

“Kein Match: Anastasia Biefang und der 2. Wehrdienstsenat des BVerwG”

Anmerkung zu BVerwG NVwZ 2022, 1622

Max Neumann und Felix Dörr*

Abstract: Das Wertegerüst der Bundeswehr, Status quo – Ein sexuell freizügiger Lebensstil muss disziplinarrechtlich geahndet werden, denn er gefährdet die Achtungs- und Vertrauenswürdigkeit einer Soldatin. Mit Datum vom 25.05.2022 judizierte das BVerwG, der Auftritt einer Kommandeurin auf der Dating-Plattform Tinder stelle eine Dienstpflichtverletzung dar. Der nachfolgende Beitrag führt kurz in den zugrundeliegenden Sachverhalt ein, würdigt die Entscheidungsgründe und ordnet sie kritisch in den dahinterstehenden Diskurs ein.

A. Sachverhalt¹

„Anastasia 45 Spontan, lustvoll, trans*, offene Beziehung auf der Suche nach Sex. All genders welcome.“ So lautete der Text, den die Bundeswehrkommandeurin Anastasia Biefang in ihre Profilbeschreibung auf der Dating-Plattform Tinder mit dazugehörigem Foto stellte, um so nach sexuellen Kontakten zu suchen. Davon erhielt der Dienstvorgesetzte Kenntnis und erteilte daraufhin einen einfachen Verweis. Darin wurde angeführt, dass die unkontrollierbare Art und Weise des Propagierens einer promiskuitiven Lebensweise disziplinäre Relevanz habe.

B. Problemaufriss

Die zu diskutierende Entscheidung hat im Wesentlichen zwei große Problemfelder zum Gegenstand. Eines betrifft die Frage, ob die Soldatin durch ihr Verhalten bereits tatbestandlich eine Dienstpflicht verletzt haben könnte. Mithin die Frage, inwiefern sie das Ansehen der Bundeswehr als Ganzes (§ 17 Abs. 2 S. 3 Alt. 1 SG) oder die Achtung und das Vertrauen, die ihre dienstliche Stellung als Dienstortälteste und Bataillonskommandeurin erfordert (§ 17 Abs. 2 S. 3 Alt. 2 SG), ernsthaft beeinträchtigt haben könnte. Ein weiterer zentraler und besonders polarisierender Umstand der Entscheidung betrifft den mit einem Verweis verbundenen Eingriff in das allgemeine

* Die Autoren sind Studenten der Rechtswissenschaft an der Universität Leipzig. Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird in dieser Arbeit das generische Maskulinum verwendet. Soweit es für die Aussage erforderlich ist, werden weibliche und anderweitige Geschlechteridentitäten dabei ausdrücklich mitgemeint. Sämtliche Internetquellen wurden zuletzt am 14.07.2023 abgerufen.

¹ Vgl. BVerwG, NVwZ 2022, 1622.

Persönlichkeitsrecht der Soldatin aus Art. 1 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG in Gestalt des Grundrechts auf sexuelle Selbstbestimmung.

C. Entscheidung des BVerwG²

Schwerpunkt der Entscheidung bildet die Prüfung der materiellen Rechtmäßigkeit des Verweises.

Eine Beeinträchtigung des Ansehens der Bundeswehr lehnt der Senat, der Vorinstanz widersprechend, ab. Zwar hatte Biefang eine repräsentative Position inne, jedoch lässt der Auftritt auf Tinder keine Rückschlüsse auf die Bundeswehr als Institution zu, denn ein privates (Fehl-)Verhalten eines Soldaten ist der Bundeswehr grundsätzlich nicht zuzurechnen. Dies wäre anders zu beurteilen, wenn sie sich z.B. in Uniform gezeigt hätte.

Hinsichtlich einer Beeinträchtigung der Achtungs- und Vertrauenswürdigkeit Biefangs widerspricht der Senat dem Truppendienstgericht allerdings in nur einem wesentlichen Punkt.

Zutreffend festgestellt habe es zunächst, dass die Anforderungen an die Integrität von der konkreten dienstlichen Stellung abhängen. Als Kommandeurin und Standortälteste war somit ein in besonderem Maße integrires Verhalten von Biefang zu verlangen. Darüber hinaus muss die Beeinträchtigung des eigenen Ansehens nicht konkret eingetreten sein. Es reicht ein Verhalten, dass aus Perspektive eines objektiven Dritten geeignet ist, die eigene Integrität zu schädigen. Dem Senat genügt insoweit der "böse Schein".

Sodann nähert sich der Senat den wesentlichen Fragen. Vorab stellt er klar, dass die Soldatin mit dem Bekanntwerden des Tinder-Profiles und infolgedessen auch mit der Identifizierung ihrer Person rechnen musste. Das Bekanntwerden zog daraufhin negative Auswirkungen hinsichtlich der Bewertung von Biefangs Integrität durch Dritte nach sich. Das Werben um sexuelle Kontakte und die folgende Praxis des Geschlechtsverkehrs mit häufig wechselnden Partnern widerspreche den Wertvorstellungen breiter Bevölkerungskreise. Daran ändere auch der Umstand nichts, dass der Kontakt mit häufig wechselnden Geschlechtspartnern im westlichen Kulturkreis weitgehend toleriert wird. Insbesondere in traditionsorientierten militärischen Verbänden und im ländlichen Raum sei das Werteverständnis der Einehe sowie der ehelichen Treue beheimatet. Das könne die Annahme rechtfertigen, dass sich das Werben auf Tinder um andere Geschlechtspartner außerhalb ihrer eigenen Ehe negativ auf das Ansehen Biefangs nicht nur in der regionalen Öffentlichkeit, sondern besonders auch innerhalb der Truppe auswirke.

Allerdings hat das Truppendienstgericht eine unzutreffende und unvollständige Gesamtwürdigung hinsichtlich der näheren Bestimmung der außerdienstlichen Wohlverhaltenspflicht vorgenommen. In eine solche Gesamtwürdigung muss stets einfließen, inwiefern dem fraglichen Verhalten grundrechtlicher Schutz zugutekommt. Hierbei ist § 17 Abs. 2 S. 3 SG nach der Wechselwirkungslehre im Lichte der Grundrechte auszulegen. Verkannt wurde dabei Bedeutung und Tragweite des allgemeinen

² Vgl. für das Folgende BVerwG, NVwZ 2022, 1622 (1623 ff.).

Persönlichkeitsrechts in seiner besonderen Ausformung als Recht auf sexuelle Selbstbestimmung aus Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG. Der Senat bestätigt hier zunächst, dass der grundrechtliche Schutzbereich auch die Bekanntgabe seiner persönlichen Partnerschaftsinteressen sowie die Suche nach sexuellen Kontakten auf Dating-Plattformen umfasst. Bekanntgabe und Suche erfolgen hierbei im Bereich der Sozialsphäre, sodass der grundrechtliche Gewährleistungsbereich unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes Beschränkungen erfahren kann. Gleichsam bejaht er eine Verletzung der außerdienstlichen Wohlverhaltenspflicht. Der Profiltext sei – auch wenn dies bei objektiver Betrachtung nicht tatsächlich der Fall sei – bei einem ersten Durchlesen dazu geeignet, den falschen Eindruck eines wahllosen Sexuallebens zu erwecken. Um der dienstlichen Akzeptanz willen sowie zur glaubhaften Ausübung der integrativen und disziplinarrechtlichen Aufgaben (insbesondere der Ahndung von sexistischen Äußerungen und sexuellen Belästigungen) müsse die Soldatin bei der Wahl der Worte Rücksicht auf ihre berufliche Stellung nehmen. Der einfache Verweis sei mit Blick auf dessen milde Wirkung überdies angemessen.

D. Bewertung

Den Ausführungen des BVerwG muss bereits jenseits etwaiger grundrechtlicher Überlegungen kritisch begegnet werden.

Der Senat beurteilt das Verhalten nach Maßgabe der Wertevorstellungen breiter Bevölkerungskreise. Es unterstellt damit, dass große Teile der Gesellschaft von der Eihe bzw. einer monogamen Beziehung als moralisches Leitbild ausgehen, weshalb der Kontakt mit häufig wechselnden Sexualpartnern diesem Leitbild widerspreche und damit die moralische Integrität konterkariere. Hierfür wird jedoch keine Evidenz geliefert. Unterstellte man, dass weite Gesellschaftsteile tatsächlich eine derartige Lebensweise verpönnen, weshalb sie jene Menschen für wenig integer halten, so darf es hierauf im Rahmen des § 17 Abs. 2 S. 3 Alt. 2 SG nicht ankommen.³ Die Ratio der zweiten Alternative besteht in der Wahrung der Achtung ggü. Untergebenen und Gleichgestellten sowie in der Aufrechterhaltung des Vertrauens ggü. Vorgesetzten.⁴ Die Vorstellungen breiter Bevölkerungskreise können daher nur bzgl. § 17 Abs. 2 S. 3 Alt. 1 SG relevant sein, der gerade auf das Bild der Bundeswehr bei Außenstehenden abstellt und dessen Verletzung der Senat zutreffend verneint hat. Insofern muss es auf die Leitvorstellungen der Bundeswehrangehörigen ankommen.⁵

Diese Feststellungen des Gerichts sind in der Sache nicht nur bar einer Evidenz, sondern gar evident zu widerlegen. Auch wenn (und gerade weil) es keine Erhebungen der Bundeswehr oder etwa des Potsdamer Zentrums für Militärgeschichte und Sozialwissenschaften gibt, zeigen inzwischen internationale Studien, dass eine offen gelebte Sexualität ggü. heteronormativen Wertevorstellungen die Funktionsfähigkeit des

³ Hofmann, RuP 2022, 384 (392); Heinemann, NVwZ 2022, 1622 (1626 f.).

⁴ BVerwGE 86, 188 (199).

⁵ Hofmann, RuP 2022, 384 (392).

Militärs und damit mittelbar auch die moralische Integrität von Vorgesetzten nicht beeinflusst.⁶

Ein zentrales Problemfeld liegt in den Erwägungen, die der Senat zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht anstellt. Zum Gewährleistungsgehalt der freien Entfaltung der Persönlichkeit gehört auch die selbstbestimmte Entfaltung im Sexualbereich.⁷ Regelmäßig wird Sexualität nicht allein gelebt, weshalb das Grundrecht in dieser Hinsicht auch die Suche nach sexuellen Kontakten durch das Thematisieren der eigenen Begehren schützt.⁸ Daher ist die Suche nach Sexualpartnern auf Tinder vom Grundrecht auf sexuelle Selbstbestimmung mit umfasst. Der Verweis greift in jenes dergestalt ein, als er Biefang verwehrt, auf die oben beschriebene Art und Weise zukünftig nach Sexualpartnern zu suchen.

Die Intensität jenes Eingriffs bemisst sich nach der sog. Sphärentheorie.⁹ Nach dieser sind Eingriffe in die absolut geschützte Intimsphäre, den Kernbereich privater Lebensgestaltung, nicht zu rechtfertigen.¹⁰ Eingriffe in die ihr nachgelagerte Privatsphäre hingegen schon und diese wiegen grundsätzlich schwer, wohingegen Eingriffe in die vom Persönlichkeitsrecht allenfalls tangierte Sozialsphäre die geringste Intensität aufweisen.¹¹

Durch die Annonce auf Tinder nehmen andere Nutzer vom sexuellen Begehren Biefangs notwendigerweise Kenntnis, weshalb diese nicht in ihrer Intimsphäre betroffen ist.¹² Da Biefang auf Tinder anderen Menschen ihre Partnerschaftsinteressen bekannt gibt und mit ihnen im Internet und damit potenziell in einem Bereich, der zwangsläufig von der Umwelt nicht abgeschnitten werden kann,¹³ interagiert, ordnet der Senat das Verhalten der Sozialsphäre zu. Dem ist zu widersprechen.

Der Schutz der Privatsphäre wird in Form einer Rückzugsmöglichkeit in einen Raum gewährleistet, in welchem sich das Individuum frei von drohenden staatlichen Eingriffen oder gesellschaftlichen Sanktionen bewegen kann.¹⁴ Einen solchen virtuellen Raum stellt Tinder, als geschlossenes System dar.¹⁵ Der Dienst hat nur eine begrenzte Nutzerzahl. Mögliche Partner im näheren Umfeld werden aufgrund der regionalen Suchfunktion zuerst angezeigt und der Zugang ist nur mittels Account möglich. Das Verbreiten eines Profils verstößt darüber hinaus gegen die, der gemeinsamen Plattformnutzung zugrundeliegenden,

⁶ *Belkin/Levitt*, *Armed Forces & Society* 2001, 541 (558); *Lowrey*, *Repealing Don't Ask, Don't Tell*, S. 165; vgl. auch *Hofmann*, *RuP* 2022, 384 (391).

⁷ BVerfGE 47, 46 (73); *Di Fabio*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, 99 Lfg. 2022, GG, Art. 2, Rn. 200; *Kunig/Kämmerer*, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 2, Rn. 61.

⁸ Vgl. BVerfGE, NVwZ 2022, 1622 (1625); *Hofmann*, *RuP* 2022, 304 (308).

⁹ *Sodan*, in: *Stern/Sodan/Möstl*, *StaatsR*, 2. Aufl. 2022, § 87, Rn. 34, 36.

¹⁰ Vgl. BVerfGE 6, 32 (41).

¹¹ *Di Fabio*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, 99 Lfg. 2022, GG, Art. 2, Rn. 160.

¹² So auch *Hofmann*, *RuP* 2022, 384 (389); vgl. BVerfGE 80, 367 (374).

¹³ Vgl. *Di Fabio*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, 99 Lfg. 2022, GG, Art. 2, Rn. 160.

¹⁴ BVerfGE 27, 1 (6); 90, 255 (260).

¹⁵ Zu „virtuellen Raum“: Vgl. *Kunig/Kämmerer*, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 2, Rn. 58.; *Hofmann*, *RuP* 2022, 384 (389).

AGB,¹⁶ weshalb kein Nutzer mit einer derartigen Veröffentlichung rechnen muss.¹⁷ Biefang soll sich in Tinder zurückziehen und dort ihre Persönlichkeit im Sexualbereich frei entfalten dürfen. Aufgrund der besonderen Bedeutung des Verhaltens für die sexuelle Identität ist es deswegen der Privatsphäre zuzurechnen, woraus sich eine erhöhte Eingriffsintensität ergibt.

Das Grundrecht der Soldatin auf sexuelle Selbstbestimmung steht vorliegend mit dem zur Landesverteidigung (Art. 87a GG) bedeutsamen Zweck der Erhaltung der Funktionsfähigkeit der Bundeswehr in Konflikt.

Eingriffe in das allgemeine Persönlichkeitsrecht können nur durch überwiegende Gemeinwohlbelange gerechtfertigt werden.¹⁸ Obwohl dem o.g. Zweck eine wichtige Bedeutung zukommt, beinhaltet er nach bisheriger Rechtsprechung jedoch keine überwiegenden Interessen der Allgemeinheit.¹⁹ Hinzu kommt, dass insbesondere reine Moral- und Sittlichkeitsvorstellungen einen Eingriff in die sexuelle Selbstbestimmung nicht rechtfertigen können.²⁰ Studien belegen, dass eine offen gelebte Sexualität die Funktionsfähigkeit des Militärs nicht beeinträchtigt. Während der Nutzen des Verweises sich als gering erweist, wird durch ihn ein elementarer Bestandteil der sexuellen Selbstbestimmung – namentlich die Möglichkeit, sich in einen Raum zurückziehen zu können und ohne Furcht vor hoheitlicher Sanktion, das eigene Begehren zu thematisieren, sowie sexuelle Kontakte zu suchen – faktisch abgeschnitten.

Wie die Bundeswehr in ihrem Internetauftritt beteuert, sind Soldaten und Soldatinnen in der Mitte unserer Gesellschaft zu verorten, der Mensch stünde demnach im Fokus.²¹ Als Staatsbürger in Uniform gelten auch für sie die verfassungsrechtlich verbürgten Rechte. Wenn sich folglich Selbstbild (der Marketingabteilung) der Bundeswehr und die tatsächlichen Handlungen ihrer Bediensteten derart opponieren, so muss die Frage in den Raum gestellt werden, ob die gerne kommunizierten Werte der Bundeswehr letztlich auch in dieser Form durch „die Truppe“ gelebt und durch die Rechtsprechung anerkannt werden. Das Urteil gibt zumindest Anlass dazu, ernsthafte Bedenken zu entwickeln. Das BVerwG legt der tatbestandlichen Abwägung weitgehend tradierte Maßstäbe zugrunde, die nicht evident belegt werden. Auch die entsprechenden grundrechtlichen Erwägungen scheinen nicht mit der Tragweite und Tiefe des verfassungsrechtlichen Gebots auf sexuelle Selbstbestimmung vereinbar. Der Senat ringt augenscheinlich mit dem Umstand, dass das Tinder-Profil Biefangs keinerlei Bezug zur Bundeswehr hat.²² Die Argumentation, mit der er diesen Bezug herstellen will, steht auf tönernen Füßen. Da die Soldatin inzwischen Verfassungsbeschwerde eingereicht hat, sehen wir einer zu erhoffenden Korrektur der besprochenen Entscheidung durch das BVerfG entgegen.

¹⁶ Vgl. Tinder-Nutzungsbedingungen v. 19.11.2021, Nr 8.

¹⁷ Vgl. *Hofmann*, RuP 2022, 384 (389 f.).

¹⁸ Vgl. st. Rspr. BVerfGE 32, 373 (380).

¹⁹ *Hofmann*, RuP 2022, 384 (390).

²⁰ *Valentiner*, Das Grundrecht auf sexuelle Selbstbestimmung, 2021, S. 408.

²¹ Bundeswehr, Der Mensch im Fokus; Bundeswehr, Die innere Führung, Was bedeutet innere Führung.

²² Vgl. auch *Heinemann*, NVwZ 2022, 1622 (1626); *Hufen*, JuS 2023, 377 (379).