

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 46

**Die politische Treupflicht
der Beamten und Soldaten
und die Grundrechte
der Kommunikation**

Von

Reinhard Böttcher



Duncker & Humblot · Berlin

REINHARD BÖTTCHER

**Die politische Treupflicht der Beamten und
Soldaten und die Grundrechte der Kommunikation**

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 46

Die politische Treupflicht der Beamten und Soldaten und die Grundrechte der Kommunikation

Von

Dr. Reinhard Böttcher



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

Alle Rechte vorbehalten
© 1967 Duncker & Humblot, Berlin 41
Gedruckt 1967 bei Buchdruckerei Bruno Luck, Berlin 65
Printed in Germany

Vorwort

Die Arbeit ist eine Dissertation, die der juristischen Fakultät in München im Frühjahr 1966 vorgelegt worden ist. Sie wurde von meinem verehrten Lehrer, Herrn Professor Dr. Lerche, durch vielfältige Anregungen gefördert. Dafür möchte ich ihm auch an dieser Stelle danken.

Dank schulde ich auch Herrn Ministerialrat a. D. Dr. J. Broermann, der die Aufnahme der Arbeit in die Reihe ‚Schriften zum öffentlichen Recht‘ großzügig ermöglicht hat.

Reinhard Böttcher

Inhaltsverzeichnis

Erstes Kapitel

Ausgangspunkt und Fragestellung der Arbeit	13
---	-----------

Zweites Kapitel

Das Problem der politischen Treupflicht in der Geschichte des deutschen Berufsbeamtentums und Militärs	21
---	-----------

I. Die politische Treupflicht in der Geschichte des deutschen Berufsbeamtentums	21
a) bis zur Weimarer Republik	21
b) in der Weimarer Republik	25
c) im Dritten Reich	28
d) nach 1945	30
II. Die politische Treupflicht in der Geschichte des deutschen Militärs	30
a) bis zur Weimarer Republik	30
b) in der Weimarer Republik	32
c) im Dritten Reich	33
d) nach 1945	34

Drittes Kapitel

Der verfassungsrechtliche Ausgangspunkt: die freiheitliche demokratische Grundordnung und die Grundrechte der Kommunikation	35
--	-----------

I. Der Begriff der freiheitlichen demokratischen Grundordnung	35
II. Die Bedeutung der freien Kommunikation für die freiheitliche Demokratie — Einzelfragen der Kommunikationsgrundrechte	37
III. Insbesondere: die Freiheit zur Kommunikation von Meinungen, die nicht auf dem Boden der freiheitlichen Demokratie stehen	44

Viertes Kapitel

Das Berufsbeamtentum im Grundgesetz — die Kommunikationsrechte im Beamtenverhältnis. Verfassungsrechtliche Grundlagen für das Verständnis der §§ 52 Abs. 2 BBG, 35 Abs. 1 Satz 3 BRRG	50
--	-----------

I. Die grundsätzliche Geltung der Grundrechte im Beamtenverhältnis	50
--	----

II. Beschränkungen der Grundrechte im Beamtenverhältnis und die ausdrücklichen Gesetzesvorbehalte und Grundrechtsschranken des Grundgesetzes	53
III. Beschränkungen der Grundrechte im Beamtenverhältnis und die „hergebrachten Grundsätze“ des Art. 33 Abs. 5 GG	55
IV. Beschränkungen der Grundrechte im Beamtenverhältnis und die Freiwilligkeit dieses Verhältnisses	58
V. Beschränkungen der Grundrechte im Beamtenverhältnis und die institutionelle Anerkennung des Berufsbeamtentums in Art. 33 Abs. 4 und 5 GG	64
VI. Die Beschränkungen der Grundrechte im Beamtenverhältnis und Art. 19 Abs. 2 GG	69
a) Art. 19 Abs. 2 GG als Garantie eines substantiellen Minimums	71
b) Art. 19 Abs. 2 GG als Verankerung eines generellen Erforderlichkeitsgebots für Grundrechtsbeschränkungen	74
VII. Beschränkungen der Grundrechte im Beamtenverhältnis und die Gebote der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit	74
VIII. Beschränkungen speziell der Kommunikationsgrundrechte im Beamtenverhältnis und der Entscheidungsvorbehalt des Bundesverfassungsgerichts nach Art. 18 Satz 2 GG und Art. 21 Absatz 2 Satz 2 GG	78
a) Die konstitutive Wirkung der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts nach Art. 18 GG	78
b) Die konstitutive Wirkung der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts nach Art. 21 Abs. 2 GG	80
α) Die Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts	81
β) Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 21 Abs. 2 GG	82
γ) Eigene Lösung	84
IX. Das Verfassungsrechtliche Modell für die Bestimmung des Verhältnisses von Kommunikationsfreiheit und Beamtenrecht: der Begriff der „allgemeinen Gesetze“ im Sinn des Art. 5 Abs. 2 GG	90
a) Die Lehre von Häntzschel und Rothenbücher	91
b) Die Lehre Smends	95
c) Die „allgemeinen Gesetze“ in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	97
d) Der Begriff der „allgemeinen Gesetze“ bei Bettermann	102
e) Die Definition Lerches	104
f) Die Definition des Verfassers	108
X. Lehren aus der Auslegung des Art. 5 Abs. 2 GG für die Bestimmung des Verhältnisses von Beamtenrecht und Kommunikationsgrundrechten	112

Fünftes Kapitel

**Folgerungen für das Bestehen einer politischen Treupflicht
der Beamten — der zulässige Inhalt der §§ 52 Abs. 2 BBG,
35 Abs. 1 Satz 3 BRRG** 116

I. Die Unzulässigkeit von Propagandapflichten	116
II. Der zulässige Inhalt der politischen Treupflicht	120
a) Politische Treupflicht und das Verhalten des Beamten im Dienst	122
b) Politische Treupflicht und das Verhalten des Beamten außerhalb des Dienstes	124
c) Die Schranken für die außerdienstliche politische Kommunika- tion des Beamten im einzelnen — die politische Loyalitätspflicht des Beamten	130
α) Die Erforderlichkeit durchgehender Merkmale für das Vor- liegen einer Vertrauensstörung	131
β) Die Erfordernisse der Publizität und der Dezidiertheit	132
γ) Gibt es ein Schweigerecht des Beamten?	138
δ) Gibt es ein allgemeines Recht des Dienstherrn, politische Loyalitätserklärungen von seinen Beamten zu verlangen? ..	141
ε) Die politische Loyalitätspflicht des Beamten und die Un- antastbarkeit des Wahlrechts	144
ζ) Die politische Loyalitätspflicht des Beamten und die Infor- mationsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG 2. Halbsatz)	144
η) Zusammenfassung — sind die §§ 52 Abs. 2 BBG, 35 Abs. 1 Satz 3 BRRG nichtig, oder ist eine verfassungskonforme Aus- legung möglich?	146
θ) Die politische Loyalitätspflicht des Beamten und der Ver- schuldensgrundsatz im Disziplinarrecht	147

Sechstes Kapitel

**Das Militär im Grundgesetz und die politische
Treupflicht der Soldaten** 149

I. Verfassungsrechtliche Grundlagen. Das Militär im Grundgesetz — die Kommunikationsgrundrechte im Soldatenverhältnis	149
1. Art. 17 a GG und die institutionelle Anerkennung des Soldaten- verhältnisses durch das Grundgesetz	149
2. Die konstitutive Bedeutung des Art. 17 a GG	151
a) Art. 17 a GG und die Meinungsfreiheit des Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG	153

b) Art. 17a GG und die Versammlungsfreiheit des Art. 8 GG ..	155
c) Art. 17a GG und die Vereinigungsfreiheit des Art. 9 GG	156
II. Folgerungen für das Verständnis des § 8 SoldG — die politische Loyalitätspflicht der Soldaten	158
1. Die Unzulässigkeit von Propagandapflichten des Soldaten	158
2. Die politische Loyalitätspflicht des Soldaten	160
a) Die politische Loyalitätspflicht der Berufssoldaten und Sol- daten auf Zeit	160
b) Die politische Loyalitätspflicht des Wehrpflichtigen	163
α) Die politische Loyalitätspflicht und das Verhalten des Wehrpflichtigen im Dienst	164
β) Die politische Loyalitätspflicht und das Verhalten des Wehrpflichtigen außer Dienst	166
Literaturverzeichnis	171

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Auffassung
ALR	Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten vom 1. 6. 1794
Anm.	Anmerkung
AÖR	Archiv für öffentliches Recht
Art.	Artikel
AS	Ämtliche Sammlung
BArb.G	Bundesarbeitsgericht
BArb.GE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
Bay (bay.)	Bayerisch
Bay. BtZ	Bayerische Beamtenzeitung
BBG	Bundesbeamtengesetz vom 14. 7. 1953 (BGBl. I, 551)
BDH	Bundesdisziplinarhof
BDHE	Entscheidungen des Bundesdisziplinarhofs mit einem Anhang von Entscheidungen der Dienststrafhöfe der Länder
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt.	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BGBL.	Bundesgesetzblatt
BRD	Bundesrepublik Deutschland
BRRG	Rahmengesetz zur Vereinheitlichung des Beamtenrechts (Beamtenrechtsrahmengesetz) vom 1. 7. 1957 (BGBl. I, 667)
BT	Bundestag
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGG	Gesetz über das Bundesverfassungsgericht vom 12. 3. 1951 (BGBl. I, 243)
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (amtliche Sammlung)
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts (amtliche Sammlung)
DBG	Deutsches Beamtengesetz
DDR	Deutsche Demokratische Republik
DJT	Deutscher Juristentag
DöD	Der öffentliche Dienst
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
G	Gesetz
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. 5. 1949 (BGBl. S. 1)
Giacometti-Festgabe	Demokratie und Rechtsstaat — Festgabe für Zaccaria Giacometti 1953

Gem.Min.Bl.	Gemeinsames Ministerialblatt des Bundesministers des Innern und der Bundesminister für Vertriebene, für Wohnungsbau, für Gesamtdeutsche Fragen, für Angelegenheiten des Bundesrates
Hess. (hess.)	Hessisch
h. L.	herrschende Lehre
Hirths Annalen	Annalen des Deutschen Reichs für Gesetzgebung, Verwaltung und Statistik, begründet von H. Hirth
i. d. F.	in der Fassung
i. S.	im Sinne
i. V.	in Verbindung
JöR	Jahrbuch des öffentlichen Rechts
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
Komm.	Kommentar
LVG	Landesverwaltungsgericht
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MRK	Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten
NF	Neue Folge
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
n. w. Min. Bl.	Ministerialblatt des Landes Nordrhein-Westfalen
OLG	Oberlandesgericht
OVG	Oberverwaltungsgericht
Pr.	Preußisch
Pr.Min.Bl.	Ministerialblatt für die gesamte innere Verwaltung in den königlich-preußischen Staaten
PrOVG	Entscheidungen des Preußischen Oberverwaltungsgerichts
RDH	Reichsdisziplinarhof
RG	Reichsgericht
RuPrVBl.	Reichsverwaltungsblatt und Preußisches Verwaltungsblatt
StGB	Strafgesetzbuch
Verw.Rspr.	Verwaltungsrechtsprechung in Deutschland. Sammlung oberstrichterlicher Entscheidungen aus dem Verfassungs- und Verwaltungsrecht, herausgegeben von G. Ziegler
Verf.	Verfassung
VerfGH	Verfassungsgerichtshof
VO	Verordnung
VVDtStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
WRV	Weimarer Reichsverfassung
Z.	Zeitschrift
ZBR	Zeitschrift für Beamtenrecht

Erstes Kapitel

Ausgangspunkt und Fragestellung der Arbeit

Unter der politischen Treupflicht der Beamten und Soldaten wird heute verstanden und soll auch hier verstanden werden die in § 52 Abs. 2 Bundesbeamtengesetz, § 35 Abs. 1 Satz 3 Beamtenrechtsrahmengesetz, § 8 Soldatengesetz ausgesprochene Verpflichtung der Beamten und Soldaten auf die freiheitliche demokratische Grundordnung im Sinne des Grundgesetzes. Der Begriff bezeichnet also nicht allgemein die Pflichten, die den Beamten und Soldaten in politischer Hinsicht auferlegt sind. Weder die heute in § 53 Bundesbeamtengesetz, § 35 Abs. 2 Beamtenrechtsrahmengesetz formulierte Pflicht der Beamten zu politischer Zurückhaltung noch die besonderen Pflichten, die den sogenannten politischen Beamten auferlegt sind, sind gemeint; sondern mit der politischen Treupflicht sind nur die Beschränkungen für die politische Aktivität der Beamten und Soldaten angesprochen, die sich daraus ergeben, daß der Beamte, wie es in § 52 Abs. 2 BBG, § 35 Abs. 1 Satz 3 BRRG heißt, sich durch sein gesamtes Verhalten zur freiheitlichen demokratischen Grundordnung im Sinne des Grundgesetzes bekennt und für deren Erhaltung eintreten muß¹, und der Soldat nach § 8 Soldatengesetz die Pflicht hat, die freiheitliche demokratische Grundordnung im Sinne des Grundgesetzes anzuerkennen und für deren Erhaltung einzutreten².

Es bedarf keiner weiteren Erläuterung, daß es sich bei diesen Bestimmungen nicht um eine technische Regelung des Statusrechts handelt, sondern daß hier eine Frage angeschnitten ist, die in unmittelbarem Zusammenhang mit der allgemeinen und grundsätzlichen Frage steht, wie Beamtentum und Militär in das System der Verfassung einzuordnen sind³.

¹ Diese Bestimmungen sind in Zusammenhang zu sehen mit denen der §§ 7 Abs. 1 Ziff. 1 BBG, 4 Abs. 1 Ziff. 2 BRRG, wonach in das Beamtenverhältnis nur übernommen werden darf, wer die Gewähr dafür bietet, daß er jederzeit für die freiheitliche demokratische Grundordnung im Sinn des Grundgesetzes eintritt.

² Hierzu § 37 Abs. 1. Ziff. 2 SoldG.

³ Freilich sind politische Treupflichten in diesem Sinn heute keine Besonderheit des Beamten- und Soldatenrechts. Nach § 8 Abs. 1 Satz 1 des Bundesangestelltentarifvertrags vom 23. 2. 1961 (Gem.Min.Bl. 1961, 138) müssen sich

Die Grundrechte der Kommunikation sind die Grundrechte, die die Teilnahme des einzelnen an dem Prozeß der öffentlichen und privaten Kommunikation und damit in einem bestimmten, hier nicht zu untersuchenden Umfang, diesen Prozeß selbst gewährleisten⁴. Dazu gehören Art. 4 Abs. 1 Grundgesetz (Bekenntnisfreiheit), Art. 5 Abs. 1 Satz 1 Grundgesetz (Meinungsäußerungsfreiheit und Informationsfreiheit), Art. 8 Grundgesetz (Versammlungsfreiheit), Art. 9 Grundgesetz (Vereinigungsfreiheit) und in Verbindung damit Art. 21 Grundgesetz⁵. Die Lehrfreiheit, Art. 5 Abs. 3 Grundgesetz, wird als Sonderfall ausdrücklich ausgeklammert.

Nachdem heute allgemein davon ausgegangen wird, daß den Beamten und Soldaten die Grundrechte grundsätzlich ebenso zustehen wie jedem anderen Staatsbürger⁶, stellt sich die Frage nach dem Verhältnis der politischen Treupflicht zu diesen. Soweit es die Kommunikationsrechte betrifft, soll dieses Verhältnis im folgenden untersucht werden.

Wenn das Verhältnis der politischen Treupflicht nur zu diesen Grundrechten untersucht wird und insbesondere nicht zur allgemeinen Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 Grundgesetz, so liegt darin eine Beschränkung, die dem Verfasser vor allem deswegen notwendig scheint, um die Problematik einer „Widerstandspflicht“ des Beamten und Soldaten auszuklammern. Man kann durchaus die Frage stellen, ob sich für Beamte und Soldaten in den extremen Situationen einer tatsächlichen Gefähr-

auch die Angestellten des Bundes durch ihr gesamtes Verhalten zur freiheitlichen demokratischen Grundordnung im Sinn des GG bekennen und entsprechendes gilt für die Arbeiter des Bundes und der Länder (Gem.Min.Bl. 1960, 265 und NW.Min.Bl. 1959, 170).

Darüber hinaus wäre es politisch denkbar, daß auch in Tarifverträge mit privaten Unternehmern, etwa solchen, die wichtige Rüstungsaufträge durchführen, politische Treuklauseln aufgenommen würden. Vgl. zu der amerikanischen Praxis in den fünfziger Jahren *Löwenstein*, Amerikanisches Verfassungsrecht, S. 563.

Die Zuverlässigkeit dieser nicht gesetzlichen politischen Treupflichten bzw. ihr zulässiger Umfang wird im folgenden nicht erörtert. Da man sich aber nicht vorstellen kann, daß der Staat in seinen Anforderungen an Angestellte und Arbeiter weitergehen kann als in den klassischen Staatsdienerverhältnissen des Beamten und Soldaten, haben die hier gefundenen Ergebnisse auch Bedeutung für die Auslegung dieser auf Vertrag beruhenden politischen Treupflichten.

⁴ Zum Begriff der Kommunikationsgrundrechte vgl. *Lerche*, „Grundrechte des Soldaten“ in „Die Grundrechte“ Bd. IV, 2. Halbband, S. 465 und *Ridder* „Meinungsfreiheit“ in „Die Grundrechte“ Bd. II, S. 246/248 mit Hinweis auf Art. 11 der Deklaration von 1789 („libre communication des pensées et des opinions“). Lerche und Ridder versuchen, die Kommunikationsrechte als selbständige Gruppe in einem System der Freiheitsrechte zu konstruieren.

⁵ Das Petitionsrecht des Art. 17 GG ist in diesem Sinn kein eigentliches Kommunikationsrecht und bleibt deshalb für diese Arbeit außer Betracht.

⁶ Dazu ausführlich unten.

derung der freiheitlichen Demokratie — interessant ist insbesondere der Fall einer Gefährdung durch innere Ereignisse und hierbei wiederum besonders der Fall einer Gefährdung durch „Mißbrauch von Hoheitsbefugnissen“⁷ — nicht aufgrund der politischen Treupflicht eine Pflicht zum aktiven, evtl. sogar militärischen Verteidigen der freiheitlichen Demokratie ergibt, wodurch im Fall eines Staatsstreichs schwere Friktionen mit der Gehorsampflicht unausbleiblich wären⁸. Aber diese außerordentlichen Anwendungsfälle der politischen Treupflicht könnten nicht ohne Bezug zu den anderen Rechtsfolgen dieser Grenzsituation des staatlichen Lebens, dem „allgemeinen Widerstandsrecht“⁹, dem Recht auf politischen Streik und dem Notstandsrecht allgemein behandelt werden. Damit würde die Arbeit weit über den angemessenen Umfang hin anschwellen. Im normalen staatlichen Leben sind vor allem die Konflikte zwischen politischer Treupflicht und den Kommunikationsrechten aktuell; für die insoweit täglich auftretenden Fragen sollen Grundsätze der Lösung gefunden werden.

Eine solche Untersuchung ist um so dringender, als der Wortlaut der §§ 52 Abs. 2 BBG, 35 Abs. 1 Satz 3 BRRG, 8 SoldG außerordentlich vage ist und zu Mißdeutungen geradezu herausfordert¹⁰. Vor allem die Wendung dieser Gesetzesbestimmungen, daß Beamter und Soldat „für die Erhaltung der freiheitlichen demokratischen Grundordnung einzutreten haben“, läßt sich dem Wortsinne nach uferlos weit auslegen. Unter dem speziellen Gesichtswinkel der politischen Kommunikation könnte man insbesondere eine Verpflichtung der Beamten und Soldaten zu hemmungsloser Propaganda darunter subsumieren. Wenn man von den Beamten und Soldaten verlangen würde, zur Stärkung freiheitlich demokratischer Gedanken im öffentlichen Bewußtsein Zeitungsartikel zu schreiben, Flugblätter zu verteilen, Reden zu halten, an Kundgebungen teilzunehmen, ja selbst wenn man private Werbegespräche von ihnen fordern würde, so ließe sich das alles auf den Wortsinn der §§ 52 Abs. 2

⁷ Vgl. etwa Art. 115, i, Ziff. 4 GG in der Fassung des am 24. 1. 1963 vom Bundestag in erster Lesung behandelten Notstandsgesetzes.

⁸ Vgl. dazu etwa *Evers*, Festgabe für Herrfahrdt, S. 24, S. 25, der sogar die Hauptbedeutung der politischen Treupflicht darin sieht, daß sie Handlungen des Beamten legalisiert, die sonst Ungehorsam und Widerstand wären, nämlich Gehorsamsverweigerung und Widerstand gegenüber Befehlen, die zu einer Verletzung oder Gefährdung der freiheitlich demokratischen Grundordnung führen würden. Er schreibt: „Das Amtsgeheimnis endet, Befehlsverweigerung, Obstruktion, Flucht in die Öffentlichkeit, Streik und Verschwörung könnten, je nach den Notwendigkeiten der konkreten Situation, erforderliche und daher gerechtfertigte Abwehrmaßnahmen sein“ (a. a. O., S. 25).

⁹ Dazu *Schneider* AöR 89, S. 1 f.

¹⁰ Nicht erkannt etwa bei Hildegard *Krüger*, ZBR 1956, 312 oder *Wertenbruch*, ZBR 1960, 245. Vgl. andererseits *Grabendorff*, DÖV 1951, 489, ders. in DÖV 1951, 550 f. und vor allem *Kröger*, Das Recht der freien Meinungsäußerung der Beamten im politischen Bereich, S. 157, 158.