

Kommando Spezialkräfte

Lösungsvorschlag

© Heike Krieger (Freie Universität Berlin)

Bearbeitung für Hauptstadtfälle: Björnstjern Baade

Stand der Bearbeitung: Juni 2015

Die Verfassungsbeschwerde des *Schlag* hat Erfolg, wenn sie zulässig und begründet ist.

A. Zulässigkeit

Die Verfassungsbeschwerde des *Schlag* müsste zunächst zulässig sein. Dies ist der Fall, wenn sie die dahingehenden Voraussetzungen des Grundgesetzes und des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes (BVerfGG) erfüllt.

I. Zuständigkeit des BVerfG

Das Bundesverfassungsgericht ist gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a, GG, §§ 13 Nr. 8a, 90ff. BVerfGG für Verfassungsbeschwerden zuständig.

II. Beschwerdefähigkeit

SCHLAG ist als natürliche Person Grundrechtsträger und daher als „jedermann“ i.S.v. Art. 93 I Nr. 4a GG, § 90 I BVerfGG beschwerdefähig.

III. Beschwerdegegenstand

Beschwerdegegenstand kann gem. § 90 I BVerfGG jede Maßnahme öffentlicher Gewalt, also jedes Handeln oder Unterlassen eines staatlichen Organs sein. Vorliegend wird die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts und damit die Handlung eines staatlichen Organs gerügt. Das letztinstanzliche Urteil muss, die anderen können angegriffen werden.¹

IV. Beschwerdebefugnis

Schlag müsste weiterhin beschwerdebefugt sein, § 90 I BVerfGG.

1. Grundsätzliche Möglichkeit einer Grundrechtsverletzung

Schlag ist beschwerdebefugt, wenn er hinreichend substantiiert behauptet, in seinen Grundrechten oder grundrechtsgleichen Rechten selbst, gegenwärtig und unmittelbar verletzt zu sein. Es müsste die Möglichkeit der Verletzung seiner Grundrechte oder grundrechtsgleichen Rechte bestehen, also nicht von vornherein ausgeschlossen sein, dass eine Verletzung vorliegt.

Schlag rügt insbesondere eine Verletzung von Art. 1 I GG, Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG und Art. 3 GG durch die Befehle, sich die Haare kürzen zu müssen und Käfer und Würmer essen zu müssen, da er sich in seiner Würde und Persönlichkeit beeinträchtigt und gegenüber

¹ BVerfGE 4, 52 (56); BVerfGE 19, 377 (393); vgl. *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, 27. Aufl., Rn. 1233.



weiblichen Teilnehmern des Eignungsfeststellungsverfahrens diskriminiert sieht. Nach diesem Vortrag erscheint es nicht von vornherein ausgeschlossen, dass diese Befehle, welche durch das Bundesverwaltungsgericht bestätigt werden, in diese Rechte eingreifen und nicht zu rechtfertigen sind.

Weiterhin erscheint eine Verletzung der Grundrechte aus Art. 2 II und 12 GG möglich. Diese wurden von *Schlag* zwar nicht ausdrücklich gerügt, sind aber aufgrund des auch objektivrechtlichen Charakters der Verfassungsbeschwerde dennoch zu prüfen.² Sie stehen zu den anderen besonderen Freiheitsrechten, die hier in Frage kommen im Verhältnis der Idealkonkurrenz, schließen sich also nicht gegenseitig aus, sondern sind parallel zu prüfen. Die allgemeine Handlungsfreiheit aus Art. 2 I GG hingegen ist gegenüber den besonderen Freiheitsrechten subsidiär.

Schlag ist durch das Urteil auch selbst, gegenwärtig und unmittelbar betroffen und Die Möglichkeit einer Grundrechtsverletzung ist insofern im Grundsatz zu bejahen.

2. Ausschluss durch besonderes Gewaltverhältnis

Es könnte jedoch vorgebracht werden, dass sich *Schlag* als Soldat in einem „besonderen Gewaltverhältnis“ befinde und sich entsprechend in diesem nicht auf die Grundrechte berufen könne, da er selbst insofern Teil des Staates sei. Vorstellungen von grundrechtsfreien Räumen sind jedoch mit einer den Grund- und Menschenrechten verpflichteten rechtsstaatlichen Demokratie nicht vereinbar.³ Es besteht kein Grund, Soldaten oder anderen, die in einem besonderen Verhältnis zum Staat stehen, von vornherein den Grundrechtsschutz zu verweigern. Vielmehr können diese regelmäßig aufgrund ihres Näheverhältnisses zum Staat besonders schutzbedürftig sein. Die Besonderheiten des Soldatenverhältnisses können im Rahmen der Grundrechtsprüfung umfassend berücksichtigt werden. Wie sowohl Art. 17a GG als auch § 6 SG klarstellen, gelten die Grundrechte daher umfassend auch für Soldaten.

3. Menschenwürde als subjektives Recht

Eine Verletzung von Art. 1 I GG wäre aber weiterhin ausgeschlossen, wenn es sich bei dieser Norm nicht um ein rügefähiges Grundrecht handeln würde. Der Wortlaut von Art. 1 I 2 GG setzt zwar unumstritten eine objektive Schutzpflicht des Staates voraus.⁴ Ob der Einzelne sich jedoch auch auf ein subjektives Recht aus Art. 1 I 1 GG berufen kann, ist damit noch nicht geklärt.

Art. 93 I Nr. 4a GG hilft nicht weiter, da lediglich pauschal auf „Grundrechte“ verwiesen wird. Systematisch spricht Art. 1 III GG, welcher die öffentliche Gewalt an die „nachfolgenden Grundrechte“ bindet, eher gegen die Grundrechtsqualität von Art. 1 I GG. Weiterhin ließe sich die Unbestimmtheit der Norm anführen, welche noch höher ist als die der sonst aufgeführten Grundrechte, welche ohnehin einen lückenlosen Schutz gewährleisten und selbst auch wiederum Konkretisierungen der Menschenwürde sein sollen⁵. Die Menschenwürde könnte als objektive Leitidee oder Grundsatz aufgefasst werden.

Die Überschrift des ersten Abschnitts des Grundgesetzes sowie Art. 142 GG verorten Art. 1 GG jedoch im Bereich der „Grundrechte“.⁶ Ferner kann bloße Unbestimmtheit eigentlich kein Argument gegen die Grundrechtsqualität einer Norm sein, da dies nicht unbedingt viel

² Vgl. BVerfGE 42, 312 (325 f.)

³ BVerfGE 33, 1 (1ff.); s. hierzu statt aller: *Hufen*, Grundrechte, 3. Aufl., S. 111f.

⁴ *Epping*, Grundrechte, 5. Aufl., Rn. 597.

⁵ *Epping*, Grundrechte, 5. Aufl., Rn. 598; s. zu letzterem: BVerfGE 93, 266 (293).

⁶ *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, 28. Aufl., Rn. 365.



weniger auf die anderen Grundrechte zutrifft.⁷ Die Menschenwürde kann gleichzeitig objektiver Verfassungsgrundsatz und subjektives Recht sein, wofür sowohl der Schutz des Einzelnen als auch die bessere Wirksamkeit einer Norm, auf die der Einzelne sich berufen kann, sprechen.⁸ Weiterhin könnten durchaus Schutzlücken denkbar sein, wenn die Menschenwürde kein Grundrecht darstellen würde, etwa der vom Bundesverfassungsgericht in Art. 1 GG verortete postmortale Persönlichkeitsschutz.⁹

Die Menschenwürde aus Art. 1 I GG ist entsprechend als Grundrecht zu qualifizieren.¹⁰ *Schlag* kann sich auf sie berufen, eine Verletzung erscheint daher möglich.

Es ist vertretbar zusammen mit entsprechenden Ansichten in der Literatur die Grundrechtsqualität der Menschenwürde abzulehnen. Dann wäre diese nur als Schranken-Schranke im Rahmen der anderen Grundrechte zu prüfen.¹¹

4. Ergebnis zu IV.

Schlag ist somit beschwerdebefugt.

V. Rechtswegerschöpfung/Subsidiarität

Schlag hat den Rechtsweg wie von § 90 Abs. 2 S. 1 BVerfGG gefordert erschöpft.

Andere, einfachere Wege, seiner Beschwer abzuhelfen, sind nicht ersichtlich, so dass auch der Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde genüge getan ist.

VI. Form und Frist

Es ist, mangels weiterer Angaben, davon auszugehen, dass Schriftform und Monatsfrist gem. §§ 23 I, 93 1 BVerfGG eingehalten wurden.

B. Begründetheit

Die Verfassungsbeschwerde des *Schlag* ist begründet, wenn eines seiner Grundrechte oder grundrechtsgleichen Rechte verletzt ist. Dies ist der Fall, wenn in eines dieser Rechte eingegriffen wird, ohne dass dieser Eingriff verfassungsrechtlich zu rechtfertigen ist.

I. Art. 1 I GG

Schlag ist der Auffassung, dass sowohl der Befehl, sich die Haare zu schneiden, als auch der Befehl, Käfer und Würmer zu essen, ihn in seiner Menschenwürde verletzen.

⁷ *Kunig*, in: Münch/Kunig, GG, 6. Aufl., Art. 1, Rn. 18.

⁸ *Hufen*, Grundrechte, 3. Aufl., S. 136f.

⁹ *Herdegen*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 1 Abs. 1, Rn. 29.

¹⁰ So das BVerfG seit frühester Rechtsprechung: BVerfGE 1, 322 (343); 61, 126 (137); und der wohl überwiegende Teil der Lehre: *Herdegen*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 1 Abs. 1, Rn. 29; dagegen: *Dreier*, in: Dreier, GG, Art. 1, Rn. 124ff.

¹¹ S. m.w.N. hierzu: *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, 11. Aufl., Art. 1, Rn. 5.



1. Schutzbereich

Zunächst müssten die Befehle den Schutzbereich der Menschenwürde betreffen. Dieser ist wie bereits festgestellt in hohem Maße unbestimmt. Im Laufe der Zeit gab es verschiedene Versuche, den Begriff der Menschenwürde näher zu umschreiben und seine Grundlagen auszumachen.¹² So wird im Rahmen der Mitgifttheorie vertreten, dem Menschen seien bestimmte Eigenschaften unverfügbar (von Gott/von Natur) mitgegeben. Die Leistungstheorie geht hingegen davon aus, dass Würde von den eigenen Entscheidungen, der eigenen, selbstbestimmten Lebensführung ausgemacht wird – Menschenwürde ist hiernach Produkt der Handlungen von Menschen. Letztlich wird die Menschenwürde von der Kommunikations- bzw. Anerkennungstheorien im sozialen Wesen des Menschen verortet.

Keine dieser Theorien kann jedoch für sich genommen vollständig überzeugen: Bestimmte religiöse oder naturrechtliche Vorstellungen können in einer pluralistischen Demokratie nicht Grundlage staatlichen Handelns sein. Würde von Leistung abhängig zu machen, verkennt die Anerkennung einer grundlegenden Gleichheit zwischen den Menschen durch die Demokratie, aber auch die Grund- und Menschenrechte. Letztlich ist der Mensch nicht nur soziales Wesen, sondern gerade auch selbstbestimmtes Individuum. Dass Menschenwürde nicht verdient werden muss und der Einzelne nicht einfach in der Gemeinschaft aufgeht, lässt sich auch historisch aus der Erfahrung des Nationalsozialismus stützen.¹³ Mit der Würde des Menschen wird letztlich ein Wert bezeichnet, der jedem Menschen aufgrund seines bloßen Menschseins zukommt und nicht verloren oder verwirkt werden kann.¹⁴

Das Bundesverfassungsgericht stellt entsprechend dieser Komplexität keine abschließende Definition der Menschenwürde auf, sondern greift im Einzelfall Aspekte auf, welche zur Menschenwürde gehören.¹⁵ Hierzu zählen Autonomie, Gleichheit, ein grundlegender sozialer Wert- und Achtungsanspruch, die Intimsphäre, das Existenzminimum, aber auch die geistige und körperliche Integrität des Menschen als Grundlage menschlichen Lebens überhaupt.¹⁶

Die Befehle, Käfer und Würmer zu essen, sowie sich die Haare zu schneiden, liegen jedenfalls im Umkreis von Autonomie, Achtungsanspruch und geistiger und körperlicher Integrität, so dass der Schutzbereich eröffnet scheint.

Anmerkung: Die Menschenwürde wird oft auch nur negativ über den Eingriff definiert. Hier wird jedoch in die bekannten Prüfschritte unterteilt.

2. Eingriff

Fraglich ist jedoch, ob die Befehle einen Eingriff in die Menschenwürde darstellen.

Zunächst kann festgestellt werden, dass die Befehle für *Schlag* als Soldaten der Bundeswehr gem. §§ 11 I, 23 I, III SG gezielt und unmittelbar Zwangscharakter haben und somit klassische Eingriffe darstellen könnten.

Bei der Feststellung von Eingriffen in die Menschenwürde ist jedoch Zurückhaltung geboten.¹⁷ Die hohe Unbestimmtheit der Norm macht sie potentiell empfänglich für alle

¹² S. hierzu im Überblick: Hufen, Grundrechte, 3. Aufl., S. 133-135; Pieroth/Schlink, Grundrechte, 28. Aufl., Rn. 369ff.

¹³ Epping, Grundrechte, 5. Aufl., Rn. 607.

¹⁴ BVerfGE 96, 375 (399); Epping, ebd. S. diesbzgl. auch zum Fall Gäfgen/Daschner: LG Frankfurt a.M., NJW 2005, 692; EGMR, Gäfgen gegen Deutschland [GK], Nr. 22978/05.

¹⁵ Kunig, in: Münch/Kunig, GG, 6. Aufl., Art. 1, Rn. 22.

¹⁶ S. hierzu etwa: Hufen, Grundrechte, 3. Aufl., S. 138.

¹⁷ So ausdrücklich: BVerfGE 107, 275 (283f.).

möglichen Zuschreibungen von Abwehrrechten, aber auch Schutz- und Leistungspflichten. Menschenwürde als Grundlage des politischen Gemeinwesens darf nicht der Beliebigkeit und Banalität preisgegeben werden.¹⁸ Vor allem ist ein Eingriff in die Menschenwürde nicht zu rechtfertigen. Die Würde ist gem. Art. 1 I 1 GG „unantastbar“ und gem. Art. 79 III GG selbst dem Zugriff des verfassungsändernden Gesetzgebers entzogen.¹⁹

a) Objektformel

Ein Ansatz zur Feststellung eines Eingriffs in die Menschenwürde ist die sogenannte Objektformel: Der Mensch darf nie bloßes Mittel, sondern muss immer auch Zweck, also nie nur Objekt, sondern immer auch Subjekt sein.²⁰ Dies schließt selbstverständlich nicht aus, dass der Mensch in vielfältiger Form Objekt staatlichen Handelns und staatlichen Zwangs wird.²¹ Erst wenn der grundlegende Wert eines Menschen verneint wird, wird er in diesem Sinne zum Objekt herabgewürdigt. Erniedrigung, Folter, Brandmarkung und sonstige staatliche Willkür sind die historischen Beispiele einer solchen Objektivierung.²²

b) Absicht zur Erniedrigung

Ausbilder Schmidt hatte nach eigener Aussage nicht vor, *Schlag* zu erniedrigen. Zwar kann die subjektive Absicht ein Faktor sein, der zur Menschenwürdeverletzung beiträgt, notwendig ist sie jedoch nicht, wenn objektiv eine Herabsetzung des Betroffenen vorliegt²³ – auch eine Erniedrigung in guter Absicht bleibt eine Erniedrigung²⁴.

c) Einzelfallbeurteilung

Letztlich ist der spezifische Charakter der konkret gegenständlichen Maßnahme zu beurteilen.²⁵ Denn auch wenn „Abwägung“ als Mittel zur Bestimmung eines Eingriffs oft aus Sorge vor einer Relativierung der Menschenwürde abgelehnt wird,²⁶ muss eine solche Bestimmung, so sie rational sein soll, im Anführen von Gründen und Gegengründen sowie einer abschließenden Bewertung dieser Gründe bestehen²⁷.

aa) Der Befehl, die Käfer und Würmer zu essen

Zunächst könnte der Befehl an *Schlag*, die Käfer und Würmer zu essen, ihn erniedrigen und so in seiner Menschenwürde herabsetzen. Auch beim Begriff der Erniedrigung ist darauf zu achten, nicht vorschnell einen Menschenwürdeverstoß anzunehmen. Nicht alles, was

¹⁸ Epping, Grundrechte, 5. Aufl., Rn. 617.

¹⁹ S. statt aller: Pieroth/Schlink, Grundrechte, 28. Aufl., Rn. 381f.

²⁰ Maunz/Dürig, GG, 1. Aufl., Art. 1 I, Rn. 28; übernommen von: BVerfGE 9, 89 (95).

²¹ Hufen, Grundrechte, 3. Aufl., S. 146.

²² BVerfGE 107, 275 (280).

²³ Kunig, in: Münch/Kunig, GG, 6. Aufl., Art. 1, Rn. 24.

²⁴ Vgl. BVerfGE 30, 1 (39f.)

²⁵ BVerfGE 30, 1 (25).

²⁶ S. etwa Epping, Grundrechte, 5. Aufl., Rn. 623.

²⁷ Vgl. Alexy, Theorie der Grundrechte, S. 94-97.

umgangssprachlich oder vom Betroffenen als erniedrigend bezeichnet wird, ist als Eingriff in die Menschenwürde zu werten.²⁸

Ausbilder Schmidt meint, das Essen der Käfer und Würmer sei als Teil der Eignungsfeststellung notwendig, verfolge ein legitimes Ziel und könne nicht erniedrigend sein. Zunächst ist hierzu festzustellen, dass es korrekt ist, dass es zum Überleben in der Wildnis bzw. im Dschungel auch gehört, u.U. Insekten zu verzehren.²⁹ Eine theoretische Unterrichtung über die verschiedenen Möglichkeiten würde entsprechend fraglos legitimer Teil eines entsprechenden Überlebenstrainings sein können.³⁰ Der Zwang aber, Würmer und Käfer zur Übung des Ernstfalls zu verzehren, scheint objektiv sinnlos. Das Essen von Insekten erfordert keine Fähigkeiten, welche trainiert werden müssten. Eine Überwindung des Ekelgefühls würde im Ernstfall, soweit es tatsächlich zu einer solchen Extremsituation kommen sollte, was nicht sehr wahrscheinlich ist, ohnehin durch den Willen, zu überleben, gewährleistet werden. Im Übrigen würden die Käfer und Würmer nicht jenen im von Ausbilder Schmidt angedachten Einsatzgebiet entsprechen. Ein solcher Einsatz steht auch nicht an. Auch wenn dies so nicht von Ausbilder Schmidt beabsichtigt gewesen sein mag, erscheint der Befehl daher objektiv als erniedrigend, da er zur Überwindung körperlicher Ekelgefühle zwingt, ohne dass dies einen Sinn haben würde.³¹

Dass Menschen sich teils freiwillig dazu überwinden, etwa in „Reality-Shows“, ändert an dieser Feststellung nichts. Zwar kann nicht auf die eigene Würde verzichtet werden, es liegt jedoch ein wesentlicher Unterschied vor. Da auch Autonomie, also selbstbestimmte Lebensführung, Teil der Menschenwürde ist, ist die Freiwilligkeit einer Handlung, ein wesentlicher Faktor, welcher zur Bestimmung eines Menschenwürdeverstößes herangezogen werden kann.³² Vorliegend liegt jedoch, über den militärischen Befehl, mit Strafe bedrohter Zwang vor. Im Übrigen werden staatliche Funktionsträger selbst dann, wenn sich der Einzelne entscheiden sollte, objektiv unwürdige Handlungen vorzunehmen bzw. vornehmen zu lassen, nicht von der Pflicht entbunden, die Menschenwürde zu achten.³³

Der Befehl, Käfer und Würmer zu essen, verstößt somit gegen die Menschenwürde aus Art. 1 I GG.

A.A. mit dem Hinweis darauf, dass Menschenwürde nur besonders Schwere Verstöße erfassen soll und der vorliegende Fall diese Schwelle noch nicht überschreitet vertretbar. Dann sollte jedoch die Verhältnismäßigkeit des Befehls in anderen Freiheitsrechten verneint werden.

b) Der Befehl, sich die Haare zu schneiden

²⁸ S. etwa als besonders eklatantes Beispiel die Behauptung, durch die Pflicht, den Befehl einer Maschine (rote Ampel) zu befolgen, in seiner Menschenwürde verletzt zu sein: Der Spiegel vom 09.05.1962, verfügbar unter: <http://www.spiegel.de/spiegel/print/d-45139970.html>; gestützt auf: Schreiter, DöV 1956, 692 (693): „Jetzt soll unbedingter Gehorsam gegenüber Robotern geleistet werden. Das ist mehr als unwürdig. Es ist un-menschlich [sic!], weil es ... einer Sache Gewalt über den Menschen geben will.“

²⁹ US Army, FM 21-76: Survival Manual, 1991, Kapitel 7.

³⁰ So sollte man etwa keine Grashüpfer essen, da diese Parasiten in sich tragen können: ebd.

³¹ Vgl. BVerwGE 93, 108ff.: Regenwürmer braten und essen; vgl. zu einem Aufnahme ritual: BVerwG, NJW 2001, 2343; zur Relevanz der Abwesenheit eines legitimen Zwecks vgl.: BVerfGE 30, 1 (27); BVerfGE 47, 239 (247f.); BVerwGE 46, 1 (1f.).

³² S. aber: BVerwGE 115, 189 (201f.) – Laserdrome; 64, 274 – Peep-Show; ablehnend zu dieser Tendenz: Kunig, in: Münch/Kunig, GG, 6. Aufl. Art. 1 Rn. 36.

³³ BVerwGE 86, 362 (366).



Ein Befehl, sich die Haare zu schneiden, könnte ggf. ebenfalls die Menschenwürde verletzen. Dies würde etwa nahe liegen, wenn eine entstellende Frisur befohlen wird oder jemand zur Brandmarkung als einziger eine entsprechende Frisur tragen muss.³⁴ Hiervon kann jedoch vorliegend nicht die Rede sein. *Schlag* muss lediglich eine gewöhnliche Kurzhaarfrisur tragen. Dies ist nicht menschenunwürdig.

3. Ergebnis zu I.

Der Befehl, Würmer und Käfer zu essen, verletzt *Schlag* mithin in seiner Menschenwürde, der Befehl, sich die Haare zu schneiden, hingegen nicht.

II. Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG

Der Befehl, die Würmer und Käfer zu essen, verstößt bereits gegen Art. 1 I GG. Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG ist entsprechend ebenfalls verletzt.³⁵

Der Befehl, sich die Haare zu schneiden, könnte *Schlag* in seinem allgemeinen Persönlichkeitsrecht verletzen, welches sich aus Art. 2 I GG i.V.m. Art. 1 I GG ergibt.

1. Schutzbereich

Das allgemeine Persönlichkeitsrecht schützt jene Elemente der Persönlichkeit, die nicht durch andere Grundrechtsgarantien erfasst sind, diesen jedoch in ihrer Bedeutung nicht nachstehen.³⁶ Hierzu zählt auch das Recht auf Selbstdarstellung in der Öffentlichkeit und die Bestimmung des äußeren Erscheinungsbildes.³⁷ Da vorliegend die Haartracht des *Schlag* und damit seine äußere Erscheinung gegenständlich ist, ist der Schutzbereich eröffnet.

2. Eingriff

Der Befehl hat für *Schlag* als Soldaten der Bundeswehr gem. §§ 11 I, 23 I, III SG Zwangscharakter, der seine grundrechtlich gewährleistete Freiheit, sein äußeres Erscheinungsbild selbst zu gestalten, gezielt, rechtlich und unmittelbar verkürzt. Er stellt entsprechend einen klassischen Eingriff dar.

3. Rechtfertigung

Der Eingriff könnte jedoch gerechtfertigt sein. Hierzu müsste das Grundrecht beschränkbar sein, eine ausreichende verfassungskonforme Eingriffsgrundlage vorliegen und diese auch im Einzelfall verfassungsgemäß angewandt worden sein.

a) Beschränkungsmöglichkeit und Eingriffsgrundlage

Das allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG findet seine Grenzen, im Grundsatz wie die allgemeine Handlungsfreiheit, in der Schrankentrias des Art. 2 I GG, also

³⁴ Vgl. BVerwGE 46, 1 (2); BverfGE 47, 239 (247f.).

³⁵ S. hierzu: Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 11. Aufl, Art. 1, Rn. 5.

³⁶ BVerfGE 106, 28 (39); vgl. Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 10. Aufl, Art. 2, Rn. 38.

³⁷ BVerwGE 46, 1 (2); BverfGE 47, 239 (248f.).

letztlich in der verfassungsmäßigen Ordnung.³⁸ Unter der verfassungsmäßigen Ordnung i.S.v. Art. 2 I GG ist die gesamte Rechtsordnung zu verstehen.³⁹ Der Befehl stützt sich vorliegend auf die §§ 11 I, 23 I, III SG, an deren Verfassungsmäßigkeit keine Zweifel bestehen und genügt insofern der Schranke des Art. 2 I GG.

b) Anwendung im Einzelfall

Die Anwendung dieser Rechtsgrundlagen im Einzelfall, also der konkrete Befehl, müsste jedoch ebenfalls verfassungsgemäß sein.

Es ist hierbei nicht Aufgabe des Bundesverfassungsgerichts, die Anwendung einfachen Rechts durch die Fachgerichte zu prüfen. Das Bundesverfassungsgericht ist keine Superrevisionsinstanz. Es prüft lediglich spezifisches Verfassungsrecht, insbesondere, ob die Fachgerichte in der Anwendung einfachen Rechts Bedeutung und Tragweite der Grundrechte verkannt haben.

Dies wäre dann der Fall, wenn der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit missachtet worden wäre.

Wenn die Menschenwürde nicht als eigenständiges Grundrecht behandelt worden wäre, wäre sie hier als „Schranken-Schranke“ neben der Verhältnismäßigkeit zu prüfen.

aa) Legitimes Ziel

Der Befehl, die Haare kurz zu tragen, dient zunächst der Sicherheit des Soldaten, damit der Funktionsfähigkeit der Bundeswehr und letztlich der Durchführung des Verteidigungsauftrages.⁴⁰ Dies ist ein legitimes, insbesondere auch durch die Wehrverfassung anerkanntes Ziel.

bb) Geeignetheit

Die Maßnahme ist auch geeignet, dieses Ziel zu erreichen, also ihm jedenfalls förderlich, da längere Haare bei militärischen Aktivitäten Probleme verursachen, hinderlich sein können.⁴¹

cc) Erforderlichkeit

Weiterhin müsste der Befehl auch erforderlich sein. Es dürfte keine weniger eingriffsintensive, aber gleich geeignete Alternative zur vorliegenden Maßnahme bestehen.

Als Alternative hat *Schlag* das Tragen eines Haarnetzes angeboten. Da dieses nur temporär, während des Dienstes getragen werden müsste, die Haare aber im Übrigen unversehrt blieben, wäre dies eine weniger eingriffsintensive Maßnahme.⁴²

Sie müsste aber auch gleich geeignet, dem Zweck also mindestens ebenso förderlich sein. Die Kürzung der Haare bietet jedoch in hygienischer Hinsicht den Vorteil, dass sie einfacher

³⁸ BVerfGE 47, 239 (249); zuvor gab es Tendenzen an Art. 2 II GG anzuknüpfen: BVerfGE 32, 373 (379); s. hierzu: *Dreier*, in: *Dreier*, GG, 2. Aufl., Art. 2, Rn. 86.

³⁹ Ein formelles Gesetz: *Kunig*, in: *Münch/Kunig*, GG, Art. 2, 6. Aufl., Rn. 42; *Dreier*, in: *Dreier*, GG, 2. Aufl., Art. 2, Rn. 86; umstritten hingegen bei der allgemeinen Handlungsfreiheit: *Kunig*, in: *Münch/Kunig*, GG, Art. 2, 6. Aufl., Rn. 22, welcher für einen bloßen *Rechtsvorbehalt* eintritt.

⁴⁰ BVerwGE 46, 1 (2f.).

⁴¹ Ebd.

⁴² Unverständliche Zweifel, weil Haarnetze als „unschön“ empfunden würden, bei: BVerwGE 46 (3).

zu pflegen sind, was bei Manövern oder gar im Ernstfall bei längeren Haaren wohl nicht oder jedenfalls nicht mit gleicher Effizienz zu gewährleisten ist. Weiterhin können Haarnetze im Gefecht abgestreift werden oder unter ungünstigen Bedingungen gar selbst zur Gefahrenquelle werden. Beim Aufsetzen einer ABC-Schutzmaske etwa wären Haarnetze ebenfalls hinderlich. Das Kürzen der Haare ist das einfachste und sicherste Mittel das Ziel zu erreichen.⁴³

Der Befehl war daher auch erforderlich.

dd) Angemessenheit

Letztlich dürfte der Befehl das allgemeine Persönlichkeitsrecht des *Schlag* auch nicht in einer Weise beeinträchtigen, welche angesichts des verfolgten Ziels unverhältnismäßig i.e.S. ist. Die Schwere des Eingriffs dürfte nicht außer Verhältnis zur Bedeutung des Ziels stehen.

Die Verteidigung der Bundesrepublik, die Funktionsfähigkeit der Bundeswehr und damit verbunden die Sicherstellung der Verteidigungsbereitschaft der Soldaten ist ein hohes, insbesondere verfassungsrechtlich gestütztes Rechtsgut.⁴⁴ Der Sicherheit der Soldaten, auch einer entsprechenden Hygiene, kommt hierbei hohes Gewicht zu. Ob die angeführten Erfordernisse des militärischen Drills hingegen ein maßgeblicher Aspekt sind, könnte fraglich scheinen, da moderne Streitkräfte nicht auf streng gleichförmiges Verhalten, sondern die Erfüllung individueller Aufgaben und die Bedienung komplexer Gerätschaften angewiesen sind.⁴⁵ Allerdings ist eine gewisse identitätsstiftende und damit gruppenstabilisierende Wirkung eines einheitlichen Auftretens nicht von der Hand zu weisen.

Die Beeinträchtigung des *Schlag* durch die Pflicht eine Kurzhaarfrisur zu tragen ist hingegen, auch angesichts der Tatsache, dass *Schlag* freiwillig Dienst leistet und eine entsprechende Anforderung nicht unerwartet ist, als eher gering zu beurteilen. Hierbei ist auch zu berücksichtigen, dass keine „Einheitsfrisur“, sondern lediglich eine Kurzhaarfrisur gefordert ist.

Das öffentliche Interesse an der Funktionsfähigkeit der Bundeswehr überwiegt letztlich das Interesse des *Schlag*, eine Frisur seiner Wahl zu tragen.

A.A. mit Blick darauf, dass es Frauen nicht verboten ist und daher die Sicherheits- und Hygienebedenken nicht so schwer wiegen können, vertretbar. Wichtig jedoch: Dies ist hier ein Argument, welches das Gewicht des öffentlichen Interesses (Funktionsfähigkeit der Bundeswehr) in der Abwägung mindert – es geht hier (noch) nicht um eine Diskriminierung. Dies ist in der Prüfung klar zu trennen. Es wäre falsch hier in der Abwägung eine Diskriminierung als Anlass zur Feststellung der Unverhältnismäßigkeit zu nehmen. Diese wird im Rahmen von Art. 3 GG geprüft.

III. Sonstige Freiheitsrechte

Schlag ist bezüglich des Befehls, Käfer und Würmer zu essen, ebenso in seinen Rechten aus Art. 2 II und 12 GG verletzt, da jedenfalls die Schranken-Schranke der Menschenwürde verletzt ist (s.o.).

⁴³ BVerwGE 46, 1 (4).

⁴⁴ BVerwGE 46, 1 (3).

⁴⁵ BVerwGE 76, 66 (68f.).



Bezüglich des Befehls, sich die Haare zu kürzen, ist *Schlag* in diesen Rechten nicht verletzt. Diese vermitteln vorliegend gegenüber dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht keinen weitergehenden Schutz. Die Eingriffe in sie stellen ebenfalls verfassungsmäßige, insbesondere verhältnismäßige Beschränkungen dieser Rechte dar.

Hier könnte ggf. auch kurz (!, hier liegt nicht der Klausurschwerpunkt) zu den Besonderheiten dieser Grundrechte etwas ausgeführt werden, z.B. dass der Eingriff in die Berufsfreiheit „objektiv berufsregelnd“ ist und lediglich eine Berufsausübungsregelung darstellt. Hierzu mehr in späteren AK-Fällen.

IV. Art. 3 GG

Schlag macht weiter geltend, durch den Befehl, sich die Haare zu kürzen, in seinem Recht aus Art. 3 GG verletzt zu sein. Art. 3 GG enthält in Abs. 1 einen allgemeinen und in Abs. 3 spezielle Gleichheitssätze. Da *Schlag* vorliegend geltend macht, aufgrund seines Geschlechts einer Regelung unterworfen zu werden, ist Art. 3 III 1 Var. 1 GG einschlägig, welcher Abs. 1 als *lex specialis* verdrängt.⁴⁶

Art. 3 II 1 GG hat keinen über diesen hinausgehenden Regelungsgehalt, könnte aber mitzitiert werden.⁴⁷ Art. 3 II 2 GG stellt ein über das rechtliche Gleichbehandlungsgebot hinausgehende Verpflichtung zur Beseitigung tatsächlicher Ungleichheiten dar und kann insbesondere als Rechtfertigungsgrund dienen (s.u.).

1. Rechtlich relevante Ungleichbehandlung

Nach Art. 3 III 1 Var. 1 GG darf niemand wegen seines Geschlechts benachteiligt oder bevorzugt werden.

Schlag wurde im Gegensatz zu einer weiblichen Teilnehmerin des Auswahlverfahrens befohlen, sich die Haare zu schneiden. Er wurde ihr gegenüber insofern benachteiligt bzw. sie ihm gegenüber bevorzugt.

Diese Differenzierung müsste im Rahmen von Art. 3 III GG auch *wegen* des Geschlechts vorgenommen worden sein. Das Kriterium des Geschlechts müsste also in einer bestimmten Weise ursächlich für die Differenzierung sein.⁴⁸

Das Bundesverfassungsgericht ging zunächst davon aus, dass nur dann „wegen“ eines nach Art. 3 III GG verbotenen Kriteriums diskriminiert werde, wenn dies auch gerade bezweckt war.⁴⁹ Im Fall des *Radikalenerlasses* wurde Lehrern mit Blick auf ihre politischen Anschauungen die Übernahme in den öffentlichen Dienst versagt. Dies wurde jedoch nicht als Benachteiligung „wegen“ dieser politischen Anschauungen verstanden, weil der Schutz der verfassungsmäßigen Ordnung, nicht eine Diskriminierung bezweckt sei.⁵⁰ Mit Blick

⁴⁶ Heun, in: Dreier, GG, 2. Aufl., Art. 3, Rn. 141.

⁴⁷ S. Boysen, in: Münch/Kunig, GG, 6. Aufl., Art. 3, Rn. 162: „einheitliches Grundrecht“; s. für eine Differenzierung nach mittelbarer und unmittelbarer Diskriminierung: Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 11. Aufl., Art. 3, Rn. 78.

⁴⁸ S. Heun, in: Dreier, GG, 2. Aufl., Art. 3, Rn. 120.

⁴⁹ S. zur diesbzgl. Rspr. des BVerfG im Überblick: Epping, Grundrechte, 5. Aufl., Rn. 835-837.

⁵⁰ BVerfGE 39, 334 (368).



darauf, dass wohl nie eine absichtliche Diskriminierung zugegeben würde bzw. sich fast immer ein legitimes Ziel anführen ließe, würde diese Ansicht Art. 3 III GG jedoch letztlich leer laufen lassen. Seit der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum *Nachtarbeitsverbot* für Frauen ist daher jede *kausale Anknüpfung* an ein verbotenes Kriterium untersagt, auch dann, wenn andere Ziele verfolgt werden.⁵¹

Vorliegend knüpft die Ungleichbehandlung des *Schlag* ausdrücklich an sein Geschlecht an. Wäre er eine Frau gewesen, hätte er sich nicht die Haare schneiden müssen. Sein Geschlecht war daher kausal und er ist *wegen* diesem benachteiligt worden.

2. Rechtfertigung

Zunächst sind nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts Differenzierungen, welche zur Lösung von Problemen, die ihrer Natur nach entweder *nur* bei Männern oder bei Frauen auftreten können und zwingend notwendig sind, gerechtfertigt.⁵² Hierbei ist jedoch ein strenger Maßstab anzulegen. Es darf insbesondere nicht auf gesellschaftliche Rollenbilder abgestellt werden. Langhaarfrisuren treten ersichtlich sowohl bei Männern als auch bei Frauen auf. Eine Rechtfertigung der Benachteiligung des *Schlag* aus diesem Grund scheidet daher aus.

Hierbei handelt es sich um einen besonderen, richterlich entwickelten Rechtfertigungsgrund, der sehr eng auszulegen ist. Zu denken ist etwa an Mutterschutz.

Sonstige Benachteiligungen nach Art. 3 III 1 GG können, wie Eingriffe in jedes vorbehaltlos gewährleistete Grundrecht, nur mit kollidierendem Verfassungsrecht gerechtfertigt werden.⁵³

Im Rahmen der besonderen Differenzierungsverbote von Art. 3 III 1 GG ist stets eine volle Verhältnismäßigkeitsprüfung durchzuführen. In der Prüfung des allgemeinen Gleichheitssatzes aus Art. 3 I GG findet, je nach Fall, eine Rechtfertigung (lediglich) durch sachliche Gründe oder durch eine volle Verhältnismäßigkeitsprüfung statt. Hierzu später mehr.

a) Funktionsfähigkeit der Bundeswehr als legitimes Ziel

Hierfür käme zunächst wiederum die Durchführung des Verteidigungsauftrags, die Funktionsfähigkeit der Bundeswehr in Betracht, Art. 87a, 87b GG.⁵⁴ Dies stellt ein legitimes Ziel dar, das jedoch im Übrigen auch in verhältnismäßiger Weise verfolgt werden müsste.

Es ist jedoch fraglich, ob die Unterscheidung geeignet ist, das Ziel zu fördern. Denn Sicherheitsbedenken bestehen unterschiedslos bei männlichen und weiblichen Soldaten mit Langhaarfrisuren.⁵⁵ Das bloße Vorurteil, Frauen wäre es eher zuzutrauen, die hygienischen Standards einzuhalten, kann ersichtlich kein Differenzierungsgrund sein.

Erwägungen bzgl. einer durch eine unterschiedliche Wahrnehmung von weiblichen und männlichen Beamten durch die Öffentlichkeit beeinträchtigten Autorität, die im Polizeidienst geltend gemacht werden könnten, verfangen hier nicht. Das Auftreten von Polizeibeamten

⁵¹ BVerfGE 85, 191 (206).

⁵² BVerfGE 85, 191 (207).

⁵³ BVerfGE, 92, 91 (109); 85, 191 (207).

⁵⁴ Vgl. BVerwG, NJW 1996, 1164.

⁵⁵ Vgl. zu entsprechenden Erwägungen für den Polizeidienst: VGH Kassel, NJW 1996, 1164.

soll als Hoheitsakt des Staates empfunden werden, die Person des Beamten hinter seiner Funktion verschwinden.⁵⁶ In diesem Kontext kann ggf. erwogen werden, dass ein potentiell als besonders individualistisch wahrgenommenes Erscheinungsbild entsprechend Widerstand gegen die Anordnungen eines solchen Beamten fördern könnte.⁵⁷ Wohlgermerkt unterliegt schon dies, jedenfalls bezogen auf nicht unübliche Modeerscheinungen, wie längere Haare und Ohrringe bei Männern, erheblichen Zweifeln.⁵⁸ Im Gegensatz zu Polizisten nehmen Soldaten gegenüber der Bevölkerung im Normalfall jedoch gar keine Amtshandlungen vor und im Ernstfall braucht man um die Autorität eines uniformierten und bewaffneten Soldaten wohl nicht besorgt zu sein. Entsprechend scheint eine etwaige unterschiedliche gesellschaftliche Akzeptanz der Haartracht des *Schlag* bei Männern und Frauen und die damit eventuell einhergehenden Folgen für die Autorität des *Schlag* vorliegend kein relevanter Gesichtspunkt, um eine Ungleichbehandlung zu rechtfertigen.⁵⁹

b) Frauenförderung als legitimes Ziel

Die Unterscheidung könnte jedoch auch das nach Art. 3 II GG legitime Ziel verfolgen, die in der Bundeswehr nach wie vor unterrepräsentierten Frauen, zu fördern.⁶⁰ Die Möglichkeit, in der Bundeswehr Langhaarfrisuren tragen zu können, könnte für Frauen einen möglichen Hinderungsgrund für eine Bewerbung bei der Bundeswehr beseitigen und wäre insofern geeignet, das Ziel der Frauenförderung in der Bundeswehr zu erreichen.

Problematisch erscheint jedoch, ob dieses Mittel der Frauenförderung auch erforderlich ist. Als milderer Mittel käme in Betracht, Männern ebenso das Tragen längerer Haare zu gestatten. Das Ziel der Frauenförderung würde hiermit ebenso gut erreicht. Dass etwaige Sicherheits- und Hygienrisiken dann sowohl bei Männern als auch Frauen bestehen würden und daher das ebenfalls verfolgte Ziel der Funktionsfähigkeit der Bundeswehr nicht gleich gut erreicht würde, könnte jedoch ein Grund sein, eine gleiche Eignung abzulehnen. Ebenso würde das identitätsstiftende Merkmal eines einheitlichen, traditionellen Soldatenbildes nicht gleich gut gefördert. Mit Blick hierauf könnte eine gleiche Eignung dieser Maßnahme verneint werden.

Die Unterscheidung müsste schließlich auch verhältnismäßig i.e.S. sein. Die Schwere der Grundrechtsbeeinträchtigung durch die Ungleichbehandlung dürfte nicht außer Verhältnis zur Bedeutung der genannten legitimen Ziele stehen. Jedenfalls wenn Sicherheits- und Hygienrisiken für nicht schwerwiegend genug gehalten werden, auch Frauen vor ihnen zu schützen, können diese nicht sehr bedeutsam sein. Andernfalls würde das gewählte Mittel der Frauenförderung eine ernstliche Gefährdung weiblicher Soldaten bedeuten und daher wohl sogar ungeeignet sein, sein Ziel zu erreichen. Zum Bestehen eines traditionellen Soldatenbildes könnte angeführt werden, dass bzgl. Frauen kein solches gefestigtes Bild besteht, da diese erst seit 2001 in Deutschland in allen Bereichen der Bundeswehr Dienst leisten können. Allerdings erscheint es fraglich, ob die Sicherung eines traditionellen Soldatenbildes eine Ungleichbehandlung, die durch ein spezielles Gleichheitsrecht grundsätzlich untersagt, also von verfassungswegen mit besonderem Gewicht ausgestattet ist, aufwiegen kann. Wenn man insbesondere berücksichtigt, dass sich die Aufgabenstellung

⁵⁶ BVerwGE 84, 287 (290).

⁵⁷ Ebd.

⁵⁸ Vgl. BVerwGE 76, 66 (68ff.); VGH Kassel, NJW 1996, 1164.

⁵⁹ Für das Tragen von Ohrringen durch männliche Zollbeamte s.: BVerwGE 84, 287 (292).

⁶⁰ BVerwG, Urteil vom 17. Dezember 2013, 1 WRB 2.12, verfügbar unter: <http://www.bverwg.de/entscheidungen/entscheidung.php?ent=171213B1WRB2.12.0>.



von Soldaten in modernen Armeen gewandelt hat⁶¹ und kein streng gleichförmiges Verhalten mehr erforderlich ist (s. auch schon oben), scheint dies nicht der Fall zu sein. Schließlich ist auch darauf hinzuweisen, dass anders als im Sachverhalt angeführt, das Tragen einer Kurzhaarfrisur für Frauen und Männer keine unterschiedliche Eingriffsintensität aufweist: Übliche Kurzhaarfrisuren sind auch bei Frauen gesellschaftlich völlig akzeptiert.

Die Unterscheidung zwischen Männern und Frauen bzgl. der Haarlänge durch den Befehl des Ausbilders Schmidt ist mithin unverhältnismäßig. Art. 3 III 1 Var. 1 GG ist entsprechend verletzt.

*A.A. mit Blick auf eine dahingehende Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts nicht falsch.*⁶²

C. Gesamtergebnis

Die Verfassungsbeschwerde des *Schlag* ist zulässig und auch teilweise begründet. Das Bundesverfassungsgericht wird gem. § 95 I BVerfGG feststellen, dass die Befehle, Käfer und Würmer zu essen und sich die Haare zu schneiden, *Schlag* respektive in seiner Menschenwürde aus Art. 1 I GG, seinem Recht auf körperliche Unversehrtheit aus Art. 2 II, seiner Berufsfreiheit aus Art. 12 und dem Gleichheitssatz aus Art. 3 III GG verletzt. Gem. § 95 II BVerfGG wird es die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts aufheben und die Sache zurückverweisen.

⁶¹ BVerwGE 76, 66 (68f.).

⁶² BVerwG, Urteil vom 17. Dezember 2013, 1 WRB 2.12, Rz. 66ff., verfügbar unter: <http://www.bverwg.de/entscheidungen/entscheidung.php?ent=171213B1WRB2.12.0>.