

Kommentare und Dokumentation

Staatstreue.

Die aktuelle Spruchpraxis zu den Berufsverboten

Als die sozialliberalen Regierungen in Bund und Ländern sich 1978/79 anheischig machten, die Überprüfungs- und Berufsverbotepraxis zu »liberalisieren«, haben wir nicht nur die zu diesem Zweck gefaßten Beschlüsse, sondern auch die Rechtsprechung der Arbeitsgerichte dokumentiert.¹ Sie erschien uns geeignet, die ausufernde Treuepflicht rechtsstaatlich einzudämmen und so der propagierten Rückkehr zur Liberalität argumentativen Flankenschutz zu bieten. In der Arbeitsweise, im Verfassungs- und Selbstverständnis der Staatsbürokratie hat eine dramatische und durchgreifende Wende, die als Liberalisierung zu kennzeichnen wäre, bisher jedoch nicht stattgefunden. Diese ernüchternde Bilanz widerspricht dem staatsoffiziell wie auch von den Medien verbreiteten Bild, die Berufsverbote seien passé oder jedenfalls eine quantité négligeable. An der Wirkungsgeschichte der »Liberalisierungs«-Beschlüsse² und, wie im folgenden zu zeigen, am Umfang und an der Art und Weise, wie die Justiz über die Nichteinstellung oder Entlassung mutmaßlicher »Verfassungsfeinde« entscheidet, läßt sich belegen, daß dieses unrühmliche Kapitel zur Geschichte der politischen Freiheit in der Bundesrepublik auch in sozialliberal regierten Ländern fortgeschrieben wird.

I. Der Marsch der Exekutive durch die gerichtlichen Institutionen

Seit 1978/79 liegen rund hundert Entscheidungen von Arbeitsgerichten vor, in denen die ablehnenden Bescheide der jeweiligen Einstellungsbehörden aufgehoben und – zumindest erstinstanzlich – ein Einstellungsanspruch anerkannt wurden. Während des gleichen Zeitraumes haben in einer nicht geringeren Zahl von Fällen die Verwaltungsgerichte die Auffassung der Behörden bei Nichteinstellung oder Entlassung sog. »Radikaler« überwiegend bestätigt.³ Dabei verlagerten sich innerhalb der Justiz die Gewichte von den Verwaltungsgerichten auf die Arbeitsgerichte, innerhalb der Verwaltungsgerichtsbarkeit auf die Disziplinarkammern bzw. -gerichte. Das ist

¹ Vgl. Th. Blanke / G. Frankenberg, Zur Kritik und Praxis des »Radikalenerlasses«, in: KJ 1/1979, S. 45 ff., 60 ff.

² Vgl. dazu die umfangreiche Dokumentation, die von der Arbeitsgruppe Berufsverbote/Verfassungsschutz des Komitees für Grundrechte und Demokratie vorgelegt worden ist (»Die »Liberalisierung« hat nicht stattgefunden«, Berlin, Mai 1980), und die auch wesentliche Teile dieser Rechtsprechungsanalyse enthält (c/o Komitee für Grundrechte und Demokratie, An der Gasse 1, 6121 Sensbachtal). Diese Analyse der Staatsschutzpraxis legt es nahe, weiterhin von *Berufsverboten* zu sprechen, wenngleich der Nieders. Wissenschaftsminister Pestel in einem Erlaß der Universität Oldenburg untersagt hat, im Zusammenhang mit den Auswirkungen des »Radikalenerlasses« diesen Begriff in Veröffentlichungen der Hochschule zu verwenden, weil er eine Fehlinformation darstelle. (Weserkurier v. 20. 5. 1980)

³ Vgl. die Rechtsprechungsübersicht in DuR 4/79, 416 ff. und zur Spruchpraxis der Arbeitsgerichte bis 1978/79 Th. Blanke / G. Frankenberg, a. a. O., 60 ff.

in erster Linie darauf zurückzuführen, daß eine Reihe der von den Verwaltungsgerichten in erster und zweiter Instanz abgewiesenen Bewerber, aber auch Neubewerber dazu übergegangen sind, statt oder neben der Verbeamtung ihren Anspruch auf Übernahme in ein Angestelltenverhältnis einzuklagen. Diese Entwicklung wird dadurch begünstigt, daß insbesondere Lehrern entweder nur ein befristeter Vertrag auf Angestelltenbasis angeboten oder ein Wahlrecht zwischen Beamten- und Angestelltenverhältnis eingeräumt wird.⁴ Die verstärkte Aktivität der Disziplinargenichte läßt sich damit erklären, daß nach der ersten Phase, in der es dem Verbund der Staatsschutzbehörden vorwiegend darum ging, den gefürchteten »langen Marsch durch die Institutionen« »radikaler« – oder wie es später hieß: »extremistischer« – Kräfte bereits an der Pforte zum öffentlichen Dienst aufzuhalten, nun seit der Mitte der 70er Jahre der Staatsdienst selbst auf mögliche »Verfassungsfeinde« durchgekämmt wird.

Nach wie vor ergeben sich erhebliche zeitliche Verzögerungen bei Einstellungen, weil die zuständigen Behörden in SPD/FDP-regierten Ländern – ungeachtet der »Liberalisierungs«beschlüsse und einer für den Bewerber günstigen obergerichtlichen Rechtsprechung⁵ – alle Rechtsmittel ausschöpfen. Sie greifen auch zur Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision oder weigern sich – wie in Bayern und Nordrhein-Westfalen geschehen –, eine gerichtlich angeordnete Einstellung zu vollziehen. So lehnte die Regierung von Schwaben den Antrag auf Abschluß eines Arbeitsvertrages mit der Studienreferendarin Christina Lichtwarck-Aschoff mit der Begründung ab:

»Es ist zwar einzuräumen, daß zuletzt der Bayer. Verwaltungsgerichtshof (BayVGH) unsere Rechtsauffassung nicht bestätigt und den vorerwähnten (Ablehnungs-)Bescheid aufgehoben hat: gleichwohl vermögen wir uns nach eingehender Prüfung dieses Urteils der dort vertretenen Auffassung nicht anzuschließen und haben deshalb dieses Urteil mit dem zur Verfügung stehenden Rechtsmittel angefochten. Wir sind nämlich der Auffassung, daß dieses Urteil in mehrfacher Hinsicht fehlerhaft ist. Zum einen hat das Gericht schon den Sachverhalt nicht ausreichend aufgeklärt . . .

Des weiteren wurde der einer Behörde nach dem Beschluß des Bundesverfassungsgerichts zustehende Beurteilungsspielraum völlig außer acht gelassen, . . . und insbesondere das ebenfalls vom Bundesverfassungsgericht aufgestellt Distanzierungsgebot von verfassungsfeindlichen Bestrebungen jedweder Art mißachtet . . .«⁶

Als das Arbeitsgericht Augsburg in der gleichen Sache die Entscheidung des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs bestätigte und die Regierung von Schwaben verpflichtete, die Bewerberin im Angestelltenverhältnis zu beschäftigen, kündigte der Prozeßvertreter an, daß das Urteil nicht akzeptiert werden könne, wenn die Begründung ähnlich laute wie in dem (ähnlich gelagerten) Fall der Lehramtskandidatin Maria Leiterer.⁷

⁴ Die Arbeitsgerichte haben die doppelgleisige Prozeßstrategie durchweg als zulässig anerkannt und verneint, daß es sich um Fälle doppelter Rechtshängigkeit handele, weil es den Bewerbern nicht zuzumuten sei, die letztinstanzliche Entscheidung über ihre Verbeamtung abzuwarten; vgl. etwa LAG Düsseldorf v. 24. 8. 1979 – 4 Sa 886/79 und zuletzt BAG v. 5. 3. 1980 – 5 AZR 604/78, S. 6 f.

⁵ Insbesondere die Rechtsprechung des BayVGH zur SHB-Mitgliedschaft (vgl. BayVHG v. 6. 8. 79 – 3 C – 322/79; und drei Entscheidungen vom 13. 6. 1980, mit denen die Berufung des Freistaates Bayern zurückgewiesen wurde, Südd. Zeitg. v. 14./15. 6. 1980) und die arbeitsgerichtlichen Entscheidungen etwa zur Mitgliedschaft in der DKP, Nachw. bei Blanke/Frankenberg, a. a. O. (Anm. 1).

⁶ Bescheid 110–1409.51 der Regierung v. Schwaben vom 8. 9. 1978. Die Regierung hatte sich zuvor bereits geweigert, M. Scherer-Leiterer trotz gerichtlicher Anordnung einzustellen (Schreiben v. 17. 1. 79 – Az. 110 – 1409.51).

⁷ Zit. nach Südd. Zeitg. v. 1. 6. 1979; vgl. auch den Bericht über die Debatte im Bayer. Landtag, in der Kultusminister Maier meinte, die Regierung von Schwaben habe »in durchaus maßvoller Weise Kritik geübt«. (Südd. Zeitg. v. 6. 9. 1979, S. 22).

Diese Praxis exzessiver Rechtswegerschöpfung und der offene Boykott mißliebiger gerichtlicher Entscheidungen signalisieren ein Selbstbewußtsein und Selbstverständnis der staatlichen Verwaltung, die ebenso wie die politische Treuepflicht auf vordemokratisch-obrigkeitsstaatliche Traditionen verweisen. Der damit verbundene Autoritätsverlust der Justiz ist dieser so weit selbst zuzurechnen, als sie – staatsgeneigt – an der Treue-Mystik mitgewoben und damit auch die Praktiken der Einstellungsbehörden wie der amts helfenden »Nebenregierung« der Verfassungsschutzämter unterstützt hat.

II. Grundrechtserosion und Selbstentmachtung des BVerfG

Die »Radikalen«entscheidungen sowohl der Verwaltungs- als auch der Arbeitsgerichte zeigen in den letzten Jahren deutliche Spuren einer von der Exekutive in Gang gesetzten und vom BVerfG jedenfalls nicht gehemmten Grundrechtserosion:

1. Die Kategorie der »Verfassungsfeindlichkeit« hat sich – unter Umgehung des Grundgesetzes – vom politischen Kampfbegriff zum Rechtsbegriff verfestigt. Die Verfassungsschutzbehörden haben diesen Begriff geliefert; seine Verwertung in den Urteilsgründen führt nicht nur zur sprachlichen Aufweichung der Verfassung (die diesen Begriff nicht kennt), sondern dazu, daß das Grundgesetz nun aus der Perspektive des Staats- und nicht etwa des Freiheitsschutzes ausgelegt wird. Die Exekutive hat für sich das Recht okkupiert zu bestimmen, wer ein Verfassungsfreund ist oder nicht, welcher Freiheitsgebrauch toleriert wird und welcher nicht. Das BVerfG hat seine Entmachtung selbst betrieben, indem es erklärte, daß auch ohne seine Entscheidung (über die Verwirkung von Grundrechten bzw.) über die Verfassungswidrigkeit einer Partei

»die Überzeugung gewonnen und vertreten werden darf, diese Partei verfolge verfassungsfeindliche Ziele und sei deshalb politisch zu bekämpfen . . . Deshalb ist es verfassungsrechtlich unbedenklich und von der politischen Verantwortung der Regierung gefordert, daß sie ihren jährlichen Bericht über die Entwicklung verfassungsfeindlicher Kräfte, Gruppen und Parteien dem Parlament und der Öffentlichkeit vorlegt. Soweit daraus für eine Partei *faktische* Nachteile (bei der Gewinnung von Mitgliedern und Anhängern) entstehen, ist sie dagegen nicht durch Art. 21 GG geschützt.«⁸

Im Geiste dieser Ermächtigung haben Einstellungsbehörden und Gerichte z. B. der NPD⁹ demokratische Unbedenklichkeit bescheinigt, dagegen weitgehende Einigkeit darüber erzielt, daß die DKP und die ihr nahestehenden Organisationen (SDAJ, SEW, MSB-Spartakus) sowie KPD, KBW, KB und deren Bündnisorganisationen, wie etwa die Liga gegen den Imperialismus, »verfassungsfeindlich« seien.¹⁰ Dieser Rechtsprechung leistete eine Einschätzung des Bundesarbeitsgerichts Vorschub, die sich auf die »von Kreisen außerhalb der DKP ernsthaft nicht bestrittene Auffassung« berief, »daß die DKP letztlich verfassungsfeindliche Ziele verfolgt«.¹¹ Das LAG

⁸ BVerfGE 39, 334 ff., 360.

⁹ DiszHof beim VGH Baden-Württemberg, der in seinem Urteil v. 8. 5. 79 – DH 18/77 – ausdrücklich Bezug nimmt auf die Entscheidung des VGH Baden-Württ. v. 14. 2. 78 – IV 539/77, die der NPD Verfassungskonformität bescheinigte.

¹⁰ LAG Baden-Württ. v. 24. 8. 79 – 5 Sa 25/79 zur »Verfassungsfeindlichkeit« der DKP; vgl. BAG, NJW 76, 1708 u. OVG Bremen, DVBl. 78, 969 (KBW); vgl. auch BGH v. 26. 9. 79 – III ZR 112/78, in: NJW 79, 2041 ff. (KSB); BAG NJW 78, 69 (»Liga gegen den Imperialismus«); OVG NW, Beschl. v. 23. 5. 79 – VI A 1580/77 (DKP).

¹¹ BAG NJW 76, 1709; vgl. auch H. Krüger, Verzicht auf Gewähr der Verfassungstreue?, in: ZRP 78, 273 ff.,

Düsseldorf hielt allerdings diese Feststellung des BAG »seit der Veränderung des äußeren Erscheinungsbildes« der DKP auf dem Mannheimer Parteitag von 1978 für »überholt«:

279

»Gleichwohl ist es jetzt nicht mehr so leicht, die Verfassungsfeindlichkeit der DKP pauschalierend festzustellen. Hinzu kommt in diesem Zusammenhang, daß die DKP eine in der Bundesrepublik Deutschland zugelassene Partei ist, ungehindert in der Öffentlichkeit auftritt und sich an Wahlen beteiligt. Im Gegensatz zur KPD ist sie nicht durch das Bundesverfassungsgericht verboten. Gerade dieser Umstand gestaltet die gerichtlichen Entscheidungen, bei denen die Verfassungstreue von Bewerbern für den öffentlichen Dienst zu beurteilen ist, so außerordentlich schwierig:

Auf der einen Seite wird Bewerbern ihre Mitgliedschaft in der DKP zur Last gelegt und dabei generell unterstellt, daß sie sich mit deren verfassungsfeindlichen Zielen identifizieren und durch ihre Mitgliedschaft für diese aktiv eintreten; auf der anderen Seite ist diese Partei – wie alle anderen Parteien der Bundesrepublik – zugelassen und hat sich dieser sogar – jedenfalls in ihrem öffentlichen Erscheinungsbild und ihrem Auftreten – angepaßt.«¹²

Der bemerkenswerte Mut, mit dem das LAG Düsseldorf hier gegen den Treue-Strom argumentiert, dürfte vom BAG kaum honoriert werden. Seine jüngsten Urteile lassen erkennen, daß es nicht nur nicht bereit ist, von seiner Einschätzung der DKP abzurücken, sondern dazu übergeht, wahllos das Etikett »verfassungsfeindlich« oder »verfassungswidrig« zu verteilen.¹³

2. In der neueren Rechtsprechung wird die Kompetenz der Exekutivorgane, »Verfassungsfeindlichkeitserklärungen« abzugeben, damit gerechtfertigt, daß das Monopol des BVerfG, die Verwirkung von Grundrechten auszusprechen (Art. 18 GG) oder eine Partei für verfassungswidrig zu erklären (Art. 21 II GG), nicht berührt sei.

Hinsichtlich der »Verfassungsfeindlichkeit« von Organisationen und Parteien habe das BVerfG »kein generelles *Auslegungsmonopol*«, sondern nur ein »*Feststellungsmonopol*«:

»Das . . . Verbotverfahren (hier: gem. Art. 9 II GG – G. F.) ist jedoch nicht einmal bei politischen Parteien (Art. 21 II GG) Voraussetzung für die *Annahme* der *Verfassungswidrigkeit* ihrer Ziele.«¹⁴

Dieses Monopol hat dann aber de facto nicht mehr – wie von Art. 21 II GG intendiert – konstitutive, sondern nur noch deklaratorische Bedeutung. Es schrumpft zu einer Restkompetenz des BVerfG, da die *materielle* Bestimmung der Verfassungswidrigkeit einer Partei bzw. eines individuellen Verhaltens bereits in der Entscheidung der Behörden oder Gerichte vorweggenommen ist.¹⁵

dessen Bemerkung, »die Verfassungsfeindlichkeit der DKP (lasse) sich bei Orientierung an der Rechtsprechung des BVerfG von jedem Volksschüler aufzeigen« (S. 275), sich bei den Verwaltungsgerichten besonderer Beliebtheit zu erfreuen scheint. Vielleicht weil sie die Justiz von Begründungszwängen entlastet, indem eine fadenscheinige Evidenz behauptet wird.

12 LAG Düsseldorf v. 24. 8. 79 – 4 Sa 886/79. An diese Argumentation knüpfte zuletzt das AG Braunschweig an und verpflichtete das Land Niedersachsen, einen wegen seiner DKP-Mitgliedschaft zuvor abgelehnten Lehramtsbewerber einzustellen. (Südd. Zeitg. v. 22. 5. 1980, S. 6)

13 Vgl. BAG v. 22. 8. 1979 – 4 AZR 984/77.

14 BAG, NJW 78, 69 ff., 72; vgl. auch BVerwGE 47, 345 f. und LAG Baden-Württemberg v. 24. 8. 1979 – 5 Sa 24/79.

15 Vgl. aber BVerfGE 30, 243 zur Unzulässigkeit »verbotsgleicher Maßnahmen« gegen Vereinigungen. Die Aushöhlung des Art. 9 II GG ist von Teilen der Verfassungslehre (vgl. etwa Th. Maunz, Deutsches Staatsrecht, 1951, S. 51) vorbereitet worden; vgl. zur Kritik J. Seifert, Vereinigungsfreiheit und hoheitliche Verurferklärungen, in: J. Perels (Hrsg.), Grundrechte als Fundament der Demokratie, Frankfurt 1979, S. 157 ff.

Abgesehen von den skizzierten Einbruchstellen extrakonstitutioneller Argumentationsfiguren, die sich in der Spruchpraxis *aller* Gerichte finden, die über die politische Qualifikation eines Bewerbers für den öffentlichen Dienst zu entscheiden haben, ergeben sich einige deutliche Unterschiede in der Argumentation der Verwaltungs- und Arbeitsgerichte. Diese beruhen primär auf der Annahme bzw. Ablehnung einer besonderen Beziehung zwischen den Angehörigen des öffentlichen Dienstes einerseits und dem staatlichen Dienstherrn andererseits. Solche Unterschiede hinsichtlich der Auslegung der staatsbürgerlichen Rechte, politischen Diskriminierungsverbote und des sog. Parteienprivilegs sind, wie zu zeigen sein wird, nicht dadurch hinreichend erklärt, daß Verwaltungs- und Arbeitsgerichte sich mit unterschiedlichen Rechtsmaterien, nämlich Beamtenrecht und BAT, befassen und über je verschiedene Streitgegenstände entscheiden müssen. Die Divergenzen verweisen vielmehr auf eine unterschiedlich intensive Identifikation der Gerichte mit den funktionalen Imperativen der Staatstätigkeit und den Integrationszwängen des Staatsapparates.

1. Vermutung für oder gegen die Verfassungstreue und Distanzierungspflicht

Von der »Verfassungsfeindlichkeit« einer politischen Organisation schließen Verwaltungsgerichte ganz überwiegend und umstandslos¹⁶, Arbeitsgerichte dagegen selten¹⁷ auf die mangelnde Verfassungstreue ihrer Mitglieder.

»Wer sich . . . mit einer verfassungsfeindlichen Partei verbunden fühlt bzw. persönlich weitgehend identifiziert, läßt dadurch die Verbundenheit mit verfassungsfeindlichen Zielen erkennen, so daß er nicht die Gewähr dafür bietet, gerade in Krisenzeiten für die freiheitliche demokratische Grundordnung zu wirken, auch wenn er bei seiner bisherigen Tätigkeit nicht durch verfassungsfeindliches Verhalten aufgefallen ist.«¹⁸

Hinter solch hermetischen Begründungen, auch wenn sie nicht immer so offensichtlich zirkulär sind, verbirgt sich ein personalistisches Treueverständnis, demzufolge die Mehrzahl der Verwaltungsrichter in fast allen Fällen kollektiven politischen Engagements außerhalb der staatstragenden Parteien die Verfassungsuntreue eines Bewerbers vermutet. Da sie den Mitgliedern kommunistischer Organisationen, erstens, eine *totale* Identifikation mit deren politischer Programmatik unterstellen, aber, zweitens, implizit oder auch explizit das gleiche Maß an Identifikation und politischer Loyalität gegenüber dem Staat verlangen, halten diese Richter eine solche Mitgliedschaft mit einer Stellung im Staatsdienst für inkompatibel:

»Die Klägerin (die sich nach Bestehen der ersten Lehramtsprüfung um die Einstellung als Lehramtsanwärterin für den Volksschuldienst des Freistaates Bayern beworben hatte – G. F.) hat . . . sich in vollem Umfang zu den Zielen und Programmen der DKP bekannt. Dies steht im übrigen auch im Einklang mit den Grundsätzen der DKP selbst, die von ihren Mitgliedern ein uneingeschränktes Eintreten für ihre Ziele verlangt, *ähnlich wie dies der Staat* in der vom

¹⁶ VG Münster v. 14. 11. 79 – 4 K 730/78; OVG NW v. 1. 9. 78 – VI A 1292/76; dass. v. 12. 3. 79 – VI A 1542/76; dass. v. 23. 5. 79 – VI A 1580/77; VG Bayreuth v. 14. 3. 79 – B 106 – I/78.

¹⁷ LAG Baden-Württ. v. 24. 8. 79 – 5 Sa 25/79; BAG v. 22. 8. 79 – 4 AZR 984/77; a. A. LAG Düsseldorf, a. a. O., LAG Hamm v. 18. 4. 79 – 12 Sa 1643/78.

¹⁸ VG Münster, a. a. O. (Anm. 16), S. 15 f.

Die Mitgliedschaft in einer Partei wie der DKP und die gleichzeitige Pflichterfüllung im Staatsdienst scheinen diese Richter als Form politischer Bigamie anzusehen. Folglich kann ein Bewerber die vermutete Staatsuntreue nur dadurch widerlegen, daß er aus der Organisation austritt, sich ausdrücklich distanziert¹⁹ oder nachweist, daß es sich bei der als »verfassungsfeindlich« inkriminierten Aktivität in der Organisation um eine bereute und abgeübte »Jugendsünde« handelte. Einem Teil der Verwaltungsgerichte reicht auch der Nachweis, daß der Betroffene die Ziele der Organisation nicht sonderlich aktiv unterstützte und vor allem keine Funktionen ausübte, eben nur passives Mitglied war. Unter diesen Voraussetzungen sind sie bereit, einen Bonus für geringe politische Aktivität zu gewähren.

Hinsichtlich der Distanzierung steht ein Bewerber vor dem Dilemma, daß gerade die Gerichte, die eine Distanzierung verlangen oder denen die Parteimitgliedschaft ein »wesentliches Indiz« für die Verfassungstreue oder -untreue ist (wie etwa dem BAG), in aller Regel argwöhnen, verbale Distanzierungen seien bloße Schutzbehauptungen oder Lippenbekenntnisse.²⁰ Auch wer im Vorbereitungsdienst zu keinerlei politischen Beanstandungen Anlaß gegeben hat, findet vor dem generalisierten Mißtrauen vieler Verwaltungsgerichte keine Gnade. Sie lassen sich von einem »unauffälligen« (!) Bewerber nicht etwa zu einer Vermutung seiner Verfassungstreue hinreißen:

»Wenn aber der Beklagte das unauffällige Verhalten der Klägerin im Vorbereitungsdienst auf ihre persönlichkeitsprägende Verbundenheit mit den verfassungsfeindlichen Zielen der DKP als letztlich nicht maßgebend bewertet, so hat er sich nach dem gegebenen Sachverhalt im Rahmen des ihm zustehenden Beurteilungsspielraumes gehalten. Es bleibt nämlich immer noch fraglich, von welchen Grundsätzen sich die Klägerin in Zukunft leiten lassen wird, ob sie sich von den Zielen der DKP bestimmen läßt oder aber ihr bisher nicht zu beanstandendes Verhalten im Vorbereitungsdienst fortsetzt.«²¹

Solchen Zynismus vermeiden Arbeitsgerichte mit ihrer enger am Legalitätsprinzip orientierten Argumentation. Zwar wird ihnen die dem Prinzip der Volkssouveränität

18a VG Bayreuth, a. a. O. (Anm. 16), S. 14 (Hervorh. nicht im Orig.). Vgl. auch BVerfGE 39, 334 ff., 347 f.

19 Eine ausdrückliche bzw. »tatsächliche« Distanzierung verlangen folgende Gerichte, die in der bloßen Mitgliedschaft in einer als »verfassungsfeindlich« inkriminierten Organisation einen hinreichenden Ablehnungsgrund sehen: OVG Rheinl.-Pf. v. 13. 6. 79 – 2 A 59/78; OVG Lüneburg v. 15. 5. 79 – V OVG A 148/76; OVG NW v. 23. 5. 79 – VI A 1580/77; OVG NW v. 12. 3. 79 – VI A 1541/76. Der BayVGh ist neuerdings (Entsch. v. 6. 8. 1979 – 3 C – 322/79) von seiner früheren Position abgerückt (Entsch. im Fall Nieß-Mache v. 25. 11. 1977 – 22 III/77) und schließt nicht mehr automatisch von der (SHB oder DFG-VK) Mitgliedschaft auf die mangelnde Gewähr eines Bewerbers für den öffentlichen Dienst (vgl. Anm. 5); zum Nieß-Urteil vgl. Frankenberger, KJ 3/78, 310 ff.

20 LAG Ba-Wü. v. 24. 8. 79 – 5 Sa 25/79: »Stellt sich sonach die Mitgliedschaft in einer verfassungsfeindlichen Organisation als wesentliches Indiz für die Unmöglichkeit zur Erfüllung der einem Angestellten im öffentlichen Dienst obliegenden politischen Treuepflicht dar, ohne daß diese Mitgliedschaft für sich bereits ausreichen würde, um die Ablehnung einer Bewerbung wegen Zweifeln an der Verfassungstreue zu rechtfertigen, so genügt doch andererseits die bloß verbale Berufung des Bewerbers auf die in Art. 3 Abs. 3 GG verankerten Freiheitsrechte in Verbindung mit einem nur verbalen Bekenntnis zur Verfassungstreue nicht, um Zweifel an seiner Verfassungstreue zu beseitigen, falls sich diese Zweifel auf aussagekräftige Tatsachen stützen und demzufolge (!) berechtigt oder begründet (!) sind.«

21 VG Münster, a. a. O. Besonders infam ist die Argumentation der Regierung v. Schwaben, die zwar zugeben mußte, »daß sie (die Bewerberin – G. F.) während ihres Vorbereitungsdienstes im Hinblick auf ihre politische Treuepflicht nicht negativ aufgefallen ist«; das jedoch nicht zu ihren Gunsten bewertete, da »es nachgerade selbstverständlich (sei), daß sie sich zumindest im dienstlichen Bereich äußerster Zurückhaltung befleißigt«, nachdem ihr von der Behörde die Zweifel an ihrer Verfassungstreue mitgeteilt worden seien. (a. a. O., Anm. 16)

widersprechende Vermutung der Verfassungstreue der Bürger nicht zu einem grundsätzlichen Problem;²² doch immerhin nehmen sie die Vermutungsregel zugunsten der Bürger, die das Kernstück des Liberalisierungsprogramms sein sollte, ernst, und stellen sie von ihrem absolutistischen Kopf auf quasidemokratische Füße:

»Im freiheitlichen demokratischen Rechtsstaat ist der Bürger Subjekt und Souverän des Staates. Staatsorgane, die ihre Aufgabe letztlich vom Bürger abzuleiten haben, mißdeuten ihre verfassungsrechtlichen Befugnisse, wenn sie dem Bürger, sofern sich dieser für den öffentlichen Dienst bewirbt, grundsätzlich mit Zweifeln an der Verfassungstreue begegnen . . . Der Bürger, der sich im Rahmen der Gesetze, also legal, verhält, hat als loyaler Staatsbürger zu gelten. Von ihm ist grundsätzlich zu erwarten, daß er die Prinzipien unserer Verfassung, des Grundgesetzes, anerkennt und achtet. Vage, nicht näher artikulierbare Zweifel hieran sind nicht geeignet, die Vermutung der Verfassungstreue in eine Vermutung der Verfassungsuntreue umschlagen zu lassen. Andernfalls müßte der Bürger, will er in den öffentlichen Dienst, auf der Hut sein, durch sein – legales – Verhalten nicht bereits Beurteilungselemente gesetzt zu haben, deren einseitige Heranziehung ihm den Zugang zum öffentlichen Dienst versperrte.«²³

»Solange einem Bewerber nicht konkret nachgewiesen werden kann, daß er selbst sich verfassungsfeindliche Zielsetzungen zu eigen gemacht, sie in Wort oder Schrift vertreten oder in anderer Weise zu verwirklichen versucht hat, kann von seiner mangelnden Verfassungstreue nicht ausgegangen werden.«^{23a}

2. Anforderungen an die Verfassungstreue

Ein Großteil der Richter der Arbeits- und Landesarbeitsgerichte argumentiert differenzierter als ihre Kollegen bei den Verwaltungsgerichten, zeigt sich von der Treuemystik und Staatsmetaphysik sowohl des BAG als auch des BVerfG weniger beeindruckt. Wie der Gesetzgeber machen auch diese Richter »keinen Unterschied in den Rechtsgründen und danach, ob der Arbeitgeber eine Person des Privatrechts oder des öffentlichen Rechts ist.«²⁴ Sie gehen grundsätzlich davon aus, daß jeder Bewerber beanspruchen kann, gemäß dem politischen Diskriminierungsverbot des Art. 33 III GG und ausschließlich nach den in Art. 33 II GG genannten Voraussetzungen (Eignung, Befähigung, Leistung) von den Einstellungsbehörden beurteilt zu werden. Zusätzliche Kriterien politischer »Würdigkeit«, die durch einen »richtigen« Freiheitsgebrauch auszuweisen wäre, lehnen Arbeitsgerichte überwiegend²⁵ ab:

»Die Teilnahme an Veranstaltungen nicht verbotener Organisationen ist die Ausübung eines Freiheitsrechts, nämlich des Grundrechts auf Informationsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 GG). Wer hieraus ein negatives Beurteilungselement entnimmt, muß sich selbst nach seinem Verfassungsverständnis befragen lassen.«

»Der Bürger hat Anspruch auf einen öffentlichen Dienst, der . . . die Grundrechte der Bürger schützt und für sie eintritt. Ob sich daneben aus der Entscheidung des BVerfG (gemeint ist der »Radikalen«beschluss von 1975 – G. F.) die Forderung nach einer *besonderen Beziehung des öffentlichen Bediensteten zum Staat* als solchem ergibt, kann hier dahingestellt bleiben. Bemerkenswert ist immerhin, daß das BVerfG . . . betont, der Staat könne kein Interesse an

22 Vgl. dazu Blanke/Frankenber, a. a. O., S. 46 f. (Anm. 1).

23 AG Stuttgart v. 16. 3. 79 – 6 (7) Ca 212/78, S. 11 f.; so auch AG Freiburg v. 30. 11. 1978 – 5 Ca 279/78. Vgl. auch M. Kriele, Der rechtliche Spielraum einer Liberalisierung der Einstellungspraxis im öffentlichen Dienst, in: NJW 79, 1 ff.

23a AG Münster v. 4. 5. 1979 – 1 Ca 47/79 und v. 10. 8. 1979 – Ca 467/79.

24 LAG Hamm v. 18. 4. 79 – 12 Sa 1643/78.

25 Untypisch ist daher die Forderung des LAG Baden-Württ. (v. 24. 8. 79 – 5 Sa 24/79, S. 29): »Wer Anspruch auf Zugang zum öffentlichen Dienst haben will, kann vom Recht auf freie Meinungsäußerung nur in einer Weise Gebrauch machen, die keine Zweifel an seiner Verfassungstreue begründet.«

einer »unkritischen« Beamtenschaft haben. Nur jemand, ob »Normalbürger«, Beamter oder Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes, der bereit ist, sich mit Erscheinungsformen dieses Staates auch kritisch auseinanderzusetzen, ist in der Lage, ein nicht lediglich distanzierendes, uninteressiertes Verhältnis zu seinem Staat und dessen Verfassung aufzubringen. Dem BVerfG schwebte zweifellos nicht das Bild eines Beamten vor, welcher entweder das Grundgesetz noch nie in der Hand gehabt hatte oder welcher Vorschriften wie die Artikel 14 und 15 eher der Verfassung der DDR als dem Grundgesetz zuzuordnen bereit ist . . .«²⁶

Wenn Arbeitsgerichte die Gewähr der Verfassungstreue als Eignungsmerkmal prüfen, versuchen sie sich ein »Gesamtbild der Persönlichkeit des Bewerbers« zu machen, betrachten also nicht einzelne formale Kriterien, wie etwa die Parteimitgliedschaft, als ausschlaggebend. Dabei legen sie ein besonderes Gewicht auf das Verhalten des Bewerbers in der Ausbildungszeit und fragen, inwieweit sich seine politische Einstellung auf die *konkrete* Amtstätigkeit auswirken könnte:

»Kommt bei der Mitgliedschaft eines Bewerbers noch hinzu, daß ihm von seinen Vorgesetzten bzw. . . . von seinen Ausbildern ein verfassungskonformes Verhalten bescheinigt wird, vermindert sich die Bedeutung der Mitgliedschaft in der DKP zu einer für die Beteiligten lediglich unangenehmen Formalie.«²⁷

Zu einer Ablehnung kommen sie erst,

»wenn über die bloße Mitgliedschaft in einer Partei hinaus durch das Hinzutreten weiterer Umstände der Verdacht verfassungsfeindlicher Bestrebungen, also einer auf aktives Handeln gerichteten Einstellung, die vom Leitmotiv der Beeinträchtigung und Beseitigung der Grundwerte einer freiheitlichen Demokratie getragen wird, begründet erscheint.«²⁸

Gegenüber der verwaltungsgerichtlichen Spruchpraxis zeichnen sich die Arbeitsgerichte einmal dadurch aus, daß sie mehr auf äußeres Verhalten als auf eine vermutete Gesinnung abstellen, politische Einstellung und berufliche Tätigkeit nicht einfach kurzschließen; sie differenzieren außerdem die Anforderungen an die politische Treue eines Bewerbers je nach der von ihm angestrebten Tätigkeit. Das schließt allerdings nicht aus, daß für viele Berufe scheinbar funktional begründete, verschärfte Anforderungen an die politische Treue erdacht werden.²⁹ Ein weiteres Dilemma dieser Rechtsprechung ist, daß unabhängig von der konkreten Tätigkeit »die Mitgliedschaft in einer verfassungsfeindlichen Partei zur Verneinung der Verfassungstreue eines Bewerbers (zwar) nicht aus(reicht), auf der anderen Seite . . . jedoch wesentliches Indiz hierfür (ist) . . .«³⁰ Die Unlösbarkeit dieses durch das BAG vorgegebene Dilemmas macht keine LAG-Entscheidung revisionsfest.

3. Prüfungspflicht der Einstellungsbehörden, Mitwirkungspflicht des Bewerbers

Die »Rechtspflicht«³¹ der Einstellungsbehörden zu überprüfen, ob Bewerber die Gewähr bieten, jederzeit für die fdGO einzutreten, und die von ihnen und von der

26 AG Stuttgart, a. a. O. (Anm. 23) – (Hervorh. nicht im Orig.).

27 LAG Düsseldorf, a. a. O. (Anm. 12); vgl. auch LAG Bremen, NJW 78, 910; LAG Düsseldorf v. 24. 5. 78 – 19 Sa 30/78.

28 AG Stuttgart, a. a. O.; ähnlich: LAG Hamm, a. a. O.; LAG Bremen, a. a. O. und OVG Berlin, NJW 78, 1644 ff.

29 Vgl. dazu BVerfGE 39, 334 ff. (Beamte allgemein; Juristen in der Referendarausbildung); BVerwGE 47, 331 ff. (beamtete Lehrer in der Ausbildungszeit); BAG v. 31. 3. 1976 (Sozialpädagogen); BAG v. 5. 3. 1980 – 5 AZR 604/78 (Lehrer, Erzieher); BGH, NJW 79, 552 (Notare); LAG Hannover v. 6. 9. 1979 – Sa 112/79 (Arzt).

30 LAG Düsseldorf v. 24. 8. 79 – 4 Sa 886/79; vgl. BAG v. 22. 8. 79 – 4 AZR 984/77.

31 BGH, NJW 79, 2041 ff.

Justiz angemäÙte Kompetenz, »verfassungsfeindliches« Verhalten zu definieren, gibt nach herrschender Verwaltungsrechtsprechung den Behörden das Recht, Bewerber auf ihre Mitgliedschaft in politischen Organisationen zu befragen und bei Schweigen zusätzliche Zweifel an der Verfassungstreue zu hegen – ungeachtet der vom Grundgesetz verbürgten Gewissens- und Meinungsfreiheit (Art. 4 und 5 I GG) und der Verbote politischer Diskriminierung (Art. 33 III und 3 III GG). Die Verwaltungsgerichte postulieren dabei regelmäßig eine der Prüfungspflicht der Einstellungsbehörden korrespondierende »Mitwirkungspflicht« des Bewerbers.³²

Die Spruchpraxis der Arbeitsgerichte ist in diesem Punkt uneinheitlich. Die Mehrheit der Arbeitsgerichte hält die Frage nach der politischen Mitgliedschaft für unzulässig. Sie verneint eine Offenbarungspflicht des Bewerbers, solange die Partei nicht für verfassungswidrig erklärt worden ist, da eine solche Frage nur einem rechtswidrigen Zweck, nämlich der verfassungsrechtlich verbotenen differenzierenden Behandlung nach politischen Gesichtspunkten diene.³³ Daraus folgt, daß einem Bewerber, der sich nicht ausdrücklich von einer politischen Organisation distanziert, dies nicht als Indiz mangelnder Verfassungstreue zur Last gelegt werden kann. Zum Teil wird aber eine Auskunftspflicht bejaht, wenn der Bewerber durch sein früheres Verhalten hierzu Anlaß gegeben hat.³⁴ Andere Arbeitsgerichte nehmen eine Pflicht, politische Mitgliedschaften zu offenbaren, dann an, wenn das Verschweigen eine arglistige Täuschung darstellen würde.³⁵ Dies soll nach der Rechtsprechung des BAG bereits in den Fällen zutreffen, in denen die Mitgliedschaft für die erstrebte Tätigkeit überhaupt von Bedeutung ist, also z. B. bei Lehrern, deren Erziehungstätigkeit als »eine Aufgabe von großer staatspolitischer Bedeutung«³⁶ gilt. Im Ergebnis führt diese höchstrichterliche Konstruktion zu einer weitgehenden Annäherung an die Position der Verwaltungsgerichte. Zu welchen argumentativen Drahtseilakten diese »Regelvermutung« zwingen kann, zeigt die nachstehende Entscheidung des LAG München, das »im Lichte der besonderen bayerischen Verhältnisse« ausnahmsweise das Vorliegen einer arglistigen Täuschung beim Verschweigen einer Organisationszugehörigkeit verneinte:

»Entgegen der Auffassung des Erstgerichts bestehen allerdings keine Bedenken gegen die Zulässigkeit einer Frage, die sich auf die Mitgliedschaft im SHB bezieht. Die Antwort der Bundesregierung vom 7. 2. 1975 betreffend die Zielsetzung des SHB, in der von einer weitgehenden Annäherung der Ziele des SHB als Gesamtverband an die verfassungsfeindliche Zielsetzung des MSB-Spartakus die Rede ist, legt es bei Bewerbern um ein öffentliches Amt im Universitätsbereich nahe, hier nachzufragen, denn eine solche Annäherung der Zielsetzung des SHB an die verfassungsfeindliche Zielsetzung des MSB-Spartakus konnte ohne entsprechende Zustimmung eines größeren Kreises seiner Mitglieder nicht erfolgen. Es ist deshalb die Vermutung naheliegend, daß auch ein Teil der Mitglieder des SHB verfassungsfeindliche Ziele verfolgt.«

Und weiter zur nicht offenbarten Mitgliedschaft:

»Dieses zweifellos auf Täuschung des Zeugen . . . gerichtete Verhalten des Klägers ist jedoch im Licht der besonderen bayerischen Verhältnisse zu sehen. Unstreitig hat der Beklagte (Freistaat Bayern – G. F.) seit 1974 alle Bewerbungen ehemaliger SHB-Mitglieder um eine Anstellung im öffentlichen Dienst abgelehnt. Unstreitig hat der Beklagte auch alle dieserhalb angestrebten gerichtlichen Verfahren verloren. Es ist verständlich, daß in den beteiligten Kreisen hieraus der Schluß gezogen wird, der Beklagte mißachte die aus Art. 33 Abs. 2 GG abzuleitenden Rechte immer dann, wenn der Bewerber Mitglied im SHB war oder ist.

³² Exemplarisch: OVG Münster v. 8. 9. 79 – VI A 1292/76.

³³ AG Stuttgart v. 16. 3. 79 – 6 (7) Ca 212/78; AG Münster v. 5. 9. 78 – 1 Ca 669/78; AG Freiburg v. 30. 11. 78 – 5 Ca 279/78; LAG Bremen, NJW 78, 91.

³⁴ AG Kassel v. 11. 1. 79, in: BB 1979, 374.

³⁵ AG München v. 24. 5. 77 – 3 Ca 1477/77; BAG, BB 1970, 803.

³⁶ BAG, NJW 76, 1708 ff.; BAG v. 22. 8. 79 – 4 AZR 984/77.

Das Gericht verkennt nicht, daß ein solcher Schluß – wie naheliegend er auch sein mag – nicht zwingend ist. [...] Es liegt jedoch auf der Hand, daß ein ehemaliges SHB-Mitglied, das zu einer Erklärung über Umstände aufgefordert wird, die mit dieser Mitgliedschaft in Zusammenhang stehen, nach Möglichkeit versuchen wird, diese Tatsache zu verschweigen. Wenn der Beklagte eine Lage schafft, in der auch verfassungstreue SHB-Mitglieder – und daß es solche gibt, kann ja nicht ausgeschlossen werden – nicht mehr auf eine faire und gesetzmäßige Behandlung ihrer Bewerbungen vertrauen können, darf er sich über solche Verschleierungsversuche nicht beklagen. [...]

In diesem Zusammenhang verdient auch die unstreitige Tatsache Beachtung, daß dem Kläger sein Verhalten von der Landesleitung der SPD Bayern mit Rücksicht auf die Einstellungspraxis des Beklagten bei SHB-Mitgliedern nahegelegt wurde. Zwar ist dieses Gremium nicht kompetent für die Frage, ob ein Verhalten charakterlich einwandfrei ist oder nicht. Sein Ratschlag zeigt aber, daß nach Einschätzung informierter Kreise für ein SHB-Mitglied, das als Arbeitnehmer in den öffentlichen Dienst eintreten will, nur der Weg des Verschweigens oder der Prozeßweg gangbar erschien.³⁷

In seinem Argumentationsgang bestätigt das LAG München hier zunächst das Ausforschungsrecht der Einstellungsbehörden, indem es auf die extra-legale Stigmatisierung einer politischen Organisation als »verfassungsfeindlich« zurückgreift. Sodann schließt das Gericht auf der Basis einer Kontaktschuldannahme auf die »Verfassungsfeindlichkeit« einer weiteren Organisation (SHB) bzw. eines Teils ihrer Mitglieder. Damit hat das LAG München das politische Diskriminierungsverbot und die Meinungs- und Gedankenfreiheit so weit eingezogen, daß es für das verfassungskonforme Verhalten des Bewerbers einen Rechtfertigungsgrund konstruieren muß. Hierin zeigt sich ein weiteres Dilemma der an grundgesetzlichen Postulaten orientierten Untergerichte: um zu einem der verfassungsrechtlichen Norm entsprechenden und einigermaßen revisionsfesten Ergebnis zu gelangen, sind sie durch die höchstrichterliche Rechtsprechung genötigt, argumentative Umwege zu gehen, auf denen die Preisgabe elementarer verfassungsrechtlicher Positionen zunächst bestätigt wird.

IV. Staatstreue, politische Mäßigung und Loyalität im Disziplinarrecht

Die in der Entscheidung des LAG München aufscheinende Vorstellung legaler politischer Aktivität als – möglicherweise – unerlaubter Handlung hat im Disziplinarrecht und folglich auch in der Rechtsprechung der *Disziplinargerichte* einen festen Platz. Zwar liegen diese überwiegend auf der Linie der herrschenden verwaltungsgerichtlichen Argumentation; jedoch stellt sich ihnen die Treueproblematik insofern anders dar, als es nicht um die mangelnde Gewähr eines Bewerbers, sondern um den Verstoß gegen die dienstliche Treuepflicht eines öffentlich Bediensteten geht. Die Zweifel an der Verfassungstreue müssen sich zu einem konkret begangenen Dienstvergehen verdichtet haben. Der Inhalt der politischen Treuepflicht deckt sich »nicht völlig mit dem Inhalt der disziplinar zu ahndenden Treuepflichtverletzung des Beamten, weil zum letztgenannten Tatbestand ein *Minimum an Gewicht* und *an Evidenz der Pflichtverletzung*« gehören soll.³⁸ Dieser Tatbestand ist erfüllt, »wenn der Beamte aus seiner politischen Überzeugung Folgerungen für seine Einstellung gegenüber der verfassungsmäßigen Ordnung der Bundesrepublik Deutschland, für die Art der Erfüllung seiner Dienstpflichten, für den Umgang mit seinen Mitarbeitern oder für politische Aktivitäten im Sinne seiner politischen Überzeugung zieht.«³⁹ In Anlehnung an diese unpräzise Passage des »Radikalen«beschlusses hat sich in der

³⁷ LAG München v. 8. 10. 79 – 8 Sa 643/77, S. 21 ff.

³⁸ BVerfGE 39, 350 (Hervorh. nicht im Orig.)

³⁹ A. a. O., S. 351.

Spruchpraxis der Disziplinargerichte (a) die fragwürdige Unterscheidung zwischen passiver und aktiver Mitgliedschaft in vermeintlich »verfassungsfeindlichen« Organisationen herausgebildet. Sofern das geforderte Minimum an Gewicht und Evidenz der Treuepflichtverletzung nicht gegeben ist, setzen einige Gerichte die Disziplinierung der Beamtenschaft (b) über die extensive Auslegung der Pflicht zu politischer Mäßigung oder zur Loyalität gegenüber Vorgesetzten durch.

(a) Von dieser Aufspaltung des staatsbürgerlichen Status in legale politische Passivität und eigentlich legale, aber disziplinarrechtlich unerlaubte politische Aktivität ließ sich das OVG Berlin in zwei Judikaten leiten, nach denen ein Beamter, der etwa für die SEW oder für den KBW kandidiert, sich »durch diese Kandidatur in besonderem Maße für eine verfassungsfeindliche Partei eingesetzt (habe)« und deshalb zu entlassen sei.⁴⁰ Der gleichen Logik entspringt eine Begründung des OVG Bremen, das eine Fernmeldesekretärin auf Grund »ihrer deutlich passive(n) Einstellung zum KBW« im öffentlichen Dienst beließ, obwohl die Angeschuldigte sich immerhin geweigert hatte, »sich aktiv zu distanzieren«.⁴¹

Eine solche aktive Distanzierung des Bremer Hochschullehrers Jens Scheer von seinen früheren politischen Aktivitäten in der KPD, deretwegen die Disziplinarkammer beim VG Bremen seine Entfernung aus dem Dienst ausgesprochen hatte, führte dazu, daß der Disziplinarhof beim OVG Bremen in seiner Berufungsentscheidung diese Maßnahme aufhob und stattdessen eine Gehaltskürzung aussprach:

»Der Beamte hat durch sein aktives, kämpferisches und an hervorragender Stelle (Bundestagskandidat) geleistetes Eintreten für die Ziele der KPD die Dienstpflicht verletzt, sich durch sein gesamtes Verhalten zu der freiheitlichen demokratischen Grundordnung zu bekennen. [. . .] Die vom Beamten nachdrücklich und kämpferisch unterstützten Zielsetzungen der KPD sind mit der freiheitlichen demokratischen Grundordnung im Sinne des Grundgesetzes unvereinbar. Dem Beamten war die Unvereinbarkeit und damit die Verletzung seiner Dienstpflichten bewußt. [. . .]

Die aggressive Aufkündigung der Loyalität zur verfassungsmäßigen Grundordnung läßt, wenn sie *fortdauert*, keine andere Disziplinarmaßnahme zu als die Entfernung aus dem Dienst. Sie wiegt auch noch schwer, wenn ein Beamter seine Gegnerschaft zur Verfassung wieder aufgegeben hat.

Der Disziplinarhof muß nach dem Ergebnis der Hauptverhandlung davon ausgehen, Daß der Beamte nicht mehr in seiner früheren kämpferischen Gegnerposition zur Verfassungsordnung beharrt. Er hat dies im einzelnen dargelegt. Er hat seine früher eingenommenen Positionen nicht einfach verlassen, sondern aufgrund einer streckenweise schonungslos anmutenden Analyse als falsch bezeichnet. [. . .] Der Disziplinarhof hat deshalb davon auszugehen, daß sich der Beamte, so wie er es vorträgt, mit seinen Auffassungen nicht mehr zu den Kerngrundsätzen der Verfassung, auf die er beamtenrechtlich verpflichtet ist, im Widerspruch befindet. Der Disziplinarhof sieht deshalb davon ab, den Beamten heute noch aus dem Dienst zu entfernen. Er hält es für angebracht, dem Beamten nach dessen Rückbesinnung auf seine verfassungsrechtlichen Pflichten die Chance zu geben, das unerläßliche dienstliche Vertrauensverhältnis wiederherzustellen und zu festigen.«^{41a}

Auch das Bundesdisziplinargericht Frankfurt hat sich zuletzt an dieser in einer demokratischen Republik widersinnigen Unterscheidung orientiert:

»Eine bloß inaktive Mitgliedschaft in der DKP überschreitet noch nicht die Grenze zur disziplinarrechtlich relevanten Pflichtverletzung.

⁴⁰ OVG Berlin v. 12. 9. 78 – OVG D 2.77, in: ZBR 78, 397 (SEW); OVG Berlin v. 26. 9. 78 – OVG D 9.77 (KBW).

⁴¹ OVG Bremen v. 12. 12. 78 – I BA 21/77.

^{41a} DiszH. beim OVG Bremen v. 22. 4. 1980 – OVG DH-BA 5/79, S. 12, 13, 14, 15. Vgl. auch die erstinstanzlichen Entscheidungen der Disz. Kammer beim VG Bremen – VG DK 12/78 und das Urteil vom 7. 6. 1979. Im Unterschied zur Dienstbehörde erkannten sowohl die Disziplinarkammer als auch der Disziplinarhof auf ein Dienstvergehen nur wegen Verletzung der politischen Treuepflicht (§ 53 I BremBG) und nicht auch der Pflicht zur Mäßigung (§ 54 I BremBG).

Dagegen wird diese Grenze überschritten, wenn ein Beamter für die DKP politisch aktiv tätig ist, indem er Parteizeitschriften herausgibt, Parteiämter übernimmt oder für die DKP kandidiert.«⁴²

Zwar entlastete das Disziplinargericht in diesem Fall den Postbeamten vom Vorwurf des Dienstvergehens; doch nur deshalb, weil es ihm die unvorhersehbare Preisgabe des sog. Parteienprivilegs im »Radikalen«-beschuß des BVerfG als Entschuldigungsgrund zubilligte:

»Bis zur Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 22. Mai 1975 (Radikalenbeschuß) war der Irrtum eines Beamten über die Bedeutung des Parteienprivilegs unvermeidbar. Er konnte davon ausgehen, daß ihm die Ziele einer nicht verbotenen Partei nicht zugerechnet werden durften. Für die Zeit danach liegt ein vermeidbarer Verbotsirrtum vor.«

Dem Disziplinargericht ist zugute zu halten, daß es dem Betroffenen nicht die von der Exekutive und der Justiz zu vertretende Rechtsunsicherheit anlastete und daß es nicht wie zuletzt das Bundesdisziplinargericht Dortmund^{42a} bereits mit dem Eintritt in die DKP das »Minimum an Gewicht und Evidenz« erfüllt sah. Dennoch hat es der politischen Freiheit keine Gasse ins Disziplinarrecht gebahnt. Im Gegenteil: Erstens war allgemein und wohl auch dem Gericht bekannt, daß der hier noch einmal entlastete Beamte beabsichtigte, seine staatsbürgerlichen Rechte bestimmungsgemäß zu gebrauchen, nämlich bei lokalen Wahlen zu kandidieren. Zweitens wäre mit diesem Dictum über Parteien, die sich zwar legal, aber als »verfassungsfeindlich« stigmatisierte am politischen Prozeß beteiligen, spätestens seit 1975 der verfassungsrechtliche Ausnahmezustand verhängt worden. Auf ihre Legalität dürfte sich nicht berufen, wer im öffentlichen Dienst bleiben will.

(b) Das Recht des öffentlichen Dienstes enthält außer der Pflicht zur Verfassungs- oder genauer: Staatstreue weitere Instrumente zur Disziplinierung und Entpolitisierung der Beamten, die genetisch und funktional der Treuepflicht verwandt sind: Die Pflicht zur *Loyalität gegenüber dem Vorgesetzten* und die Pflicht zu *politischer Mäßigung* oder *Zurückhaltung*⁴³ können, wenn sie nicht im strikten Sinne auf die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung bezogen werden, die Treuepflicht gleichsam nach unten verlängern und für den laufenden Dienstbetrieb operationalisieren. Die Entscheidungen der Disziplinarbehörden oder -gerichte erweisen sich dabei, wie die folgenden Beispiele zeigen, mitunter als ein Satyrspiel auf das obiter dictum des BVerfG, daß Staat und Gesellschaft an einer unkritischen Beamtenschaft kein Interesse haben können,⁴⁴ und lassen die Meinungsfreiheit, der »im freiheitlich-demokratischen Rechtsstaat eine hervorragende Bedeutung zukommen soll«,⁴⁵ für den öffentlichen Dienst weitgehend leer laufen.

So wurde ein Richter, der Auszüge aus der Dissertation des ehemaligen niedersächsischen Justizministers Puvogel⁴⁶ unkommentiert zur Diskussion gestellt hatte, vom

42 Urteil v. 28. 3. 80 – III VL 4/79. Aus dem gleichen Grund wurde die Sachbearbeiterin E. Wiese-Liebert von der Bundesversicherungsanstalt für Angestellte fristlos aus dem Beamtenverhältnis auf Probe entlassen (vgl. Bericht der Augsburger Allg. v. 3. 6. 1980, S. 22).

42a Lt. Berichten der Südd. Zeitg. und der FR vom 6. 6. 1980 entschied die IX. Kammer des Bundesdisziplinargerichts Dortmund, daß der Zugbegleiter H. J. Langmann wegen Verletzung seiner politischen Treuepflicht zu entlassen sei. Mit dem Eintritt in die DKP sei die Treuepflicht verletzt. Nach Auffassung des Gerichts runde sich das Bild des Beamten dadurch ab, daß er aus politischen Gründen in die DDR gereist sei, obwohl Reisen in die DDR »nicht erwünscht« seien. Außerdem hätte der Beamte, statt für die DKP zu kandidieren, eine Bürgerinitiative gründen sollen. (FR vom 6. 6. 80)

43 Vgl. etwa § 53 BBG: »Der Beamte hat bei politischer Betätigung diejenige Mäßigung und Zurückhaltung zu wahren, die sich aus seiner Stellung gegenüber der Gesamtheit und aus der Rücksicht auf die Pflichten seines Amtes ergeben.«

44 BVerfGE 39, 334 ff., 348.

45 Lüth-Urteil des BVerfG (E 7, 198 ff., 208 ff).

46 Hans Puvogel, Die leitenden Grundgedanken bei der Entmannung gefährlicher Sittlichkeitsverbrecher,

Präsidenten des OLG Braunschweig, Wassermann, gemäßregelt⁴⁷, weil er »seine Pflicht zu achtungswürdigem Verhalten gegenüber einem Dienstvorgesetzten verletzt« habe. Die Begründung läßt ein merkwürdiges Verständnis des »politisch bewußte(n), freie(n) Jurist(en)«⁴⁸ erkennen:

»Der Richter ist wie jeder andere Träger eines öffentlichen Amtes verpflichtet, seinem Vorgesetzten Achtung entgegenzubringen. Ohne Achtung der Autorität des Vorgesetzten ist eine geordnete Behördentätigkeit nicht möglich. Die der Wahrung der Amtsautorität dienende Achtungspflicht verliert ihre Geltung nicht schon dann, wenn dem Vorgesetzten kritikwürdiges Verhalten zur Last gelegt wird. Es steht dem Richter ebenso wenig wie dem Beamten zu, seinem Vorgesetzten Verfehlungen vorzuwerfen (vgl. Breithaupt-Zoch, Kommentar zur Niedersächsischen Disziplinarordnung 1963, Einf. Rdz. 76, S. 114) oder dessen Ansehen durch Verbreitung von Tatsachen im Bereich der Behörde zu untergraben, selbst wenn die Tatsachen zutreffend sind (Lindgen, Handbuch des Disziplinarrechts, 1966, I, S. 700). Bei der Verbreitung der Textauszüge aus der Dissertation des Ministers ging es Ihnen nicht um bloße Information, sondern, wie die Einlassung Ihres Verteidigers bestätigt, um Kritik, die dem Ziele dienen sollte, die Untragbarkeit Dr. Puvogels als Justizminister zu dokumentieren. Infolgedessen verstieß Ihr Verhalten gegen Ihre Dienstpflicht.

Der Rechtfertigungsgrund der Wahrnehmung berechtigter Interessen stand Ihnen nicht zur Seite. Ebenso wenig konnte von einer krisenhaft zugespitzten Situation, bei der die Anwendung der Regeln des übergesetzlichen Notstandes erwogen werden könnte, bei Verbreitung der Texte die Rede sein.«⁴⁹

Dieses Informations- und Kritikverbot fällt hinter die frühere Rechtsprechung des BVerfG zurück, die es z. B. Soldaten zwar untersagte, »bei politischen Diskussionen innerhalb des Dienstes die freiheitlich-demokratische Ordnung in Frage zu stellen«⁵⁰, ihnen aber immerhin gestattete, »sachlich vertretbare Kritik« an Vorgesetzten zu üben.⁵¹ Von dieser Linie ist das BVerfG seit dem »Radikalen«-Beschuß von 1975 abgewichen und hat, jedenfalls sofern es um Angehörige des öffentlichen Dienstes

jur. Diss. Göttingen 1937 vertrat in seiner Arbeit die These, daß auch eugenische Gesichtspunkte bei der Entscheidung über die zwangsweise Entmannung eines Sittlichkeitsverbrechers zu berücksichtigen seien. Zur grundsätzlichen Bedeutung dieser These führt der Autor und spätere nieders. Justizminister aus: »... Je mehr aber so die Eugenik in den Vordergrund tritt und damit bewußt die biologische Aufartung unseres Volkes angestrebt wird, desto leichter wird es einmal sein, die Entmannung in ihrer Eigenschaft als sichernde Maßnahme zur Strafe in ein vernünftiges Verhältnis zu bringen. Auf diese Weise wird nämlich erreicht, daß künftig bei Anordnung der Entmannung, wie es Siegert mit Recht allgemein verlangt, der technische Maßstab der Gefährlichkeit des Verbrechers durch den völkischen Maßstab der Rasse ersetzt wird. Der Wert des Einzelnen für die Gemeinschaft bemißt sich nach seiner rassischen Persönlichkeit. Nur ein rassisch wertvoller Mensch hat innerhalb der Gemeinschaft eine Daseinsberechtigung. Ein wegen seiner Minderwertigkeit für die Gesamtheit nutzloser, ja schädlicher Mensch ist dagegen auszuscheiden. Wie dieses im einzelnen zu geschehen hat, ist eine Frage der jeweiligen Volksauffassung. Ob das Volk für eine Ausscheidung des Minderwertigen durch Tötung bereits Verständnis aufzubringem vermag, mag dahingestellt bleiben, sicher aber begrüßt es heute zumindest die Ausrottung des Sittlichkeitsverbrechers und damit die Verhütung einer asozialen Nachkommenschaft. Der rassischen Aufartung aber hat das gesamte Recht zu dienen. Die große Aufgabe selbst darf nicht durch irgendwelche kleinlichen Kompetenzstreitigkeiten gehemmt und in ihrer Wirksamkeit lahmgelegt werden.«

47 Das Verfahren endete formell mit einer Einstellungsverfügung (Bescheid des PräsOLG Braunschweig vom 4. 9. 1978 – K 278 –); der Sache nach wurde das Vorliegen eines Dienstvergehens festgestellt. Von einem förmlichen Verweis wurde gem. § 27 I Nieders. Disz. Ordnung abgesehen, weil eine mündliche Abmahnung genügt habe. Vgl. ötv in der Rechtspflege, Oktober 1979, S. II.

48 Der Präsident des OLG Braunschweig hatte früher in seiner Schrift »Erziehung zum Establishment« (Karlsruhe 1969) gefordert: »An die Stelle des unaufgeklärten unpolitischen Juristen mit den Schlüsselworten Ordnung, Sicherheit und Disziplin muß der politisch bewußte, freie Jurist treten...« (S. 40) Vgl. auch ders., Der politische Richter, München 1972: »Die vielfachen Hinweise und Warnungen, die Männer wie Adolf Arndt, Fritz Bauer und Richard Schmid gegeben hatten, waren – das wurde jetzt offenbar – nicht tief genug in die Substanz der Justiz eingedrungen. Auch unsere eigenen Bemühungen, die Justiz in der Demokratie einzubetten, hatten nur die Oberfläche berührt. Darunter existierten Fehlhaltungen fort, die schon in der Vergangenheit der deutschen Justiz eine unheilvolle Rolle gespielt hatten.« (S. 12)

49 Bescheid des PräsOLG Braunschweig v. 4. 9. 1978 – K 278 –.

50 BVerfG, Beschl. v. 18. 2. 1970 – 2 BvR 531/68, in: NJW 1970, 1268 ff.

51 BVerfG, Beschl. v. 18. 2. 1970 – 2 BvR 746/68, in: NJW 1970, 1267 f.; vgl. auch BVerwG, Beschl. v. 12. 4. 1978 – 2 WDB 24/77, in: NJW 1978, 2109 ff.

ging, die konstitutive Bedeutung der Meinungsfreiheit für demokratische Entscheidungsprozesse wiederholt staatsfunktionalen Erwägungen (»Erfordernisse der Truppe«, Funktionsfähigkeit der Verwaltung usw.) nachgeordnet.⁵² Mit dieser Wendung erhalten die aus den staatlichen Handlungsimperativen abgeleiteten Beamtenpflichten zwanglos den gleichen Verfassungsrang wie Freiheitsverbürgungen und treten mit ihnen in »Wechselwirkung«. Deren Unberechenbarkeit ist als »Schaukel-Theorie« des Lüth-Urteils auf den Begriff gebracht worden. Ihre potentiell grundrechtsnivellierende Wirkung zeigt sich exemplarisch an der Entscheidung des VG Freiburg, die die maßvolle öffentliche Solidarisierung eines Lehrers mit einem Kollegen, der von einem Berufsverbot bedroht war, mit folgender Begründung als eine rechtens gerügte Dienstpflichtverletzung bestätigte:

»Die beamtenrechtlichen Pflichten haben Einfluß auf die Wahrnehmung der allgemeinen staatsbürgerlichen Rechte durch den Beamten. Anders als der Staatsbürger hat der Beamte die zusätzliche Pflicht, die *Funktionsfähigkeit des Berufsbeamtentums* zu erhalten. Dies verwehrt ihm, den gleich weiten Gebrauch von den Grundrechten zu machen wie ein nichtbeamteter Staatsbürger . . .

Die im LBG (Landesbeamtengesetz – G. F.) normierten Pflichten dienen dem öffentlichen Interesse an einem funktionierenden und gesetzestreuem Berufsbeamtentum. Das LBG kann danach als allgemeines Gesetz einzelne Grundrechte des Beamten, wie das Recht auf freie Meinungsäußerung, einschränken . . . Die aus den Vorschriften des LBG folgende Beschränkung bedeutet aber nicht, daß das Grundrecht einseitig durch die Beamtengesetze eingeschränkt wird. Vielmehr findet zwischen dem Grundrecht und dem allgemeinen Gesetz eine Wechselwirkung der Art statt, daß die allgemeinen Gesetze dem Grundrecht zwar eine Schranke setzen, die allgemeinen Gesetze aber unter Berücksichtigung der wertsetzenden Bedeutung des Grundrechts ausgelegt werden, also ihrerseits durch das Grundrecht selbst eingeschränkt werden . . . [. . .]

Dem Gebot der Treue und Loyalität zum Dienstvorgesetzten kommt allerdings dann eine gesteigerte Bedeutung zu, wenn konkrete Einzelmaßnahmen der vorgesetzten Verwaltungsbehörden durch einen Beamten kritisiert werden. Die *Funktionsfähigkeit* und *Rechtmäßigkeit* der Verwaltungshandlung zeigt sich vor allem bei einzelnen Verwaltungsentscheidungen. Dementsprechend orientiert sich das für ein ordnungsgemäßes Funktionieren unserer Staatsordnung unverzichtbare Vertrauen des Bürgers in die Gesetzmäßigkeit des Verwaltungshandelns an diesen konkreten Einzelmaßnahmen. Das bedeutet, daß ein Beamter bei seiner Einzelkritik nicht nur möglicherweise berechnete Einzelinteressen, sondern auch das öffentliche Vertrauen in die Gesetzmäßigkeit des Verwaltungshandelns beachten muß. [. . .]

. . . ein Beamter muß bei öffentlicher Kritik einer konkreten Verwaltungsentscheidung Zurückhaltung wahren. Mit der Forderung nach Zurückhaltung wird dem Beamten das Grundrecht zur freien Meinungsäußerung nicht abgesprochen; es wird lediglich insoweit beschränkt, als die Pflicht zur Treue und Loyalität gegenüber dem Dienstherrn sowie die Achtung der berechtigten Belange der Verwaltung dies erfordern. [. . .]

Die Veröffentlichung in der Badischen Zeitung war entgegen der Ansicht des Kläger-Vertreters kein allgemein-politischer Meinungsbeitrag des Klägers zur Frage der Einstellung von Mitgliedern verfassungsfeindlicher Parteien in den Staatsdienst, sondern der Versuch der Beeinflussung einer konkreten Personalentscheidung des Oberschulamts. Es ist zwar einzuräumen, daß die Entlassung des Lehrers Kurt Faller in Presse und Öffentlichkeit große Beachtung gefunden hat; keinesfalls aber war die Entlassung ein Einzelfall mit der Folge, daß eine Erörterung des Problems der Radikalen im öffentlichen Dienst zwangsläufig auf diesen Fall Bezug nehmen mußte.«⁵³

⁵² Vgl. BVerfGE 39, 334 ff. bes. 360 ff.; E 44, 197 ff.; Beschl. v. 4. 4. 1979, in: KJ 3/1979, 321 ff. mit Anm. von H. Fromm.

⁵³ VG Freiburg v. 4. 3. 1980 – VS. VI 867/78 (Hervorhebungen nicht im Original). Die vom Kläger neben weiteren 100 Lehrern unterzeichnete Anzeige in der Badischen Zeitung hatte folgenden Wortlaut: »Kurt Faller muß Lehrer bleiben! – Im Januar 1976 schreibt das staatliche Schulamt an den Lehrer Kurt Faller: »Der allgemeine Unterrichts- und Erziehungserfolg wird mit »gut« bewertet. Das staatliche Schulamt dankt für die engagierte Arbeit des Lehrers.« / Im Mai 1976 kündigt ihm das Oberschulamt Freiburg wegen »mangelnder Eignung«. Einziger Grund für mangelnde Eignung: Mitgliedschaft in der DKP, also einer nicht verbotenen Partei. / Im Grundgesetz, Art. 3, 3 heißt es: Niemand darf wegen seiner religiösen oder politischen Anschauung benachteiligt werden!«

Welche normativen Gesichtspunkte nach Auffassung des Gerichts Vorrang haben sollen, daß wird sprachlich dadurch signalisiert, daß funktionale Erfordernisse durchweg vor dem Legalitätsprinzip und vor Grundrechten rangieren. Daß diese Reihenfolge kein Lapsus ist, zeigt sich am Stellenwert der Beamtenloyalität und -disziplin gegenüber der Meinungsfreiheit: Wer als Beamter Kritik am *Staatsapparat* oder an den gesellschaftlichen Verhältnissen übt, muß sich, zumal wenn er seine kritische Einstellung in Organisationen praktiziert, die als »verfassungsfeindlich« inkriminiert sind, auf den Vorwurf mangelnder *politischer Treue* gefaßt machen. Wer Kritik an der *Person* oder *Amtspraxis* politischer Entscheidungsträger bzw. Vorgesetzter übt, muß auf eine disziplinarische Maßregelung wegen der Verletzung seiner *Loyalitätspflicht* gegenüber dem Vorgesetzten oder seiner Pflicht zu *politischer Mäßigung* vorbereitet sein; es sei denn, seine Kritik betrifft kein schwebendes Verfahren oder ist als Notstandsmaßnahme ausnahmsweise legitimiert.

Dieses Verhältnis von Meinungsfreiheit und öffentlichem Dienst wird auch von anderen Entscheidungen der Disziplinargerichte reflektiert.⁵⁴ Von diesen soll hier nur der Argumentationsgang des Niedersächsischen Disziplinarhofs nachgezeichnet werden, der im Fall Brückner die Einbehaltung eines Drittels der Dienstbezüge für unzulässig erachtete, die Dienstenthebung dagegen aufrechterhielt.⁵⁵ Einerseits wies der Disziplinarhof die in der Anschuldigungsschrift enthaltenen Vorwürfe, die sich vor allem auf die Herausgabe der Schrift »Buback – ein Nachruf« und auf die »mangelnde Distanzierung« vom »Mescalero-Text« stützte⁵⁶, mit einer bemerkenswerten Begründung als unhaltbar zurück:

»Gerade im Bereich des folgenschweren Disziplinarrechts ist es ein Gebot der Rechtsstaatlichkeit, soweit vermeidbar, auch nur den Anschein der Vorwegverurteilung zu vermeiden.«
 »Der Vorwurf, die »gesamte Schrift« zeige, daß der Antragsteller »unserem Staat feindlich gegenübersteht«, enthält als solche keine disziplinarrechtlich hinreichende konkrete Umschreibung und Begründung dessen, was ihm in diesem Zusammenhang zur Last gelegt wird. Da bei der Prüfung der Verfassungstreue eine erhöhte Gefahr besteht, bloße Verdächtigungen oder Vermutungen bzw. allein die bloße – undisziplinierbare – Gesinnung (»Das Haben einer Überzeugung und die bloße Mitteilung, daß man diese habe«; BVerfGE 39, 334 (350)) zur Grundlage der Beurteilung zu machen . . ., muß der disziplinarische Vorwurf gerade in Fällen der vorliegenden Art *konkret gekennzeichnet* und *deutlich substantiiert* werden . . .«

Auch soweit Brückner, wie die Richter meinen, »aufgrund einer allerdings groben, sozialpsychologischen, politischen Diagnose« zu der Aussage kommt, daß u. a. »ein Fehlverhalten des Staates und seiner Organe« die Entstehung des Terrorismus mitverursacht hätte, sehen die Richter darin keine »verfassungsfeindliche Agitation«: »Damit äußert er eine staatliches Handeln und Unterlassen kritisierende Meinung, über die in einem freiheitlich-demokratischen Rechtsstaat eine Diskussion möglich sein muß; sie ist als solche undisziplinierbar . . .« (S. 37)

Andererseits begründet der Disziplinarhof, im Widerspruch zu seinen eben aufgestellten rechtsstaatlichen Grundsätzen, die Rechtmäßigkeit der vorläufigen Dienstenthebung Brückners. Um dem Einwand vorzubeugen, der Argumentationsgang – falls von einem solchen überhaupt die Rede sein kann – des Gerichts werde böswillig verstümmelt, soll er hier nahezu ungekürzt wiedergegeben werden:

»Nach dem Vorstehenden (B II 1–3) bieten die dem Antragsteller mit der Einleitungsverfügung

⁵⁴ Vgl. dazu M. Jacobs, Disziplinarrecht und Meinungsfreiheit, in: KJ 3/1979, S. 302 ff.

⁵⁵ Nieders. Disziplinarhof v. 15. 2. 1980 – NDH-447; vgl. dazu: Der »Falk Peter Brückner und kein Ende? Hrsg. v. Komitee für Grundrechte und Demokratie, März 1980, Sensbachtal (vgl. Anm. 2).

⁵⁶ Disz. Kammer beim VG Hannover v. 24. 8. 1978 – DK. B 32/77 und dazu den Kommentar von Th. Blanke / D. Sterzel, Staatstreue versus Meinungsfreiheit. Bemerkungen zur ersten Entscheidung im »Fall Brückner«, in: KJ 4/1978, 419 ff.

im einzelnen vorgeworfenen Meinungsäußerungen, für sich genommen, keinen hinreichenden Grund für die Annahme, daß der Antragsteller nicht gewillt sei, die freiheitliche demokratische Grundordnung zu bejahen. Dies gilt auch bei einer sämtliche bezeichneten Meinungsäußerungen zusammenfassenden Gesamtbetrachtung. Ob der Antragsteller nach seinem *gesamten Persönlichkeitsbild* aufgrund seines *Gesamtverhaltens* als Verfassungsfeind anzusehen ist, muß jedenfalls in einem Fall wie dem vorliegenden, in dem, wie gezeigt, hinreichend evidente Einzelverstöße gegen die Pflicht zur Verfassungstreue nicht festgestellt werden können, der Beurteilung im Hauptverfahren überlassen bleiben . . .

III. Immerhin werden, wie dies im Hinblick auf die obigen (A II) Feststellungen zur vorläufigen Dienstenthebung (§ 91 NDO) zu ergänzen ist, eine Anzahl der dem Antragsteller vorgeworfenen Meinungsäußerungen wahrscheinlich im Hauptverfahren als bedeutsame Verstöße gegen die beamtenrechtliche Pflicht zur *politischen Mäßigung* (§ 61 Abs. 3 NBG) zu werten sein.

1. Diese Pflicht verlangt vom Beamten, bei politischer Betätigung diejenige Mäßigung und Zurückhaltung zu wahren, die sich aus seiner Stellung gegenüber der Gesamtheit und aus der Rücksicht auf die Pflichten seines Amtes ergeben. Sie trifft ihn in besonderem Maße dann, wenn er sich – wie der Antragsteller – in der Öffentlichkeit in schriftlicher und/oder mündlicher Form politisch äußert und dabei scharfe Kritik an Erscheinungen des Staates übt, zu dem er allgemein in einem »Dienst- und Treueverhältnis« (Art. 33 Abs. 4 GG) steht.

2. Es ist, was im Anwendungsbereich des § 91 NDO ausreicht, zumindest wahrscheinlich, daß einzelne der dem Antragsteller vorgeworfenen Meinungsäußerungen wie dessen Behauptungen über einen »Terrorismus des Staates«, eine »Kriminalisierung« von Studentenvertretern, »Erstickungsversuche« hinsichtlich unvollständig veröffentlichter Texte – auch wenn sie, aus dem Kontext heraus ausgelegt, nach dem Gesagten unter der Schwelle verfassungsfeindlichen Verhaltens (§ 61 Abs. 2 NBG) bleiben mögen – wegen ihres einseitigen, tendenziösen, verallgemeinernden Charakters als grobe Achtungsverstöße im Sinne des § 61 Abs. 3 NBG anzusehen und deswegen als nicht leichtzunehmende Dienstvergehen zu ahnden sein werden. Voraussichtlich wird das bezeichnete Verhalten des Antragstellers nicht als durch Art. 5 Abs. 1 GG – Grundrecht der freien Meinungsäußerung – oder durch Art. 5 Abs. 3 GG – Schutz der freien Forschung und Lehre – gedeckt erachtet werden. Der Beamte, auch der beamtete Hochschullehrer, steht in einer Grundrechtsspannung, die zwischen seiner Stellung als Träger individueller Freiheitsrechte, insbesondere des Grundrechts der freien Meinungsäußerung, und der »in Art. 33 Abs. 5 GG geforderten« (BVerfGE 39, 367) allgemeinen politischen Treuepflicht besteht. Die jene allgemeine Treuepflicht des Beamten konkretisierende Regelung des § 61 Abs. 3 NBG über die Pflicht zur politischen Mäßigung schränkt als allgemeines Gesetz im Sinne des Art. 5 Abs. 2 GG das Meinungsfreiheitsrecht des Beamten ein. Die bei politischen Äußerungen eines Beamten – konkret und unter Beachtung des Grundsatzes, daß rechtlich begründete Grenzen des Art. 5 GG im Lichte des durch sie begrenzten Grundrechts auszulegen sind (BVerfGE 7, 198 (208 ff.)), – vorzunehmende Prüfung wird hier voraussichtlich ergeben, daß sich die oben bezeichneten politischen Äußerungen des Antragstellers nicht mit seiner Pflicht aus § 61 Abs. 3 NBG vereinbaren lassen. Schließlich fallen die in Rede stehenden Meinungsäußerungen des Antragstellers auch nicht in den Schutzbereich des Art. 5 Abs. 3 GG, weil das darin liegende polemisch-tendenziöse Verhalten nicht als »ernsthafter Versuch zur Ermittlung und zur Lehre der wissenschaftlichen Wahrheit« (Smend VVDStRL 4, 67, ihm folgend BVerfGE 35, 79 (113)) anerkannt werden kann.⁵⁷

Der Widerspruch in der Argumentation des Disziplinarhofs zwischen der im ersten Teil der Entscheidung skrupulös widerlegten »Schwere des vorgeworfenen Dienstvergehens« einerseits und der Würdigung seines »Gesamtverhaltens« andererseits, das angeblich einen Verstoß gegen die politische Mäßigungspflicht erkennen lasse, ist rational nicht auflösbar. Den Schlüssel zum Verständnis seiner Entscheidung hat der Disziplinarhof jedoch selbst geliefert, indem er mißbilligend anmerkt, daß der zu disziplinierende Hochschullehrer die »Neigung (habe), gegen ihn anhängige Disziplinarverfahren im Hochschulbereich, auch in eigenen Lehrveranstaltungen, zum Gegenstand von Diskussionen zu machen«⁵⁸. Trotz des Bekenntnisses zur Meinungsfreiheit orientieren sich die Richter schließlich doch an vordemokratischen Staatsdienertugenden, an Loyalität und Botmäßigkeit, und bleiben damit im Ergebnis auf

⁵⁷ A. a. O. S. 39 f. (Anm. 55) – (Hervorh. nicht im Orig.).

⁵⁸ A. a. O., S. 16.

der Linie der herrschenden Disziplinarrechtsprechung, die ihrem Namen und Ruf gerecht wird: Die Angehörigen des öffentlichen Dienstes werden zu politischer Enthaltbarkeit diszipliniert; die Freiheitsverbürgungen des Grundgesetzes werden im »besonderen Gewaltverhältnis« von ausgefächerten Loyalitätsgeboten aufgesaugt. Da die notwendigen rechtlichen Bedingungen für die Entwicklung politischer Identität, nämlich der Schutz des *forum internum* durch die Gewissensfreiheit, die Möglichkeit unzensurierter und nicht sanktionierter politischer Kommunikation durch Meinungs- und Lehrfreiheit sowie schließlich kollektive Handlungsmöglichkeiten durch Koalitions- und Organisationsfreiheit, nicht ausreichend gesichert sind, wird den Beamten *de iure* die »Ersatzidentität« des angepaßten politischen Quietisten angedient.

VI. Perspektiven der Rechtsprechung

Die Chancen, daß die für eine rechtsstaatlich verfaßte demokratische Republik jedenfalls im Ergebnis selbstverständliche Argumentation der meisten Arbeits- und Landesarbeitsgerichte Bestand haben und gar auf die Verwaltungsgerichtsbarkeit durchschlagen könnte, erscheinen gering. Das Bundesarbeitsgericht hat sich in der Vergangenheit als staatsgeneigt erwiesen und die Rechtsprechung der Untergerichte für Arbeitssachen den verwaltungsgerichtlichen Entscheidungen angenähert – freilich nicht zuletzt unter dem Eindruck des »Radikalen«beschlusses des BVerfG. Auch die neueste Rechtsprechung kündigt keine Wende zur Liberalität an. Zur Begründung der verschärften Anordnungen an die politische Treue von Lehrern wurde vom BAG zuletzt sogar das Elternrecht mobilisiert:

»Dieser Gesichtspunkt greift hier insofern ein, als das Landesarbeitsgericht bei der von ihm festgestellten Verfassungswidrigkeit der DKP und der unstreitigen Mitgliedschaft des Klägers zu dieser Partei prüfen müssen, ob es nicht auch erfahrungsgemäß zu einer Störung des Vertrauensverhältnisses kommt . . . , weil die politische Betätigung für diese Partei die Belange der Eltern unter dem rechtlichen Gesichtspunkt des Art. 6 Abs. 2 GG im Bereich der Pflege und Erziehung der Kinder berührt . . . und der Schulträger damit in ein rechtliches Spannungsverhältnis zum Elternrecht gerät. Bei dieser Rechtslage wird das Landesarbeitsgericht auch die parteipolitische Tätigkeit des Klägers nach Ausspruch der Kündigung einer erschöpfenden Würdigung unterziehen müssen, weil dadurch Auswirkungen auf den personellen Vertrauensbereich möglich sind.«⁵⁹

Weiterhin hat das BAG in dieser Entscheidung dem Tatsachenrichter eine umfassende Beurteilung des Lehrers zur Pflicht gemacht:

»Bei dieser Rechtslage muß sich der Tatsachenrichter an einer sachgerechten und vertretbaren Beurteilung allen erreichbaren Materials orientieren. Er muß die ihm vorgetragenen Erkenntnisquellen ausschöpfen und die voraussichtlichen Auswirkungen so zuverlässig wie möglich abschätzen. Nur so kann ein Verstoß gegen Verfassungsrechte vermieden werden, die im vorliegenden Falle für den Kläger in Art. 12 GG und für das beklagte Land in Art. 6 Abs. 2 GG berührt sein könnten.«⁶⁰

Damit zeichnet sich die Möglichkeit ab, daß das Meta-Grundrecht des Staates auf Treue sich zwanglos mit dem »Wächteramt« des Staates über die Schule und/oder mit dem geborgten Elternrecht freiheitseinschränkend verbindet.

In einem anderen Fall, in dem es um die befristete Anstellung einer Realschullehrerin ging, läßt das BAG erkennen, daß die richterliche Überprüfung der Entscheidung von Einstellungsbehörden künftig eingeschränkt sein soll:

⁵⁹ BAG v. 22. 8. 79 – 4 AZR 984/77, S. 7; vgl. BAG v. 20. 6. 77 – 4 AZR 142/76.

⁶⁰ A. a. O., S. 8.

»... die Frage, ob der Bewerber den für das Amt zu stellenden Anforderungen genügt, ob er im Sinne von Art. 33 Abs. 2 GG geeignet ist, ist eine Rechtsfrage. Jedoch steht der einstellenden Behörde bei der Prüfung der Eignung ein Beurteilungsspielraum zu.

a) Die Arbeitgeber des öffentlichen Dienstes brauchen einen Bewerber nur einzustellen, wenn sie von seiner Eignung überzeugt sind. Sie dürfen einen Bewerber ablehnen, wenn vernünftige Zweifel an dessen Eignung nicht ausgeräumt werden können. Insoweit gelten die gleichen Grundsätze wie bei der Entscheidung über die Übernahme in ein Beamtenverhältnis...

b) Die Beurteilung darüber, ob ein Bewerber für ein öffentliches Amt geeignet ist, setzt eine vorausschauende Bewertung der Persönlichkeit dieses Bewerbers voraus. (...) Die Beurteilung ist nur daraufhin zu überprüfen, ob die Einstellungsbehörde von einem richtigen Sachverhalt ausgegangen ist, ob sie allgemeingültige Bewertungsgrundsätze beachtet hat oder ob sie sich von sachfremden Erwägungen hat leiten lassen, und ob sie sich ihre Entscheidung in einem fehlerfreien Verfahren gebildet hat.«⁶¹

Aus dem Prüfungsrecht der Behörde und aus der Beweislastregel, nach der es »Sache des Bewerbers (sei), etwaige Zweifel an seiner Eignung für das erstrebte Amt auszuräumen«, darf eine Einstellungsbehörde nach diesem Urteil des BAG

– »dem Bewerber auch Mitgliedschaften und Aktivitäten vorhalten, deren Ziele sie (!) als verfassungsfeindlich beurteilt«;

– »bei der (ihr) obliegenden Entscheidung über die Eignung... alle rechtlich zulässigen Möglichkeiten ausschöpfen. Eine dieser rechtlichen Möglichkeiten besteht darin, daß die einstellende Behörde bei anderen Landesbehörden nachfragt, ob und welche Erkenntnisse über die Person des Bewerbers vorliegen«.⁶²

Der Ausweitung der Prüfungskompetenzen der Behörde auf der einen Seite entspricht die Einschränkung der gerichtlichen Nachprüfung und der anwaltlichen Vertretung auf der anderen Seite:

»(Es) kann ein Urteil über die Persönlichkeit eines Bewerbers nur in einem offenen Gespräch gewonnen werden, in dem der Bewerber seine eigene Auffassung über die ihm vorgelegten Fragen äußert. Der Zweck des Gesprächs wird verfehlt, wenn einem etwa zugezogenen Anwalt gestattet wird, mit dem Bewerber über die zweckmäßige Antwort zu beraten. Der Anwalt kann eine sinnvolle Funktion allenfalls dadurch erfüllen, daß er bei dem Gespräch als Zuhörer anwesend ist und Versehen und Verfahrensfehler, wie sie immer unterlaufen können, beanstandet.«⁶³

Diese Vorstellung von »Waffengleichheit« im Verhältnis Bürger-Staat und der Rückzug des BAG auf eine bloße Willkürkontrolle der behördlichen Entscheidungen, den das BVerfG in einer Passage des »Radikalen« beschlusses vorbereitet hatte⁶⁴, konvergieren mit einer Wende, die sich in der Rechtsprechung des BVerwG abzeichnet. Seit dem 15. 10. 1979 hat das BVerwG in mehr als zehn Fällen, in denen der Freistaat Bayern zumindest in 2. Instanz unterlegen war, beschlossen, der Nichtzulassungsbeschwerde stattzugeben. Stereotyp begründete das BVerwG, das in gleichgelagerten Fällen bei Obsiegen der staatlichen Behörde (z. B. im Fall Gingold) die Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen hatte, die Eröffnung des Revisionsverfahrens mit einem einzigen Satz:

»Die Revision ist nach § 132 Abs. 2 Nr. 1 VwGO zuzulassen, weil die Entscheidung im erstrebten Revisionsverfahren geeignet ist, zu einer weiteren Klärung der Frage beizutragen, in welchem Umfang das Urteil der Einstellungsbehörde über die persönliche Eignung eines Beamtenbewerbers verwaltungsgerichtlich nachprüfbar ist.«⁶⁵

⁶¹ BAG v. 5. 3. 1980 – 5 AZR 604/78, S. 12 f.

⁶² A. a. O., S. 14 ff.

⁶³ A. a. O., S. 22.

⁶⁴ BVerfGE 39, 354: »Soweit der der einstellenden Behörde danach zustehende Beurteilungsspielraum reicht, ist die gerichtliche Nachprüfung darauf beschränkt, ob diese Stelle von einem unrichtigen Sachverhalt ausgegangen ist und ob sie den beamtenrechtlichen Rahmen (Art. 33 Abs. 2 und 5) (also nicht Abs. 3 – G. F.), in dem sie sich frei bewegen kann, verkannt hat.«

⁶⁵ BVerwG v. 15. 10. 79 – 2 B 22.79; BVerwG v. 27. 11. 79 – 2 B 19.79; vgl. dazu: Die demokrat. Schule 4/80, S. 9.

Mit einer »Liberalisierung« der Berufsverbotspraxis ist daher nicht zu rechnen. Man wird davon ausgehen müssen, daß das BVerwG die Tätigkeit der Einstellungs- und Verfassungsschutzbehörden gegen die notwendige Kontrolle einer dem Legalitätsprinzip verpflichteten Justiz abschotten wird. Nach den negativen Entscheidungen gegen DKP- und MSB-Spartakus-Mitglieder könnte das BVerwG, ohne selbst entscheiden zu müssen, nun auch die politische Ausbürgerung von Mitgliedern anderer Organisationen (SHB, DFG-VK, VVN, Studentenbündnisse, Komitees gegen Berufsverbote etc.) betreiben.

So ist zu befürchten, daß auf der Ebene der höchstrichterlichen Rechtsprechung das »breite Ermessen« der Einstellungsbehörden fortwährt und die besonders von den Arbeitsgerichten verfochtene Argumentation versickert. Damit würden die Freiheitsgarantien des Grundgesetzes weiterhin und weitgehend unter hergebrachter hoheitlichem Kuratel bleiben. Zwar wäre am Ende die Einigkeit der obersten Gerichte hergestellt, aber um den Preis erheblicher Positionsverluste für die politische Freiheit in der Bundesrepublik.

Günter Frankenberg

»Verunglimpfung des Staates und seiner Symbole« Eine Dokumentation zu § 90a StGB

Der Einsatz der politischen Justiz ist schon immer eine fragwürdige Methode gewesen, um den »inneren Frieden« zu sichern. Das gilt umso mehr, wenn mit Mitteln der Justiz der Bereich der Meinungsäußerungen, damit die Kommunikations- und Verständigungsmöglichkeiten der Bürger, reglementiert wird. Diese Einflußnahme wird im folgenden als Zensur verstanden¹. Anknüpfend an ihre Traditionen aus den vorangegangenen Epochen deutscher Strafjustiz erlebt die strafrichterliche Zensur von Meinungsäußerungen in den letzten Jahren eine Wiedergeburt, bei welcher neben dem § 88a StGB des 13./14. StrafrechtsänderungsG (1975) der § 90a StGB eine besonders unrühmliche Rolle spielt².

Die Verteidigung gegen die zunehmende staatliche Zensur und Sprachregulierung nach § 90a StGB hat die Gerichtssäle längst verlassen und auf der 2. Sitzungsperiode des Russell-Tribunals einen vorläufigen Höhepunkt erreicht³. Die Ergebnisse dieses Tribunals sind nicht ohne Einfluß auf den Strafverteidigertag gewesen, der auf seiner Tagung in Berlin am 30. 4. 1979 eine Resolution zur Abschaffung des § 90a StGB annahm⁴.

¹ Vgl. zur Zensurproblematik: M. Kienzle und D. Mende (Hg.), *Zensur in der BRD*. München-Wien 1980, Einleitung, S. 9 ff., 12 (zum degenerierten Zensurbegriff der Rechtsprechung und herrschenden Meinung zu Art. 5 GG)

² Dazu kommt noch eine Vielzahl weiterer Strafnormen des StGB, vgl. dazu S. Cobler, *Konzessionierte Kommunikation. Zur Technik und Funktion strafrechtlicher Zensur*, in: Kienzle/Mende, wie Anm. 1, S. 80-94

³ III. Internationales Russell-Tribunal, Bd. 3 *Zensur*, Berlin 1979, S. 101-120.

⁴ J. Stoecker u. a., in: 3. Strafverteidigertag April 1979 - Referate, Diskussionen, Ergebnisse, Schriftenreihe der Berliner Strafverteidiger e. V., Berlin 1979, Anhang (vgl. auch S. 132).