

Wehrhaftigkeit und Zivilgesellschaft

Whistleblowing – Das Personal der Republik als Akteur der wehrhaften Verfassung?

Christian Thönnies

Abstract: Im Diskurs um die wehrhafte Demokratie ist eine Entität in ihrer Eigenschaft als Akteurin der wehrhaften Verfassung bislang unterbelichtet geblieben: Das Personal der Republik. Inwieweit das deutsche Berufsbeamtentum sinnvollerweise als Akteur der wehrhaften Verfassung auftreten kann untersuche ich in meinem Beitrag anhand des beamtlichen Whistleblowings. Bei dieser Untersuchung stellt sich heraus, dass Beamtinnen aufgrund ihrer besonderen, verfassungsrechtlich abgesicherten Stellung sowie ihrer rollenspezifischen, epistemischen Vorteile eine Lücke im Instrumentarium der wehrhaften Verfassung schließen können. Anhand eines hermeneutischen Modells zur Identifikation der streitbaren Tendenz wehrhafter Instrumente zeige ich auf, dass sich beamtliches Whistleblowing unter bestimmten Bedingungen stringent dem Wehrhaftigkeitsprinzip zuordnen lässt. Diese Zuordnung vermag es, rechtsdogmatische Kriterien für ein schon seit der Pötsch-Entscheidung umstrittenes Problem des Hinweisgeberschutzrechts zu produzieren – die Zulässigkeit der direkten Offenlegung.

Fünfundsiebzig Jahre nach Inkrafttreten des Grundgesetzes erscheint es möglich, dass in absehbarer Zeit eine verfassungsfeindliche Partei Teil einer deutschen (Landes-)Regierung werden könnte. Kein Wunder, dass diese Entwicklung den Diskurs über die Wehrhaftigkeit unserer freiheitlich-demokratischen Grundordnung (fdGO) wiederbelebt.¹

Soweit ersichtlich dreht sich dieser Diskurs weitgehend um institutionelle *top-down* Instrumente. Die Rechtswissenschaft diskutiert insbesondere Opportunität und Erfolgsaussichten eines Parteiverbots- (Art. 21 Abs. 2 GG) oder Finanzierungsausschlussverfahrens (Art. 21 Abs. 3 GG)² gegen die AfD bzw. eines Grundrechtsverwirkungsverfahrens (Art. 18 GG) gegen ihre füh-

1 Hierfür steht exemplarisch das *Thüringen-Projekt* des *Verfassungsblog*, siehe M. Steinbeis, *Die verwundbare Demokratie*, München 2024.

2 Exemplarisch G. Lübke-Wolff, *Wehrhafte Demokratie*, *Verfassungsblog*, 13.10.2023; A. Fischer-Lescano, *AfD-Verbotsverfahren als demokratische Pflicht*, *Verfassungsblog*, 18.1.2024.

renden Politiker.³ Hierneben treten Vorschläge dazu, wie sich rechtstaatliche und demokratische Institutionen, beispielsweise Verfassungsgerichte, krisenfest machen lassen.⁴ Ohne die Sinnhaftigkeit dieser wichtigen Diskussionen bestreiten zu wollen, möchte ich diesen Beitrag einer Entität widmen, die in ihrer potentiellen Eigenschaft als Akteurin der wehrhaften Verfassung meines Erachtens bislang unterbelichtet und -theoretisiert geblieben ist: Das deutsche Berufsbeamtentum, das „Personal der Republik“⁵.

Inwieweit die Beamtenschaft sinnvollerweise als Akteurin der wehrhaften Verfassung auftreten kann, diskutiere ich am Beispiel eines ihr spezifisch zur Verfügung stehenden Instruments, dem *Whistleblowing*. Ich untersuche, inwieweit sich beamtliches Whistleblowing in das Arsenal der wehrhaften Verfassung aufnehmen lässt. Dies tue ich, indem ich zunächst aufzeige, dass Whistleblowing durch wachsame Verwaltungsinsiderinnen *prima facie* als nützliches Mittel des fdGO-Schutzes nach einer Kontrollübernahme staatlicher Institutionen durch verfassungsfeindliche Akteure erscheint (I.). Hiernach entwickle ich verfassungsrechtliche Kriterien zur Analyse von potentiellen Instrumenten der wehrhaften Verfassung (II.). Ich analysiere die spezifischen, verfassungsrechtlichen Kollisionslagen, die sich durch beamtliches Whistleblowing ergeben (III.). Zuletzt beschreibe ich, welche dogmatischen Konsequenzen eine Aufnahme des Whistleblowings in das Arsenal der wehrhaften Verfassung produzieren könnte (IV.).

I. Plausibilität des Berufsbeamtentums als Akteur der wehrhaften Verfassung

Der gewählte US-Vizepräsident, J.D. Vance, äußerte in einem Interview eine radikale Empfehlung an Donald Trump für seine zweite Amtsperiode: „Fire every single mid-level bureaucrat, every civil servant in the administrative state, replace them with our people“⁶. Es ist ein integraler Teil der Trump-Agenda, den US-amerikanischen *administrative state* ab-, beziehungsweise

3 Exemplarisch M. Hong, Grundrechtsverwirkung und Parteiverbote gegen radikale AfD-Landesverbände, Verfassungsblog, 6.2.2024.

4 Hierzu Steinbeis, Verwundbare Demokratie (Fn. 1).

5 M. Roßbach, Das Personal der Republik, Baden-Baden 2020; ähnlich zum Befund der Untertheoretisierung C. Casey, Political Executive Control of the Administrative State, Maryland Law Review 81 (2021), 257 (258 ff.).

6 A. Prokop, J.D. Vance's radical plan to build a government of Trump loyalists, Vox, 18.7.2024.

umzubauen.⁷ Bis in die mittleren Hierarchieebenen der föderalen Verwaltung hinein sollen exekutive Amtsträger durch Trump-Loyalisten ersetzt werden.⁸

US-amerikanische Rechtspopulisten sind mit diesen Plänen nicht allein: Eine ideologische *capture* nicht nur der politischen Leitungsebene der Exekutive, sondern auch des mittleren Verwaltungsapparats, ist ein fester strategischer Bestandteil des autoritären Staatsumbaus.⁹ Sowohl in Ungarn¹⁰ als auch, hiervon inspiriert, in Polen¹¹ haben die *Fidesz*- beziehungsweise die *PiS*-Partei den öffentlichen Dienst reformiert und zahlreiche Beschäftigte durch ideologisch konforme Kandidaten ersetzt.¹² Dieser Umstand ist natürlich nicht weiter verwunderlich. Ohne den verlängerten Arm des Verwaltungsstaats lässt sich eine politische Agenda nicht umsetzen. Gerade gegenüber extremen Plänen können sich innerhalb einer professionalisierten und rechtstaatstreuen Berufsbeamtenschaft Widerstandskräfte entfalten. Zahlreiche Verfassungsordnungen kennen intra-institutionelle Unabhängigkeitsgarantien, die es einer neuen Regierung um der Integrität rechtsstaatlicher Garantien halber gezielt erschweren, ihre Ziele direkt, beispielsweise durch einen sanktionsbewehrten Aufruf zur politisch konformen Gesetzesinterpretation durchzusetzen.¹³ Autoritär-populistische Regierungen haben deshalb jeden Anreiz, den „*deep state*“¹⁴ ideologisch auf Linie zu bringen.

Das in seiner rechtsstaatstreuen Professionalisierung verfassungsrechtlich abgesicherte Berufsbeamtentum der Bundesrepublik ist strukturell vergleichsweise gut gerüstet, derlei Tendenzen Widerstand leisten zu können. Hierin unterscheidet es sich beispielsweise vom *US Civil Service*. Letzterer operiert größtenteils auf der Grundlage eines republikanischen Ideals, das seine Legitimität von der politischen Personalauswahl des direkt gewählten

7 „Dismantle the administrative state and return self-governance to the American people.“, Project 2025, Mandate for Leadership, S. 3.

8 Project 2025, Mandate for Leadership, S. 9.

9 Siehe hierzu insgesamt *Casey*, Executive Control (Fn. 5).

10 Für einen Überblick über die ungarischen Reformen siehe *G. Hajnal/S. Csengödi*, When Crisis Hits Superman, *Administrative Culture* 15 (2014), 39 (49 ff.).

11 *W. Sadurski*, Poland's Constitutional Breakdown, Oxford 2019, 137 ff.; siehe auch *Casey*, Executive Control (Fn. 5), 265 f.

12 *Casey*, Executive Control (Fn. 5), 265 ff.

13 Hierzu insgesamt *Casey*, Executive Control (Fn. 5), 259 ff.

14 Siehe *D. Moynihan*, Trump Has a Master Plan for Destroying the 'Deep State', *New York Times*, 27.11.2023.

US-Präsidenten ableitet.¹⁵ Dieses personelle Legitimationsideal rechtfertigt, dass der US-Präsident Amtsträgerinnen zwar nur eingeschränkt Weisungen erteilen darf, aber eine vergleichsweise freie Hand bei Einstellungen und Entlassungen hat.¹⁶ Die politische Legitimität *deutscher* Beamtinnen leitet sich hingegen weniger aus der Personalauswahl der gewählten Exekutivspitze ab. An die Stelle dieser republikanischen Legitimationsidee tritt die Bindung deutscher Beamtinnen an Weisungen und Gesetze.¹⁷ Ersteres, also die beamtliche Bindung an die Weisungen der gegenüber einfachen Beamtinnen stärker demokratisch legitimierten Exekutivspitze, ist dabei durch zweiteres, nämlich den Willen des *noch stärker demokratisch legitimierten* (Verfassungs-)Gesetzgebers, begrenzt.¹⁸ Auch aus diesem Grund sind deutsche Beamtinnen – mit Ausnahme der politischen Beamtinnen (siehe § 30 Abs.1 BeamtStG, § 54 Abs.1 BBG) – als professionalisierte Amtsträgerinnen vor politisch motivierten Entlassungen geschützt.¹⁹ Das Lebenszeitprinzip verleiht der beamtlichen Verfassungstreuepflicht besondere Wirksamkeit: Das Berufsbeamtentum soll zwar den politischen Willen einer demokratisch legitimierten Exekutivspitze umsetzen, ist aber gleichzeitig dazu berufen, die gleichförmige Anwendung der demokratisch zustande gekommenen Gesetze zu gewährleisten. Dies kann beinhalten, die administrative Transformation einer politischen Agenda in rechtstaatliche Bahnen zu lenken und dabei Exzessen zu widerstehen.²⁰ Hierin kommt eine normative Gewichtung zum Ausdruck, die eine sachlich-inhaltliche einer personellen Legitimation vorzieht. Dies ist eine verfassungsrechtliche

15 Roßbach, Personal (Fn. 5), 423, 564.

16 Für eine ausführliche Darstellung siehe Roßbach, Personal (Fn. 5), 423 ff. und 567.

17 Roßbach, Personal (Fn. 5), 420 ff.

18 Zur Austarierung dieser Prinzipien im Remonstrationsverfahren siehe M. Weinrich, in: R. Brinktrine/K. Schollendorf (Hrsg.), BeckOK Beamtenrecht Bund, 34. Aufl., München 2024, § 36 BeamtStG, Rn. 12–14.

19 Roßbach, Personal (Fn. 5), 420 ff.; E.-W. Böckenförde, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts (Band III), Heidelberg 3. Aufl. 2004, § 24 Rn. 21 ff; zu den Grenzen des politischen Beamtentums zuletzt BVerfG, Beschluss vom 9. April 2024 – 2 BvL 2/22.

20 „Nur wenn die innere und äußere Unabhängigkeit gewährleistet ist, kann realistischerweise erwartet werden, dass ein Beamter auch dann auf rechtsstaatlicher Amtsführung beharrt, wenn sie (partei-)politisch unerwünscht sein sollte.“ BVerfGE 149, 1, Rn. 35; ähnlich BVerfGE 7, 155 (162); so auch Roßbach, Personal (Fn. 5), 575 ff. unter Bezugnahme auf die letztgenannte Entscheidung.

Grundentscheidung, die zwar verfassungspolitisch kontingent, aber für das bundesrepublikanische Verfassungssystem prägend ist.²¹

Die beamtenrechtliche Pflicht zur Verfassungstreue spielte in der Rechtspraxis bislang insbesondere die Rolle, Extremisten aus dem öffentlichen Dienst fernzuhalten. Das Bundesverfassungsgericht bekräftigte in seinem sogenannten „Extremistenbeschluss“ des Jahres 1975, dass Beamtinnen als hergebrachter Grundsatz des Berufsbeamtentums i.S.v. Art. 33 Abs. 5 GG „eine besondere politische Treuepflicht gegenüber dem Staat und seiner Verfassung obliegt“²² – und dass es ein Charakteristikum der wehrhaften Demokratie sei, sich Extremisten im Staatsdienst zu erwehren.²³ Dieses Ziel war angesichts des auch in Deutschland zunehmenden Rechtsextremismus zuletzt wieder hochrelevant.²⁴ Es lohnt sich jedoch, nicht nur zu diskutieren wie die wehrhafte Verfassung *gegen* extremistische Amtsträger wirken, sondern auch zu erörtern, wie sie sich *durch* couragierte Verwaltungsinsiderinnen gegenüber einer verfassungsfeindlichen Regierungspartei behaupten kann.

Insbesondere Whistleblowing erscheint hierbei *prima facie* als eine nützliche Ergänzung des Arsenal der wehrhaften Verfassung: Die meisten Instrumente des fdGO-Schutzes sollen verhindern, dass Verfassungsfeinde überhaupt erst in staatliche Verantwortung gelangen.²⁵ Sobald diese Form der Prävention allerdings gescheitert ist, dann muss, so scheint es, sich die wehrhafte Demokratie in vielerlei Hinsicht geschlagen geben. Wenn eine verfassungsfeindliche Partei an einer Bundesregierung beteiligt ist, dann ist es unwahrscheinlich, dass eines der antragsberechtigten Verfassungsorgane einen Verbotsantrag stellen wird. Aber auch schon für den Fall, dass eine verfassungsfeindliche Partei realistische Chancen auf das Erlangen einer relativen Mehrheit in einem Bundesland hat, wird allenthalben bezweifelt, dass ein Verbotsantrag angesichts der hierdurch ausgelösten politischen Unruhe noch opportun wäre.²⁶

21 Dies betont Roßbach, Personal (Fn. 5), 422 ff.

22 BVerfGE 39, 334, erster Leitsatz.

23 BVerfGE 39, 334 (349).

24 Grundlegend BVerwGE 160, 370; hierzu insgesamt A. Voßkuhle, Extremismus im Öffentlichen Dienst – Was tun?, NVwZ 2022, 1841.

25 Zu hieraus motivierten konzeptionellen Erweiterungen der Wehrhaftigkeit J. Lindner/J. Unterreitmeier, Zur Resilienz des Grundgesetzes, Rechtstheorie 51 (2020), 129 (147 f.); ähnlich auch J. Gutmann/S. Voigt, Militant constitutionalism, Public Choice 195 (2023), 377 (378 f.).

26 Siehe etwa U. Volkmann, Einerseits und Andererseits, Verfassungsblog, 25.3.2024.

Im Gegensatz dazu könnte Whistleblowing als wehrhaftes Instrument auch noch im inzwischen realistischen Szenario wirken, dass (etwa Landes-)Behörden unter die Kontrolle verfassungsfeindlicher Parteien gelangen. Verwaltungsinsiderinnen haben gegenüber anderen Akteuren der wehrhaften Verfassung epistemische Vorteile. Weil sie qua Amt hinter die Kulissen der politischen Macht schauen, können sie die demokratische Öffentlichkeit auf verfassungsfeindliche Bestrebungen einer Regierungspartei aufmerksam machen, gerade wenn diese noch in einem Frühstadium und deshalb nur aus der Innenperspektive sichtbar sind.²⁷ Gleichzeitig vermeidet Whistleblowing verfassungsrechtlichen Paternalismus. Anders als etwa Partei- und Vereinsverbote *aktiviert* es gerade den öffentlichen Diskurs. Whistleblowerinnen machen den *demos* auf die oft propagandistisch vertuschten, verfassungsfeindlichen Ziele einer Regierungspartei aufmerksam und appellieren damit an die Verantwortung eines jeden für die Integrität der fdGO.²⁸ Gerade weil Autokraten gelernt haben, im Namen eines vermeintlich homogenen Volkswillens die Sprache der Demokratie zu sprechen und dabei die Institutionen des Rechtsstaats gegen sie zu instrumentalisieren, anstatt die fdGO offen zu verachten, sind derartige Frühwarnsysteme von großer Bedeutung.²⁹

Whistleblowing könnte also eine Lücke des bisherigen Instrumentariums der wehrhaften Verfassung schließen – jedenfalls wenn es sich als Instrument in die Dogmatik der Wehrhaftigkeit einpassen ließe.³⁰

27 Siehe D. Santoro/M. Kumar, A Theory of Whistleblowing, Cham 2018, 134 ff.; R. Brockhaus, Geheimnisschutz und Transparenz, Tübingen 2023, 1 ff.

28 Zur Rolle von Bürgerinnen bei der Verteidigung der Demokratie J.-W. Müller, Citizens as Militant Democrats, Or: Just How Intolerant Should the People Be?, Critical Review 34 (2022), 85.

29 Diese Entwicklung beschreibt K. Scheppelle, Autocratic Legalism, The University of Chicago Law Review 85 (2018), 545 (583 ff.).

30 Zu verfassungsrechtlichen Kollisionslagen siehe C. Bäcker, Whistleblower im Amt, Die Verwaltung 48 (2015), 499.

II. Das wehrhafte Grundgesetz – Ein hermeneutisches Modell

Das verfassungsrechtliche Prinzip der Wehrhaftigkeit³¹ hat eine lange diskursive Geschichte hinter sich.³² Diesen diskursiven Bogen vollständig nachzuzeichnen würde den Rahmen dieses Beitrags sprengen.³³ Stattdessen möchte ich deshalb einen analytischen Zugang wählen: Wir suchen nach analytischen Kriterien, die ein Urteil darüber erlauben, ob ein spezifisches Instrument als Ausprägung der Wehrhaftigkeit des Grundgesetzes zu interpretieren ist.

1. Wehrhaftigkeit als Rechtsprinzip

Ein derartiger Zugang wäre allerdings nur dann sinnvoll, wenn es sich bei der vielbeschworenen Wehrhaftigkeit des Grundgesetzes um ein genuines *Rechtsprinzip* handelte – mit analytisch fassbaren Voraussetzungen und konkreten rechtlichen Konsequenzen.³⁴ Dass das Grundgesetz eine wehrhafte Verfassung ist, gehört zur verfassungspolitischen Folklore der Bundesrepublik. Damit wird die Wehrhaftigkeit aber noch nicht zum Rechtsprinzip. Die Begriffe „Wehrhaftigkeit“ oder „Streitbarkeit“ erwähnt das Grundgesetz jedenfalls nicht explizit. Eine skeptisch-reduktive Auslegung

31 Das BVerfG verwendet die Begriffe „streitbare“ bzw. „wehrhafte Demokratie“ inzwischen synonym, siehe BVerfGE 144, 20, Rn. 418; zur terminologischen Entwicklung J. Becker, Die wehrhafte Demokratie des Grundgesetzes, in: P. Badura (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts (Band VII), Heidelberg 1992, Rn. 3. Ich verwende hier den Begriff der „wehrhaften Verfassung“, bzw. des „Prinzips der Wehrhaftigkeit“. „Wehrhaft“ ist m.E. treffender als „streitbar“, weil es gerade nicht um den alltäglichen demokratischen *Streit*, sondern *außergewöhnliche*, weil *wehrhafte* Eingriffe in diesen Streit geht. Ferner schützt die Wehrhaftigkeit nicht nur das *Demokratieprinzip*, sondern ist auf einen umfassenden Schutz der fdGO gerichtet. Ebenso für die Terminologie des „militant constitutionalism“ Gutmann/Voigt, Militant Constitutionalism (Fn. 25), 378 f.

32 Das Prinzip geht zurück auf Karl Loewenstein, siehe K. Loewenstein, Militant Democracy and Fundamental Rights I, The American Political Science Review 31 (1937), 417; für einen aktuellen Diskursüberblick A. Malkopolou/A. Kirshner, Militant Democracy and Its Critics, Edinburgh 2019.

33 Siehe stattdessen Becker, Wehrhafte Demokratie (Fn. 31), § 167 Rn. 4 ff.; H.-J. Papier/W. Durner, Streitbare Demokratie, AöR 128 (2003), 340 (362 ff.).

34 Dieser Frage geht auch Thiel nach, siehe M. Thiel, Zur Einführung: Die „wehrhafte Demokratie“ als verfassungsrechtliche Grundentscheidung, in: M. Thiel (Hrsg.), Wehrhafte Demokratie, Tübingen 2003, S. 1 (6 ff.).

erscheint auf den ersten Blick naheliegend: Wenn wir verfassungspolitisch über das wehrhafte Grundgesetz sprechen, so ließe sich argumentieren, sprechen wir verfassungs*rechtlich* regelmäßig über konkrete rechtliche Verfahren mit konkreten rechtlichen Voraussetzungen,³⁵ die ihrerseits allenfalls einen assoziativen Zusammenhang zum abstrakten Konzept der wehrhaften Demokratie aufweisen. Demnach handelte es sich bei der „Wehrhaftigkeit des Grundgesetzes“ um ein reines Epiphänomen – eine Narrativisierung, die konkrete rechtliche Entscheidungen vielleicht politisch zu vermitteln, aber rechtlich nicht zu konturieren oder begründen vermag.

Diese reduktiv-skeptische Interpretation ginge an der ständigen Rechtsprechung des BVerfG vorbei.³⁶ Letzteres hat das Prinzip der Wehrhaftigkeit immer wieder als übergreifendes Verfassungsprinzip charakterisiert: „Es ist von besonderer Bedeutung, daß die Verfassung der Bundesrepublik Deutschland sich für die ‘streitbare Demokratie’ entschieden hat. (...) Verfassungsfeinde sollen nicht unter Berufung auf Freiheiten, die das Grundgesetz gewährt und unter ihrem Schutz die Verfassungsordnung (...) gefährden.“³⁷ Das BVerfG verankert dieses Rechtsprinzip zwar in konkreten Verfahren,³⁸ hat aber immer wieder auf eine Gesamtschau verschiedenster GG-Normen Bezug genommen.³⁹ Im Lichte dieser „Grundentscheidung“ hat das Gericht schon diverse, nicht unbedingt in einem unmittelbar mit der wehrhaften Demokratie in Zusammenhang stehende Rechtsinstitute ausgelegt und so für letztere neue Facetten ausgeprägt.⁴⁰ So entwickelte das BVerfG auch die beamtenrechtliche Pflicht zur Verfassungstreue als hergebrachten und *wehrhaften* Grundsatz des Berufsbeamtentums i.S.d. Art. 33 Abs. 5 GG.⁴¹

Es handelt sich bei dem Prinzip der Wehrhaftigkeit also um ein genuines Rechtsprinzip, das als „Auslegungs-, Abwägungs- bzw. Rechtfertigungskri-

35 Insbesondere Art. 9 Abs. 2, Art. 18 und Art. 21 Abs. 2 GG.

36 Dies betont auch A. Sattler, Die rechtliche Bedeutung der Entscheidung für die streitbare Demokratie, Baden-Baden 1982, 17 ff.

37 BVerfGE 30, 1 (19 f.).

38 BVerfGE 144, 120, Rn. 418.

39 Zur Diversität der in Bezug genommenen Normen siehe Thiel, Grundentscheidung (Fn. 34), 8 ff.; so auch Becker, Wehrhafte Demokratie (Fn. 33), Rn. 14 ff.; Sattler, Entscheidung (Fn. 36), 17 f.

40 Siehe Thiel, Grundentscheidung (Fn. 34), 7 f.; Becker, Wehrhafte Demokratie (Fn. 33), Rn. 43; zuletzt auch BVerfGE 144, 20, Rn. 517.

41 BVerfGE 39, 334 (368 f.); dazu, dass eine Herleitung aus der Wehrhaftigkeit plausibler ist als eine aus tatsächlicher Tradition auch Voßkuhle, Extremismus (Fn. 24), Fußnote 30.

terium“ rechtliche Folgen zu produzieren vermag.⁴² Dies deckt sich im Übrigen mit der im Konvent von Herrenchiemsee zutage getretenen Intention, die fdGO des Grundgesetzes gegen totalitäre Bedrohungen abzusichern und so aus den Weimarer Erfahrungen Konsequenzen zu ziehen.⁴³

2. Die streitbare Tendenz wehrhafter Instrumente – hermeneutische Kriterien

Dieser übergreifende, rechtliche Charakter des Wehrhaftigkeitsprinzips löst zugleich ein Bedürfnis nach einer scharfen analytischen Grenzziehung aus. Das Argument der Wehrhaftigkeit darf nicht zu einer „Rundum-Waffe des Staatsschutzes“⁴⁴ gerieren. Eine allgemeine, gleichsam ungeschriebene Wehrhaftigkeitsausnahme zu hergebrachten verfassungsrechtlichen Standards anzuerkennen würde der fdGO einen Bärendienst leisten.⁴⁵ Das Bewusstsein um diese Risiken muss jedoch nicht zu einer Totalrevision der Wehrhaftigkeit führen.⁴⁶ Das Risikopotential der Wehrhaftigkeit lässt sich mit dem hergebrachten, hermeneutischen Handwerk der Juristerei bannen: Der Auslegung.⁴⁷

Ebenfalls um das exzessive Potential der wehrhaften Demokratie besorgt⁴⁸ stellte *Eckart Bulla* fest: „Die Verfassungsinterpretation der These von der ‚streitbaren Demokratie‘ muß – den allgemeinen Auslegungsregeln folgend – am Wortlaut des GG ansetzen.“⁴⁹ Dem möchte ich mich anschließen. Um zu identifizieren, ob ein rechtliches Instrument an der Wehrhaftig-

42 So auch *Thiel*, Grundentscheidung (Fn. 34), 8 ff.

43 Diesen intentionalen Befund trotz Zweifeln an der Richtigkeit der zugrundeliegenden, historischen Analyse stützend *E. Bulla*, Die Lehre von der streitbaren Demokratie, AöR 98 (1973), 340 (342 ff.); so auch *Becker*, Wehrhafte Demokratie (Fn. 33), Rn. 11 ff.

44 *E. Denninger*, Verfassungstreue und Schutz der Verfassung, VVDStRL 37 (1979), 7 (19 ff.).

45 So auch *Bulla*, Streitbare Demokratie (Fn. 43), 352 ff.

46 Anders der wohl unter dem Eindruck der exzessiven Handhabung des Radikalenerlasses schreibende *Denninger*, Verfassungsschutz (Fn. 44), 8 ff.

47 Zum Recht als hermeneutische Praxis *R. Poscher*, Hermeneutics and Law, in: M. Forster/K. Gjesdal (Hrsg.), The Cambridge Companion to Hermeneutics, Cambridge 2019, S. 326.

48 So warnte *Bulla* im Kontext des Radikalenerlasses davor, dass das Credo von der wehrhaften Demokratie „in ein autoritäres oder gar totalitäres Staatsverständnis einmünden kann.“, *Bulla*, Streitbare Demokratie (Fn. 45), 360 ff.

49 Ebd., 348 ff.

keit des Grundgesetzes teilhat, ist mittels der üblichen Auslegungsregeln zu ermitteln, ob die zugrunde liegende (Verfassungs-)Institution über eine *streitbare Tendenz* verfügt. Bei dieser hermeneutischen Operation lassen sich meines Erachtens folgende Kriterien berücksichtigen:

- **Berufung eines Akteurs zur Wehrhaftigkeit:** Jene Verfassungsakteure, die die Verfassung verteidigen, müssen zu dieser Verteidigung besonders berufen und damit legitimiert sein. Nur das BVerfG darf auf Antrag eines zum Parteiverbotsverfahren aktivlegitimierten Verfassungsorgans eine Partei verbieten. Nur die in § 3 Abs. 2 VereinsG aufgeführten Verbotsbehörden sind im Sinne des Art. 9 Abs. 2 GG zur Verteidigung der fdGO berufene, wehrhafte Akteure. Es muss also entweder das Grundgesetz oder ein hierauf gestütztes Gesetz einen Akteur innerhalb eines bestimmten Rahmens zur Verteidigung der fdGO berufen.
- **Die fdGO als präventives Schutzgut:** Wehrhafte Instrumente schützen die fdGO. Hierin stimmen sie überein.⁵⁰ Der fdGO-Begriff ist deutlich enger als seine auf den ersten Blick ähnlich aussehenden Geschwister, etwa die „verfassungsmäßige Ordnung“.⁵¹ Hierin verwirklicht sich eine Abwägungslogik, die aus dem Polizeirecht bekannt ist: Weil die Wehrhaftigkeit zu so empfindlichen Beeinträchtigungen anderer hochrangiger Verfassungsgüter führen kann, ist sie an ein besonders hochwertiges, zugleich eng gefasstes Schutzgut geknüpft.⁵² Die hieraus resultierende Gravitationskraft ist so stark, dass sie auch anderslautende Voraussetzungen als wehrhaft anerkannter Instrumente zu einem strengen fdGO-Bezug umformt.⁵³ An diesem fdGO-Bezug kann man wehrhafte Instrumente also erkennen.
- **Verfassungsrechtlicher Ausnahmecharakter:** Das Grundgesetz ist eine von demokratischer Toleranz geprägte Verfassung und stellt sich deshalb grundsätzlich auch bezüglich ihrer zentralen Prinzipien disponibel. Sie wehrt sich gegen propagierte politische Inhalte nur insofern sie sich

50 Zuletzt BVerfGE 144, 20, Rn. 529 ff.; so auch *Bulla*, Streitbare Demokratie (Fn. 45), 348 ff.

51 Zuletzt BVerfGE 144, 20, Rn. 529 ff.

52 Siehe M. Bäcker, in: M. Herdegen/J. Masing/R. Poscher/F. Gärditz (Hrsg.), Handbuch Verfassungsrecht, München 2021, § 28 Sicherheitsverfassungsrecht, Rn. 89 ff.

53 So etwa bei den Voraussetzungen des Art. 9 Abs. 2 GG, siehe BVerfGE 149, 160 (197 f.); hierzu ausführlich F. Albrecht, in: F. Albrecht/J. Roggenkamp (Hrsg.), VereinsG, 2. Aufl., München 2024, § 3 Rn. 61 ff.; so schon *Bulla*, Streitbare Demokratie (Fn. 45), 350 ff.

gegen die unverhandelbaren Fundamente der fdGO richten.⁵⁴ Demokratische Toleranz ist also die Norm und der Einsatz wehrhafter Instrumente die Ausnahme. Das verwaltungsrechtliche *daily business* nimmt deshalb nicht an der Wehrhaftigkeit der Verfassung teil. Aus diesem Grund gehören gewöhnliche verwaltungsrechtliche Vorgänge wie die waffenrechtliche Zuverlässigkeitsprüfung oder Aufenthaltsrechtliche Entscheidungen nicht zur wehrhaften Demokratie. Solche Normen weisen zwar eine Familienverwandtschaft zu ihr auf, schützen aber die (allgemeine) öffentliche Sicherheit. Sie sind daher anders legitimiert, haben andere Voraussetzungen und erfüllen einen anderen Zweck als wehrhafte Instrumente.

- **Kontrollüberlegung – Herstellbarkeit verfassungsrechtlicher Begrenzungen:** Das Argument der Wehrhaftigkeit vermittelt dem Staat einschneidende Handlungsmöglichkeiten, die ihm normalerweise nicht zustehen. Dieses Machtpotential birgt Missbrauchsgefahren.⁵⁵ Ein Instrument sollte deshalb nur dann an der Wehrhaftigkeit der Verfassung teilhaben, wenn sich, etwa anhand seiner normativen Voraussetzungen oder sonstiger Kontextfaktoren, adäquate verfassungsrechtliche Begrenzungen herstellen lassen. So ist beispielsweise für Vereinigungsverbote anerkannt (und auch in § 3 Abs. 1 VereinsG umgesetzt), dass solche Verbote für ihre Wirksamkeit eines konstitutiven Verwaltungsakts bedürfen. Dies gilt, obwohl der Wortlaut des Art. 9 Abs. 2 GG nahelegt, dass verfassungsfeindliche Vereinigungen *ipso iure* verboten sind. Diese Auslegung würde jedoch die Rechtsposition jeder Vereinigung unsicher machen.⁵⁶ Sie wäre deshalb eine Expansion des wehrhaften Charakters des Art. 9 Abs. 2, die sich rechtlich nur schwer einfangen ließe.
- **Begrenzung auf staatliche Akteure:** Meines Erachtens können nur für den Staat handelnde Akteure an der Wehrhaftigkeit der Verfassung teilhaben. Akteure der wehrhaften Demokratie sollten qua der Herstellbarkeit verfassungsrechtlicher Begrenzungen durch das Verfassungsrecht spezifisch adressier- und einhegbar sein. Privatpersonen haben sich, wenn sie von ihrer Meinungs- oder Versammlungsfreiheit Gebrauch

54 Hierzu zuletzt BVerfGE 144, 20, Rn. 529 ff.; siehe auch J. Hohnerlein, Zwei freiheitliche demokratische Grundordnungen?, DVBl 2024, 267 ff.

55 Hiervor warnt Bulla, Streitbare Demokratie (Fn. 45), 360 ff.; Kirshner beschreibt die „normativen Kosten“ wehrhafter Instrumente, A. Kirshner, A theory of militant democracy, New Haven 2014, 55 f.

56 BVerwGE 4, 188, Rn. 6 f.; siehe hierzu insgesamt Albrecht (Fn. 53), § 3, Rn. 13 ff.

machen, nicht verfassungsrechtlich zu rechtfertigen. Das hat sehr gute Gründe, disqualifiziert sie aber für die Zwecke der wehrhaften Demokratie. Wer durch die Verfassung legitimiert ist, mittels wehrhafter Mittel die fdGO zu verteidigen, muss an das Verhältnismäßigkeitsprinzip gebunden sein⁵⁷ – sonst drohte die Wehrhaftigkeit ungebändigte Gewalt zu rechtfertigen.⁵⁸ Das bedeutet, dass Handlungsformen des zivilen Ungehorsams mE. nicht an der Wehrhaftigkeit des Grundgesetzes teilhaben. Hiermit ist keine Aussage über die Daseinsberechtigung des zivilen Ungehorsams als Rechtsfigur verbunden. Es handelt sich nur, soweit man sie anerkennt, um eine *andere* Rechtfertigung mit *anderen* Voraussetzungen und Folgen.⁵⁹ Auch das Widerstandsrecht aus Art. 20 Abs. 4 GG ist demnach keine Ausprägung der wehrhaften Verfassung, sondern eine Ausprägung der Volkssouveränität.⁶⁰

3. Zugehörigkeitskonsequenz: Teleologie der Wehrhaftigkeit

Wenn durch eine Anwendung des Kriterienmodells die Wehrhaftigkeit eines Instruments geklärt ist, erwachsen hieraus Konsequenzen für seine Anwendung. Es folgt eine Teleologie der Wehrhaftigkeit: Wehrhafte Instrumente haben ein bestimmtes Ziel und sind auf bestimmte Verhaltensformen gerichtet.

Das verbindende Ziel wehrhafter Instrumente ist zu verhindern, dass „Verfassungsfeinde (...) unter Berufung auf Freiheiten, die das Grundgesetz gewährt und unter ihrem Schutz die Verfassungsordnung (...) gefährden“⁶¹. Das Argument der Wehrhaftigkeit bewirkt, dass der Staat gegen Handlungen vorgehen kann, die ansonsten unter verfassungsrechtlichem Schutz

57 Zur Geltung des Verhältnismäßigkeitsprinzips bei Vereinsverboten BVerfGE 149, 160 (193 ff.); zur Diskussion *Albrecht* (Fn. 53), § 3, Rn. 6 ff. Dass im vorbereitenden Ermittlungsverfahren der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gilt, ist unbestritten, ebd. Rn. 409 ff.

58 Ähnlich *Thiel*, Grundentscheidung (Fn. 34), 22 f.

59 S. *Akbarian*, *Ziviler Ungehorsam als Verfassungsinterpretation*, Tübingen 2023; zur Rechtfertigung des Whistleblowings durch das Argument des zivilen Ungehorsams *Brockhaus*, Geheimnisschutz (Fn. 27), 505 ff.

60 Hierzu differenzierend *Thiel*, Grundentscheidung (Fn. 34), 23 ff.

61 BVerfGE 30, 1 (19 f.); ständige Rechtsprechung, siehe zuletzt auch BVerfGE 144, 20, Rn. 418.

stünden. Diese Handlungen müssen insbesondere nicht strafrechtlich relevant oder sonst in irgendeiner Weise verboten sein.⁶²

Werner-Kappler hat ferner überzeugend herausgearbeitet, dass auf Extremismusbekämpfung ausgerichtete Instrumente ein besonderer, verhaltensbezogener Diagnose- und Prognosemaßstab verbindet.⁶³ Konkret sind wehrhafte Instrumente gegen „[p]lanvolles Vorgehen“ gerichtet, durch das „kontinuierlich auf die Verwirklichung eines der freiheitlichen demokratischen Grundordnung widersprechendes politisches Konzept hingearbeitet wird“.⁶⁴ Die Vorbereitung eines wehrhaften Instruments bedarf also einer epistemischen Operation, die aus einer Diagnose verfassungsfeindlichen Verhaltens sowie einer – im Vergleich zu üblichen polizeirechtlichen Vorhersagen analytisch modifizierten – Prognose besteht.⁶⁵ Das bedeutet, dass bloße Gesinnungen kein tauglicher Anknüpfungspunkt sind, sondern sich stets durch konkrete Handlungen äußerlich manifestieren müssen.⁶⁶ Gleichzeitig bedarf es aber auch keiner Prognose einer im polizeirechtlichen Sinne konkreten Gefahr für die fdGO.⁶⁷ Im zweiten NPD-Parteiverbotsverfahren hat das BVerfG stattdessen betont, dass sich das avisierte Verhalten als „qualifizierte Vorbereitung einer Beseitigung oder Beeinträchtigung der freiheitlichen demokratischen Grundordnung“ darstellen muss.⁶⁸ Wehrhafte Instrumente wenden sich gegen ein durch einen politischen Plan intentional verstetigtes, gegen die fdGO gerichtetes Verhalten. Prognostiziert wird hier also, anders als im Polizeirecht, kein die fdGO schädigendes Ereignis, sondern die intentionale Kontinuität des extremistischen *Verhaltens*.⁶⁹ Die epistemische Grundlage für diese Prognose ist eine gegen die

62 BVerfGE 144, 20, Rn. 577.

63 K. Werner-Kappler, Das Recht der Extremismusbekämpfung, AöR 148 (2023), 204 (216 f.).

64 BVerfGE 144, 20, Rn. 576; vergleichbar zu Vereinigungsverboten BVerfGE 149, 160 (198 f.); ähnlich BVerwG, Urteil vom 17.11.2017 – 2 C 25/17, Rn. 21.

65 Werner-Kappler, Extremismusbekämpfung (Fn. 63), 215 f.

66 BVerfGE 144, 20, Rn. 573; Werner-Kappler, Extremismusbekämpfung (Fn. 63), 235 ff.; so auch schon Bulla, Streitbare Demokratie (Fn. 45), 353 ff.

67 Für das Parteiverbot BVerfGE 144, 20, Rn. 581 ff.; für Vereinigungsverbote BVerfGE 149, 160 (198 f.); siehe auch Werner-Kappler, Extremismusbekämpfung (Fn. 63), 220 f.

68 BVerfGE 144, 20, Rn. 579.

69 „Die Prognose erschöpft sich darin, dass das extremistische Handeln auch in der Zukunft zu erwarten ist (...)“, Werner-Kappler, Extremismusbekämpfung (Fn. 63), 241 ff.

fdGO gerichtete, politische Agenda, die explizit erklärt wird, oder in den der Diagnose zugrundeliegenden Aktionen zum Ausdruck kommt.⁷⁰

Natürlich können einzelne wehrhafte Instrumente hierüber hinaus gehende Voraussetzungen aufstellen. Besonders schneidige Instrumente wie das Parteiverbotsverfahren können an höhere prognostische Schwellen wie jene der Potentialität geknüpft werden.⁷¹ Dies ändert jedoch nichts an dem hier skizzierten Grundsatzmaßstab. Dass sie an konkretes, gegen die fdGO gerichtetes und zugleich durch eine politische Agenda intentional verstetigtes Verhalten geknüpft sind, verbindet wehrhafte Instrumente und hebt sie analytisch von anderen staatlichen Eingriffsinstrumenten, insbesondere solche des allgemeinen Gefahrenabwehrrechts, ab.

III. Whistleblowing: Verfassungsrechtliche Spannungslagen und ihre Auflösung

Lässt sich beamtliches Whistleblowing nach dem oben Gesagten unter bestimmten rechtlichen Voraussetzungen als Ausprägung der wehrhaften Verfassung verstehen? Ich denke: ja.⁷² Im Folgenden nehme ich das oben skizzierte Kriterienmodell zuhilfe um zu zeigen, dass sich drei zentrale, durch beamtliches Whistleblowing aufgeworfene verfassungsrechtliche Spannungslagen auflösen lassen.

1. Beamte als legitime, aber subsidiäre Akteure der wehrhaften Verfassung

Akteure der wehrhaften Verfassung müssen zur Verteidigung der fdGO berufen sein. Dass Beamtinnen dazu legitimiert sein sollen, die fdGO auch und gerade gegen die eigene Hausleitung zu verteidigen, erscheint auf den ersten Blick kontraintuitiv. Schließlich unterliegen Beamtinnen einer

70 Das BVerwG untersucht bei Vereinigungsverboten, ob ein Verein die fdGO „fortlaufend untergraben will“ und unternimmt dabei anhand des öffentlichen Verhaltens der leitenden Mitglieder eine umfassende Untersuchung der politischen Agenda des Vereins, BVerwG, Beschl. v. 21.9.2020 – 6 VR 1.20, Rn. 16 und 18; auch § 4 Abs. 1 lit. a BVerfSchG definiert jene „Bestrebungen“, die es sich zum Gegenstand macht, als „politisch bestimmt[e], ziel- und zweckgerichtet[e] Verhaltensweisen (...)“.

71 Zur Potentialität BVerfGE 144, 20, Rn. 585 ff.

72 Für einen Zusammenhang zwischen Wehrhaftigkeit und Whistleblowing auch Gutmann/Voigt, *Militant Constitutionalism* (Fn. 25), 387 ff.

Gehorsams- und Verschwiegenheitspflicht (siehe bspw. § 35 Abs.1 Satz 2 und § 37 Abs.1 BeamtStG).

Allerdings haben BVerfG und BVerwG in ihrer ständigen Rechtsprechung zur beamtlichen Verfassungstreuepflicht betont, dass es sich bei dieser nicht um ein reines Zuwiderhandlungsverbot, sondern eine aktive Einstehenspflicht handelt. Es ist unverzichtbar, dass „der Beamte den Staat (...) und die geltende verfassungsrechtliche Ordnung (...) bejaht, sie als schützenswert anerkennt (...) und aktiv für sie eintritt“⁷³. Das BVerfG nutzte den Anlass des *Radikalenerlasses*, um eine umfassende, in Konfliktsituationen auch proaktive, beamtenrechtliche Pflicht zu postulieren, für die fdGO einzutreten: Diese Pflicht „fordert mehr als nur eine formale korrekte, im Übrigen uninteressierte, kühle, innerlich distanzierte Haltung gegenüber Staat und Verfassung; sie fordert vom Beamten insbesondere, daß er sich eindeutig von Gruppen und Bestrebungen distanziert, die (...) die geltende Verfassungsordnung angreifen, bekämpfen und diffamieren. (...) Politische Treuepflicht bewährt sich in Krisenzeiten und in ernsthaften Konfliktsituationen, in denen der Staat darauf angewiesen ist, daß der Beamte Partei für ihn ergreift.“⁷⁴

Diese aktive Pflicht – und auch ihre Gerichtetheit auf die fdGO – reflektiert das Beamtenrecht in § 37 Abs.2 Satz 2 Var. 2 BeamtStG und § 67 Abs. 2 Satz 2 Var. 2 BBG, indem es qua fdGO-Schutz eine Ausnahme von der beamtenrechtlichen Verschwiegenheitspflicht statuiert. Der wehrhafte Akteursstatus der Beamtinnen ist aufgrund deren gering ausgeprägter demokratischer Legitimation allerdings ein subsidiärer. Beamtinnen steht, anders als den zur Einleitung eines Parteiverbotsverfahrens aktivlegitimierten Verfassungsorganen, kein politisches Ermessen zu. Sie sind nur in Ausnahmesituationen dazu befugt, von ihrer Gehorsams- und Verschwiegenheitspflicht abzuweichen – nämlich dann, wenn ihre Exekutivspitze in einer spezifischen, die Wehrhaftigkeit der Verfassung auslösenden Weise, gegen die fdGO arbeitet (hierzu ausführlich unten).

73 BVerfGE 39, 334 (348); BVerwGE 160, 370, Rn. 15.

74 BVerfGE 39, 334 (348 f.); siehe zu den proaktiven Ausprägungen dieser Pflicht auch Thiel, Grundentscheidung (Fn. 34), 22 f.

2. Kollidierende Verfassungsgüter hinter Gehorsams- und Verschwiegenheitspflicht

In diesen Ausnahmefällen müssen dann jene Verfassungsgüter, die hinter der beamtenrechtlichen Gehorsams- und Verschwiegenheitspflicht stehen, hinter dem Verfassungsprinzip der Wehrhaftigkeit zurücktreten. Dies lässt sich auch rechtfertigen.

Die beamtenrechtliche Gehorsamspflicht ist eine Ausprägung des Demokratieprinzips. Das Berufsbeamtentum schuldet der parlamentarisch legitimierten Exekutivspitze, jene politische Agenda, für die sie gewählt wurde, innerhalb geltender rechtlicher Verfahren in die Praxis umzusetzen.⁷⁵ Gegen die beamtenrechtliche Gehorsamspflicht zu verstoßen heißt, den demokratischen Mehrheitswillen zu behindern – grundsätzlich. In den spezifischen, die Wehrhaftigkeit der Verfassung auslösenden Szenarien setzt die Verfassung diesem Mehrheitswillen Grenzen. Eine Exekutivspitze darf ihre politische Agenda nur insoweit umsetzen, wie letztere mit der fdGO konform ist. Auch das Parlament, das diese Exekutivspitze legitimiert, dürfte keine Gesetze erlassen, die die fdGO verletzen. Es ist nicht ersichtlich, warum die Rechtsordnung der Exekutivspitze für politische Pläne, die sie nie umsetzen dürfte, das Instrumentarium eines auf Gehorsam verpflichteten Beamtenapparats bereitstellen sollte. Beamtinnen müssen zwar (nach einem etwaigen Remonstrationsverfahren) grundsätzlich auch rechtswidrige Weisungen ausführen. Für den Ausnahmefall fdGO-feindlicher Weisungen kann dies jedoch nicht gelten.⁷⁶ Deshalb kann die beamtenrechtliche Gehorsamspflicht nicht soweit reichen, dass sie wehrhaftem Whistleblowing entgegenstünde.⁷⁷

Die beamtenrechtliche Verschwiegenheitspflicht dient der Effektivierung dieser demokratisch gebotenen Transformationspflicht. Eine demokratisch legitimierte Exekutivspitze ist auf einen zur Vertraulichkeit verpflichteten Beamtenapparat angewiesen, weil diese Vertraulichkeit die Integrität und Effizienz des politischen Willensbildungs- und Planungsprozesses absichert.⁷⁸ Wenn jeder politische Plan drohte, schon im Vorbereitungsstadi-

75 S. Werres, in: R. Brinktrine/K. Schollendorf (Hrsg.), BeckOK Beamtenrecht Bund, 34. Aufl., München 2024, § 35 BeamtStG, Rn. 1.

76 Siehe hierzu Werres (Fn. 75), § 35 BeamtStG, Rn. 8.

77 So auch Bäcker, Whistleblower (Fn. 30), 512 ff.

78 „Das offene Wort wird nur hinter verschlossenen Türen gesprochen.“, M. Jestaedt, Das Geheimnis im Staat der Öffentlichkeit, AöR 126 (2001), 204 (230 ff.); ähnlich

um an die Öffentlichkeit zu dringen, hätte es die Spitze einer Behörde schwer, sich gegenüber anderen politischen Akteuren zu behaupten.⁷⁹ Eine Exekutivspitze hat es zur Sicherung ihrer Handlungsfähigkeit und rollenspezifischen Individuation verdient, von den politikstrategischen Vorteilen der Vertraulichkeit zu profitieren. Sie hat es aber nicht verdient, die Umsetzung einer fdGO-feindlichen Agenda effektiv planen zu können.⁸⁰ In diesen Konstellationen ist es gerade ein Anliegen der wehrhaften Verfassung, Öffentlichkeit herzustellen und so der Exekutivspitze diesen politikstrategischen Vorteil *epistemisch zu entreißen*.

Die beamtenrechtliche Verschwiegenheitspflicht schützt auch die öffentliche Sicherheit im Allgemeinen.⁸¹ Wenn bspw. ein Polizeibeamter den polizeilichen Einsatzplan zur Einhegung einer Versammlung veröffentlichte, dann können die Versammlungsteilnehmer diesen Plan gezielt torpedieren. In Szenarien des wehrhaften Whistleblowings werden diese offenlegungsspezifischen Gefahren jedoch in der Regel geringer wiegen als die Gefahren beamtlichen Komplizentums. Man nehme etwa an, dass der offengelegte polizeiliche Einsatzplan vorsah, politisch prominente Versammlungsteilnehmer wegen derer oppositioneller Bestrebungen unter falschen Vorwänden festzunehmen oder zusammenzuschlagen.

3. Praktische Konkordanz durch einen enggestellten fdGO-Begriff

Diese Abwägungsdynamik hat enormes disruptives Potential und bedarf deshalb adäquater verfassungsrechtlicher Begrenzung. Wehrhaftes Whistleblowing muss den das verfassungsrechtliche Wehrhaftigkeitsprinzip insgesamt kennzeichnenden Ausnahmecharakter teilen. Diese Begrenzung leistet die Anknüpfung an einen jüngst durch das BVerfG enggestellten fdGO-Begriff. Vor seiner Entscheidung im zweiten NPD-Verbotsverfahren (*NPD II*) war der fdGO-Begriff des BVerfG von einer „katalogartige[n] Aufzählung einzelner Rechtsinstitute“ geprägt, die für ihre „Unvollständigkeit, Beliebigkeit, Unbestimmtheit, Missbrauchsanfälligkeit und fehlende Systematik“

T. Wischmeyer, Formen und Funktionen des exekutiven Geheimnisschutzes, Die Verwaltung 51 (2018), 393 (394 ff.).

79 Wischmeyer, Geheimnisschutz (Fn. 78), 398 ff.; Jestaedt, Geheimnis (Fn. 78), 227 f.

80 Zur Geheimhaltungsbedürftigkeit als normatives Kriterium Wischmeyer, Geheimnisschutz (Fn. 78), 398 ff.; Brockhaus, Geheimnisschutz (Fn. 27), 21–29.

81 M. Weinrich, in: R. Brinktrine/K. Schollendorf (Hrsg.), BeckOK Beamtenrecht Bund, 34. Aufl., München 2024, § 37 BeamStG, Rn. 11.

kritisiert wurde.⁸² In *NPD II* betonte der Zweite Senat jedoch, dass der „Begriff der freiheitlichen demokratischen Grundordnung (...) eine Konzentration auf wenige, zentrale Grundprinzipien“ erfordere.⁸³

Dieser enggezogene fdGO-Begriff umfasst die Menschenwürdegarantie sowie bestimmte Kernelemente des Demokratie- und Rechtsstaatsprinzips.⁸⁴ Konzeptionell leitgebend ist dabei die Menschenwürdegarantie.⁸⁵ Letztere interpretiert das BVerfG als staatsfundierendes Anerkennungsversprechen⁸⁶: Der unabänderliche Kern der Verfassungsordnung sei demnach die Anerkennung der „Subjektqualität des Menschen“, aus der „ein sozialer Wert- und Achtungsanspruch“ folge, „der es verbietet, den Menschen zum ‘bloßen Objekt staatlichen Handelns’ zu degradieren“.⁸⁷ Dieses Anerkennungsversprechen ist auf Gleichberechtigung ausgerichtet: „Menschenwürde ist egalitär; sie gründet ausschließlich in der Zugehörigkeit zur menschlichen Gattung, unabhängig von Merkmalen wie Herkunft, Rasse, Lebensalter oder Geschlecht“. Mit der fdGO unvereinbar sind also solche politischen Pläne, die die „Anerkennung“ eines Menschen „als gleichberechtigtes Mitglied in der rechtlich verfassten Gemeinschaft“ unterminieren.⁸⁸

Diese auf egalitäre Anerkennung zielende Lesart prägt auch, welche Teilelemente des Demokratieprinzips an dem besonderen Schutz der fdGO teilhaben. Der Zweite Senat betont den „menschenrechtlichen Kern des Demokratieprinzips“: Die gleichberechtigte Achtung aller Bürgerinnen und Bürger als demokratische Subjekte erfordere als „Postula[t] der Freiheit und Gleichheit (...) gleichberechtigte Mitwirkungsmöglichkeiten aller Bürger“. Hiermit seien „Konzepte des dauerhaften oder vorübergehenden willkürli-

82 BVerfGE 144, 20, Rn. 534.

83 Ebd., Rn. 535.

84 Ebd., Rn. 538 ff.

85 „Die fdGO setzt sich also ‘nur’ aus Art. 1 I GG sowie den menschenwürderechtlich begründeten Teilmengen des Rechtsstaats- und Demokratieprinzips zusammen.“, G. Warg, Nur der Kern des demokratischen Rechtsstaats – die Neujustierung der fdGO im NPD-Urteil vom 17.1.2017, NVwZ-Beilage 2017, 42 (43 ff.).

86 Zu einer Deutung der Menschenwürdenorm als staatsorganisatorisches „Gründungsversprechen gegenseitiger Respektierung“ H. Hofmann, Die versprochene Menschenwürde, AöR 118 (1993), 353 (377 ff.); für eine universalistische Lesart dieses Versprechens H. Bielefeldt, Auslaufmodell Menschenwürde?, Freiburg 2011, S. 55 f.

87 BVerfGE 144, 20, Rn. 538; zur Kontextabhängigkeit dieser Achtungspflicht R. Poscher, in: M. Herdegen/J. Masing/R. Poscher/F. Gärditz (Hrsg.), Handbuch Verfassungsrecht, München 2021, § 17 Menschenwürde, Rn. 105 ff.

88 Ebd., Rn. 541.

chen Ausschlusses Einzelner aus diesem Prozess nicht vereinbar“.⁸⁹ Gerade diese individuell-statusbezogene Wendung des Demokratieprinzips ist für die Fragen des wehrhaften Whistleblowings besonders relevant. Während der enggezogene fdGO-Begriff zusätzlich zahlreiche objektive Verfassungsprinzipien schützt, ermöglicht eine Fokussierung auf die Achtung der fundamentalen menschlichen, beziehungsweise der spezifisch demokratischen Subjektqualität eine Spiegelung des fdGO-Begriffs in konkrete Fälle mit individualrechtlichem Bezug. Diese analytische Unterscheidung zwischen „den Kernelementen der freiheitlichen demokratischen Grundordnung und den sich darauf ergebenden (fallbezogenen) Ableitungen“ regt das BVerfG in *NPD II* explizit an.⁹⁰

Im Parteiverbotsverfahren wird die systemische fdGO-Feindlichkeit einer Partei untersucht. Es geht darum, inwiefern eine Partei *insgesamt* gegen die objektiven Ausprägungen der fdGO eifert. In der verwaltungsrechtlichen Praxis geht es in der Regel um *individualrechtsbezogene* Manifestierungen einer programmatischen fdGO-Feindlichkeit. Die Vorgänge, in denen eine Beamtin aktiv für die fdGO eintreten kann, sind konkreter Natur. Sie werden selten die Bindung öffentlicher Gewalt an das Recht *insgesamt* betreffen. Die programmatische fdGO-Feindlichkeit einer Exekutivspitze kann sich jedoch in individuellen Fällen manifestieren, in denen von ihr avisierte Maßnahmen die expressive Wirkung haben, Individuen oder Gruppierungen ihre gleichberechtigte, fundamentale, beziehungsweise demokratische Subjektqualität abzusprechen.⁹¹

89 Ebd, Rn. 542, 544.

90 Ebd, Rn. 534.

91 Wehrhaftes Whistleblowing wird demnach nicht nur durch Menschenwürdeverletzungen ausgelöst. Die Menschenwürde schützt den fundamentalen Rechtssubjektstatus. Dieser ist analytisch von dem spezifischeren Status als demokratisches Subjekt zu trennen. Der demokratische Subjektstatus deckt sich mit dem von *Kirshner* beschriebenen *right to participate*, das er zur Grundlage seiner *self-limiting* Theorie der wehrhaften Demokratie macht: „By participation, I mean not just voting, but office holding, speaking, and associating with others.“, *Kirshner*, *Militant Democracy* (Fn. 55), 33 ff. Die Menschenwürdeträgerschaft produziert zwar für Rechtssubjekte einen *pro-tanto*-Grund, zugleich als demokratische Subjekte anerkannt zu werden. Aus gewichtigen Gründen können aber beide Eigenschaften auseinanderfallen, etwa bei Minderjährigen nach Art. 38 Abs. 2 GG; zur Gerichtetheit der Menschenwürde auf den fundamentalen Subjektstatus BVerfGE 30, 1 (26); *Poscher* (Fn. 87), § 17 Menschenwürde, Rn. 83 ff. Denkbar sind damit Maßnahmen, die die demokratische Subjektqualität, nicht aber die Menschenwürde Betroffener missachten, bspw. pauschal auf die politische Orientierung der Versammlungsteilnehmer abstellende Versammlungsverbote.

IV. Dogmatische Konsequenzen

Unter bestimmten Voraussetzungen kann beamtliches Whistleblowing also an der Wehrhaftigkeit des Grundgesetzes teilhaben. Dies hat konkrete dogmatische Konsequenzen. Insbesondere produziert das Prinzip der Wehrhaftigkeit Kriterien für ein schon seit mehr als fünfzig Jahren diskutiertes und auch im Hinweisgeberschutzgesetz (HinSchG) unbestimmt geregeltes Problem: Die Rechtfertigung der direkten Offenlegung.

1. Direkte Offenlegungen im Zeichen des wehrhaften Grundgesetzes

Das HinSchG unterscheidet zwischen drei Meldewegen. Hinweisgeber – auch Beamtinnen⁹² – haben innerhalb seines Anwendungsbereichs die freie Wahl zwischen internen⁹³ und externen Meldungen.⁹⁴ Hierneben besteht grundsätzlich die Möglichkeit der sogenannten *Offenlegung*. Bei der Offenlegung handelt es sich um „das Zugänglichmachen von Informationen über Verstöße gegenüber der Öffentlichkeit“⁹⁵, also die sprichwörtliche Flucht in die Öffentlichkeit. Offenlegungen sind gegenüber internen und externen Meldungen grds. nachrangig. Hinweisgeber müssen zunächst erfolglos die internen und externen Meldewege (beziehungsweise direkt den externen Meldeweg) erschöpfen, bevor sie sich an die Öffentlichkeit wenden dürfen. Ansonsten steht ihnen kein rechtlicher Schutz gegen Repressalien, etwa beamtenrechtliche Disziplinarmaßnahmen oder strafrechtliche Verfolgung, zu.⁹⁶ Diese Nachrangigkeit der Offenlegung kennt jedoch Ausnahmen.

Diese Ausnahmen beschäftigten BGH und BVerfG schon in den späten 1960er-Jahren. Gegenstand des Verfahrens war eine von *Werner Pättsch* gegenüber der Presse unternommene Meldung zu den Überwachungsmaßnahmen des gerade gegründeten Bundesamts für Verfassungsschutz

92 § 3 Abs. 8 Nr. 3 HinSchG.

93 Zum Begriff der internen Meldung siehe Art. 5 Nr. 4 Richtlinie 2019/1937 vom 23.10.2019.

94 Zum Begriff der externen Meldung siehe ebd., Art. 5 Nr. 5.

95 Siehe § 3 Abs. 5 HinSchG.

96 Für vom HinSchG erfasste Sachverhalte folgt dies aus § 32 Abs. 1 Nr. 1 HinSchG; zum System der Meldewege insgesamt C. Thönnies, Der Hinweis auf den geheimen Rechtsbruch, NVwZ 2023, 1047 (1048 f.).

(BfV).⁹⁷ *Pätsch*, ein Angestellter des BfV, hatte diese Offenlegung getätigt, ohne den internen bzw. externen Meldeweg auszureizen.⁹⁸ BGH und BVerfG bestätigten die Verurteilung *Pätschs* wegen vorsätzlicher Verletzung der Amtsverschwiegenheit (§ 353b StGB). Sie nahmen dabei ein sogenanntes „Stufenmodell“ an⁹⁹: Bevor ein Angestellter des öffentlichen Dienstes sich mit einer Meldung an die Öffentlichkeit wenden dürfe, müsse er sich vorrangig um (staats-)interne Klärung bemühen – im Zweifel müsse er also sämtliche Eskalationsstufen der ministerialen Hierarchie erklimmen.¹⁰⁰ Beide Gerichte konzidierten jedoch die Möglichkeit einer Ausnahmekonstellation, in der direkte Offenlegungen möglich sein müssen: Bei (in der Diktion des BGH) Verletzungen des „Kernbereich[s] des Verfassungsrechts“,¹⁰¹ also (in der Diktion des BVerfG) einem „evidente[n], besonders schwere[n] Verfassungsverstoß, der eine sofortige Unterrichtung der Öffentlichkeit erfordert“.¹⁰²

Seitdem besteht Unklarheit darüber, wann die ansonsten ungebräuchliche Kategorie eines *evidenten und besonders schweren Verfassungsverstoßes* einschlägig sein soll. Im Fall *Pätsch* haben BGH und BVerfG ihr Vorliegen abgelehnt.¹⁰³ Ein maßgeblicher Quell dieser Rechtsunsicherheit war die bis *NPD II* bestehende begriffliche Vagheit des – vom BGH im *Pätsch*-Fall ebenso wie von § 67 Abs. 2 Satz 2 Alt. 2 BBG explizit in Bezug genommenen¹⁰⁴ – Begriffs der fdGO.¹⁰⁵ Die Zuordnung des Whistleblowings zum Instrumentarium der wehrhaften Verfassung vermag es hier, Rechtsklarheit zu bringen. Eine Auslegung maßgeblicher Normen im Lichte der Teleologie der Wehrhaftigkeit produziert zunächst einen spezifischen Schwellenmaßstab. Meldegegenstand direkter Offenlegungen muss demnach ein konkre-

97 Zum Hintergrund des Falles *Pätsch* siehe R. Brockhaus/S. Gerdemann/C. Thönnies, Alles unter Verschluss, Verfassungsblog, 7.1.2021.

98 BGHSt 20, 342, Rn. 34.

99 Zur Genese des Stufenmodells aus den *Pätsch*-Entscheidungen siehe *Bäcker*, Whistleblower (Fn. 30), 501 ff.

100 BVerfGE 28, 191 (203 ff.); BGHSt 20, 342, Rn. 235; gegenüber externen Meldewegen gilt dieses Stufenverhältnis seit Inkrafttreten des HinSchG innerhalb dessen Anwendungsbereichs nicht mehr. Der Meldeweg der Offenlegung bleibt jedoch nachrangig, siehe § 32 Abs. 1 HinSchG.

101 BGHSt 20, 342, Rn. 236.

102 BVerfGE 28, 191 (205).

103 A.A. Brockhaus, Geheimnisschutz (Fn. 27), 107 f.

104 BGHSt 20, 342, Rn. 236. Der BGH stellte also schon im Fall *Pätsch* ganz explizit einen Zusammenhang zum Prinzip der Wehrhaftigkeit her.

105 So auch *Bäcker*, Whistleblower (Fn. 30), 506 ff.

tes, gegen die fdGO gerichtetes und zugleich durch eine politische Agenda intentional verstetigtes Verhalten sein. Zum anderen lässt sich ein Klarheit stiftender Bezug zum eng gezogenen fdGO-Begriff aus *NPD II* herstellen.¹⁰⁶ In Anbetracht des Wehrhaftigkeitsprinzips dürfte eine Beamtin also einen Vorgang direkt offenlegen, wenn ihre Meldung sich auf ein planvolles Vorhaben ihrer Exekutivspitze bezieht, sich im Rahmen einer verfassungsfeindlichen Agenda durch eine konkret avisierte Maßnahme so gegen die fdGO zu richten, dass betroffenen Individuen oder Gruppierungen der gleichberechtigte fundamentale oder der demokratische Subjektstatus abgesprochen wird.

Es handelt sich um einen engen Maßstab, der den Ausnahmecharakter wehrhafter Instrumente widerspiegelt. *Einfach* rechts- beziehungsweise verfassungswidrige Maßnahmen und sogar vereinzelte und damit nicht in intentionaler Ausführung einer politischen Agenda avisierte fdGO-Verstöße reichen demnach nicht aus. Nicht direkt im Zeichen der Wehrhaftigkeit offenlegungsfähig wären damit

- rechtswidrige und die Versammlungsfreiheit Betroffener verletzende Maßnahmen gegen Versammlungen – wohl aber ein gezieltes Vorgehen (beziehungsweise hierauf gerichtete Weisungen) gegen unliebsame politische Gruppierungen allein wegen derer oppositioneller Haltung,
- rechtswidrige Einleitungen eines Strafverfahrens und Anordnungen von einschneidenden Ermittlungsmaßnahmen – wohl aber gezielt politisch orientierte Strafverfolgung (bzw. deren Vorbereitung),
- eine rechtswidrige Ermessensausübung – wohl aber eine Ermessensausübung (bzw. hierauf gerichtete Weisungen und Verwaltungsvorschriften), die eine strukturelle Bevorzugung politischer Freunde, bzw. Benachteiligung politischer Gegner bedeutet,
- rechtswidrige Abschiebungen – wohl aber rechtswidrige Abschiebungen (bzw. deren Planung) unter Verstoß der Menschenwürde Betroffener, beispielsweise wenn die Maßnahmen maßgeblich rassistisch motiviert sind.

In diesen Fällen wäre es unangemessen, Beamtinnen auf die sonst vorrangigen internen, bzw. externen Meldewege zu verweisen: Nicht nur können

106 Der Anschluss an den fdGO-Begriff aus *NPD II* vermeidet eine Zersplitterung dieses Begriffs. Letzteres hat *Bäcker* (vor der Verkündung von *NPD II*) vorgeschlagen, *Bäcker*, Whistleblower (Fn. 30), 508 ff.; mit guten Argumenten gegen eine solche Zersplitterung *Hohnerlein*, FdGO (Fn. 54).

sich derartig agierende Exekutivspitzen nicht in durchgreifender Weise auf die hinter der Gehorsams- und Verschwiegenheitspflicht stehenden Verfassungsgüter berufen. Meldestellen, die in letzter Konsequenz politisch von dieser Exekutivspitze beherrscht werden, erschienen auch nicht als taugliche Meldeadressaten. Offenlegungen haben in diesen Fällen eine Art *epistemischen Devolutiveffekt*:¹⁰⁷ die Sache wird zurück an den *court of public opinion* verwiesen.¹⁰⁸

2. Wehrhafte Offenlegungen innerhalb und außerhalb des HinSchG

Ausnahmen zur beamtenrechtlichen Verschwiegenheitspflicht sind in § 37 Abs. 2 BeamStG bzw. § 67 Abs. 2 BBG geregelt. Hier ist zwischen Meldungen innerhalb und außerhalb des Anwendungsbereichs des HinSchG zu unterscheiden.

Wenn eine Meldung vom HinSchG erfasst ist, dann kommt für direkte Offenlegungen unter den Voraussetzungen des § 32 Abs. 1 Nr. 2 HinSchG eine Ausnahme nach § 37 Abs. 2 Nr. 4 BeamStG bzw. § 67 Abs. 2 Nr. 4 BBG infrage. Nach § 32 Abs. 1 Nr. 2 lit. a HinSchG ist eine direkte Offenlegung unter anderem dann möglich, wenn der gemeldete Verstoß wegen „eines Notfalls, der Gefahr irreversibler Schäden oder vergleichbarer Umstände eine unmittelbare oder offenkundige Gefährdung des öffentlichen Interesses darstellen kann“. Diese Norm lässt sich mit den obigen verfassungsrechtlichen Erwägungen so auslegen, dass sie die oben beschriebenen Vorgänge des wehrhaften Whistleblowings umfasst. In diesen Fällen genießen der meldende Beamte also den Schutz des HinSchG. Allerdings werden bei Weitem nicht alle Fälle des wehrhaften Whistleblowings in den Anwendungsbereich des HinSchG fallen. Viele Vorgänge werden bspw. unter der Schwelle der Strafbarkeit liegen.¹⁰⁹ Gerade im Tätigkeitsfeld der Sicherheitsbehörden weist das HinSchG Bereichsausnahmen auf, etwa bzgl. Verschlusssachen sowie im Bereich der sog. „nationalen Sicherheit“.¹¹⁰

107 Santoro/Kumar, Theory Whistleblowing (Fn. 27), 135 ff.

108 Zur Öffentlichkeit als „Voraussetzung (...) für die begleitende Kontrolle staatlicher Herrschaftsausübung“ Jestaedt, Geheimnis (Fn. 78), 217 ff.

109 Vgl. § 2 Abs. 1 Nr. 1 HinSchG; kritisch zur Lückenhaftigkeit des HinSchG R. Brockhaus/S. Gerdemann/C. Thönnies, Immer noch lückenhaft, Verfassungsblog, 8.8.2022.

110 Siehe § 5 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 2 Nr. 1 HinSchG; zur Analyse und Kritik dieser Bereichsausnahmen siehe Thönnies, Geheimer Rechtsbruch (Fn. 96), 1048 ff.

In solchen Fällen kann nichtsdestotrotz die Ausnahme des § 37 Abs. 2 Satz 2 Var. 2 BeamtStG bzw. § 67 Abs. 2 Satz 2 Var. 2 BBG greifen. Demnach bleibt die beamtenrechtliche Pflicht für die Erhaltung der fdGO einzutreten von der Verschwiegenheitspflicht unberührt. Für die fdGO eintreten ist genau das, was Beamtinnen tun, wenn sie in wehrhafter Weise dGO-feindliche Bestrebungen ihrer Exekutivspitze offenlegen.¹¹¹ Deshalb kann ihnen auch außerhalb des HinSchG kein Verstoß ihrer Verschwiegenheitspflicht zum Vorwurf gemacht werden. Obwohl damit das beamtenrechtliche Ergebnis auf den ersten Blick identisch erscheint, macht es einen Unterschied, ob die HinSchG-Ausnahme greift oder nicht. Das HinSchG weist in §§ 33 ff. detaillierte Schutzregeln für gerechtfertigtes Whistleblowing auf, die dem allgemeinen Beamtenrecht fehlen – etwa klare Irrtumsregeln, eine Beweislastumkehr sowie Schadensersatzansprüche nach Repressalien.

V. Resümee

Beamte als Akteure der wehrhaften Demokratie zu verstehen ist also praktisch nützlich sowie rechtlich begründ- und handhabbar. Insbesondere mit wehrhaftem Whistleblowing steht Beamtinnen ein spezifisches Instrument zur Verfügung, das die Öffentlichkeit über sonst verschwiegene, fdGO-feindliche Pläne einer Exekutivspitze aufklären kann.

Abschließen möchte ich diesen Befund mit einem Reformvorschlag: Wenn ein Beamter solche Vorgänge direkt offenlegt, steht ihm rechtlicher Schutz gegen Repressalien zu. Auf diesen Schutz kann er sich zum Zeitpunkt seiner Meldung jedoch gegenwärtig nicht verlassen. Nach seiner Offenlegung wird seine Exekutivspitze ihn voraussichtlich rechtlich zu belangen versuchen – ob ihr das gelingt wird sich erst nach einer zehrenden, jahrelangen Prozessführung herausstellen. Die hiermit verbundenen, nachvollziehbaren Existenzängste werden die meisten potentiellen Hinweisgeber wohl abschrecken. Diese Risiken lassen sich nie ganz vermeiden; man kann sie aber prozedural einhegen. Denkbar wäre eine beim Bund angesiedelte, von unabhängigen Richterinnen besetzte Clearing-Stelle, an die sich ein Beamter vor einer solchen Offenlegung wenden könnte. Diese könnte in einem in-camera-Verfahren überprüfen, ob voraussichtlich die engen Voraussetzungen einer wehrhaften, direkten Offenlegung vorliegen.

111 So auch schon der BGH im Fall *Pätsch*, BGHSt 20, 342, Rn. 248.

Wenn die Clearing-Stelle dies bejahte, könnte der Beamte die Offenlegung guten Gewissens vornehmen. Wenn sie es hingegen verneinte, dann hätte er immerhin eine unabhängige rechtliche Kontrolle des Vorgangs ermöglicht, ohne sich dem Zorneseifer seiner Exekutivspitze aussetzen zu müssen.

