

NORMAN PAECH

*Professor für Politische Wissenschaft und Staatstheorie
an der Universität Hamburg*

GERHARD STUBY

*Professor für Öffentliches Recht und wissenschaftliche Politik
an der Universität Bremen*

Der ehemalige Generalbundesanwalt Max Güde kennzeichnete Disziplinarverfahren gegen Beamte mit dem Ziel der Dienstentlassung und damit der beruflichen Existenzvernichtung wegen der Aktivität für eine als »verfassungsfeindlich« bezeichnete Partei als »rechtsstaatswidrig« und als »tatbestandslose Anschuldigung« (Güde, Die Verwirrung unseres Staatsschutzrechts, in: Güde/Raiser/Simon/v. Weizsäcker, Zur Verfassung unserer Demokratie, Reinbek 1978, S. 7 [35]). – Eine solche »tatbestandslose Anschuldigung« bildet die Grundlage des Disziplinarverfahrens gegen den Fernmeldehauptsekretär Hans Peter wegen dessen Mitgliedschaft und Aktivität in der DKP. Den nach Meinung der Berufung disziplinar zu ahndenden »Tatbestand« stellt im Ergebnis nämlich nichts anderes dar als ein legales und von der Verfassung geschütztes Verhalten des Beamten. Die Mitgliedschaft und die Betätigung in einer nicht nach Art. 21 Abs. 2 GG vom Bundesverfassungsgericht verbotenen Partei, gar die Kandidatur für ein Volksvertretungsorgan wird vom Grundgesetz für alle Staatsbürger und folglich auch für die Beamten gewährleistet. In der Wahrnehmung von Rechten, die die Verfassung einräumt, einen – mit der schwersten disziplinarischen Maßnahme zu ahndenden – Verstoß gegen die Pflicht zur Treue gegenüber eben dieser Verfassung zu erblicken, erscheint als Anachronismus. Auch die Annahme einer gegenüber dem »einfachen« Staatsbürger gesteigerten Verfassungstreuepflicht des Beamten könnte ein vom Grundgesetz gebilligtes Verhalten nicht zu einem partiell illegalen Verhalten werden lassen. Das Grundgesetz kennt eben keine rechtserheblichen Zwischenstufen zwischen der Verfassungskonformität und der einzig vom Bundesverfassungsgericht festzustellenden Verfassungswidrigkeit einer politischen Partei. Entgegen dem Berufungsvorbringen (Berufungsschrift S. 4 f.) erschöpft sich die »streitbare Demokratie« des Grundgesetzes in den von ihm ausdrücklich vorgesehenen Bahnen des staatlichen Vorgehens gegen Gegner der freiheitlich-demokratischen Grundordnung – zu nennen sind hier insbesondere die Institute der Grundrechtsverwirkung, Art. 18 GG des Vereinsverbots, Art. 9 Abs. 2 GG, und des Parteienverbots, Art. 21 Abs. 2 GG. Demnach ist es sowohl der Exekutive als auch anderen Gerichten außer dem Bundesverfassungsgericht verwehrt, auf eigene Faust »streitbare Demokratie« zu üben, die Zielsetzungen einer nicht nach Art. 21 Abs. 2 GG verbotenen und somit verfassungskonformen politischen Partei kraft eigener Machtvollkommenheit als »verfassungsfeindlich« zu werten und an diese Wertung einschneidende Sanktionen gegen die Mitglieder und Anhänger der Partei bis hin zur Dienstentlassung zu knüpfen. In welchem Umfang

bei einer solchen gleichsam hausgemachten »Verfassungsfeindlichkeits«-Wertung der Exekutive politische Interessen- und Opportunitätsgesichtspunkte an die Stelle objektiver verfassungsrechtlicher Beurteilung treten können, zeigt nicht zuletzt die höchst eigenartig anmutende und verfassungsrechtlich in keiner Weise mehr nachvollziehbare Behauptung der Berufung, die Reisen des Beamten Hans Peter in die DDR seien »pflichtwidrig« (Berufungsschrift S. 11).

Zutreffend ist nach dem Gesagten die nach wie vor von einem Teil der Rechtsprechung (z. B. LAG Düsseldorf, Urt. v. 19. 9. 1980, 4 Sa 1208/79 S. 20f.; ArbG Köln, Urt. v. 22. 11. 1977, 1 Ca 5643/77 S. 18; ArbG Lörrach, Urt. v. 1. 2. 1978, 3 Ca 344/77 S. 15; wohl auch OVG Berlin NJW 78, 1644) wie auch von einem beachtlichen Teil der Literatur (z. B. Böckenförde, Verhaltensgewähr oder Gesinnungstreue? in: Koschnick [Hrsg.], Der Abschied vom Extremistenbeschluß, Bonn 1979, S. 76 [77]; Damkowski RiA 76, 1 [10]; Däubler RiA 77, 181 [184]; Dreier, Verfassung und Ideologie, in: Gedächtnisschrift Friedrich Klein, München 1977, S. 86 [109]; Güde, a.a.O., S. 36; Jasper DVBl 78, 732; Kutscha, Verfassung und »streitbare Demokratie«, Köln 1979, S. 206 ff.; Ekk. Stein, Streitbare Demokratie mit Zipfelmütze, in: Festschrift Mallmann; Wahsner/Paech DuR 80, 417 [420f.]; Weiler, Verfassungstreue im öffentlichen Dienst, Königstein/Ts. 1979, S. 212 ff.) vertretene Position, daß der Vorwurf, ein Beamter verhalte sich nicht verfassungstreu, nicht auf dessen Mitgliedschaft und Aktivität in einer legalen politischen Partei gestützt werden kann. Bekanntlich wurde in den letzten Jahren in einer erheblichen Anzahl von Fällen die Rechtswidrigkeit der ausschließlich auf Mitgliedschaft und Aktivität eines Bewerbers für den öffentlichen Dienst in einer nicht nach Art. 21 Abs. 2 GG verbotenen Partei gestützten Ablehnung dieses Bewerbers festgestellt (z. B. ArbG Hamburg DuR 77, 221; ArbG Ludwigshafen KJ 76, 423; ArbG Düsseldorf, Urt. v. 1. 8. 1978, 1 Ca 2921/78; ArbG Münster, Urt. v. 15. 9. 1978, 1 Ca 669/78; ArbG Lörrach, Urt. v. 1. 2. 1978, 3 Ca 344/77; ArbG Köln, Urt. v. 22. 11. 1977, 1 Ca 5643/77; ArbG Berlin KJ 76, 103; ArbG München, Urt. v. 26. 7. 1978, 24 Ca 4997/78; ArbG Aachen, Urt. v. 18. 5. 1978, 4 Ca 389/78; vgl. im einzelnen Frankenberg KJ 80, 276; Kutscha BStSozArbR 81, 161); diese Entscheidungen sind zum großen Teil durch die Berufungsinstanzen bestätigt worden (vgl. z. B. LAG München DuR 77, 219; LAG Bremen NJW 78, 910; LAG Düsseldorf, Urt. v. 24. 5. 1978, 19 Sa 30/78, Urt. v. 19. 9. 1980, 4 Sa 1208/79; LAG Berlin, Urt. v. 10. 1. 1978, 8 Sa 53/77; LAG Hamm, Urt. v. 16. 5. 1980, 5 Sa 752/79).

Selbst wenn man jedoch die Mitgliedschaft und die Aktivität für eine vom Dienstherrn als »verfassungsfeindlich« angesehene Partei als konstitutives Moment für Zweifel an der Verfassungstreue eines Bediensteten gelten läßt, können diese Momente noch längst nicht als disziplinar relevante Verstöße gegen die Dienstpflichten des Beamten gewertet werden. Insoweit besteht ein Unterschied hinsichtlich der Anforderungen, die an die Gewähr der Verfassungstreue beim Zugang zum öffentlichen Dienst auf der einen Seite und an die Erfüllung des Disziplinaratbestands einer schweren Dienstpflichtverletzung auf der anderen Seite zu stellen sind. Diesen Unterschied hat auch das Bundesverfassungsgericht in seinem Beschluß vom 22. Mai 1975 hervorgehoben:

»In jedem Fall ist die Entfernung aus dem Dienst jedoch nur auf Grund eines *begangenen konkreten* Dienstvergehens möglich. Das Dienstvergehen besteht nicht einfachhin in der »mangelnden Gewähr« des Beamten dafür, daß er jederzeit für die freiheitlich-demokratische Grundordnung eintre-

ten werde, sondern in der nachgewiesenen Verletzung jener Amtspflicht, »sich durch sein gesamtes Verhalten zu der freiheitlich-demokratischen Grundordnung im Sinne des Grundgesetzes zu bekennen und für deren Erhaltung einzutreten«. Dabei ist zu beachten, daß sich der umschriebene Inhalt der Treuepflicht des Beamten nicht völlig mit dem Inhalt der disziplinar zu ahndenden Treuepflichtverletzung des Beamten deckt, weil zum letztgenannten Tatbestand ein Minimum an Gewicht und an Evidenz der Pflichtverletzung gehört« (BVerfG NJW 75, 164 [1643], Hervorh. i. Orig.).

Unzulässig ist es danach jedenfalls, jene Momente, die nach Meinung des Bundesverfassungsgerichts allenfalls »Zweifel« an der Verfassungstreue begründen können (und überdies auch nur »ein Stück« des zu beurteilenden Verhaltens ausmachen können, BVerfG, a.a.O., S. 1645), wie Mitgliedschaft und Aktivität in einer als »verfassungsfeindlich« angesehenen Partei, bereits als ausreichend für die Annahme einer konkreten schweren Dienstpflichtverletzung zu werten. Von der Berufung wird zwar das Vorliegen einer konkreten und schweren Dienstpflichtverletzung behauptet, der Nachweis dieser Pflichtverletzung erschöpft sich dann aber wiederum in nichts anderem als dem Hinweis auf Mitgliedschaft und Aktivität des Beamten in der DKP, damit also auf eine politische Betätigung, die sich im Rahmen der Gewährleistungen des Grundgesetzes bewegt. Die Berufungsbegründung läßt nicht nur die vom Bundesverfassungsgericht geforderte Differenzierung zwischen den lediglich »Zweifel an der Verfassungstreue« begründenden Momenten einerseits und den Tatbestand eines konkreten Dienstvergehens ausfüllenden Handlungsweisen andererseits missen, sondern auch den konkreten Nachweis einer *konkreten Handlung* des Beamten, mit der er seine Pflicht zum Eintreten für die freiheitlich-demokratische Grundordnung verletzt hat. Der pauschale Hinweis auf die »Verfassungsfeindlichkeit« der programmatischen Zielsetzungen der DKP vermag dagegen die Behauptung eines konkreten Dienstvergehens des ihr angehörenden Beamten nicht zu tragen. Damit mangelt es also bereits am objektiven Tatbestand eines Dienstvergehens des Beamten Hans Peter.

Überdies würde es im vorliegenden Falle auch am subjektiven Tatbestand eines Dienstvergehens mangeln. Wie bereits dargelegt, werden in Rechtsprechung und Literatur (und erst recht in der politischen Auseinandersetzung) nach wie vor sehr unterschiedliche Positionen hinsichtlich der rechtlichen Wertung der Mitgliedschaft und der Aktivität in einer als »verfassungsfeindlich« bezeichneten Partei eingenommen. Soll nun etwa der Beamte Hans Peter davon ausgehen müssen, daß seine legale Aktivität in der DKP ein schweres Dienstvergehen darstellt, obwohl nicht nur die die Bundesregierung tragenden politischen Kräfte einer Änderung der Praxis beim Zugang zum öffentlichen Dienst das Wort redeten, sondern auch der oberste Dienstherr des Beamten, der Bundesminister für das Post- und Fernmeldewesen nach seinen Erklärungen vom 15. 11. 1979 und vom 26. 3. 1980 in der Mitgliedschaft und der Kandidatur noch »kein Dienstvergehen« erblickt (vgl. Berufungsschrift S. 15)? Soll der Dissens zwischen dem obersten Dienstherrn des Beamten und dem Bundesdisziplinaranwalt in dieser Frage sich etwa bis in das Innenleben des betroffenen Beamten hinein verlängern und diesen geradezu in eine schizophrene Auffassung vom Inhalt seiner Dienstpflicht treiben? Angesichts dieser – dem juristischen Laien erst recht als schizophren erscheinenden – strittigen Lage kann wohl kaum davon ausgegangen werden, daß dem Beamten das Bewußtsein eigen war, mit seinem Verhalten den Tatbestand eines schweren Dienstvergehens auszufüllen. Auf der anderen Seite könnte aus seiner Sicht durchaus Anlaß zu der Befürchtung bestehen, daß mit dem Berufungs-

verfahren gegen ihn genau das betrieben wird, wovor Max Güde gewarnt hat (a.a.O., S. 46): die Ausübung von Gesinnungszwang und die Verhängung einer Gesinnungsstrafe.