

Horst Meier / Ulrich Wollenteit

Disziplinarrecht und »politische Treuepflicht«*

1. Stellenwert des Peter-Urteils

Aus dem Alltagsgeschäft bundesdeutscher Berufsverbote¹ – Judikatur, welche allzuoft durch »Rechtsverbiegung«² einer politisch motivierten Maßnahme-Verwaltung zuarbeitete, ist spätestens mit dem Urteil des 1. Disziplinarsenates des BVerwG eine Neuigkeit zu vermelden. Nachdem sich jene Judikatur Anfang der 70er Jahre zunächst im Bereich der Einstellung von *Bewerbern* für den öffentlichen Dienst herausbildete, hat diese nunmehr auch in der höchstrichterlichen Spruchpraxis auf den Bereich des *Disziplinarrechts* übergreifen: Mit dem Urteil gegen den seit 30 Jahren bei der Post beschäftigten »Technischen Fernmeldehauptsekretär« *Hans Peter* wurde erstmals seit den 50er Jahren ein Lebenszeitbeamter aus den Bundesverwaltungen durch höchstrichterlichen Spruch endgültig aus dem Dienst entlassen³. Während die Vorinstanz⁴ *Peter* noch zugute gehalten hatte, er habe auch nach dem Berufsverbote-Beschluß des BVerfG davon ausgehen dürfen, daß in der politischen Arbeit für die DKP »keine disziplinarrechtlich relevante Verletzung seiner Treuepflicht gesehen werden würde«⁵ und er folglich nicht schuldhaft gehandelt habe, erteilte das BVerwG dieser Auffassung eine klare Abfuhr. Der differenzierteren Argumentation des BDisG, welche auf das Nichtvorliegen jenes im Berufsverbote-

* zugleich Anmerkungen zum Peter-Urteil des BVerwG vom 29. Okt. 1981, abgedr. in NJW 1982, 779-784; ZBR 1982, 22-29 (im folgenden nach dem NJW-Abdruck zitiert).

Volker Neumann und Bernhard Schlink danken wir für zahlreiche kritische Anregungen.

1 Entgegen höchstrichterlichem Sprachhokuroy (vgl. BVerwG NJW 82, 782, bezugnehmend auf BVerfGE 39, 334, 370) ist an diesem Begriff festzuhalten, weil er eine im wesentlichen adäquate Beschreibung des zugrundeliegenden Sachverhalts der »teilweise(n) oder vollständige(n) Untersagung der Berufsausübung durch Strafurteil oder Verwaltungsakt« darstellt, vgl. Sterzel, Drei Lesarten des Wortes »Berufsverbot«, DuR 81, 57 ff. (58).

2 Eine differenziertere Argumentation ist bei edlichen Arbeits- und Landesarbeitsgerichten anzutreffen, vgl. Komitee für Grundrechte u. Demokratie (Hrsg.), Ohne Zweifel für den Staat, Reinbek 1982, S. 150 ff. (152).

3 Vgl. Fr. Müller, Juristische Methodik und politisches System, Berlin 1976, S. 19 ff., der am Beispiel des BVerfG die Einwirkung von politischen Faktoren auf die Arbeitsweisen der Rechtsprechung erläutert (»Dezision durch Rechtsverbiegung«).

4 Zu den vorangegangenen disziplinarrechtlichen Maßnahmen auf Länderebene vgl. die Nachweise bei Breitbach, Anmerkung zum Urteil des Bundesdisziplinargerichts (Kammer III-Stuttgart) vom 28. 3. 1980 (Hans Peter) und zum Urteil des BDisG (Kammer IX-Dortmund) vom 4. 6. 1980 (H.-J. Langmann), DuR 80, 305 ff. (306 Fn 5); Komitee (Hrsg.), a. a. O., S. 157-166 sowie neuerdings BVerwG NJW 81, 1390; BVerfG NJW 81, 2683 (Entlassung eines Fachhochschuldozenten wegen dessen politischer Tätigkeit in der NPD); zur »Wende« im Disziplinarrecht auf der VG- und OVG-Ebene vgl. G. Frankenberg, Staatsstreue, KJ 80, 276 ff.

5 Im Bereich der Bundesbahn wurden bereits vor Peter drei Beamte entlassen, später jedoch als Angestellte wieder eingestellt, vgl. Komitee (Hrsg.), a. a. O., S. 239; zum Prozeßverlauf selbst vgl. die soeben erschienene Dokumentation von Siemantel/Wohlfarth (Hrsg.), Der Fall Hans Peter, Köln 1982, welche u. a. die Anschuldigungsschrift, verschiedene Gutachten der Verteidigung sowie Stellungnahmen enthält.

6 BDisG Kammer III-Stuttgart, auszugsweise in Blätter für dt. u. internat. Politik 80, 887 ff.; desweiteren das BDisG Kammer IX-Dortmund, ZBR 80, 278, welches sich wie das Gegenstück zum kurz vorher ergangenen Urteil der III. Kammer liest, sowie die Anmerkung von Breitbach (Fn 4).

7 BDisG Kammer III, Blätter 80, 887 (890); – Hervorhebung v. d. Verf.

Beschluß vom BVerfG geforderten »Minimums an Gewicht und Evidenz der Pflichtverletzung«⁸ abstellte, trat das BVerwG mit einem pauschalen und völlig an der Sache vorbeigehenden Hinweis auf die Nichtgeltung des sog. Parteienprivilegs im öffentlichen Dienst entgegen. Sein kategorisches Verdikt lautete: »Für die Zeit danach«, – gemeint ist der Beschluß des BVerfG vom Mai 1975 –, »kann ein solcher Glaube nicht mehr schuldbefreiend sein«⁹. Wegen Verletzung der ihm nach § 52 II BBG obliegenden politischen Treuepflicht, »sich durch sein gesamtes Verhalten zu der freiheitlichen demokratischen Grundordnung im Sinne des Grundgesetzes (zu)bekennen und für deren Erhaltung ein(zu)treten«, verhängte das BVerwG die schärfste der zur Auswahl stehenden Sanktionen, die »Entfernung« aus dem Dienst, wie es im disziplinarrechtlichen Jargon heißt. Vorgeworfen wurde Peter dabei seine nach 1975 in Betracht kommende Kandidatur für die baden-württembergische Gemeinderatswahl 1980 sowie die Übernahme eines Parteiambtes.

Hatte man noch 1977/78 berechnete Hoffnungen gehegt, die von SPD und FDP in Aussicht gestellten »Liberalisierungs«-Bemühungen würden auch in größeren Teilen der Rechtsprechung aufgegriffen werden, so sah man sich durch eine neuerliche, mit dem Jahre 1979 einsetzende »Tendenzwende«¹⁰ in der Rechtsprechung von BAG und BVerwG nachhaltig enttäuscht. In diesem Zusammenhang bekommt das Peter-Urteil wegen der in ihm vollzogenen Ausweitung der Berufsverbotepraxis auf das Disziplinarrecht als eine höchst richterliche Grundsatzentscheidung seinen Stellenwert. Gut sechs Jahre, nachdem das BVerwG bereits in Sachen Einstellungspraxis mit dem Lenhart-Urteil vom 6. Februar 1975¹¹, welches nur wenige Monate vor der einschlägigen Entscheidung des BVerfG erging, richtungsweisend tätig geworden war, hat es nunmehr für die behördliche Durchsetzbarkeit politischer Entlassungen im Bereich des öffentlichen Dienstes neue Maßstäbe gesetzt.

Nimmt man die gegenwärtige Berufsverbote-Debatte insgesamt in den Blick, so ist vor allem erschreckend, mit welcher abgebrühten Routine sich die »hM« inzwischen geriert. Symptomatisch dafür argumentierte unlängst Schick¹², dessen als »Zwischenbilanz« titulierter Aufsatz sich eher wie ein Abschlußbericht liest¹³. Durch die wiederholt vorgetragene Behauptung, daß Grundsatzproblem sei in dogmatischer Hinsicht sozusagen erledigt, soll offenbar qua autoritärer Suggestion ein Anschein juristischer Plausibilität geschaffen und die »hM« gegen (aus dieser Sicht schon querulatorisch anmutende) Kritik immunisiert werden. Gerade demgegenüber ist auf einer juristischen Analyse jener Rechtsprechungsprodukte zu beharren, welche die dogmatische Feinarbeit nicht scheut.

Im übrigen hat die niedersächsische Verwaltung bereits die ihr obliegende »Kleinarbeit« ins Werk gesetzt. Wenige Wochen nach Bekanntwerden des Peter-Urteils kündigte Innenminister Möcklinghoff an, er werde bei allen Beamten, welche für eine »verfassungsfeindliche« Partei bei den Kommunalwahlen am 27. 9. 1981 kandidiert haben, disziplinarische Vorermittlungen einleiten.¹⁴ Ferner bleibt abzuwarten, wie im Disziplinarbereich des Bundes demnächst verfahren werden wird, nachdem das zwischen (dem ehemaligen) Bundesinnenminister Baum und Bundesdisziplinaran-

⁸ BVerfGE 39, 334 (350).

⁹ BVerwG NJW 82, 784.

¹⁰ Vgl. die in *Komitee* (Hrsg.), 2. 2. O., S. 166–174 aufgeführten Urteile sowie *Tb. Blanke*, Die Radikalisierung der Radikalenverfolgung, KJ 82, 95 ff.

¹¹ BVerwGE 47, 330.

¹² Zwischenbilanz in Sachen »Verfassungstreue« der Beamten, NVwZ 1982, 161–165.

¹³ »Rechtsprechung und Verwaltung können sich ... inzwischen auf einen Fundus höchst richterlicher Entscheidungen stützen, der die wesentlichen Fallkonstellationen abdeckt ... Nach den ersten Weichenstellungen durch das BVerfG setzte die Kleinarbeit der Verwaltungsgerichte ein.«, *Schick*, 2. 2. O., 161 f.

¹⁴ Vgl. *Tb. Blanke*, KJ 1982, 95 (101 f.).

walt *Hans Rudolf Claussen* geschlossene Stillhalteabkommen¹⁵ mit dem im »Fall« *Peter* ergangenen Grundsatzurteil zeitlich abgelaufen ist und der neue Bundesinnenminister zudem *Friedrich Zimmermann* heißt. Im *Peter*-Urteil ist jedenfalls das juristische Instrumentarium bereitgestellt worden, mit dessen Hilfe möglicherweise – je nach politischer Opportunität – im Laufe der nächsten Jahre eine »Säuberung« des öffentlichen Dienstes durchgeführt werden wird.¹⁶

11. Bindungswirkung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts

In der Begründung der Entscheidung kommt der *Bindungswirkung*, die das BVerwG einzelnen Passagen der Berufsverbote-Entscheidung beilegt, (auf der Ebene der Prämissenbildung) herausragende Bedeutung zu. Die als »tragend« ausgemachten und damit nach § 31 I BVerfGG verbindlich zu beachtenden Gründe der Entscheidung vom 22. 5. 75 bilden einen zentralen Bestandteil der Entscheidungsnorm,¹⁷ an der das BVerwG den Fall *Peter* mißt. An die Ausführungen des BVerfG zum Bestehen und Inhalt der Treuepflicht, zum Verhältnis von Treuepflicht (Art. 33 V GG) und Parteien»privileg« (Art. 21 II GG) und zum sog. Differenzierungsverbot behauptet das BVerwG, gebunden gewesen zu sein.¹⁸ Konnte man bisher davon ausgehen, daß der Entscheidung angesichts zahlreicher obiter dicta, Sondervoten und sonstiger Verlautbarungen¹⁹ eher eine Bindungswirkung geringen Umfangs zukommt,²⁰ ist mit dieser bisher einzigen Stellungnahme eines höchsten Gerichts zur Bindungswirkung der Berufsverbote-Entscheidung ein neues Argument gefallen, dessen praktische Bedeutung noch nicht absehbar ist. Eine gründliche Untersuchung der Argumente in Sachen Bindungswirkung stößt auf erhebliche Schwierigkeiten. Sie liegen in dem Umstand begründet, daß die Frage nach der Reichweite der Bindung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen bis heute nicht auch nur annähernd geklärt ist. Die Brisanz des Themas, welche nach *Hoffmann-Riem* »dauernde Aufmerksamkeit«²¹ gebietet, liegt auf der Hand: Die Frage nach der Bindungswirkung ist deshalb so heikel, weil mit ihr die Frage nach dem Verhältnis der Kompetenzen von Verfassungsgerichtsbarkeit und demokratischem Gesetzgeber gestellt ist.²² Ein Blick auf die bisher zur Frage der Bindungswirkung des Berufsverbote-Beschlusses veröffentlichten Ansichten läßt die weitreichende Unklarheit die Bindung betreffend sichtbar werden. In der ersten hierzu erschienenen Stellungnahme hat *Zuck* die These vertreten, die Bindungswirkung sei gering zu veranschlagen.²³ Bezugnehmend auf *Zuck* entwickelt *Lange* die Gegenthese. Nach ihr sind nur noch die Ausführungen des BVerfG zur Treuepflicht von Angestellten, die Passagen zu

15 Vgl. *Kurz/Rostmann*, Berufsverbotepraxis und Liberalisierungslegende, *Blätter* 1980, 821 (831).

16 Anlaß zur Hoffnung allerdings gibt das kürzlich bekannt gewordene Urteil des BDisG Kammer III-Stuttgart im Fall des Fernmeldeamtmanns und DKP-Mitglieds *Hans Meister*, der vom Vorwurf eines Dienstvergehens freigesprochen wurde, vgl. FR v. 13. 11. 82, S. 4.

17 Zum Begriff der Entscheidungsnorm vgl. *Müller*, *Juristische Methodik*, 3. Aufl., Berlin 1976, S. 119.

18 BVerfGE 39, 346 ff., 357 ff., 355; BVerwG NJW 82, 779, 780 Ziffer 22–4.

19 Der an der Entscheidung beteiligte Richter *Hirsch* hatte z. B. in einem *Interview* eingeräumt, daß »in die Urteilsgründe viel hineingeschrieben (wurde), was mit diesem eigentlichen Fall nichts zu tun gehabt hat«, FR v. 8. 9. 76, S. 11.

20 Vgl. *Zuck*, Zur Bindungswirkung der Radikalenentscheidung des BVerfG, *JuS* 75, 695; »der weitaus größte Teil der Entscheidung ist nicht ratio decidendi, sondern obiter dictum« (696).

21 *Hoffmann-Riem*, Beharrung oder Innovation – Zur Bindungswirkung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen, *Der Staat* 74, 335 ff. (335).

22 dazu *Eckertz*, Die Kompetenz des Bundesverfassungsgerichts und die Eigenheiten des Politischen, *Der Staat* 78, 183 ff.

23 *Zuck*, a. a. O., S. 698.

den geringeren Treuepflichtanforderungen bei Übernahme in den Vorbereitungsdienst und zur Frage der Neuordnung der Referendarausbildung von der Bindungswirkung ausgenommen und ausdrücklich als obiter dicta qualifiziert²⁴. Eine weitergehende Ansicht²⁵ macht selbst vor diesen obiter dicta »von seltener Reinkultur«²⁶ nicht halt. Restriktive Interpretationen der Bindungswirkung der Entscheidung finden sich bei *Sebald*,²⁷ *Sterzel*,²⁸ *Böwer*²⁹ und *Ridder*.³⁰

Das BVerwG macht sich im Peter-Urteil zunächst die These zu eigen, es sei gem. § 31 I BVerfGG nicht nur an den Tenor, sondern auch an »tragende Gründe« verfassungsgerichtlicher Entscheidungen gebunden. Bereits diese Annahme enthält hinsichtlich der Verhältnisbestimmung von § 31 I und § 31 II BVerfGG eine problematische Vorentscheidung. Die Karlsruher Entscheidung erging auf Grund eines Vorlagebeschlusses des VG Schleswig im Verfahren der konkreten Normenkontrolle nach Art. 100 I GG, §§ 13 Nr. 11, 80, 81, 82 BVerfGG. Das BVerfG hatte über die Vereinbarkeit einer landesrechtlichen Vorschrift des Beamtenrechts (§ 9 I Nr. 2 SchlHBG) mit dem GG zu befinden, nach der Beamtenanwärtern die Gewährleistung abverlangt wird, jederzeit für die »freiheitliche demokratische Grundordnung« einzutreten. Entscheidungen im Verfahren der konkreten Normenkontrolle erlangen nach § 32 II BVerfGG Gesetzeskraft und gelten »inter omnes«. Ob daneben, wie das BVerwG meint, § 31 I BVerfGG Anwendung finden kann, ist nach dem Wortlaut nicht ausgeschlossen, erscheint aber prima facie schon aus systematischen Gründen bedenklich. Angesichts der sich auftuenden Schwierigkeit einer Abgrenzung beider Absätze ist zunächst nach der Reichweite der Gesetzeskraft (Abs. II) und der Bindungswirkung (Abs. I) zu fragen. Die Gesetzeskraft des Abs. II bezieht sich, insoweit besteht Einigkeit, allein auf den in der Entscheidungsformel niedergelegten Tenor.³¹ Heftig umstritten ist hingegen die Frage, ob im Rahmen des § 31 I BVerfGG die Entscheidungsgründe an der Bindungswirkung teilhaben. Die Beantwortung dieser Frage bleibt nicht ohne Folgen für die Verhältnisbestimmung beider Absätze. Für eine kumulative Anwendung des § 31 I BVerfGG bei Entscheidungen, die schon nach § 31 II BVerfGG in Gesetzeskraft ergehen, bestünde nämlich nur dann Anlaß, wenn die Bindungswirkung hier über den Tenor hinaus ein Mehr umfaßte. Ließe sich eine solche weiterreichende Bindung nicht aufweisen, bliebe es bei der auf Abs. II beruhenden Gesetzeskraft der Entscheidungsformel, da eine Anwendung des § 31 I neben § 31 II BVerfGG dann sinnlos wäre.³²

Nach § 31 I BVerfGG binden Entscheidungen des BVerfG die »Verfassungsorgane des Bundes und der Länder sowie alle Gerichte und Behörden«. Unstreitig umfaßt diese Bindung den Entscheidungstenor. Das BVerfG hat darüber hinaus bereits in einer seiner ersten Entscheidungen³³ ohne nähere Begründung³⁴ die tragenden Ent-

24 *Lange*, »Radikale im öffentlichen Dienst«, NJW 76, 1809 ff (1812 ff).

25 *Schick*, Der »Radikalenbeschuß« des Bundesverfassungsgerichts – Inhalt und Konsequenzen, NJW 75, 2169 ff., erstreckt die Bindungswirkung auch auf die Ausführungen zur Treuepflicht von Angestellten (2173); »strikt bindend« sei auch der Auftrag an den Gesetzgeber, für den Vorbereitungsdienst »Lösungen in der vom BVerfG angedeuteten Richtung zu finden« (2172).

26 *Ridder*, Berufsverbote, Monument II: Das Berufsurteil im Disziplinarverfahren gegen Hans Peter, DuR 82, 43 ff. (48).

27 *Sebald*, Mitgliedschaft in nicht verbotenen Parteien und Zulassung zum öffentlichen Dienst, DuR 80, 70 ff.

28 *Sterzel*, a. a. O. (Fn. 1), S. 57 ff.

29 *Böwer*, Zur Bindungswirkung der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, in: Abendroth/Az-zola/u. a., Schutz oder Beugung der Verfassung, Köln 1975, S. 19 ff.

30 *Ridder*, a. a. O., 43 ff.

31 für viele: *Maunz*, in: *Maunz/Sigloch/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Ulsamer*, BVerfGG, Kommentar, § 31 Rdnr. 12.

32 vgl. *Hoffmann-Riem*, a. a. O., 338.

33 BVerfGE 1, 14 (37) (Südweststaaturteil); 19, 377 (391); 20, 56 (87); 24, 289 (397).

34 An Stelle einer »dringend gebotenen Begründung dieser These« (*Sigloch*, in: *Maunz/Sigloch/u. a.*,

scheidungsgründe in die Bindungswirkung einbezogen. In späteren Entscheidungen hat es die Bindungswirkung auch noch auf verfassungskonforme Gesetzesinterpretationen ausgedehnt.³⁵ Im Grundlagenvertragsurteil erklärt es unter gleichzeitiger Abgabe eines (Lippen) Bekenntnisses zum Grundsatz des »judicial self-restraint« kurzerhand »alle Ausführungen der Urteilsbegründung«, darunter auch rein empirische Feststellungen, zu tragenden Gründen.³⁶

Die Ausdehnung der Bindungswirkung auf tragende Gründe durch das BVerfG ist in der Judikatur der übrigen Gerichte und der Literatur streitig geblieben.³⁷ Das BVerwG geht in dem Peter-Urteil auf diese Problematik nicht ein, obwohl dazu angesichts zahlreicher Stellungnahmen aus jüngster Zeit durchaus Anlaß gewesen wäre.³⁸ Gegen eine Erstreckung der Bindungswirkung auf tragende Entscheidungsgründe sind einige zentrale Einwände hervorzuheben.

Erstens ist bis heute nicht (nach über 30 Jahren) auch nur der Ansatz einer Klarheit entstanden, was eigentlich tragender Grund einer Entscheidung ist.³⁹ *Seuffert* hat darauf hingewiesen, daß auch die Rechtsprechung des BVerfG in dieser Frage alles andere als eindeutig ist;⁴⁰ die Literatur hat diesbezüglich »eine Fülle von Leerformeln serviert«, die erlauben, »immer das als tragend zu definieren, was gerade paßt«. ⁴¹ Das BVerwG hat im Peter-Urteil in Anlehnung an eine Meinung in der Literatur⁴² eine Abgrenzung tragender von nicht tragenden Gründen in einem ersten Begründungsschritt durch einen (in seiner Einfachheit verblüffenden) Rückgriff auf die Leitsätze des Berufsverbote-Beschlusses vorgenommen. Durch die Hervorhebung seiner Ausführungen zur Treuepflicht (Art. 33 V GG), zu Art. 21 II GG und zum sog. Differenzierungsverbot⁴³ habe das BVerfG zum Ausdruck gebracht, was es als Kern seiner Entscheidung mit bindender Wirkung ausstatten will.⁴⁴ Abgesehen davon, daß Leitsätze schon deshalb nicht binden können, weil sie überhaupt nicht Bestandteil der Entscheidung sind⁴⁵, demonstriert die ausgefertigte Leitsatzbildung des »Radikalen«

a. a. O., § 81 Rdnr. 24, Fn. 8) hat das BVerfG bisher nur »Ersatzbefriedigung durch Kettenzitiererei angeboten« (*Hoffmann-Riem*, a. a. O., 339).

35 wohl zuerst in BVerfGE 30, 1 ff. (G-10); 40, 88 (94); 42, 243 (260).

36 BVerfGE 36, 1; vgl. dazu: *Wilke/Koch*, Außenpolitik nach Anweisung des Bundesverfassungsgerichts?, JZ 75, 233 ff.

37 Einen Aufstand gegen die Bindungswirkung bewirkte das Urteil des BVerfG (E 3, 58 ff.), nach dem alle Beamtenverhältnisse mit dem 8. 5. 45 erloschen waren; dazu: BGH GSZ 13, 265 (271 ff.); BDisH DÖV 55, 300 ff.; BayVerfGE 6, 95; VG Frankfurt, NJW 55, 925 f.

38 Nach *Seuffert*, Über Gesetzgebung, Rechtsprechung und Bindungswirkung, AöR 79, 167 ff. (199) sollte man »von der fabulösen »besonderen Bindungswirkung« Abschied nehmen«; ebenso *Schlaich*, Verfassungsgerichtsbarkeit im Gelüge der Staatsfunktionen, VVDStRL 39, 138; zuletzt *ders.*, Das Bundesverfassungsgericht – Stellung, Verfahren, Entscheidung, JuS 82, 197 ff.; *Wischermann*, Rechtskraft und Bindungswirkung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen, Berlin 1979, begreift »die extensive Auslegung des § 31 I BVerfGG als weiteren, wichtigen Mosaikstein in dem Prozeß einer ständigen Kompetenzerweiterung der Verfassungsgerichtsbarkeit« (110); *Häberle* wendet sich in einer Rezension dieser Schrift, NJW 80, 1734 (1735), gegen »jede Art von erzwingender Bindungsideologie mit formellen Mitteln«; *Eckertz*, a. a. O. 183 ff.; *Hoffmann-Riem*, a. a. O., 335 ff.

39 *Schlaich*, VVDStRL 39, 140.

40 *Seuffert*, a. a. O., 192 ff.

41 so *Hoffmann-Riem*, a. a. O., 349; das gilt auch für das Kriterium »denknotwendige Prämissen« (*Maunz*, in: *Maunz/Sigloch/u.*, a. a. O., § 31 Rdnr. 12) und die häufig verwendete Formel, »bindende Kraft haben nur die Sätze, die aus den Vorschriften des GG oder des sonstigen Rechts eine Folgerung ableiten, mit der der Tenor steht und fällt« (*Geiger*, Gesetz über das BVerfG, Kommentar, Berlin/Ffm 1952, § 31 Anm. 6). Die Schwierigkeit, Sätze, mit denen der Tenor steht und fällt oder Prämissen, die der Tenor denknotwendig voraussetzt, von anderen Sätzen bzw. Prämissen zu unterscheiden, besteht weiterhin.

42 *Maunz*, in: *Maunz/Sigloch/u.*, a. a. O., § 31 Rdnr. 12.

43 Entgegen der Annahme des BVerwG hat das BVerfG ein Verbot der Differenzierung nach dienstlichen Obliegenheiten nicht in einem Leitsatz, sondern nur im Text (E 39, 355) ausgesprochen.

44 BVerwG, NJW 82, 780.

45 Vgl. *Baring*, Die Bindung an das Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 17. Dez. 1953, ZBR 1954, 65 ff., der Leitsätze als der Entscheidung »vorangestellte (unverbindliche) Überschrift oder Inhaltsan-

judikats eindrücklich die gänzliche Untauglichkeit dieses Kriteriums. Niemand wird ernsthaft behaupten können, daß es sich bei den Ausführungen des BVerfG zur Treuepflicht von *Angestellten* um einen die Entscheidung, – § 9 I Nr. 2 SchlHBeamtengesetz sei mit der Verfassung vereinbar –, tragenden Grund handelt.⁴⁶ Dennoch hat das BVerfG seine diesbezüglichen »der Vollständigkeit halber«⁴⁷ ergangenen Anmerkungen in einen Leitsatz (LS 7) gefaßt.

Zweitens legt eine systematische Interpretation des § 31 I BVerfGG eine restriktive Interpretation dieser Bestimmung nahe. Nach § 67 S. 3 BVerfGG kann »das Bundesverfassungsgericht . . . in der Entscheidungsformel zugleich eine für die Auslegung der Bestimmung des Grundgesetz erhebliche Rechtsfrage entscheiden, . . .«. Diese Regelung sowie die auf sie verweisenden Bestimmungen der §§ 69, 72 II, 74 BVerfGG wären überflüssig, wenn eine Bindung an tragende Gründe schon nach § 31 I BVerfGG eintreten würde.⁴⁸ Das gleiche Ergebnis läßt sich in Anknüpfung an einzelne Bestimmungen des Verfassungsbeschwerdeverfahrens (§§ 95 I S. 2, 95 III BVerfGG) gewinnen. Insbesondere auch § 81 BVerfGG, wonach das BVerfG im Verfahren der konkreten Normenkontrolle allein über die vom Ausgangsgericht vorgelegte »Rechtsfrage« entscheidet, indiziert eine restriktive Interpretation des § 31 I BVerfGG.⁴⁹

Drittens steht die Bindung an Entscheidungsgründe im Widerspruch zur herkömmlichen Funktion einer Gerichtsentscheidung, weil sie dieser eine selbständige Rechtsatzfunktion zuschreibt.⁵⁰ Der Erlaß verbindlicher Rechtsnormen ist nach dem Konzept des demokratischen Rechtsstaats dem Gesetzgeber vorbehalten. Eine weitreichende Bindungswirkung ist mit der grundgesetzlichen Funktionsordnung unvereinbar, da sie zu erheblichen Überschneidungen der Kompetenzbereiche von BVerfG und Gesetzgeber führt.⁵¹

Als *Ergebnis* bleibt festzuhalten: Die extensive Auffassung von der Bindungswirkung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen läßt sich aus einer Auslegung von § 31 I BVerfGG, welche mehr ist als bloße Behauptung, nicht rechtfertigen; sie widerspricht auch der Funktionsordnung des GG. Die Verbindlichkeit verfassungsgerichtlicher Judikate erschöpft sich daher bei Normenkontrollentscheidungen auf die Gesetzeskraft des Entscheidungstenors nach § 31 II BVerfGG, bei allen übrigen Entscheidungen auf die Bindung der in § 31 I BVerfGG bezeichneten staatlichen Stellen an den Entscheidungstenor. Die zu beachtende Verbindlichkeit der Berufsverbote-Entscheidung beschränkt sich somit auf die nach § 31 II BVerfGG angeord-

gabe« (66) qualifiziert, die häufig nicht einmal vom Gericht selbst, sondern von hausinternen Redaktionskommissionen oder »Schriftleitungen« juristischer Fachzeitschriften erstellt werden (67). Auch werden Leitsätze den Prozeßbeteiligten nicht zugestellt, was zwingend erforderlich wäre, sollten sie die ihnen zugeschriebenen Wirkungen entfalten (67); vgl. auch *Riäder*, a. a. O., (Fn. 26), 48, der darauf hinweist, daß Leitsätze in keiner Prozeßordnung vorgesehen sind.

⁴⁶ *Schick*, 2. a. O. (Fn. 23), 2173 nimmt eine Bindung in diesem Punkt an, erklärt jedoch ausdrücklich, daß es sich hier um ein obiter dictum handelt.

⁴⁷ BVerfGE 39, 334 (355).

⁴⁸ zur systematischen Interpretation vgl., *Wischermann*, a. a. O., 14; *Seuffert*, 2. a. O., 190.

⁴⁹ Die Frage nach der Reichweite der Bindung verfassungsgerichtl. Entscheidungen beantworten nach § 81 BVerfGG restriktiv: *Sigloch*, in: *Maunz/Sigloch/u.* a., 2. a. O., § 81 Rdnr. 24 m. w. N.; es gibt einige Versuche, für das spezifische Verfahren der konkreten Normenkontrolle die Reichweite der Bindung nach § 81 BVerfGG abweichend von § 31 BVerfGG zu beurteilen. Diese Variante einer Begrenzung der Bindungswirkung harret u. E. noch einer genauen Begründung und soll hier nicht verfolgt werden. Im Hinblick auf die Berufsverbote-Entscheidung beschränken die Bindungswirkung unter Rekurs auf § 81 BVerfGG *Zuck*, 2. a. O., 696; *Sterzel*, 2. a. O., 62.

⁵⁰ So bereits *Arndt*, Das Bundesverfassungsgericht, DVBl 52, 1 ff. (2); »Wollte man . . . nicht im Bundesgesetzblatt zu veröffentlichende Gründe mit Gesetzeskraft oder wenigstens mit Bindung für die Gerichte und Behörden ausstatten, so käme man zu unverkündeten »Gesetzen« in der unbestimmten Form von Entscheidungsgründen – ein mit rechtsstaatlichem Denken schlechterdings unvereinbares Ergebnis!«

⁵¹ *Wischermann*, a. a. O., 64 ff.; *Eckertz*, 2. a. O., 183 ff.

nete Gesetzeskraft. Da die Entscheidungsformel im Berufsverbote-Beschluß eine Vorschrift des Schleswig-Holsteinischen Beamtengesetzes betraf, reicht die Gesetzeskraft über das Land Schleswig-Holstein nicht hinaus.⁵²

Daß das BVerwG im Peter-Urteil mit dogmatisch nicht haltbarer Begründung eine weitreichende Bindungswirkung an einzelne Versatzstücke der Karlsruher Entscheidung annimmt, läßt vermuten, daß es dem Gericht eher darum ging, mit lästigen Kontroversen und der anhaltenden Kritik an der Berufsverbote-Judikatur »kurzen Prozeß« zu machen. Unter Berufung auf die Bindung nach § 31 I BVerfGG konnte das BVerwG das »umfangreiche Verteidigungsvorbringen«, welches nach Worten des Gerichts »im wesentlichen auf eine Kritik der Rechtsprechung des BVerfG hinausläuft«⁵³, einfach leerlaufen lassen. Nichts ist besser geeignet, »querulatorische« Kritik zu beenden und anhaltende Kontroversen in der Literatur schlicht zu Makulatur bzw. zum Terrain folgenloser Glasperlenspiele zu erklären, als die Behauptung, alles Strittige sei bereits im Jahre 1975 für alle in Behörden und Gerichten praktisch tätigen Juristen autoritativ entschieden worden. Indem das BVerwG eine Bindung an die Rechtsauffassung des BVerfG bezüglich der Sperrwirkung des Art. 21 II GG annimmt, enthebt es sich gleichzeitig der Auseinandersetzung mit den vorangegangenen Schlingerbewegungen (nicht nur) seiner eigenen diesbezüglichen Judikatur.

III. Entscheidungsmonopol des Bundesverfassungsgerichts

Mit Ausnahme des sog. Differenzierungsverbotes sind jene drei Versatzstücke des Berufsverbote-Beschlusses, welche das BVerwG an zentralen Stellen seiner Argumentation einfach übernimmt, vor der Entscheidung des BVerfG Gegenstand einer langjährigen, mit dem Ministerpräsidenten-Beschluß⁵⁴ von 1972 verstärkt wieder einsetzenden juristischen Kontroverse⁵⁵ gewesen, welche bis heute andauert.⁵⁶ In dieser fachinternen Diskussion hat die Auseinandersetzung um die Interpretation des *Entscheidungsmonopols des BVerfG nach Art. 21 II 2 GG*⁵⁷ und dessen Schutzwirkung für die Tätigkeit von Parteimitgliedern, welche landläufig als Frage der Geltung des Parteien»privilegs«⁵⁸ im Bereich des öffentlichen Dienstes diskutiert werden, eine wichtige Rolle gespielt. Die Geltung von Art. 21 II 2 GG wurde erstmals und ex-

52 Vgl. *Lange*, 2. a. O., 1810; die Gesetzeskraft erstreckt sich auch nicht auf gleichlautende Rechtsnormen in Bund und Ländern, da grundsätzlich »die eine verfassungsmäßig sein (kann), während die andere – etwa wegen ihrer Einbettung in ein andersartiges Gesamtregelungssystem oder wegen abweichender tatsächlicher Verhältnisse – möglicherweise gegen die Verfassung verstößt«; ebenso *Böwer*, 2. a. O., S. 21.

53 BVerwG NJW 82, 780.

54 abgedr. in: Wortlaut und Kritik der verfassungswidrigen Januarbeschlüsse, Köln 1972 (= Nachdruck aus Heft 2 u. 3/1972 der Blätter f. dt. u. internat. Politik).

55 Für die Zeit bis 1945 vgl. *Azzola/Lautner*, Loyalitätspflicht und politische Kommunikationsrechte der Beamten, ZBR 1973, 125 (125 f.) m. w. Nw.; für die 50er Jahre zahlreiche Nw. bei *dies.*, Öffentlicher Dienst, »Verfassungsfeinde« und Parteienprivileg, ZRP 1973, 243 Fn. 2; einen Überblick über den Streit in der Literatur aus den Jahren 1974–76 gibt *Dreier*, Verfassung und Ideologie, in: *dies.*, Recht-Moral-Ideologie, Ffm 1981, S. 146 Fn 6; zur Diskussion nach dem Ministerpräsidentenbeschuß vgl. die Nachweise bei *Azzola/Lautner*, ZRP 1973, 244 Fn. 4 u. 5; einen Überblick über die *Rspr.* vor dem Berufsverbote-Beschluß gibt *Weiß*, Die Verfassungstreuepflicht des Beamten im Spiegel der Rechtsprechung, ZBR 1974, 81 ff. (85–89).

56 Vgl. den mit zahlreichen Nw. versehenen Überblick über die Kontroverse nach dem Berufsverbote-Beschluß, welcher »nicht die erhoffte friedensstiftende Wirkung« gehabt habe, bei *Battis*, BBG, München 1980, § 7 Anm. 3d dd (= S. 67 f.).

57 Von den neueren Beiträgen dazu vgl. etwa *Lorenz*, Verfassungswidrige Parteien und Entscheidungsmonopol des BVerfG, AöR 101 (1976) 1–24 m. w. Nw.

58 Zum ambivalenten und mißverständlichen Charakter des Begriffs »Privileg« im Zusammenhang der Parteiverbotsmöglichkeit nach Art. 21 II GG vgl. *Ridder*, »Parteienprivileg« und Grundgesetz, in: *dies.*, Zur Ideologie der »streitbaren Demokratie«, Berlin 1979, S. 21–26.

plizit im Peter-Urteil für den Teilbereich des Disziplinarrechts bestritten. Diese Detailfrage war bis dahin von höchstrichterlicher Seite nicht entschieden worden. Vieles spricht gegen die Plausibilität jener vom BVerwG vollzogenen Ausdehnung auf das Disziplinarrecht, zumal es dabei keine neuen Argumente anführt, sondern sich bloß affirmativ auf die einschlägigen, ihrerseits sehr vage gehaltenen obiter dicta des BVerfG-Beschlusses zum öffentlichen Dienstrecht insgesamt bezieht.

Anstatt die Gegenargumente erneut aufzuzählen, wollen wir lediglich daran erinnern, daß die derzeit in Rechtsprechung und Lehre als »hM« firmierende Interpretation von Art. 21 II 2 GG gar nicht so altbewährt und unangefochten ist, wie sie selbst Glauben machen will. Dies mag nicht zuletzt ein prophylaktisches Mittel gegen jene umsichgreifende Amnesie sein, wie sie heute allerorten in juristischen Fachkreisen beobachtet werden kann. Die dem vorgelagerte Problematik, ob das Gebot einer sog. politischen Treuepflicht, – wie es z. B. in § 52 II BBG normiert sein soll –, im Wege der Interpretation von Art. 33 V GG als ein hergebrachter Grundsatz des Berufsbeamtentums auf der Ebene des *Verfassungsrechts* verankert werden kann, soll hier ebensowenig diskutiert werden wie die weitere Frage, ob die Konkretisierung eines solchen Gebotes als Zugriff auf das *forum internum* des Beamten, wie sie gängigerweise heute durchgeführt wird, juristisch haltbar ist.⁵⁹ Vielmehr soll also im folgenden den im Laufe der Interpretationsgeschichte des Art. 21 II 2 GG zu beobachtenden Schlingerbewegungen der »hM« nachgegangen werden, wobei die Rechtsprechung des BVerwG besonders berücksichtigt wird.

Vor ihrem zweckdienlichen Umschwung zu Beginn der 70er Jahre ging die »hM« jedenfalls genau von der gegenteiligen Interpretation des Art. 21 II 2 GG aus: »Daß die Mitgliedschaft in einer der Verfassungswidrigkeit verdächtigen, aber vom BVerfG nicht überführten Partei, die Unterstützung dieser Partei und die Betätigung für sie als solche eine Verletzung der beamtenrechtlichen Treuepflicht *nicht* darstellen und ein disziplinarrechtliches Einschreiten nicht rechtfertigten, kann denn auch für die 60er Jahre als die herrschende Auffassung gelten.«⁶⁰ Diese damals herrschende Auffassung stützte sich ihrerseits vorallem auf ein Urteil des BVerfG, und zwar auf jenes Urteil des Zweiten Senates vom 21. März 1961⁶¹, auf welches sich übrigens auch noch 1975 der dissenter Rupp⁶² im späteren Berufsverbote-Beschluß bezog. Ein deutliches Zeichen dafür, daß die von der Senatsmehrheit vollzogene Wende nicht ganz so glatt über die Bühne lief. 1961 hatte jedenfalls der Zweite Senat des BVerfG anlässlich der Verfassungswidrigkeitserklärung von § 90a StGB a. F.⁶³ allgemein ausgeführt, daß »bis zur Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts . . . niemand die Verfassungswidrigkeit einer Partei rechtlich geltend machen« könne. Und weiter hieß es dort: »Das in erster Linie die Parteiorganisation schützende Privileg des Art. 21 Abs. 2 GG erstreckt sich auch auf die mit allgemein erlaubten Mitteln arbeitende parteioffizielle Tätigkeit der Funktionäre und Anhänger einer Partei.«⁶⁴ Was aber anderes tut heute das BVerwG, als die Verfassungswidrigkeit der DKP rechtlich geltend zu machen, wenn es Peter vorwirft, er habe deshalb ein Dienstvergehen

59 Vgl. das Urteil des VG Freiburg, NJW 1981, 2829; zur Kritik einer solchermaßen einseitig aufbereiteten polit. Treuepflicht vgl. Schlink, Zwischen Identifikation und Distanz, Der Staat 15 (1976), 335 ff. (336–345); zum historischen Aspekt vgl. die vorzügliche Dokumentation von E. Brandt (Hrsg.), Die politische Treuepflicht. Rechtsquellen zur Geschichte des deutschen Berufsbeamtentums, Karlsruhe-Heidelberg 1976.

60 Schlink, a. a. O., 344, m. zahlr. Nw. in Fn. 34.

61 BVerfGE 12, 296–308.

62 Vgl. BVerfGE 39, 334, 378 ff. (380–385).

63 abgedr. in: v. Brünneck, Politische Justiz gegen Kommunisten in der Bundesrepublik Deutschland, Ffm 1978, S. 390 f.

64 BVerfGE 12, 296 f. (Leitsätze 1 u. 2); S. 304 u. 305 der Urteilsgründe.

begangen, weil er in einer Partei tätig ist, deren Ziele nach Meinung des BVerwG mit der »freiheitlichen demokratischen Grundordnung« »unvereinbar« sind und deshalb seine Entlassung anordnet? Eine Entlassung auf dem Weg des Disziplinarrechts, gestützt ausschließlich auf eine »mit allgemein erlaubten Mitteln« von statten gehende Parteiarbeit ist nun einmal das beamtenrechtliche Geltendmachen der Verfassungswidrigkeit⁶⁵ der betreffenden Partei. Die Etablierung des im GG nicht anzutreffenden Begriffs der »Verfassungsfeindlichkeit« als eine Kategorie des Verfassungsrechts⁶⁶, wie sie vom BVerfG⁶⁷ bereits 1975 vollzogen wurde und nun im Peter-Urteil des BVerwG unter dem Stichwort sog. Unvereinbarkeit der DKP-Ziele mit der »freiheitlichen demokratischen Grundordnung« wiederauftaucht, ist nichts anderes als die pseudo-juristische Bemäntelung der Durchbrechung des Entscheidungsmonopols des BVerfG. Fatale Konsequenz ist die Statuierung legaler Parteien 1. und 2. Klasse, wobei der Legalität »verfassungsfeindlicher« Parteien der 2. Klasse der für deren Mitglieder folgenreiche Makel des Noch-nicht-Verborens anhaftet.

Anhand der Wandlungen der »hM« in Sachen Entscheidungsmonopol und öffentlichem Dienstrecht läßt sich beispielhaft das Durchschlagen politischer Optionen auf den Vorgang der Interpretation von Verfassungsnormen aufzeigen⁶⁸.

Die für die Rechtsprechung des BVerfG⁶⁹ bereits erwähnte Schlingerbewegung der »hM« läßt sich auch bei der Rechtsprechung des BVerwG⁷⁰ beobachten: In einem Urteil vom 10. März 1960⁷¹ hatte es die Nichtgeltung von Art. 21 II 2 GG für den

65 Wenn dabei einmal – »ersichtlich versehendlich« – eine Unterinstanz im Klartext von der »Verfassungswidrigkeit der DKP« spricht, kann die höchstrichterliche Revisionsinstanz einen solchen fauxpas verständnisvoll durchgehen lassen, vgl. BVerwG ZBR 1980, 119 (122).

66 Vgl. Schlink, a. a. O., 335 f., der unter Verweis auf Carl Schmitt (336 Fn. 4) daran erinnert, »daß durch die Feinderklärung politische Verhältnisse existenziell und rechtliche Regelungen gesprengt werden«; desweiteren V. Neumann, Die innerstaatliche Feinderklärung. Eine Anmerkung zur Freund-Feind-Theorie Carl Schmitts und ihrer Aktualität, DuR 1976, 353–366.

67 Vgl. BVerfGE 39, 334 (335, Leitsatz 8), 359.

68 Vgl. Wesel, hM, in: ders., Aufklärungen über Recht, Ffm 1981, S. 14 ff. (26–32).

69 Als einschlägige Entscheidungen sind hier zu nennen: BVerfG E 9, 162 (§§ 80, 81, StGB a. F. verfassungsmäßig); 12, 296 (§ 90a StGB a. F. verfassungswidrig); 13, 46 (verfassungskonforme Interpretation von § 6 I Nr. 2 BEG); 13, 123 (Bezeichnung der DFU durch den Bundesinnenminister als »kommunistische Hilfsorganisation« anlässlich einer parlamentarischen Anfrage verfassungsmäßig); 17, 155 (verfassungskonforme Interpretation von § 129 StGB a. F.); 39, 334 (§ 9 I Nr. 2 schl.-holst. LBG verfassungsmäßig = Berufsverbote-Beschluß); 40, 287 (Bezeichnung der NPD im VS-Bericht als Partei mit »verfassungsfeindlicher Zielsetzung und Betätigung« verfassungsmäßig); 57, 1 (Bezeichnung der NPD durch den Bundesinnenminister als Partei mit »verfassungsfeindlicher Zielsetzung« anlässlich einer parlamentarischen Anfrage verfassungsmäßig).

70 Als einschlägige Entscheidungen sind hier zu nennen: BVerwG E 10, 213 (Entlassung eines Widerrufsbeamten wegen dessen Tätigkeit als KPD-Stadtrat verfassungsmäßig); MDR 1961, 624 (Ablehnung einer freiwilligen Fürsorgeleistung wegen Mitgliedschaft in der Gesellschaft für deutsch-sowjetische Freundschaft verfassungswidrig); MDR 1964, 872 (Ausschluß von »Wiedergutmachungsleistung wegen Bekämpfung der freiheitlich demokratischen Grundordnung verfassungswidrig; Erstreckung des Parteien»privilegs« auch auf die mit allgemein erlaubten Mitteln arbeitende parteioffizielle Tätigkeit der Funktionäre und Anhänger einer Partei, zustimmend bezugnehmend auf BVerfGE 9, 162 und 13, 46 = stillschweigende Aufgabe von BVerwGE 10, 213); I. Wehrdienstsenat DVBl 1973, 812 mit Anm. Henke = NJW 1973, 1662 mit Anm. Battis (Versetzung eines Oberleutnants wegen dessen NPD-Mitgliedschaft verfassungswidrig; zustimmend bezugnehmend auf BVerfGE 9, 162; 12, 296; 13, 46; 13, 123; 17, 155 unter expliziter Aufgabe der in BVerwGE 10, 213 vertretenen Auffassung); 47, 330 (Ablehnung einer Lehramtsbewerberin wegen DKP-Mitgliedschaft verfassungsmäßig = Lenhart-Urteil; bezugnehmend auf BVerfGE 12, 296; 13, 46; 17, 155; Insbesondere 12, 296 dürfe nicht auf das Beamtenrecht übertragen werden, da das BVerfG in den genannten Urteilen das Verhältnis von Art. 21 II GG »zu Vorschriften des allgemeinen Rechtslebens« geprüft habe, a. a. O., 347, – das Gleiche gelte für die eigene Rspr. in MDR 1964, 872. Hier vollzieht das BVerwG mit der dubiosen Aufspaltung in Beamten- und Bürgernormen die neuerliche Wende); 52, 313 (Ablehnung des Antrags der Hamb. Universität auf Erteilung eines Lehrauftrags durch die Behörde für Wissenschaft und Kunst wegen DKP-Mitgliedschaft des Bewerbers verfassungsmäßig = Gohl-Urteil; bezugnehmend auf das Lenhart-Urteil, 47, 330, welches nunmehr durch BVerfGE 39, 334 bestätigt worden sei, a. a. O., 327).

71 BVerwGE 10, 213.

Bereich des Disziplinarrechts mit der später als »spitzfindig« kritisierten⁷¹ Unterscheidung zwischen dem Nichteintreten des Beamten für die Verfassung und dem Kampf der Partei gegen die Verfassung gerechtfertigt. Später jedoch gab es in einer Entscheidung zum »Wiedergutmachungs«-recht aus dem Jahre 1964⁷² zunächst stillschweigend, dann in einem Beschluß des I. Wehrdienstsenates von 1973⁷³ explizit unter Berufung auf das oben genannte Urteil des BVerfG aus dem Jahre 1961⁷⁴ seine frühere Rechtsprechung⁷⁵ auf. Der Beschluß des I. Wehrdienstsenates in der Disziplinarsache gegen einen NPD-Oberstleutnant fiel jedoch unglücklicherweise genau in jene Zeit, in der die »hM« gerade dabei war, sich für die Treuepflicht stark zu machen und gegen Art. 21 II 2 GG zu formieren. Beim BVerwG bemerkte man aber sogleich diese kleine, der neuerlichen Umbildung der »hM« abträgliche Fehlleistung und ließ auf eine recht ungewöhnliche Weise flugs durch die hauseigene Pressestelle klarstellen: »Eine Entscheidung der Beamtensenate . . . zu der Frage, ob das Mitglied einer »radikalen« Partei als Beamter oder Richter eingestellt werden kann, oder eine sonstige Entscheidung zu dem genannten Fragenkomplex«⁷⁷ sei nicht ergangen. Die Entscheidung sei vielmehr zur Prüfung der Frage der Treuepflicht während des Dienstes, nicht für die Prüfung der Treuepflicht vor der Einstellung ergangen. Diese Erklärung hielt man beim BVerwG offensichtlich deshalb für angebracht, weil kurz zuvor der (sozialdemokratische) Justizminister von Nordrhein-Westfalen besagten Beschluß des Wehrdienstsenates an die Öffentlichkeit gebracht hatte und – völlig zu recht – erklärte, dieser Beschluß bestätige die Richtigkeit seiner Entscheidung, das DKP-Mitglied Götz als Richter einstellen zu wollen.⁷⁸ Nach diesem Dementi konnte man unschwer ahnen, in welche Richtung die Karawane namens »hM« demnächst ziehen würde. Wenig später wurde dann prompt in einem Grundsatz-Urteil des BVerwG vom 6. Februar 1975 erstmals die neue Position ausführlich höchststrichterlicherseits begründet; und mit dem wenige Monate später folgenden Berufsverbote-Beschluß des BVerfG vom 22. Mai 1975 sowie dem Urteil des BAG vom 31. März 1976⁷⁹ war schließlich die neue »hM« perfekt. In einem Urteil aus dem Jahre 1977 konnte sich das BVerwG bereits selbstgewiß auf die Bestätigung seiner im *Lenhart*-Urteil geäußerten Rechtsauffassung durch das BVerfG berufen⁸⁰, ganz so, wie es das erst jüngst wieder im *Peter*-Urteil an zentraler Stelle getan hat.

Dort rechtfertigt das BVerwG seine Kompetenzanmaßung mit einem pauschalen Hinweis auf den Berufsverbote-Beschluß des BVerfG, in dem jedoch – trotz flächendeckender obiter dicta – kein Wort darüber zu finden ist, daß etwa andere Gerichte, wenn es gerade in den Kram paßt, so ganz nebenbei über die Frage der Vereinbarkeit der DKP-Ziele (oder derjenigen irgendeiner anderen Partei) mit der »freiheitlich demokratischen Grundordnung« zu entscheiden befugt seien. Wichtiger ist allerdings die Feststellung, daß sich das BVerwG in Sachen Entscheidungsmonopol/Parteienprivileg selbst im Wege steht; jedenfalls ist es im *Peter*-Urteil nicht mehr seiner Meinung: Im *Lenhart*-Urteil des Jahres 1975 hatte es nämlich noch

72 Vgl. *Kriete*, Kommunisten als Beamte?, ZRP 1971, 273 (274) sowie *Battis*, NJW 1973, 1663.

73 MDR 1964, 872.

74 DVBl 1973, 812 = NJW 1973, 1662; als außerdienstliche Äußerung eines Richters am BVerwG, der bei den Wehrdienstsenaten tätig ist vgl. *Schweiger*, Parteienprivileg und dienstrechtliche Treuepflicht, JZ 1974, 743 ff.

75 BVerfGE 12, 296.

76 Vgl. BVerwGE 10, 213 (Urteil vom 10. 3. 1960).

77 Zitiert nach *Battis*, NJW 1973, 1663.

78 Vgl. ebenda; OVG Münster, DuR 1980, 203 (Bestätigung des Berufsverbots im »Fall« Götz).

79 BAG NJW 76, 1708.

80 BVerwGE 52, 313 (327); vgl. die ausführliche Revisionsbegründung von *Ridder*, in: *ders.*, Ideologie der »streitbaren Demokratie«, S. 27 ff.

im Zusammenhang der Rechtfertigung seiner Zuständigkeit gemäß § 40 I VwGO⁸¹ ausgeführt, diese sei gegeben, da man ja schließlich bloß über die Eignung einer Beamtenbewerberin entscheide. Die DKP hingegen sei als politische Partei »weder Beteiligte in diesem Verwaltungsstreitverfahren noch wird über sie und ihre Ziele eine Entscheidung gefällt. Das wäre wegen Art. 21 Abs. 2 Satz 2 GG . . . auch gar nicht möglich.«⁸² Im Peter-Urteil des Jahres 1981 heißt es im Hinblick auf die Prüfung der DKP-Ziele und der fehlenden Beteiligung der Partei am Verfahren, es sei »zudem prozessual nichts Ungewöhnliches, daß Verhaltensweisen eines Nichtbeteiligten in einem Verfahren beurteilt werden.«⁸³ Es mag dahingestellt sein, ob die vom BVerwG durchgeführte Prüfung »ungewöhnlich« ist; jedenfalls ist sie verfassungswidrig, weil mit ihr über die Frage der Verfassungswidrigkeit einer Partei außerhalb des dafür allein vorgesehenen Verfahrens entschieden wird.

Was die Prüfung der DKP-Ziele selbst betrifft, so ist zunächst anzumerken, daß man dem Peter-Urteil bescheinigen kann, daß es ebenso wie »alle neueren judiziellen Äußerungen zum Thema . . . von der beispiellosen Gründlichkeit des KPD-Urteils von 1956 weit entfernt«⁸⁴ ist. Im KPD-Verbotsurteil hatte sich das BVerfG immerhin auf ca. 300 Druckseiten mit der KPD-Politik auseinandergesetzt. Demgegenüber wirken die dürftigen Ausführungen auf den wenigen Seiten des Peter-Urteils eher dilettantisch und wurden von Ridder⁸⁵ in dessen Urteilsanmerkung bereits zutreffend als »die zeitgeschichtlichen Betrachtungen eines durchschnittlichen Akademiker-Stammtischs über das Treiben der Kommunisten von gestern, heute und morgen« charakterisiert. Dies gilt vor allem für die schon pathologisch anmutenden Einsprengsel handfester Ostzonenparanoia, mit denen die Durchprüfung der DKP-Ziele anhand eines Teils⁸⁶ der Freiheitlich-Demokratische-Grundordnung-Formel reichlich garniert wurde.⁸⁷ Auch die Brücke, die der Senat mit seiner auf Identität abstellenden »Vermächtnis«⁸⁸ – These zur breiteren Legitimationsgrundlage des KPD-Verbotsurteils zu schlagen versucht, ist aus morschem Holz gezimmert. Inwieweit denn nun in concreto »die Aussagen des Bundesverfassungsgerichts . . . weithin auch auf die DKP zutreffen«,⁸⁹ dies bleibt angesichts pauschaler Behauptungen allein sein Geheimnis.

Ule⁹⁰ hatte 1963 vor der »Rechtsverwirrung« gewarnt, welche eintreten müßte, »wenn andere Stellen als das Bundesverfassungsgericht, wenn auch nur inzidenter, über die Verfassungswidrigkeit politischer Parteien entscheiden könnten«. Seiner Meinung nach wäre aber genau das »der Fall, wenn Disziplinargerichte, Verwal-

81 Zutreffend verneint denn auch Weiler, *Verfassungstreue im öffentlichen Dienst*, Königstein 1979, S. 219 unter Bezugnahme auf § 40 I VwGO die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte. Was im Peter-Urteil verschämt als »Unvereinbarkeit« der DKP-Ziele mit der »freiheitlichen demokratischen Grundordnung« formuliert wird (vgl. Leitsatz 4), ist nichts anderes als die Prüfung einer verfassungsrechtlichen Frage.

82 BVerwGE 47, 330 (348), – Hervorhebung von den Verf.

83 BVerwG NJW 82, 780 f.

84 Dreier, *Verfassung und Ideologie*, a. a. O., S. 167 Fn. 112; nach Carl Schmitt, *Die legale Weltrevolution*, *Der Staat* 17 (1978), 321 ff. (333) ist das KPD-Urteil gar »das umfangreichste Urteil der ganzen bisherigen Rechtsgeschichte«.

85 DuR 1982, 43 ff. (46).

86 Das Urteil enthält keine Begründung der vorgenommenen Auswahl. Folgende Bestandteile der Freiheitlich-demokratischen Grundordnung-Formel des BVerfG aus dem SRP-Verbotsurteil (E 2, 1, 11 f.) fehlen: Verantwortlichkeit der Regierung und Gesetzmäßigkeit der Verwaltung (vgl. BVerwG NJW 82, 781 f. = Ziffer 3b).

87 Auch hinsichtlich der Frage der Unabhängigkeit der Gerichte liegt der Vergleich mit der DDR nahe . . ., BVerwG NJW 82, 782 (unter Ziffer 3b gg).

88 Vgl. BVerwG NJW 82, 781.

89 ebenda.

90 *Beamtenrecht im Wandel deutscher Staatlichkeit*, DVBl 1963, 1 ff. (3 Fn. 29); – Hervorhebung von den Verf.

tungsgerichte und Arbeitsgerichte darüber entscheiden dürften, ob ein Beamter . . . durch die Zugehörigkeit zu einer politischen Partei . . . gegen seine Treuepflicht verstoßen und sich damit eines Dienstvergehens schuldig gemacht hat«. Die heutigen Resultate jener prognostizierten Rechtskonfusion sind als Produkte einer Rechtsprechungspraxis zu besichtigen, in welcher man sich über die Frage der »Verfassungsfeindlichkeit« sowie deren Ausmaß, etwa bei der DKP und NPD, nicht so recht einig wird.⁹¹

Gleichsam als Gegengift zu den einschlägigen Passagen des Peter-Urteils sei schließlich auf einen *Beschluß des Richterdienstsenats beim OLG Hamburg vom 17. November 1972*⁹² hingewiesen, der aus einer Zeit stammt, in welcher die heute zur »hM« herangewachsene Meinung noch in den Kinderschuhen steckte. Hinsichtlich des Themas »Entscheidungsmonopol/Parteienprivileg« und Disziplinarrecht« kann der genannte Beschluß als vorbildlich bezeichnet werden. Der Senat hatte darüber zu entscheiden, ob die bloße Mitgliedschaft und Ausübung eines Parteiamentes in einer vom BVerfG nicht für verfassungswidrig erklärten Partei einem Richter als Dienstvergehen vorgeworfen werden dürfe. Er entschied, daß die Einleitung disziplinarischer Maßnahmen gegen jenen der NPD angehörenden Richterkollegen wegen Art. 21 II 2 GG rechtswidrig ist. Eine sorgfältige Lektüre dieses Beschlusses kann nur dringend empfohlen werden. Hatte das BVerfG in seinem Urteil zur Verfassungswidrigkeit von § 90 a StGB a. F. festgestellt: »Was das Grundgesetz gestattet, kann das Strafgesetz nicht verbieten«⁹³, so zieht der Richterdienstsenat diese Folgerungen, die das BVerfG für die Tatbestände des Strafrechts und des Entschädigungsrechts bis dahin gezogen hatte, auch für den von ihm zu entscheidenden Fall, weil diese »nach dem ihnen zugrunde liegenden Sinn auch auf den Bereich des Disziplinarrechts für den öffentlichen Dienst zu erstrecken« sind. Dabei kann er sich – wir schreiben das Jahr 1973 – noch dessen vergewissern, daß »diese Folgerungen für den Disziplinarbereich, die nach Scheuner . . . der »in Kreisen des Bundesverfassungsgerichts« selbst vertretenen Auffassung entsprechen sollen, . . . im überwiegenden Schrifttum ausdrücklich gebilligt« werden⁹⁴. Die vom betreffenden Richterdienstsenat aus den Karlsruher Judikaten zu Beginn der 60er Jahre gezogene Konsequenz ist nicht zuletzt deshalb einleuchtend, weil die Vergleichbarkeit von Straf- und Disziplinarrecht offenkundig ist: In beiden Bereichen geht es (bei freilich unterschiedlichem Adressatenkreis) um die Verhängung von Sanktionen. Nicht von ungefähr finden sich im Disziplinarrecht zahlreiche Hinweise auf die analoge Anwendung strafrechtlicher Normen und Grundsätze.⁹⁵

In gleichsam anachronistischer Übereinstimmung mit jener inzwischen veralteten »hM«, die von einer neuen, »zeitgerechteren« auf den großen juristischen Müllhaufen befördert wurde und dort nunmehr als »aM« ein ungewisses Schattendasein fristet, bleibt hinsichtlich der Geltung des Entscheidungsmonopols des BVerfG nach Art. 21 II 2 GG im Disziplinarbereich angesichts der ungeprüften Übernahme von neueren Versatzstücken der Karlsruher Judikatur durch das BVerwG festzustellen: *Was das Grundgesetz gestattet, kann das Disziplinarrecht nicht verbieten.*

⁹¹ Vgl. die Übersicht bei *Battis*, BBG, § 7 Anm. 3 d dd (= S. 70 f.) sowie z. B. die sich vom BVerwG NJW 82, 781 unterscheidende Bezugnahme des LAG Düsseldorf, DuR 1981, 101 (104) auf das Mannheimer Parteiprogramm der DKP.

⁹² Vgl. ZBR 1973, 22 ff.

⁹³ BVerfGE 12, 296 (307; vgl. Fn. 69).

⁹⁴ ZBR 1973, 22 (24) m. zahlr. Nw.; bezugnehmend auf *Scheuner/v. Merkatz*, Die politischen Pflichten und Rechte des deutschen Beamten, 1962, S. 31. Im großen und ganzen zieht z. B. auch *Kriete*, 2. a. O. (Fn. 72), 274 f. noch im Jahr 1971 – entgegen seinen späteren Stellungnahmen – diese Folgerungen für den Disziplinarbereich.

⁹⁵ Vgl. z. B. *Clusssen/Janzon*, BDO, 4. Aufl. Köln 1981, Einleitung B 14 (Schuldausschließungsgründe); *Behnke*, BDO, 2. Aufl., Stuttgart 1970, Einführung Anm. 40 (Sanktion durch staatlichen Eingriff).

Kann man hinsichtlich der Herleitung der politischen Treuepflicht aus Art. 33 V GG und bezüglich der Beseitigung der Sperrwirkung des Parteienprivilegs im Beamtentum qua Interpretation inzwischen von einer auf den Weg gebrachten – allerdings nicht unbestrittenen – »hM« sprechen, so begibt man sich demgegenüber bei einer Beschäftigung mit dem sog. Differenzierungsverbot auf ein noch schemenhaftes Gebiet. Bei der Diskussion um die Differenzierung der Treuepflichtanforderungen ging es um den zaghafte Versuch einer »Liberalisierung« der Berufsverbotpraxis entlang der Devise Willy Brandts: »Die SPD wird sich nicht darin beirren lassen, die Folgen zu beseitigen.«⁹⁶ Jenen Bemühungen dürfte nunmehr mit der veränderten Lage in Bonn ein zumindest vorläufiges Ende bereitet worden sein. Nach Vorstellungen der Liberalisierer sollten die »Auswüchse« der Berufsverbotpraxis bei ihrer gleichzeitigen grundsätzlichen Beibehaltung gekappt werden. Die Debatte kreiste im Bereich des Disziplinarrechts um zwei häufig miteinander vermengte, nur schwer zu unterscheidende Komplexe. Zum einen wurde die Möglichkeit einer Differenzierung von Treuepflichtanforderungen nach dienstlichen Obliegenheiten erwogen; zum anderen insistierte man auf dem im Disziplinarbereich erforderlichen Merkmal »Gewicht und Evidenz der Pflichtwidrigkeit«.

Diese zwei Punkte markieren auch das Terrain, auf dem sich die juristische Kontroverse zwischen Postminister Gescheidle bzw. Innenminister Baum und dem Bundesdisziplinaranwalt, zwischen harter und weicher Linie in Sachen Berufsverbote, abgespielt hatte. Anfänglich gingen Bundesregierung und Postminister davon aus, eine Differenzierung der Treuepflichtanforderungen nach Art der dienstlichen Obliegenheiten sei entgegen der Auffassung des BVerfG möglich.⁹⁷ Später geht es nur noch darum, ob eine Treuepflichtverletzung immer auch als Dienstvergehen zu ahnden ist. Nach jenem nunmehr ad acta gelegten Gesetzesentwurf⁹⁸ sollte grundsätzlich die Verletzung der politischen Treuepflicht nur dann ein Dienstvergehen sein, wenn im Einzelfall ein Minimum an Gewicht und Evidenz festgestellt werden kann; bei außerdienstlichem Verhalten sollten darüberhinaus bei der Entscheidung, ob eine Pflichtverletzung ein Dienstvergehen ist, die dem Beamten übertragenen Aufgaben berücksichtigt werden. Die Differenzierung setzt hier – entgegen der ursprünglichen Auffassung von Postminister Gescheidle – nicht am Tatbestand der Treuepflichtverletzung selbst an, sondern erst an deren Rechtsfolge. Die Schwelle, die erreicht sein muß, um die Sanktion (Dienstvergehen) auszulösen, wird erhöht, ohne daß die eigentlichen Treuepflichtanforderungen davon berührt wären.

Ob eine Differenzierung der Treuepflicht auf Tatbestandsebene der Begründung fähig ist, soll hier nicht abschließend erörtert werden. Es sei lediglich angemerkt, daß ein Fundierung der These von der »Unteilbarkeit« der Treuepflicht noch nirgends mit hinreichender Plausibilität erfolgt ist.⁹⁹ Anstelle einer Begründung wird in diesem Zusammenhang regelmäßig das Bild der Staatskrise evoziert, in der es nun einmal

⁹⁶ Zitiert nach Ridder, a. a. O., S. 47; vgl. die Parteitagebeschlüsse der SPD in Koschnik (Hrsg.), Der Abschied vom Extremistenbeschuß, Bonn 1979, S. 138 u. 165 f.

⁹⁷ Vgl. Fr v. 27. 3. 81.

⁹⁸ Vgl. FR v. 1. 4. 82 (Abdruck des Gesetzesentwurfes) und vom 19. 9. 82, S. 1.

⁹⁹ Der Hinweis auf die Unteilbarkeit von Wert- und Moralbegriffen (»Treue«) (Fees, Politische Parteien und öffentlicher Dienst. Bericht über eine Tagung, ZBR 1982, 74 ff. (75)) hebt ebenso wie das perhorreszierende Argument der mangelnden Praktikabilität einer Differenzierung nach Funktionen (Scholz, Teilbare Verfassungstreue im öffentlichen Dienst, ZBR 82, 129 ff. (133/134)) auf eine metajuristische Ebene ab. Kriele (Der rechtliche Spielraum einer Liberalisierung der Einstellungspraxis im öffentlichen Dienst, NJW 79, 1 ff.) versperrt sich der Möglichkeit einer differenzierenden Dogmatik mit einem Hinweis auf die juristische Alltagsweisheit »Gesetze müssen nun einmal typisieren und generalisieren« (4).

darauf ankommt, daß der Staat sich auch auf seine ›Subalternbeamten‹ verlassen können muß.¹⁰⁰ Symptomatisch hierfür argumentiert etwa *Kriele*. »Kommt es zu einem Ernstfall, in dem möglicherweise sogar geschossen wird, so stellt sich die Frage, in welche Richtung wird der Beamte schießen«. Die Forderung nach einem unbedingt zuverlässigen Funktionieren des Staatsapparats erhält durch die Ausmalung einer Lage, in der »schon der private Wirtschafts- und Informationsbereich von Saboteuren durchsetzt ist«, suggestive Eindringlichkeit. Zur Begründung der These, daß im Ernstfall alle Zweige der Verwaltung »sabotageanfällig« seien, erinnert *Kriele* beispielhaft an die Praxis der französischen *résistance*, »Eisenbahnen auf Abstellgleise zu verschieben«.¹⁰¹ Das Strickmuster dieser Argumentation ist leicht zu durchschauen. Im Lichte einer ›apokalyptisch‹ anmutenden Bedrohung nehmen sich die hier und jetzt getroffenen Maßnahmen gegen ›Verfassungsfeinde‹ notwendig, ja geradezu harmlos aus.

Anvisiert wird nun jene Variante einer Differenzierung, welche nicht an den Treuepflichtanforderung selbst, sondern im Bereich der disziplinarischen Ahndung einer Treuepflichtverletzung ansetzt. Auszugehen ist dabei von jenem im Berufsverbote-Beschluß genannten Kriterium »Minimum an Gewicht und Evidenz der Pflichtverletzung«, welches bewirke, daß sich »der umschriebene Inhalt der Treuepflicht des Beamten nicht völlig mit dem Inhalt der disziplinar zu ahndenden Treuepflichtverletzung deckt«.¹⁰² Im Peter-Urteil prüft das BVerwG im Bereich der Schuld die »Evidenz der Pflichtwidrigkeit«. Das vom BVerfG darüberhinaus geforderte »Minimum an Gewicht der Pflichtverletzung« prüft es dagegen nicht. Die Übereinstimmung dieser vom BVerwG unter dem Stichwort »Evidenz der Pflichtwidrigkeit« vorgenommenen Subsumtion mit den diesbezüglichen Ausführungen des BVerfG im Berufsverbot-Beschluß wird bestritten.¹⁰³ Immerhin läßt sich den ziemlich »verhuschten« Ausführungen des BVerfG im Jahre 1975 »mit leidlicher Deutlichkeit«¹⁰⁴ entnehmen, daß nach Auffassung dieses Gerichtes nicht jede Treuepflichtverletzung schon ein Dienstvergehen sein soll. Entgegen der Interpretation der Formel durch *Scholz*, – mit ihr sei lediglich auf die verfahrensmäßige Betterstellung von Lebenszeitbeamten gegenüber Bewerbern (durch das Erfordernis eines im förmlichen Disziplinarverfahren konkret nachweisbaren, tatsächlich begangenen Dienstvergehens) abgestellt¹⁰⁵ –, scheint das BVerfG ein Mehr intendiert zu haben. Die Rede vom »Minimum an Gewicht . . . der Pflichtverletzung«, die offensichtlich eine gesteigerte Verletzungsintensität meint, wäre anderenfalls nicht verständlich. Daß man in die Formel nichts hineinliest, wenn man sie in dieser Weise interpretiert, findet eine Stütze in der Stellungnahme eines an der Entscheidung beteiligten Richters. Nach *Geiger* bedarf es für die Entfernung eines Beamten aus dem öffentlichen Dienst eines »nach Zeit- und Geschehensablauf genau umschreibbaren, konkreten Verhaltens, einer Aktivität, die sich tatbestandlich als Dienstvergehen qualifizieren läßt, daß

¹⁰⁰ »Ist auf die Beamtenschaft kein Verlaß mehr, so sind die Gesellschaft und ihr Staat in kritischen Situationen verloren«, heißt es im Berufsverbote-Beschluß (E 39, 347); zum Argumentieren mit der Krise, vgl. *Schlink*, 2. 2. O. (Fn. 59), S. 347 f.

¹⁰¹ *Kriele*, 2. 2. O., 4. Zur fatalen Kontinuität derartiger Theoreme in Deutschland vgl. *Bismarck*, der am 15. 6. 1878 aus Bad Kissingen zu vermeiden wußte: »Die Mehrzahl der schlecht bezahlten Subalternbeamten in Berlin und dann der Bahnwärter, Weichensteller und ähnlicher Kategorien sind Sozialisten, eine Tatsache, deren Gefährlichkeit bei Aufständen und Truppentransporten einleuchtet« (zit. auch *Fees*, 2. 2. O., 76).

¹⁰² Vgl. BVerfGE 39, 350.

¹⁰³ *Battis*, Gutachten im Fall Dr. Heike Fleßner (Uni Oldenburg), abgedr. in: *Uni. Info* 7/82, Presse- und Informationsstelle der Univ. Oldenburg, S. 2 f. (13); *Ridder*, 2. 2. O., 49; *Baum*, Rede vor dem Deutschen Beamtenschaft in Bad Kissingen, Bulletin 82, 13 ff. (15).

¹⁰⁴ *Ridder*, 2. 2. O., 48/49.

¹⁰⁵ *Scholz*, 2. 2. O., 131.

nach seiner Schwere die Entfernung aus dem Dienst rechtfertigt. Ein solches Dienstvergehen ist die *grobe* Verletzung der Amtspflicht des Beamten, den Staat, seine Verfassung und seine Institutionen nicht zu beschimpfen, nicht zu schmähen, nicht zu verketzern, . . .¹⁰⁶

Damit ist mit wiederum »leidlicher Deutlichkeit« zum Ausdruck gebracht, was mit jenem »Minimum an Gewicht und Evidenz der Pflichtverletzung« gemeint sein soll: Nicht schon jedes der Treuepflicht nicht genügende Verhalten stellt eine zu ahnende grobe Amtspflichtverletzung i. S. des Disziplinarrechts dar.

Daß die Fehlinterpretation der Ausführungen des BVerfG durch das BVerwG offensichtlich nicht zufälliger Natur ist, wird an dem Umstand deutlich, daß der Disziplinarsenat das Element »Minimum an Gewicht . . . der Pflichtverletzung« in seiner Subsumtion überhaupt nicht berücksichtigt. Aber nicht nur hier, sondern auch im Umgang mit dem noch verbleibenden Kriterium »Evidenz der Pflichtwidrigkeit« ist eine gewisse Schlampigkeit zu verzeichnen.

Das Moment der Evidenz der Pflichtwidrigkeit prüft das BVerwG im Bereich der Schuld. Diese Einordnung ist disziplinarrechtlich keineswegs unstreitig. Nach *Arndt*, dem Begründer des Evidenzkriteriums, ist die Evidenz nur gegeben, wenn »die Pflichtverletzung als solche jedermann im öffentlichen Dienst evident ist«.¹⁰⁷ Der Begriff ist dabei »der Idee nach lediglich ein Korrektiv zugunsten des Beschuldigten nach einer bereits zu seinen Ungunsten vollzogenen rechtlichen Subsumtion«.¹⁰⁸ Daraus folgt: Bei der Evidenz der Pflichtwidrigkeit handelt es sich um eine »subjektiv-objektive Voraussetzung« für die Annahme eines Dienstvergehens, die unabhängig von den als rein subjektiv aufgefaßten Tatbestandsmerkmalen der Schuld als notwendige rechtliche Grundlage jeder Disziplinarmaßnahme gegeben sein muß¹⁰⁹. Faßt man das Kriterium in diesem Sinne, ist es durchaus denkbar, daß ein objektiv pflichtwidriges und schuldhaftes Verhalten (dem Beamten war die Pflichtwidrigkeit bewußt) im Ergebnis dennoch kein Dienstvergehen ist, weil es an der Evidenz der Pflichtwidrigkeit fehlt.

Kann man diese dogmatisch falsche Einordnung des Evidenzkriteriums wegen tatsächlich bestehender Unklarheiten noch als entschuldigbar ansehen, weist die folgende Begründung, mit der das BVerwG das Vorhandensein der Evidenz bejaht, mehr als nur Ungereimtheiten auf. Es mutet schon widersinnig an, wenn der Disziplinarsenat »nahezu ein Maximum der Evidenz der Pflichtwidrigkeit« annimmt, nachdem er kurz vorher alle potentiell evidenzzerstörenden Argumente als Rechtsauffassungen »befangener Persönlichkeiten« ebenso wie die Ansicht des Bundespostministers, der die Evidenz (die nach *Arndt* jedem Beamten einleuchten muß) als nicht gegeben erachtete, für unbeachtlich erklärt hat.

Was die Möglichkeit einer Differenzierung im Rechtsfolgebereich anbelangt, ist bereits nach geltendem Recht das Minimum an Gewicht und an Evidenz der Pflichtwidrigkeit amtsbezogen zu bestimmen. § 77 I 2 BBG trägt diesem Umstand Rechnung, indem er ein *außerdienstliches* Verhalten nur dann als Dienstvergehen bewertet, wenn es in besonderem Maße geeignet ist, Achtung und Vertrauen in das konkrete Amt oder das Ansehen des Beamtentums in bedeutsamer Weise zu beeinträchtigen.¹¹⁰ Nach *Battis* ist mit der »Formulierung des BVerfGs, daß sich der Inhalt der

106 Geiger, Rechtsprobleme bei der Einstellung in den öffentlichen Dienst, EuGRZ 78, 533 ff. (534) – Hervorhebung im Original.

107 Vgl. *Arndt*, in: Behnke, Bundesdisziplinarordnung, Kommentar, Stuttgart 1970, Einl. Rdnr.: 41.

108 *Arndt*, Der disziplinarrechtliche Grundtatbestand, DÖV 68, 39 ff. (41).

109 *Arndt*, in: Behnke, a. a. O., Anm. 40: 32 ff.: 40.

110 Das BVerwG (NJW 81, 784) vertritt im Peter-Urteil in Übereinstimmung mit dem Bundesdisziplinaranwalt (vgl. *Claussen-Jantzen*, a. a. O., Einl. C Rdnr. 59a) die Auffassung, Verstöße gegen beamten-

Treuepflicht des Beamten nicht völlig mit dem Inhalt der disziplinar zu ahndenden Treuepflichtverletzung des Beamten deckt . . . , exakt« der Lage Rechnung getragen, nach der »bereits nach geltendem Recht die disziplinäre Strafbarkeit außerdienstlicher Treuepflichtverstöße amtsbezogen zu bestimmen ist.«¹¹¹ Einwände gegen eine derartige Differenzierung aus den als Verfassungsgebot gefaßten Anforderungen des Art. 33 V GG greifen nicht durch, da die Treuepflichtanforderung als solche von einer amtsbezogenen Differenzierung auf Rechtsfolgeebene nicht berührt ist. Auch der Vorwurf der Verfassungswidrigkeit gegen die nunmehr gegenstandslos gewordene Lex-Peter läuft aus diesem Grund leer.¹¹²

Dieses Ergebnis findet eine weitere Stütze im »Wesen und Zweck« des Disziplinarrechts. Es erfüllt nach h.M. eine »Ordnungsfunktion«, indem es einer durch ein Dienstvergehen verursachten Störung des beamtenrechtlichen Dienst- und Treueverhältnisses begegnet.¹¹³ Mit diesem Zweck des Disziplinarrechts ist der in § 3 BDO normierte Ermessensgrundsatz – »die zuständige Behörde bestimmt nach pflichtgemäßem Ermessen, ob wegen eines Dienstvergehens nach diesem Gesetz einzuschreiten ist« – eng verknüpft.¹¹⁴ Auch aus diesem im Disziplinarrecht geltenden Opportunitätsprinzip folgt, daß es hier eine Gleichung – Verstoß gegen die Verfassungstreuepflicht gleich Vorliegen eines in jedem Fall zu ahndendem Dienstvergehens – nicht gibt.

V. Freiheit der Kandidatur

Ein Teil des Verhaltens von *Peter*, welches das Gericht als objektiv pflichtwidrig wertet, sind dessen (erfolglose) Kandidaturen¹¹⁵ für die DKP bei der baden-württembergischen Landtagswahl 1972 sowie den Kommunalwahlen von 1975 und 1980. Seine Entlassung wird somit ausdrücklich (auch) auf die Ausübung des *passiven Wahlrechts* gestützt. Darin liegt ein klarer Verstoß gegen Art. 48 II GG und die inhaltlich gleichlautenden Normen auf Landes- und Kommunalrechtsebene¹¹⁶ sowie gegen Art. 38 I 1 GG.¹¹⁷

rechtliche Kernpflichten könnten zeitlich und örtlich auch außerhalb des Dienstes begangen werden. Auf § 77 I 2 BBG käme es deshalb nicht an. Diese Auslegung des § 77 I 2 BBG ist jedoch weder mit dem Wortlaut der Vorschrift vereinbar noch mit anderen Auslegungsmethoden zu rechtfertigen. § 77 I 2 BBG bezieht sich auf den gesamten Pflichtenkatalog (§§ 52–76 BBG) des Beamtenrechts. Der Senat überspielt ganz offensichtlich unter Rekurs auf einen außergesetzlichen Begriff (Kernpflicht) die »Rechtswohlthat« des § 77 I 2 BBG; ebenso *Battis*, *Uni Info*, 2. a. O., 3.

¹¹¹ *Battis*, *Uni Info*, 2. a. O., 3; immerhin können sich auch nach *Weiß*, Mangelnde Verfassungstreue als Dienstvergehen, ZBR 75, 365 ff. (371), im Rahmen der »Disziplinarmaßerwägungen« . . . »das Spezifische des Amtes und die Schwere der Verfehlung . . . für den Beamten positiv auswirken.«

¹¹² 2. A. *Scholz*, 2. a. O., 135, dessen Argumentation aus den genannten Gründen den Kern verfehlt.

¹¹³ *Cluussen-Janzen*, BDO, 2. a. O., Einl. A Rdnr. 2; nach *Ridder*, 2. a. O., 49, hat *Peter* schon deshalb kein Dienstvergehen begangen, weil das Prozeßmaterial keinen einzigen Anhaltspunkt für die Annahme eines Geschehens ergeben hat, »daß den öffentlichen Dienst in irgendeiner Weise negativ affiziert hätte« . . . Die Maßnahmen gegen den Beamten zielten deshalb »von vornherein auf der »Ordnungsfunktion« vorbei«.

¹¹⁴ So auch *Cluussen-Janzen*, 2. a. O., § 3 Rdnr. 1.

¹¹⁵ Vgl. BVerwG NJW 82, 783 = Ziffer 7 (1. Absatz).

¹¹⁶ Art. 19 II BwVerf. wird in der Verf. unter dem Titel »Kandidatur« aufgeführt; Absatz II ist – bis auf die Einfügung in Satz 2 »aus einem Dienst- oder Arbeitsverhältnis« – wortgleich mit Art. 48 II GG; § 32 II 1 u. 2 badwürtGO lauten: »Niemand darf gehindert werden, das Amt eines Gemeinderates zu übernehmen und auszuüben. Eine Kündigung oder Entlassung aus einem Dienst- oder Arbeitsverhältnis, eine Versetzung an einen anderen Beschäftigungsort und jede sonstige berufliche Benachteiligung aus diesem Grunde sind unzulässig.«

¹¹⁷ Zum selben Ergebnis kommt *Hirsch*, ehemaliger Verfassungsrichter, in seiner Stellungnahme zum *Peter*-Urteil anläßlich einer Pressekonferenz der GEW zur Einleitung von disziplinarischen Vorermitt-

Art. 48 II GG lautet: »Niemand darf gehindert werden, das Amt eines Abgeordneten zu übernehmen und auszuüben.«¹¹⁸ Eine Kündigung oder Entlassung aus diesem Grunde ist unzulässig«. Art. 48 II GG schützt u. a. die Freiheit der Entscheidung darüber, ob ein Bewerber gegebenenfalls sein Mandat annehmen will und ist als Konkretisierung des allgemeinen Grundsatzes des freien Wahlrechts, wie er in Art. 38 I 1 GG¹¹⁹ verbürgt ist, zu verstehen. Die Garantie des Art. 38 I 1 GG umfaßt damit das allgemeine, verfassungsrechtlich geschützte *Recht auf Freiheit der Kandidatur* und gilt deshalb auch für das passive Wahlrecht.¹²⁰ Zwar gelten Art. 48 II GG und 38 I 1 GG zunächst nur für Bundestagsmandate und -wahlen. Da jedoch die entsprechenden Normen der Bw-Verfassung und Gemeindeordnung inhaltlich übereinstimmend diesen Schutz auf Landtags- und Kommunalparlamentsmandate explizit ausdehnen – was ohnehin wegen der Homogenitätsklausel des Art. 28 I 2 GG für alle Bundesländer verbindlich gilt –, ist auch in PreSSIONen gegen Kandidaten für solche Mandate ein Verstoß gegen zwingendes *Verfassungsrecht* zu sehen. Dies räumt das BVerwG im Peter-Urteil übrigens implizit ein; warum sonst hätte es mit Art. 48 II GG die Verletzung einer Verfassungsrechtsnorm überhaupt prüfen¹²¹ sollen?

Das Ergebnis dieser Prüfung vermag indes nicht zu überzeugen: Der »Anwendungsbereich« von Art. 48 II GG, so das Gericht, sei durch eine Regelung nicht »berührt«, die etwas ganz anderes bezwecke (hier: Gewährleistung der politischen Treuepflicht) »und nur unvermeidlich die tatsächliche Folge oder Wirkung einer Beeinträchtigung . . . hat«¹²². Mit Hilfe dieser, einer Entscheidung des BVerfG¹²³ entlehnten, auf das *intentionale Moment* abstellenden Formel werden die Art. 48 II und 38 I 1 GG durch eine entscheidende Verkürzung ihrer Schutzbereiche schlicht unterlaufen. Dabei spielt der Normwortlaut als Grenze möglicher Interpretationsvarianten keine Rolle mehr. Die Intention des Gesetzgebers bei der Schaffung anderer Normen ist jedoch ein völlig untaugliches, weil subjektives Kriterium für die Beantwortung der Frage, ob die Anwendung jener Normen in den Schutzbereich der betreffenden Verfassungsnormen eingreift. Entscheidend ist vielmehr die Bestimmung dieses Schutzbereiches selbst. Maßnahmen, die dann objektiv (in der Terminologie des BVerwG »nur tatsächlich«) in diesen eingreifen, sind – sofern sie nicht durch einen grundgesetzlichen Schrankenvorbehalt gedeckt werden – verfassungswidrig. Die im konkreten Fall angewendete Norm könnte folglich nur unter der Maßgabe Bestand haben, daß sie einer verfassungskonformen Interpretation zugänglich ist, welche fortan einen Eingriff in die Wahlrechtsgrundsätze der Verfassung ausschliesse. Für § 52 II BBG hieße das, daß eine Kandidatur nicht als Verletzung der politischen

lungen gegen etliche niedersächsische Beamte wegen deren Kandidatur bei der Kommunalwahl 1981 (vgl. FR v. 21. 8. 1982 sowie Fn. 14).

¹¹⁸ Sogar der klare Fall von Behinderung der Mandatsausübung bei Bewerbern für den öffentlichen Dienst bleibt mittlerweile richterlicherseits ungerügt, vgl. VGH (BW), JZ 1977, 436 (=insbesonders (!) Tätigkeit als DKP-Stadtrat begründet Zweifel an Verfassungstreue).

¹¹⁹ Vgl. die entspr. Regelungen in Art. 26 IV Bw-Verf. und § 26 I Bw-GO.

¹²⁰ Vgl. Maunz, in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 48 Rdnr. 1 u. 7; dieser Diagnose eines Verstoßes gegen Art. 48 II u. 38 I 1 GG kann nicht entgegengehalten werden, daß Peter nicht an der Übernahme eines Mandats gehindert werde, da er gar kein solches errang. Die Freiheit der Kandidatur wird als dessen notwendige Vorbedingung durch das Recht auf freie Mandatsübernahme mitgeschützt; ebenso Kunze/Bronner/Katz, GO für Bad-Württemberg, 3. Aufl., Stuttgart 1969 (f., 14. Ergänzungslieferung August 1979, § 32 Anm. II 23 und Maunz, a. a. O., Art. 38 Rdnr. 29.

¹²¹ Vgl. BVerwG NJW 82, 783 sowie den (im Peter-Urteil nicht zitierten) Beschluß des BVerwG v. 29. 10. 1979 (ZBR 1980, 119, 121), in dem es nicht nur Art. 48 II, sondern (zutreffend) auch Art. 38 I 1 GG prüfte und ebenfalls schon mit Hilfe der auf das intentionale Moment abstellenden Formel des BVerfG deren Verletzung verneinte.

¹²² BVerwG NJW 82, 783.

¹²³ Vgl. BVerfGE 42, 312 (Bremer Mandats-Beschluß)

Treuepflicht gewertet werden darf, ganz gleich, wie weit auch immer deren Umfang bestimmt werden mag. In diesem Zusammenhang kann man davon sprechen, daß Art. 48 II i. V. mit Art. 38 I 1 GG bei der Sammlung desjenigen Tatsachenmaterials, welches für die Feststellung einer objektiven Pflichtwidrigkeit im Disziplinarverfahren benötigt wird, hinsichtlich der Kandidatur eines Beamten für Bundestags-, Landtags- und Kommunalwahlen ein *verfassungsrechtliches Verwertungsverbot* statuiert.

VI. Verdrängung der Grundrechte

Fast schon beeindruckend ist die im Peter-Urteil konsequent durchgehaltene Verdrängung der Grundrechtsproblematik. Einschlägige Grundrechte werden – mit Ausnahme des Art. 48 II GG – nicht einmal erwähnt. Dies nimmt nicht Wunder, vergegenwärtigt man sich, daß jenes gravierende Defizit bereits dem als Vorlage dienenden Berufsverbote-Beschluß des BVerfG anzukreiden war. Im Gegensatz zum BVerfG hat jedoch das BVerwG die von ersterem »noch betätigte Grundrechtschaukel . . . nicht (einmal) mehr symbolisch in Bewegung gesetzt«.¹²⁴ Eine gänzlich *verkehrte* Sicht der Dinge, welche alles durch die schiefe Optik eines mit sog. politischer Treuepflicht aufgeladenen Art. 33 V GG betrachtet, muß freilich die Hauptproblematik aus dem Auge verlieren und kann sich damit begnügen, weitere Hindernisse, wie etwa die Sperrwirkung des Art. 21 II 2 GG, zu beseitigen oder in Detailfragen differenziertere Ansätze mit »Differenzierungsverboten« zu belegen. Nachdem nunmehr unter Berufung auf die »freiheitliche demokratische Grundordnung« Beamte allein wegen legaler politischer Betätigung aus dem Dienst entlassen werden und damit auch im Disziplinarrecht einige Delikte in beunruhigender Weise »unkörperlichen Charakter« (P. Brückner) angenommen haben, fragt man sich, wohin eigentlich diese anachronistisch anmutende Reise wohl gehen mag. Sicher in die 50er Jahre?¹²⁵

Aber noch ist nicht aller Tage Abend. Und solange man sich nicht endlich dazu durchringen kann, den zum Ritual erstarrten, säkularisierten, staatsreligiösen Übungen jederzeitiger Gewährbieterie und jederzeitigem Bekenntern durch schlichte Streichung der betreffenden Passagen in den einschlägigen Bundes- und Landesgesetzen ein Ende zu bereiten, solange ist auf einer Interpretation¹²⁶ dieser Normen zu beharren, welche vor dem Grundgesetz Bestand haben kann¹²⁷. Allerdings wird man sich bis auf weiteres mit der gegenwärtigen Verwaltungspraxis in Sachen Berufsverbot sowie der einschlägigen Rechtsprechung auseinandersetzen müssen. Es mag für Hans Peter, ebenso wie für viele andere direkt Betroffene, ein schwacher Trost sein,

¹²⁴ Ridder, DuR 1982, 35.

¹²⁵ Man sollte jedenfalls aufhören, wenn das BVerwG ganz nebenbei die Bemerkung fallen läßt, »die Verletzung der politischen Treuepflicht durch Unterstützung einer Organisation, die Ziele verfolgt, die mit den elementaren Wertentscheidungen des Grundgesetzes unvereinbar sind, setzt zudem eine Mitgliedschaft in dieser Organisation überhaupt nicht voraus«, BVerwG NJW 82, 783.

¹²⁶ Vgl. etwa Cbr. Müller, Die Bekenntnispflicht der Beamten, in: Abendroth/Blanke/Preuß u. a., Ordnungsmacht?, hrsg. von Deiseroth, Huse und Ladeur, Ffm 1981, S. 211–244 (zur Interpretation des mit § 52 II BBG wortgleichen § 35 I 2 BRRG); Preuß, Legalität und Pluralismus, Ffm 1973, S. 144–150; Goerlich, Gedankenfreiheit und Treuepflicht, ZBR 1975, S. 100–107 (zur »historischen »Reduktion« des Inhalts der Treuepflichtanforderung).

¹²⁷ Der Gesetzgeber hat eine solche Interpretation durch die Präzisierung des Wortlauts der betreffenden Normen verbindlich anzuordnen. Einen in dieser Richtung tauglichen Vorschlag hat kürzlich die Humanistische Union der Öffentlichkeit unterbreitet, vgl. DuR 1982, 117 f., dessen Realisierungschancen nach dem »Wechsel« in Bonn jedoch gering anzusetzen sein dürften.

an die »Kleine Ermunterung« zu erinnern, welche *Walter Moßmann*¹²⁸ anlässlich der »Mescalero-Affäre« einigen niedersächsischen »Staatsdienern« mit auf den Weg gab: »Es steht schlecht um das Monstrum, wenn es schon Liebesschwüre verlangt, weil ihm seine Diener kalt und innerlich distanziert in den Mantel helfen«.

128 Kleine Ermunterung für mehrere niedersächsische Staatsdiener. in: *Altvater u. a., Nicht heimlich und nicht kühl. Entgegnungen an Dienst- und andere Herren.* 3. Aufl., Berlin 1977, S. 25.