, sollte dogmatisch als Ungleichbehandlung wegen des Geschlechts nach Art. 3 Abs. 3 GG eingeordnet werden, muss aber jedenfalls dem

allgemeinen Gleichheitsgebot aus Art. 3 Abs. 1 GG genügen (dazu b.), und lässt sich verfassungsrechtlich nicht rechtfertigen (dazu c.).

a. Schlechterstellung wegen der sexuellen Orientierung

Die Formulierung „all genders welcome“ wird generell genutzt, um sich von binären Vorstellungen von Geschlecht abzugrenzen und klarzustellen, dass man Menschen unabhängig von ihrem juristischen Geschlechtseintrag (m/w/d) in ihren vielfältigen, eigenbestimmten Geschlechtsidentitäten ansprechen möchte. Sie findet sich häufig etwa in Stellenanzeigen.

Im Zusammenhang mit sexuellen Kontakten ist die Formulierung üblich, um mitzuteilen, dass man Menschen jeden Geschlechts sexuell attraktiv findet. So kommuniziert die Beschwerdeführerin mit dieser Formulierung in ihrem Dating-Profil, dass sie nicht nur an Menschen eines bestimmten Geschlechts interessiert ist – etwa Frauen – sondern Menschen unterschiedlicher, „aller“ Geschlechter. Das ist ein Bekenntnis zu ihrer sexuellen Orientierung, die auch als „Pansexualität“ bezeichnet wird. Während „Bisexualität“ eher zum Ausdruck bringt, dass sich das eigene Begehren auf Männer und Frauen richtet, zeigt „Pansexualität“ an, dass man Geschlecht nicht als (biologisch geprägte) Dichotomie sieht, sondern mehr als zwei Geschlechter anerkennt.

Das Bundesverwaltungsgericht verkennt diese Bedeutung (oder ignoriert sie); so taucht der Begriff der sexuellen Orientierung im gesamten Beschluss nicht auf. Anders ist nicht zu erklären, dass es die Formulierung sogar um den Wesenskern „genders“ reduziert und bei seiner Prüfung entkontextualisiert nur noch auf „all...welcome“ abstellt. In Kombination mit anderen Merkmalen und Wünschen (lustvoll, offene Beziehung, auf der Suche nach Sex) lasse „all...welcome“ ein „wahlloses Sexualeben“ vermuten. Denn der Text vermittele beim ersten Durchlesen den Eindruck, es gehe um „möglichst schnellen Sex mit Partnern gleich welchen Geschlechts.“

BVerwG, Beschluss vom 25.05.2022 - 2 WRB 2.21-, **Anlage 4**, Rn. 38.

Der Verweis sanktioniert, dass die Beschwerdeführerin in ihrem Begehren keine Vorauswahl nach Geschlechtsidentität trifft. Das Bundesverwaltungsgericht verkennt oder ignoriert nicht nur, dass es sich bei Pansexualität um eine sexuelle Orientierung handelt. Es macht der Beschwerdeführerin vielmehr gerade diese Orientierung zum Vorwurf.

Eine vergleichbare Fehlinterpretation scheidet bei Menschen mit heterosexueller Orientierung von vornherein aus. Entsprechend finden sich in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung keine Entscheidungen, bei denen – die zweifelsohne zahlreich

vorhandenen – Dating-Profile von Führungskräften im Öffentlichen Dienst mit heterosexueller Orientierung Anlass zu disziplinarer Ahndung waren (neben Soldat*innen trifft auch andere Führungskräfte im Öffentlichen Dienst eine außerdienstliche Wohlverhaltenspflicht, § 34 Abs. 1 Satz 3 BeamtStG und § 61 Abs. 1 Satz 3 BBG, die umso strenger ist, je höher das Amt eingeordnet wird).

b. Dogmatische Herleitung des Rechtfertigungsmaßstabs

Für eine solche Schlechterstellung wegen der sexuellen Orientierung gilt unabhängig von der grundrechtsdogmatischen Vorortung der sexuellen Orientierung innerhalb von Art. 3 GG ein strenger Rechtfertigungsmaßstab.

(1) Sexuelle Orientierung als Bestandteil von „Geschlecht“ i.S.v. Art. 3 Abs. 3?

Die dogmatische Einordnung der sexuellen Orientierung innerhalb von Art. 3 GG ist nicht abschließend geklärt. Denn anders als etwa das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) oder manche Landesverfassungen benennt Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG weder die sexuelle Orientierung noch die sexuelle Identität. Gleichwohl lässt sich die sexuelle Orientierung als Bestandteil des „Geschlechts“ im Sinne des Art. 3 Abs. 3 GG verstehen, was eine Rechtfertigung von Benachteiligungen quasi ausschließt. Alternativ gilt sie als persönliches Merkmal, für das der allgemeine Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG greift. Vorzugswürdig erscheint eine Zuordnung zu Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG. Schon weil die sexuelle Orientierung – abgesehen von der Pansexualität – typischerweise an das eigene Geschlecht anknüpft, indem ein Mensch von seinem*ihren eigenen Geschlecht ausgehend sein*ihr Begehren auf das andere oder dasselbe Geschlecht richtet, besteht ein enger innerer Zusammenhang.

Baerl/Markard, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 3 Rn. 469 m.w.N.

So wird sprachlich mit der sexuellen Orientierung oft zugleich das eigene Geschlecht mitgeteilt – die Selbstbezeichnung als „schwul“ oder „lesbisch“ impliziert immer auch die geschlechtliche Identität als Mann bzw. Frau. Hinzu kommt, dass Art. 3 Abs. 3 GG auch vor nachteiligen Wirkungen von geschlechtsspezifischen oder geschlechtsbezogenen Strukturen, Stereotypen und Rollen schützt,

Baerl/Markard, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 3 Rn. 449,

und die sexuelle Orientierung nach überzeugendem Verständnis im Kern einer geschlechtsbezogenen Rollenerwartung folgt.

Vgl. dazu *Adamietz*, Geschlecht als Erwartung, 2011.

Wie geschlechtsspezifische Rollenerwartung die Beurteilung von Begehren prägt und wie sich dabei Aspekte der sexuellen Orientierung, Sexualität und Beziehungsformen

with
BERBURG

vermischen, zeigt beispielhaft das bereits zitierte Fehlurteil des Bundesverfassungsgerichts zu § 175 StGB von 1957. Dort rezipiert das Bundesverfassungsgericht stigmatisierende und abwertende Vorurteile, nach denen schwule (männliche) Homosexualität eine besondere Gefährlichkeit begründe, die über lesbische (weibliche) Homosexualität hinausgehe – und bejaht deshalb die Verfassungsmäßigkeit der Strafbarkeit von Beischlaf zwischen Männern. Im Urteil heißt es:

„Die Gefahr einer Akzentverschiebung zu Lasten der Bereitschaft, Verantwortung zu übernehmen, und zugunsten des bloßen Lustgewinnes ist (...) eine besondere Gefahr der männlichen Sexualität. Die kulturelle Aufgabe, Lustgewinn und Bereitschaft zur Verantwortung zu verbinden, wird von ‚dem männlichen Sexualverhalten extrem häufiger... verfehlt‘ als von dem weiblichen (...). So gelingt der lesbisch veranlagten Frau das Durchhalten sexueller Abstinenz leichter, während der homosexuelle Mann dazu neigt, einem hemmungslosen Sexualbedürfnis zu verfallen. (...) So kann der bei beiden Geschlechtern vorhandene Trieb zu einem ‚Überbau‘, einem ‚Zuhause‘ (...) zwar auch bei homosexuellen Männern zu Dauerbeziehungen führen, jedoch gelangen sie selten. Männliche Homosexuelle streben häufig zu einer homosexuellen Gruppe, lehnen aber familienhafte Bindungen meist ab und neigen zu ständigem Partnerwechsel. Lesbische Verhältnisse hingegen tendieren allgemein zur Dauerhaftigkeit (...).“

BVerfGE 6, 389 <425 ff.>.

Eine Auslegung des Verbots von Geschlechtsdiskriminierung, die auch jede Diskriminierung wegen sexueller Orientierung erfasst, entspricht schließlich auch dem Sinn und Zweck von Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG, Angehörige strukturell diskriminierungsgefährdeter Gruppen vor Benachteiligung zu schützen.

BVerfGE 147, 1 <18>; 88, 87 <96>; *Osterloh/ Nußberger*, in: Sachs, GG, 7. Aufl. 2014, Art. 3 Rn. 236, 244.

(2) Strenger Rechtfertigungsmaßstab

Unabhängig von der Einordnung unter Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG oder Abs. 1 GG gelten hohe Rechtfertigungsmaßstäbe für die Benachteiligung.

Die hier vorgeschlagene Zuordnung der sexuellen Orientierung zu Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG bedeutet, dass ein schrankenlos gewährleistetes Grundrecht betroffen ist. Es kommt daher nur eine Rechtfertigung durch kollidierendes Verfassungsrecht in Betracht.

BVerfGE 114, 357 <364>; *Baerl/ Markard*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 3 Rn. 432; *Krieger*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG,

with
BERBURG

14. Aufl. 2018, Art. 3 Rn. 61; zu verfassungsimmanenten Grenzen vgl. *Nußberger*, in: Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 3, Rn. 254; *Sodan*, in: Sodan, GG, 4. Aufl. 2018, Art. 3 Rn. 24; BVerfGE 92, 91 <109>.

Eine Ungleichbehandlung aufgrund des Geschlechts ist nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zulässig, „soweit sie zur Lösung von Problemen, die ihrer Natur nach entweder nur bei Männern oder bei Frauen auftreten können, zwingend erforderlich sind“.

BVerfGE 85, 191 <207>.

Auch bei einer Zuordnung zu Abs. 1 gilt ein strenger, dem Maßstab von Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG weitestgehend angeglicher Prüfungsmaßstab. Denn aus dem allgemeinen Gleichheitssatz ergeben sich je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen unterschiedliche Anforderungen an die verfassungsrechtliche Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung, die vom bloßen Willkürverbot bis zu einer strengen Bindung an Verhältnismäßigkeitserfordernisse reichen.

St. Rspr.; BVerfGE 88, 87 <96>; 138, 136 <180>; 129, 49 <69>; 132, 179 <188>; *Britz*, NJW 2014, 346 <347>.

Bezogen auf Ungleichbehandlungen wegen der sexuellen Orientierung hat das Bundesverfassungsgericht bereits festgehalten, dass ein strenger Prüfungsmaßstab anzulegen ist, weil sich dieses Merkmal jedenfalls den Merkmalen des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG annähert.

BVerfGE 124, 199 <220>.

Es hat damit die sexuelle Orientierung den speziellen Diskriminierungsverboten interpretatorisch gleichgestellt und die Abgrenzung zwischen Art. 3 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG weitgehend relativiert,

Nußberger, in: Sachs, GG, 9. Aufl. 2021, Art. 3 Rn. 290.

Das Bundesverfassungsgericht hat insbesondere klargestellt, dass der Verzicht auf eine ausdrückliche Aufnahme der „sexuellen Orientierung“ in die Merkmale des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG nicht den Umkehrschluss auf einen schwächeren Schutz erlaube. Denn Grund für den Verzicht auf eine Nennung sei gerade die Überzeugung im Bundestag gewesen, dass der Schutz vor Diskriminierungen wegen der sexuellen Identität durch Art. 3 Abs. 1 GG sich nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts mittlerweile mit dem

Schutz nach Art. 3 Abs. 3 GG decke und eine Erweiterung des Art. 3 Abs. 3 GG daher (überflüssige) „Symbolpolitik“ darstelle,

BVerfGE 131, 239 <257> vgl.> unter Verweis auf die Diskussion im Bundestag zu Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses zur Änderung des Grundgesetzes, BT-Drs. 17/4775, S. 5.

Ein einfacher sachlicher Grund reicht damit nicht aus, um eine Ungleichbehandlung wegen der sexuellen Orientierung verfassungsrechtlich zu rechtfertigen, vielmehr legt die Rechtsprechung Mindeststandards unzulässiger Differenzierungen dar.

Nußberger, in: Sachs, GG, 9. Aufl. 2021, Art. 3 Rn. 291.

(3) Kein sachlicher Grund ersichtlich

Eine Disziplinarmaßnahme wegen Nennung der eigenen pansexuellen Orientierung auf einer Dating-Plattform ist weder nach Art. 3 Abs. 3 Satz 1 noch nach Art. 3 Abs. 1 GG gerechtfertigt.

Die vorliegende Ungleichbehandlung knüpft nicht an körperliche geschlechtsbezogene Merkmale an, wie es für eine Rechtfertigung unter Art. 3 Abs. 3 GG notwendig wäre. Auch ein sachlicher Grund, der den Anforderungen des Art. 3 Abs. 1 GG genügen könnte, ist nicht erkennbar. Das Bundesverwaltungsgericht verkennt, so ist anzunehmen, die Bedeutung der Formulierung „all genders welcome“. Andernfalls würde es Pansexualität als sexuelle Orientierung mit Wahllosigkeit verknüpfen. Dies wäre keine sachlich nachvollziehbare Erwägung, sondern ein Vorurteil. Auch der argumentative Zwischenschritt des Bundesverwaltungsgerichts, wegen (auch) in der Truppe verbreiteter Vorurteile gegenüber pansexuellen Menschen müsse die Beschwerdeführerin bei einem offenen Umgang mit dieser sexuellen Orientierung mit einem Achtungsverlust rechnen, rechtfertigt die Benachteiligung nicht. Denn wie schon zu Art. 2 Abs. 1 GG dargelegt, sollen Freiheitsrechte und Diskriminierungsverbot die Grundrechtsträger gerade vor derartigen Vorurteilen oder mehrheitlich geteilten Moralvorstellungen schützen. Es würde das Diskriminierungsverbot in sein Gegenteil verkehren, der Beschwerdeführerin derartige Anschauungen entgegenzuhalten.

3. Rüge wegen Sichtbarkeit einer promiskuitiven Lebensweise

Schwerer noch als die Einbeziehung von weiblichem Namen, trans Identität und sexueller Orientierung in den Tenor des Verweises wiegt, dass die vom Bundesverwaltungsgericht entwickelte Begründung einen Zusammenhang zwischen dem einvernehmlichen Sexualleben der Beschwerdeführerin und rechtswidrigen sexuellen Übergriffen herstellt. Damit werden unter Verstoß gegen den Gleichheitssatz

aus Art. 3 Abs. 1 GG wesentlich ungleiche Sachverhalte gleichbehandelt (dazu a), ohne dass ein rechtfertigenden Grund vorliegt (dazu b).

a. Gleichbehandlung von wesentlich Ungleichem

Der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG gebietet nicht nur, wesentlich Gleiches gleich, sondern entsprechend auch wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln.

Vgl. BVerfGE 103, 242 <258>; st. Rspr.

Die Argumentation des Bundesverwaltungsgerichts enthält eine Gleichsetzung wesentlich ungleicher Sachverhalte.

Mit der Annahme, die geäußerten Merkmale und sexuellen Präferenzen der Beschwerdeführerin (spontan, lustvoll, offene Beziehung, auf der Suche nach Sex, all genders welcome) könnten ihre Autorität bei der Bekämpfung sexueller Übergriffe beeinträchtigen, setzt das Bundesverwaltungsgericht die Suche nach einvernehmlichen queeren Sexualkontakten mit der Toleranz für sexuelle Übergriffe gleich, obwohl diese Sachverhalte wesentlich ungleich sind.

Vgl. auch *Heinemann*, Anmerkung zu BVerwG, Beschluss vom 25.05.2022 – 2 WRB 2.21, NVwZ 2022, Heft 21 (im Erscheinen).

Ausgangspunkt der vom Bundesverwaltungsgericht entwickelten Begründung für den Verweis ist, dass militärische Führungskräfte mit besonderer Personalverantwortung im Rahmen ihrer Aufgaben integrativ wirken und in Ausübung ihrer Disziplinarbefugnisse auch sexistischen Äußerungen und sexuellen Belästigungen entgegentreten müssen. Im Internet dürften sie sich deswegen nicht so äußern, dass ihre dienstliche Autorität bei der Bekämpfung von Übergriffen beeinträchtigt werden kann

BVerwG, Beschluss vom 25.05.2022 - 2 WRB 2.21-, **Anlage 4**, Rn. 37.

Dem ist grundsätzlich zu folgen. Selbstverständlich kommt Führungskräften im Öffentlichen Dienst mit besonderer Personalverantwortung eine Art Garantenstellung in Bezug auf sexuelle Übergriffe zu, der sie nur dann gerecht werden können, wenn ihre außerdienstlichen Äußerungen keine Zweifel an ihrer Autorität, ebensolche Übergriffe zu bekämpfen, wecken. In einem nächsten gedanklichen Schritt subsumiert das Bundesverwaltungsgericht, dass der auf Tinder eingestellte Text der Beschwerdeführerin Hinweise auf einen Lebenswandel beinhalte, der Zweifel an eben dieser Autorität der Beschwerdeführerin wecken könne. In der Logik des Bundesverwaltungsgerichts können Führungskräfte mit besonderer

with
BERBURG

Personalverantwortung, die auf einer Dating-Plattform nach einvernehmlichem (queeren) Sex suchen und einen promiskuitiven Lebensstil offenlegen, erzieherische und disziplinarische Maßnahmen wegen sexueller Verfehlungen nicht glaubhaft vermitteln. Obwohl der Profiltext der Beschwerdeführerin ohne jeden Zweifel auf *einvernehmliche* Begegnungen gerichtet ist und ihr Profil keinen irgendwie gearteten Bezugspunkt zu sexuellen Übergriffen aufweist, setzt das Bundesverwaltungsgericht den Text gleich mit außerdienstlichem Verhalten, das Gleichgültigkeit, Toleranz oder Nachgiebigkeit gegenüber sexuellem Fehlverhalten aufzeigt, indem die Führungskräfte sich zum Beispiel sexistisch äußern oder sexuell übergriffiges Verhalten Dritter rechtfertigen oder herunterspielen.. Der wesentliche Unterschied zwischen beiden Gruppen besteht darin, dass die Beschwerdeführerin keine Toleranz für sexuelles Fehlverhalten geäußert hat und schlichtweg kein Zusammenhang zwischen ihrem Profiltext und sexuellen Übergriffen erkennbar ist.

Vgl. auch *Heinemann*, Anmerkung zu BVerwG, Beschluss vom 25.05.2022 – 2 WRB 2.21, NVwZ 2022, Heft 21 (im Erscheinen).

b. Kein sachlicher Grund

Eine derartige Gleichsetzung verstößt gegen Art. 3 Abs. 1 GG.

(1) Strenger Maßstab für eine Rechtfertigung

Für die Rechtfertigung einer Gleichbehandlung gelten dieselben Maßstäbe wie für Ungleichbehandlungen.

Vgl. BVerfGE 110, 141 <167>; *Kischel*, in: BeckOK GG, 52. Ed. 15.08.2022, Art. 3 Rn. 16.

Wie schon für die sexuelle Orientierung ist auch hier ein strenger Rechtfertigungsmaßstab anzuwenden. Denn Aspekte des sexuellen Begehrens erscheinen den Einzelnen typischerweise nicht willentlich veränderbar, sondern werden als Teil des eigenen Persönlichkeitskerns empfunden. Das Sexualleben und die gewählte Beziehungsform stellen für die meisten Erwachsenen ein zentrales Element der privaten Lebensführung dar.

Hinzu kommt ein weiterer Aspekt, der ein hohes Niveau verfassungsrechtlichen Schutzes geboten erscheinen lässt: Nur eine Minderheit der Bevölkerung wählt ein offenes Beziehungsmodell, während die Monogamie nach wie vor als Standard für romantische Beziehungen im westlichen Kulturraum gilt.

with
BERBURG

Vgl. etwa eine aktuelle Internetumfrage aus den Vereinigten Staaten: *Rubin/Moors/Matsick et al.*, On the margins. Considering diversity among consensually non-monogamous relationships, *Journal für Psychologie* 22 (2014), 9, 13. Das gilt auch, wenn sich die Akzeptanz zugunsten entsprechender Beziehungsmodelle zu wandeln scheint. Vgl. Parship, Können Sie sich eine Beziehung mit mehr als einem/r Partner/in gleichzeitig vorstellen?, 2017, zitiert nach [statista.com](https://de.statista.com/statistik/daten/studie/744920/umfrage/umfrage-zur-beziehung-mit-mehr-als-einem-partner/), abrufbar unter <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/744920/umfrage/umfrage-zur-beziehung-mit-mehr-als-einem-partner/>. Zu dieser Erhebung auch *Hofmann*, *RuP* 2022, 304 (306).

Menschen in einvernehmlich nicht-monogamen Beziehungen erfahren häufig Diskriminierung am Arbeitsplatz, den Verlust von Freundschaften, Entfremdung von der Verwandtschaft oder den Ausschluss aus (religiösen) Gemeinschaften,

Tweedy, Polyamory as Sexual Orientation, *University of Cincinnati Law Review* 79 (2011), 29, 38; *Conley/Ziegler/Moors, et al.*, A Critical Examination of Popular Assumptions About the Benefits and Outcomes of Monogamous Relationships, *Personality and Social Psychology Review* 17 (2012), 124, 132; *Fleckenstein/Bergstrand/Cox*, What Do Polys Want?: An Overview of the 2012 Loving More Survey", *Loving More*, (archiviert unter: <http://web.archive.org/web/20130629020547/http://www.lovemore.com/polyamory-research/2012-lovingmore-polyamory-survey/>, zuletzt abgerufen am 11.10.2022).

Frauen, die offene Beziehungsmodelle leben, sind einem noch höheren Risiko von gesellschaftlicher Stigmatisierung ausgesetzt. Ohnehin werden Frauen für das gleiche Sexualverhalten stärker als Männer stigmatisiert,

Rubin/Moors/Matsick et al., On the margins. Considering diversity among consensually non-monogamous relationships", *Journal für Psychologie* 22 (2014), 10.

Dies verschärft sich, wenn sie ein gesellschaftlich wenig akzeptiertes Sexualverhalten praktizieren.

Rubin/Moors/Matsick et al., On the margins. Considering diversity among consensually non-monogamous relationships", *Journal für Psychologie* 22 (2014), 10.

(2) Keine Rechtfertigung im vorliegenden Fall

Vorliegend fehlt nicht nur ein hinreichend gewichtiger Grund für die Gleichstellung, es ist schlichtweg gar kein vernünftiger Grund ersichtlich, den Profiltexat der Beschwerdeführerin genauso zu stellen wie ein Verhalten, das Toleranz oder Nachgiebigkeit gegenüber sexuellen Übergriffen erwarten lässt.

Eine Verbindung zwischen einer Mitteilung, eine offene Beziehung zu führen, und geringer Durchsetzungskraft bei der Ahndung sexueller Übergriffe lässt sich nicht herstellen. Dass einvernehmliche sexuelle Kontakte außerhalb der Ehe – jedenfalls in einer liberalen Gesellschaft, die außerehelichen Geschlechtsverkehr weder kriminalisiert noch stigmatisiert – nichts mit sexuellen Übergriffen gemein haben, bedarf keiner weiteren Darlegung. Ebenso abwegig ist die Annahme, dass Menschen, die im Rahmen einer entsprechenden Vereinbarung mit ihren Ehepartnern auch außerhalb der Ehe sexuelle Kontakte aufnehmen, ihre sexuelle Lust so stark empfinden oder ihr so großen Vorrang einräumen, dass es ihnen auf das Einvernehmen ihres Gegenübers nicht ankommt. Wer in einer offenen Beziehung lebt, legt gerade besonderen Wert darauf, die eigene Sexualität im umfassenden, ausdrücklich hergestellten Konsens mit dem*der Partner*in auszuleben. Hier liegt ein entscheidender Unterschied zum heimlichen „Fremdgehen“, bei dem der*die „untreue“ Partner*in sein*ihr sexuelles Begehren typischerweise über das gegenseitige Treuversprechen stellt. So werden Menschen, die einvernehmlich offene Beziehungen führen, durch Sexualkontakte außerhalb der Ehe gerade nicht erpressbar – im Gegensatz zur Situation bei vereinbarter Monogamie.

Auch *Heinemann*, Anmerkung zu BVerwG, Beschluss vom 25.05.2022 – 2 WRB 2.21, NVwZ 2022, Heft 21 (im Erscheinen).

Vgl. *Heinemann*, BVerwG verlangt von Kommandeurin Zurückhaltung beim Tindern – Prüde und gefährlich, LTO, 26.03.2022, online abrufbar unter <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/anastasia-biefang-bverwg-2-wrb-2-21trans-sexualitaet-tinder-kommentar/> (zuletzt abgerufen am 06.10.2022).

Ebenso wenig lässt sich eine Verbindung herstellen zwischen der privaten Äußerung, ein spontanes und lustvolles Liebesleben zu bevorzugen, und Nachgiebigkeit gegenüber sexuellen Übergriffen. Ein solcher Bezug wäre allenfalls vorstellbar, wenn die Kaserne generell ein „asexueller“ Ort sein müsste, an dem jede positive Bezugnahme auf sexuelle Lust unpassend wäre. Allerdings sind Sexualkontakte innerhalb der Räumlichkeiten der Kaserne in der Freizeit grundsätzlich erlaubt, Sexualität ist nicht generell verpönt.

Vgl. zentrale Dienstvorschrift A-2160/6 „Wehrdisziplinarordnung und Wehrbeschwerdeordnung“ **Anlage A**, Ziff. 1532: Außerdienstliche sexuelle „Betätigungen“ unter Soldat*innen auch unterschiedlicher Dienstränge sind

with
BERBURG

disziplinarrechtlich regelmäßig ohne Belang; Allgemeine Regelung A1-2630/0-9802 „Leben in der Militärischen Gemeinschaft“, **Anlage C**, Ziff. 311: „Die Soldatinnen und Soldaten dürfen private Besuche innerhalb der Unterkünfte empfangen. (...) Vorgesetzte, die für die betroffene Unterkunft verantwortlich sind, (...) regeln das Nähere.“ Dies ermöglicht in der Praxis auch den Geschlechtsverkehr in der Kaserne.

III. Meinungsfreiheit, Art. 5 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 GG

Die Instanzengerichte verkennen ferner mit der Meinungsfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 GG eine weitere verfassungsrechtliche Dimension des Verfahrens völlig. Sie befassen sich nicht damit, dass das Profil der Beschwerdeführerin dem Schutz der Meinungsfreiheit untersteht (dazu 1). Entsprechend genügen die Ausführungen auch nicht den verfassungsrechtlichen Anforderungen, die bei einer Betroffenheit von Art. 5 Abs. 1 GG für die Auslegung und Anwendung des einfachen Rechts gelten (dazu 2).

1. Verkennung der Grundrechtsbetroffenheit

Die Instanzengerichte haben verkannt, dass der Tinder-Profiltext der Beschwerdeführerin in den Schutzbereich der Meinungsfreiheit fällt. Anders als sie annehmen, liegt im Profiltext nämlich nicht nur eine kommunikative Anbahnung von Sexualkontakten (die als Aspekt der sexuellen Selbstbestimmung grundrechtlich geschützt wird), sondern er bringt auch eine Meinung und Haltung zu gesellschaftspolitischen Themen zum Ausdruck.

a. Schutzbereich

Art. 5 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 GG schützt die Meinungsfreiheit. Die Meinungsfreiheit ist das in einer Demokratie gewährleistete subjektive Recht auf freie Rede. Das Grundgesetz schützt die Meinungsfreiheit sowohl im Interesse der Persönlichkeitsentfaltung des Einzelnen als auch im Interesse des demokratischen Prozesses, für den sie konstitutive Bedeutung hat,

BVerfGE 7, 198 <208>; 93, 266 <292 f.>.

Unter die Meinungsfreiheit fällt zunächst das Werturteil. Meinungen in diesem Sinne sind durch das Element der Stellungnahme, des Dafürhaltens, der Beurteilung geprägt,

BVerfGE 61, 1 <8>.

Dabei ist dabei unbedeutend, ob mit der Meinung politische oder private Zwecke verfolgt oder welche Themen berührt werden,

Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 17. Aufl. 2022, Art. 5 Rn. 5.

with
BERBURG

Auch Tatsachenbehauptungen sind von der Meinungsfreiheit geschützt. Die Mitteilung von Tatsachen ist dabei keine Meinung im engeren Sinne, weil ihr das Wertungselement fehlt. Sie ist aber Voraussetzung der Bildung von Meinungen, die sich in der Regel auf tatsächliche Annahmen stützen oder zu tatsächlichen Verhältnissen Stellung beziehen. Dieser Prozess der Meinungsbildung wird durch Art. 5 Abs. 1 GG in seiner Gesamtheit geschützt,

BVerfGE 61, 1 <8>.

Art. 5 Abs. 1 Satz 1 Halbs. 1 GG schützt damit umfassend Äußerungen im Rahmen einer geistigen Auseinandersetzung,

Bethge, in: Sachs, GG, 9. Aufl. 2021, Art. 5 Rn. 25.

Der Bedeutung der Meinungsfreiheit ist bereits bei der Deutung und Interpretation einer Äußerung zu beachten. Nur wenn ihr wahrer Sinn ermittelt wird, kann auch zutreffend rechtlich beurteilt werden, ob eine Äußerung dem Schutzbereich der Meinungsfreiheit untersteht,

vgl. *Grabenwarter*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 97. EL Januar 2022, Art. 5 Abs. 1, Abs. 2 Rn. 141.

Geschützt ist dabei nicht nur der Inhalt der Äußerung, die äßernde Person darf die Umstände der Kundgabe (Zeit, Ort und Adressaten) wählen, die sie für passend hält,

BVerfGE 93, 266 <289>.

b. Tinder-Profil als Meinungsäußerung

Das Tinder-Profil der Beschwerdeführerin enthält verschiedene Aussagen, die dem Schutzbereich der Meinungsfreiheit unterfallen, denn – neben den Tatsachen ihrer geschlechtlichen Identität, sexuellen Orientierung, ihres Beziehungsmodell und ihren Vorstellungen gelungener sexueller Kontakte – finden sich mehrere Elemente von Bewertung und Stellungnahme.

So enthält bereits die Wahl des speziellen Forums „Tinder“ eine Meinungsäußerung. Denn bei Tinder handelt es sich um eine Dating-App, die zwar allen Menschen offensteht, aber mehrheitlich cis-heterosexuelle Nutzer*innen hat. Damit unterscheidet sich Tinder von verschiedenen Dating-Apps, die sich direkt an queere Menschen wenden. Indem sie Tinder als Forum ihrer Kontaktsuche nutzt, beansprucht die Beschwerdeführerin im hetero-cis Mehrheitsraum „Tinder“ einen Platz für weibliche, promiskuitive, queere Sexualität. Sie stellt diese marginalisierte Form der Sexualität gleichberechtigt zwischen Profile, die der Mehrheitserwartung entsprechen.

with
BERBURG

Durch die Schreibweise mit einem „Gendersternchen“ positioniert die Beschwerdeführerin sich in dem intensiv geführten gesellschaftspolitischen Diskurs über geschlechtergerechte Sprache. Auf Queer-Lexikon.net, das Begrifflichkeiten zu Fragen von Sexualität und Geschlecht erklärt, heißt es dazu:

„Das Sternchen, das manchmal hinter trans gesetzt wird (trans) ist als Platzhalter gedacht, an das sich alle trans-Identitäten anhängen können. Das Sternchen wird allerdings vor allem im deutschen Trans-Aktivismus verwendet – im englischen wird es inzwischen abgelehnt.“*

Queer Lexikon, Kurzdefinition, online abrufbar unter <https://queer-lexikon.net/uebersichtsseiten/trans/> (zuletzt abgerufen am 23.08.2022).

In dieselbe Richtung weist die Formulierung „all genders welcome“. Die Beschwerdeführerin verwendet zur Beschreibung ihrer sexuellen Orientierung eine Floskel, die Gleichgesinnte als Ausdruck von Zugehörigkeit erkennen können. Zugleich distanziert sie sich in einer Zeit, in der Geschlecht und Geschlechtsidentitäten Gegenstand erhitzter gesellschaftspolitischer Debatten ist, von der Vorstellung, es gäbe nur zwei Geschlechter, und wirbt mit dem Zusatz „welcome“ für Toleranz für Vielfalt. Ihr Profiltext muss insoweit auch im Zusammenhang mit ihrer Person und ihrem Wirken verstanden werden. Die Beschwerdeführerin versteht sich als „Orientierungspunkt“ für trans Menschen in der Bundeswehr und wirbt privat wie beruflich für ein Bewusstsein für und einen toleranten Umgang mit marginalisierten geschlechtlichen Identitäten und sexuellen Orientierungen.

Vgl. Homepage der Bundeswehr, Ein Orientierungspunkt – Oberstleutnant Anastasia Biefang, online abrufbar unter <https://www.bundeswehr.de/de/aktuelles/schwerpunkte/65-jahre-bundeswehr/ein-orientierungspunkt-oberstleutnant-anastasia-biefang-3903920> (zuletzt abgerufen am 23.08.2022).

Auch in der Aussage „offene Beziehung auf der Suche nach Sex“ liegt eine Kommunikation über ihre persönliche Einstellung zu Sexualität und Beziehungen, indem sich die Beschwerdeführerin abgrenzt von hergebrachten monogamen Beziehungsmodellen. In diesen Kontext sind auch die Begriffe „spontan“ und „lustvoll“ einzuordnen, die eine bestimmte Einstellung zu Sexualität zum Ausdruck bringen, nämlich eine Offenheit für spontane und unverbindliche sexuelle Begegnungen.

Diesen Meinungsgehalt des Profiltextes haben die Instanzengerichte nicht erfasst und damit verkannt, dass der Verweis auch Art. 5 Abs. 1 GG betrifft. In der Entscheidung des Truppengericht Süd fehlen Ausführungen zur Meinungsfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 GG gänzlich. Das Bundesverwaltungsgericht betrachtet den Profiltext zwar als eine

auslegungsbedürftige Äußerung, lässt aber jegliche Auseinandersetzung mit dem Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 GG vermissen. Erwähnung findet Art. 5 Abs. 1 GG einzig im Kontext der sexuellen Selbstbestimmung, wo das Bundesverwaltungsgericht die Abwägung zwischen dem Zurückhaltungsgebot aus § 10 Abs. 6 SG und der Meinungsfreiheit mit der Abwägung zwischen § 17 Abs. 2 Satz 3 Alt. 2 SG und der sexuellen Selbstbestimmung aus Art. 2 Abs. 1 vergleicht.

Vgl. BVerwG, Beschluss vom 25.05.2022 - 2 WRB 2.21-, **Anlage 4**, Rn. 32 f.

c. Beschränkung der Meinungsfreiheit

Der Verweis und die fachgerichtlichen Entscheidungen beschränken die Beschwerdeführerin in der freien Äußerung ihrer Meinung.

Jede staatliche Maßnahme, die die Meinungsäußerung und -verbreitung verbietet oder behindert, stellt einen Eingriff in die Meinungsfreiheit dar. Im Zusammenhang mit einer Meinungsäußerung ergehende Verpflichtungen zu Widerruf, Unterlassung oder Schadensersatz sind, ebenso wie strafrechtliche Sanktionen, schwerwiegende Eingriffe in den Schutzbereich der Meinungsfreiheit.

BVerfGE 114, 339 <349 f.>; 93, 266 <292>.

Zwar handelt es sich bei dem Verweis um die mildeste Disziplinarmaßnahme, welche der Dienstherr verhängen kann. Nichtsdestotrotz gehört der Verweis nach § 23 Abs. 1 WDO – im Gegensatz zu Belehrungen, Warnungen, Zurechtweisungen und anderen Maßnahmen nach § 23 Abs. 3 WDO – zu den formellen Disziplinarmaßnahmen. Der Eingriff in die Meinungsfreiheit wiegt gleichwohl schwer, denn gem. § 1 Abs. 1 WDO dienen Disziplinarmaßnahmen der Ahndung von Dienstvergehen. Bei mehrfachen oder härteren Disziplinarmaßnahmen können sie der Karriere von Soldat*innen in der Bundeswehr hinderlich sein. Aber auch einem ersten Verweis, wie im Fall der Beschwerdeführerin, wohnt bereits ein sozialetisches Unwerturteil inne, das geeignet ist und auch sein soll, disziplinierte Soldat*innen zu motivieren, das geahndete Handeln zukünftig zu unterlassen.

Während der Tenor des Verweises *alle* Elemente des Profiltexes als kritikwürdig bewertet –etwa auch das Bekenntnis zur geschlechtergerechten Sprache oder das Postulat der Normalität queerer Sexualität – fasst das Bundesverwaltungsgericht das dienstrechtliche Zurückhaltungsgebot in seinen Entscheidungsgründen enger. Die Beschwerdeführerin müsse sich nicht gänzlich von Dating-Plattformen zurückziehen (womit das Bundesverwaltungsgericht, wie oben gezeigt, die Folgen des Verweises verkennt), sondern lediglich bei der Formulierung eines entsprechenden Internetauftritts

stärker auf die mit der dienstlichen Stellung verbundenen Integritätserwartungen Rücksicht nehmen.

BVerwG, Beschluss vom 25.05.2022 - 2 WRB 2.21-, **Anlage 4**, Rn. 32.

Letztlich kritisiert das Bundesverwaltungsgericht (nur) den „Werbetext“ „lustvoll ... offene Beziehung ... auf der Suche nach Sex ... all genders welcome“, der „beim ersten Durchlesen“ geeignet sei, den „falschen Eindruck“ zu erwecken, dass sie ein wahlloses Sexualleben führe oder anstrebe. Es handele sich um eine „äußerst missverständliche [und unnötige] Überspitzung“ des Anliegens.

BVerwG, Beschluss vom 25.05.2022 - 2 WRB 2.21 -, **Anlage 4**, Rn. 38.

Indem es die Formulierung „all genders welcome“ und die Angabe zur offenen Beziehung kritisiert, untersagt das Bundesverwaltungsgericht der Beschwerdeführerin, ihre Position zu binären Vorstellungen von Geschlecht („all genders“ statt „beide Geschlechter“), ihre Toleranz und Offenheit für Menschen jeden Geschlechts und ihre Distanz zu traditionellen Erwartungen an eheliche Treue künftig in einem offenen Empfängerkreis zum Ausdruck zu bringen. Insgesamt fordert das Bundesverwaltungsgericht sie auf, künftig „Überspitzungen“ zu vermeiden. Auch die Anforderung, seine eigene Meinung nur noch zurückhaltend zu formulieren, beschränkt die Meinungsfreiheit. Denn auch das Überspitzen des eigenen Anliegens ist von Art. 5 Abs. 1 GG geschützt.

2. Keine verfassungskonforme Meinungsbeschränkung

Beschränkt eine staatliche Maßnahme die Meinungsäußerung, verlangt das Bundesverfassungsgericht, dass die Bedeutung von Art. 5 Abs. 1 GG bei der Auslegung und Anwendung des einfachen Rechts umfassend berücksichtigt wird. So muss der Gehalt der Äußerung grundrechtsfreundlich interpretiert werden (dazu a), die Beschränkung bedarf einer verfassungskonformen gesetzlichen Grundlage (dazu b) und das Grundrecht muss umfassend gewürdigt und abgewogen werden (dazu c). Da weder die Bundeswehr noch die Fachgerichte sich mit der Meinungsfreiheit überhaupt befassen, verfehlen sie diese verfassungsrechtlichen Anforderungen.

a. Keine grundrechtsfreundliche Auslegung des Profiltexes

Ist der Schutzbereich von Art. 5 Abs. 1 GG betroffen, verlangt die Verfassung, Meinungsäußerungen sachgerecht, aus der Sicht eines verständigen Dritten und grundrechtsfreundlich auszulegen. In der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts heißt es dazu:

with
BERBURG

„Voraussetzung jeder rechtlichen Würdigung von Äußerungen ist allerdings, daß ihr Sinn vom Gericht zutreffend erfaßt worden ist. Fehlt es bei der Verurteilung wegen eines Äußerungsdelikts daran, so kann das im Ergebnis zur Unterdrückung einer zulässigen Äußerung führen, also gerade zu derjenigen Folge, die Art. 5 Abs. 1 GG zu verhindern bestimmt ist. (...)

Aus diesem Grund stellt Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG, dessen Schutzgut die Äußerungsfreiheit ist, nicht nur Anforderungen an die Auslegung und Anwendung grundrechtsbeschränkender Gesetze, sondern auch an die Deutung der in ihrem Wortlaut feststehenden oder vom Gericht festgestellten Äußerungen. (...) Bei Äußerungen, die mehrere Deutungen zulassen, dürfen sie sich nicht für den zur Verurteilung führenden Sinn entscheiden, ohne zuvor die Alternativen mit tragfähigen Gründen ausgeschlossen zu haben (vgl. BVerfGE 85, 1 [13 f.]). Dabei darf eine Äußerung nicht aus ihrem auch für die Rezipienten wahrnehmbaren Zusammenhang gerissen werden, sofern dieser ihren Sinn mitbestimmt.“ (BVerfGE 94, 1 <9>; vgl. auch: BVerfG, Kammerbeschluss vom 10. 07.1992 – 2 BvR 1802/91, Rn. 63.)

In dieser Hinsicht BVerfGE 94, 1 <9>; vgl. auch BVerfG, Kammerbeschluss vom 10.07.1992 - 2 BvR 1802/91 -, NJW 1992, 2750, 2751.

Die Entscheidungsgründe des Bundesverwaltungsgerichts sind insoweit widersprüchlich. Einerseits erkennt das Gericht grundsätzlich, dass es zur Auslegung des Tinder-Profiles auf einen „verständigen Betrachter ankommt, der alle relevanten Umstände des Einzelfalls kennt.“

BVerwG, Beschluss vom 25.05.2022 - 2 WRB 2.21-, **Anlage 4**, Rn. 28.

Im Widerspruch dazu stellt es den Dienstrechtsverstoß dann aber gerade deshalb fest, weil ein Untergebener ohne „längeres Nachdenken (...) beim ersten Durchlesen“ einem „falschen Eindruck“ vom privaten Sexualleben der Beschwerdeführerin erliegen könnte.

BVerwG, Beschluss vom 25.05.2022 - 2 WRB 2.21-, **Anlage 4**, Rn. 38.

Die Äußerung wird also gerade nicht so verstanden, wie ein verständiger, vollständig informierter Betrachter sie einordnen würde, sondern der Beschwerdeführerin wird eine flüchtige Missdeutung ihrer Äußerung entgegengehalten.

Zudem haben die Instanzgerichte den Kontext des Profiltextes nicht ausreichend gewürdigt. Ihr Profiltext befand sich auf einer Dating-Plattform, die erst nach Anmeldung zugänglich ist, gerade der Suche nach Partner*innen dient und auf welcher gerade deshalb auch Aussagen zu Sexualität und Beziehungen zu erwarten sind. Der Adressat*innenkreis der Äußerung war also von vornherein auf solche Personen

with
BERBURG

begrenzt, die selbst auf der Suche nach romantischen oder sexuellen Begegnungen sind und deshalb die Äußerung im Profiltext der Beschwerdeführerin auch in diesem Kontext wahrnehmen würden. Aussagen zur Suche nach Partner*innen sind auf Tinder nicht nur sozialadäquat, sondern gerade Sinn und Zweck der Plattform. Hätte die Beschwerdeführerin ähnliche Aussagen und ein Gesuch nach Sexualpartner*innen etwa im Rahmen eines Interviews im Rundfunk oder einer Tageszeitung getätigt, oder auch auf sozialen Medien wie Facebook oder Instagram, so wäre das möglicherweise anders zu bewerten gewesen.

b. Keine verfassungskonforme gesetzliche Grundlage

Bei Meinungsbeschränkungen müssen die Fachgerichte – wie bei allen Grundrechtseingriffen – sicherstellen, dass das zu Grunde liegende Gesetz den verfassungsrechtlichen Anforderungen genügt. Dies ist hier nicht geschehen.

(1) Anforderungen an gesetzliche Regelungen aus Art. 5 Abs. 2 und Art. 17a Abs. 1 GG

Im Unterschied zur sexuellen Selbstbestimmung unterliegt die Meinungsäußerung von Soldat*innen einem doppelten Gesetzesvorbehalt: Erstens findet gemäß Art. 5 Abs. 2 GG die Meinungsfreiheit aller ihre Schranken in den Vorschriften der allgemeinen Gesetze, den gesetzlichen Bestimmungen zum Schutze der Jugend und in dem Recht der persönlichen Ehre. Vorliegend kommt als Schranke nur ein allgemeines Gesetz in Betracht. Allgemein i.S.v. Art. 5 Abs. 2 GG sind Gesetze, die „nicht eine Meinung als solche verbieten, die sich nicht gegen die Äußerung der Meinung als solche richten“, sondern die vielmehr „dem Schutze eines schlechthin, ohne Rücksicht auf eine bestimmte Meinung, zu schützenden Rechtsguts dienen“, dem Schutze eines Gemeinschaftswerts, der gegenüber der Betätigung der Meinungsfreiheit den Vorrang hat,

BVerfGE 62, 230 (243f.) – „Lüth“; BVerfGE <243 f.>; 97, 125 <146>.

Das allgemeine Gesetz muss damit „meinungsneutral“ sein, und muss zudem einem Rechtsgut dienen, das höherrangig als die Meinungsfreiheit ist,

vgl. *Grabenwarter*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 97. EL Januar 2022, GG Art. 5 Abs. 1, Abs. 2 Rn. 122.

Zusätzlich normiert Art. 17a Abs. 1 GG für Angehörige der Streitkräfte einen personal begrenzten Gesetzesvorbehalt, der in gewissem Umfang spezieller ist. Danach können Gesetze über Wehrdienst und Ersatzdienst für die Angehörigen der Streitkräfte das Grundrecht einschränken, ihre Meinung in Wort, Schrift und Bild frei zu äußern und zu verbreiten. Auf Art. 17a Abs. 1 GG gestützt können die Grundrechte von Soldat*innen weitergehend eingeschränkt werden als dies bei Zivilpersonen zulässig ist.

with
BERBURG

BVerfG, Beschluss vom 26.05.1970 - 1 BvR 657/68, NJW 1970, 1837; BVerfGE 28, 282 <291 f.>.

Mit der herrschenden Meinung ist davon auszugehen, dass Art. 17a GG im Bereich des Wehr- und Ersatzdienstes insoweit Art. 5 Abs. 2 GG verdrängt, als ein Grundrechtseingriff aus sonderstatusspezifischen Gesichtspunkten erfolgt und über das bereits nach Art. 5 Abs. 2 GG zulässige Maß der Grundrechtseinschränkungen hinausgeht,

ausführlich dazu *M. Brenner*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 17a Rn. 16, 26-28, der von einem von „abgestuftem Nebeneinander“ spricht, vgl. auch BVerwGE 43, 9 <23>; *Schwarz*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 97. EL Januar 2022, Art. 17a Rn. 28 m.w.N.

Art. 17a Abs. 1 GG entbindet den Gesetzgeber nicht von den allgemeinen Anforderungen an Grundrechtseingriffe. Auf seiner Grundlage dürfen die Grundrechte von Soldat*innen nur eingeschränkt werden, wenn die Sicherung und Erhaltung der Funktionsfähigkeit der Bundeswehr dies rechtfertigt.

M. Brenner, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 17a Rn. 17.

Außerdem gilt auch im Anwendungsbereich von Art. 17a Abs. 1 GG für disziplinarrechtliche Vorschriften das Bestimmtheitsgebot aus Art. 103 Abs. 2 GG,

BVerfG, Beschluss vom 18.2.1970 – 2 BvR 481/68, BeckRS 1970, 104598; BVerfGE 28, 51 <54>.

(2) § 17 Abs. 2 Satz 3 SG als untaugliche Rechtsgrundlage

Diesen Anforderungen genügt § 17 Abs. 2 Satz 3 SG nicht.

Zwar handelt es sich bei § 17 Abs. 2 Satz 3 SG um ein allgemeines Gesetz i.S.v. Art. 5 Abs. 2 und Art. 17a GG. Denn die Norm verbietet nicht eine Meinung als solche,

BVerfG, Beschluss vom 28.04.2007 - 2 BvR 71/07, NVwZ-RR 2008, 330.

§ 17 Abs. 2 Satz 3 SG ist jedoch für den vorliegend Eingriff in die Meinungsäußerungsfreiheit der Beschwerdeführerin nicht hinreichend bestimmt i.S.d. Art. 103 Abs. 2 GG. Die bereits im Hinblick auf die sexuelle Selbstbestimmung festgestellte Unklarheit über das von der Beschwerdeführerin konkret verlangte Verhalten erfasst auch die Aspekte der Meinungsäußerung. Es ist eben nicht „jedem Soldaten selbstverständlich“, in welchem Umfang und in welchem Stil private Meinungsäußerungen in den Sozialen Medien über die Themen sexuelle Orientierung, Sichtbarkeit von Minderheiten, binäre oder nicht-binäre Vorstellungen von Geschlecht,

geschlechtergerechte Sprache, Beziehungsmodelle und Sexualleben für Führungskräfte der Bundeswehr erlaubt ist.

Wie unklar die Verhaltenserwartungen in Bezug auf Meinungsäußerungen zum Themenfeld geschlechtliche Identität, sexuelle Orientierung und Sexualität sind, zeigt gerade das vorliegende Verfahren sehr deutlich. Denn die Beschwerdeführerin ist in verschiedenen öffentlichen Medien mit großer Reichweite aufgetreten und hat sich umfassend und offen zu ihrer Transsexualität und Themen der sexuellen Selbstbestimmung geäußert.

Siehe nur „Menschen bei Maischberger“ am 20.11.2019, abrufbar unter <https://www.youtube.com/watch?v=NeyCMzu2Xd8>; „Menschen hautnah“ am 16.10.2020, abrufbar in der ARD Mediathek (beides zuletzt abgerufen am 11.11.2022).

Diese Auftritte und Äußerungen erfolgten mit Billigung und Unterstützung der Bundeswehr. Dass diese Auftritte den Erwartungen an das außerdienstliche Wohlverhalten entsprechen, es aber den Achtungs- und Vertrauensanspruch gefährdet, wenn die Beschwerdeführerin bei der Suche nach Sexualkontakten dieselbe Orientierung und Identität angibt, ist nicht absehbar.

c. Fehlende Abwägung bei der Anwendung des einfachen Rechts

In den angegriffenen Entscheidungen fehlt – als logische Konsequenz aus der Verkennung des Schutzbereichs – auch die verfassungsrechtlich gebotene umfassende Abwägung zwischen militärischer Disziplin und Meinungsfreiheit. Diese hätte gezeigt, dass vorliegend die Meinungsfreiheit der Beschwerdeführerin überwiegt.

(1) Abwägung als Verfassungsgebot

Das BVerfG hat schon im Lüth-Urteil betont, dass sich aus der grundlegenden Bedeutung der Meinungsäußerungsfreiheit für den freiheitlich-demokratischen Staat ergibt, dass es „nicht folgerichtig wäre, die sachliche Reichweite gerade dieses Grundrechts jeder Relativierung durch einfaches Gesetz (und damit zwangsläufig durch die Rechtsprechung der die Gesetze auslegenden Gerichte) zu überlassen“. Deshalb darf ein einfaches Gesetz die Meinungsfreiheit nicht beliebig einschränken, sondern muss vor dem Hintergrund der hohen Bedeutung der Meinungsfreiheit in seiner einschränkenden Wirkung selbst wieder beschränkt werden.

BVerfGE 7, 198 <208 f.>.

Erstens wirkt der Gehalt des Grundrechts auf die Auslegung des Schrankengesetzes ein, indem dessen Tatbestandsmerkmale eben im Lichte der Meinungsfreiheit auszulegen

with
BERBURG

sind; zweitens hat auf der Normanwendungsebene vor allem eine Rechtsgüterabwägung im Einzelfall zu erfolgen.

Grabenwarter, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 97. EL Januar 2022, Art. 5 Abs. 1, Abs. 2 Rn. 139.

Auch Gesetze, die Art. 17a Abs. 1 GG entsprechen, sind damit im Lichte von Art. 5 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 GG auszulegen. Bei Disziplinarmaßnahmen mit meinungsbeschränkender Wirkung müssen die Fachgerichte militärische Disziplin und Meinungsfreiheit gegeneinander abwägen.

BVerfGE 28, 55 <63>; *Schwarz*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 97. EL Januar 2022, Art. 17a Rn. 28.

Zu § 17 Abs. 1 SG – nicht dem hier einschlägigen § 17 Abs. 2 SG – heißt es in einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 1970 auszugsweise:

„§ 17 Abs. 1 SG muß dabei in seiner Wirkung auf das Grundrecht aus Art. 5 Abs. 1 GG im Lichte der für die freiheitliche Ordnung schlechthin konstituierenden Bedeutung des Grundrechts der Meinungsfreiheit (BVerfGE 20, 56 [97]) gesehen und so interpretiert werden, daß der besondere Wertgehalt dieses Rechts, der zu einer grundsätzlichen Vermutung für die Freiheit der Rede namentlich im öffentlichen Leben führt, auf jeden Fall gewahrt bleibt (BVerfGE 7, 198 [208 f.]; 12, 113 [124 f.]; 21, 271 [281]). Militärische Disziplin und Meinungsfreiheit müssen gegeneinander abgewogen werden.“

BVerfGE 28, 55 <63>.

Mit sozialen Medien, zu denen auch Tinder zählt, stellen sich weitere Fragen dazu, wann private Meinungsäußerungen und -verbreitungen im Sonderstatusverhältnis eingeschränkt oder unterbunden werden können. Diese lassen sich aber entlang der in der Rechtsprechung etablierten Maßstäben beantworten. Insbesondere ergeben sich keine Unterschiede zur Meinungsäußerung von Beamten, Angestellten des öffentlichen Diensts, Richtern oder Personen im Wehr- oder Ersatzdienstverhältnis.

So auch *Grabenwarter*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 97. EL Januar 2022, Art. 5 Abs. 1, Abs. 2 Rn. 155.

Soweit die Beschränkung der Meinungsfreiheit von Grundrechtsträger*innen darauf abzielt, die Funktionsfähigkeit des Sonderstatusverhältnisses zu erhalten, gilt die Grundregel, dass Beschränkungen umso weniger zulässig sind, umso weniger Äußerungen auf die Funktion des Sonderstatusverhältnisses überhaupt durchschlagen. In der Regel ist deshalb danach zu differenzieren, ob eine Äußerung innerhalb eines

with
BERBURG

sachlichen, räumlichen und zeitlichen Zusammenhangs mit dem Sonderstatusverhältnis geschieht.

Grabenwarter, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 97. EL Januar 2022, Art. 5 Abs. 1, Abs. 2 Rn. 151.

Beschränkungen, die mit dem Ansehen des Sonderstatusverhältnisses in der Öffentlichkeit gerechtfertigt werden können, können auch in den privaten Lebensbereich von Personen, die in einem Sonderstatusverhältnis stehen hineinwirken.

Grabenwarter, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 97. EL Januar 2022, Art. 5 Abs. 1, Abs. 2 Rn. 157.

Bei Äußerungen außerhalb des Dienstes reichen die Kommunikationsfreiheiten der im öffentlichen Dienst beschäftigten Personen hingegen weiter.

Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 17. Aufl. 2022, Art. 5 Rn. 98.

(2) Überwiegen der Meinungsfreiheit im konkreten Fall

Bei der verfassungsrechtlich gebotenen Abwägung überwiegt die Meinungsfreiheit der Beschwerdeführerin gegenüber der militärischen Disziplin.

Zunächst ist festzustellen, dass das Tinder-Profil der Beschwerdeführerin nicht zu den Fallgruppen gehört, in denen die Rechtsprechung bisher meinungsbeschränkende Disziplinarmaßnahmen gegen Soldat*innen für rechtmäßig erachtet. Es handelt sich nämlich weder um eine politische Meinungsäußerung im Zusammenhang mit der Wehrtätigkeit,

etwa: Verbotenes Abstellen privater Kraftfahrzeuge mit politischen Plaketten auf Bundeswehrgelände (BVerwG, Beschluss vom 31.08.1977 – I WB 119.77, Rn. 28 f.); Sammeln von Unterschriften für bestimmte politische Ziele auf dem Gelände der Bundeswehr (BVerfGE 44, 197 <204 ff.>); Rücktrittsforderung an den Bundesminister der Verteidigung in dienstlicher Eigenschaft (BVerwG, Beschluss vom 10.10.1989 – 2 WDB 4/89, Rn. 17 ff); nicht zu disziplinieren waren dagegen: Werbung eines Soldaten für die Kriegsdienstverweigerung außerhalb des Dienstes und der Anlagen der Bundeswehr (BVerwG, NJW 1969, 675 <675 f.>); kritische Erörterung verteidigungspolitischer Fragen in der Presse (BVerwG, Beschluss vom 12.12.1985 – 1 WB 8/85, Rn. 39); Überreichung einer Petition der Friedensbewegung in Zivil außerhalb des Dienstes und außerhalb militärischer Anlagen an den Oberbürgermeister (BVerwG, Beschluss vom 25.07.1984 – 2 WDB 3/84, Rn. 16.).

with
BERBURG

Noch hat das Profil irgendeinen Bezug zu gewaltverherrlichenden, rassistischen, antisemitischen oder verfassungsfeindlichen Anschauungen – es wirbt im Gegenteil für Toleranz und Offenheit,

etwa: Absprechen des Existenzrechtes der in Deutschland lebenden Türk*innen und Beschimpfung deutscher Politiker*innen als "Volksschädlinge" (BVerwG, Urteil vom 24.01.1984 – 2 WD 40/83, Rn. 39); Kundgabe neonazistischer („Zyklon B - über 6 Millionen zufriedene Kunden zwischen 1939 und 1945“) und sexistischer Äußerungen bzw. Vergewaltigungsfantasien sowie Verunglimpfung des Andenkens Verstorbener (BVerwG, Urteil vom 22.10.2008 – 2 WD 1/08, Rn. 105); Propagieren rassistischer Thesen und Gewalttaten im Sinne der nationalsozialistischen Ideologie (BVerwG, Urteil vom 22.01.1997 – 2 WD 24/96, Rn. 10 ff.); Infragestellen der freiheitlich-demokratischen Grundordnung (BVerfGE 28, 36 <48 f.>); Diffamierung des Bundeskanzlers; antisemitischen Äußerungen; Bezeichnung der Bundestagsabgeordneten als „käuflich und gewissenlos“ (BVerwG, Urteil vom 20.05.1983 – 2 WD 11/82, Rn. 55).

Nicht nur die Einordnung in die bisherige Rechtsprechung, auch eine konkrete Prüfung der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung zeigt hier das Überwiegen der Meinungsfreiheit. So besteht schon kein innerer Zusammenhang zwischen dem Verweis und der militärischen Disziplin. Hier gilt das, was oben zur Einschränkung der sexuellen Selbstbestimmung umfassender ausgeführt wurde: Es kann der Aufrechterhaltung innerer Dienstabläufe nicht nützen, von Vorgesetzten zu verlangen, dass sie ihre Äußerungen an Erwartungen und Moralvorstellungen von Untergebenen anpassen, die ihrerseits dem Leitgedanken der „Inneren Führung“ widersprechen, d.h. die Prinzipien von Gleichberechtigung der Geschlechter, Vielfalt der privaten Lebensentwürfe, Offenheit und Toleranz geprägten Bundeswehr missachten. Hinter dem Verweis steht letztlich die Durchsetzung überkommener Sittlichkeits- und Moralvorstellungen, was kein verfassungsrechtlich legitimer Zweck für Einschränkungen der Meinungsfreiheit sein kann.

Wie schon in Bezug auf die sexuelle Selbstbestimmung dargelegt, erweist sich das Gebot, nur zurückhaltend oder gar nicht über die Themen geschlechtliche Identität, sexuelle Orientierung, Sexualität, Beziehungsmodelle und Begehren zu sprechen – jedenfalls nicht als Führungskraft und/oder nicht als pansexuelle Frau –, auch als ungeeignet, um die Funktionsfähigkeit der Bundeswehr zu fördern. Denn Vielfalt und Offenheit innerhalb der Truppe sind kein Selbstzweck: Erstens muss die Bundeswehr als Arbeitgeber für möglichst viele Menschen interessant sein, was nur geht, wenn sie den Anschluss an die gesellschaftlichen Wandel hält. Zweitens hängt die Bereitschaft von Soldat*innen, die Bevölkerung zu verteidigen, auch davon ab, wie sehr sie sich als ihr Teil empfinden; wer Soldat*innen darin bestärkt, sich als von der Gesellschaft

entkoppelte Elite mit eigenen konservativen Verhaltenserwartungen zu verstehen, schwächt die Verteidigungsbereitschaft.

Schließlich steht der Eingriff in die Meinungsfreiheit auch nicht in einem angemessenen Verhältnis zum Nutzen des Verweises. Die Belastung der Beschwerdeführerin ist hoch, weil die Disziplinarmaßnahme ihre rein private Kommunikation betrifft und Fragen der Intimsphäre berührt. Es gibt keinerlei dienstlichen Bezug, da im Dating-Profil weder auf dem Foto noch aus dem Text ihre Tätigkeit als Soldatin der Bundeswehr zu erkennen ist. Zudem hat der Verweis keinen nennenswerten Nutzen für die Funktionsfähigkeit der Bundeswehr, sondern kann ihr eher schaden.

IV. Verstoß gegen Art. 33 Abs. 5 G

Die Gerichte verkennen schließlich, dass auch das nach Art. 33 Abs. 5 GG geschützte grundrechtsgleiche Recht der Beschwerdeführerin als Berufssoldatin auf Fürsorge ihres Dienstherrn (dazu 1.) betroffen ist. Die Bundeswehr hat ihr Entschließungsermessen fehlerhaft ausgeübt, indem sie einen illegal aufgenommenen Screenshot gegen die Beschwerdeführerin verwendet hat, anstatt den nahe liegenden Verdacht aufzuklären, ob das Bild von einer*m Soldat*in illegal hergestellt und in kameradschaftswidriger Weise weitergeben worden ist. Diese Verletzung verfassungsrechtlich geschützter subjektiver Rechte der Beschwerdeführerin hätte bei der Prüfung der Rechtmäßigkeit des Verweises nicht unbeachtet bleiben dürfen (dazu 2.).

1. Schutzzumfang

a. Bedeutung von Art. 33 Abs. 5 GG für Soldat*innen

Art. 33 Abs. 5 GG verleiht auch dem Anspruch von Soldat*innen auf die Fürsorge ihres Dienstherrn grundrechtsgleichen Rang. Zwar bezieht sich Art. 33 Abs. 5 GG auf das Berufs*beamten*tum und erfasst das Dienstverhältnis der Soldat*innen dem Wortlaut nach nicht. Das Bundesverfassungsgericht wendet allerdings Art. 33 Abs. 5 GG seit 1961 kontinuierlich auf Richter*innen an. So misst es etwa die Besoldung von Richter*innen ohne weitere Begründung am Maßstab von Art. 33 Abs. 5 GG.

BVerfGE 155, 1 <12 ff.>.

Eine umfassende Anwendung des Art. 33 Abs. 5 GG auf Soldat*innen begegnet der Schwierigkeit, dass die Norm auf vorkonstitutionelle Grundsätze verweist, und die Bundeswehr in vielerlei Hinsicht gerade *nicht* an die überkommenen Strukturen und Aufgaben der Wehrmacht anschließt. Gleichwohl stehen bestimmte Strukturprinzipien des Soldatentums unter dem Schutz von Art. 33 Abs. 5 GG. So hat das Bundesverfassungsgericht in einer Senatsentscheidung aus dem Jahr 2017 klargestellt, dass Art. 33 Abs. 5 GG das Aliments- und das Leistungsprinzip auch für Soldat*innen

with
BERBURG

verfassungsrechtlich absichert. Das Gericht hat sodann ausführlich untersucht, inwiefern sich aus vorkonstitutionellen Vorschriften verfassungsrechtliche Vorgaben für die Versorgung von Soldat*innen nach einem Einsatz für die NATO ableiten lassen.

BVerfGE 145, 249 <269 ff.> Rn. 43 ff.

Ebenso wie im Beamtentum verleiht Art. 33 Abs. 5 GG auch im Soldatentum der Fürsorgepflicht verfassungsrechtlichen Rang. Es handelt sich hier ebenfalls – und erst recht – um einen hergebrachten Grundsatz. So beschreibt das BVerwG die Fürsorgepflicht als eine der „vornehmsten Pflichten eines Vorgesetzten gegenüber seinen Untergebenen“.

BVerwG, Urteil vom 26.10.2005 - 2 WD 33/04 -, NVwZ 2006, 947 <948>.

Das wechselseitige Treueverhältnis steht auch im vorkonstitutionellen Recht im Zentrum des Soldatentums und reicht bis in das mittelalterliche persönliche Vasallenverhältnis zwischen Ritter und Lehnsherren zurück.

Vgl. *Heinemann*, Rechtsgeschichte der Reichswehr 1918-1933, 2018, S. 16 ff., 118 ff.

Der Anspruch auf Fürsorge des Dienstherrn beschränkte sich traditionell nicht auf die Heilfürsorge und Versorgung, sondern umfasste auch den Schutz vor einem „Missbrauch der Dienstgewalt“.

Vgl. *Heinemann*, Rechtsgeschichte der Reichswehr 1918-1933, 2018, S. 283.

Einer Pflicht des Dienstherrn zur Fürsorge als kommunizierendes Element der Treuepflicht bedarf es für Soldat*innen sogar in besonderem Maße, weil ihre Dienstpflichten weit über diejenigen von Beamt*innen oder Richter*innen hinaus gehen und sie infolge des dauerhaften und engen Zusammenlebens in der Kaserne dem Verhalten von Kamerad*innen und Vorgesetzten in einem nicht vergleichbaren Maße ausgesetzt sind.

b. Schutz gegen unberechtigte Angriffe als Ausdruck der Fürsorgepflicht

Von Verfassung wegen ist der Dienstherr daher verpflichtet, Soldat*innen genau wie Beamt*innen und Richter*innen vor unberechtigten Angriffen in Schutz zu nehmen.

BVerfG, Beschluss vom 24.02.2017 - 2 BvR 2524/16 -, NVwZ 2017, 871 <874> Rn. 50 m.w.N.

Im konkreten Fall der Beschwerdeführerin wird die in Art. 33 Abs. 5 GG verankerte Fürsorgepflicht des Dienstherrn verstärkt durch ihre Identität als trans Frau: Eine trans

Frau, gerade in der traditionell maskulin geprägten Kultur der Bundeswehr, hat ein besonderes Risiko Hassrede zu erfahren, belästigt oder sonst diskriminiert zu werden, so dass den Dienstherren eine besondere Verantwortung trifft sicherzustellen, sie vor Angriffen innerhalb wie außerhalb der Truppe zu schützen und Verhalten zu unterbinden, das ihre menschliche Würde und dienstliche Autorität in Frage stellt. Dies gilt umso mehr, als sich die Angriffe hier gegen die die Privat- und Intimsphäre der Beschwerdeführerin sowie gegen ihre geschlechtliche Identität richten.

Hinzu kommt, dass die Bundeswehr lange Zeit mit der Beschwerdeführerin als Aushängeschild für die Vielfalt in der Truppe geworben und damit erheblich zur Bekanntheit der Beschwerdeführerin in ihrer Rolle als trans Person beitragen hat. Dem Dienstherrn musste klar sein, dass eine so deutliche Unterstützung der Beschwerdeführerin auch in ihrer ungewöhnlichen geschlechtlichen Identität Widerstände und Missgunst in einem typischerweise von überkommenen Männlichkeitsvorstellungen geprägten Umfeld auslösen konnte. Darauf folgt eine besondere Verantwortung, Angriffe gegen die Beschwerdeführerin in ebendieser Position als Angehörige einer marginalisierten Minderheit und Vorkämpferin für Toleranz und Vielfalt in der Bundeswehr abzuwehren.

2. Verkürzung

Die Fachgerichte übersehen gänzlich, dass im vorliegenden Verfahren auch das grundrechtsgleiche Recht der Beschwerdeführerin auf Fürsorge durch ihren Dienstherrn betroffen ist. Beide befassten Gerichte würdigen Herkunft des Screenshots lediglich im Rahmen der formellen Rechtmäßigkeit allein im Hinblick auf ein mögliches Beweisverwertungsverbot.

BVerwG, Beschluss vom 25.05.2022 - 2 WRB 2.21-, **Anlage 4**, Rn. 11;
Truppendienstgericht Süd, Beschluss vom 18.11.2020 - S 4 BLc 1/20 -, **Anlage 3**,
S. 7 f.

Die Entscheidungsgründe verkennen damit, dass es nicht (nur) um einfach-rechtliche Verfahrensfragen geht. Die verfassungsrechtlich verankerte Fürsorgepflicht hätte nämlich bei der Ermessensentscheidung über die Einleitung eines Disziplinarverfahrens (§ 15 Abs. 2 Wehrdisziplinarordnung) gegen die Beschwerdeführerin beachtet werden müssen.

a. Kameradschaftsverstoß

Denn die Beschwerdeführerin ist Opfer gravierender Verstöße gegen die Kameradschaftspflicht geworden, die Fürsorgemaßnahmen gefordert hätten.

with
BERBURG

Das Bild wurde vermutlich von einer Person innerhalb der Bundeswehr erstellt, jedenfalls wurde es von Kamerad*innen der Beschwerdeführerin verbreitet, wahrscheinlich auch aus dem Kreis der Bundeswehr an das Bundesamt für Personalwesen der Bundeswehr weitergeleitet. Natürlich ist es angesichts der Prominenz der Beschwerdeführerin nicht ausgeschlossen, dass das Bild ursprünglich von einer außerhalb der Bundeswehr stehenden Person erstellt und an die zuständigen Stellen innerhalb der Bundeswehr gegeben wurde – wahrscheinlich ist dies aber nicht. Denn diese Privatperson muss die Beschwerdeführerin erkannt und ihre dienstliche Stellung als Offizierin gekannt haben, außerdem muss sie diesen Vorgang für relevant genug gehalten haben, um ihn festzuhalten. Schließlich muss sie ausreichend Kontakte zur Bundeswehr gehabt haben, um das Bild an die Bundeswehr weiterzuleiten. Außerdem wurde das Bild innerhalb der Bundeswehr an die für die Personalführung von Offizieren zuständigen Stelle gegeben, was vertiefte Kenntnisse über das Personalwesen der Bundeswehr voraussetzt. Zudem wurde das Bild nach Kenntnis der Beschwerdeführerin in das interne Portal des Bundesamts eingespeist, was die Übermittlung durch eine Privatperson ausschließen würde. Fest steht nach Aktenlage, dass Soldat*innen das Bild jedenfalls weiterverbreitet haben. Der Referatsleiter im Bundesamt für Personalwesen berichtete nämlich, bei einer Fortbildung an der Führungsakademie der Bundeswehr sei das Bild unter Lehrgangsteilnehmer*innen herumgereicht worden.

Korrespondenz zur Herkunft des Screenshots, **Anlage 6**, S. 6.

Die rechtswidrige Verbreitung von Bildern und der im konkreten Fall hinzutretende Übergriff in das private Sexualleben der Beschwerdeführerin verstoßen gegen die Kameradschaftspflicht; sie hätten disziplinarisch geahndet werden können. So urteilt das Bundesverwaltungsgericht etwa zur heimlichen Verwendung von Bildern eines Kameraden aus dessen Auftritt in sozialen Medien, die in Dating-Accounts als eigene ausgegeben wurden,

„die unbefugte Verbreitung des Bildnisses eines anderen Soldaten, die sich schlicht darin erschöpft, dessen Bildnis zur Schau zu stellen, (sei) mit Blick auf (...) die besondere Bedeutung der Kameradschaftspflicht im Regelfall mit einem Beförderungsverbot zu ahnden. (Denn die Kameradschaft verpflichtet dazu,) die Rechte eines anderen Soldaten zu achten, d.h. nicht zu verletzen und nicht zu gefährden. Dabei kann die Verletzung immaterieller Rechtsgüter insbesondere des allgemeinen Persönlichkeitsrechts – wie der ausdrückliche Hinweis auf „Würde“ und „Ehre“ in § 12 S. 2 SG verdeutlicht – nicht per se wesentlich geringer gewichtet werden als die Verletzung materieller Güter.“

BVerwG, Urteil vom 07.10.2021 - 2 WD 23/20 -, NVwZ-RR 2022, 267 <268>
Rn. 27 f.

b. Vertiefung statt Ahndung des Kameradschaftsverstoßes

Die Bundeswehr hat aber die Herkunft und Verbreitung des unrechtmäßig aufgenommenen Screenshots nicht näher aufgeklärt und dessen Urheber nicht zur Verantwortung gezogen. Dies kritisiert auch das Truppendienstgericht Süd. Das Gericht nahm „mit Befremden (...) das ersichtlich mangelhafte Bemühen um eine Aufklärung der Herkunft des Screenshots im Bundesamt für das Personalmanagement der Bundeswehr“ zur Kenntnis und konnte „den Eindruck der Beschwerdeführerin, dass ihr hier gezielt geschadet werden soll, nachvollziehen“. Dieses Versäumnis wiegt umso schwerer, als das Bundesverwaltungsgericht den Achtungsanspruch der Beschwerdeführerin ja *gerade dadurch* für gefährdet hält, dass der Screenshot innerhalb des Bataillons bekannt wurde. Um den Achtungsanspruch der Beschwerdeführerin zu schützen, wäre es also (mindestens) genauso wichtig gewesen, die Verbreitung des Screenshots zu ahnden.

Anstatt gegen die rechtswidrige Verbreitung des Bilds vorzugehen, hat der Dienstherr im Gegenteil auf der Grundlage dieses Fehlverhaltens anderer ein Disziplinarverfahren gegen die Beschwerdeführerin eingeleitet und damit den Kameradschaftsverstoß erheblich verschärft (*blaming the victim*). Dass sich die Bundeswehr ihrer Fürsorgepflicht für die sexuelle Selbstbestimmung, die geschlechtliche Identität und das Recht der Beschwerdeführerin am eigenen Bild gar nicht bewusst gewesen ist, stellt einen Ermessensfehler dar. Die daraus folgende Verletzung eines grundrechtgleichen Rechts hätten die Fachgerichte erkennen und würdigen müssen.

E. Fazit

Nach alledem ist festzustellen, dass die angegriffenen Entscheidungen die Beschwerdeführerin in ihren Grundrechten und grundrechtsgleichen Rechten aus Art. 2 Abs. 1, Art. 3 Abs. 1 und Abs. 3, Art. 5 Abs. 1 und Art. 33 Abs. 5 GG verletzen. Zum Schutz dieser Grundrechte sollte das Bundesverfassungsgericht die Entscheidung des 2. Wehrdienstsenats aufheben und zur erneuten Prüfung an das Bundesverwaltungsgericht zurückverweisen.

Mit freundlichen Grüßen

(Beckmann)
Rechtsanwältin

(Gladow)
Rechtsanwalt