

Veröffentlichungen
der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer

Heft 37

Erhard Denninger und Hans Hugo Klein

Verfassungstreue und Schutz der Verfassung

Walter Rudolf und Frido Wagener

Der öffentliche Dienst im Staat der Gegenwart

Berichte und Diskussionen
auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
in Bonn vom 4.—7. Oktober 1978



1979

Walter de Gruyter · Berlin · New York

Redaktion: Prof. Dr. Dr. h. c. Thomas Oppermann

CIP-Kurztitelaufnahme der Deutschen Bibliothek

Denninger, Erhard

Verfassungstreue und Schutz der Verfassung / Erhard Denninger und Hans Hugo Klein. Der öffentliche Dienst im Staat der Gegenwart / Walter Rudolf und Frido Wagener. Berichte und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Bonn vom 4.—7. Oktober 1978. — Berlin, New York: de Gruyter, 1979.

(Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer; H. 37)

ISBN 3-11-008025-7

NE: Klein, Hans H.; Rudolf, Walter: Der öffentliche Dienst im Staat der Gegenwart



Copyright 1979 by Walter de Gruyter & Co., vormals G. J. Göschen'sche Verlagshandlung, J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung, Georg Reimer, Karl J. Trübner, Veit & Comp., 1 Berlin 30. Alle Rechte, insbesondere das Recht der Vervielfältigung und Verbreitung sowie der Übersetzung, vorbehalten. Kein Teil des Werkes darf in irgendeiner Form (durch Fotokopie, Mikrofilm oder ein anderes Verfahren) ohne schriftliche Genehmigung des Verlages reproduziert oder unter Verwendung elektronischer Systeme verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

Printed in Germany.

Satz und Druck: Vereinigte Druckereien Chmielorz & A. W. Hayn's Erben GmbH, 1 Berlin 44
Buchbinderarbeiten: Thomas Fuhrmann KG, 1 Berlin 36

Inhalt

Jahrestagung 1978	5

Erster Beratungsgegenstand:

Verfassungstreue und Schutz der Verfassung

1. Bericht von Professor Dr. <i>Erhard Denninger</i>	7
Leitsätze des Berichterstatters	49
2. Mitbericht von Professor Dr. <i>Hans Hugo Klein</i>	53
Leitsätze des Mitberichterstatters	111
3. Aussprache und Schlußworte	114

Zweiter Beratungsgegenstand:

Der Öffentliche Dienst im Staat der Gegenwart

1. Bericht von Professor Dr. <i>Walter Rudolf</i>	175
Leitsätze des Berichterstatters	212
2. Mitbericht von Professor Dr. <i>Frido Wagener</i>	215
Leitsätze des Mitberichterstatters	261
3. Aussprache und Schlußworte	267

Verzeichnis der Redner	329

Verzeichnis der Mitglieder der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer	331

Satzung der Vereinigung	349

Jahrestagung 1978

Die Vereinigung hielt ihre Jahrestagung 1978 — die 30. seit ihrer Erneuerung 1949 — vom 4. bis 7. Oktober in Bonn ab. Zum zweiten Mal wählte sie damit den vorläufigen Sitz der Bundesorgane als Tagungsort, an dem zur gleichen Zeit vor 30 Jahren der Parlamentarische Rat an der Entstehung des Grundgesetzes arbeitete. Über 200 Mitglieder und ihre Damen besuchten die Tagung und die Veranstaltungen der Vereinigung.

Der Vorsitzende der Vereinigung, *Klaus Stern* (Köln), konnte zu den Referaten und Diskussionen in der Aula der Universität Bonn eine große Anzahl von Kollegen aus dem Ausland sowie die Schriftleiter der juristischen Fachpresse begrüßen. Die Diskussionsleitung lag in der Hand der weiteren Vorstandsmitglieder *Thomas Oppermann* für den ersten Beratungsgegenstand und *Rupert Scholz* für den zweiten Beratungsgegenstand.

Die Mitgliederversammlung gedachte der verstorbenen Kollegen *Franz Mayer* (Regensburg) und *Friedrich Schack* (Hamburg). Sie hatte sich neben Regularien im besonderen mit Satzungsfragen und der Einordnung der Allgemeinen Staatslehre, der Verfassungsgeschichte der Neuzeit und des Kirchenrechts in die Wahlfachgruppen der juristischen Ausbildungs- und Prüfungsordnungen zu befassen. Zehn neue Mitglieder wurden aufgenommen und vorgestellt. Der amtierende Vorstand, *Klaus Stern* (Köln), *Thomas Oppermann* (Tübingen) und *Rupert Scholz* (München), wurde in geheimer Wahl wiedergewählt. Er kooptierte *Dieter Wilke* (Berlin) zur Durchführung der Jahrestagung 1979 in Berlin vom 3. bis 6. Oktober 1979.

Die Arbeitssitzungen der Vereinigung wurden von festlichen Veranstaltungen umrahmt: Am ersten Abend durch ein Konzert in der Schloßkirche der Universität Bonn, bei dem das Collegium Musicum unter der Leitung von *Emil Platen* musizierte, und einen Empfang des Rektors der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn, Magnifizenz *Aloys Heupel*, in den Festräumen des Kurfürstlichen Schlosses. Am zweiten Abend empfing Herr Bundespräsident *Walter Scheel* die Mitglieder und ihre Damen in der Villa Hammerschmidt. Den Ausklang der Arbeitstagung bildete der festliche Ball in der Redoute in Bad Godesberg. Am Samstag fand der traditionelle Ausflug in die Umgebung statt: zur romanischen Kirche

Schwarzhof und zum Altenberger Dom. In beiden Kultstätten war unser Kollege *Ulrich Scheuner* ein ebenso kunstverständiger wie geschichtskundiger Führer.

Besonderen Dank schuldet die Vereinigung den Mitgliedern der gastgebenden Fakultät, vor allem dem kooptierten Vorstandsmitglied, Herrn *Fritz Ossenbühl*, seiner Frau und ihren Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern für die Mühe und Umsicht bei der Vorbereitung und der reibungslosen Organisation der Tagung.

Die nachstehend abgedruckten Referate wurden jeweils am Vormittag des 5. und 6. Oktober gehalten. Ihnen folgte am Nachmittag die vollständig wiedergegebene Diskussion.

Erster Beratungsgegenstand:

Verfassungstreue und Schutz der Verfassung

1. Bericht von Professor Dr. *Erhard Denninger*, Frankfurt/M.

Inhalt

	Seite
I. Einleitung	8
II. Die Grundwerte-Diskussion	11
III. Unsicherheit über Grenzen und Methoden des Schutzes der Verfassung und der streitbaren Demokratie	14
IV. Das Leitbild des „streitbaren Demokraten“ und der „Wille zur Verfassung“	20
V. Vorinstitutionelle Prinzipien der freiheitlichen demokrati- schen Grundordnung als Orientierung für streitbare Demo- kraten und Staatsgewalt: Freiheit von Angst, Vertrauen, Bereitschaft zum Engagement	26
VI. Folgerungen	32
1. Beamtentreue	32
2. Nachrichtendienstlicher Verfassungsschutz	35
3. Überverfassungsgesetzlicher Notstand?	43

I. Einleitung

1. Man liest von einer seit neun Jahren an Hauptschulen eines sozialliberal regierten Landes tätigen Lehrerin. In ihrem Deutschunterricht in der 10. Klasse wurde zusammen mit anderer Lyrik, u. a. von *Matthias Claudius*, auch ein Liebesgedicht von *Peter Paul Zahn* besprochen, der wegen versuchten Mordes an einem Polizisten zu 15 Jahren Freiheitsstrafe verurteilt wurde. Die Lehrerin wird wegen Zweifels an ihrer Verfassungstreue zur Anhörung vor die Schulbehörde geladen¹.

2. Man liest von dem Lehramtsbewerber für das Lehramt an Volksschulen in einem nicht sozialliberal regierten Land, dessen Versuch, in den Vorbereitungsdienst aufgenommen zu werden, im Januar 1978 vor dem Verwaltungsgericht (Ansbach) scheitert². Die Richter bestätigen dem Kandidaten, einem

¹ Fall der Lehrerin *M. Eichstädt*. Vgl. den Bericht „Entmündigte Lehrer“ von *J. Duhm-Heitzmann* in: B:E, Heft 8/1978 S. 24 f. Die Lehrerin hatte außerdem, nach Absprache in der Lehrerkonferenz, im Wahlpflichtunterricht mehrere Wochen hindurch die Themen Ende der Weimarer Republik, Machtergreifung Hitlers, Einrichtung der Konzentrationslager, faschistische Geisteshaltung behandelt. Leitlektüre dabei: *Eugen Kogons* „Der SS-Staat“. In das Klassenbuch wurden fast immer nur Kürzel wie „Faschismus“ oder „Faschismus in Deutschland“ eingetragen. In der Anhörung wurde der Beamtin eine überproportionale Beschäftigung mit dem Thema Faschismus vorgeworfen. (Man ist versucht, an dieser Stelle die verheerenden Ergebnisse der Untersuchungen über das Unwissen der meisten Schulabgänger gerade hinsichtlich der jüngsten deutschen Vergangenheit zu referieren; dies ist ein demokratie-relevanter Tatbestand). Das Gedicht von *P. P. Zahn* hat folgenden Wortlaut: „Februarsonne. / Die pritsche schräg vors fenster stellen / auf ihr liegen / das gesicht in der sonne / den kopf gleichmäßig drehen / manchmal streicht der wind über / die geschlossenen augen / ich stelle mir vor / es wären deine finger / sacht streicht der wind / und sacht / denke ich mir deine finger / denn stärker / könnte ich das nicht ertragen“.

² Fall des Lehramtsbewerbers *H. H. Häuberlein*. Vgl. Urteil des VG Ansbach vom 10. 1. 1978 — AN 954 — I/77. H. stammte aus einem christlichen Elternhaus, er selbst war im CVJM tätig. Später wurde er aktives Mitglied und Funktionär der „Deutschen Friedensgesellschaft — Vereinigte Kriegsdienstgegner (DFG-VK)“, einer Sammelbewegung der Kriegsdienstgegner, in der auch Kommunisten Mitglieder sind, in der jedoch nach Auskunft des Verfassungsschutzberichtes 1977 des BMI Nichtkommunisten die weitaus größere Mehrheit haben, vgl. dort, Teil: Linksextremistische Bestrebungen, S. 41. In der Anhörung distanzierte sich der Bewerber ausdrücklich von der kommunistischen Zielsetzung einer Diktatur des Proletariats, ebenso, und zwar in Übereinstimmung mit dem Programm seiner Organisation, von jeglicher Gewaltanwendung. Er bekannte sich eindeutig zur Beachtung der geltenden Gesetze. Seine Überzeugung von der Notwendigkeit einer militärischen Ab-

Kriegsdienstgegner aus christlich-pazifistischer Überzeugung ausdrücklich, er sei zwar kein Verfassungsfeind, doch lasse er gegenüber der freiheitlichen demokratischen Grundordnung nur eine gleichgültig distanzierte Haltung erkennen; im Ernstfall werde er in der Situation eines Mannes sein, „der ratlos den Geschehnissen zusieht“, anstatt dem „Sturz der freiheitlich-demokratischen Grundordnung“ durch eigenes aktives Verhalten entgegenzutreten. Ein solcher Mann könne nicht Beamter werden.

3. Man liest ferner³ von einer 19jährigen Münchner Abiturientin, die einem Anwerbungsversuch des Verfassungsschutzes widerstanden hat. Sie sollte für das Amt Spitzeldienste gegen Schülerorganisationen leisten. Ein Stadtrat soll erklärt haben, man müsse ihre Verfassungstreue schon deshalb anzweifeln, weil sie das Ansinnen des Verfassungsschutzes ausgeschlagen habe.

Man fragt sich angesichts solcher und zahlreicher ähnlicher Vorkommnisse: Leben wir wirklich, wie von offizieller Seite immer wieder versichert wird, im „freiheitlichsten Staat der deutschen Geschichte“⁴? Oder haben nicht vielleicht eine Fülle von Einzelregelungen und die dazugehörige pflichteifrige Praxis die „Streitbarkeit“ unserer Demokratie schon bis zu dem Punkt gebracht, an dem, mit den Worten der Dissenters zum Abhörgezet-Urteil, die streitbare Demokratie sich gegen sich selbst zu kehren beginnt⁵? Und werden nicht mit der ständi-

rüstung werde aber, so bekundete er, nicht dadurch falsch, daß sie auch von Kommunisten geteilt werde.

Das Urteil, das möglicherweise in der höheren Instanz aufgehoben werden wird, ist ein Beleg für das schlimme Phänomen der „Kontaktschuld“, das bis in den Bereich der Sprache, der Worte-Tabuisierung hineinreicht, vgl. das Beispiel bei *Galtung* und *Preuß* in: 3. Internationales Russell-Tribunal, Berlin 1978, S. 94 f.

³ Fall der Abiturientin *Marianne Weiß*, vgl. DER SPIEGEL, Nr. 31/1978, S. 74 f.

⁴ Vgl. W. Maihofer, am 20. 11. 1976: „Wir leben im freiheitlichsten Staat der deutschen Geschichte“, in: Innere Sicherheit, Nr. 36, 17. 12. 1976, S. 1; ferner derselbe im Deutschen Bundestag am 15. 11. 1974, BT-Prot. 7/8959 ff. abgedr. in *Denninger* (Hrsg.), Freiheitliche demokratische Grundordnung, Band II, 1977, S. 567: „Die freiheitlichste Verfassung in der deutschen Geschichte, unser Grundgesetz...“

⁵ BVerfGE 30, 1 ff., 33 ff., 45: „Der Gesetzgeber, ..., hat daher bei Regelung der Gefahrenabwehr — etwa im Bereich der Verbrechensbekämpfung oder der im Wesen nicht anders gearteten Tätigkeit der Geheimdienste — die Rechtsgüter gegeneinander abzuwägen unter Berücksichtigung des Wertes, den das Grundgesetz den Individualrechten beimißt. Die „Staatsraison“ ist kein unbedingt vorrangiger Wert. Verkennt der Gesetzgeber die Schranken, so kehrt die „streitbare Demokratie sich gegen sich selbst.“ Vgl. auch unten zu VI. 2.

gen Berufung 1. auf die freiheitliche demokratische Grundordnung als eine unverrückbare Ordnung als „absolut“ anerkannter Werte⁶ und 2. auf unantastbare sogenannte „Grundwerte“, im Hintergrund eines zwar notwendigen, aber streng rechtsstaatlich und unpathetisch durchzuführenden Verfassungsschutzes Tendenzen sichtbar, die darauf abzielen, die ebenfalls oft berufene „Offenheit“⁷ der Verfassung allmählich einzuschließen, aus Freiheitsgebrauch wertverwirklichende Pflichterfüllung und an die Stelle pluraler Gemeinwohldiskussion den angeblich ideologiefreien technokratischen Nachvollzug von tatsächlichen oder nur deklarierten Sachzwängen treten zu lassen? Wo liegen für den säkularen, weltanschaulich neutralen Staat, der den ideologisch-kulturellen Pluralismus nicht nur obrigkeitsstaatlich-gönnerhaft, *kantisch* gesagt: paternalistisch toleriert^{8, 9}, sondern ihn vielmehr als ungeschriebene Voraussetzung seiner Existenz anerkennt, wo liegen für einen solchen Staat die *prinzipiellen* Schranken des Zugriffs auf das forum internum?

Dies scheinen mir die Kern- und Existenzfragen unserer Demokratie zu sein, ohne deren Beantwortung alle dogmatischen Einzelerörterungen über Grundrechtsverwirkung, Parteiverbot, Beamtentreue, Zweck und Grenzen des politischen Strafrechts,

⁶ Seit BVerfGE 2, 1 ff., 12 f., und vor allem E 5, 85 ff., 139, st. Rspr.

⁷ Vgl. z. B. K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts, 9. Aufl. 1976, S. 12 f. mit Bezug auf R. Bäuml; A. Hollerbach, Ideologie und Verfassung, in W. Maihofer (Hrsg.), Ideologie und Recht, 1969, S. 57. Ferner P. Häberle in zahlreichen Arbeiten, zuletzt in Verfassungsinterpretation und Verfassungsgebung, ZfSchwR N. F. 97 (1978) S. 1 ff. m. v. N. Häberle akzentuiert Offenheit als und durch „Öffentlichkeit“. Im Hintergrund steht die Kategorie der „offenen Gesellschaft“ im Sinne K. R. Poppers, Die offene Gesellschaft und ihre Feinde, I, 5. Aufl. 1977, S. 228 ff. G. Roellecke, Der Begriff des positiven Gesetzes und das Grundgesetz, 1969, versteht das Gesetz als offenes Verfahren. Gerade von diesem Ansatz aus erscheint seine Kritik in: Verfassungstreue und Schutz der Verfassung, DÖV 1978, S. 457 ff., 460 N. 30, an meiner Verteidigung der „Alternanzdemokratie“ (H. P. Schneider) gekünstelt, vgl. Verfassung und Gesetz, in: Frankfurter Hefte 3/1978, S. 32. Vgl. zum Thema auch meine Bemerkungen in M. Tohidipur (Hrsg.), Verfassung, Verfassungsgerichtsbarkeit, Politik, S. 176 ff. sowie demnächst Denninger, Staatsrecht 2, Kap. IV. 10.

⁸ Kant, Über den Gemeinspruch: ... II., Sämtl. Werke in sechs Bänden, Bd. 1, Leipzig 1912, S. 193; Rechtslehre II. Teil, § 49, in: Metaphysik der Sitten, Hamburg 1954, S. 140.

⁹ Prägnant K. Schlaich, Neutralität als verfassungsrechtliches Prinzip, 1972, S. 254: „Toleranz ist heute Aufgabe Aller, nicht aber mehr eine Eigenschaft des Staates. Der Staat gewährt nicht eigentlich mehr Toleranz; er ist zum Hüter der Toleranz geworden.“

Aufgaben und Befugnisse der Ämter für Verfassungsschutz, über Datenschutz u. v. a. zusammenhanglos und arbiträr bleiben müssen.

II. Die Grundwerte-Diskussion

Die sog. *Grundwerte-Diskussion* der Jahre 1976/77¹⁰, die sich vor allem am Streit um die Reform des Abtreibungsstrafrechts und des Ehescheidungsrechtes entzündet hatte, war für die Suche nach dem gemeinsamen Fundament aller Demokraten, nach den unverzichtbaren „essentials“ der Verfassungsbasis jenseits des in Art. 79 Abs. 3 GG Gemeinten wenig hilfreich. Abgesehen von den zahlreichen, nur zum Teil auf die Unklarheit des Begriffs „Grundwert“ zurückzuführenden Mißverständnissen ging es in der Debatte, wie richtig bemerkt wurde¹¹, nicht eigentlich um eine *Wertebestimmung*, „sondern in erster Linie um eine *Feindbestimmung*“. Der Kritik an den damals von *Helmut Schmidt*¹² vertretenen Kulturkampfpositionen mit umgekehrtem Vorzeichen ging es um den Versuch, den „Staat“, genauer: den demokratischen Gesetzgeber in dem Augenblick auf einen bestimmten soziokulturellen status quo festzuschreiben, in dem sich eine demokratisch repräsentierende Mehrheit im Parlament anschickte, bestimmte als unhaltbar empfundene

¹⁰ Vgl. G. Gorschenek (Hrsg.), *Grundwerte in Staat und Gesellschaft*, 1977; O. Kimminich (Hrsg.), *Was sind Grundwerte?*, 1977; W. Leisner (Hrsg.), *Staatsethik*, Bd. 9 der Reihe *Gesellschaft-Kirche-Wirtschaft*, hrsg. von der Internationalen Stiftung Humanum, 1977; J. Isensee, *Demokratischer Rechtsstaat und staatsfreie Ethik*, in: *Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche*, Band 11, 1977, S. 92 ff., ferner die dort veröffentlichten Beiträge von W. Kluxen und K. Lehmann. J. Isensee, *Verfassungsgarantie ethischer Grundwerte und gesellschaftlicher Konsens*, in: *NJW* 1977, S. 545 ff. Vgl. neuerdings E.-W. Böckenförde, *Der Staat als sittlicher Staat*, Berlin 1978, bes. S. 34 ff.

¹¹ H. F. Lissen, *Ärgernisse der Grundwertdebatte*, *Frankfurter Hefte* 6/1978, S. 11.

¹² H. Schmidt, *Ethos und Recht in Staat und Gesellschaft*, in: *Gorschenek*, a. a. O., (N. 10) S. 13 ff. bes. S. 22, 26. Schmidts Thesen lassen sich so resümieren: a) der Staat des Grundgesetzes könne als Staat nicht Träger eines eigenen Ethos sein; nur was in der Gesellschaft an ethischen Grundhaltungen tatsächlich vorhanden sei, könne als Recht ausgeformt werden; b) der Staat habe zwar den *Grundrechten* Respekt und Geltung zu verschaffen, die Wahrung der *Grundwerte* sei jedoch Sache der Gesellschaft, jedes einzelnen Bürgers, jeder Gemeinschaft, nicht zuletzt der Kirchen. Man kann beide Sätze müheless als vielleicht etwas pointierte Formulierungen des Prinzips der Nichtidentifikation (H. Krüger) auffassen. Die Aufregung, die sie dennoch vornehmlich in konservativen und kirchlichen Kreisen ausgelöst haben, wird erst aus dem im Text Ausgeführten erklärlich.

Zustände zu reformieren. Das Ergebnis der „ständigen freien geistigen Auseinandersetzung“ der politischen Kräfte, die ja doch gemäß der Formel des Bundesverfassungsgerichts „für die freiheitliche demokratische Staatsordnung schlechthin konstituierend“ ist¹³, kann nach den Spielregeln der parlamentarischen Demokratie nur durch Mehrheitsentscheid ermittelt werden. Eben dies wird nun von den Kritikern für wichtige Sachbereiche geleugnet. Der Staat, wird gesagt, dürfe sich nicht einfach hinter den Schutzschild angeblicher oder wirklicher Mehrheitsmeinung zurückziehen¹⁴, er sei kein bloßer „Wert-Notar“¹⁵, auch „nicht das Instrument zur Durchsetzung der Interessen und Zwecke der jeweiligen Mehrheit“¹⁶.

Auf diese Art und Weise, den Staat an seine Verantwortung für die Grundwerte zu erinnern, spielt man zunächst einmal *nur behauptete* Entscheidungen des Verfassungsgebers gegen den („einfachen“) Gesetzgeber aus, will man die demokratisch legitimierte Mehrheit auf einmal nicht mehr als repräsentativ für das Volk insgesamt gelten lassen. Wo wir aber — um die Worte *Ulrich Scheuners* zu gebrauchen — „Ablehnungen der Mehrheitsentscheidung, . . ., begegnen, wird im Ergebnis nicht ein Weg zu einer herrschaftslosen Gemeinschaft gewiesen — sie kann es nur in einem utopischen Denken geben — und auch nicht eine Möglichkeit der politischen Einheit jenseits der Gegensätze eröffnet, sondern in der Regel wird die Herrschaft einer minoritären Gruppe durch illegitime Gleichsetzung ihrer Anschauung mit dem Gemeinwillen zu legitimieren gesucht.“¹⁷ Wer also mit dem Vorwurf an den Gesetzgeber, dieser verlasse den durch die Verfassung umschriebenen, verbindenden Konsens über Grundwerte, zugleich das demokratische Mehrheitsprinzip angreift, der greift nicht allein dieses, sondern auch die es fundierenden Prinzipien des *Pluralismus* und der *Repräsentation*¹⁸ und damit konstitutive Elemente des Basiskonsenses

¹³ BVerfGE 40, 287 ff., 294; st. Rspr.

¹⁴ A. v. Campenhausen, Grundwerte in Staat und Gesellschaft, in: *Gorschenek*, a. a. O. (N. 10), S. 207.

¹⁵ H. Maier, Zur Diskussion über die Grundwerte, in: *Gorschenek*, a. a. O., S. 174.

¹⁶ Kommission I „Politik, Verfassung, Recht“ des Zentralkomitees der deutschen Katholiken, in: *Gorschenek*, a. a. O., S. 146 ff., 148.

¹⁷ U. Scheuner, Das Mehrheitsprinzip in der Demokratie, Opladen 1973, S. 44. Zu den Grenzen der Anwendbarkeit des Mehrheitsprinzips ders. ebenda S. 48 ff.

¹⁸ Vgl. U. Scheuner, Konsens und Pluralismus als verfassungsrechtliches Problem, in: G. Jakobs, (Hrsg.), Rechtsgeltung und Konsens, Schriften zur Rechtstheorie Heft 49, 1976, S. 33 ff., „Grundkonsens“. A. Podlech, Wertentscheidungen und Konsens, ebenda, S. 9 ff. insbesondere zur wichtigen Unterscheidung zwischen „Basis-

an, der freiheitliche Demokratie überhaupt erst ermöglicht. Hier erst zeigt sich das Problem der Grundwerte in voller Schärfe: Der vielfach zu beobachtende Versuch¹⁹, die gegenständliche Reichweite des Mehrheitsprinzips durch eine Ausweitung des Bereichs des „Unabstimmbaren“²⁰, des legislativ Unverfügbaren einzuschränken und durch Berufung auf Grundwerte eine normative Einheit zu postulieren, wo meinungs-, interesse- und willensmäßig offensichtlich keine Einheit existiert, bringt grundlegende Verfassungsprinzipien miteinander in Konflikt: die *prozeduralen* Prinzipien (also die das Verfahren des freien demokratischen politischen Prozesses regelnden) der Mehrheitsentscheidung²¹, der Pluralität, Alternativität und Repräsentation stehen gegen die *inhaltlichen* gemeinsamer Wertüberzeugungen. Dabei geht es hier gerade nicht um ein Problem des Minderheitenschutzes, um den Schutz der Auffassungen der Minderheit als Minderheit, sondern um die Reichweite des Mehrheit und Minderheit umgreifenden *inhaltlichen* Basiskonsenses. Hier liegt das äußerst Besorgniserregende, das

konsens“ und „Einzelkonsens“. Ferner: E. Denninger, Staatsrecht 1, 1973, S. 43, 53. Das BVerfGE 2, 1 ff., 12 f., begreift die drei Prinzipien (der Mehrheitsentscheidung, des Pluralismus und der Repräsentation) als wesentliche Elemente der „freiheitlichen demokratischen Grundordnung“. Das gilt auch für das nicht ausdrücklich genannte Repräsentationsprinzip, das aber in den Grundsätzen der Gewaltenteilung, des Parteienpluralismus und des Rechts auf Opposition impliziert ist. Vgl. ferner G. Lautner, Die freiheitliche demokratische Grundordnung, Kronberg/Ts. 1978, bes. S. 38 ff.

¹⁹ Vgl. H. Kohl, Freiheit, Solidarität, Gerechtigkeit, in: Gorschenek a. a. O., S. 52 ff., 57. Gegen die Pflicht des Politikers, „ein Maximum an Konsens über Grundwerte der Gesellschaft, die verfassungsrechtlich relevant sind, anzustreben“, ist nichts einzuwenden, so lange die Konsensmaximierung über den offenen demokratischen Prozeß erfolgt. Zur Kritik des antagonistischen Dissensmodells einerseits, des idealistischen Konsensmodells der Verfassung andererseits vgl. meine Bemerkungen in Verfassung und Gesetz, jetzt auch in Denninger/Lüderssen, Polizei und Strafprozeß im demokratischen Rechtsstaat, 1978, S. 16 ff. Beide Extremmodelle der Verfassung führen zur Reformunfähigkeit der demokratischen Gesellschaft. Vorzüglich dazu: C. Graf v. Krockow, Konfliktfähigkeit: Grundbedingung der demokratischen Gesellschaft, in: Vorgänge 30 Heft 6/1977, S. 13 ff. Zutreffend auch K. Schlaich, Neutralität, a. a. O., S. 262 ff.: Nicht das weltanschauliche Minimum als solches ist anzustreben, sondern die „Fülle der Kultur“ der Bürger — aber in deren freier Wertewahl. „Nicht die Werte, sondern verbindlich gemachte Werthierarchien sind der Freiheit und Neutralität gefährlich“ (264). Werte, wo immer und wem immer sie verkündet werden, tendieren aber zu absoluter Verbindlichkeit, vgl. JZ 1975, S. 545 ff.

²⁰ BVerfGE 35, 79 ff., 151.

²¹ Zur Rechtfertigung des Mehrheitsprinzips vgl. immer noch: J. Locke, Über die Regierung, Buch VIII, Nr. 96 f.

die Grundwerte-Diskussion jedenfalls als Problem klar zutage gebracht hat: Wenn über die „Wertgebundenheit“ der Staatsorgane, vornehmlich des Gesetzgebers gestritten wird, und das ist insbesondere hinsichtlich der Grenzen der „streitbaren“, der „wehrhaften“²², d. h. „werthaften“ Demokratie der Fall, dann geht es nicht mehr um die politisch-kämpferische Auseinandersetzung zur Ermittlung jeweiliger Gemeinwohlinhalte *im Rahmen* einer unangefochten akzeptierten Verfassung, sondern dann wird der grundlegende Verfassungskonsens selbst in Frage gestellt. Die Verfassung als normatives Gehäuse, als Grundstruktur des politischen Prozesses²³ wird zum Kampfinstrument gegen den Gegner, den man außerhalb der Verfassung stellt; im Extremfall wird sie zum „Instrument der politisch-moralischen Ausbürgerung“²⁴; der politische Gegner wird zum Verfassungs- und damit zum Staatsfeind.

III. Unsicherheit über Grenzen und Methoden des Schutzes der Verfassung und der streitbaren Demokratie

Umstritten sind nicht allein die inhaltlichen Konkretisierungen der Grundwerte²⁵ sowie das Ausmaß der Wertgebundenheit und Werteverantwortung des Staates, umstritten sind auch die normative Funktion und die Reichweite des „Prinzips der streitbaren Demokratie“ — besser: der „wehrhaften“ oder „abwehrbereiten“ Demokratie²⁶ — als dessen Schutzobjekt und

²² BVerfGE 39, 349.

²³ Vgl. etwa H. Heller, Staatslehre, Leiden 1934, S. 259 ff., 269.

²⁴ Auch Art. 18 GG erlaubt nur, den Demokratiegegner in bestimmtem Ausmaß zu „entpolitisieren“, nicht aber, ihn zu „entbürgerlichen“, so zutreffend Dürig in Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Art. 18, Rdnr. 6. Das Zitat im Text: U. K. Preuß, Legalität — Loyalität — Legitimität, in: Leviathan 4/77, S. 450 ff., 465. Wird die Verfassung in dieser Weise instrumentalisiert, so vernachlässigt die normale demokratische Integrations- und Innovationsfunktion des politischen Prozesses; Politik wird durch autoritativ verkündete Grundwertemetaphysik in Gestalt juristischer Entscheidungen ersetzt.

²⁵ Das Zentralkomitee der deutschen Katholiken nennt als solche Grundwerte: Liebe, Wahrheit, Schönheit, Freiheit, Frieden und Gerechtigkeit, vgl. a. a. O. (o. N. 16) S. 146. Bei den Parteien ist von „Freiheit, Gerechtigkeit, Solidarität“ oder auch, klassisch: von Freiheit, Gleichheit, Brüderlichkeit die Rede.

²⁶ R. Dreier, in Dreier/Schwegmann (Hrsg.), Probleme der Verfassungsinterpretation, 1976, S. 22; E. Bulla, Die Lehre von der streitbaren Demokratie, AöR 98 (1973), S. 340 ff.; jüngst: G. Roelcke, Verfassungstreue und Schutz der Verfassung, DÖV 1978, bes. S. 460 f.; Hella Mandt, Demokratie und Toleranz, in: Festschrift Dolf Sternberger, 1977, S. 233; F. Fuchs/E. Jesse, Der Streit um die „streitbare Demokratie“, in: Aus Politik und Zeitgeschichte B 3/78, S. 17 ff.; vor allem jetzt die Monographie von J. Lameyer, Streitbare Demo-

Legitimationsgrund zugleich die freiheitliche demokratische Grundordnung erscheint. Da weist man einerseits auf die *Doppelfunktion* des Streitbarkeitsprinzips hin, welches Eingriffe in die Bürgerfreiheit sowohl legitimiere als auch limitiere; Doppelfunktion außerdem insofern, als die Wehrhaftigkeit nicht einseitig gegen den Bürger, sondern gleichermaßen gegen Angriffe auf die Verfassung von „oben“ wie von „unten“ gerichtet sei²⁷. Art. 79 Abs. 3 (mit der Bindung der Legislative), Art. 98 Abs. 2 und 5 (mit seiner Adresse an die Organwalter der Dritten Gewalt) und Art. 1 Abs. 3 GG (mit der Bindung aller Arten von Staatsgewalt) dürfen hierfür genannt werden²⁸. Bei dieser Betrachtungsweise wird dann beispielsweise Art. 18 sogar als „Verfestigung der Abwehrfunktion der Grundrechte

kratie, 1978, auch *derselbe*, Streitbare Demokratie contra Terrorismus, in ZRP 1978, S. 49 ff. Zum Grundsätzlichen vgl. C. J. Friedrich, Die Staatsräson im Verfassungsstaat, 1961, bes. S. 116 ff. Zu den Auswirkungen der Streitbarkeit im Privatrecht: J. W. Gerlach, Radikalenfrage und Privatrecht, Recht und Staat 482/483, 1978, m. zahlr. Beispielen. Über das Ausmaß der tatsächlichen Gefährdung der inneren Sicherheit unserer Republik und ihrer freiheitlichen demokratischen Grundordnung durch politische Gegner sowie über die Wirksamkeit der Elemente der Abwehrbereitschaft gehen selbst unter (strafrechtlichen) Experten die Meinungen weit auseinander. Vgl. einerseits G. Willms, Rückzug in die Zitadelle, in FAZ Nr. 202 v. 1. 9. 1977, der einen ständigen Abbau des Staatsschutzes beklagt und meint, daß heute „die Zeichen eher auf Förderung als auf Abwehr des Staatsfeindes“ hinwiesen. (Vgl. auch *denselben*, Das Staatsschutzkonzept des Grundgesetzes und seine Bewährung, Karlsruhe 1974, sowie: Staatsschutz im Geiste der Verfassung, Frankfurt/Bonn 1962). S. andererseits M. Güde, Bekommen wir einen neuen Staat? in: Frankfurter Hefte 7/1978, S. 15 ff., 17: „Eine ernstliche Umsturzgefahr durch einen inneren Feind hat seit Bestehen der Bundesrepublik nicht bestanden und besteht auch derzeit nicht. Im Widerspruch zu dieser Wirklichkeit verhält sich unsere Staatsschutzbürokratie so, als ob unser Staat aktuell vom gewaltsamen Umsturz bedroht sei.“ *Derselbe*, Die Verwirrung unseres Staatsschutzrechts, in: Zur Verfassung unserer Demokratie, Vier republikanische Reden, rororo aktuell 1978. Güdes Urteil über das Fehlen einer ernsthaften inneren Gefahr teilt der Verfassungsschutzexperte H. J. Horchem, Extremisten in einer selbstbewußten Demokratie, 1975, S. 126, ferner auch der Verfassungsschutzbericht des BMI für 1976, s. Verfassungsschutz '76, Juli 1977, S. 7.

²⁷ So schon U. Scheuner, Der Verfassungsschutz im Bonner Grundgesetz, in: Festgabe E. Kaufmann, Stuttgart/Köln 1950, S. 313 ff., 321 für den Verfassungsschutz generell.

²⁸ Bulla, a. a. O., S. 351; zu Art. 79 Abs. 3 als Verfassungsschutznorm: G. Dürig, in Dürig/Evers, Zur verfassungsändernden Beschränkung des Post-, Telefon- und Fernmeldegeheimnisses, Bad Homburg v. d. H. u. a. 1969, S. 12.

gegenüber der Staatsgewalt“²⁹, als „Aktivbürgerprivileg“³⁰ ähnlich dem „Parteienprivileg“ des Art. 21 Abs. 2 begriffen, eine Auslegung, die freilich dem entstehungsgeschichtlich zu rekonstruierenden Sinn der Norm widerspricht³¹. Art. 18 normiert vielmehr eine Grundrechtsausübungsschranke, verbunden mit einer Eingriffsermächtigung, die aber gerade wegen der Schwere des möglichen Eingriffes nur in einem besonders freiheitsschonenden und -sichernden Verfahren realisiert werden darf. Auf der anderen Seite gewinnt man vielfach den Eindruck, das Streitbarkeitsprinzip solle zum Hauptprinzip der Verfassung und zum entscheidenden Geltungsgrund verfassungsgerechter Normschöpfung überhöht werden, besonders dort, wo es mit der Emphase des Primitivslogans „Keine Freiheit den Feinden der Freiheit!“ auftritt³².

Als das Bundesverfassungsgericht 1956 den von *Karl Loewenstein* (1937) und *Karl Mannheim* (1941)³³ geprägten Terminus „streitbare Demokratie“ in sein Repertoire verfassungsrechtlicher Leitbegriffe aufnahm, war es sich dessen noch be-

²⁹ *Hamann/Lenz*, Grundgesetz, Kommentar, 3. Aufl. 1970, Art. 18 Anm. A 1, *Bulla*, a. a. O., S. 355.

³⁰ *Bulla*, a. a. O.

³¹ Vgl. JÖR N. F. Bd. 1, 1951, S. 174. Der Abg. Dr. Dehler verteidigte die Monopolbefugnis des Bundesverfassungsgerichts, die Verwirkung festzustellen, gegen einen Streichungsantrag: „... weil andernfalls die Tragweite dieser Bestimmung der Verwirkung der Grundrechte gar nicht abzusehen ist. Wer gegen irgendeines dieser Grundrechte verstößt, wäre praktisch vogelfrei. Jede Verwaltungsstelle könnte ihm die Grundrechte absprechen. Er müßte sich dann an das Gericht wenden und sehen, wie und wann er wieder zu seinem Recht kommt. Das gleiche könnte gegen eine Gruppe von Menschen geschehen. Jede Polizeibehörde könnte sagen: Du hast ein Grundrecht verletzt, jetzt hast du nicht das Recht der Meinungsfreiheit, du hast nicht das Recht der Versammlungsfreiheit, du hast dieses Recht verwirkt. Das wäre die Statuierung des Polizeistaates. Die Polizei könnte jeden vogelfrei machen...“ Zur Deutung des Art. 18 als Schranke wie hier: *W. Schmitt Glaeser*, Mißbrauch und Verwirkung von Grundrechten im politischen Meinungskampf, 1968, S. 56 f. Unklar bleibt allerdings der Streit, ob Art. 18 einen „Negativstatus“ sanktioniere: sowohl *Hamann-Lenz* (a. a. O., s. N. 29) wie *Schmitt Glaeser* gehen zutreffend davon aus, daß nur die in Art. 18 GG genannten Grundrechte verwirkt werden können; insoweit liegt also in der Sache keine Kontroverse vor.

³² Z. B. K. A. *Bettermann*, Grenzen der Grundrechte, 1968, S. 12. Anders, vorsichtiger, richtiger BVerfGE 5, 138: „Keine unbedingte Freiheit für die Feinde der Freiheit“. Ferner: *Maunz/Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Art. 18 Rdnr. 4: „schlechter Slogan“.

³³ *K. Loewenstein*, Militant Democracy and Fundamental Rights, Am. Pol. Science Rev. XXXI (1937) S. 416 ff., 638 ff.; derselbe, Verfassungslehre, 2. Aufl. 1969, S. 348 ff.; *K. Mannheim*, Diagnose unserer Zeit, 1952, S. 6, 14. *J. Lameyer*, a. a. O., S. 13, N. 1, nennt *Mannheim* als Urheber des Begriffs.

wußt, daß es dabei um den Versuch ging, ein „Grenzproblem“ der freiheitlichen Demokratie zu lösen. Inzwischen ist die „Streitbarkeit“ auch in Karlsruhe zu einer *universell* — und keineswegs nur an den „Grenzen“ — einsetzbaren „Grundentscheidung des Grundgesetzes“³⁴ avanciert, die — ebenso wie die „freiheitliche demokratische Grundordnung“³⁵ — als generelle Grundrechtsschranke interpretiert wird und auch in banalen Kollisionsfällen „das Ergebnis der Güterabwägung auf der Ebene des Verfassungsrechts vorzeichne(t)“³⁶. Das Licht der für die freiheitliche Demokratie schlechthin konstitutiven Bedeutung der Meinungsfreiheit etwa³⁷ flackert in der streitbaren Atmosphäre nur noch spärlich unter dem Scheffel der allgemeinen Mißbrauchsabwehr³⁸. Die Rangzuweisung als Verfassungsgrundentscheidung führt in der Tat dazu, daß das Grundgesetz insgesamt streitbarer wird als die Summe seiner streitbaren Elemente³⁹. Es ist deshalb auch kein Ausrutscher, sondern nur folgerichtig, wenn in der obergerichtlichen Rechtsprechung diese Quelle der Legitimität ganz unverhüllt und unvermittelt gegen die als bloß „formal“ disqualifizierte Legalität ausgeschöpft wird. „Feinde dieser Grundordnung, auch wenn sie sich formal im Rahmen der Legalität bewegen“, werden nicht toleriert⁴⁰. Die folgende Entscheidung ist sachlich konsequent und politisch plausibel (trotzdem freilich inhaltlich nicht etwa zu billigen): So wie man mit einer aus „Grundwerten“ — zu Recht oder zu unrecht — bezogenen Legitimitätsbehauptung sich über das *demokratische* Mehrheitsprinzip hinwegsetzen möchte, so dient die Berufung auf ein generalisiertes

³⁴ BVerfGE 28, 48; 30, 19 f.; *Lameyer*, a. a. O. (Nr. 26), S. 94 ff.

³⁵ So *H. H. Klein*, Zur Berufung von Mitgliedern der Verfassungsfeindlichkeit verdächtiger Parteien und Vereinigungen in das Beamtenverhältnis, in Festschrift E. R. Huber, 1973, S. 75 ff., S. 81 f. Zur Kritik vgl. die Replik von *F. Müller*, Nachschrift zur Radikalenfrage (1977) in: *derselbe*, Rechtsstaatliche Form und Demokratische Politik, 1977, S. 105 ff.

³⁶ BVerfGE 28, 36 ff., 48. Ist, wie das Gericht meint, das Ergebnis durch die „Grundentscheidungen“ bereits vorgezeichnet, kann auch gar keine wirkliche, einzelfallausschöpfende „Güterabwägung“ mehr stattfinden. Der Hinweis auf sie wird zur *façon de parler*.

³⁷ BVerfGE 7, 198 ff., 208, st. Rspr.

³⁸ Vgl. *Matth. 5, 15*. Was wunder dann, daß das Licht schließlich in der Kaserne vor dem Anspruch der Kameraden, in Ruhe gelassen zu werden, also keine Meinung anhören zu müssen, ganz erlischt! So die Senatsmehrheit in BVerfGE 44, 197 ff., 204. Vgl. dazu aber die beiden dissenting votes der Richter *Rottmann* und *Hirsch*!

³⁹ So *J. Lameyer* in ZRP 1978, S. 50 (s. N. 26).

⁴⁰ So OVG Lüneburg, DVBl. 1972, S. 961. Kritisch dazu: *U. K. Preuß*, Legalität und Pluralismus, 1973, S. 9 ff. und *G. Frankenberg*, Angst im Rechtsstaat, in KJ 1977, S. 353 ff., 366.

Streitbarkeitsprinzip dazu, das *rechtsstaatliche* Legalitätsprinzip aus den Angeln zu heben. In diesem Zwischenreich einer der Legitimität für verlustig erklärten Legalität („verfassungsfeindlich“, aber nicht verboten) und einer nicht mehr legal, d. h. im einfachen Gesetz, sondern nur noch als Verfassungsgrundsatz formulierten Legitimität vegetieren dann die demokratietheoretisch wie rechtsstaatlich zwielichtigen Gestalten des „gesetzstreu Verfassungsfeindes“ und des „legitimen Gesetzesmißbrauches“⁴¹.

Das Legalitätsprinzip und damit die rechtsstaatlich gesicherte Freiheit sind aber auch mit Sicherheit verloren, wenn, wie im Falle der Abhörentscheidung des Bundesverfassungsgerichts⁴² der rechtsstaatlich unzulässige Schluß von der Aufgabenübertragung auf die Zulässigkeit aller zu ihrer Durchführung geeigneten Mittel dazu führt, gravierende Eingriffsbefugnisse im Grundrechtsbereich aus den bundesstaatlichen Organisations- und Kompetenzverteilungsnormen (Art. 73 Nr. 10 und Art. 87 Abs. 1) herzuleiten. Die Entwicklung zu einer sorgfältigeren

⁴¹ *Frankenberg* (s. vor. N.) spricht hier von normativen Siamesischen Zwillingen, S. 367.

⁴² Vgl. BVerfGE 30, 1 ff., 20: „Es kann nicht der Sinn der Verfassung sein, zwar den verfassungsmäßigen obersten Organen im Staat eine Aufgabe zu stellen und für diesen Zweck ein besonderes Amt vorzusehen, aber den verfassungsmäßigen Organen und dem Amt die Mittel vorzuenthalten, die zur Erfüllung ihres Verfassungsauftrages nötig sind.“ Dieser Satz wird mit Vorliebe von denjenigen zitiert, die etwa aus der Aufgabenumschreibung für den Verfassungsschutz, z. B. in § 3 BVerfSchG zugleich mehr oder weniger weitreichende Eingriffsbefugnisse herleiten wollen. Zu unrecht, denn genau besehen macht das BVerfG a. a. O. gar keine Aussage über das Wie der Aufgabenerfüllung. Keinesfalls entbindet der Satz des Gerichts von der Notwendigkeit der Beachtung des Gesetzesvorbehalts. Vgl. ferner Nr. 3.1. der Allg. Begründung zum Musterentwurf eines einheitlichen Polizeigesetzes, Stand Nov. 1977: die neuere Entwicklung des Polizeirechts führt zur eindeutigen Trennung von Aufgaben(normen) und Befugnissen bzw. -normen. In diesem Sinne auch: *H. Borgs-Maciejewski*, Parlament und Nachrichtendienste, in: *Aus Politik und Zeitgeschichte* B 6/77, S. 12 ff., 19. Unklar bleibt die Position *P. Kirchhofs*, Polizeiliche Eingriffsbefugnisse und private Nothilfe, NJW 1978, S. 969 ff., 970 einerseits, 972 li. o. andererseits (im Zusammenhang mit der Spezialität und Subsidiarität polizeilicher Eingriffsnormen.). S. 970: Sondertatbestandliche Bindungen dürfen nicht durch Rückgriffe auf generalklauselartige Aufgabennorm unterlaufen werden (dem stimme ich zu); aber S. 972: Eine fehlende Befugnisnorm kann nicht zu einem Handlungsverbot für die Polizei führen, soweit die Generalklausel (Auftragsnorm) eine Handlungspflicht begründet — (auch im Bereich der Sondertatbestände?) Sollen Eingriffe aller Art also im Ergebnis doch allein vom Handlungsauftrag her gerechtfertigt werden können? S. dazu im Text VI. 3. und *E.-W. Böckenförde*, Der verdrängte Ausnahmezustand, NJW, 1978, S. 1881 ff.

Scheidung von Aufgabennormen und Befugnisnormen im polizeilichen Bereich kann und darf nicht preisgegeben werden. Das ursprünglich ja nur zum Schutze des (partei)politischen Meinungskampfes und Willensbildungsprozesses für notwendig gehaltene Streitbarkeitsprinzip entwickelt sich allmählich zu einer Rundum-Waffe des Staatsschutzes. Ihren (vorläufigen) Höhepunkt erreicht dieser Prozeß in dem seriös gemeinten Vorschlag, auch Bereiche der inneren Sicherheit, und insbesondere des Antiterror-Strafrechts dem Regime der Streitbarkeit zu unterwerfen. Deshalb so heißt es, sollten sämtliche denkbaren Einzelmaßnahmen zur Bekämpfung des Terrorismus in einem *Ausnahmegesetz* zusammengefaßt werden⁴³. Gegenüber einem verabsolutierten Sicherheits-Denken ist jedoch daran zu erinnern, 1. daß es totale Sicherheit ohne Risiko nicht geben kann⁴⁴, nicht einmal um den Preis völliger Preisgabe der Freiheit und 2., daß die Verfassung dieses Staates nicht einfach seine Selbsterhaltung als pure Machtorganisation erlaubt und gebietet, sondern daß die „streitbare Demokratie“ ihren legitimierenden Grund darin findet, daß sie eine *freiheitliche* Demokratie bleibt⁴⁵, und das heißt auch, daß sie das

⁴³ A. v. Winterfeld, Terrorismus — ‚Reform‘ ohne Ende?, ZRP 1977, S. 265 ff., S. 269: „Erstmalig mit Erlaß des Kontaktsperregesetzes hat sich der Bundesgesetzgeber zum Bestehen einer Ausnahme-situation bekannt. ... Ein Ausnahmerecht, das der Abwehr schwerster Bedrohung des Gemeinschaftsfriedens dient, im übrigen die Integrität und Kontinuität der verfaßten Rechtsordnung wahrt, ist Ausdruck der „streitbaren“ Demokratie des Grundgesetzes, Staatsnotwehr zur Rettung des Gemeinschaftsfriedens und Erhaltung des Rechtsstaates.“ Ausdrücklich zustimmend: M. Schröder, Staatsrecht an den Grenzen des Rechtsstaates, AöR 103 (1978), S. 121 ff., 138, N. 74. Gegen dieses Konzept überzeugend E.-W. Böckenförde, Der verdrängte Ausnahmezustand, NJW 1978, S. 1881 ff., 1888: „Wer meint, Ausnahmelagen nur dadurch begegnen zu können oder zu dürfen, daß er sie gesetzlich normiert, schafft schließlich ein Recht der Normallage, das vom Ausnahmezustand her bestimmt ist.“ „Liberty dies by inches!“ Symptomatisch für die Tendenz zur „scheibchenweisen“ Vernichtung rechtsstaatlicher Freiheit durch immer neue scheinbar rechtsstaatliche, weil spezielle Befugnisnormen ist der jüngste Vorschlag von R. Riegel, Zur Frage der Auskunftspflicht nach Allgemeinem Polizeirecht, DÖV 1978, S. 501 ff. Riegel fordert die gesetzliche Verankerung eines allgemeinen Beobachtungs- und Befragungsrechtes der Polizei auch zur bloß vorbeugenden Straftatbekämpfung bezüglich bestimmter schwerer Delikte (z. B. nach § 129 a StGB). Damit würde eine generelle Rechtsgrundlage für weitere Intensivierung der „BEFA“ (der „beobachtenden Fahndung“) geschaffen, ein weiterer Schritt auf dem Weg zum perfekten Überwachungsstaat getan.

⁴⁴ C. J. Friedrich, a. a. O., (N. 26) S. 121 ff.

⁴⁵ E. Denninger, Staatsrecht 1, 1973, S. 90. Vgl. auch H. Simon, Plädoyer für die rechts- und sozialstaatliche Demokratie, Frankfurter Hefte 2/1978 S. 5 ff., 13; BVerfGE 33, 85: „Nach dem Wert-

Recht ihrer Normallage nicht vom Ausnahmestand her bestimmen lassen darf.

IV. Das Leitbild des „streitbaren Demokraten“ und der „Wille zur Verfassung“

Eine streitbare Demokratie erscheint nicht denkbar ohne „streitbare Demokraten“. Dieses Thema bleibt, wie viele andere, gleichfalls dem *status constituens*⁴⁶, dem „staatserzeugenden Rechtsstand“ des Bürgers, zuzurechnende Fragen in der Literatur, sieht man von wenigen Ausnahmen, etwa *Herbert Krüger*⁴⁷, ab, merkwürdig unterbelichtet, in der Rechtsprechung blaß und voller Ungereimtheiten. Dies überrascht denjenigen nicht, der die perspektivische Verengung der deutschen Staatsrechtswissenschaft auf bloße, zudem einseitig auf ein negatorisches Grundrechtsverständnis fixierte Rechtsstaatswissenschaft noch nicht endgültig überwunden sieht, der aber auch, insoweit im Gegensatz zu *Ernst Forsthoff*⁴⁸, keinerlei Anlaß findet, vom „Ende des Staates“ zu sprechen. Außerdem hat man Mühe — um es durchaus zurückhaltend zu formulieren — aus der Judikatur des Bundesverfassungsgerichts kohärente Aussagen etwa aufgrund einer die Einzelentscheidungen durchgehend tragenden Demokratietheorie, zur inneren oder äußeren Haltung des Aktivbürgers zu den Grundentscheidungen der Verfassung herauszupräparieren. Anders etwa als die Menschen- und Bürgerrechtserklärung vom 26. 8. 1789, die die Ansprüche der Bürger immer zugleich auf die Erhaltung der Verfassung und das gemeine Wohl ausgerichtet wis-

system des Grundgesetzes dient eben der politische Staatsschutz nicht der Absicherung irgendeiner beliebigen, sondern ganz speziell derjenigen politischen Ordnung, für die Meinungs-, Presse- und Informationsfreiheit konstitutiv sind.“ (Minderheitsvotum).

⁴⁶ Dazu *meine* Ausführungen schon 1968, jetzt in: *Denninger/Lüderssen*, a. a. O. (N. 19,0). S. 102, 116 ff., und passim.

⁴⁷ *H. Krüger*, Die Verfassung als Programm der Nationalen Repräsentation, in: Festschrift E. R. Huber, 1973, S. 95 ff., *derselbe*, Die Verfassung als Programm der Nationalen Integration, in: Festschrift F. Berber, 1973, S. 247 ff., *derselbe*, Verfassungsgebung im Hinblick auf die Auswärtige Lage, in: Festschrift W. Weber, 1974, S. 241 ff., 250; *derselbe*, Der Wesensgehalt der Grundrechte, in *Krüger/Seifert*, Die Einschränkung der Grundrechte, Hannover 1976, S. 35 ff.

⁴⁸ *E. Forsthoff*, Von der Staatsrechtswissenschaft zur Rechtsstaatswissenschaft, *Studium generale* 21 (1968) S. 692 ff., *derselbe*, Der Staat der Industriegesellschaft, 1971, S. 159, passim. Vgl. *meine* Einführung in: *Denninger* (Hrsg.), *Freiheitliche demokratische Grundordnung*, Band 1, 1977, S. 26 f.

sen wollte⁴⁹, anders als die Revolutionsverfassung von 1791⁵⁰, welche von ihren Urhebern ausdrücklich nicht nur der Treue der Staatsorgane, sondern auch „der Wachsamkeit der Familienväter, den Ehefrauen und Müttern, der Liebe der jungen Bürger und dem Mute aller Franzosen“ anvertraut wurde, und anders auch als beispielsweise die Hessische Verfassung vom 1. 12. 1946⁵¹, die ausdrücklich die *Pflicht* zum Widerstand gegen verfassungswidrig ausgeübte öffentliche Gewalt, ferner die Pflicht eines jeden normiert, „für den Bestand der Verfassung mit allen ihm zu Gebote stehenden Kräften einzutreten“ — im Unterschied zu all diesem ist das Grundgesetz hier wenig ergiebig⁵². Die Kargheit des Grundgesetzes nötigt den Interpreten in die Dimension der ungeschriebenen Verfassungsvoraussetzungen, -erwartungen⁵³, -aufträge und -ermächtigungen. Begriffsjuristischer Dogmatik und richterlicher, im Anspruchsdenken geschulter Zurückhaltung ist der Umgang mit derlei Kategorien ohnehin fremd. Das Bundesverfassungsgericht hat — mit Hinweis u. a. auf Art. 21 Abs. 2 GG — die Bundesrepublik als eine Demokratie bezeichnet, „die von ihren Bürgern eine Verteidigung der freiheitlichen Ordnung erwartet und einen Mißbrauch der Grundrechte zum Kampf gegen diese Ordnung nicht hinnimmt“⁵⁴. Fünf Jahre später entnimmt derselbe (2.) Senat derselben Vorschrift aber die Freiheit des Bürgers, die „verfassungsmäßige Ordnung abzulehnen und sie politisch zu bekämpfen, solange er es innerhalb einer Partei, die nicht verboten ist, mit allgemein erlaubten Mitteln tut“⁵⁵. (= der „gesetzestreue Verfassungsfeind“, s. o.). Hier hätte man vom Gericht die Angabe des demokratietheoretisch gemeinsamen Nenners für beide Aussagen erwarten dürfen. Die Figur des „Vaterlandsverteidigers in Zivil“⁵⁶ als streitbarer Bürger-

⁴⁹ Vgl. Einleitungsformel der Déclaration vom 26. 8. 1789.

⁵⁰ Verf. vom 3. 9. 1791, Titel VII, Art. 8 Abs. 4, in: G. Franz, Staatsverfassungen, 1964, S. 370/71, zit. auch bei H. Krüger (o. N. 47 Festschrift W. Weber) S. 252.

⁵¹ Art. 147, 146 HessVerf. in einem besonderen Abschnitt XI: „Der Schutz der Verfassung“. Das hat Tradition, vgl. etwa Abschnitt VII der Paulskirchenverfassung vom 28. 3. 1849: „Die Gewähr der Verfassung“.

⁵² Immerhin enthält die Präambel des GG die Aufforderung an das gesamte Deutsche Volk, die Einheit und Freiheit Deutschlands in freier Selbstbestimmung zu vollenden; auch Art. 6 Abs. 2 und Art. 14 Abs. 2 enthalten Hinweise auf spezielle Grundpflichtgehalte.

⁵³ Vgl. H. Krüger, Verfassungsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen, in Festschrift U. Scheuner, 1973, S. 285 ff.

⁵⁴ BVerfGE 28, 48 (1970).

⁵⁵ BVerfGE 39, 359 (1975).

⁵⁶ H. Krüger, a. a. O., (N 47) Festschrift W. Weber, S. 250.

Demokrat bleibt dem Gericht fremd, hingegen erscheint sie ihm um so strenger, genauer, pflichtenbeladener, „staatstragender“ im Beamtenrock⁵⁷.

Unklar bleibt sonach, welche Verteidigungsleistung mit welchen Mitteln unter welchen Voraussetzungen und zu welchem Ende erwartet wird. Eine in dem Sinne justiziable Rechtspflicht, daß an ihre Nichterfüllung in einem Individualverfahren negative Sanktionen geknüpft werden könnten, besteht nicht, vielmehr existiert nur eine „Verfassungserwartung“⁵⁸. Dies wird indirekt durch die Einschränkung bestätigt, mit welcher der Hessische Gesetzgeber die ähnlich konturlose Verfassungstreuepflicht der Hessen-Verfassung, Art. 146 Abs. 1⁵⁹), konkretisiert hat, um sie, dem Verfassungsgebot entsprechend, justizierbar zu machen. Nämlich nur, wenn der Bürger durch eine *strafbare* Handlung seine Pflicht, für den Bestand der

⁵⁷ Zur Kritik an der „Zwei-Sphären-Lehre“ des Bundesverfassungsgerichts (staatstragende Beamtenschaft — staatsirrelevante Bürgerschaft bzw. Parteientätigkeit) vgl. *Denninger*, Einführung zu Freiheitliche demokratische Grundordnung, Band 1, S. 23. Symptomatisch für das neo- (oder spät-)wilhelminische Staatsverständnis in der Rechtsprechung auch die Ausführungen des BVerwG in E 47, 350. Gegen die „Sonderrolle eines besonders staatstragenden öffentlichen Dienstes gegenüber den in den vorstaatlichen, deshalb nicht so wichtigen Raum verwiesenen Parteien...“ jetzt auch *G. Jasper*, die Krise der streitbaren Demokratie, DVBl. 1978, S. 725 ff., 732.

Unverkennbar ist die Tendenz der Rechtsprechung (des BGH), dem Beamtenrock bzw. der Richterrobe die Anwaltsrobe gleich zu achten, d. h. trotz des Wortlauts etwa des § 7 Nr. 6 BRAO, „an den Rechtsanwalt die gleichen Anforderungen hinsichtlich der Verfassungstreue zu stellen wie sie dem Richter abverlangt müssen“. (Vorlagebeschluß des BGH VRG 12/77). Dazu mit Recht kritisch: *J. Schreiber*, Politische Treuepflicht für Rechtsanwälte, Demokratie und Recht 1977, S. 79 ff. und *F. Ostler* (Präsident des Deutschen Anwaltvereins), Zum Erfordernis der Verfassungstreue des Rechtsanwalts, Bayer. VerwBl. 1978, S. 527 ff.

⁵⁸ Eine Rechtspflicht kann u. U. trotz Sanktionslosigkeit oder erschwerter Durchsetzbarkeit einer Sanktion zu bejahen sein. Vgl. etwa § 6 HessUnivG und die Ausführungen des BVerfG dazu im Beschluß E 47, 327 ff., 366 ff. § 6 HUG ist mindestens teilweise, nämlich soweit sich die Informationsverpflichtung des Wissenschaftlers auf Gefahren für das „friedliche Zusammenleben der Menschen“ bezieht, als eine unmittelbare Verfassungsschutzvorschrift anzusehen; vgl. den Bezug zu Art. 26 GG, der staats- und verfassungsschützenden Charakter hat. Die Handlungspflicht folgt in § 6 HUG aus einer Art Garantenstellung des speziell Sachkundigen. Im übrigen gilt das Prinzip, daß es, wie bei Art. 18 GG, bei der „Verfassungsverteidigung“ in der Regel bei Unterlassungsgeboten bleiben muß. Vgl. *Maunz/Dürig/Herzog/Scholz*, Grundgesetz, Art. 18, Rdnr. 61.

⁵⁹ Art. 146 Abs. 1 HessVerf. lautet: „Es ist Pflicht eines jeden, für den Bestand der Verfassung mit allen ihm zu Gebote stehenden Kräften einzutreten.“

Verfassung einzutreten, verletzt hat, kann der Staatsgerichtshof, soweit zum Schutze der Verfassung erforderlich, „politische Folgen“ für den Angeklagten, i. e. Grundrechtsbeschränkungen, anordnen⁶⁰. Außerdem wird die Verfassungsverteidigungspflicht von vornherein als durch die „individuelle und soziale Zumutbarkeit“ begrenzt angesehen⁶¹. Das Rollenbild, das man vom „streitbaren Demokraten“ entwirft, schwankt — begreiflicherweise — je nach dem zugrundegelegten Demokratieverständnis. Es reicht von der schroff gegen den Staat — qua Macht- und Sicherheitsapparat — gerichteten Forderung, die Bürger sollten sich zu „Vereinen für Verfassungsschutz“ zusammenschließen⁶², über das Leitbild des zwar engagierten, aber rational argumentierenden, diskursfreudigen, kritischen, auch selbstkritischen Citoyen⁶³, der durchaus als Alternative zu einem übermäßigen, die Freiheit letztlich erstickenden *institutionellen* Schutz gesehen wird⁶⁴, über angepaßt-opportunistisches Mitläufertum bis hin zu jenem Grad an innerlich und äußerlich aktiver „Streitbarkeit“, welchen das Bundesverfassungsgericht für den *Beamten* — in fragwürdigem Gegensatz zum Normalbürger — als Norm aufrichtet⁶⁵.

⁶⁰ § 33 HessGStGH. Zweifelhaft ist der unbeschränkte Fortbestand dieses Verfahrens — und des zugrundeliegenden Art. 146 Abs. 2 HessVerf. — neben Art. 18 GG. *Zinn/Stein/Reh*, Verfassung des Landes Hessen, Kommentar, Art. 146 Nr. 8, gehen wegen Tatbestandsverschiedenheit zu Art. 18 von der Fortgeltung aus. Das ist bezüglich der beiden letzten Alternativen des Art. 146 Abs. 2 fraglich. Zutreffend anders im Ergebnis als *Zinn/Stein*, bezüglich Art. 17 HessVerf.: *W. Schmitt Glaeser*, a. a. O. (N. 31), S. 276.

⁶¹ Vgl. *Zinn/Stein*, Kommentar zur Hess. Verf. Art. 146 Anm. 5. Der Widerstandspflicht nach Art. 147 soll dagegen unmittelbare rechtliche Verbindlichkeit überhaupt fehlen, a. a. O., Art. 147 Anm. 6.

⁶² *F. Duve*, Anhang: Gründet Verfassungsschutzvereine! in *W.-D. Narr*, (Hrsg.), *Wir Bürger als Sicherheitsrisiko*, 1977, S. 325.

⁶³ *J. Lameyer*, *Streitbare Demokratie*, 1978, S. 207.

⁶⁴ *H. Simon*, a. a. O. (o. N. 45) S. 12.

⁶⁵ BVerfGE 39, 348 f. Das BVerwG, E 47, 330, 337, hatte schon den Satz aufgestellt, der Dienst des Beamten sei „immer Dienst an der freiheitlichen demokratischen Grundordnung als dem jeder Verfassungsänderung entzogenen Kernbereich des Grundgesetzes“. Das BVerfG geht, a. a. O., wesentlich weiter: Der Beamte muß die „geltende verfassungsrechtliche Ordnung, so wie sie in Kraft steht“, bejahen, äußerlich und innerlich, und zwar nicht nur „kühl, innerlich distanziert“. Der Rahmen für mögliche verfassungsloyale Kritik, die auch dem Beamten zustehen soll, verengt sich damit stark. Streng genommen hätten danach an der Enquete-Kommission Verfassungsreform Beamte entweder überhaupt nicht oder nur mit der ständigen Mentalreservation der Bejahung der geltenden Verfassungsrechtsordnung — und das hieße wohl: Verneinung einer revidierten — teilnehmen dürfen.

Hermann Heller⁶⁶, Dietrich Schindler⁶⁷, Konrad Hesse⁶⁸ und andere⁶⁹ haben eindrucksvoll die Unentbehrlichkeit eines dauerhaften „Willens zur Verfassung“, eines „gemeinsamen Staatswillens“ dargelegt, ohne welchen gerade die freiheitliche Demokratie nicht zu existieren vermag. Dieser Wille zur Verfassung ist die notwendige *komplementäre* Kraft, die die tendenziell chaotischen und antagonistischen individuellen Freiheitsäußerungen so begrenzt und normativ „verfaßt“, daß eine friedliche Koexistenz möglich wird. Aber dieser Wille zur Verfassung läßt sich nicht kommandieren, nicht durch Verwaltungsakt herstellen; er gehört zu denjenigen Voraussetzungen des säkularisierten Staates, die dieser, wie Böckenförde sagt⁷⁰, nicht selbst garantieren kann. Das Bundesverfassungsgericht hat beides, wenn auch zu einseitig staatsbezogen, gesehen, wenn es einmal das „Einverständensein des Bürgers mit dem Staat“, „die Chance zur Identifikation“⁷¹ als Existenzbe-

⁶⁶ H. Heller, a. a. O. (o. N. 23), S. 250, 269.

⁶⁷ D. Schindler, Verfassungsrecht und soziale Struktur, 2. Aufl. 1944, S. 141: „Die Demokratie kann nur bestehen, wenn die Differenzen auf dem Fundament gemeinsamer Überzeugungen oder eines gemeinsamen Staatswillens ausgetragen werden können.“ S. 142: „Die Demokratie bedarf also nicht weniger als die Monarchie des Glaubens an feste politische Werte.“ Kritisch zur Fundierung auf Werte statt anderer: E. W. Böckenförde, Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisierung, in: Derselbe, Staat-Gesellschaft-Freiheit, 1976, S. 60. Schindler wendet sich, gegen Kelsen, gegen den von diesem behaupteten Zusammenhang von Demokratie und relativistischer Weltanschauung. Zu den hier vorkommenden Mißverständnissen vgl. u. zu N. 93 und im Text dort.

⁶⁸ K. Hesse, Die normative Kraft der Verfassung (1959), jetzt in: M. Friedrich (Hrsg.), Verfassung, Darmstadt 1978, S. 77 ff., 86; Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts, 9. Aufl. 1976, S. 18.

⁶⁹ Etwa D. Grimm, Verfassungsfunktion und Grundgesetzreform, AöR 97 (1972), S. 489 ff., 503. Ausdruck solchen Willens zur Verfassung ist auch reflektierte Verfassungspolitik. Vgl. denselben, Gegenwartsprobleme der Verfassungspolitik und der Beitrag der Politikwissenschaft, in: PVS Sonderheft 9/1978, S. 272 ff. Das Thema des Willens zur Verfassung kehrt seit Platon wieder. Vgl. etwa auch J.-J. Rousseau, Considérations sur le gouvernement de Pologne, 1772, mit Betonung der edukatorischen Staatspflege. Vor allem: G. W. F. Hegel, Vorlesungen über die Philosophie der Geschichte, Theorie Werkausgabe, Band 12, S. 529 ff., 531. Hegel nennt drei Elemente und Mächte des lebendigen Staates: Die Gesetze, die Regierung und „die *Gesinnung*, welche das innere Wollen der Gesetze ist, nicht nur Sitte, sondern die Gesinnung, daß die Gesetze und die Verfassung das Feste seien und daß es die höchste Pflicht der Individuen sei, ihren besonderen Willen ihnen zu unterwerfen.“ Nicht einmal bei Hegel ist Wille zur Verfassung identisch mit unbedingter Unterwerfung unter die Staatsgewalt.

⁷⁰ Böckenförde, a. a. O., (o. N. 67); jetzt auch in: Der Staat als sittlicher Staat (Reuchlin-Vortrag), 1978, (o. N. 10), S. 36 f.

⁷¹ BVerfGE 40, 237 ff., 251.

dingung der Demokratie nennt, an anderer Stelle⁷² aber das Risiko unterstreicht, das in der Angewiesenheit dieses Staates auf die Aktivität und Urteilsfähigkeit seiner Bürger liegt.

Die Chance einer auch nur teilweisen Identifikation des Bürgers mit „seinem“ Staat — mehr zu erwarten verstieße gegen das Prinzip der Freiheit — ergibt sich nur, wenn Zustimmung ebenso möglich ist wie Kritik und wenn staatlicherseits weder diese noch jene privilegiert oder diskriminiert wird⁷³. Mit der angemessenen Äußerung, sodann auch Einschätzung und Aufnahme von Kritik hat man sich hierzulande, wo „die Versessenheit aufs Positive“ immer wieder durchschlägt⁷⁴, schon immer schwer getan. So zeugt es von einer Verkenntung des Wesentlichen demokratischer *politischer* Auseinandersetzungen, wenn etwa *Hermann Lübbecke*⁷⁵ neuerdings vor „Ideologiediskussionen, Grundwertdebatten, Menschenbildpräsentationen“ als dissoziativen, desintegrierenden Veranstaltungen warnt. Während aber *Lübbecke* für eine demokratisch möglichst unbehelligte Herrschaft der Technokraten plädiert, sieht sich *Wilhelm Hennis*⁷⁶ heute „mehr und mehr mit einer Staatsappara-

⁷² BVerfGE 20, 56 ff., 103.

⁷³ In diesem Punkt verdient Zustimmung: *H. Lübbecke*, Endstation Terror. Rückblick auf lange Märsche, in: *H. Geißler* (Hrsg.), *Der Weg in die Gewalt*, 1978, S. 96 ff., 107. Vgl. auch *Lübbecke*, Endstation Terror, 1978.

⁷⁴ *Th. W. Adorno* in der *ZEIT*, Nr. 26/1969, S. 23: „Genügen mag der Hinweis darauf, daß sozialpsychologisch die Versessenheit aufs Positive ein Deckbild des unter dünner Hülle wirksamen Destruktionstriebes ist. Die am meisten vom Positiven reden, sind einig mit zerstörender Gewalt.“ *A.* meinte damals die Aktionisten der APO. Vgl. auch *Denninger/Lüderssen*, a. a. O. (o. N. 19), S. 158.

⁷⁵ *H. Lübbecke*, Warnung vor Ideologiediskussionen, in: *Festschrift H. Schelsky*, Opladen 1977, S. 156 ff., 158, wiederveröff. in *Endstation Terror*, (g. N. 73), S. 95 ff.

Keineswegs erbringen solche Debatten immer einen sachlichen Ertrag, dennoch sind sie im Felde des Politischen untrennbar mit der Erörterung von „Sachfragen“ verbunden. Die *Lübbecke'sche* Parole von der „Pragmatik der Friedenssicherung durch Diskursvermeidung“, a. a. O., S. 161, gedeiht auf dem Boden eines kritikfeindlichen, nur scheinbar entpolitisierten, „den Prinzipien der Erfahrung und der Sachkunde erneut Geltung verschaffenden“, kurz: eines autoritär-technokratischen Staatsverständnisses. In dieser Sicht stellen „die schwerwiegenden Probleme gegenwärtiger Politik in hochkomplexen, rasch sich wandelnden sozialen Systemen nicht Probleme eines Zieldefizits, sondern Steuerungsprobleme“ dar (a. a. O., S. 163). Wer nach welchem Kompaß wohin steuern soll und was die Gesteuerten/Besteuerten dazu meinen, interessiert offenbar nicht näher.

⁷⁶ *W. Hennis*, Vom gewaltenteilenden Rechtsstaat zum teleokratischen Programmstaat, in: *Festschrift Dolf Sternberger*, München 1977, S. 170 ff., 192, 191 Anm. 54. Es ist derselbe *Hennis*, der 1973 gegen Begriff und Politik der Demokratisierung als gegen eine „Re-

tur konfrontiert, die immer aufdringlicher jene unsympathischen Züge des absolutistischen Polizeistaates annimmt, der zwar recht effizient, aber doch im Grunde bevormundend, unfreiheitlich, arrogant und überaus unfähig zur Selbstkritik gewesen ist.“ Wenn *Hennis* die hier dominant gewordene „Politik der teleokratischen Programmrealisierung“, das schier hemmungslose Sichhaustoben der „Macher“ angreift, wenn er von „der sturen Zielfixierung der Regierungen, dem nur noch ein „Instrumentarium“ zuliefernden Charakter der Gesetzgebung und der zum verlängerten Arm der ‚regierenden Gewalt‘ herabkommenden Justiz“ spricht, so hat er offenbar eine völlig andere Vorstellung von demokratischer Bürgerkritik, von politisch notwendigen Mittel/Ziel-Diskussionen, kurzum: vom Verhältnis des ‚Staates‘ zur ‚Gesellschaft‘ als sein Kollege *Lübbe*. Die Verwirrung ist groß!

V. Vorinstitutionelle Prinzipien der freiheitlichen demokratischen Grundordnung als Orientierung für streitbare Demokraten und Staatsgewalt: Freiheit von Angst, Vertrauen, Bereitschaft zum Engagement

Es sollte keiner Erläuterung bedürfen, daß die skizzierten Differenzen nicht nur akademischen Streit bedeuten, sondern daß sie, vielfältig normativ und institutionell vermittelt, höchst praktische Auswirkungen zeitigen. Die Option für die eine oder die andere Lösung bestimmt und begrenzt einerseits den Aktionsradius für die politische Praxis kritischer streitbarer Demokraten, andererseits stellt sie die Weichen für das grundlegende (Selbst-)Verständnis des Berufsbeamtentums und seiner Rolle im Gemeinwesen — Stichworte: Neutralität? „Hüter der Staatlichkeit“? usw.; hiervon hängen wiederum die Anforderungen an die Beamtentreue ab — und drittens fällt mit dieser Entscheidung über das Bürger-Staat-Grundverhältnis auch die alle Detailprobleme vorprägende Antwort auf die Frage der Ausbalancierung von individueller Freiheitssphäre und sie berührenden Staatsschutzmaßnahmen. Suchen wir in dem staatsrechtlichen Dunkel nach einem verfassungsrechtlichen und nicht nur politikwissenschaftlichen Orientierungsmaßstab, so kann dieser kein anderer sein als die „freiheitliche demokratische Grundordnung“ selbst, aber freilich nicht in der stereotypen Formalität, in der sie beamtenrechtliche Extre-

volte gegen die Natur“ und eine „Preisgabe von Grundlagen der abendländischen politischen Kultur“ zu Felde zog, vgl. Die mißverständene Demokratie, Freiburg 1973, S. 51, 37. Dazu *Denninger*, in: Demokratisierung — Möglichkeiten und Grenzen, Ein Cappenberger Gespräch, 1976, S. 45 ff.

misten-Bescheide und -Urteile schmückt, sondern in einer auf ihre demokratieverwirklichende Funktion hin problematisierten Fassung. Mit anderen Worten:

Wir fragen nach der von der geschriebenen Verfassung *vorausgesetzten Grundverfassung des Bürgers*, ohne welche die vom Bundesverfassungsgericht⁷⁷ ja nicht abschließend katalogisierten institutionellen Elemente der freiheitlichen demokratischen Grundordnung leerlaufen, ihren Zweck verfehlen (müssen). Umgekehrt sind aber gerade die Institutionen dieser Ordnung, etwa: Grundrechte, Gewaltenteilung, Pluralismus und Selbstbestimmungsprinzip so beschaffen, daß sie bei vernünftigem Einsatz jene weiteren Grundvoraussetzungen beim Bürger zu bewirken, mindestens zu fördern, zu festigen und zu erhalten vermögen⁷⁸. Diese Wechselwirkung zwischen den institutionellen (d. h. derzeit: den die Definition der BVerfGE 2, 12 f. ausmachenden) und den sozusagen „vorinstitutionellen“ Elementen der freiheitlichen demokratischen Grundordnung, ferner der instrumentale Charakter jener in bezug auf diese wird sofort einleuchten, wenn ich vorschlage, den definitivischen Katalog um die folgenden Elemente zu ergänzen: 1. *Freiheit von Angst*, 2. *Vertrauen*, 3. *Bereitschaft zum Engagement*.

Die umfassende Bedeutung dieser drei Grundelemente für die Konstitution sowohl des Rechtsstaates als auch des politischen Prozesses der Demokratie und für deren reziproke Bedingtheit kann hier nur angedeutet werden. Am Anfang steht die *Freiheit von Angst*, — freedom from fear — jenes schon von *Hobbes* benannte⁷⁹, genau 300 Jahre später von *F. D. Roosevelt*⁸⁰ wiederentdeckte, weltweit verkündete Leitmotiv

⁷⁷ BVerfGE 2, 1 ff., 12 f.

⁷⁸ Es soll damit gerade jener Zustand vermieden werden, vor dem auch die Bundesrepublik keineswegs gefeit ist und den *Montesquieu* auf die Formel gebracht hatte: „Es kann geschehen, daß wohl die Verfassung frei ist, nicht aber der Bürger“, *De l'esprit des lois*, Buch 12, Kap. 1. *M.* kennt auch den umgekehrten Fall; er dürfte heutzutage selten sein.

⁷⁹ *Th. Hobbes*, *De Cive*, 1642. Kap. I, 2.7 ff.; *Leviathan*, 1651, Kap. 13.

⁸⁰ Als eine der Vier Freiheiten, die die Botschaft *Roosevelts* an den Kongreß am 6. 1. 1941 enthielt. Die Formel „frei von Furcht und Not“ ging ein in die Atlantik-Charta *Roosevelts* und *Churchills* vom 14. 8. 1941 (Art. 6), später dann in die Präambel der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte vom 10. 12. 1948, in die Präambel der UN-Konventionen über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte bzw. über bürgerliche und politische Rechte vom 16. 12. 1966.

In der innerstaatlichen Diskussion hat die „Freiheit von Furcht“ — anders als die „Freiheit von Not“ — noch nicht die gehörige Aufmerksamkeit gefunden. Ausnahmen: Deutlich ist die für die Demokratie konstitutive Bedeutung gesehen bei *A. Arndt*, *Der Rechtsstaat und sein polizeilicher Verfassungsschutz*, NJW 1961, S. 898:

nicht nur der *Staatsgründung*, sondern, zumal im Zeitalter totalitärer Systeme, auch der *Staatsmachtbegrenzung*. In diesem Sinne hat man neuerdings in unterschiedlichen Zusammenhängen auf die *rechtliche* Funktion der Freiheit von Angst hingewiesen: als Bestandteil des Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit gegenüber der heimlichen oder der sogar offenen Observierungspraxis der Verfassungsschutzämter⁸¹, ferner als Element der aktivbürgerlichen, demokratieverwirklichenden Grundrechtsbetätigung, als Freiheit von antizipierter ökonomischer Existenzangst (im Hinblick auf karriereschädliche politische Aktivitäten)⁸². Aus diesem, aber nicht nur aus diesem Grund sind Ausforschungen durch Verfassungsschutzagenten an Schulen und — abgesehen von *konkreten* Gefahrenfällen — auch an Hochschulen rechtlich ein Ding der Unmöglichkeit⁸³.

Freiheit von Angst gehört aber nicht nur zur Atemluft lebendiger Demokratie; sie ist ein Grundbaustein rechtsstaatlicher Freiheit und umgekehrt erfüllen rechtsstaatliche Institutionen ihren Sinn dann, wenn sie zur Befreiung von Angst beitragen. Niemand hat dies eindrucksvoller bedacht als *Montesquieu*. Politische, besser staatsbürgerliche Freiheit bestehe in der Sicherheit des Einzelnen, oder mindestens in der *Überzeugung* von der eigenen Sicherheit; die Freiheit des Bürgers beruhe deshalb entscheidend auf der Güte der Strafgesetze⁸⁴. Nota

„Denn um Demokratie von der Wurzel her wachsen zu lassen, ist für den Jedermann, der ein „Einzelner“ ist, *Freiheit von Furcht* das erste Erfordernis.“ Vgl. auch *Dürig* (1964) in *Maunz/Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Art. 18 Rdnr. 8. Jetzt: VG Kassel, NJW 1977, S. 692 m. Anm. von *J. Scherer*, NJW 1978, S. 237 f. auch zum Einschüchterungseffekt, „chilling effect“ mit Nachw. der US-Rspr. Auch *W. Schmidt*, Die bedrohte Entscheidungsfreiheit, JZ 1974, 241 ff., 248 o.

⁸¹ *J. Salzwedel*, Möglichkeiten und Grenzen einer rechtsstaatlichen Kontrolle des Verfassungsschutzes, Festschrift Hans Peters, Berlin 1967, S. 756 ff., 761, m. Hinw. auf *Maunz*, Deutsches Staatsrecht § 14 III, 21. Aufl. 1977, S. 124 „Freisein von Furcht“.

⁸² Vgl. *J. Lameyer*, Streitbare Demokratie, S. 159. Eindrucksvoll *F. Neumann* schon 1953: Zum Begriff der politischen Freiheit, jetzt in: Demokratischer und autoritärer Staat, 1967, S. 100 ff., 128 f. zum Problem der gesellschaftlichen Ächtung bei Entlassung wegen vermuteter Illoyalität. Vgl. auch *denselben*, Angst und Politik, a. a. O., S. 261 ff.

⁸³ Für den Schulbereich gilt verstärkt das in BVerfGE 39, 356 f. Gesagte. Gegen „Verfassungsschnüffelei“ an Schulen auch *A. Dregger*, laut dpa vom 20. 8., FAZ 21. 8. 1978, sowie die Fraktionsvorsitzenden der F.D.P., FR vom 11. 9. 1978; vgl. auch *BMI Baum* am 27. 9. 1978 vor dem Innenausschuß des Deutschen Bundestages. Eine Überwachung der Schulen führe zu einem nicht wieder gut zu machendem Vertrauenseinbruch. Vgl. „Woche im Bundestag“ 8. Jg. Nr. 17/1978, S. 5.

⁸⁴ *Montesquieu*, a. a. O. (o. N. 78), Buch 12, Kap. 2.

bene: *Montesquieu* hat nicht die „Innere Sicherheit“ im Auge, wie die Konferenz der Innenminister den Begriff versteht, nämlich als möglichst effektiven Schutz der Rechtsgüter der Allgemeinheit, als hohe Verbrechensaufklärungsquote und drakonische Strafdrohungen, nein, der Franzose denkt an Garantien des due process, an Tatbestandsbestimmtheit, rechtsstaatliche Beweisführung und Verteidigung, Schutz gegen falsche Anschuldigungen, an richterliches Gehör u. ä. Man lese seine Kritiken an der Strafpraxis aufgrund des uferlosen *crimen laesae majestatis*, man setze stattdessen den „Mißbrauch zum Kampf gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung“, und es wird deutlich, wo hier und heute die Probleme liegen. Dies gilt für seine Warnungen vor der Verwendung von Indiskretionen⁸⁵, dies gilt insbesondere für die Kritik an Verurteilungen aufgrund bloßen Verdachts und, ebenso schlimm, wegen bloßer Gesinnungen. Es war eine böse Tyrannei des Dionysios, einen gewissen Marsyas hinrichten zu lassen, bloß weil dieser *geträumt* hatte, er würde den Herrscher umbringen. Gesetze haben, so *Montesquieu*, dafür zu sorgen, daß nur *äußere* Handlungen mit Strafe belegt werden⁸⁶. Grund hierfür ist die Sicherheit, die Freiheit von Furcht, die aus der Berechenbarkeit und der durch eigenes Verhalten möglichen Steuerung der Rechtsfolgen entspringt. Dies gilt prinzipiell nicht allein für Strafgesetze. Diese Bedingungen der Freiheit von Angst entfallen, wenn die Gesetze dem Bürger nicht mehr nur meßbares, jedenfalls beobachtbares, damit beweisbares äußeres Verhalten abverlangen, sondern Gewissensproben, Überzeugungen, Gesinnungen. Die Gesellschaft polarisiert sich dann in die Tugendhaften, die in der rechten Gesinnung sind, und in jene, die es nicht sind, in „Freunde“ oder „Feinde der Freiheit“. „Die Gesinnung aber kann nur von der Gesinnung erkannt und beurteilt werden. Es herrscht somit der *Verdacht*; ... Es herrschen

⁸⁵ *Derselbe*, a. a. O., Buch 12, Kap. 12.

⁸⁶ *Derselbe*, a. a. O., Buch 12, Kap. 11. Gegen das *délit d'opinion* jüngst dezidiert: *M. Güde*, Die Verwirrung unseres Staatsschutzrechts, in: *Güde/Raiser/Simon/v. Weizsäcker*, Zur Verfassung unserer Demokratie, 1978, S. 10 ff. Vgl. auch *H. Steinberger*, Konzeption und Grenzen freiheitlicher Demokratie, 1974, mit Blick auf das amerikanische Antisubversionsrecht: „Auch wer die freiheitliche Demokratie als eine an inhaltlichen Wertelementen orientierte Lebensform staatlicher Gesellschaft und als legitimerweise schützenswertes Rechtsgut anerkennt, kann sich gleichwohl entschließen, subversiven Bestrebungen erst an der Schwelle der formalen, insbesondere gewalttätigen Verletzung der Rechtsordnung entgegenzutreten — und er wird unter den Voraussetzungen einer demokratisch gefestigten Gesellschaft in der Regel gut beraten sein, Abwehrmaßnahmen erst an diese Schwelle anzusetzen.“

jetzt die *Tugend* und der *Schrecken*; denn die subjektive Tugend, die bloß von der Gesinnung aus regiert, bringt die fürchterlichste Tyrannei mit sich“⁸⁷. Diese Revolutionskritik *Hegels* trifft jegliche Art von Jakobinismus; ex negativo läßt sie die Fundamente des rechtsstaatlichen Legalitätssystems um so leuchtender hervorscheinen. An die Stelle der Tugend tritt der Gesetzesgehorsam, an die Stelle von Verdacht, Mißtrauen und Schrecken treten Bestimmtheit, Vertrauen, Sicherheit. Das Grundmuster der Bürger-Staat-Beziehung muß deshalb von *wechselseitigem Vertrauen* geprägt sein. Dem *favor legis* entspricht der *favor civis*, eine *Vermutung für die Verfassungstreue des Bürgers*. Dieser vertraut seinerseits darauf, daß der doppelte Gewaltverzicht (auf Faust- oder Selbsthilferecht und auf Revolution), den er mit der Anerkennung des staatlichen Rechtsschutz- und Gesetzgebungsmonopols geleistet hat, durch die Herrschaft im Recht auch in doppelter Hinsicht wettgemacht wird: durch den Schutz erworbener Rechte und ausgeübter Grundrechte einerseits, durch die Offenhaltung der Innovationschance, d. h. der *legalen* Änderungsmöglichkeit der Verteilungsregeln andererseits⁸⁸.

Das rechtsstaatliche Legalitätssystem kann seine Funktion der Friedenswahrung durch Rechtsgüterschutz *und* normativ geleiteten sozialen Wandel auf Dauer nur erfüllen, wenn es von der Bereitschaft eines großen Teiles der Bürger getragen wird, sich im permanenten Prozeß der Staatshervorbringung und der „Gemeinwohl“-Bestimmung⁸⁹ zu engagieren und sei es nur in der bescheidenen Rolle des vernünftig überlegenden freien Wählers. Dieser so ungemein wichtige Ausdruck einer realisierbaren politischen Autonomie⁹⁰ hat ebenso wie jedes intensivere demokratische Engagement zur elementaren Voraussetzung, daß die erst aufgrund politischer Auseinanderset-

⁸⁷ Hegel, Werke, a. a. O. (o. N. 69), S. 532 f.

⁸⁸ Vgl. vor allem U. K. Preuß, in Leviathan, a. a. O., (o. N. 24), S. 463: Zumutbarkeit des Gesetzesgehorsams, „weil und solange das Gesetz eine revidierbare soziale Ordnungsform ist und letzte Fragen nicht letztverbindlich entscheidet.“

⁸⁹ Vgl. W. Schmidt, Organisierte Einwirkungen auf die Verwaltung, VVDStRL Heft 33, 1975, S. 183 ff., 194 ff. Ferner W. Maihofer in der BT-Debatte vom 15. 11. 1974, a. a. O. (o. N. 4), S. 567: „Die freiheitlichste Verfassung in der deutschen Geschichte, unser Grundgesetz, ist auf das aktive politische Engagement unserer Bürger begründet.“ Es rächt sich, wenn man diese Einsicht zur Phrase verkommen läßt.

⁹⁰ Man soll hier ruhig auch von einer ungeschriebenen Bürger-Grundpflicht sprechen. Nichts ist törichter, als die Bedeutung des allgemeinen aktiven und passiven Wahlrechts zu verkleinern oder herabzusetzen. Aber es ist schwierig, der ungeduldigen Jugend dies deutlich zu machen.

zung zu findenden Lösungen und zu treffenden Entscheidungen nicht bereits durch staatlich vorgefixierte Werte-Canones vorweggenommen sind. Der Staat, in dem sich nicht nur der Beamte⁹¹, sondern in erster Linie der Bürger zu Hause fühlen soll, muß diesem die Chance lassen, sich aktiv und kooperativ in diesem „Hause“ einzurichten. Bereitschaft zu demokratischem Engagement erweist sich sowohl als Bedingung als auch als Bedingtes einer Verfassung offener Kritikmöglichkeit, pluralen Ideen- und Interessenwettbewerbes, politischer Toleranz und, nicht zuletzt, der Revidierbarkeit staatlicher Entscheidungen. In bestimmte Bezirke der Persönlichkeitsentfaltung darf der Staat überhaupt nicht eintreten; das Dekretieren letzter Wahrheiten und existenzieller Sinngebung ist ihm ebenso verwehrt wie einer politischen Partei die Durchsetzung eines mit dem Anspruch auf den Besitz absoluter Wahrheit auftretenden Programmes. Die freiheitliche Demokratie muß streitbar sein gerade um der Erhaltung dieser pluralistischen Offenheit willen; gerade die streitbare Demokratie ist die eigentlich „relativistische“, die eben diesen relativistischen Pluralismus absolut verteidigt. Hierin liegt die konsequente Fortführung des alten, von Kelsen⁹² entwickelten und oft mißverstandenen Zusammenhanges von philosophischem Relativismus und demokratischem Prinzip⁹³, den ich in der verfeinerten Fassung durch den Popper-Schüler und -kritiker H. F. Spinner aufgreifen möchte: Während erkenntnistheoretischer Monismus mit seiner Orientierung an Rechtfertigung bzw. Verifizierung in der poli-

⁹¹ BVerfGE 39, 349.

⁹² H. Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, Neudruck 1963 der 2. Aufl. 1929, S. 98 ff. Auch *mein Staatsrecht* 1, S. 54. Ähnlich G. Radbruch, Vorwort zur Rechtsphilosophie.

⁹³ Zum Verhältnis von pluralistischer Demokratie und weltanschaulichem Relativismus vgl. U. Scheuner, a. a. O. (o. N. 18), S. 50, und P. Badura, *Verfassung und Verfassungsgesetz*, in Festschrift U. Scheuner, 1973, S. 19 ff., 30 f. einerseits, H. Krüger, a. a. O., in Festschrift W. Weber (o. N. 47), S. 248 andererseits. Zutreffend stellt Krüger fest, daß ein gewisser Relativismus mit „Streitbarkeit“ sehr wohl vereinbar ist. Andererseits ist Pluralismus nur dann praktisch realisierbar, wenn alle Gruppen ihre Existenzansprüche auf die wechselseitige Koexistenz hin relativieren. Vgl. ferner W. Scheel, Ansprache vor dem 16. Weltkongreß für Philosophie, Presse- u. Informationsamt der Bundesregierung, Bulletin Nr. 90, 1978, S. 85 ff., bes. 847: „In einer Demokratie ist jeder Gedanke demokratisch bis auf den einen: daß nicht jeder Gedanke demokratisch sei. Und diesen Gedanken findet man, das ist kein Zufall, immer nur bei denen, die den Staat zu einem Instrument ihrer Wahrheit machen wollen. Und das ist just der Absolutheitsanspruch, demgegenüber die Demokratie mißtrauisch ist.“

Den Hinweis auf diese Stelle verdanke ich Herrn Kollegen Tomuschat.

tischen Praxis zu autoritären Einstellungen führt, „enthält das fallibilistisch-pluralistische Erkenntnis- und Handlungsmodell den Keim einer humanitären Ethik sowie einer Philosophie der Demokratie“⁹⁴.

VI. Folgerungen

Wir haben versucht, die *Freiheit von Angst*, das *Vertrauen* und die *Bereitschaft zum Engagement* als aufeinander aufbauende Elemente nicht einer politischen Soziopsychologie im allgemeinen, sondern speziell der sozialpsychologischen Fundierung einer freiheitlichen Demokratie aufzuzeigen. In diesem Sinne kann man, normativ gewendet, von vorinstitutionellen Elementen der freiheitlichen demokratischen Grundordnung sprechen. Versuchen wir nun, die Bedeutung dieser Elemente als Kriterien für die Beurteilung dogmatischer Einzelfragen im Bereich des Verfassungsschutzes abzuklären.

1. Beamtentreue

Für Beamtenbewerber wie für bereits ernannte Beamte spricht eine Ausgangsvermutung zugunsten ihrer Verfassungsloyalität⁹⁵. Für Angehörige beider Gruppen gilt insoweit nichts anderes als für jeden anderen Staatsbürger auch. Ohne eine solche Vermutung ließe sich die beamtengesetzliche Gewähr-

⁹⁴ H. F. Spinner, Pluralismus als Erkenntnismodell, 1974, S. 104 f. Im Rahmen einer Evolutionstheorie ließe sich außerdem zeigen, daß das pluralistisch-fallibilistische Modell gegenüber ideologisch monistischen Formen die spätere, differenziertere und insofern höhere politische Lebensform darstellt. So gesehen ist es auch zutreffend, monistisch-totalitäre Systeme als Ausdruck kollektiver Regression im strengen Sinne zu begreifen.

⁹⁵ Hiervon geht auch der Deutsche Bundestag in seiner Entscheidung vom 24. 10. 1975 aus. Vgl. P. Frisch, Extremistenbeschluß, 4. Aufl. Leverkusen 1977, S. 145 (dort Wortlaut); ebenso die „Grundsätze der Bundesregierung für die Prüfung der Verfassungstreue vom 19. Mai 1976“, Pressemitteilung Nr. 195/76 des Presse- und Informationsamtes der Bundesregierung, im Wortlaut bei Frisch, a. a. O., S. 147 f. Ebenso die Verfahrensregelung des Landes Bremen vom 14. 3. 1977, Amtsblatt der Freien Hansestadt Bremen S. 87, vgl. Frisch a. a. O., S. 169; Maihofer in der Debatte vom 15. 11. 1974, a. a. O. (o. N. 4) S. 575 f.; ferner: H. Koschnick, Verfahrenspraxis der öffentlichen Hand bei der Beurteilung von Bewerbern für die Einstellung in den öffentlichen Dienst, ... Erster Zwischenbericht 1978, Typoskr. S. 7: „Ich gehe davon aus, daß zunächst bei jedem Bewerber in einer freiheitlichen Demokratie unterstellt werden darf, er sei ein verfassungstreuer Staatsbürger, der sich aktiv für die Verwirklichung des Grundgesetzes einsetzt. Alles andere wäre ein Rückfall in die Zeit des Obrigkeitsstaates.“

bieteklausel⁹⁶ rechtsstaatlich, d. h. willkürfrei gar nicht handhaben, denn wie sollte ein junger Beamtenbewerber, ein politisch unbeschriebenes Blatt, sonst den Beweis über ein *zukünftiges* Verhalten überhaupt führen können? Auch den Fortbestand der verfassungstreuen Gesinnung beim ernannten Beamten muß diese Vermutung sichern, die allein ihn davon entbindet, andernfalls täglich, stündlich, immerfort Bekenntnisse im Sinne des § 35 BRRG ablegen zu müssen. Zum Probiestein für den Rang der Loyalitätsvermutung wird die Frage⁹⁷, ob die einfache Mitgliedschaft in einer von einer (oder mehreren) Einstellungsbehörde(n) für verfassungswidrig gehaltenen Partei oder in einer sonstigen Gruppe — ohne daß ein entsprechendes Verbot durch das Bundesverfassungsgericht bzw. die nach § 3 VereinsG zuständige Behörde vorläge — nicht nur im Einzelfall ausräumbare Zweifel an der Treue, sondern, wie gesagt wurde, bereits eine „erdrückende Vermutung“⁹⁸ für

⁹⁶ § 4 Abs. 1 Nr. 2 BRRG und die entsprechenden Regelungen der Bundes- und Landesbeamtengesetze. Auf eine bürgerfeindliche Umkehrung der Vermutungslage läuft die Argumentation der Bezirksregierung von Schwaben im Falle der Lehrerin C. *Lichtwarck-Aschoff* hinaus. Danach „kann die vom Bundesverfassungsgericht getroffene Feststellung, wonach insbesondere auch die Zeit des Vorbereitungsdienstes geeignet ist, sich ein zuverlässiges Bild von einem Bewerber zu machen, nur dann zum Tragen kommen, wenn der Bewerber völlig unvoreingenommen und ohne Kenntnis darüber, daß aufgrund seiner bisherigen politischen Aktivitäten Zweifel an seiner Verfassungstreue im Raume stehen könnten, seinen Vorbereitungsdienst abgeleistet hat.“ Vgl. FR vom 20. 9. 1978, DER SPIEGEL Nr. 39/1978, S. 126 f. Dies ist ein Beispiel für die Herrschaft des Verdachts (*Hegel*, vgl. o.): Die Möglichkeit der Verdachtsentkräftung wird durch die bloße Mitteilung des Verdachts abgeschnitten.

⁹⁷ K. *Stern*, Zur Verfassungstreue der Beamten, 1974, S. 56: hier liegt der entscheidende Dissens um den Kern der Auseinandersetzung. Vgl. dazu G. *Jasper*, a. a. O. (o. N. 57), S. 726: Radikalerlaß als Ersatz für das politisch nicht gewollte Parteiverbot. Das Schrifttum zur Verfassungstreuepflicht der Beamten hat im übrigen inzwischen einen solchen Umfang angenommen, daß hier auf ausführliche bibliographische Hinweise verzichtet werden muß. Zahlreiche Nachweise finden sich bei: R. *Dreier*, Verfassung und Ideologie, Gedächtnisschrift F. Klein, München 1977, S. 86 ff., sowie bei B. *Schlink*, Zwischen Identifikation und Distanz, Der Staat 1976, S. 335 ff. Auf diese beiden wichtigen Arbeiten sei besonders aufmerksam gemacht. Informativ zur Geschichte des Problems: H.-W. *Laubinger*, Die Treuepflicht des Beamten im Wandel der Zeiten, in: Festschrift C. H. Ule, Köln u. a. 1977, S. 89 ff.

Kritisch zur Gewährbietetformel jüngst: E. *Küchenhoff/H.-J. Schimke*, Ein Verstoß gegen Neutralität und Toleranz, in Frankfurter Rundschau vom 30. 9. 1978, Nr. 217 S. 14.

⁹⁸ K. *Carstens* in der BT-Debatte am 15. 11. 1974, abgedruckt in Freiheitliche demokratische Grundordnung Band II (o. N. 4), S. 580.

mangelnde Verfassungstreue begründet. Nicht zuletzt an dieser Differenz ist 1974 der Versuch einer gesetzgeberischen Entschärfung des Extremistenproblems gescheitert. Mit Sicherheit kann man hier im Hinblick auf ein parteipolitisch wohlgefälliges Beamtenkorps nicht einfach unter Berufung auf Art. 79 Abs. 3 i. V. m. Art. 20 GG, auf den Rang also der sozialen Rechtsstaatlichkeit, einen Vorrang des Staates und folglich des für seine Erhaltung notwendigen öffentlichen Dienstes im Verhältnis zur Funktion der politischen Parteien herleiten⁹⁹. Denn Rechtsstaat ist nicht gleich Staat und Staat ist nicht gleich Beamtentum; Art. 79 Abs. 3 i. V. m. Art. 20, zumal Abs. 1, garantiert also nicht „primär Staatlichkeit“ im Gegensatz zum politischen Parteileben, vielmehr wird eine rechts- und sozialstaatliche *Demokratie* garantiert und zwar als *parteienplurale*. Eine den Prinzipien der Angstfreiheit und der vertrauensvollen Bereitschaft zum demokratischen Engagement gerecht werdende Problemlösung wird hier nicht mit pauschalen Verurteilungen im Sinne des auch hierzulande unzulässigen „guilt by association“¹⁰⁰, sondern nur mit einer sorgfältigen Einzelfallprüfung arbeiten dürfen¹⁰¹. Können Art und Umfang der Identifikation eines Mitgliedes mit dem Programm seiner Partei nur individuell ermittelt werden, dann ist es methodisch fragwürdig und sachlich unzulässig, aus dem Wortlaut einer Parteisatzung eine „besondere Inpflichtnahme“ jedes einzelnen Mitgliedes und hieraus wieder eine volle Identifizierung mit dem Programm zu folgern¹⁰². Und wenn obergerichtliche Recht-

⁹⁹ So aber K. Stern, a. a. O. (o. N. 97), S. 35.

¹⁰⁰ Dazu vgl. H. Steinberger, a. a. O. (o. N. 86), S. 377 ff.

¹⁰¹ Die Schwierigkeiten der Prüfung im Einzelfall und die Gefahren des Ausufers der Überwachungspraxis rechtfertigen nicht — von extremen Fällen klar verfassungsfeindlicher Gruppen abgesehen — die schematische Anknüpfung der beamtenrechtlichen „Nichteignung“ an die bloße Zugehörigkeit zu einem Kollektiv — auch nicht mit der von W. Schmidt, Das Parteienprivileg zwischen Legalität und Opportunität, DOV 1978, S. 468 ff. versuchten Begründung. Aus diesem Grunde führen auch die von K. Stern, M. Kriele, Az-zola/Lautner u. a. diskutierten, unterschiedliche Vorschläge zur Trennung von Verfassungswidrigkeitsfeststellung und Parteiverbot — Änderung der §§ 43, 46 BVerfGG — nicht zu einer dem Prinzip der individuellen Eignungsprognose gerecht werdenden Lösung. Vgl. die Nachweise bei Schmidt, a. a. O., S. 473 f. Anm. 34, ferner bei K. Stern, Grundrechtsverwirkung und Parteiverbot, in Festgabe für das Bundesverfassungsgericht, 1976, Band I, S. 194 ff., 223.

¹⁰² So z. B. OVG Rheinland-Pfalz, U. v. 29. 8. 1973, ZBR 1973, S. 338 ff., 344, VGH Baden-Württemberg, U. v. 29. 6. 1976, IV 911/74 S. 15. Kritisch zu solchen Identifizierungsverfahren auch J. Isensee, Der Beamte zwischen Parteifreiheit und Verfassungstreue, JuS 1973, S. 265 ff., 270 mit zutr. Hinweis auf die disziplinarrechtlich zu beachtende rechtsstaatliche Unschuldsvermutung. Eine In-

sprechung sich zwar bei einem NPD-Mitglied eine innere Distanznahme von verfassungsfeindlichen Zielen der Partei auch ohne Parteiaustritt vorstellen kann, hingegen bei einem DKP-Mitglied nur die volle Identifizierung, dann vermag so feine Unterscheidungskunst bei einem, der auf die Welt kam, als die erste Republik im braunen Strudel versank, nur noch Trauer und Sorge zu bewirken¹⁰³.

2. Verfassungsschutz

Wir müssen uns auf die Skizze weniger Problemschwerpunkte beschränken, welche den nachrichtendienstlichen Verfassungsschutz i. e. S. betreffen¹⁰⁴. Der Bundesnachrichtendienst

pflichtnahme der Mitglieder findet satzungsrechtlich übrigens auch bei den demokratischen Parteien statt. § 5 des Organisationsstatuts der SPD vom 12. 4. 1973 verpflichtet das Mitglied u. a., „die Ziele der Sozialdemokratischen Partei zu unterstützen“.

¹⁰³ VGH Baden-Württemberg, U. v. 14. 2. 1978, DÖV 1978, S. 522 ff. Dazu G. Jasper, a. a. O. (o. N. 57), S. 731 u. 732 o.

¹⁰⁴ Rechtsgrundlagen: Art. 73 Nr. 10, 87 Abs. 1 S. 2 GG; Gesetz über die Zusammenarbeit des Bundes und der Länder in Angelegenheiten des Verfassungsschutzes v. 27. 9. 1950 i. d. F. vom 7. 8. 1972; Gesetz über die parlamentarische Kontrolle nachrichtendienstlicher Tätigkeit des Bundes v. 11. 4. 1978, ferner entsprechende Landesgesetze. Nicht veröffentlicht sind die sog. „Zusammenarbeitsrichtlinien“: „Richtlinien für die Zusammenarbeit der Verfassungsschutzbehörden, des Bundesnachrichtendienstes (BND), des Militärischen Abschirmdienstes (MAD), der Polizei und der Strafverfolgungsbehörden in Staatsschutzangelegenheiten“ vom 18. 8. 1970 i. d. F. v. 23. 7. 1973 — ÖS 2 — 601 531 VS — NfD. Aus der Literatur sind hervorzuheben: C. Arndt, Gesetzliche Neuregelungen auf dem Gebiete der Nachrichtendienste, DVBl. 1978, S. 385 ff.; H. Borgs-Maciejewski, Parlament und Nachrichtendienste, in: Aus Politik und Zeitgeschichte B 6/77, S. 12 ff.; J. A. Brückner/H. Th. Schmitt, Verfassungsschutz und innere Sicherheit, Wuppertal 1977; *Bundesminister des Innern*, betrifft: Verfassungsschutz, jährliche Berichte, zuletzt für 1977. Derselbe (Hrsg.), Verfassungsschutz, Beiträge aus Wissenschaft und Praxis, Köln u. a. 1966; S. Cobler, Die Gefahr geht von den Menschen aus, 2. Aufl. Berlin 1978; H.-U. Evers, Privatsphäre und Ämter für Verfassungsschutz, 1960; derselbe, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 73 Nr. 10, Zweitebearbeitung 1974; *Polizei-Institut Hilstrup*, Zusammenwirken von Polizei und Verfassungsschutz, insbesondere bei politischen Unruhen und in politischen Spannungszeiten, Seminar vom 8. bis 12. 3. 1971 mit Referaten von Brasse, Evers, Smoydzin, Häring, Hilstrup 1971; J. Rottmann, Verfassungsschutz im Rechtsstaat, AöR 88 (1963), S. 227 ff.; J. Salzwedel, Möglichkeiten und Grenzen einer rechtsstaatlichen Kontrolle des Verfassungsschutzes, in: Gedächtnisschrift H. Peters, Berlin 1967, S. 756 ff.; W. Schatzschneider, Die Ermittlungstätigkeit der Ämter für Verfassungsschutz und Grundrechte, Frankfurter jur. Diss. 1978 (dort weitere Bibliographie); H.-P. Schneider, Der Verfassungsschutz — Grundordnungshüter, Sicherheitsdienst oder Geheimpolizei? in: W.-D. Narr (Hrsg.), Wir Bürger

(BND) und das Amt für Sicherheit der Bundeswehr (Militärischer Abschirmdienst, MAD), die für die Auslandsaufklärung bzw. für die Spionageabwehr und die innere Sicherheit bei der Bundeswehr zuständig sind, bei dem Bundeskanzleramt bzw. bei dem Bundesminister der Verteidigung ressortieren und beide weithin ohne gesetzliche Grundlage arbeiten¹⁰⁵, bleiben außer Betracht. Die Konzentration auf die Ämter für Verfassungsschutz rechtfertigt sich nicht nur wegen der aktuellen Bedeutung ihrer Mitwirkung bei den Einstellungen in den öffentlichen Dienst, sondern weil sie von der Struktur ihrer Aufgabenstellung und ihrer Arbeitsweise her gewissermaßen in schärfstem Gegensatz¹⁰⁶ zu den oben entwickelten vorinstitutionellen Elementen freiheitlicher Demokratie geraten und weil sie dennoch — als notwendige Instrumente des Staatsschutzes und als ein Stück verfaßte Hoheitsgewalt im Sinne der Art. 1 Abs. 1, 3; 20 Abs. 2, unverbrüchlich in den rechtsstaatlichen Rahmen der Verfassung integriert werden müssen. Mit moralischen Kategorien, etwa, daß der Einsatz von V-Leuten „anstößig“ und „letztlich eines Rechtsstaates unwürdig“ sei¹⁰⁷, ist hier nichts zu gewinnen. Es ist ein Kennzeichen des administrativen Verfassungsschutzes, zu dem neben dem allgemeinen polizeilichen, dem vereins-, versamlungs-, ausländerpolizeilichen und dem pädagogischen¹⁰⁸ auch der nachrichtendienstliche Verfassungsschutz gehört, daß er seine Aufgaben vielfach nur auf der Basis von Generalklauseln erfüllt; was hier an Abstrichen am Ideal perfekter Legalität hingenommen

als Sicherheitsrisiko, 1977, S. 93 ff.; derselbe, Rechtsschutz und Verfassungsschutz NJW 1978, S. 1610 ff. H. J. Schwagerl, Zu den Änderungen im Verfassungsschutzrecht, DÖV 1974, S. 109 ff.; H. J. Schwagerl/R. Walther, Der Schutz der Verfassung, 1968.

¹⁰⁵ Zu den Rechtsgrundlagen des BND und des MAG vgl. K. Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band I, 1977, S. 186. Eine gesetzliche Regelung fordert (u. a.) Evers, Bonner Kommentar, a. a. O., Rdnr. 69, vgl. auch § 1 G 10 vom 13. 8. 1968.

¹⁰⁶ Vgl. H. Schrübbers, Organisation und Aufgabe des Verfassungsschutzes in der Bundesrepublik Deutschland, in: Verfassungsschutz, 1966 (o. N. 104), S. 69: ein geheimer Nachrichtendienst ist in einer Demokratie in Gefahr, als „Fremdkörper“ angesehen zu werden. Eindrucksvoll auch A. Arndt, a. a. O. (o. N. 80): für den belauschten Bürger liegt „sein Staat ... nicht mehr verlässlich im Hellen.“

¹⁰⁷ Rottmann, a. a. O. (o. N. 104), S. 237.

¹⁰⁸ Zum pädagogischen Verfassungsschutz gehört die „Staatspflege“, vgl. H. Krüger, Allgemeine Staatslehre, H. Ritter v. Lex, Die Voraussetzungen eines wirksamen Staatsschutzes ... DÖV 1960, 218 ff., 285 f.; Evers, Bonner Komm. a. a. O. (N. 104), Rdnr. 43. Schwagerl, Informativer Verfassungsschutz 1976/77 in Hessen (Typoskr.) bevorzugt diese Bezeichnung gegenüber der als „positiver“ oder pädagogischer Verfassungsschutz.

werden muß, kann zum Teil durch strikte Kompetenzaufteilungen und wirksame Interorgankontrollen kompensiert werden¹⁰⁹. Eben diese Sicherungen werden aber beim nachrichtendienstlichen Verfassungsschutz wegen der ihm eigentümlichen Heimlichkeit in gefährlicher Weise geschwächt. Probleme und Gefahren, wie sie seit der Abhöraffäre der sechziger Jahre bis zu den jüngsten Amtshilfeexzessen zwischen BGS und Verfassungsschutz — Stichwörter: Listen linker Literatur und Organisationen, „Schwarze Bände“, Funktionärskartei¹¹⁰ — immer wieder sichtbar geworden sind, lassen sich weder durch eine gutgemeinte „Parlamentarische Kontrollkommission“, wie sie das Gesetz vom 11. 4. 1978 vorsieht, noch durch eine übrigens mit Warnungszeichen versehene Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte¹¹¹ über die Vereinbarkeit des Abhörgesetzes 1968 mit der Menschenrechts-Konvention¹¹² bannen.

Die Unsicherheiten beim Einbau der Ämter für Verfassungsschutz in das rechtsstaatliche Verwaltungsgefüge beginnen bei der Frage, ob und in welchem Sinne sie als „Polizei“ anzusehen seien — trotz des Wortlauts des § 3 Abs. 3 S. 1 BVerfSchG, der dem Bundesamt „polizeiliche Befugnisse“ ausdrücklich abspricht¹¹³. Einerseits wird ihre Tätigkeit materiell als polizei-

¹⁰⁹ Vgl. als ein Beispiel die Rechtsprechung des BVerfG in den Beschwerdeverfahren gegen Ausweisungsverfügungen gegen Araber, BVerfGE 34, 211 ff., 35, 382 ff.

¹¹⁰ „Überwachungspraktiken alarmieren Baum“, Frankfurter Rundschau Nr. 142 v. 5. 7. 1978.

¹¹¹ Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte vom 6. 9. 1978 (Klass-Urteil), vgl. ErGRZ 1978, S. 357.

¹¹² Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. 11. 1950, zu Gesetz vom 7. 8. 1952. Gesetz zu Art. 10 Grundgesetz vom 13. 8. 1968.

¹¹³ Die Trennung von Polizei(aufgaben) und Verfassungsschutz(aufgaben) war seinerzeit durch die Alliierten vorgegeben worden. Vgl. den „Polizeibrief“ der drei Militärgouverneure an den Parlamentarischen Rat vom 14. 4. 1949: ... „2. Der Bundesregierung wird ... gestattet, eine Stelle zur Sammlung und Verbreitung von Auskünften über umstürzlerische, gegen die Bundesregierung gerichtete Tätigkeiten einzurichten. Diese Stelle soll keine Polizeibefugnisse haben.“ Vgl. dazu W. Schatzschneider, a. a. O. (o. N. 104) S. 13, Nr. 38 und die dortigen Nachweise. Auf den Polizeibrief wird in dem Genehmigungsschreiben der Militärgouverneure zum Grundgesetz vom 12. 5. 1949 unter Ziff. 3 ausdrücklich Bezug genommen. Vgl. den vollständigen Text bei J. Seifert, Grundgesetz und Restauration, 3. Aufl. Neuwied/Darmstadt, 1977, S. 198. Vgl. jetzt § 3 Abs. 3 BVerfSchG, der dem Bundesamt für Verfassungsschutz nicht nur polizeiliche Befugnisse oder Kontrollbefugnisse versagt, sondern auch eine organisatorische „Angliederung“ an eine polizeiliche Dienststelle verbietet. Dies ist auch für die Modalitäten des Informationsaustauschs von Bedeutung.

liche qualifiziert, um sie damit den Bindungen polizeirechtlicher Grundsätze unterwerfen zu können¹¹⁴, andererseits sollen trotz der Qualifikation als Polizei diese Rechtsgrundsätze gerade nicht oder nur modifiziert Anwendung finden¹¹⁵. Einerseits wird von der Aufgaben- und Befugnisumschreibung her auf die fehlende Qualität als Polizei geschlossen¹¹⁶, andererseits soll umgekehrt die Qualifizierung als Nichtpolizei den Schluß auf einen bestimmten Aufgabenumfang tragen¹¹⁷. Der Streit ist in der Sache wenig fruchtbar, denn für die Entscheidung der drängendsten Probleme gibt er nichts her, nichts nämlich für die Frage nach der Reichweite der nachrichtendienstlichen Generalklausel des § 3 Abs. 3 S. 2 BVerfSchG und ebenso wenig für die schwierige Problematik der Wahrung der gesetzlich und verfassungsrechtlich geforderten organisatorischen Trennung von Polizei, Strafverfolgungsbehörden und Verfassungsschutzbehörden auf der einen Seite, und der Ermöglichung einer aufgabengerechten, also auch elektronischen Zusammenarbeit der verschiedenen Zweige des Staats- und Verfassungsschutzes auf der anderen. Die Geltung der allgemeinen Grundsätze des Polizeirechts, insbesondere des Übermaßverbotes und der willkürfreien Ermessensausübung ist ohnehin von Verfassung wegen, also unabhängig von der systematischen Einordnung der nachrichtendienstlichen Funktionen, zu beachten. Für jede einzelne Phase der Tätigkeit des nachrichtendienstlichen Verfassungsschutzes — für das „Sammeln“ = Beschaffen, das Speichern, das interne Auswerten und das Weitergeben von Informationen — sind der Charakter als Grundrechtseingriff, die Rechtsgrundlagen und ihre Tragweite

¹¹⁴ *Salzwedel*, a. a. O. (o. N. 104), S. 772. Dies entspricht offenbar auch dem Selbstverständnis des Amtes für Verfassungsschutz, wie es sich in den Dienstvorschriften niederschlägt: „Verfassungsschutz ist Spezialpolizei“, so *Smoydzin*, Vizepräsident des Bundesamtes (damals) in: Polizei-Institut Hilstrup, Zusammenwirken usw. (o. N. 104) S. 98 ff., 105. Den weiteren Ausführungen des Referenten über die Eingriffsbefugnisse der Verfassungsschutzbehörden (S. 110 f. a. a. O.) kann nur mit erheblichen Einschränkungen zugestimmt werden.

¹¹⁵ *H. Schäfer*, Verfassungsschutz im demokratischen Rechtsstaat, in: Bundesminister des Innern (Hrsg.), a. a. O. (o. N. 104), S. 46 f., 48 ff. *Schäfer* schlägt vor, einen eigenen verfassungsschutzrechtlichen Störerbegriff zu entwickeln.

¹¹⁶ So *K. Stern*, a. a. O. (o. N. 105), S. 188. *Stern* zitiert u. a. *Borgs-Maciejewski*, a. a. O. (N. 104) für die Gegenmeinung. Dieser bezeichnet es aber, a. a. O., S. 19, als sehr zweifelhaft, ob der Verfassungsschutz polizeilichen Charakter trage, und bringt im Folgenden eine Reihe von Gegenargumenten.

¹¹⁷ *J. Welp*, Nachrichtendienstliche und strafprozessuale Eingriffe in das Post- und Fernmeldegeheimnis, DÖV 1970, S. 267 ff., 269 o. re.

gesondert zu bestimmen, wobei insbesondere in Fällen der Amtshilfe die Grundsätze des Persönlichkeitsschutzes bei der Datenverarbeitung zu beachten sind¹¹⁸. Der mir verbliebene Zeitraum erlaubt nur knappste Andeutungen: a) Bei der *Beschaffung* von Informationen vermag die unspezifische Ermächtigung zum Einsatz „nachrichtendienstlicher Mittel“¹¹⁹ dem Verhältnismäßigkeitsprinzip entsprechende Beeinträchtigungen der Privatsphäre zu rechtfertigen, soweit diese nur nach Art. 2 Abs. 1 GG geschützt ist, nicht hingegen Eingriffe in Bereiche qualifizierten Schutzes wie nach Art. 10 und Art. 13 GG oder auch nach §§ 201 ff. StGB¹²⁰. Besonderer Prüfung bedarf in jedem Falle, ob eine Maßnahme nicht schon den absolut geschützten Kernbereich des Persönlichkeitsrechtes verletzt, der den Schutz nach Art. 1 Abs. 1 genießt. Auch hier vermag das Kriterium der Freiheit von Angst wirksam zu werden¹²¹; es fordert Bezirke absoluten Schutzes, in welchen der Bürger sich

¹¹⁸ Zur Einführung in die Problematik: H. Auernhammer, Bundesdatenschutzgesetz, Taschenkommentar, 1977; Damann/Karhausen/Müller/Steinmüller, Datenbanken und Datenschutz, 1974; Gola/Hümmerich/Kerstan, Datenschutzrecht, Teil 1 1977; H. Krauch (Hrsg.), Erfassungsschutz, 1975; O. Mallmann, Zielfunktionen des Datenschutzes, 1977; G. Rüpkke, Der verfassungsrechtliche Schutz der Privatheit, 1976; U. Seidel, Datenbanken und Persönlichkeitsrecht, 1972; Simitis/Dammann/Mallmann/Reh, Kommentar zum Bundesdatenschutzgesetz, 1978 (zur Forts.); W. Steinmüller (Hrsg.), Informationsrecht und Informationspolitik, 1976.

¹¹⁹ „Eine inhaltliche Präzisierung des Begriffes ‚nachrichtendienstliche Mittel‘ erwies sich als untunlich“, stellt der Schriftliche Bericht des Innenausschusses bei der Novellierung des BVerfSchG vom 7. 8. 1972 lakonisch fest, zu BT-Drucks. VI/3533, S. 5.

¹²⁰ Zum Diskussionsstand jetzt eingehend: W. Schatzschneider, a. a. O. (o. N. 104), S. 216 ff. betr. die qualifizierten Informationseingriffe. Informativ auch: R. Rupprecht, Vertraulichkeit des Wortes und seine heimliche Aufnahme, DVBl. 1974, S. 579 ff. Zutreffend hebt R. hervor, S. 582, Verhältnismäßigkeitsprinzip und Güterabwägungsprinzip seien zwar Leitregeln mit Verfassungsrang, aber nicht „Rechtsgrund staatlichen Handelns“, d. h. es wird eine rechtsstaatliche einwandfreie *spezielle* Eingriffsermächtigung gefordert. Vgl. weiter die sorgfältige Analyse von D. de Lazzer/D. Rohlf, Der „Lauschangriff“, JZ 1977, S. 207 ff., bes. 210 f. Vorbildlich die Klarstellung in § 4 Abs. 1 S. 2 des Gesetzes über den Verfassungsschutz im Lande Niedersachsen vom 12. 7. 1976, GVBl. Nr. 22, S. 181 f.: „Bei der Anwendung nachrichtendienstlicher Mittel ist die Verfassungsschutzbehörde an die allgemeinen Rechtsvorschriften gebunden“. Die Vorschrift wurde erst während der Beratungen in den Entwurf aufgenommen. Vgl. auch H. P. Schneider, in Narr (Hrsg.), a. a. O. (o. N. 104), S. 119 f. Zur Rechtslage in den USA: C. O. Steger, Der Schutz des gesprochenen Wortes in der Verfassung der Vereinigten Staaten von Amerika, Frankfurt/M./Bern, 1975.

¹²¹ Nochmals ist hier auf A. Arndt, a. a. O. (o. N. 80) zu verweisen, S. 898.

unbelauscht und unbeobachtet wissen darf¹²², und solche, in denen er nur unter streng umschriebenen Voraussetzungen mit unerwünschter staatlicher Kommunikationsteilnahme rechnen muß.

b) Für die *Speicherung* personenbezogener Informationen gilt keineswegs die Maxime „Mögen sie Dossiers anlegen, soviel sie wollen“¹²³. Wie §§ 4 und 14 BDSG¹²⁴ zeigen und das VG Hannover¹²⁵ unlängst erkannt hat, stellt die schlichte Existenz und Aufbewahrung z. B. eines ehrverletzenden oder unrichtigen Vermerks eine Verletzung der personalen Eigensphäre dar. Ein Datenlöschungsanspruch ist dann gegeben. Der Grundsatz des elementaren wechselseitigen Vertrauens im Verhältnis Bürger — Staat bedeutet hier, daß auch der Verfassungsschutz nicht zu einer Institution des systematischen generellen Mißtrauens werden darf, die jeden Bürger immer und überall zunächst als potentiellen Verfassungsfeind ansieht. Insoweit gilt für die Beschaffung wie für die Speicherung von personenbezogenen Informationen nichts prinzipiell anderes als für die Behandlung erkennungsdienstlicher Unterlagen durch die Kriminalpolizei¹²⁶.

c) Schließlich bedürfen die leitenden Gesichtspunkte für die *Weitergabe* von Informationen (die Datenübermittlung) an Dienststellen außerhalb des Bereichs des nachrichtendienstlichen Verfassungsschutzes der Klärung. Eine siebenstellige Zahl von Amtshilfeersuchen an die Ämter für Verfassungsschutz bei der Einstellungspraxis des öffentlichen Dienstes macht die enorme praktische Bedeutung des Problems deutlich. Auszugehen ist von Art. 35 GG i. V. m. §§ 4 ff. VwVfG, § 10 BDSG und den einschlägigen Aufgabenzuweisungsnormen der

¹²² BVerfGE 27, 1 ff., 6 „Recht auf Einsamkeit“ m. N.; 34, 238 ff., 245 m. N., st. Rspr.

¹²³ So Rottmann, a. a. O. (o. N. 104), S. 242, der sich aber selbst auf S. 239 sehr viel differenzierter äußert: „Richtig ist sicher, daß diese Dossiers-Sammlungen, wenn sie nicht behutsam benutzt werden, eine Atmosphäre des Mißtrauens in der Gemeinschaft hervorzurufen vermögen, die mit der freiheitlich-demokratischen Grundordnung nicht vereinbar ist.“

¹²⁴ § 4 BDSG: Ansprüche auf Auskunft, Berichtigung, Sperrung oder Löschung; § 14 BDSG: Berichtigung, Sperrung und Löschung ggfs. von Amts wegen.

¹²⁵ VG Hannover, Urteil vom 2. 3. 1978, VI A 198/76, bes. S. 6.

¹²⁶ Vgl. BVerwGE 26, S. 169 ff., 170 f. Was dort über die Grenzen erkennungsdienstlicher Registrierung gesagt wird, müßte auch zu einer sinnvollen Begrenzung der Datenspeicherung im Rahmen der sog. Befä, (= beobachtenden Fahndung) durch das BKA führen. Zu den Auswirkungen der jetzigen Praxis vgl. die Beispiele bei P. Koch/R. Oltmanns, SOS — Freiheit in Deutschland, Stern-Buch, 1978, S. 63 ff.

Verfassungsschutzgesetze. Danach sollte *dreierlei* außer Streit sein: Erstens, daß keineswegs etwa aus dem Gedanken der Einheit der Staatsgewalt auf einen schrankenlos zulässigen Informationsfluß zwischen allen staatlichen Stellen geschlossen werden darf¹²⁷. Vielmehr stellt grundsätzlich jeder „Akt der personenbezogenen Informationsweitergabe durch den Staat einen Eingriff in die Freiheit des Betroffenen“ dar, der einer formell-gesetzlichen Ermächtigung bedarf¹²⁸. Zweitens ist, wie § 5 Abs. 2 Nr. 1 VwVfG¹²⁹ unterstreicht, die Datenübermittlung nur zulässig, wenn sie in die Kompetenz der übermittelnden Behörde fällt¹³⁰. Eine fehlende Sachkompetenz kann nicht durch Berufung auf Art. 35 GG ersetzt werden¹³¹. Und drittens ist

¹²⁷ Dies betont zutreffend *H. P. Schneider*, a. a. O. (N. 104), NJW 1978, S. 1602. Schwächer: *H. U. Evers*, Die rechtlichen Grenzen der Nachrichtensammlung durch die Ämter für Verfassungsschutz, in BMI, Verfassungsschutz, S. 93 ff., 98 f. Abw. *Rottmann*, a. a. O. (N. 104) S. 235 f. bez. Informationen an die Verfassungsschutzbehörden. Zu undifferenziert auch *Wand* in BVerfGE 39, 390: „Es wäre ... angesichts der Einheit der Staatsgewalt geradezu widersinnig, den Staat an der Verwertung von Material zu hindern, das sich legitimerweise in seinen Händen befindet und das er sich zum Schutze der freiheitlichen demokratischen Grundordnung, ... , beschafft hat.“ Mit dem „Argument“ aus der „Einheit der Staatsgewalt“ könnte man auf diese Weise die gesamte Kompetenzordnung aus den Angeln heben. Zutreffend hingegen *Roll*, Wissenschaftlicher Dienst des Deutschen Bundestages, Fachbereich III, 201 (12), Nr. 145/78 vom 4. 8. 1978, Möglichkeiten und Grenzen einer Amtshilfe für das Bundesamt für Verfassungsschutz, S. 6: „Daraus ergibt sich, daß das Bundesamt für Verfassungsschutz nur dann berechtigte Amtshilfe-Ersuchen stellen kann, wenn die begehrte Amtshandlung in einem unmittelbaren Sinnzusammenhang mit der eigenen, in § 3 Abs. 1 und 2 Verfassungsschutzgesetz näher umschriebenen Kompetenz steht.“ Entsprechendes muß auch für den Output aus dem Bundesamt an andere Behörden gelten, vgl. u. zu N. 133.

¹²⁸ *E. Schwan*, Datenschutz, Vorbehalt des Gesetzes und Freiheitsgrundrechte, Verwaltungsarchiv 66 (1975), S. 120 ff., 135 f. m. w. N.; vgl. auch *Schatzschneider*, a. a. O. (N. 104), S. 151 ff., *Borgs-Maciejewski*, a. a. O. (N. 104), S. 17 m. N.

¹²⁹ Die Amtshilfevorschriften des VwVfG sind auch im Bereich der nachrichtendienstlichen Amtshilfe — Eingabe wie Ausgabe — anwendbar, vgl. § 1 VwVfG. So zutr. auch *Roll*, a. a. O. (N. 127), S. 2.

¹³⁰ *H. P. Schneider*, a. a. O. (N. 127); *H. Meyer*, in *Meyer/Borgs*, VwVfG § 5 Rdnr. 8; *Klappstein* in *Knack*, VwVfG, § 5 Anm. 5.2.1.

¹³¹ Dies verkennt das OVG Berlin, IV. Senat, NJW 1978, S. 1648, wenn es sagt: „Wann die Prüfung der Verfassungstreue eines Beamtenbewerbers verfassungsrechtlich legitim ist, ergibt sich auch aus der Verfassung selbst, nämlich aus Art. 35 I GG, die Grundlage für die Einschaltung der Staatsschutzbehörden bei der Durchführung dieser Prüfung.“ Dieser Satz ist in mehrfacher Hinsicht falsch und ungenau. Zutreffend hingegen der *Hessische Datenschutzbeauftragte* in seiner Stellungnahme vom 9. 2. 1978 in dem Verfassungsbeschwerdeverfahren *Hans Roth* — 1 BvR 231/77, S. 10: „Die Amtshilfeverpflichtung ist jedoch keine absolute, sondern unterliegt den

auch eine Weitergabe von Informationen, die formal in den Aufgabenbereich der Verfassungsschutzbehörde fällt, nicht allein deshalb schon in jedem Falle auch materiell-rechtlich zulässig. Für diese, wie für jede andere, Grundrechte berührende Verwaltungstätigkeit gilt die Orientierung an rechtsstaatlichen Grundsätzen, insbesondere an dem der Verhältnismäßigkeit¹³². Bei konsequenter Anwendung dieser Grundsätze sollten krasse Divergenzen in der Rechtsprechung, sogar ein und desselben Gerichts, wie jüngste Entscheidungen des OVG Berlin belegen¹³³, vermeidbar sein. Nachahmung verdient der Versuch des 2. Senats des Berliner Gerichts, durch genaue Interpretation des gesetzlichen Auftrages der Verfassungsschutzbehörden — die *generelle* Mitwirkung bei Einstellungsverfahren außerhalb des sicherheitsempfindlichen Bereiches gehört nach Bundesrecht und den meisten Landesgesetzen¹³⁴ nicht zu ihm — und durch Anwendung des Toleranzprinzips¹³⁵, alle jene Informationen von der „Auswertung“, also auch von der Weitergabe auf Anfrage auszuschließen, deren Gehalt unter der vom KPD-Urteil des Bundesverfassungsgerichts vorgezeichneten Schwelle der aktiv-aggressiven Grundordnungsbekämpfung im Sinne des Art. 18 und 21 GG bleibt¹³⁶.

Einschränkungen, die sich aus der Rechtsordnung, insbesondere aus bereichsspezifischen Gesetzen ergeben, wie sich auch aus §§ 4 bis 7 VwVfG und § 5 HVwVfG ergibt.“

¹³² So auch BVerfGE 39, 357. Ferner: *Schwagerl*, a. a. O. (o. N. 104), S. 113: ... „erhebliche Zurückhaltung bei den Verfassungsschutzbehörden geboten“. Die Weitergabe von Personendaten muß zur Abwehr einer drohenden Gefahr für die freiheitliche demokratische Grundordnung unerlässlich erscheinen.“

¹³³ OVG Berlin, U. des IV. Senats vom 24. 2. 1978, NJW 1978, S. 1648 und U. des II. Senats vom 18. 4. 1978, NJW 1978, S. 1644.

¹³⁴ Die Mitwirkung des Landesamtes für Verfassungsschutz „bei der Überprüfung von Personen, die sich um Einstellung in den öffentlichen Dienst bewerben“ ist vorgesehen in den Landesgesetzen von Bayern, Bremen und Rheinland-Pfalz. Schleswig-Holstein sieht eine Beratung vor.

¹³⁵ Das Toleranzprinzip ist die Konsequenz der Anerkennung der Prinzipien grundsätzlichen Vertrauens und der Bereitschaft, ja der Notwendigkeit zu demokratischem Engagement. Vgl. BVerfGE 5, 85 ff., 138 f., 13, 49, st. Rspr. Das Toleranzprinzip als „Ordnungsfaktor“ (OVG Berlin a. a. O.) findet seine Grenze dort, wo es, im Einzelfall, auf prinzipielle Intoleranz stößt.

¹³⁶ Vgl. BVerfGE 5, 141 sowie die Rspr. zu Art. 18. Die Zusammenarbeitsrichtlinien (o. N. 104) spezifizieren unter § 1 Abs. 2 a) die gesetzliche Aufgabenbeschreibung als Informationssammlung und -auswertung über „verfassungsfeindliche Bestrebungen (z. B. Verstöße gegen Art. 9 Abs. 2, 18, 21 Abs. 2 GG). Das OVG Berlin, II. Senat, a. a. O. (o. N. 133), engt die Weitergabebefugnis auf Tatsachen ein, „die den Schluß einer verfassungsfeindlichen, die demokratischen Freiheiten zielstrebig untergrabenden Hetze oder eines

Das hölzerne Eisen der legal-illegitimen Verfassungsfeindschaft würde dadurch in seiner praktischen Bedeutung erheblich zusammenschmelzen. Dieser verfassungsschutzrechtliche Ansatz ist von der beamtenrechtlichen Seite her dadurch zu ergänzen, daß der vorhin skizzierte *favor civis*, der zu einer, übrigens auch vom Bundestag bekräftigten¹³⁷ und mit dem Extremistenbeschluß des Bundesverfassungsgerichts voll verträglichen¹³⁸ Vermutung für die Verfassungsloyalität des Bewerbers führt, ernstgenommen wird. D. h., daß in allen Fällen, in denen der lebenszeitlichen Verbeamtung ein Vorbereitungs- oder Probendienst voran geht, das Vertrauensprinzip in Verbindung mit dem Grundsatz der Freiheit von Angst die routinemäßige sog. „Karteianfrage“ bei den Ämtern für Verfassungsschutz verbietet, sofern nicht im Einzelfall konkrete Verdachtsmomente auftauchen. Die Vorbereitungs- oder Probephase bietet ausreichende Möglichkeiten, das Eindringen wirklicher Verfassungsfeinde in die Beamtenschaft abzuwehren.

3. Überverfassungsgesetzlicher Notstand?

„Schutz der Verfassung“ bedeutet mehr als nur Verteidigung einer abstrakten Normenordnung, bedeutet, wie auch die For-

tätlichen Angriffs zuverlässig tragen. Die Mitgliedschaft in einer nicht verbotenen Partei, die Teilnahme an einer erlaubten Demonstration, die Unterzeichnung einer nach Form und Inhalt nicht zu beanstandenden Resolution oder Petition und andere von der Verfassung und vom geltenden Recht gewährleistete politische Willensbekundungen oder Betätigungen reichen hierfür nicht aus. Für die Weiterleitung derartiger Informationen fehlt dem Bekl. nicht nur der formelle Gesetzesauftrag, sondern auch die materielle Berechtigung.“ Schwenkte die Praxis der beamtenrechtlichen Treueprüfung auf diese Linie ein, so wäre das sog. Radikalenproblem wohl bald kein Problem mehr.

¹³⁷ EntschlieÙung des Deutschen Bundestages vom 24. 10. 1978, Ziff. 1. Aufgenommen in die Grundsätze der Bundesregierung für die Prüfung der Verfassungstreue vom 19. 5. 1976, wiedergegeben bei *Frisch*, a. a. O. (o. N. 95).

¹³⁸ Ihr entsprechen die Ausführungen in BVerfGE 39, 356 f. S. 355 führt das Gericht zwar aus, daß Treuepflicht und Prüfung des Bewerbers auf seine Treuegewährbietung für jedes Beamtenverhältnis gelten. Nirgends aber ist gesagt, daß etwa die Prüfung in allen Fällen nur durch Anfrage bei den Verfassungsschutzbehörden erfolgen könne und müsse. Vielmehr gelten hierfür, soweit Beamte auf Widerruf und Probe in Betracht kommen, die Ausführungen auf S. 356, die deshalb auch für diesen Personenkreis „tragende Gründe“ und nicht nur — so aber Richter *Wand*, a. a. O., S. 390 — obiter dicta sind. Sie stimmen mit den Erwägungen auf S. 352 überein: eben weil sich der Staat von Widerrufs- und Probebeamten leichter als von Beamten auf Lebenszeit und nicht nur im förmlichen Disziplinarverfahren trennen kann, vgl. § 23 BRRG, ist es gerechtfertigt, die Modalitäten der Treueprüfung bei jenen anders und einfacher zu gestalten.

mel „Bestand und Sicherheit des Bundes oder eines Landes“¹³⁹ zeigt, den Schutz realer Rechtsgüter bis hin zur territorialen Integrität. Außergewöhnlich intensive oder massenhafte Angriffe auf diese Rechtsgüter führen, wie sich aus den Art. 35 Abs. 2, 87 a Abs. 4, 91 und 115 a ff. GG ergibt, zu einer Konzentration und Zentralisation der staatlichen Kräfte, meistens mit Vorrangkompetenz der Exekutive. Einzelheiten wären unter dem Titel „Recht des Ausnahmezustandes“ zu erörtern, jedenfalls verläßt man damit den Rahmen der rechtsstaatlichen Verfassung nicht. Diese Grenze überschreitet man jedoch, wenn man sich, wie der Bundesminister des Innern im Abhörfall Traube hilfsweise¹⁴⁰ oder wie andere staatliche Stellen bei der Kontaktsperre vor Erlass des Kontaktsperregesetzes und im Abhörfall im Stammheimer Gefängnis auf einen „übergesetzlichen Notstand“ — richtig dann: „überverfassungsgesetzlichen Notstand“ — beruft, der staatliche Notmaßnahmen bei sonst fehlender einfachgesetzlicher oder verfassungsrechtlicher Handlungsermächtigung rechtfertigen soll¹⁴¹. Es führt von der damit wieder akut gewordenen klaren, klassischen¹⁴² Frage nach der Existenz eines vor- oder überverfassungsrechtlichen (nicht nur: überverfassungsgesetzlichen!) ungeschriebenen Staatsnotrechtes ab ins Seitendickicht strafrechtlicher Rechtswidrigkeitstheoreme, wenn man in diesem Zusammenhang auf § 34 StGB als Rechtfertigungsgrund rekurriert. Sollte

¹³⁹ Vgl. Art. 73 Nr. 10 GG, § 3 Abs. 1 Nr. 1 BVerfSchG. Art. 91 Abs. 1 GG: „Bestand oder die freiheitliche demokratische Grundordnung“ ... Vgl. auch die Legaldefinition in § 92 StGB.

¹⁴⁰ W. Maihofer, BMI, am 1. 3. 1977 vor dem Innenausschuß des Deutschen Bundestages: ... „Selbst wenn die Verfassung diese Einschränkung durch die Gemeingefahr-Abwägung wie den Gemeinwohl-Vorbehalt nicht vorgesehen hätte, würde sich die Eingriffsmöglichkeit aus dem Gesichtspunkt des „übergesetzlichen Notstandes ergeben haben, um die Abwehr der hier gegenwärtigen unabsehbaren Gefahren zu rechtfertigen.“ Zit. nach Brückner/Schmitt, a. a. O. (N. 104), S. 87.

¹⁴¹ Zutr. A. Arndt, a. a. O. (o. N. 80), S. 900. Vgl. ferner J. Seifert, Die Abhör-Affäre 1977 und der Überverfassungsgesetzliche Notstand. Eine Dokumentation zum Versuch, Unrecht zu Recht zu machen, KJ 1977, S. 105 ff. mit vielen Lit.nachweisen, auf die verwiesen wird. A. Roßnagel, Der alltägliche Notstand, KJ 1977, S. 257 ff.; W. Holtfort, Bleibt immer noch freiheitlicher Rechtsstaat genug? in: Vorgänge 30, 6/77, S. 7 ff.; M. Schröder, Staatsrecht an den Grenzen des Rechtsstaats, AöR 103 (1978), S. 121 ff.; E.-W. Böckenförde, Der verdrängte Ausnahmezustand, NJW 1978, S. 1881 ff.

¹⁴² Das Bild der für einen Augenblick durch einen Schleier verhüllten Freiheit, das C. Schmitt, Verfassungsrechtliche Aufsätze, 1958, S. 261, benützt, stammt von Montesquieu, a. a. O. Buch 12, Kap. 19; vgl. auch Seifert, a. a. O., 120, N. 94.

diese Vorschrift direkt oder analog angewendet werden, so gilt, wie vor allem *Amelung* und *Kirchhof* überzeugend dargelegt haben¹⁴³, daß strafrechtliche, dem Einzelnen zugute kommende Rechtfertigungsgründe niemals staats- oder verwaltungsrechtliche Handlungskompetenzen für Hoheitsträger zu begründen vermögen. Sollte die Vorschrift aber als Ausdruck eines überpositiven allgemeinen Rechtsgedankens der Güterabwägung ins Feld geführt werden¹⁴⁴, so wäre das nur eine überflüssige Verkleidung des Problems. Also: Kann es in der Rechtsordnung des durch das Grundgesetz verfaßten Staates eine Norm geben, die jenseits aller geschriebenen und gewohnheitsrechtlichen Rechtssätze, jenseits des normierten Ausnahmezustandes, staatliches Handeln „aus der dem Staat wesensimmanenten Obliegenheit der Selbsterhaltung“¹⁴⁵ auch bei klarer Verletzung geltenden Verfassungsrechts erlaubt? Gilt der Satz „Not kennt kein Gebot!“ für die Amtsträger im Verfassungsstaat? Auf die Gefahr hin, von der einschlägigen, dem Ernst der Frage freilich nicht ganz angemessenen Polemik in der Staatstheorie ebenfalls einer „Art von Hurrapatriotismus der Freiheit“¹⁴⁶ geziehen zu werden, möchte ich die Frage verneinen. Dabei möchte ich mich nicht nur in die rechtsstaatsbewußte Tradition großer Vorbilder wie *Georg Jellinek*¹⁴⁷, *Richard Thoma*¹⁴⁸, *Hans Kelsen*¹⁴⁹ und *Adolf Arndt*¹⁵⁰ einrei-

¹⁴³ *K. Amelung*, Erweitern allgemeine Rechtfertigungsgründe, insbesondere § 34 StGB, hoheitliche Eingriffsbefugnisse des Staates? NJW 1977, S. 833 ff. *Derselbe*, Nochmals: § 34 StGB als öffentlich-rechtliche Eingriffsnorm? NJW 1978, S. 623. *P. Kirchhof*, Polizeiliche Eingriffsbefugnisse und private Nothilfe, NJW 1978, S. 969 ff. Gegen *Amelung*, aber nicht überzeugend: *R. Lange*, Terrorismus kein Notstandsfall? NJW 1978, S. 784 ff. Kritisch zu *Lange* auch *Böckenförde*, a. a. O., S. 1883, N. 21, dort w. N.

¹⁴⁴ So offenbar *Schröder*, a. a. O., S. 138.

¹⁴⁵ *E. R. Huber*, Zur Lehre vom Verfassungsnotstand in der Staatstheorie der Weimarer Zeit, in: Festschrift W. Weber, 1974, S. 31 ff., 35.

¹⁴⁶ *H. Krüger*, Rechtsstaat — Sozialstaat — Staat oder: Rechtsstaat + Sozialstaat ergeben noch keinen Staat, 1975, S. 10.

¹⁴⁷ *G. Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, 6. Neudruck der 3. Aufl. 1959, S. 359.

¹⁴⁸ *R. Thoma*, Der Vorbehalt der Legislative und das Prinzip der Gesetzmäßigkeit von Verwaltung und Rechtsprechung, in: *Anschütz/Thoma* (Hrsg.), Handbuch des Deutschen Staatsrechts, II. Band, 1932, S. 232: „Ein Staatsnotrecht über das verfassungsrechtlich regulierte hinaus kann es im geordneten republikanischen Verfassungsstaat nicht geben, so wie es auch schon im Kaiserreich und selbst in den konstitutionellen Monarchien (deren Struktur immerhin Zweifel erlaubte) nicht gegolten hat.“ Mit N. in Anm. 29.

¹⁴⁹ *H. Kelsen*, Allgemeine Staatslehre, 1925: „Man spricht von einem Staatsnotrecht und argumentiert etwa in der Weise: der Staat muß eben leben, und wenn dies auf rechtmäßigem Wege unmöglich

hen, sondern zum Abschluß noch einmal auf den wechselseitigen Bedingungszusammenhang von freiheitssicherndem Rechtsstaat und staats hervorbringender freiheitlicher Demokratie hinweisen, wie er in der Dreiheit: Freiheit von Angst, Vertrauen und Bereitschaft zum Engagement begründet ist. Die rechtsstaatliche Republik oder der demokratische Verfassungsstaat trägt seine Legalität nicht als ein Akzidens, das er in der Stunde der Gefahr, die, innerhalb der Verfassung, durchaus die Stunde der Exekutive sein mag, wie ein beengendes Kleid abzustreifen vermöchte, um darunter als mächtige „Staatlichkeit an sich“ zum Vorschein zu kommen. Unter der Geltung des Grundgesetzes ist Staatsgewalt immer und nur *verfaßte* Staatlichkeit. Dieser Staat verlöre seine Identität, gäbe er diese Verfaßtheit — und sei es auch nur eine Sekunde lang — preis. Was übrig bliebe, wäre nicht *Staatsgewalt*, schon gar nicht „eigentliche Staatlichkeit“, sondern allenfalls Gewalt schlechthin, ohne rechtliche Verbindlichkeit, der verfassungstreue Bürger u. U. Widerstand leisten dürften, Art. 20 Abs. 4 GG. Daß der demokratische Verfassungsstaat ein solches Auseinander-treten von rechtsstaatlicher Legalität und einer schieren „Staatlichkeit“, die sich vielleicht auf eine Grundwerte-bezogene Legitimität stützt, nicht kennt und auch nicht kennen kann, hat niemand klarer dargelegt als, vor eben dieser Vereinigung im Jahre 1924, *Carl Schmitt*¹⁵¹. Die scheinbare Schwäche der

ist, sind die höchsten Organe des Staates und vor allem das höchste Organ, der Monarch, verpflichtet alles zu tun, um den Staat zu erhalten. Dabei handelt es sich natürlich nur um ein politisch-natur-rechtliches Raisonement, das sich — wie gewöhnlich — als positives Recht zu geben versucht.“

¹⁵⁰ A. Arndt, z. B. a. a. O. (o. N. 80), S. 899: „Ein Verfassungsstaat hat keine andere „Raison“ als seine Verfassung . . . Der ärgste Angriff auf die Rechtlichkeit des Staates ist die wieder und wieder aufflackernde Angst, es könne doch höchst-politische Aufgaben geben, die sich einer rechtlichen Normierung entzögen. Mit der letzten Gewißheit, daß es keinen Primat der Politik vor dem Recht geben kann, steht und fällt der Rechtsstaat.“

E.-W. Böckenförde, a. a. O. (o. N. 141), S. 1883: „Eine solche offene Generalemächtigung verstößt gegen die Grundstruktur einer rechtsstaatlichen Verfassung“. Vgl. auch das Folgende dort.

¹⁵¹ Vgl. C. Schmitt, Die Diktatur des Reichspräsidenten nach Artikel 48 der Weimarer Verfassung, Anhang zu: *derselbe*, Die Diktatur, 2. Aufl. 1928, S. 213 ff., 236, 238. Schmitt betont den prinzipiellen Unterschied zwischen der Stellung eines souveränen Fürsten und derjenigen eines republikanischen Präsidenten. In der Monarchie ist „neben der ordentlichen, verfassungsmäßig geteilten Gewalt noch eine außerordentliche, durch die verfassungsmäßige Regelung, niemals restlos zu erfassende staatliche Gewalt latent vorhanden.“ Eben dies ist in einem (demokratischen) Verfassungsstaat nicht der

rechtsstaatlichen *res publica*, daß sie nicht über ihren eigenen Schatten: die Legalität aller Staatsgewalt, springen kann, ohne ihre Identität zu verlieren, möge sich als ihre eigentliche Stärke erweisen: Sie befreit von der Angst vor dem Leviathan als vor einer unmeßbaren Übermacht, die sich anderenfalls stets mit dem Schein des Rechts (kraft der staatsnotrechtlichen „Legalitätsreserve“) zu umgeben vermöchte; sie stärkt das Vertrauen des Bürgers in die Rechtmäßigkeit des Handelns der Organwalter, indem sie deren Gesetzes- und Verfassungstreue zur absoluten Handlungsmaxime setzt, ohne „flexible“ situative Abstriche und Lockerungen¹⁵², und sie stimuliert die Wachsamkeit und Bereitschaft der Bürger¹⁵³, die Staatsgewalt von Rechts wegen zur Abwehr auch äußerster Bedrohungen instand zu setzen. Solange in diesem Sinne Staatsschutz immer zugleich Verfassungsschutz ist und umgekehrt, solange ist die

Fall: „Mit einer rechtsstaatlichen Verfassung ist eine souveräne Diktatur eben unvereinbar. Eine republikanische Verfassung, welche sie vorbehalten wollte, wäre als Ganzes ein Provisorium und Precarium in der Hand eines souveränen Diktators“, ... S. 238. Vgl. auch den Kontext dort.

¹⁵² Unklar ist die Fragestellung bei Schröder, a. a. O. (N. 141), S. 127, „ob nicht je nach Art der Ausnahmelage die für die Normallage geltenden strikten rechtlichen Bindungen der staatlichen Organe zurückgenommen werden müssen, wenn der Schutz der Verfassung und der Rechtsordnung nur durch eine Lockerung solcher Bindungen erreicht werden kann.“ Eine je nach Schwierigkeit der Lage immer wieder praktizierte Durchbrechung des Gesetzmäßigkeitsprinzips kann damit ja wohl im Ernst nicht gemeint sein — es wäre das Ende des Rechtsstaates. Ist aber an Freiheitsbeschneidungen im Wege gesetzgeberischer Salamtaktik gedacht, so schlägt hiergegen die von Böckenförde (a. a. O., o. N. 43) exemplarisch formulierte Kritik durch.

¹⁵³ Hier liegt das Arbeitsfeld des „positiven“ oder „informativen“ Verfassungsschutzes, der edukatorischen „Staatspflege“, vgl. o. N. 108.

¹⁵⁴ Das schließt eine Kluft zwischen „staatstragender“ Beamten-schaft und „gewöhnlichen“, in den „Niederungen“ der (Partei)politik befangenen Bürgern im Sinne der von uns kritisierten Zwei-Sphären Theorie, o. N. 57, aus. Trotz der von Hennis, vgl. o. zu N. 76, nicht ohne Anknüpfungsmomente in der Realität beschworenen Vision des autoritären Verwaltungsstaates möchte ich bezweifeln, daß W. Webers düstere Staatsbild-Beschreibung aus dem Jahre 1967 heute die Bewußtseinslage des Durchschnittsbürgers trifft. „Es ist das Bild vom politischen Gemeinwesen als einem potentiell unverständigen, anmaßenden und böartigen Wesen, das ständig auf dem Sprunge ist, dem Individuum mit Belästigungen und Ungerechtigkeiten zu Leibe zu gehen“ usw. Vgl. W. Weber, Der deutsche Bürger und sein Staat, in: Spannungen und Kräfte im westdeutschen Verfassungssystem, 3. Aufl. 1970, S. 339. Staatsvergötzung auf der einen, Staatsverhetzung auf der anderen Seite — wir Deutschen

Verfassungstreue aller Bürger¹⁵⁴ — wie der Schwabe *Justinus Kerner* schon vor 150 Jahren gesungen hat¹⁵⁵ — der kostbarste, beste und dauerhafteste Schutz der Verfassung.

von 1978 haben Grund und Chancen, diesen selbstzerstörerischen Teufelskreis endlich zu verlassen!

¹⁵⁵ *Justinus Kerner*, Sämtliche Werke in acht Bänden, Hrsg. v. W. Heichen, 3. Band, Berlin o. J., S. 196 f.: Der reichste Fürst: ... „Eberhard, der mit dem Barte, / Württembergs geliebter Herr, / Sprach: Mein Land hat kleine Städte, / Trägt nicht Berge silberschwer; // Doch ein Kleinod hält's verborgen: — / Daß in Wäldern, noch so groß, / Ich mein Haupt kann kühnlich legen / Jedem Unterthan in Schoß. // Und es rief der Herr von Sachsen, / Der von Bayern, der vom Rhein: Graf im Bart: *Ihr* seid der reichste, / Euer Land trägt Edelstein!“ Es gilt, solche patriarchalisch-monarchische Untertänigkeit in demokratisches Bürgerbewußtsein zu verwandeln.

Leitsätze des Berichterstatters über:

Verfassungstreue und Schutz der Verfassung

Zu I. 1. Angesichts einer zunehmenden Tendenz, rechtliche Sanktionen an Tatbestände aus dem Innenbereich, an Gesinnungen, Absichten und Wertungen zu knüpfen, stellt sich die Frage nach den prinzipiellen Schranken des staatlichen Zugriffs auf das forum internum.

Zu II. 2. Der in der sog. Grundwerte-Diskussion, aber auch sonst zu beobachtende Versuch, die gegenständliche Reichweite des Mehrheits-Prinzips durch eine Ausweitung des Bereichs des „Unabstimmbaren“, des legislativ Unverfügbaren einzuschränken, bringt grundlegende Verfassungsprinzipien miteinander in Konflikt: die prozeduralen Prinzipien der Mehrheitsentscheidung, der Pluralität, Alternativität und Repräsentation stehen gegen die inhaltlichen gemeinsamer Wertüberzeugungen.

Zu III. 3. Die inhaltlichen Konkretisierungen der Grundwerte, das Ausmaß der Wertgebundenheit und Werteverantwortung des Staates, ferner die normative Funktion und Reichweite des „Prinzips der streitbaren Demokratie“ sind umstritten.

4. So wie man mit einer aus „Grundwerten“, zu Recht oder zu Unrecht, bezogenen Legitimitätsbehauptung sich über das demokratische Mehrheitsprinzip hinwegzusetzen versucht, so dient die Berufung auf ein generalisiertes Streitbarkeitsprinzip dazu, das rechtsstaatliche Legalitätsprinzip aus den Angeln zu heben. Beides verdient Kritik.

5. Das ursprünglich nur zum Schutz des (partei)politischen Meinungskampfes und Willensbildungsprozesses für notwendig gehaltene Streitbarkeitsprinzip entwickelt sich allmählich zu einer Rundum-Waffe des Staatsschutzes.

6. Gegenüber einem verabsolutierten Sicherheits-Denken ist daran zu erinnern, 1. daß es totale Sicherheit ohne Risiko nicht geben kann und 2. daß die streitbare Demokratie ihren legitimierenden Grund darin findet, daß sie eine freiheitliche Demokratie bleibt.

Zu IV. 7. Die in der Rechtsprechung vom Bürger erwartete Verteidigungsleistung für die Demokratie bleibt unbestimmt. Es handelt sich nur um eine „Verfassungserwartung“, nicht um eine individuell justiziable, sanktionierbare Rechtspflicht.

8. Unentbehrlich ist ein dauerhafter „Wille zur Verfassung“, der sich jedoch nicht herbeikommandieren läßt.

Zu V. 9. Zur Klärung der Grenzen der streitbaren Demokratie wie auch der grundsätzlichen Position des Berufsbeamtentums innerhalb des demokratischen Gemeinwesens ist nach der von der geschriebenen Verfassung vorausgesetzten Grundverfassung des Bürgers zu fragen.

10. In diesem Sinne wird vorgeschlagen, den Katalog der Elemente der freiheitlichen demokratischen Grundordnung um drei „vorinstitutionelle“ Elemente zu ergänzen: 1. Freiheit von Angst, 2. Vertrauen, 3. Bereitschaft zum demokratischen Engagement. Diese Elemente bauen aufeinander auf.

11. Freiheit von Angst setzt voraus, daß die Gesetze dem Bürger möglichst weitgehend nur meßbares, jedenfalls beobachtbares, damit beweisbares äußeres Verhalten abverlangen, nicht aber Gewissensproben, Überzeugungen und Gesinnungen.

12. Das Grundmuster der Bürger-Staat-Beziehung muß von wechselseitigem Vertrauen geprägt sein. Dem favor legis entspricht der favor civis, eine Vermutung für die Verfassungstreue des Bürgers.

13. Bereitschaft zu demokratischem Engagement ist sowohl Bedingung als auch Bedingtes einer Verfassung offener Kritikmöglichkeit, pluralen Ideen- und Interessenwettbewerbes, politischer Toleranz und der Revidierbarkeit staatlicher Entscheidungen.

Zu VI. 14. Eine den Prinzipien der Angstfreiheit und der vertrauensvollen Bereitschaft zum demokratischen Engagement gerecht werdende Lösung des Problems der Fernhaltung extremistischer Bewerber vom öffentlichen Dienst kann nur mit sorgfältigen Einzelfallprüfungen arbeiten.

15. Die Unklarheit über die Stellung der Ämter für Verfassungsschutz im Verwaltungsgefüge offenbart sich im Streit um die Frage, ob diese Ämter als „Polizei“ (im materiellen Sinne) anzusehen seien. Der Streit ist für die Lösung der drängendsten Einzelfragen unfruchtbar.

16. Allgemeine Prinzipien des Polizeirechts wie das Übermaßverbot und der Grundsatz willkürfreier Ermessensausübung gelten schon kraft Verfassungsrechts auch für den nachrichtendienstlichen Verfassungsschutz.

17. Für jede einzelne Phase der Tätigkeit des nachrichtendienstlichen Verfassungsschutzes, für das Beschaffen, das Speichern, das (interne) Auswerten und das Weitergeben von Informationen, sind der Charakter als Grundrechtseingriff, die Rechtsgrundlagen und ihre Tragweite gesondert zu bestimmen, wobei insbesondere in Fällen der Amtshilfe die Grundsätze des Persönlichkeitsschutzes bei der Datenverarbeitung zu beachten sind.

18. Der Grundsatz des elementaren wechselseitigen Vertrauens im Verhältnis Bürger — Staat gebietet, daß der Verfassungsschutz nicht zu einer Institution des systematischen generellen Mißtrauens werden darf, die jeden Bürger zunächst einmal als potentiellen Verfassungsfeind ansieht.

19. Nicht jede Kritik an bestehenden verfassungsrechtlichen Verhältnissen erfüllt schon den Tatbestand der verfassungsfeindlichen Bestrebung im Sinne der Gesetze über die Verfassungsschutzämter. Deshalb sind solche Informationen von der Weitergabe auszuschließen, deren Gehalt unter der vom Bundesverfassungsgericht vorgezeichneten Schwelle aktiv-aggressiver Grundordnungsbekämpfung im Sinne der Art. 18 und 21 GG bleibt.

20. Der favor civis ist ernst zu nehmen. Er führt dazu, daß in allen Fällen der Beamteneinstellung außerhalb des sicherheitsempfindlichen Bereiches, in denen der Verbeamtung auf Lebenszeit ein Vorbereitungs- oder Probendienst vorangeht, eine Anfrage an das Amt für Verfassungsschutz nur noch erfolgen soll, wenn im Einzelfall Verdachtsmomente auftauchen.

21. Ein überverfassungsgesetzlicher Notstand, der die Berufung auf ein überverfassungsrechtliches ungeschriebenes Staatsnotrecht erlaubte, ist aus rechtslogischen und rechtsstaatsrechtlichen Gründen abzulehnen. Unter der Geltung des Grundgesetzes ist Staatsgewalt immer nur verfaßte Staatlichkeit. Der demokratische Verfassungsstaat kennt rechtens ein Auseinandertreten von Legalität und „schierer“ oder nur auf Argumente der Legitimität gestützter Staatlichkeit nicht.

22. Der beste und dauerhafteste Schutz der Verfassung ist die Verfassungstreue aller Bürger.

2. Mitbericht von Professor Dr. *Hans Hugo Klein*, Göttingen*)

Verfassungstreue und Schutz der Verfassung

Inhalt

	Seite
I. Der Gegenstand des Verfassungsschutzes	55
1. Zum Begriff der freiheitlichen demokratischen Grundordnung	55
2. Die Staatlichkeit der Bundesrepublik Deutschland als weiteres Schutzgut	61
3. Die „streitbare Demokratie“ des Grundgesetzes	63
4. Die Rechtsstellung des Verfassungsfeindes	71
II. Die Pflicht des Staates zum Schutz der Verfassung . . .	72
1. Grundsatz	72
2. Parteiverbot	73
3. Verbot von Vereinigungen und Ersatzorganisationen .	78
III. Verfassungstreue und Bürgerpflicht	80
1. Keine allgemeine Verfassungstreupflicht	80
2. Die allgemeine Mißbrauchsschranke aktiver Verfassungsfeindlichkeit	81
3. Die Verfassungstreupflicht der Beamten	83
IV. Der administrative Verfassungsschutz	90
1. Parlamentarische Kontrolle	90
2. Rechtsgrundlagen	92
V. Verfassungsschutz und innerer Notstand	99
VI. Verfassungsschutz und Verfassungspflege	104

* Herrn Wiss. Assistenten Assessor *Dierk-Peter Steffan* habe ich für seine wertvolle Unterstützung bei der Vorbereitung dieses Referates herzlich zu danken.

„Gefahren für die Constitution“ können „theils von oben, theils von unten, d. h. . . von der Regierung oder von den Regierten herkommen“ und „in inneren Verhältnissen oder in äußeren Einwirkungen ihren Grund haben“. Diese Feststellung Carl von Rottecks¹ bezeichnet die Reichweite unserer Thematik auch heute noch in zutreffender Weise², obzwar die uns bekannten Strategien der Systemüberwindung³ an Raffinement die zu Zeiten des großen Liberalen üblich gewesenen weit übertreffen⁴.

Aus dem Spektrum der möglichen Gefahrenlagen und denkbaren Vorkehrungen kann ich nur eine kleine Auswahl behandeln. Der äußere Notstand bleibt beiseite. Die Garantien des Grundgesetzes gegen Verletzungen des Verfassungsrechts durch staatliche Organe sind zu großer Vollkommenheit entwickelt und funktionieren — im allgemeinen⁵ — verlässlich. Ebenso sind — von wenigen Ausnahmen abgesehen⁶ — Span-

¹ v. Arétin/v. Rotteck, Staatsrecht der constitutionellen Monarchie, 2. Aufl., 3. Bd. 1840, S. 4.

² Vgl. etwa U. Scheuner, Der Verfassungsschutz im Bonner Grundgesetz in: Um Recht und Gerechtigkeit, Festgabe für E. Kaufmann, 1950, S. 313 ff., 321.

³ H. Schelsky, Die Strategie der „Systemüberwindung“. Der lange Marsch durch die Institutionen in: Systemüberwindung, Demokratisierung, Gewaltenteilung. Grundsatzkonflikte der Bundesrepublik, 2. Aufl. 1973, S. 19 ff. Schelsky (a. a. O., S. 23) beschreibt sie als die Perversion der die Institutionen von Gesellschaft und Staat tragenden moralischen und politischen Grundwerte und -reaktionen zu Kampfmitteln und als den Versuch, so die Stabilität dieser Institutionen mit Hilfe ihrer eigenen Wertüberzeugungen aus den Angeln zu heben.

⁴ Zu den durch die Logik unseres sozialen Systems bedingten, inzwischen vielfach realisierten Gefahrenmomenten vgl. E. Forsthoff, Die Bundesrepublik Deutschland — Eine Realanalyse (1960) und Verfassung und Verfassungswirklichkeit der Bundesrepublik (1968) in: ders., Rechtsstaat im Wandel, Verfassungsrechtliche Abhandlungen 1954—1973, 2. Aufl. 1976, S. 1 ff., 25 ff.

⁵ Einzelne Mängel wie beispielsweise die lange Dauer der Verfahren vermögen an diesem Gesamteindruck nichts zu ändern.

⁶ Hier ist an die Diskussion um die Rolle des Bundesrates zu erinnern, die infolge der die Jahre nach 1969 kennzeichnenden, auch die Verfassungsebene tangierenden politischen Spannungen geführt worden ist, sowie an die gelegentlich festzustellende Weigerung, grundsätzliche Entscheidungen des BVerfG, deren Rechtskraft und Bindungswirkung sich formal auf das Recht eines anderen Landes erstrecken, zu beachten. So weigerte sich die Freie Hansestadt Bremen jahrelang, ihre verfassungswidrige Universitätsstruktur dem Hochschulurteil des BVerfG (BVerfGE 35, 79 ff.) entsprechend zu korrigieren. Es bedurfte eines weiteren Normenkontrollverfahrens vor dem BremStGH (Urteil vom 6. 6. 1977, DÖV 1977, S. 595 ff.) um Bremen zu veranlassen, wenigstens die grössten und offenkundigsten Widersprüche zu beseitigen, allerdings auch mit einem Höchstmaß an Raffinesse Regelungen auszutüfteln, die die Konsequenzen

nungen im föderativen Bereich nicht zu verzeichnen. Das Kapitel Verfassungsstörungen bedarf seiner Vielschichtigkeit wegen gesonderter Behandlung⁷. Das Feld der Untersuchung ist damit auf die Frage nach dem Gegenstand des Verfassungsschutzes und die Behandlung einiger seiner Instrumente eingengt.

I. Der Gegenstand des Verfassungsschutzes

1. Zum Begriff der freiheitlichen demokratischen Grundordnung

Wo das Grundgesetz vom Schutz der Verfassung spricht⁸, nennt es als dessen Gegenstand regelmäßig die freiheitliche demokratische Grundordnung sowie den Bestand und die Si-

der verfassungsgerichtlichen Urteile wie des Hochschulrahmengesetzes zu umgehen trachten. — Auch die Freie und Hansestadt Hamburg bedurfte einer verfassungsgerichtlichen Annahnung (BVerfGE 43, 242 ff.), ehe sie sich bequeme, dem Hochschulurteil des Gerichts Folge zu geben. Auch die von Land zu Land divergierende Praxis bei der Einstellung von Extremisten in den öffentlichen Dienst gehört hierher. Sie nimmt besonders ernste Formen an, wenn ein Land die in einem anderen Land ergangene höchst-richterliche Entscheidung, die die Nichteinstellung eines bestimmten Bewerbers wegen mangelnder Gewähr der Verfassungstreue rechtskräftig gutheißt, nicht respektiert. Vgl. den Fall der Juristin Charlotte Nieß, die trotz rechtskräftiger Ablehnung ihrer Bewerbung für den bayerischen Staatsdienst durch den BayVGH im Staatsdienst des Landes Nordrhein-Westfalen beschäftigt wird; s. FAZ vom 23. 2. 1978, S. 1.

⁷ Die klassischen Themen dieses Bereichs sind im Bericht der Enquete-Kommission Verfassungsreform des Deutschen Bundestages behandelt, BT-Drucks. 7/5924, 3. Kapitel, S. 32 ff. Probleme neuerer Art und größerer Aktualität sind etwa: die ständig abnehmende Transparenz staatlicher Entscheidungsprozesse (dazu E. Forsthoff, *Der Staat der Industriegesellschaft*, 1971, S. 82 f.; vgl. auch ders., *Die Bundesrepublik Deutschland* [Fn. 4], S. 8); die wachsende Verbandsmacht; der Immobilismus des Parteiensystems. E. Forsthoff hat bekanntlich den Ausfall des Systems der Umverteilung als den eigentlichen Ernstfall, den Ausnahmefall also, des Sozialstaates bezeichnet — z. B. die Bundesrepublik Deutschland (Fn. 4), S. 13; Das politische Problem der Autorität in: Rechtsstaat im Wandel (Fn. 4), S. 14 ff., 21. Es ist daran zu erinnern, daß dieser Ernstfall noch immer nicht eingetreten ist — trotz eines seit Jahren schrumpfenden wirtschaftlichen Wachstums und anhaltender relativ hoher Arbeitslosigkeit. Allerdings knirscht es vernehmlich im Gebälk des Systems: die Defizite in der Sozialversicherung wachsen, ihr Ausgleich durch weitere Anhebungen der Abgaben ist angesichts des hohen Niveaus derselben ebenso begrenzt wie die Möglichkeiten einer Steigerung der Bruttoeinkommen im bisher gewohnten Umfang im Hinblick auf den Arbeitsmarkt, das internationale Lohnniveau und die Kostenbelastung der Unternehmen.

⁸ Vgl. vor allem die Legaldefinition in Art. 73 Nr. 10 b GG.

cherheit des Bundes oder eines Landes⁹. Unter Hinweis auf die einschlägige Literatur und Rechtsprechung¹⁰ verzichte ich auf eine detaillierte Analyse des Begriffs der freiheitlichen demokratischen Grundordnung. Jedoch ist die Streitfrage zu behandeln, ob der Begriff der freiheitlichen demokratischen Grundordnung mit dem Gegenstand der Unantastbarkeitsgarantie des Art. 79 Abs. 3 GG identisch ist¹¹.

⁹ Vgl. H. U. Evers, BK, Art. 73 Nr. 10 RN 39. — Art. 9 II GG spricht von der verfassungsmäßigen Ordnung — der Begriff deckt sich richtiger Ansicht nach (vgl. K. Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 1977, S. 184, 415) mit dem der freiheitlichen demokratischen Grundordnung; der Schutz des Bestandes und der Sicherheit von Bund und Ländern ist durch die Erwähnung der Strafgesetze (Hoch- und Landesverrat) bzw. des Verstoßes gegen sie als eines weiteren Verbotsgrundes einbezogen. Vgl. ferner Art. 10 II, 11 II, 18 GG; Art. 20 IV GG spricht von „dieser Ordnung“ und meint damit die in Art. 20 I — III definierte Ordnung — sie ist wiederum identisch mit der freiheitlichen demokratischen Grundordnung (dazu etwa R. Herzog in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Das Grundgesetz, Art. 20 RN 223, 227, 232); Art. 21 II, 28 IV, 73 Nr. 10 b, 87 a IV, 91 I, 98 II GG. Die im einzelnen unterschiedliche Formulierung ist nicht zu übersehen. So wird etwa in Art. 18 GG nur von der freiheitlichen demokratischen Grundordnung gesprochen, in Art. 10 II und 73 Nr. 10 b GG werden freiheitliche demokratische Grundordnung und Bestand bzw. Sicherheit des Bundes oder eines Landes nebeneinander erwähnt, ähnlich Art. 11 II, 21 II, 87 a IV u. 91 I GG, allerdings ohne Erwähnung der Sicherheit. Die Unterschiede erklären sich z. T. sicherlich aus der verschiedenen Entstehungszeit der genannten Vorschriften und dürften insoweit ohne Bedeutung sein. Ob die Nichterwähnung des Bestandes des Staates in Art. 18 GG den Anwendungsbereich dieser Bestimmung etwa im Vergleich zu Art. 21 II GG einschränkt, mag hier dahinstehen. Hingewiesen sei jedoch auf Herzog a. a. O., RN 232, der in bezug auf Art. 20 IV GG zu Recht auf den „(als selbstverständlich mitgeschriebenen) Grundsatz des GG“ aufmerksam macht, „daß die Bundesrepublik Deutschland als Staat besteht“, anarchistische wie separatistische Bestrebungen (für die letzteren dürfte das freilich nicht immer zutreffen) aber auf Verfassungsänderungen auf anderem Wege als dem des Art. 79 GG hinauslaufen, damit das demokratische Prinzip in Art. 20 I GG tangieren und den Tatbestand des Art. 20 IV GG erfüllen. S. auch — im gleichen Sinne — J. Isensee, Das legalisierte Widerstandsrecht, S. 17 f.

¹⁰ Vgl. insbes. BVerfGE 2, 1 ff., 12 f.; 5, 85 ff., 140, sowie Dürig in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Art. 18 RN 52. Im Vergleich zu § 88 II StGB a. F., an den sich das BVerfG in seinen Parteiverbotsurteilen erkennbar anlehnte, formuliert § 92 II StGB n. F. den Grundsatz der parlamentarischen Verantwortlichkeit der Regierung präziser — „die Ablösbarkeit der Regierung und ihre Verantwortlichkeit gegenüber der Volksvertretung“ —, womit nach Stern, a. a. O., S. 420, klargestellt ist, daß z. B. die Forderung nach Einführung eines Präsidialsystems erlaubt ist.

¹¹ Zwar scheint mir, als sei diese Frage für die Praxis von eher geringer Bedeutung, weil einerseits weder prinzipiell gegen den Sozialstaat oder die Republik gerichtete Bestrebungen erkennbar

Dieser vor allem von *Schmitt-Glaeser*¹² befürwortete Bezug liefert zunächst den konkreten Nachweis dessen, was das Grundgesetz selbst der Veränderung schlechthin entzogen wissen will. Jeder Versuch, in die Garantiezone des Art. 79 Abs. 3 GG einzugreifen, wird, mit *Isensee*¹³ zu reden, von der Verfassung selbst in die Illegalität gedrängt. Es ist nur logisch¹⁴, daß der selbst für den verfassungsändernden Gesetzgeber, also „von oben“, unangreifbare Verfassungskern zugleich den Gegenstand des Schutzes bildet, den das Grundgesetz gegen Angriffe auf die Verfassung „von unten“ gewährt. Art. 79 Abs. 3 GG wird so zur zentralen Norm des Verfassungsschutzes¹⁵. Dadurch wird zugleich, was Skeptiker¹⁶ gerne betonen, deutlich, daß das Grundgesetz beiden Richtungen, aus denen die freiheitliche demokratische Grundordnung bedroht werden kann, gleichviel Aufmerksamkeit zugewendet hat. In der Tat: die Grundintention der Verfassung zielt, wie *Denninger*¹⁷ sagt, „auf die Freiheit des Bürgers und ihren Schutz, und zwar in doppelter Hinsicht: auf die Freiheit des privaten... Individuums, mithin des ‚bourgeois‘, wie auch... auf die politische Autonomie, auf die Selbstbestimmung des demokratischen ‚citoyen‘“. Um dieser doppelten Zielsetzung willen möchte sie sowohl den citoyens als einzelnen und in der Verbindung mit anderen einzelnen als auch seine demokratische Repräsentanz der Möglichkeit be-

oder in der Wirklichkeit, in der wir leben, auch nur denkbar sind und andererseits Kräfte, die das föderalistische Prinzip grundsätzlich infrage stellen, dieses nur als ein Hindernis, das ihren auf die Beseitigung anderer Verfassungsgrundsätze gerichteten Zielen im Wege steht, zu eliminieren trachten. Für die verfassungsrechtliche Theorie jedoch liegen die Dinge anders.

¹² Mißbrauch und Verwirkung von Grundrechten im politischen Meinungskampf, 1968, S. 46 ff.

¹³ A. a. O., S. 15.

¹⁴ So auch *G. Roellecke*, Verfassungstreue und Schutz der Verfassung, DÖV 1978, S. 457 ff., 460.

¹⁵ BVerfGE 30, 1 ff., 46 (Sondervotum), im Anschluß an *Dürig* in *Dürig/Evers*, Zur verfassungsändernden Beschränkung des Post-, Telefon- und Fernmeldegeheimnisses, 1969, S. 12.

¹⁶ Geradezu apokalyptische Visionen beschwört *J. Lameyer*, Streitbare Demokratie, 1978, S. 205, für den von ihm befürchteten Fall, daß das BVerfG die Richtung grundgesetzlicher Streitbarkeit einseitig, d. h. unter Schonung freiheitsbeschränkender Aktivitäten des Staates und verschärfter Repression bürgerlicher Freiheiten, definiert. Absurd und deshalb ernsthafter Erörterung nicht bedürftig auch die Thesen von *W.-D. Narr* und *U.-K. Preuß*, über die *F. Fuchs/J. Jesse*, „Der Streit um die streitbare Demokratie“ in: Aus Politik und Zeitgeschichte, Beilage zur Wochenzeitung „Das Parlament“, B 3/78, S. 22 f., berichten.

¹⁷ Einführung des Herausgebers in: Freiheitliche demokratische Grundordnung I, 1976, S. 18 f.

raubt sehen, sich jene Freiheit — als private wie als politische — selbst zu nehmen^{18, 19}.

Die Anbindung des Begriffs der freiheitlichen demokratischen Grundordnung an die Unantastbarkeitsgarantie des Art. 79 Abs. 3 GG macht ferner deutlich, daß es bestimmte, mit normativer, nämlich sogar den verfassungsändernden Gesetzgeber und eben deshalb jedermann bindender Kraft ausgestattete *Rechtsgrundsätze* sind, deren Unangreifbarkeit die Verfassung gewährleisten will²⁰. Sind es aber *Rechtsnormen*,

¹⁸ Es ist daher unstreitig, daß auch und gerade die freiheitsgewährleistenden Elemente des Grundgesetzes, also namentlich der Menschenwürdegehalt der Grundrechte, ein „integraler Bestandteil“ (BVerfGE 30, 1 ff., 45, Sondervotum) der freiheitlichen demokratischen Grundordnung sind. Vgl. auch BVerfGE 25, 44 ff., 55 f., zu Art. 5 I: „konstitutionelles Element des Schutzguts“.

¹⁹ Zum Problem der Legitimation der freiheitlichen demokratischen Ordnung vgl. ergänzend G. Roellecke, DÖV 1978, S. 459: Anerkennung der Möglichkeit staatlichen Unrechts — sie liegt in der Gewährleistung individuellen Freiheitsschutzes gegen die Staatsgewalt beschlossen.

²⁰ Das BVerfG (vgl. beispielsweise BVerfGE 2, 1 ff., 12: „Grundwerte“, „dauernde Grundwerte“, „wertgebundene Ordnung“; 5, 85 ff., 139: Das Grundgesetz habe auf den Schutz eines „eigenen Wertsystems“ nicht verzichtet; gewisse Grundprinzipien seien als „absolute Werte“ anerkannt. Später wird der Wertcharakter bekanntlich vor allem den Grundrechten zugesprochen. S. auch die kritische Bemerkung bei Badura, Verfassung, Staat und Gesellschaft in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz in: BVerfG und GG, Bd. II, hrsg. von Chr. Starck, 1976, S. 5) hat mit seiner in der Literatur vielfach aufgegriffenen Wertterminologie zur Klarstellung dieses Sachverhalts nicht beigetragen und manches Mißverständnis auch seiner eigenen Rechtsprechung damit erleichtert. C. Schmitt, Die Tyrannei der Werte in: Säkularisation und Utopie, Ebracher Studien, 1967, S. 37 ff.; E. Forsthoff, Die Umbildung des Verfassungsgesetzes in: Rechtsstaat im Wandel (Fn. 4), S. 130 ff., und E. Denninger, Freiheitsordnung-Wertordnung-Pflichtordnung, JZ 1975, S. 545 ff., haben in bemerkenswerter Übereinstimmung an dieser Terminologie Kritik geübt. Hier sei nur daran erinnert, daß der Wert vom Bürger nicht wie der Rechtssatz nur Beachtung, sondern vielmehr Identifizierung und Realisierung verlangt, ihn also in einem sehr viel intensiveren Grade in Pflicht nimmt, als dies durch eine freiheitsgewährleistende Rechtsnorm geschieht. Das aber ist von der Freiheit des Individuums in den Mittelpunkt stellenden Verfassung der Bundesrepublik Deutschland nicht gewollt, jedenfalls nicht, soweit es sich um den Bürger handelt, der kein Staatsorgan ist.

U.-K. Preuß, „Freiheitliche demokratische Grundordnung“ als Superlegalität; Demokratische Substanz und politische Verkehrsformen in: Denninger (Hrsg.), Freiheitliche demokratische Grundordnung I, S. 445 ff., 451, beschreibt die Gefahr, die es abzuwehren gilt, in der Tendenz richtig, wenn er — diesen Sachverhalt fälschlich als gegeben unterstellend — sagt: „Existentielle Entscheidungen enthalten Wertfestlegungen, die dem juristisch normierten Verhalten vorgelagert sind und es von einer gesellschaftlichen Beziehung

die den Inhalt der freiheitlichen demokratischen Grundordnung bilden, so erweisen sich ohne weiteres Befürchtungen als unbegründet, die „Basisideologie der FDGO“ tendiere dazu, sich „zur staatstragenden ‚religion civile‘ zu verfestigen“²¹. Die grundrechtliche Verbürgung der individuellen, insbesondere der Freiheit des Gewissens, zwingt den Staat des Grundgesetzes zu weltanschaulicher Neutralität; damit wird „allen Formen einer verordneten religion civile eine Absage erteilt“²².

Jene Rechtsnormen, die den unantastbaren Kern der Verfassung bilden und im Falle ihrer Beeinträchtigung den Verfassungsschutz auf den Plan rufen, sind freilich durch die Besonderheit gekennzeichnet, daß sie Rahmen- bzw. Grundsatzcharakter haben. Bei ihnen gibt es also „Toleranzbereiche“²³, innerhalb deren sich durchaus unterschiedliche gesetzliche Realisierungen vorstellen und mithin auch rechtmäßig diskutieren und anstreben lassen. Der Umfang der Toleranzbereiche ist allerdings nicht leicht zu bestimmen und bleibt es auch dann, wenn man mit der Kritik²⁴ die dem verfassungsändernden Gesetzgeber aus Art. 79 Abs. 3 GG erwachsenden Bindungen in

zu einem Akt der Wertverwirklichung machen. Nicht der Zusammenhang des Verhaltens der einzelnen Subjekte zueinander begründet demnach den Begriff der Verfassung, sondern die Wertentscheidung für bestimmte Normen, deren Verwirklichung das Verhalten der Subjekte zu dienen hat“. Das BVerfG hat freilich mit der von *Preuß* u. a. (vgl. z. B. *E. Bulla*, Die Lehre von der streitbaren Demokratie, AöR 98 (1973), S. 340 ff., 356 f.) kritisierten Entscheidung BVerfGE 28, 36 ff., (vgl. auch BVerfGE 28, 51 ff. u. 56 ff.) Handhaben für überzogene Befürchtungen geliefert. Statt das zutreffende Ergebnis all dieser Entscheidungen mit der sich aus Art. 17 a und 87 a I 1 GG ergebenden gesteigerten Treuepflicht der Soldaten zu begründen, hat es sich zu dem problematischen Satz verstiegen, die Demokratie der Bundesrepublik Deutschland erwarte von ihren Bürgern (sic!) eine Verteidigung (!) der freiheitlichen Ordnung (a. a. O., S. 48). Dazu auch später unter III 1.

²¹ *E. Denninger*, Staatsrecht 1, 1973, S. 87.

²² *P. Badura*, Verfassung, Staat und Gesellschaft in der Sicht des BVerfG in: BVerfG und GG II, S. 1 ff., 6 f.; vgl. auch *E. W. Böckenförde*, Der Staat als sittlicher Staat, 1978, S. 24 f. Positiv scheint der Begriff der religion civile in unserem Zusammenhang aufgenommen bei *Stern*, Staatsrecht I, S. 418, der denn auch zu der in dieser Formulierung nicht ganz unbedenklichen Folgerung gelangt: „Im Verhältnis zur freiheitlichen demokratischen Grundordnung darf es keine Distanz, sondern nur *Identifikation* geben“ (Hervorhebung im Original).

²³ *G. Dürig* in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, a. a. O., Art. 18 RN 56.

²⁴ Vor allem *P. Häberle*, Die Abhörentscheidung des BVerfG vom 15. 12. 1970, JZ 1971, 145 ff., 149 f.; vgl. auch *Stern*, Staatsrecht I, S. 141 f., 656 ff., der ebenfalls dem Sondervotum (BVerfGE 30, 33 ff.) zustimmt. Weitere Literaturhinweise bei *C. Arndt*, Gesetzliche Neuregelungen auf dem Gebiete der Nachrichtendienste, DVBl. 1978, S. 385 ff., 387 Fn. 29.

einem strikteren Sinne interpretiert, als dies im Urteil des BVerfG vom 15. Dezember 1970²⁵ geschehen ist, wenn man also nicht etwa erst die „prinzipielle Preisgabe“ der geschützten elementaren Verfassungsgrundsätze für unerlaubt und ihre systemimmanente Modifikation noch für zulässig hält. Bei der Eingrenzung des der Verfassungsänderung verbleibenden Spielraums hilft auch das gelegentlich bemühte Regel-Ausnahme-Schema²⁶ nicht weiter, da, wie *Stern*²⁷ zutreffend bemerkt, eine grundsätzlich restriktive Auslegung der Bindung des *pouvoir constitué* noch nichts zu der Frage besagt, ob auch alle in Art. 79 Abs. 3 GG für unantastbar erklärten Grundsätze in sich restriktiv auszulegen sind.

Die damit in bezug auf den Begriff der freiheitlichen demokratischen Grundordnung verbleibende Unklarheit ist, weil sie aus dem Grundsatzcharakter der seinen Inhalt ausmachenden Normen folgt, ebenso notwendig wie, so paradox dies auch erscheinen mag, der Freiheit dienlich. Denn sie hat zur Folge, daß der Rahmen der zur Disposition stehenden Alternativen weit gespannt ist und auf eine Veränderung der verfassungsmäßigen Ordnung gerichtete Bestrebungen erst dann dem Verdikt der Illegalität verfallen, wenn sie deren Wesensgehalt zu beeinträchtigen trachten^{28, 29}.

Der dem einzelnen verbleibende Freiheitsraum ist um so größer, als der für jedermann unantastbare Kern der Verfas-

²⁵ BVerfGE 30, 1 ff., 24 f.

²⁶ Vor allem BVerfGE 30, 25; kritisch das Sondervotum das. S. 38 f., und Häberle a. a. O., S. 150 mit Fn. 76.

²⁷ A. a. O., S. 136 f.

²⁸ Wobei der weitere Vorbehalt zu machen ist, daß sie den Intensitätsgrad der Aggressivität erreichen müssen.

²⁹ Schlechterdings abwegig erscheinen daher *Denningers* (Freiheitliche demokratische Grundordnung I, Vorwort des Herausgebers, S. 7 ff.) Klagen über den „proteushaften Charakter“ des Begriffs der freiheitlichen demokratischen Grundordnung — angesichts der weitgehenden Einigkeit über seinen Inhalt kann keine Rede davon sein, daß die „Interpretations- und Verfügungsherrschaft über die ‚fdGO‘-Formel“ weitgehend der Exekutive überantwortet und dieser damit „nahezu kontrollfreie politische Machtmittel zur Ausschaltung oppositioneller Meinungsbildung an die Hand“ gegeben seien. Was der Exekutive in dem von *Denninger* wohl gemeinten, wenngleich in ganz unzulässiger Weise verallgemeinerten Zusammenhang (der Einstellung von Extremisten in den öffentlichen Dienst) überantwortet ist, ist die ihr regelmäßig zustehende vorläufige (!), weil gerichtlicher Überprüfung unterworfenene, Subsumtion eines konkreten Sachverhalts unter einen unbestimmten Rechts-(Verfassungs-)begriff. Alles andere ist pure Hysterie, so insbesondere die Sorge, die Bundesrepublik stehe in der Gefahr des allmählichen Übergangs in einen selbstherrlich autoritären Verwaltungsstaat (a. a. O., S. 9; noch absurder das., Einführung des Hrsg., S. 26 f.).

sung im wesentlichen aus bestimmten Verfahrensregeln und der Ausübung öffentlicher Gewalt um der Menschenwürde willen gezogenen elementaren Schranken besteht³⁰. In ihrer Summe unterscheiden sie die vom Grundgesetz garantierte offene Ordnung von Staat und Gesellschaft von geschlossenen Systemen beliebiger ideologischer Provenienz^{31, 32}.

2. Die Staatlichkeit der Bundesrepublik Deutschland als weiteres Schutzgut

Schutzgut der Verfassung sind neben der freiheitlichen demokratischen Grundordnung der Bestand und die Sicherheit³³

³⁰ J. Isensee, Demokratischer Rechtsstaat und staatsfreie Ethik, Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche 11 (1977), S. 92 ff., 102: „Die Schutzgüter sind wesentlich Freiheitsrechte und freiheitssichernde Verfahren“.

³¹ Mit Recht weist M. Hättich, Radikale Demokratie in: Der Weg in die Gewalt, hrsg. von H. Geißler, 1978, S. 190 ff., 195, 197, darauf hin, daß die heutige Demokratiekritik, indem sie unsere Demokratie in disqualifizierender Absicht als Formaldemokratie bezeichnet, vielfach mit einem geschlossenen Demokratiekonzept arbeitet, in dem viele kontroverse Entscheidungsinhalte vorweg beantwortet sind. Darin wie in der Inanspruchnahme der Erkenntnis der Wahrheit für die eigene politische Vorstellung offenbare sich eine Verkennung des Wesens der Demokratie als eines Systems von Verfahren, um unter den Bedingungen von Dissens und Konflikt zu Entscheidungen zu kommen.

³² Es verdient nicht Kritik — vgl. etwa G. B. (Gerhard Böhme) in: Denninger (Hrsg.), Freiheitliche demokratische Grundordnung I, S. 69 f. —, sondern ist folgerichtiger Ausdruck dessen, was das Grundgesetz positiv als unangreifbar festlegt, wenn das BVerfG (E 2, 1 ff., 12 f.; 5, 85 ff., 140) die freiheitliche demokratische Grundordnung als eine Ordnung beschreibt, die jegliche Gewalt- und Willkürherrschaft ausschließt, und wenn es dementsprechend totalitäre Bestrebungen nationalsozialistischer wie kommunistischer Art für unvereinbar mit dieser Ordnung hält.

K. D. Bracher, Terrorismus und Totalitarismus in: Der Weg in die Gewalt (Fn. 31), S. 201 ff., hat einmal mehr klar und zutreffend hervorgehoben, daß der Totalitarismus von rechts wie von links die grundlegende, das Handeln der Verfassungsväter bestimmende Erfahrung nach 1945 war, auf die sich das Selbstverständnis der Bundesrepublik Deutschland gründet. Eine antifaschistische Orientierung, wie sie auch in der DDR anzutreffen war, habe nicht genügt. Die in jüngerer Zeit in der Bundesrepublik erfolgte Verdrängung des antitotalitären durch das antifaschistische Verständnis der Demokratie ermögliche einen Abbau der „wehrhaften Demokratie“, insofern sie sie gegen die marxistisch-kommunistische Variante des Totalitarismus wehrlos mache und damit deren Gegner automatisch unter Faschismusverdacht stelle, was in die verhängnisvolle Frontstellung der dreißiger Jahre „Faschismus oder Kommunismus“ zurückführe, die zu überwinden der Sinn des GG war. Im Ergebnis ebenso Denninger, Verfassung und Gesetz, Frankfurter Hefte 1978, Heft 3, S. 27 ff., 32.

³³ Dazu zutreffende Darlegungen bei H. U. Evers, BK, Art. 73 Nr. 10 RN 39.

des Bundes und der Länder. Mit „Bestand“ ist unstreitig die territoriale Integrität und die politische Handlungsfreiheit im außenpolitischen Bereich gemeint. Darüber hinaus aber sollte es, wie immer die Tatbestandsmerkmale der verschiedenen Verfassungsschutznormen voneinander abgegrenzt werden³⁴, keinem Zweifel unterliegen, daß der Schutz der Verfassung auch der Staatlichkeit der Bundesrepublik Deutschland als solcher gilt³⁵. Damit wird nicht einem Vorrang der Staats- vor der Verfassungsraison das Wort geredet. A. Arndts³⁶ Wort, der Verfassungsstaat habe keine andere Raison als seine Verfassung, behält seine Gültigkeit, ist allerdings um die (schon früher getroffene)³⁷ Feststellung zu ergänzen, daß es der Zweck der Verfassung ist, den Staat in Form, und nicht, ihn umzubringen. Die Staatsraison ist selbst ein integrales Element des Verfassungsrechts, wobei es sich eben um die Raison nicht eines beliebigen, sondern eines in bestimmter Weise verfaßten Staates handelt³⁸. Die Begründung liegt auf der Hand: ohne eine funktionierende Staatlichkeit bleibt die freiheitliche demokratische Grundordnung ein leerer Wahn³⁹.

³⁴ So vertritt Th. Maunz in Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Art. 21 RN 118, mit guten Gründen die Auffassung, im Rahmen des Art. 21 II GG werde der innerstaatliche Bestand des Staates nicht durch das zweite, sondern durch das erste Tatbestandsmerkmal abgedeckt.

³⁵ Art. 24 GG bleibt von dieser Feststellung naturgemäß unberührt.

³⁶ Der Rechtsstaat und sein polizeilicher Verfassungsschutz, NJW 1961, S. 897 ff., 899. Sehr dezidiert auch J. Salzwedel, Möglichkeiten und Grenzen einer rechtsstaatlichen Kontrolle des Verfassungsschutzes in: Gedächtnisschrift für H. Peters, 1967, S. 756 ff., 769: „Verfassungsschutz durch Verfassungsbruch ist ein Unding“ — die Frage bleibt: was ist Verfassungsbruch?

³⁷ H. H. Klein, Bundesverfassungsgericht und Staatsraison, 1968, S. 33.

³⁸ BVerfGE 20, 162 ff., 178, bringt dies dadurch zum Ausdruck, daß es zu dem Bestand der Bundesrepublik Deutschland, den es zu schützen gelte, nicht nur ihr organisatorisches Gefüge, sondern auch ihre freiheitliche demokratische Grundordnung rechnet. Erinnert sei im übrigen an die sehr zurückhaltende, relativierende Formulierung im Sondervotum zu BVerfGE 30, 1 ff., 45: „Die ‚Staatsraison‘ ist kein unbedingt (sic!) vorrangiger Wert“. Diese Formulierung deckt nicht eine Auffassung, die die selbständige verfassungsrechtliche Relevanz der Staatsraison schlechthin negiert. Zum Problem s. auch M. Schröder, Staatsrecht an den Grenzen des Rechtsstaats, AöR 103 (1978), S. 128 f., 129 f.

³⁹ Auch im Verteidigungsfall gilt die Verteidigung nicht nur der Verfassung, sondern auch dem Staat. Für Bedrohungen, die dem Staat von innen her erwachsen, kann nichts anderes gelten. Mit Recht bezeichnet Schmitt Glaeser, a. a. O. (Fn. 12), S. 38, es als nicht ernstlich umstritten, daß der Staat als solcher ein Recht auf Schutz seiner Existenz hat. A. M. allerdings Bulla, AöR 98 (1973), S. 359.

3. Die „streitbare Demokratie“ des Grundgesetzes

Die „kopernikanische Wendung“⁴⁰, die das Grundgesetz im Verhältnis zur Weimarer Reichsverfassung vollzogen hat, wird im allgemeinen als die Preisgabe der relativen zugunsten der werthaftern Demokratie beschrieben. Sieht man von der nicht unproblematischen Terminologie⁴¹ ab, trifft die Beschreibung das Entscheidende: Das Grundgesetz hat den Versuch unternommen, die ihm zugrundeliegende Staatsidee in die Form bestimmter Rechtsgrundsätze mit normativem Charakter zu gießen und diese der politischen Disposition zu entziehen. Es hat die Legalität an die durch diese Grundsätze definierte Legitimität gebunden, stellt sie außerhalb der Kontroverse und trifft zugleich Vorsorge, daß Versuchen, sie in die Kontroverse einzubeziehen, mit staatlichen, äußerstenfalls aber auch mit privaten (Widerstandsrecht!) Mitteln entgegengetreten werden kann. Die Hegung der politischen Freiheit beschränkt sich nicht auf die Unterbindung bestimmter Methoden, insbesondere der Gewalt, bei der Verfolgung politischer Ziele⁴². Denn — und das ist das wesentliche — es gibt nach dem Grundgesetz politische Ziele, in erster Linie die Beseitigung der freiheitlichen demokratischen Grundordnung, also der Bedingungen individueller (privater wie politischer) Freiheit, die nicht, jedenfalls nicht in kämpferischer Form⁴³, erstrebt werden dürfen⁴⁴.

Dabei ist es, um das im Text Gesagte zu wiederholen, selbstverständlich, daß der (Verfassungs-)Staat dieses Recht nur mit dem Ziel geltendmachen und durchsetzen darf, die Voraussetzungen für die Wahrung der ihm gegebenen freiheitlichen demokratischen Grundordnung, d. h. insbesondere die Funktionstüchtigkeit seiner Organe zu erhalten und ihre Fähigkeit, die verfassungsmäßige Ordnung zu schützen. Von daher sind jedenfalls im Ergebnis auch diejenigen Entscheidungen des BVerfG zu rechtfertigen, von denen *Lameyer*, a. a. O. (Fn. 16) befürchtet, in ihnen sei das Gericht der Gefahr erlegen, den Staat mit der Verfassung zu identifizieren. Unzweifelhaft ist jedenfalls der Staat (im Unterschied zum Bürger!) gehalten, sich mit seiner Verfassung zu identifizieren, wenn deren Schutz, der ja in erster Linie durch den Staat erfolgen muß, nicht eine leere Forderung bleiben soll. Dazu auch *F. K. Fromme*, Wiedereinsetzung des Staates, FAZ v. 2. 11. 1977, und die verfehlte Kritik *Denningers*, Verfassung und Gesetz (Fn. 32) S. 37 f. mit S. 40 (Fn. 33).

⁴⁰ *Stern*, Staatsrecht I, S. 416, 468.

⁴¹ Vgl. oben Fn. 20.

⁴² Das Schwanken von Gesetzgebung und verfassungsgerichtlicher Rechtsprechung in den USA vor diesem vom GG vollzogenen Schritt schildert anschaulich *H. Steinberger* in seiner großen Monographie über „Konzeption und Grenzen freiheitlicher Demokratie“, 1974.

⁴³ Die hiermit gemachte Einschränkung, die der einhelligen Auslegung der neben der Grundnorm des Art. 79 III GG wichtigsten

Das Grundgesetz hat, historischer Erfahrung folgend, die Lehre aus der Erkenntnis gezogen, daß die Verwirklichung freiheitswidriger Entwürfe nicht aus der Idee der Freiheit legitimiert werden kann, auf welchem Wege auch immer — mit friedlichen Mitteln oder gewaltsam — sie betrieben wird⁴⁵.

Verfassungsschutznormen entspricht (Art. 9 II, 18, 21 II GG), ist allerdings von äußerster Wichtigkeit. Sie stellt klar, daß auch die freiheitliche demokratische Grundordnung und, zumal im Hinblick auf das Verfassungsziel der Wiederherstellung der staatlichen Einheit Deutschlands, der Bestand der Bundesrepublik frei diskutiert und beurteilt werden dürfen. Lediglich die aktiv kämpferische, aggressive Haltung gegenüber den Schutzgütern der Verfassung ist illegalisiert bzw. (im Fall der politischen Partei) illegalisierbar. So mit Recht *Schmitt Glaeser*, a. a. O. (Fn. 12), S. 54 f.; s. a. BVerfGE 5, 85 ff., 141 ff.; 33, 52 ff., 68. Die Schwierigkeit der Unterscheidung von (zulässiger) expression und (unzulässiger) action ist freilich nicht zu leugnen; dazu *Steinberger*, a. a. O., S. 585 ff., der zu dem Ergebnis kommt, was Aktion sei, müsse „funktional im Hinblick auf den politischen Prozeß in der konkreten Situation einer demokratischen Gesellschaft bestimmt werden“ (S. 589) — eine etwas sybillinische Formulierung!

⁴⁴ *Denninger*, JZ 1975, 549, fragt nach der Einordnung des Grundgesetzes zwischen den Polen einer sich als „Ensemble von Kompetenzen und Verfahrensregelungen“ und einer sich als „Aktionsprogramm“, als „Grundplan eines Gesellschaftssystems“ verstehenden Verfassung und meint, man gerate bei der Standortbestimmung in Verlegenheit. Ich hege diese Empfindung nicht. Das GG ist — im Gegensatz etwa zu der von *Denninger* zitierten Verfassung der DDR — eindeutig dem ersten Typus zuzurechnen, mit der einzigen Maßgabe, daß es seinen Grundcharakter als „Ensemble von Kompetenzen (einschließlich der als negative Kompetenzen zu verstehenden Grundrechte) und Verfahrensregelungen“ selbst nicht zur Disposition zu stellen erlaubt. Daran ändert sich auch dann nichts, wenn man die Verfassungsinterpretation des BVerfG oder auch die Wirklichkeit unseres Verfassungslebens in den Blick nimmt. In letzterem Betracht besorgniserregend ist allerdings die häufiger zu beobachtende Neigung gewisser politischer Kräfte, ihre Lösungsvorstellungen mit dem demokratischen oder anderen Verfassungsprinzipien zu identifizieren und die Gegner dieser Vorstellungen damit automatisch als Verfassungsfeinde abzustempeln; vor allem die Verfechter der sog. Demokratisierung stehen in der gefährlichen Versuchung einer solchen Verfahrensweise; dazu *Hättich*, a. a. O. (Fn. 31), S. 195 f.

⁴⁵ *Steinberger*, a. a. O., S. 261 f., 267, 595 ff. Diese Einsicht liegt inzwischen auch dem internationalen Recht zugrunde: vgl. Art. 5 I IPbürgR und IPwirtR. Zum Legitimationsproblem vgl. auch *R. Dreier*, Verfassung und Ideologie in: *Gedächtnisschrift für F. Klein*, 1977, S. 86 ff., 98, der den Versuchen, die streitbare Demokratie des Grundgesetzes in dem Sinne restriktiv zu interpretieren, daß sie nur die Bekämpfung von Methoden, nicht auch von Zielen gestatte, entgegenhält, ihnen stehe „zumindest der Wortlaut des Art. 21 II entgegen“. Dazu BVerfGE 5, 85 ff., 134.

Diese Lehre lautet: die Realisierung solcher Entwürfe ist zu verhindern⁴⁶.

Es entspricht nicht der Logik des grundgesetzlichen Selbstverständnisses zu glauben, die konkreten Freiheitsrechte eines jeden könnten am wirkungsvollsten dadurch verteidigt werden, daß man ihm ein Maximum an Bindungslosigkeit garantiert. Zwar ist die Freiheit im Rechtsstaat immer und ausschließlich die Freiheit von heteronomen Verbindlichkeiten⁴⁷. Dennoch kann sie ohne ein gewisses Maß solcher Verbindlichkeiten nicht gedacht werden. Dazu rechnen die Existenzbedingungen des demokratischen und sozialen Rechtsstaats. Er ist der Garant und deshalb die notwendige Voraussetzung einer Freiheit, die sich als „Freiheit von der Kompetenz Dritter, ihr einen verbindlichen Inhalt vorzuschreiben“⁴⁸, versteht. Um deswillen ist, um den gängigen Begriff aufzunehmen, die Verfassung des Grundgesetzes die einer streitbaren Demokratie, die sich die unbegrenzte Toleranz anderer Verfassungen gegenüber jedweden politischen Zielsetzungen nicht zu eigen gemacht hat.

Damit entgeht das Grundgesetz natürlich nicht dem praktischen Problem, das darin besteht, daß bei dem Versuch, die Freiheit zu bewahren, die Freiheit selbst in Gefahr geraten kann, zerstört zu werden⁴⁹. Tatsache ist indes, daß das Grundgesetz sich von dieser Sorge weniger bewegt zeigt als manche seiner Interpreten und andere freiheitliche Verfassungen⁵⁰. Im Vergleich zu ihnen hat es die Grenzlinie zu dem, was es abzuwehren gilt, vorverlegt und im gleichen Maße die politische Freiheit beschränkt. Nicht erst die Revolution, sondern schon die auf die Herbeiführung der Revolution gerichtete geistige,

⁴⁶ Gewiß mag man skeptisch bleiben, ob, wie K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 10. Aufl. 1977, § 20 (S. 273) — dag. *Stern*, Staatsrecht I, S. 163 f. — sich ausdrückt, die Substanz der freiheitlichen Demokratie durch eine Verkürzung von Freiheit gesichert werden kann. Es ist jedoch festzuhalten, daß damit zwar Zweifel an der Richtigkeit der Demokratiekonzeption des Grundgesetzes ausgedrückt werden, nicht aber diese Konzeption als solche in Frage gestellt werden kann.

⁴⁷ Vgl. H. Lübbe, Freiheit und Verbindlichkeit in: Theorie und Entscheidung, 1971, S. 134 ff., 136 f.

⁴⁸ Lübbe, a. a. O.

⁴⁹ Zu diesem Dilemma schon BVerfGE 5, 85 ff., 134 ff.

⁵⁰ Das vom Sondervotum der Richter Rupp-von Brünneck und Simon, BVerfGE 33, 86, zitierte Wort Gladstones: „It is liberty alone, which fits men for liberty“ wirkt angesichts der Erfahrungen mit dem möglichen Mißbrauch der Freiheit zum Zwecke ihrer Zerstörung aus heutiger Sicht wenig realitätsnah, wenngleich die dahinter stehende Mahnung, jede Freiheitsbeschränkung sorgfältigst auf ihre Notwendigkeit zu überprüfen, gewiß ständige Beachtung verdient.

propagandistische und vor allem organisatorische Aktivität wird grundsätzlich mit dem Verdikt der Verfassungswidrigkeit belegt⁵¹. Zwar bleibt das liberale Marktmodell der Demokratie auch in der streitbaren Demokratie des Grundgesetzes prinzipiell erhalten⁵², der suizidalen Lethargie gegenüber formell-legalen Formen der Liquidierung demokratischer Verfassungsstrukturen⁵³ ist jedoch abgeschworen⁵⁴.

Die vom Grundgesetz zum Schutz der Verfassung getroffenen Vorkehrungen sind, sieht man von den hier nicht zu behandelnden Sondervorschriften für die Fälle des äußeren und — weniger eindeutig — des inneren Notstandes ab, in ihrem zeitlichen Geltungsbereich nicht beschränkt. Sie sind — in überkommenen rechtsstaatlichen Kategorien gesprochen — Bestandteil des Normal- und nicht des Ausnahmezustandes⁵⁵. Sie

⁵¹ Vgl. O. Kirchheimer, Wandlungen in der Struktur des Staatsschutzes, ZPol. 1964, S. 126 ff., 142, der zu Recht auch auf die Taktik moderner Revolutionäre verweist, ihre Kundschaft mit einer radikal verzerrten Vision der Wirklichkeit zu versorgen, um auf der Grundlage der Diffamierung des Bestehenden dessen Zerstörung voranzutreiben (S. 143). Dazu kommen weiterhin etwa die Strategie der Unterwanderung sowie die der Veränderung des Bewußtseins, insbesondere mit dem Ziel einer Verunsicherung der Bevölkerung, der Imputation von Mißtrauen in die Handlungsfähigkeit des Staates, z. B. durch örtlich begrenzte Gewaltanwendung („Demonstration“) oder die Schaffung rechtsfreier Räume (Hochschulen). Will der Staatsschutz nicht a priori kapitulieren, muß er seine Vorkehrungen so treffen, daß er den Methoden seiner Gegner wirksam zu begegnen vermag, was selbstverständlich nicht heißt, daß er seinerseits in die Illegalität abgleiten dürfte.

⁵² H. Mandt, Grenzen politischer Toleranz in der offenen Gesellschaft in: Aus Politik und Zeitgeschichte, Beilage zur Wochenzeitung „Das Parlament“, B 3/78, S. 3 ff., 11. Mit Recht bemerkt BVerfGE 40, 287 ff., 291: „Unbeschadet dessen, daß sich die Bundesrepublik Deutschland als streitbare Demokratie versteht und kraft ihrer Verfassung auch verstehen muß . . ., bleibt sie doch primär auf die freie, selbstbestimmte (Art. 1 I GG) Integration aller politischen Meinungen und Kräfte im Rahmen und durch die Grundwerte der Verfassung angelegt“. Vgl. auch BVerfGE 5, 85 ff., 197 ff.

⁵³ So K. Loewenstein nach Mandt, a. a. O., S. 4.

⁵⁴ Das — etwa im Vergleich zu Weimar — eigentlich Neue am GG ist seine Kampfansage auch gegen gewaltfreie ideologische Angriffe auf die freiheitliche Demokratie. G. Willms, Das Staatsschutzkonzept des Grundgesetzes und seine Bewährung, 1974, S. 27, beklagt zu Recht, daß dieser Gedanke in der politischen Wirklichkeit heute keine Stätte mehr habe, ja daß an seine Stelle sogar eine verbreitete Toleranz gegenüber der Gewalt gegen Sachen und Personen getreten sei. Die jüngste Entwicklung des Terrorismus hat bislang wohl nur eine recht oberflächliche Revision dieser Ende der 60er Jahre aufgetauchten Einstellung bewirkt.

⁵⁵ Insoweit stimme ich mit B. Schlink, Zwischen Identifikation und Distanz, Der Staat 15 (1976), S. 335 ff., 346 f., überein.

beschreiben — mit permanentem Geltungsanspruch — Schranken sowohl staatlichen als auch individuellen Handelns⁵⁶.

Strittig ist, ob der Begriff der streitbaren Demokratie „lediglich eine Sammelbezeichnung für die Staatsschutzvorschriften des Grundgesetzes ist oder darüber hinaus ein Verfassungsprinzip bezeichnet, welches eigenständige Bedeutung entfaltet“⁵⁷. Die Alternative ist so indessen zu scharf formuliert⁵⁸ und verdeckt damit das eigentliche Problem. Einerseits kann es sich nicht darum handeln, einen zunächst nur deskriptiv gemeinten Begriff zur selbständigen Rechtsquelle zu erheben⁵⁹. Andererseits muß dem Ring von Schutzvorkehrungen, den das Grundgesetz um den in Art. 79 Abs. 3 definierten Verfassungskern errichtet hat, eine die Verfassung insgesamt prägende Grundentscheidung entnommen werden, die nicht ohne Einfluß bleiben kann auf die Auslegung der einzelnen Verfassungsnor-

⁵⁶ Die Folge davon ist, daß das Grundgesetz auf den Ausnahmezustand als Mittel innerer Befriedung — jedenfalls bisher — weitgehend verzichtete; so zutreffend R. Wassermann, Sicherung oder Aushöhlung des Rechtsstaats? in: ders. (Hrsg.), Terrorismus contra Rechtsstaat, 1976, S. 125 ff., 134. Die Reaktion des Grundgesetzes auf die mit den — wirklichen oder nur angenommenen — Unzulänglichkeiten der Weimarer Reichsverfassung gemachten Erfahrungen ist ja durchaus ambivalent: Auf der einen Seite hat es die Wehrhaftigkeit der Demokratie gestärkt, auf der anderen Seite enthält es eine dem Art. 48 WRV entsprechende Bestimmung nicht. Dahinter steht die Absicht, eine revolutionäre Lage, zu deren Bewältigung es diktatorischer Befugnisse bedurfte, gar nicht erst entstehen zu lassen. Dafür ist naturgemäß ein Preis zu zahlen. Er besteht, um es in einem Paradoxon auszudrücken, in der teilweisen Vorverlagerung des Ausnahmezustandes in den Normalzustand. Zuzustimmen ist G. Roellecke, DÖV 1978, S. 457 ff., 458, wenn er Revolution als Wechsel der Legitimationsprinzipien eines Gemeinwesens definiert und darauf hinweist, daß Revolutionen nicht mit dem Aufbau neuer, sondern mit der Zerstörung der geltenden Legitimationsprinzipien beginnen (S. 459). Ihr zu wehren ist Aufgabe des Verfassungsschutzes.

⁵⁷ R. Dreier, a. a. O. (Fn. 45), S. 95. Vgl. ferner u. a.: Bulla, AöR 98 (1973), S. 352, 355; Hesse, Grundzüge, § 20 (S. 273); Lameyer, a. a. O. (Fn. 16), der seine ganze Untersuchung dieser Frage widmet, vgl. bes. S. 48, 77 ff., 86 ff. (Literaturbericht), 133; A. Sattler, Die Entscheidung für die streitbare Demokratie (unveröffl. Manuskript).

⁵⁸ Auch Dreier, a. a. O., scheint dieser Meinung zu sein, wenn er ausführt, daß gegen die von ihm für die zweitgenannte Auffassung in Anspruch genommene Rechtsprechung des BVerfG (Nachweis S. 95 Fn. 39) insoweit nichts einzuwenden sei, als der Hinweis auf das Verfassungsprinzip der streitbaren Demokratie die ratio legis der einschlägigen Grundgesetzbestimmungen zum Ausdruck bringen solle.

⁵⁹ Zur Bedenklichkeit dieses Verfahrens s. H. Krüger, Der Verfassungsgrundsatz in: Festschrift für E. Forsthoff zum 70. Geburtstag, 2. Aufl. 1974, S. 187 ff.

men einschließlich der Grundrechte⁶⁰. Nur eine solche Auffassung entspricht dem Interpretationsprinzip der Einheit der Verfassung⁶¹, das allerdings auch dazu zwingt, das zwischen einzelnen Normen und Prinzipien der Verfassung mitunter bestehende Spannungsverhältnis zu „praktischer Konkordanz“⁶² zu bringen^{63, 64, 65}.

⁶⁰ Diese Feststellung steht nicht im Widerspruch zu der Tatsache, daß der Menschenwürdegehalt der Grundrechte selbst ein, wenn nicht gar der wesentliche Bestandteil des Schutzguts freiheitliche demokratische Grundordnung ist, nachdem sich die Verfassung einmal dazu entschlossen hat, auch auf dem Gebiet der politischen Betätigung (wie von jeher selbstverständlich auf dem Feld privaten Handelns) zum Schutz der Freiheit gewisse Verkürzungen der Freiheit vorzunehmen.

⁶¹ Vgl. statt vieler *Stern*, Staatsrecht I, S. 107 ff., m. Nachw. insb. auch aus der Rechtsprechung des BVerfG; ferner noch *P. Badura*, a. a. O. (Fn. 20), S. 2 ff., und *G. Roellecke*, Prinzipien der Verfassungsinterpretation in der Rechtsprechung des BVerfG in: BVerfG und GG II, S. 22 ff., 33.

⁶² *Hesse*, Grundzüge, § 2 III 2 c (S. 28 f.).

⁶³ Dieser Aufgabe wird ein Verfahren nicht gerecht, welches die Lösung grundsätzlich stets in einer Richtung sucht, geht es doch darum, allen jeweils miteinander konkurrierenden Verfassungsgüter zu optimaler Wirksamkeit zu verhelfen (*Hesse*, a. a. O.). S. auch *D. Göldner*, Integration und Pluralismus im demokratischen Rechtsstaat, 1978, S. 80. — Einseitig ist es z. B., wenn *Bulla*, AÖR 98 (1973), S. 351, aus dem Umstand, daß die Streitbarkeit der freiheitlichen Demokratie „allenfalls“ (?) durch die im GG ausdrücklich normierten Verfassungsschutzbestimmungen festgelegt wird, folgert: „Nur soweit diese Verfassungsnormen eine streitbare Tendenz enthalten, kann überhaupt von einer streitbaren Demokratie gesprochen werden“. Damit wird verdrängt, daß — eben im Zeichen der Einheit der Verfassung — Verfassungsnormen aufeinander „ausstrahlen“ und eben nicht bloß isoliert voneinander betrachtet werden können. Wie *Bulla* auch *Schlink*, a. a. O. (Fn. 55), S. 361. S. dagegen BVerfGE 2, 380 ff., 403. — Aus diesem Grunde ist die *Maxime* „in dubio pro libertate“ (vgl. bes. *P. Schneider*, In dubio pro libertate in: Festschrift zum 100jährigen Bestehen des Deutschen Juristentages II, 1960, S. 263 ff.; *W. Maihofer*, Rechtsstaat in der Bewährung in: Bitburger Gespräche, Jahrbuch 1974—1976, S. 147 ff., 150) kein geeignetes Mittel zur Lösung der hier anstehenden Probleme. Abl. etwa *Hesse*, Grundzüge, a. a. O., S. 29; *J. Schwabe*, Probleme der Grundrechtsdogmatik, 1977, S. 62 ff.; *Stern*, Staatsrecht I, S. 109 f., jeweils m. w. Nachw. Insbesondere der Konflikt zwischen Freiheit und Sicherheit (dazu *Maihofer*, a. a. O.), in dessen Zusammenhang auch das Spannungsverhältnis zwischen Freiheit und Verfassungsschutz gehört, ist einer Auflösung nach der *Maxime* „in dubio pro libertate“ nicht zugänglich, weil Sicherheit selbst ein Element von Freiheit ist. Eine Automatik dergestalt, daß, was der Seite der Sicherheit hinzugefügt wird, der Seite der Freiheit abgeht (so *R. Wassermann*, a. a. O. (Fn. 56), S. 133), gibt es nicht. Das Verhältnis von Freiheit und Sicherheit ist in der Struktur demjenigen von Freiheit und Gleichheit vergleichbar: ein Zuwenig an Sicherheit und Gleichheit ist der Freiheit ebenso abträglich wie ein

Zuviel. Aber glatte Formeln, die es erlaubten, ein für allemal zu bestimmen, was zuwenig ist und was zuviel, stehen nicht zur Verfügung. Immerhin mag die von *Dürig* in: *Maunz/Dürig/Herzog/Scholz*, Art. 3 I RN 135, konstatierte „Präponderanz der Freiheit“ im Verhältnis zur Gleichheit und seine Hervorhebung von deren dienender Funktion auch für die nähere Bestimmung des Verhältnisses von Freiheit und Sicherheit bzw. Verfassungsschutz als Richtschnur in Betracht zu ziehen sein, da außer Zweifel steht, daß die Verfassungsschutznormen der Erhaltung der Freiheit zu dienen bestimmt sind. Dieser Gesichtspunkt ist bei der jeweils in concreto erforderlichen verhältnismäßigen Zuordnung beider Rechtsgüter zu berücksichtigen. —

Unrichtig ist es auch, die Verfassungsschutznormen zu Ausnahmevorschriften zu erklären und daraus die Notwendigkeit einer streng restriktiven Interpretation abzuleiten: so z. B. *Bulla*, AöR 98 (1973), S. 355 — zutreffende, obgleich komplizierte Formulierung (des Verhältnismäßigkeitsprinzips) dag. auf S. 351: „Daraus folgt, daß Eingriffe in die Freiheitssphäre des einzelnen zum Schutz der freiheitlichen demokratischen Grundordnung nicht allein an der Notwendigkeit, jene zu verteidigen, vielmehr auch an deren Sicherungsfunktion für den einzelnen zu messen sind“ —; für einen Ausnahmecharakter von Art. 21 II GG auch *VG Neustadt*, ZBR 1973, 147 ff., 149: die Vorschrift sei nicht als Anwendungsfall eines allgemeinen Rechtsgedankens streitbarer Demokratie zu begreifen. S. ferner *Schlink*, a. a. O. (Fn. 55), S. 346. Allerdings gilt auch umgekehrt, daß das „Spannungsverhältnis zwischen den Erfordernissen des politischen Staatsschutzes und den politischen Freiheitsrechten . . . nicht von vornherein und allgemein zum Nachteil der Grundfreiheiten gelöst werden darf“ (BVerfGE 33, 52 ff., 85 (Sondervotum), unter Bezugnahme auf das Spiegel-Urteil, BVerfGE 20, 162 ff., 177 f.).

⁶⁴ Ein Bruch mit dem rechtsstaatlichen Verteilungsprinzip wird durch die hier vertretene Meinung entg. *Schlink*, a. a. O. (Fn. 55), S. 361, nicht vollzogen, noch auch durch die früher von mir daraus gezogenen Folgerungen; vgl. *H. H. Klein*, Zur Berufung von Mitgliedern der Verfassungsfeindlichkeit verdächtiger Parteien und Vereinigungen in das Beamtenverhältnis in: *Festschrift für E. R. Huber*, 1973, S. 75 ff. Das Prinzip (grundlegend *C. Schmitt*, *Verfassungslehre*, 4. Aufl. 1965, S. 126) besagt, daß die Freiheitssphäre des einzelnen als etwas vor dem Staat Gegebenes vorausgesetzt wird, und daß die Freiheit des einzelnen prinzipiell unbegrenzt ist, während die Befugnis des Staates zu Eingriffen in diese Sphäre prinzipiell begrenzt ist. Daran ändert sich nichts, wenn man — als eine unter anderen verfassungsunmittelbaren Schranken der Grundrechte — anerkennt, daß das GG durch sein in zahlreichen Normen dokumentiertes „Bekanntnis“ zu einer (nach oben und unten gleichermaßen) streitbaren Demokratie den Gebrauch der Freiheit zum Zwecke ihrer Zerstörung rechtlich mißbilligt. Das rechtsstaatliche Verteilungsprinzip begründet keine Rechtsvermutung zugunsten der Freiheit und gegen die Eingriffsbefugnis des Staates; darin liegt der Unterschied zu einem Auslegungsprinzip wie in *dubio pro libertate*. Es besagt vielmehr, daß der staatliche Eingriff in Freiheit und Eigentum einer gesetzlichen Grundlage bedarf, die sich ihrerseits an der Verfassung legitimieren muß. Ebensowenig durchschlagend sind — jedenfalls gegenüber der hier vertretenen Auffassung — Schlunks logische Bedenken gegen den „Induktionsschluß von der Streitbarkeit einzelner Vorschriften auf die Streitbarkeit der ganzen Verfassung“. Abgesehen davon, daß ein solcher Schluß hier gar

nicht gezogen, sondern nur das Auslegungsprinzip der Einheit der Verfassung zur Anwendung gebracht wird, muß die Frage aufgeworfen werden, ob *Schlink* seine Bedenken auch aufrecht erhält, wenn es darum geht, aus der Summe einschlägiger Vorschriften den Schluß zu ziehen, daß das Grundgesetz eine rechtsstaatliche Verfassung ist, und aus dem Rechtsstaatsprinzip, von dem sich auf dieser Grundlage sagen ließe (vgl. dazu *Stern*, Staatsrecht I, S. 613 f.), es sei zunächst auch nicht mehr als eine Sammelbezeichnung, Konsequenzen abzuleiten, die keinen ausdrücklichen Niederschlag in der Verfassung gefunden haben (z. B. das Prinzip des Vertrauensschutzes, das grundsätzliche Verbot der Rückwirkung belastender Gesetze oder das Prinzip des möglichst lückenlosen Rechtsschutzes; s. BVerfGE 30, 1 ff., 25). I. ü. sei daran erinnert, daß das BVerfG seinerzeit auf besonders scharfe Kritik mit der These gestoßen ist, nicht das Rechtsstaatsprinzip als solches, sondern nur bestimmte Grundsätze desselben seien Gegenstand der Ewigkeitsgarantie des Art. 79 III GG, BVerfGE 30, 1 ff., 24 f.; dazu Sondervotum, ebenda, S. 40 ff.; *Häberle*, JZ 1971, S. 152 f.

⁶⁵ Der Hinweis, die hier empfohlene — und in anderen Zusammenhängen allgemein akzeptierte — Interpretationsmethode berge gewisse Unsicherheiten und die Gefahr der Subjektivität in sich, ist zwar nicht unberechtigt, jedoch in Ermangelung einer annehmbaren Alternative ohne überzeugende Kraft (dazu *Schwabe*, a. a. O. [Fn. 63], S. 319 ff.). In der rechtsstaatlichen Verfassungsordnung der Bundesrepublik Deutschland ist auch der Prozeß der Rechtsfindung und Rechtsanwendung ein grundsätzlich öffentlicher und offener Prozeß, der Fehlentwicklungen nicht ausschließt, aber auch ihre Korrektur erlaubt. In ihm werden sich auf die Dauer nur solche Meinungen behaupten können, die sich nicht als die Opfer der „Ideologiefanfälligkeit“ bestimmter Begriffe, sondern als das Resultat rational nachvollziehbarer Denkprozesse darstellen, die, wie es juristischer Interpretationskunst entspricht, vom Text des Grundgesetzes ihren Ausgang nehmen.

„Ideologiefanfälligkeit“ ist ein beliebter Vorwurf gegen den Begriff der streitbaren Demokratie (vgl. z. B. *Lameyer*, a. a. O. [Fn. 16], S. 136), der in der Absicht vorgebracht zu werden pflegt, die Streitbarkeit des GGes zu minimieren oder gar die Rückkehr zu einem der WRV adäquaten Verfassungsverständnis zu propagieren, nach dem alles (mit Ausnahme natürlich „faschistischer“ Bestrebungen!) erlaubt ist, sofern dabei nur — bis zum point of no return! — die Spielregeln eingehalten werden. — Irrelevant für die Deutung des positiven Verfassungsrechts und damit auch für die Frage der extensiven oder restriktiven Auslegung des Streitbarkeitsprinzips sind die von *Dreier*, a. a. O. (Fn. 45), S. 98 f., geäußerten Zweifel an der wissenschafts- und moraltheoretischen Begründbarkeit der materialwertgebundenen Demokratie (wobei erneut die Skepsis zum Ausdruck zu bringen ist, ob mit der einer solchen Theorie eigenen Begrifflichkeit der Charakter des GGes zutreffend erfaßt werden kann). Denn selbst wenn diese Zweifel begründet wären, vermöchte dies an der vom Verfassungsgeber getroffenen Entscheidung für die Streitbarkeit und deren Rang im Vergleich zu anderen Grundentscheidungen nichts zu ändern. Erblickt man in der freiheitlichen demokratischen Grundordnung nicht eine Ansammlung absoluter Werte, sondern ein unantastbares „Ensemble von Kompetenzen und Verfahrensregelungen“ (vgl. Fn. 44), dann erledigt sich auch der Vorhalt *Dreiers*, a. a. O., S. 99, historischer Erfahrung zufolge sei es allemal weniger die Schwäche des „Wertrelativismus“ als viel-

4. Die Rechtsstellung des Verfassungsfeindes

Dem Verfassungsfeind⁶⁶ wird der Schutz der Verfassung nicht verweigert. Zwar genießt der Feind der Freiheit keine unbedingte (!) Freiheit⁶⁷, aber diese Feststellung besagt nicht mehr, als daß die um des Schutzes der Verfassung willen von der Rechtsordnung errichteten Schranken der Freiheit in den jeweils vorgesehenen administrativen oder gerichtlichen Verfahren zu aktualisieren sind. Selbst derjenige, der das eine oder andere seiner Grundrechte nach einem Spruch des BVerfG verwirkt hat, wird nicht „entbürgerlicht“, sondern nur (partiell) „entpolitisiert“⁶⁸. Er wird nicht out of law gestellt, wie *Wernicke*⁶⁹ bekanntlich gemeint hat. Die Folge der Grundrechtsverwirkung ist vielmehr nur, daß sich der Betroffene auf die durch den Spruch des BVerfG aberkannten Grundrechte

mehr die Ideologiefälligkeit des „Wertabsolutismus“ gewesen, die den Totalitarismus hervorgebracht oder doch begünstigt habe. Auch hier zeigt sich, daß die Wertterminologie auf argumentative Abwege führt.

⁶⁶ Die Bedenken gegen diesen Begriff — vgl. statt vieler *Dreier*, a. a. O. (Fn. 45), S. 110 f. — vermag ich mir nicht zu eigen zu machen. Zwar ist er wie viele andere Begriffe emotionaler Aufladung zugänglich — die Verfassungslehre und -rechtsprechung waren solcher Versuchung jedoch bislang nicht erkennbar ausgesetzt. Verfassungsfeind ist derjenige, der mit rücksichtsloser Aggressivität gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung zu Felde zieht oder den Bestand bzw. die Sicherheit des Bundes oder eines Landes (vgl. Art. 73 Nr. 10 b GG) in ernste Gefahr bringt. Der Begriff, der gewiß nicht zum Zwecke leichtfertiger Etikettierung bestimmter Personen, Organisationen oder Bestrebungen vorschnelle Verwendung finden sollte, ist dort, wo er nach gewissenhafter Prüfung oder gar aufgrund unanfechtbarer richterlicher Entscheidung am Platze ist, geeignet, das Bewußtsein für die Gefährdetheit unserer Verfassung zu schärfen und die zu ihrem Schutz erforderliche Wachsamkeit auf den Plan zu rufen. Ein Monopol des BVerfG, bestimmte politische Ziele oder Organisationen als verfassungsfeindlich zu qualifizieren, gibt es nicht. Niemand ist gehindert, sich darüber Gedanken zu machen und sie auch auszusprechen, Gerichte und Behörden sind nach Maßgabe ihrer gesetzlich fixierten Zuständigkeit auch befugt, daran rechtsverbindliche Folgen zu knüpfen. Das BVerfG (E 13, 123 ff.) hat bekanntlich keinen Anstand daran genommen, daß eine Partei im Verfassungsschutzbericht der Bundesregierung oder in der parlamentarischen Äußerung eines Ministers als verfassungsfeindlich qualifiziert wird. Ebenso fällt es in die Kompetenz öffentlicher Dienstherren, darüber zu befinden, ob ein Bewerber die Eignungsvoraussetzung des § 4 I Nr. 2 BRRG erfüllt, was (insoweit wohl unstrittig) die Prüfung einschließt, ob er verfassungsfeindliche Bestrebungen verfolgt. Zum Begriff des Verfassungsfeindes s. auch *Roellecke*, DÖV 1978, S. 463 f.

⁶⁷ S. BVerfGE 5, 85 ff., 138.

⁶⁸ *Dürig* in Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Art. 18 GG, RN 11.

⁶⁹ BK Art. 18 II Erl. 2 d.

nicht mehr berufen kann⁷⁰. Der im Vollbesitz seiner Grundrechte befindliche Verfassungsfeind hingegen steht jedem anderen Bürger rechtlich gleich, der die seinen subjektiven Rechten gezogenen Schranken übertritt: er hat mit den an Gesetz und Recht gebundenen Reaktionen der staatlichen Gewalt zu rechnen⁷¹.

II. Die Pflicht des Staates zum Schutz der Verfassung

1. Grundsatz

Die Entscheidung des Grundgesetzes für die wehrhafte Demokratie ist kein freibleibendes Angebot, dessen sich zu bedienen im Belieben des Staates stünde. Wenn es richtig ist, daß sich der Staat der Bundesrepublik Deutschland mit jenen Inhalten, die seine freiheitliche demokratische Grundordnung ausmachen, identifiziert⁷² und insoweit seine Neutralität aufgegeben⁷³ hat, dann folgt daraus, daß die staatlichen Organe gehalten sind, diese Ordnung zu verteidigen. Die Pflicht, die freiheitliche demokratische Grundordnung zu wahren und Gefahren für den Bestand und die Sicherheit des Bundes und der Länder abzuwehren, ist eine grundlegende Verpflichtung aller staatlichen Einrichtungen und Amtsträger^{74, 75}.

⁷⁰ Dürig, a. a. O., RN 63, 78 f.; vgl. § 39 I 4 BVerfGG. Zu den Wirkungsfolgen s. auch Schmitt Glaeser, a. a. O. (Fn. 12), S. 160 ff.

⁷¹ Der Umstand, daß auch der Verfassungsfeind den Schutz der Rechtsordnung genießt, verhindert den Ausbruch des Bürgerkriegs — vgl. R. Altmann, Macht die Verfassung den Staat? Carl Schmitt wird neunzig, FAZ vom 8. 7. 1978, Beilage „Bilder und Zeiten“.

⁷² Hesse, Grundzüge, § 5 II 4 a (S. 66).

⁷³ Stern, Staatsrecht I, S. 425.

⁷⁴ So spricht beispielsweise BVerfGE 40, 287 ff., 292, ganz selbstverständlich von dem Auftrag der mit dem Recht zum Verbotsantrag nach Art. 21 II GG, § 45 BVerfGG ausgestatteten Verfassungsorgane, „die freiheitliche demokratische Grundordnung zu wahren und zu verteidigen“. BVerfGE 39, 334 ff., 349, führt unter Hinweis auf Art. 1 GG aus, daß die Verfassung dem Staat aufgibt, die zentralen Grundwerte, für die sie sich entschieden hat, zu sichern und zu gewährleisten. Die Beamten Gesetze haben daraus die richtige Konsequenz gezogen, daß der einzelne Amtswalter sich zur freiheitlichen demokratischen Grundordnung nicht nur zu bekennen, sondern auch für sie einzutreten hat; vgl. z. B. § 35 I 2 BRBG, 52 II BBG. S. ferner BVerfGE 8, 122 ff. (LS. 6); 13, 54 ff., 76.

⁷⁵ Die die Streitbarkeit des GGes konstituierenden Normen der Verfassung sind i. S. W. *Bagehots* nicht ein dignified, sondern ein efficient part of the constitution; dazu Herb. Krüger, Allg. Staatslehre, 1966, S. 215; s. a. H. Mandt, a. a. O. (Fn. 52), S. 14, mit Hinweisen auf Versuche, das Prinzip der streitbaren Demokratie i. d. S. um- bzw. abzuwerten.

2. Parteiverbot

Der Grundsatz präjudiziert nicht die Antwort auf die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen von den in der Verfassung bereitgehaltenen Instrumenten des Verfassungsschutzes Gebrauch zu machen ist. Sie muß sich an der jeweils in Betracht kommenden Norm orientieren. So steht beispielsweise nahezu außer Streit, daß die Antragstellung nach Art. 21 Abs. 2 GG im Ermessen der antragsberechtigten Stellen steht⁷⁶. Aber es wäre falsch zu meinen, dieses Ermessen sei unbegrenzt oder der Antrag dürfe nur gestellt werden, wenn der Antragsteller von der hochgradigen Gefährlichkeit der Partei überzeugt ist⁷⁷. An der Inkorporation in das Verfassungsgefüge, die den Parteien durch Art. 21 GG zuteil geworden ist, können „politisch sinnvoll nur diejenigen unter ihnen teilnehmen, die auf dem Boden der freiheitlichen demokratischen Grundordnung stehen“⁷⁸. Das BVerfG bezeichnet es als „eine notwendige Folge“ der „verfassungsrechtlichen Garantie der Parteien . . . , daß verfassungswidrige Parteien von der politischen Willensbildung des Volkes ausgeschlossen sein müssen“⁷⁹. Kommt die zur

⁷⁶ BVerfGE 5, 85 ff., 113, 129 f.; 40, 287 ff., 291 f.; *Stern*, Staatsrecht I, S. 173; *ders.*, Verfahrensrechtliche Probleme der Grundrechtsverwirkung und des Parteiverbots in: BVerfG und GG, 1976, 1. Bd., S. 194 ff., 201 m. w. Nachw. (Fn. 25); a. M. insb. K.-H. Seifert, Die politischen Parteien im Recht der Bundesrepublik Deutschland, 1975, S. 490 f. m. Nachw. (Fn. 184), der für eine grundsätzliche Verpflichtung zur Antragstellung „bei nur engem Ermessensspielraum“ plädiert. Zu Problematik und Folgen des Opportunitätsprinzips W. Schmidt, Das Parteienprivileg zwischen Legalität und Opportunität, DÖV 1978, S. 468 ff.

⁷⁷ S. B. Höver, Das Parteiverbot und seine rechtlichen Folgen, 1975, S. 140; F. Stollberg, Die verfassungsrechtlichen Grundlagen des Parteiverbots, 1976, S. 88.

⁷⁸ BVerfGE 2, 1 ff.; 73, 5, 85 ff., 134.

⁷⁹ BVerfGE 5, 85 ff., 134 (Hervorhebung von mir). — E. Forsthoff, Bemerkungen zur Situation der Verwaltung in: Standorte im Zeitstrom, Festschrift f. A. Gehlen, 1974, S. 41 ff., 49, bemerkt zu Recht, wenn die Zugehörigkeit zu einer Partei nicht mit dem Odium der Verfassungsfeindlichkeit belegt werden dürfe (BVerfGE 12, 296 ff.), müsse dem Nachweis der verfassungsfeindlichen Zielsetzung und Betätigung i. S. des Art. 21 GG das Verbotverfahren auf dem Fuße folgen. Anderenfalls ergäbe sich die absurde Konsequenz, daß der verfassungsfeindlichen Betätigung ein verfassungsrechtlich geschützter Freiraum zugestanden und damit der Sinn des Art. 21 in sein genaues Gegenteil verkehrt würde. Ein schlagkräftiges Beispiel dafür liefert BVerfGE 47, 198 ff., 227 ff., wo in folgerichtiger Anwendung des Parteienprivilegs die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten für verpflichtet gehalten werden, auch solche Wahlkampfsendungen politischer Parteien auszustrahlen, die einen verfassungsfeindlichen Inhalt haben, sofern sie nicht allgemein Strafgesetze verletzen. S. a. — das Parteienprivileg einschränkend —

Antragstellung berechnete Stelle zu dem Ergebnis, daß eine Partei verfassungswidrig ist, ist sie deshalb mindestens berechnigt, den Verbotsantrag zu stellen. Im übrigen ist es, wie das BVerfG⁸⁰ sagt, legitim, wenn „zunächst“ (!) der Versuch gemacht wird, eine verfassungswidrige Partei durch eine mit politischen Argumenten geführte Auseinandersetzung in die Schranken zu weisen und dadurch ein Verbotverfahren überflüssig zu machen. Wenn allerdings der Kampf der Partei gegen die freiheitliche demokratische Ordnung oder den Bestand der Bundesrepublik Deutschland evident⁸¹ und die Erfolglosigkeit der politischen Auseinandersetzung erwiesen ist, schrumpft der Ermessensspielraum der antragsberechtigten Verfassungsorgane auf Null⁸². Ermessensfehlerhaft und damit rechts- bzw. verfassungswidrig ist es jedenfalls, wenn Verfassungsorgane den Einsatz der ihnen durch Art. 21 Abs. 2 GG an die Hand gegebenen Waffe aus grundsätzlichen Erwägungen ablehnen⁸³ — denn damit setzen sie sich in Widerspruch zur Verfassungsschutzkonzeption des Grundgesetzes — oder sich gegenüber einer auswärtigen Macht verpflichten, von ihr ge-

BVerfGE 47, 130 ff.; BVerfGE 47, 198 ff., 230 ff. Dazu W. Schmidt, a. a. O. (Fn. 76).

⁸⁰ BVerfGE 40, 287 ff., 292.

⁸¹ Auf die Evidenz stellt bes. H. Heckelmann, Das Ermessen staatlicher Organe bei der Stellung von Verbotanträgen nach Art. 21 II GG (§ 43 BVerfGG), 1976, S. 195 f., ab.

⁸² Vgl. K. Doehring, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsvergleichung und des Völkerrechts, 1976, S. 135, der sehr zu Recht betont, daß es sich bei der Antragstellung nicht um eine Rechts-, sondern um eine Kompetenzausübung und damit um eine Pflichterfüllung handelt. Ebenso ders., Sozialstaat, Rechtsstaat und freiheitlich-demokratische Grundordnung, Die Politische Meinung, Sonderheft, 1978, S. 26 f. Das häufig zu hörende, von Politikern freilich allzuoft nur zum Zwecke der Vertuschung ihrer Handlungs- und Entscheidungsschwäche verwendete Argument, die Überwachung einer verbotenen, in den Untergrund gedrängten Organisation sei wesentlich schwieriger als die einer im Schutz der Legalität operierenden, ist nicht nur wenig überzeugend, sondern jedenfalls dann auch verfassungsrechtlich bedenklich, wenn es zum Vorwand genommen wird, das Instrument des Parteiverbots aus dem Waffenarsenal des Verfassungsschutzes zu verbannen.

⁸³ An der Zweckmäßigkeit (!) eines Partei- bzw. Organisationsverbots zu zweifeln, ist angezeigt, wenn die betroffene Organisation die Unzufriedenheit nicht nur unerheblicher Bevölkerungsteile über tatsächlich bestehende Mißstände zum Ausdruck bringt und in politische Aktion umsetzt. Ein wirksamer Verfassungsschutz muß dann primär die Ursachen dieser Unzufriedenheit bekämpfen. Ein evtl. Verbot kann in solchem Zusammenhang nur die Bedeutung einer flankierenden Maßnahme haben, die für sich genommen zur Wirkungslosigkeit verurteilt bliebe.

genüber einer bestimmten Partei keinen Gebrauch zu machen⁸⁴.

Die Tatsache, daß sich diese rechtlichen Erwägungen insbesondere seit dem Wiedereintritt der seinerzeit verbotenen KPD in das Verfassungsleben als gänzlich wirkungslos erwiesen haben, hat zu Überlegungen geführt, wie „das Staatsschutzkonzept des Grundgesetzes aus (s)einem seit langem fortschreitenden Verkümmierungsprozeß“⁸⁵ speziell im Bereich des Art. 21 GG gelöst werden könne.

So hat *Willms*⁸⁶ vorgeschlagen, die Feststellungen der Verfassungswidrigkeit einer Partei nicht länger mehr mit ihrer Auflösung zu verbinden (§ 46 Abs. 3 S. 1 BVerfGG), diese vielmehr (dem Ermessen) der Exekutive anheimzustellen. *Bernstein/Zweigert*⁸⁷ bevorzugen das sog. Quarantänemodell, d. h.: Folge des Verdikts der Verfassungswidrigkeit soll wiederum nicht die Auflösung, sondern der Ausschluß von der Teilnahme an Wahlen und Abstimmungen sein. Ferner wird eine Befristung des Parteiverbots erwogen^{88, 89}. Im Zusammenhang mit der Frage der Beschäftigung von Mitgliedern verfassungsfeindlicher Organisationen im öffentlichen Dienst und im Bemühen um die Rechtsstaatlichkeit des Verfahrens befürworten u. a. *Stern*⁹⁰ und *Kriele*⁹¹ die Einführung eines administrativen Verfahrens, in dem — entsprechend den Anforderungen des Beamtenrechts negativ! — festgestellt werden soll, daß die Partei oder Vereinigung *nicht* für die freiheitliche demokratische Grundordnung eintritt; gegen diese Feststellung soll von der betroffenen Organisation das BVerwG (in erster und letzter

⁸⁴ Allerdings fragt *H. Maurer*, Das Verbot politischer Parteien, AöR 96 (1971), S. 203 ff., 226 (Fn. 74), mit Recht, was geschehen könne, wenn die antragsberechtigten Organe ihrer Rechtspflicht zur Antragstellung nicht nachkommen, und antwortet, da eine Klage beim BVerfG mangels einer Rechtsverletzung nicht in Betracht komme, bleibe nur die politische Einflußnahme, äußerstenfalls das Widerstandsrecht des Art. 20 IV GG.

⁸⁵ *G. Willms*, Muß es gleich das Parteiverbot sein? FAZ vom 10. 5. 1977.

⁸⁶ A. a. O.

⁸⁷ Die Rehabilitierung einer aufgelösten politischen Partei, 1972.

⁸⁸ *G. Willms*, Zur Problematik des Parteiverbots, JZ 1973, S. 455 f., der auch für eine widerrufliche Suspendierung des Parteiverbots durch das BVerfG eintritt.

⁸⁹ *R. Dolzer*, Die staatsrechtliche und staatsrechtliche Stellung des BVerfG, 1972, S. 120 f., möchte ebenfalls der Exekutive das Verbot überlassen, dessen nachträgliche Überprüfung durch das BVerfG sich auf die Feststellung eines etwaigen Ermessensfehlgebrauchs zu beschränken habe.

⁹⁰ Zur Verfassungstreue der Beamten, 1974, S. 53 ff.

⁹¹ Feststellung der Verfassungsfeindlichkeit von Parteien ohne Verbot, ZRP 1975, S. 201 ff.; *ders.*, Replik, ZRP 1976, S. 53 f.; ebenso *F. Fuchs/E. Jesse*, a. a. O. (Fn. 16), S. 29 f.

Instanz) angerufen werden können. Das Verfahren nach Art. 21 Abs. 2 GG bliebe davon formaliter unberührt.

Gegen alle diese Vorschläge sprechen verfassungsrechtliche und verfassungspolitische Bedenken.

In verfassungsrechtlicher Hinsicht hat W. Henke⁹² dargelegt, warum das BVerfG⁹³ mit guten Gründen die Auflösung als die mindestens „normale, typische und adäquate Folge der Feststellung der Verfassungswidrigkeit“ der Partei betrachtet⁹⁴. Um nur die m. E. wichtigsten Gründe hier anzuführen: Das Parteienprivileg besteht, soweit es sich um verfassungsfeindliche Organisationen handelt, vor allem⁹⁵ in der verfassungsgerichtlichen Zuständigkeit für die Feststellung der Verfassungswidrigkeit⁹⁶; dafür, daß die Partei hinsichtlich der Verbotsfolge anders als andere Vereinigungen zu behandeln wäre, gibt Art. 21 GG nichts her. Weiterhin hat das BVerfG⁹⁷ es als eine zwingende Folge nicht etwa der Auflösung der Partei, sondern der Feststellung ihrer Verfassungswidrigkeit angesehen, daß parlamentarische Mandatsträger ihr Mandat verlieren — eine gesetzliche Ermächtigung für den Ausspruch dieser Rechtsfolge hielt es nicht für nötig. Daraus folgt zumindest, daß eine Partei, deren Verfassungswidrigkeit festgestellt ist, sich an Wahlen nicht mehr beteiligen kann — ein Wahlerfolg wäre ihr von Verfassungen wegen verwehrt.

Die Befristung (oder widerrufliche Suspendierung) von Parteiverboten — in der Absicht, der Partei Zeit zu geben, auf ihre verfassungsfeindlichen Bestrebungen zu verzichten — ist überflüssig: die Partei kann in diesem Fall jederzeit neu gegründet werden.

Die Einführung eines administrativen Feststellungsverfahrens nach den Vorschlägen *Sterns* und *Krieles* dürfte mit dem

⁹² Verteidigung der Demokratie durch Parteiverbot oder Partei-quarantäne, JZ 1973, S. 293 ff., 295 f.

⁹³ BVerfGE 5, 85 ff., 391. S. auch das Zitat zu Fn. 79 und die Argumentation in BVerfGE 2, 1 ff., 72 ff.

⁹⁴ Allerdings meint BVerfGE 2, 1 ff., 74, auch, zur Auflösung einer Partei hätte es der in § 46 III BVerfGG enthaltenen ausdrücklichen gesetzlichen Ermächtigung bedurft. Der Hinweis könnte sich allerdings auch auf die Auflösung durch das BVerfG selbst beziehen: danach wäre eine Regelung denkbar, die die Auflösung zwar der Exekutive überließe, sie aber nicht in deren Ermessen stellte.

⁹⁵ Nicht ausschließlich: die Deutung des Parteienprivilegs durch das BVerfG bringt es mit sich, daß parteikonnexe verfassungsfeindliche Betätigung, soweit sie sich „allgemein erlaubter Mittel“ bedient, bis zum Verbotsanspruch als legal zu gelten hat; dazu H. H. Klein in: Festschrift für E. R. Huber, S. 86, und W. Schmidt, DÖV 1978, S. 470 f.

⁹⁶ Henke, JZ 1973, S. 296; Stern, Staatsrecht I, S. 177.

⁹⁷ BVerfGE 2, 1 ff., 72 ff.

in Art. 21 Abs. 2 GG statuierten Entscheidungsmonopol des BVerfG kaum zu vereinbaren sein; denn dieses schließt es aus, die Verfassungswidrigkeit einer Partei ihr gegenüber anders als aufgrund eines Spruchs des BVerfG unmittelbar geltend zu machen⁹⁸. Eben das geschieht jedoch (wie sich aus der Anfechtbarkeit der Feststellung durch die betroffene Partei ergibt), und zwar unbeschadet der Tatsache, daß nicht positiv die Verfassungsfeindlichkeit der Partei, sondern nur negativ deren mangelndes Eintreten für die Verfassung festgestellt werden soll. Art. 21 Abs. 2 GG erlaubt es nicht, außer verfassungsfeindlichen auch noch verfassungsneutrale Parteien mit einem rechtlichen Unwerturteil zu versehen: in der politischen Auseinandersetzung, für die das Grundgesetz den Parteien Chancengleichheit gewährleistet, wäre auch eine solche Partei evident rechtlich benachteiligt⁹⁹. Verfassungsrechtlich bedenklich wäre es auch, aus einem etwaigen Unterbleiben der Feststellung durch den zuständigen Bundesminister des Innern die Folgerung zu ziehen, die öffentlichen Dienstherren seien insoweit gezwungen, Verfassungsfeinde einzustellen¹⁰⁰. Zöge man diesen Schluß jedoch nicht, verlöre die Regelung jeden Sinn.

Unter verfassungspolitischen Gesichtspunkten gilt es vor allem zu bedenken, ob die Vorschläge geeignet sind, die Effektivität des Verfassungsschutzes zu erhöhen. Das ist nachhaltig zu bezweifeln. Insbesondere wäre es pure Illusion zu glauben, wer zu schwach ist, Verbotsanträge zu stellen, wäre eher willens, die Feststellung der Verfassungswidrigkeit einer Partei zu beantragen bzw. eine solche Feststellung selbst zu treffen oder ein Verbot auszusprechen. Im Bereich der Vereinigungen, wo die Exekutive schon heute alle Vollmachten besitzt, ist sie ebenfalls seit langem untätig geblieben. Die Existenz von Parteien minderen Rechts, wie sie *Willms*¹⁰¹ vorschwebt, wäre

⁹⁸ Zu Kriele vgl. auch W. Wiese, Eine Erwiderung, ZRP 1976, S. 54 ff.

⁹⁹ Hinzu kommt, daß zwar aus der Zugehörigkeit zu einer verfassungsfeindlichen, nicht aber aus der Mitgliedschaft in einer bloß verfassungsindifferenten Partei der (im Einzelfall widerlegbare) Schluß auf mangelnde Eignung für den öffentlichen Dienst gezogen werden darf.

¹⁰⁰ BVerfGE 46, 43 ff., 55, bezeichnet das Verbot, Verfassungsfeinde in den staatlichen Vorbereitungsdienst aufzunehmen, ausdrücklich als „zwingendes Verfassungsrecht“!

¹⁰¹ A. a. O. (Fn. 85). — *Willms* denkt an die Erleichterung der politischen Kontrolle „einschließlich der Versagung öffentlicher Kundgebungen und Umzüge“, an die Nichterstattung von Wahlkampfkosten, sowie an die Verweigerung der steuerlichen Abzugsfähigkeit von Spenden, von Sendezeiten im Rundfunk und Überlassung im Eigentum der öffentlichen Hand stehender Versammlungslokale.

von Übel: sie könnten ihr schlechtes Abschneiden bei Wahlen auf die permanente Beeinträchtigung ihrer Chancengleichheit zurückführen und ihre Behinderung zum Gegenstand einer Vielzahl von gerichtlichen Verfahren machen — die daraus sich ergebenden Schwierigkeiten wären ein ständiges politisches Ärgernis¹⁰². Wie übrigens, wenn die Exekutive sich erst längere Zeit nach der Feststellung der Verfassungswidrigkeit einer Partei zu deren Verbot entschliesse? Könnte die Partei nicht — mit welcher Rechtsfolge? — geltend machen, sie habe sich inzwischen geändert? Gegen das von *Stern* und *Kriele* empfohlene Feststellungsverfahren spricht, daß es sein Hauptziel, die Vermeidung der Einzelfallprüfung und der mit ihr verbundenen Nachforschungen, nicht erreicht¹⁰³, da nach der Rechtsprechung des BVerfG¹⁰⁴ die Zugehörigkeit zu einer verfassungsfeindlichen Organisation nur als „ein Stück des Verhaltens“ gewertet werden darf, aufgrund dessen die Eignung eines Bewerbers für den öffentlichen Dienst verneint werden kann.

3. Verbot von Vereinigungen und Ersatzorganisationen

Insbesondere das Wiedererstehen der durch das BVerfG verbotenen KPD in Gestalt der DKP — und in deren Gefolge das Aufleben einer Vielzahl von der DKP teils angegliederten, teils ablehnend gegenüberstehenden linksextremistischen, an den Rändern die Terrorszene berührenden Organisationen — hat der Frage, ob das Verbot verfassungsfeindlicher Vereinigungen und von Ersatzorganisationen verbotener politischer Parteien im Ermessen der zuständigen Behörden liegt (Opportunitätsprinzip) oder bei Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen ausgesprochen werden muß (Legalitätsprinzip), zu neuer Aktualität verholfen. Die Meinungen darüber sind ge-

¹⁰² Zu den Vorschlägen von *Bernstein/Zweigert* bemerkte *Willms*, JZ 1973, S. 454: „Eine solche Partei, die keine Partei mehr wäre, aber doch wieder eine sein möchte, könnte nur zu einer Quelle beständiger Unruhe und unfruchtbarer Konflikte werden“. Das gilt ebenso sehr gegenüber seinen eigenen Vorschlägen.

¹⁰³ So auch *Wiese*, a. a. O., S. 58.

¹⁰⁴ BVerfGE 39, 334 ff., 359; s. dazu das Sondervotum des Richters *Wand*, das., S. 389 f. M. E. ist das BVerfG nicht so zu verstehen, daß die Mitgliedschaft des Bewerbers in einer Organisation mit verfassungsfeindlicher Zielsetzung allein in keinem Falle genügt, die Eignungsvoraussetzung des § 4 BRRG zu verneinen. Es sind jedoch Umstände denkbar, die im Einzelfall die durch die Mitgliedschaft begründete Indizierung mangelnder Verfassungstreue widerlegen.

teilt¹⁰⁵. Die einschlägigen gesetzlichen Vorschriften sind nicht eindeutig¹⁰⁶. Die Argumente des Für und Wider sind ausgetauscht. So kann hier nur erneut bekräftigt werden:

Die Feststellung der Verfassungswidrigkeit einer Partei und die zwingend daran geknüpfte Rechtsfolge a) ihrer Auflösung, b) des Verbots, eine Ersatzorganisation zu bilden, wären sinn- und wirkungslos, wenn die Exekutive zwar das Auflösungsgebot zu vollstrecken hätte, es ihr jedoch freistünde, dem Wirken sogleich oder später gegründeter Ersatzorganisationen untätig zuzusehen¹⁰⁷. „Wenn Worte etwas bedeuten“¹⁰⁸, „sind“ verfas-

¹⁰⁵ In bezug auf Ersatzorganisationen verbotener politischer Parteien (gleiches muß gelten, wenn es sich um Ersatzorganisationen verbotener Vereinigungen handelt) haben sich gegen eine Ermessensfreiheit ausgesprochen: BVerfGE 6, 300 ff., 308 f.; dem Sinne nach auch Hess. VGH, OVG 7, S. 81 ff., 83 f.; F. Klein in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Ulsamer, BVerfGG, § 46 RN 40; K. H. Seifert, a. a. O. (Fn. 76), S. 515; Wiese, ZRP 1976, S. 56; Willms, Das Staatsschutzkonzept des Grundgesetzes, S. 23; ders., Die Sicherheit dieser Republik in: Die Politische Meinung, 1975, S. 21 ff., 28; ders., JZ 1973, S. 455; a. M. W. Henke, Das Recht der politischen Parteien, 2. Aufl. 1972, S. 260, 265; ders., JZ 1973, S. 293 ff., 294 Fn. 9; ders., Das Verbot von Ersatzorganisationen verfassungswidriger Parteien, DÖV 1974, S. 793, 797.

In bezug auf Vereinigungen gegen Ermessensfreiheit: K. Doehring, Staatsrecht (Fn. 82), S. 308 f.; E. Forsthoff, Festschrift für Gehlen, S. 49 f.; G. Schnorr, Öffentliches Vereinsrecht, 1965, S. 109 ff., 133 f., 166; a. M. BVerfGE 2, 1 ff., 78; Bernstein/Zweigert, a. a. O. (Fn. 87), S. 13; C.-F. Gastroph, Die politischen Vereinigungen, Inhalt und Grenzen der Vereinigungsfreiheit des Art. 9 des Grundgesetzes im politischen Bereich in der Verfassungsstruktur der Bundesrepublik Deutschland, Diss. München 1969, S. 137 (anders S. 253 These 30); Maunz in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Art. 9 Nr. 75; v. Münch, GG-Kommentar I, 1975, Art. 9, RN 32; B. Reichert u. a., Handbuch des Vereins- und Verbandsrechts, 2. Aufl. 19, S. 566 RN 1375; Henke, DÖV 1974, S. 791; W. Spiller, Das Vereinsverbot nach geltendem Verfassungsrecht, Diss. Würzburg, 1967, S. 88 ff.; Wiese, ZRP 1976, S. 57; Willms, JZ 1973, S. 455 f.

¹⁰⁶ Vgl. §§ 46 III BVerfGG, 33 PartG, 3 ff. VereinsG. Stern, Grundrechtsverwirkung und Parteiverbot in: BVerfG und GG I, S. 221, bemerkt zutreffend: „Das geltende Recht läßt in diesem Bereich Übersichtlichkeit vermissen“.

¹⁰⁷ Das Gesetz verbietet es, Ersatzorganisationen zu bilden (§§ 33 I PartG, 8 I VereinsG). Die Vollstreckung des Verbots ist keineswegs in das Ermessen der Exekutive gestellt: § 8 II VereinsG stellt mit der Verweisung auf § 3 VereinsG lediglich klar, daß dem Vollzug aus anzuerkennenden Gründen der Rechtssicherheit (dazu grundlegend BVerwGE 4, 188 ff.) ein die Eigenschaft als Ersatzorganisation feststellender Verwaltungsakt vorauszugehen hat. Auch § 3 I VereinsG beschränkt sich in bezug auf nach Art. 9 II GG verbotene Vereine darauf, eine solche Verfügung deklaratorischen Charakters zu fordern.

¹⁰⁸ Forsthoff, Festschrift für Gehlen, S. 50.

sungsfeindliche Vereinigungen und Ersatzorganisationen kraft (Verfassungs-)Gesetzes „verboten“ (Art. 9 Abs. 2 GG)¹⁰⁹. Was aber verboten ist, darf — von ausdrücklich zugelassenen Ausnahmen abgesehen¹¹⁰ — nicht geduldet werden, wenn anders die normative Kraft der Rechtsordnung und damit diese selbst nicht zum Gespött werden soll¹¹¹!

Nach alledem ist die Praxis des Verfassungs- und Rechtsungehorsams, die seit der mit der Geburtshilfe der damaligen Bundesregierung vollzogenen „Wiederzulassung“ der KPD in diesem Bereich geübt wird, ein permanentes Skandalon unseres Rechtsstaates, dessen verhängnisvolle Auswirkungen auf das allgemeine Rechtsbewußtsein heute offen zutage liegen.

III. Verfassungstreue und Bürgerpflicht

1. Keine allgemeine Verfassungstreuepflicht

Eine rechtliche Verpflichtung des Bürgers zu aktiv bewiesener Verfassungstreue besteht im demokratischen Rechtsstaat nicht. Mit der verfassungsrechtlich gemeinten Aussage, die Demokratie des Grundgesetzes erwarte von ihren Bürgern eine Verteidigung der freiheitlichen Ordnung, hat das BVerfG¹¹²

¹⁰⁹ Soweit es sich um Ersatzorganisationen verbotener Parteien handelt, die selbst Parteicharakter haben: mit Ausnahme der zur Zeit des Verbots schon bestehenden (§ 33 II PartG).

¹¹⁰ Eine solche ist grundsätzlich im Bereich des Polizeirechts gegeben; daraus folgt aber nicht, daß das Opportunitätsprinzip in allen Bereichen des Rechts gilt, die im weiteren Sinne dem Polizeirecht zuzurechnen sind.

¹¹¹ Schlicht zur Farce degradiert wurde das Staatsschutzrecht durch die Übernahme des Feststellungsprinzips aus dem Vereinsin das Strafrecht durch das 8. Strafrechtsänderungsgesetz von 1968. Seither ist die Betätigung in einer Ersatzorganisation nur strafbar, wenn deren Eigenschaft als Ersatzorganisation zuvor in dem dafür vorgeschriebenen Verfahren unanfechtbar festgestellt wurde (§§ 84, 85 StGB). Die Zuwiderhandlung gegen ein Partei- oder Vereinsverbot ist bei einigermaßen geschicktem Vorgehen nunmehr so gut wie risikolos. Vgl. dazu H. Krauth u. a., Das neue Staatsschutzstrafrecht in der Praxis in: 25 Jahre Bundesgerichtshof, 1975, S. 227 ff.; Lüttger, Das Staatsschutzstrafrecht gestern und heute, JR 1969, S. 121 ff., 128; G. Willms, JZ 1973, S. 456; ders., Die politische Meinung 1975, S. 27 ff. Alles in allem handelt es sich hierbei freilich nur um ein besonders sinnfälliges Beispiel für die seit den 60er Jahren konsequent durchgeführte Kastration unseres politischen Strafrechts.

¹¹² BVerfGE 28, 36 ff., 48. Der insoweit zu beanstandende Satz steht im Kontext der Erörterung des Umfangs der in § 10 VI SG normierten Zurückhaltungspflicht der Soldaten bei Äußerungen innerhalb und außerhalb des Dienstes. Bezogen auf die Dienstpflichten der Soldaten wie anderer Angehöriger des öffentlichen Dienstes bleibt er berechtigt. Kritisch zu der Entscheidung des BVerfG K. Ipsen/J. Ipsen, BK, Art. 17 a GG, RN 56 ff.

die Anforderungen an Bürgersinn und Bürgertreue überdehnt¹¹³.

Die Entwicklung „eines sittlichen Berufs des Staatsbürgers als sinngebender Voraussetzung seiner ganzen öffentlichen Rechtsstellung“¹¹⁴ gehört, was ihre Bedeutung nicht mindert, in das Kapitel „Staatsethik“; sie ist nicht Aufgabe des Verfassungsrechts. Die rechtliche Inpflichtnahme der Gesinnung des *Bürgers* ist unvereinbar mit der ihm garantierten geistigen Freiheit und im übrigen — jedenfalls in dieser Allgemeinheit — von der Rechtsordnung auch nicht zu leisten. Das Grundgesetz kennt keine Grundpflicht zur Verfassungstreue¹¹⁵. Es statuiert nur ein Bürgerrecht¹¹⁶ zur Verteidigung der freiheitlichen demokratischen Grundordnung.

2. Die allgemeine Mißbrauchsschranke aktiver Verfassungsfeindlichkeit

Hingegen ist es richtig, wenn das BVerfG im Anschluß an die soeben beanstandete Formulierung fortfährt, das Grundgesetz nehme einen Mißbrauch der Grundrechte zum Kampf gegen die freiheitliche Ordnung nicht hin. Damit wird nur die zutreffende Schlußfolgerung aus der dem Grundgesetz zugrundeliegenden Einsicht gezogen, daß das Recht zur Zerstörung der Freiheit nicht aus der verfassungsrechtlichen Garantie der Freiheit legitimiert werden kann¹¹⁷.

Zur Begründung dieser weit überwiegend geteilten Meinung muß hier aus Zeitgründen auf an anderer Stelle Gesagtes Bezug genommen werden¹¹⁸. Jedoch sei ausdrücklich bemerkt, daß mit der hier vertretenen Auffassung zugleich gegen eine Aus-

¹¹³ Gleiches gilt für Art. 146 I Hess. Verf. Dazu s. *Schmitt Glaeser*, a. a. O. (Fn. 12), S. 127 Fn. 233, 282.

¹¹⁴ R. Smend, *Bürger und Bourgeois im deutschen Staatsrecht*, in: *Staatsrechtliche Abhandlungen*, 2. Aufl. 1968, S. 309 ff., 320.

¹¹⁵ Vgl. zum Problem H. H. Klein, *Über Grundpflichten, Der Staat* 14 (1975), S. 153 ff.

¹¹⁶ Isensee, *Das legalisierte Widerstandsrecht*, S. 82; Herzog in: *Maunz/Dürig/Herzog/Scholz*, Art. 20, RN 214, 274.

¹¹⁷ S. o. I 3 zu Fn. 45.

¹¹⁸ H. H. Klein, *Festschrift f. E. R. Huber*, S. 81 f.; H.-U. Gallwas, *Der Mißbrauch von Grundrechten*, 1967, S. 91 ff.; *Schmitt Glaeser*, a. a. O. (Fn. 12), S. 128 f. m. w. Nachw., 132, 251 — nicht zu folgen vermag ich allerdings *Schmitt Glaesers* Ansicht (a. a. O., S. 145), der Mißbrauch der Grundrechte zum Kampf gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung i. S. des Art. 18 GG müsse ein in seiner Gesamttendenz gewaltloser sein; es ist nur schwer zu begreifen, warum gewalttätigen Verfassungsfeinden die in Art. 18 GG genannten Grundrechte nicht sollten aberkannt werden können. Vgl. auch die Nachw. bei H. Copić, *Grundgesetz und politisches Strafrecht* neuer Art, 1967, S. 37 Fn. 76.

legung des Art. 18 GG Position bezogen wird, wie sie vor Jahren von Čopić¹¹⁹ vorgetragen und jüngst von Schlink¹²⁰ wieder aufgegriffen worden ist. Danach soll Art. 18 GG eine Sperrwirkung dergestalt entfalten, daß das BVerfG nicht nur für die Verhängung der Sanktion, sondern auch für die Feststellung des Grundrechtsmißbrauchs in der spezifischen Erscheinungsform des Kampfes gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung ausschließlich zuständig ist. Art. 18 GG wird hier also — wie übrigens auch Art. 9 Abs. 2 GG — in Parallele zu Art. 21 Abs. 2 GG konstruiert: aus dem Parteienprivileg wird ein Privileg für Verfassungsfeinde schlechthin — für Čopić ist „eine verfassungsfeindlichen Zielsetzungen dienende Grundrechtsbetätigung im Rahmen der allgemeinen Rechtsordnung ... Rechtsverwirklichung politischer Grundrechte ... und folglich rechtmäßiges Tun“¹²¹. Schmitt-Glaeser¹²² hat dieser Auslegung zu Recht vorgehalten, weiter könne man die Pervertierung einer Verfassungsschutzbestimmung sicher nicht treiben¹²³. Richtiger Ansicht nach¹²⁴ entfaltet Art. 18 GG Sperrwirkung nur bei Identität von Tatbestand und Sanktion¹²⁵.

Die sozialstaatliche Bändigung grundgesetzlich gewährleisteter Freiheit ist ein als selbstverständlich anerkanntes verfassungsrechtliches Postulat¹²⁶. Wie das Prinzip der Sozialstaatlichkeit zieht auch die Entscheidung des Grundgesetzes für die freiheitliche Demokratie die Grenze zwischen Grundrechtsgebrauch und Grundrechtsmißbrauch¹²⁷.

¹¹⁹ A. a. O., S. 98 f., 101.

¹²⁰ A. a. O. (Fn. 55), S. 356.

¹²¹ A. a. O., S. 98 f.

¹²² A. a. O., S. 257; zu Čopić s. auch Steinberger, Konzeption und Grenzen freiheitlicher Demokratie, S. 393 Fn. 409.

¹²³ Vgl. auch Dürig in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Art. 18 RN 69, und U. Matz, Extremisten im öffentlichen Dienst, DÖV 1978, S. 464 ff., 467.

¹²⁴ Dürig, a. a. O., RN 94.

¹²⁵ So auch BVerfGE 25, 88 ff., 92 f.

¹²⁶ BVerfGE 5, 85 ff., 206; 8, 274 ff., 329; 21, 87 ff., 91; 21, 245 ff., 251. — Zu Art. 14 GG: BVerfGE 25, 112 ff., 117; 37, 132 ff., 140; 38, 348 ff., 370.

¹²⁷ Gegen die Auffassung, jede Form des Kampfes gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung sei grundrechtsmißbräuchlich und also rechtswidrig, schlägt der Einwand nichts, Art. 5 III Satz 2 GG werde dadurch überflüssig; so aber Čopić, a. a. O., S. 38. Er verkennet den Bedeutungsgehalt dieser Vorschrift, die die Verfassungsuntreue nicht nur in der Verhaltensform des Kampfes gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung, sondern generell dem Schutzbereich des Grundrechts der Lehrfreiheit entzieht (so richtig R. Scholz in: Maunz/Herzog/Dürig/Scholz, Art. 5 III RN 202) und damit die allgemeine Mißbrauchsschranke verschärft.

Verfehlt ist auch die Behauptung, die Charakterisierung aktiv

3. Die Verfassungstreuepflicht der Beamten

So unzweideutig das BVerfG¹²⁸ die in den Beamtenengesetzen niedergelegte Pflicht der Beamten zur Verfassungstreue als „zwingendes Verfassungsrecht“¹²⁹ gekennzeichnet hat, so wenig läßt sich bedauerlicherweise in bezug auf dieses leidige Problem von einer Befriedung der Lage sprechen¹³⁰. Ich kann zu den strittig gebliebenen Fragen nur thesenartig Stellung nehmen¹³¹:

- Die Kritik wendet sich mit besonderem Nachdruck gegen die Forderung, der Beamte habe sich auch gesinnungsmäßig — seiner inneren Haltung nach — mit dem Staat und seiner Verfassung zu identifizieren¹³². Ihr ist in erster Linie ent-

kämpferischer Verfassungsfeindlichkeit als durch die Grundrechte nicht gedecktes, rechtswidriges Handeln, stelle die Betroffenen rechtlos, da insbesondere die Exekutive dagegen vorgehen dürfe, ohne noch einer Rechtsgrundlage zu bedürfen (so aber *Schlink*, a. a. O. [Fn. 55], S. 362 f.). Richtig ist demgegenüber, daß bezüglich der Folgen des Grundrechtsmißbrauchs im Anschluß an *Gallwas* (a. a. O. [Fn. 118], S. 99 f.) zwischen mehreren möglichen Reaktionen des Staates unterschieden werden muß: Begnügt er sich mit der bloßen Verhinderung oder Unterbindung des Grundrechtsmißbrauchs weist er den Grundrechtsträger lediglich in die Schranken seines Rechts zurück; das allgemeine Polizeirecht setzt hier Maßstab und Grenze. — Im polizeirechtlichen Schrifttum steht es übrigens außer Streit, daß der Staat und seine Einrichtungen einschließlich seiner verfassungsmäßigen Ordnung als Polizeigüter zu betrachten sind, deren Beeinträchtigung polizeiliche Reaktionen auslöst — vgl. statt vieler: *V. Götz*, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 4. Aufl. 1977, S. 38 f.; *Dreus/Wacke/Vogel/Martens*, Gefahrenabwehr, 8. Aufl., 2. Bd., 1977, S. 118 f. Was aber polizeiwidrig ist, ist richtiger Ansicht nach auch rechtswidrig! — Jede darüber hinausgehende Sanktion hingegen bedarf als ein die Unterbindung des fehlsamen Rechtsgebrauchs überschreitender Eingriff in Freiheit oder Eigentum des Betroffenen einer zusätzlichen gesetzlichen Grundlage.

¹²⁸ BVerfGE 39, 334 ff. S. auch BVerwGE 47, 330 ff.

¹²⁹ BVerfGE 46, 43 ff., 55.

¹³⁰ Ich sehe dabei von jenen Attacken ab, die in (mehr oder minder durchsichtiger) politischer Absicht gegen die verfassungsgerichtlichen Entscheidungen geritten werden und dazu dienen sollen, den Widerstand gegen die Unterwanderung des Staates durch Verfassungsfeinde erlahmen zu lassen.

¹³¹ Ein Verzeichnis der — allerdings nicht durchweg negativen — Stellungnahmen zum Extremistenproblem in der Zeit seit 1974 bei *Dreier*, Gedächtnisschrift für *F. Klein*, Fn. 130. Ergänzend ist insbesondere auf *Dreiers* eigenen Beitrag und die Arbeiten von *Schlink* und *Roellecke*, DÖV 1978, S. 457 ff., hinzuweisen. S. auch *Kriele*, Wider die alte Schwarmgeisteri, Die ZEIT vom 21. 4. 1978; *Matz*, DÖV 1978, S. 464 ff.; *W. Schmidt*, ebenda, S. 468 ff.

¹³² BVerfGE 39, 334 ff. (LS 2), 348 f. — Vgl. etwa *Dreier*, a. a. O., S. 90; *Böckenförde*, Der Staat als sittlicher Staat (Fn. 22), S. 26 ff.

gegenzuhalten: Gegenstand des geforderten Bekenntnisses ist der demokratische und soziale Rechtsstaat des Grundgesetzes¹³³. Das macht jeden Vergleich mit der Rechtslage zur Zeit des Nationalsozialismus hinfällig¹³⁴. Bestehen bleibt freilich die auch im Beamtenrecht nicht ohne Auswirkungen bleibende Tatsache, daß das Grundgesetz den Versuch unternommen hat, die Wehrhaftigkeit des von ihm verfaßten Staates gegen zerstörerische Bestrebungen im Vergleich zur Weimarer Demokratie zu stärken. Von seinen Beamten darf dieser Staat daher mehr erwarten als distanzierte Indifferenz. Wenn er sich auch und gerade in Krisenzeiten auf seine Organwalter soll verlassen und seiner Pflicht zur Verteidigung der freiheitlichen Ordnung¹³⁵ soll genügen können, dann reicht es eben nicht aus, wenn die Beamten in allen Lagen zu korrekter Anwendung der Gesetze bereit sind¹³⁶, und zwar schon deshalb nicht, weil die Aufgabe der Beamten keineswegs nur in der Anwendung von Gesetzen besteht¹³⁷. Der Staat muß davon ausgehen können, daß seine Bediensteten auch aus eigenem Antrieb und nicht nur dort, wo sie — u. U. innerlich widerstrebend — dem Befehl des Gesetzes oder den Anordnungen ihres Vorgesetzten Folge leisten, das zur Erhaltung des demokratischen Rechtsstaates Notwendige tun¹³⁸.

¹³³ S. o. I 1.

¹³⁴ Er wird von Böckenförde, a. a. O., im Hinblick auf äußere Ähnlichkeiten im Wortlaut der damals und heute geltenden Beamten-gesetze gezogen.

¹³⁵ Vgl. oben II 1.

¹³⁶ So *Denninger*, Einführung in: *Freiheitliche demokratische Grundordnung* I, S. 24; vgl. auch *Dreier*, a. a. O. (Fn. 45), der auf Gesetzes- und Verfassungstreue, jedoch „weniger auf die ‚Gesinnung‘ abgestellt“ wissen möchte — wo liegt der Unterschied?

¹³⁷ Richtigerweise sieht es etwa *Schlink*, a. a. O. (Fn. 55), S. 350, nicht als Verstoß gegen Art. 3 III GG an, einen Bewerber für den öffentlichen Dienst mit der Begründung abzuweisen, seine Weltanschauung verpflichte ihn, Gesetze und Amtspflichten nur dann als verbindlich zu betrachten, wenn sie mit seinem Interesse oder Gewissen vereinbar sind. Warum anderes gelten soll, wenn ein Bewerber nicht dem von *Schlink* beispielhaft zitierten „naiven Anarchismus“ oder „ethischen Rigorismus“ huldigt, sondern sich einer höchst realitätsnahen, mit zerstörerischer Energie geladenen — kommunistischen oder faschistischen — Ideologie verschworen hat, ist nicht zu begreifen.

¹³⁸ BVerfGE 39, 334 ff., wird verschiedentlich entgegengehalten, das Gericht habe sich damit in Widerspruch zu seiner früheren Rechtsprechung zur Frage des Fortbestehens der vor dem 8. Mai 1945 begründeten Beamtenverhältnisse gesetzt, vgl. BVerfGE 3, 58 ff., 85 ff.; 6, 132 ff., 152 f. So insbes. *Dreier*, a. a. O. (Fn. 45), S. 90, und *Denninger*, a. a. O. (Fn. 136), S. 12. Der Vorhalt ist nicht berechtigt. Das BVerfG hat seine damalige Auffassung gerade damit be-

- Gesetz und Verfassung gestatten es nicht, das Maß der zu fordernden Verfassungstreue unterschiedlich zu bemessen je nach der Art des Beamtenverhältnisses oder der dienstlichen Obliegenheiten¹³⁹. Lediglich für den Vorbereitungsdienst — soweit die darin vermittelte Ausbildung auch der Vorbereitung auf einen außerhalb des Staatsdienstes auszuübenden Beruf dient — erfährt der Grundsatz für Bewerber, die einen solchen Beruf anstreben, eine gewisse Einschränkung: die Schwelle der Verfassungstreuepflicht liegt niedriger, nur verfassungsfeindliche Betätigung ist unstatthaft¹⁴⁰.
- Den Behörden des Verfassungsschutzes vorliegende Erkenntnisse über einen Bewerber sind von der Einstellungsbehörde für die Beurteilung seiner Eignung unter dem Gesichtspunkt der Verfassungstreue grundsätzlich¹⁴¹ heranzuziehen. Das gilt auch, wenn es sich um die Übernahme in

gründet, daß der Nationalsozialismus mit der Vorstellung, der Staat habe parteipolitisch neutral zu sein und den in ihm sich bewegenden und bekämpfenden politischen und gesellschaftlichen Mächten gleiche Chancen zur Mitwirkung bei der politischen Willensbildung einzuräumen, brechen wollte und gebrochen hat (BVerfGE 3, 85). Die Forderung, der Beamte habe für die freiheitliche Ordnung des Grundgesetzes einzutreten und für den demokratischen und sozialen Rechtsstaat Partei zu ergreifen (BVerfGE 34, 348 f.), mit dem Gesinnungsterror des nationalsozialistischen Regimes auch nur zu vergleichen, ist ein starkes Stück! Richtig ist nur, daß das Grundgesetz nicht zu jener uferlosen Toleranz zurückgekehrt ist, die in den Augen seiner Väter den Untergang der ersten deutschen Demokratie mitverursacht hat, und daß es sich deshalb auch zu einer im Vergleich zur Weimarer Republik (vgl. zur damaligen Praxis H. H. Klein, Festschr. für E. R. Huber, S. 90 ff.) weitergehenden Inpflichtnahme der Diener des von ihm verfaßten Staates entschlossen hat.

¹³⁹ BVerfGE 39, 334 ff., 355; BVerfGE 47, 330 ff., 340; s. auch W. Schmitt Glaeser, Was noch geschehen muß. Sicherung und Sicherheit der Grundrechte in: Die Politische Meinung, 1977, Heft 175, S. 5 ff., 13 ff., in berechtigt scharfer Auseinandersetzung mit einer verantwortungslosen Äußerung des Bundeskanzlers H. Schmidt im „Spiegel“ Nr. 43/1976, S. 42, er vermöge nicht einzusehen, warum ein Lokomotivführer der Deutschen Bundesbahn nicht Kommunist sein darf.

¹⁴⁰ BVerfGE 39, 334 ff., 374; BVerfGE 46, 48 ff., 52: die Verfassung schließe es aus, „daß der Staat seine Hand dazu leiht, diejenigen auszubilden, die auf die Zerstörung der Verfassungsordnung ausgehen“; vgl. den ausführlichen Bericht von F. K. Fromme, Noch keine Reform des staatlichen Vorbereitungsdienstes, FAZ vom 12. 4. 78, S. 10 ff.

¹⁴¹ Einschränkungen, wie sie z. B. der Beschluß des nds. Landesministeriums vom 10. 7. 1972 i. d. F. v. 3. 5./21. 6. 77 Nds. MBl. Nr. 34/1977, S. 884 ff., unter Nr. 2.3. vorsieht, sind nicht nur zulässig, sondern zweckmäßig.

den Vorbereitungsdienst handelt. Das BVerfG¹⁴² hat sich zu dieser Frage überaus mißverständlich geäußert. Ihm ist zuzustimmen, wenn es dazu neigt, auf jugendliche Aktivitäten gerichtete Ermittlungen der Staatsschutzbehörden und die Speicherung ihrer Ergebnisse für Zwecke der *Einstellungsbehörden*¹⁴³ für einen Verstoß gegen Rechtsstaats- und Verhältnismäßigkeitsprinzip zu halten. Dem Gericht kann jedoch nicht gefolgt werden, wenn es der Auffassung gewesen sein sollte, in anderem Zusammenhang angefallene Erkenntnisse seien nicht verwertungsfähig¹⁴⁴.

- Die Eignung der Bewerber für den öffentlichen Dienst ist unvoreingenommen aufgrund des vorhandenen Tatsachenmaterials zu prüfen. Eine Vermutung spricht weder für noch gegen ihre Verfassungstreue¹⁴⁵, sowenig das Vorliegen anderer Eignungsvoraussetzungen, die Gesundheit etwa, vermutet wird. Für sämtliche Eignungsvoraussetzungen im Sinne des Beamtenrechts gilt ohne Unterschied: sie müssen „zur Überzeugung der Einstellungsbehörde feststehen. Ein non liquet geht zu Lasten des Bewerbers“¹⁴⁶.

¹⁴² BVerfGE 39, 334 ff., 356 f.; zu Recht kritisch zu dieser Passage des Urteils das Sondervotum des Richters Wand, a. a. O., S. 390 f.

¹⁴³ Hervorhebung im Urteil!

¹⁴⁴ Die unguten Folgen der vom Gericht befürworteten schwerpunktmäßigen Verlagerung der Prüfung der Verfassungstreue in die Probe- und Vorbereitungszeit werden von Wand, a. a. O., zutreffend dargelegt und von Dreier, a. a. O. (Fn. 45), S. 107 f., verharmlost.

¹⁴⁵ Abw. die gegen die Stimmen der CDU/CSU-Fraktion verabschiedete Resolution des Deutschen Bundestages vom 20. 10. 1975 (Prot. 7/13600 und BT-Drucks. 7/4183 S. 5); ebenso K. Lange, „Radikale“ im öffentlichen Dienst, NJW 1976, S. 1809 ff., 1816; Dreier, a. a. O. (Fn. 45), S. 108 f., 111, dessen Behauptung, die Praxis vor 1972 sei von einer solchen Loyalitätsvermutung ausgegangen, nicht belegt und auch nicht belegbar ist; Beschluß des Senats der Freien Hansestadt Bremen betr. Verfahren bei Feststellung des Erfordernisses der Verfassungstreue von Bewerbern für den öffentlichen Dienst vom 14. 3. 77, Nr. 2.1, Amtsbl. 1977, S. 87.

¹⁴⁶ K. Stern, Verwaltungsprozessuale Probleme in der öffentlich-rechtlichen Arbeit, 3. Aufl. 1976, S. 147; s. a. ders., Staatsrecht I, S. 282 m. w. Nachw. auch für die Gegenmeinung; ferner H. H. Klein, Festschr. für E. R. Huber, S. 90; zutr. der in Fn. 141 erwähnte Beschluß des nds. Landesministeriums unter Nr. 2.5: „Können die bestehenden Verdachtsgründe nicht ausgeräumt werden, darf der Bewerber nicht in den öffentlichen Dienst eingestellt werden“. Die höchstrichterliche Rechtsprechung in dieser Frage ist seltsam unklar und widersprüchlich, steht im Ergebnis aber wohl mit der hier vertretenen Auffassung im Einklang: vgl. BVerwGE 47, 330 ff., Leitsatz 3, S. 337 ff., BVerfGE 39, 334 ff., 352 f. — zutr. Kritik bei Stern an o. a. Fundstellen.

- Für die Beurteilung der Eignung des Bewerbers ist die Zugehörigkeit zu einer verfassungsfeindlichen Organisation ein relevanter Umstand¹⁴⁷. Dementsprechend muß die Frage danach erlaubt sein¹⁴⁸ — unbeschadet der Tatsache, daß grundsätzlich eine Verpflichtung des Beamtenbewerbers zur Offenbarung von Parteimitgliedschaften nicht besteht¹⁴⁹. Verweigert der Bewerber die Antwort auf diese Frage, kann und wird in aller Regel dieses Verhalten den Zweifel an seiner Verfassungstreue nähren¹⁵⁰.
- Das BVerfG¹⁵¹ hat hervorgehoben, daß das Urteil der Einstellungsbehörde über die Eignung des Bewerbers „nur den Einzelfall im Auge (hat) und sich... jeweils auf eine von Fall zu Fall wechselnde Vielzahl von Elementen und deren Bewertung“ gründet. Es verrät eine merkwürdige Logik, wenn mancher, der sich zunächst engagiert dagegen gewandt hatte, die Zugehörigkeit zu einer verfassungsfeindlichen Organisation als einen unwiderlegbaren Zweifel an der Eignung begründenden Umstand anzusehen, nunmehr gegen diese im Interesse der Einzelfallgerechtigkeit zu begrüßende Rechtsprechung mit dem Vorwurf zu Felde zieht, sie führe zu „Gesinnungsschnüffelei“¹⁵².

¹⁴⁷ Die Zugehörigkeit zu einer verfassungsfeindlichen Organisation ist nach BVerfGE 39, 334 ff., 353, 359, ein Element für die Beurteilung der Verfassungstreue des Bewerbers, ein Stück des dafür erheblichen Verhaltens. Das Gericht hält es für verfassungsrechtlich bedenklich, „wenn ein Gesetz allgemein zwingend vorschreibt, daß einzelne konkrete Verhaltensweisen“, also auch diese, die Gewähr der Verfassungstreue ausschließen (a. a. O., S. 354 f.). Der Akzent liegt auf „zwingend“. Im Einzelfall kann dieser oder ein anderer einzelner Umstand durchaus Zweifel an der Verfassungstreue rechtfertigen; vgl. das insoweit klarstellende Sondervotum des Richters Wand, a. a. O., S. 389 f. Es muß nur die Möglichkeit offenbleiben, sich im Einzelfall ein abweichendes Urteil — i. S. einer Bejahung der Gewähr — zu bilden.

¹⁴⁸ So schon H. H. Klein, Festschr. für Huber, S. 89 f.

¹⁴⁹ Dreier, a. a. O. (Fn. 45), S. 108 m. Nachw. — allerdings ohne klare Aussage im hier entscheidenden Punkt.

¹⁵⁰ Anders LAG Bremen, NJW 1978, S. 910 f.

¹⁵¹ BVerfGE 39, 334 ff., 353.

¹⁵² Es bleibt daran zu erinnern, daß staatsschutzbehördliche Ermittlungen gegen Einzelpersonen für Zwecke der Einstellungsbehörden — gewissermaßen vorsorglich — grundsätzlich nicht erfolgen dürfen (BVerfGE 39, 334 ff., 356 f.); eine Ausnahme ist dann anzunehmen, wenn es konkrete Anhaltspunkte für eine verfassungsfeindliche Einstellung des Bewerbers gibt, die ja belegbar („gerichtsverwertbar“) sein müssen, wenn sie zur Begründung einer Ablehnung herangezogen werden sollen. Im übrigen aber kann keineswegs der Satz gelten: „Zielobjekte des Verfassungsschutzes haben Organisationen zu sein und nicht einzelne Personen“ — so das ArbG Hamburg in einem Urteil vom 11. 10. 1976, zit. nach Fromme,

- Eine normative Regelung des bei der Prüfung der Verfassungstreue eines Bewerbers einzuhaltenden Verfahrens — etwa nach dem Vorbild der im Jahre 1977 in Niedersachsen durch einen Beschluß der Landesregierung getroffenen¹⁵³ — vermöchte jedenfalls dort zur Versachlichung des Meinungsstreits und zum Abbau unbegründeter Besorgnisse einen Beitrag zu leisten, wo solche Besorgnisse nicht absichtsvoll und wider besseres Wissen geäußert werden und die Bereitschaft zur Sachlichkeit noch besteht¹⁵⁴.
- Die allgemeine beamtenrechtliche Treupflicht gilt ohne jede Einschränkung auch für beamtete Wissenschaftler. Die Frei-

a. a. O. (Fn. 146), der dazu nicht ohne sarkastischen Unterton bemerkt, es sei nicht leicht verständlich, wie der Verfassungsschutz Organisationen beobachten und dabei von den Personen absehen könne, deren Verhalten die Eigenart der Organisation prägt.

¹⁵³ S. o. Fn. 141. Der Beschluß regelt im einzelnen die Einholung von Auskünften beim Minister des Innern und deren Umfang; er sieht für den Fall, daß wegen bestehender Zweifel an der Verfassungstreue des Bewerbers dessen Ablehnung erwogen wird, die Eröffnung und Erörterung der Verdachtsmomente mit dem Bewerber vor. Dafür ist durch einen weiteren Beschluß des Landesministeriums vom 3. 5./21. 6. 1977 (MinBl. Nr. 34/1977, S. 886) eine Anhörkommission gebildet worden, der vier ständige Mitglieder und ein Mitglied desjenigen Ressorts angehören, dessen Geschäftsbereich von der Bewerbung betroffen ist. Gegen die Entscheidung der Kommission kann von der obersten Dienstbehörde, vom Minister des Innern und vom Ministerpräsidenten das Landesministerium angerufen werden. Dem anzuhörenden Bewerber ist es gestattet, einen Rechtsanwalt mitzubringen, dessen Tätigkeit sich auf die Beratung und Beobachtung des Verfahrens zu beschränken hat. Das Verfahren ist in einem weiteren Beschluß des Landesministeriums vom gleichen Datum (gleiche Fundstelle) geregelt.

¹⁵⁴ Ein Gebot der Sachlichkeit ist es beispielsweise darauf hinzuweisen, daß die etwa von *Lange*, NJW 1976, S. 1809, in perhorreszierender Absicht mitgeteilte Zahl von zwischen August 1972 und März 1976 durchgeführten 496 700 Überprüfungsverfahren (*C.-Chr. Kaiser* spricht in einem Artikel in „Die ZEIT“ vom 5. 5. 1978 gar von einer Million) keineswegs darüber Auskunft gibt, in welchem Umfang das Vorleben von Bewerbern bis in die letzten Schlupfwinkel ihrer Persönlichkeitsstruktur durchforscht worden ist, wie wohl suggeriert werden soll. In Wirklichkeit handelt es sich um die Zahl der Bewerber für den öffentlichen Dienst innerhalb dieser Zeitspanne, deren Eignung routinemäßig und pflichtgemäß geprüft und deren weit überwiegender Teil positiv im Sinne der Bejahung der Verfassungstreue abgeschlossen werden konnte, weil keine anderslautenden Erkenntnisse vorlagen. Wo es solche gab, wurden — freilich mit unterschiedlichem Eifer und wohl auch mit unterschiedlichem Geschick! — weitere Nachforschungen angestellt. Wer sich dagegen wendet, muß in Kauf nehmen, daß die Einstellungsbehörde auftauchenden Zweifeln an der Verfassungstreue eines Bewerbers nicht nachgeht, sondern ohne weiteres die Bewerbung ablehnt.

heit der Wissenschaft und ihrer Lehre schafft — jedenfalls in dieser Hinsicht — keinerlei Privileg. Das deutlich zu machen, ist der Sinn der Treueklausel in Art. 5 Abs. 3 S. 2 GG¹⁵⁵. Wissenschaftlich-rationale Kritik der Verfassung einschließlich ihrer Grundlagen ist damit nicht inhibiert¹⁵⁶. Objektiv verfassungswidrige Wissenschaft ist ein Widerspruch in sich¹⁵⁷. Dessen ungeachtet aber gilt: auch die Freiheit der Wissenschaft (wie der Kunst) unterliegt jenen Schranken, die sich aus dem Grundgesetz selbst ergeben¹⁵⁸. Daraus ergibt sich das — der zuvor entwickelten allgemeinen Mißbrauchsschranke entsprechende — Verbot, das Grundrecht zum Kampf gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung zu mißbrauchen¹⁵⁹. Ferner folgt: Auch dem beamteten wissenschaftlichen Lehrer bleibt Verfassungskritik nicht verwehrt; das entbindet ihn jedoch nicht von der Pflicht, in voller Loyalität zur freiheitlichen demokratischen Grundordnung im Sinne des Grundgesetzes zu stehen und sich für ihre Geltung einzusetzen. Ein sich daraus etwa ergebender Gewissenskonflikt ist lösbar nur durch das Ausscheiden aus dem Dienst des Staates, dessen verfassungsrechtliche Grundlagen der Beamte verneint¹⁶⁰.

¹⁵⁵ BVerfGE 39, 334 ff., 346 f., hält neben Art. 33 IV auch Art. 5 III 2 GG für eine der Vorschriften, in denen das GG auf die traditionelle Treupflicht des Beamten als einen hergebrachten Grundsatz des Berufsbeamtentums Bezug nimmt. Vgl. zum Problem Scholz in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Art. 5 III RN 203.

¹⁵⁶ Scholz, a. a. O., RN 199. Ebenso schon die bekannte Äußerung C. Schmidts im Hauptausschuß des Parlamentarischen Rates. JÖR N. F. 1, S. 92. Nicht anders ist das BVerfG zu verstehen (E 5, 85 ff., 146), wenn es sagt, daß Wissenschaft, sofern sie die Erarbeitung und Darstellung von Erkenntnissen ist, niemals gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung verstoßen kann.

¹⁵⁷ Insoweit richtig von Oertzen, Rede in der 84. Plenarsitzung des 8. Nds. Landtags am 17. 2. 1978, Prot. S. 8199.

¹⁵⁸ BVerfGE 30, 173 ff., 193 ff. (Mephisto).

¹⁵⁹ Das wird bei v. Oertzen, a. a. O., zwar nicht verkannt, die Einsicht in die Möglichkeit solcher Grenzüberschreitung bleibt jedoch folgenlos, wenn v. Oertzen (S. 8201) für die Wissenschaft selbst das ausschließliche Recht beansprucht, Grenzfälle zu beurteilen; denn staatliche, insbesondere beamtenrechtliche Sanktionen sind dann — allenfalls mit der Ausnahme des Art. 18 GG — ausgeschlossen. Wie hier dagegen Scholz, a. a. O., RN 58 (zur Kunstfreiheit), 185 (zur Wissenschaftsfreiheit), 93 m. w. Nachw. (zur Abgrenzung zwischen wissenschaftlicher Theorie und politischer Aktion).

¹⁶⁰ E. Friesenhahn, Staatsrechtslehrer und Verfassung in: Recht-Staat-Wirtschaft, 3. Bd. 1950, S. 64, schreibt: „Kommt er (der Wissenschaftler) in seinem Forschen aus wissenschaftlicher Überzeugung zur Verneinung der Grundlagen der bestehenden staatlichen Ordnung, so darf er nicht erwarten, daß dieser Staat ihn in seinem Lehramt beläßt“.

IV. Der administrative Verfassungsschutz

1. Parlamentarische Kontrolle

Die Einrichtungen des administrativen Verfassungsschutzes¹⁶¹ sind durch das Bekanntwerden einer Reihe bislang nicht restlos aufgeklärter Vorgänge, aber auch durch die gezielte Agitation gewisser Kreise in jüngster Zeit allzu häufig Gegenstand der öffentlichen Erörterung gewesen. Auch die Rechtswissenschaft hat sich ihrer nach längerem Schweigen¹⁶² wieder anzunehmen begonnen¹⁶³. Die Reaktion des Bundesgesetzgebers beschränkt sich vorerst auf den Erlass des Gesetzes über die parlamentarische Kontrolle nachrichtendienstlicher Tätigkeit des Bundes¹⁶⁴.

Das Gesetz überträgt die Kontrolle der Bundesregierung hinsichtlich der Tätigkeit des Bundesamtes für Verfassungsschutz, des MAD und des BND der Parlamentarischen Kontrollkommission (PK). Ob das mit dem Gesetz verfolgte Ziel, die Intensivierung der parlamentarischen Kontrolle der genannten Dienste¹⁶⁵, erreichbar ist, steht dahin. Zwar hat nach § 3 Abs. 1 des Gesetzes die PK einen Anspruch darauf, von der Bundes-

¹⁶¹ Gemeint sind die Verfassungsschutzbehörden des Bundes und der Länder, der Bundesnachrichtendienst (BND) und der Militärische Abschirmdienst der Bundeswehr (MAD).

¹⁶² An die grundlegenden Beiträge von *H.-U. Evers*, Privatsphäre und Ämter für Verfassungsschutz, 1960, *J. Salzwedel*, Gedächtnisschrift für Peters, 1967, S. 756 ff., sowie an den Besprechungsaufsatz von *A. Arndt*, NJW 1961, S. 897 ff., sei erinnert. Vgl. ferner: Bundesministerium des Innern (Hrsg.), Verfassungsschutz. Beiträge aus Wissenschaft und Praxis, 1966. Weitere Literaturangaben bei *Stern*, Staatsrecht I, S. 147 f.

¹⁶³ *H. Borgs-Maciejewski*, Parlament und Nachrichtendienste, Aus Politik und Zeitgeschichte, Beilage zur Wochenzeitung „Das Parlament“, B 6/77, S. 12 ff.; *D. Hömig*, Zur parlamentarischen Kontrolle der Nachrichtendienste, das., B 42/77, S. 15 ff., mit einer Erwiderung von *Borgs-Maciejewski*, Die Nachrichtendienste im Spannungsfeld zwischen Parlament und Regierung, ebenda, S. 33 ff.

¹⁶⁴ Gesetz vom 11. 4. 1978, BGBl. I S. 453. — Die Verfassungsschutzgesetze der Länder sind zum größeren Teil in den letzten Jahren novelliert bzw. beschlossen worden. Vgl. die Nachweise bei *C. Arndt*, DVBl. 1978, S. 385 ff. (Fn. 6—8). Die Frage der parlamentarischen Kontrolle hat dabei insbesondere in den Beratungen des Nds. Landtags, die jedoch nicht zur Einrichtung einer besonderen parlamentarischen Kontrollinstanz führten, und der Hamburgischen Bürgerschaft — dort mit anderem Ergebnis — eine Rolle gespielt.

¹⁶⁵ Insbesondere im Vergleich zur bisherigen Praxis des sog. Parlamentarischen Vertrauensmännergremiums (PVMG), dessen Beibehaltung die Enquete-Kommission Verfassungsreform, BT-Drucks. 7/5924, S. 60 ff., aus wohlherwogenen Gründen empfohlen hatte; vgl. allerdings die Sondervoten der Abg. Dr. *Arndt* und Dr. *Lenz*, a. a. O., S. 76 ff.

regierung „über die allgemeine Tätigkeit“ der Dienste und „über Vorgänge von besonderer Bedeutung“ „umfassend“ unterrichtet zu werden. Aber nach § 3 Abs. 2 des Gesetzes werden „Zeit, Art und Umfang der Unterrichtung der Kontrollkommission... unter Beachtung des notwendigen Schutzes des Nachrichtenzugangs durch die politische Verantwortung der Bundesregierung bestimmt“. Die zwischen beiden Vorschriften offenkundig bestehende Spannung verdeutlicht das — unausweichliche! — Dilemma¹⁶⁶ zwischen notwendiger parlamentarischer Kontrolle und nicht minder notwendiger Effektivität der Dienste, die zu gewährleisten gleichfalls von der Verfassung geboten wird¹⁶⁷.

Auf das Prinzip der Gewaltenteilung gestützten Bedenken, wie sie gegen den Entwurf des Hamburgischen Gesetzes vom 13. Februar 1978¹⁶⁸ bestanden¹⁶⁹, begegnet das Bundesgesetz nicht. Ein anderer Einwand, daß nämlich die Einrichtung der PK als eines Hilfsorgans des Parlaments¹⁷⁰ im Wege der Verfassungsänderung hätte erfolgen müssen¹⁷¹, ist bisher jedoch

¹⁶⁶ Dazu bes. Hömig, a. a. O., S. 28 ff.

¹⁶⁷ BVerfGE 30, 1 ff., 20. — Die parlamentarischen Kontrollbefugnisse krankten allgemein an dem weitgehenden Recht der Exekutive, der kontrollierenden Legislative Informationen vorzuenthalten; vgl. dazu R. Schmid, Zur demokratischen Kontrolle der Nachrichtendienste in: Merkur 1978, S. 306 ff., sowie Vorschlag und Erwägungen der Enquete-Kommission Verfassungsreform, BT-Drucks. 7/5924, S. 50 ff. S. auch Art. 32 Hamb. Verf.

¹⁶⁸ Hamb. GVBl. S. 51.

¹⁶⁹ Dazu Stern in Anlage 3 zur Drucks. 8/3280 der Bürgerschaft der Freien und Hansestadt Hamburg, S. 42, 55, 67; allgemein Hömig, a. a. O., S. 30; Borgs-Maciejewski, a. a. O., S. 33 ff.

¹⁷⁰ Wie das PVMG, anders aber als die auf die Bildung eines besonderen Ausschusses hinauslaufenden Vorschläge, ist die PK kein Ausschuß des Deutschen Bundestages; Rechtsfolge: Art. 43 II GG findet keine Anwendung. Ebenso C. Arndt, a. a. O., S. 387.

¹⁷¹ So auch H.-U. Evers, Parlamentarische Kontrolle der Nachrichtendienste, NJW 1978, S. 1144 f.; s. ferner E. Friesenhahn, Anlage 2 zur Drucks. 8/3280, S. 17 f., und Anlage 3 zur Drucks. 8/3280, S. 59, der Bürgerschaft der Freien und Hansestadt Hamburg zu dem im Hamb. Gesetz vorgesehenen Kontrollausschuß, dessen Befugnisse allerdings über die üblichen Instrumente parlamentarischer Kontrolle erheblich hinausgehen (vgl. §§ 9 II a (Pflicht zur Aktenvorlage), 9 II b (Anhörung von Beamten als Auskunftspersonen), 10 (Entgegennahme von Petitionen und deren Untersuchung)). Auch der von einem Untersuchungsausschuß des 5. Deutschen Bundestages empfohlene Ausschuß für Angelegenheiten der Nachrichtendienste sollte die Rechte eines Untersuchungsausschusses — und zwar ausschließlich — wahrnehmen und seine verfassungsrechtliche Grundlage in einer Ergänzung des Art. 45 a GG finden; vgl. BT-Drucks. V/3442. Ähnlich der Vorschlag des Abg. Dr. Arndt, a. a. O. Diese Unterschiede zur Regelung des Bundesgesetzes werden nicht übersehen.

nicht ausgeräumt. Zwar unternimmt das Gesetz den Versuch dazu, indem es in § 1 Abs. 2 bestimmt, daß die Rechte des Bundestages und seiner Ausschüsse unberührt bleiben. Diese Vorschrift dürfte sich in der Praxis jedoch — von spektakulären Ausnahmefällen abgesehen — als *falsa demonstratio* erweisen. Denn nicht nur de facto, sondern nach der Intention des Gesetzes wird die Kontrolle der Regierung in bezug auf die Tätigkeit der Dienste mindestens schwerpunktmäßig in der PK erfolgen. Hinzu kommt, daß die Regierung gegenüber der Kommission Auskunftspflichten hat, die diejenigen nach Art. 43 Abs. 1 GG¹⁷² deutlich überschreiten. Das Bundesgesetz vom 11. April 1978 hätte daher m. E. ähnlich wie das Gesetz über den Wehrbeauftragten¹⁷³ und das Gesetz über den Petitionsausschuß¹⁷⁴ einer verfassungsgesetzlichen Grundlage bedurft¹⁷⁵.

2. Rechtsgrundlagen

Während dem durch Beschluß der Bundesregierung errichteten BND die Auslandsaufklärung obliegt¹⁷⁶, Eingriffe dieses Dienstes in die Rechtssphäre von im Geltungsbereich des Grundgesetzes lebenden Personen also schon seiner Aufgabenstellung nach nicht vorgenommen werden dürfen und das Fehlen einer gesetzlichen Grundlage deshalb unbedenklich ist¹⁷⁷, liegen die Dinge beim MAD anders. Rechtsgrundlage des MAD ist ein Organisationsakt des Bundesministers der Verteidigung; ein Gesetz über den MAD, das seine Aufgaben und Befugnisse umschreibt, existiert nicht. Der MAD als wesentlicher Bestandteil des „Militärischen Nachrichtenwesens“¹⁷⁸ hat einerseits eine Informations-, andererseits eine Schutz- und Sicherungsfunktion¹⁷⁹. Zur Erfüllung dieser Aufgaben muß der MAD wie der Verfassungsschutz im Inland systematisch Nachrichten sammeln und auswerten, eine Tätigkeit, die, soweit sie Personen be-

¹⁷² Dazu *J. von Einem*, Die Auskunftspflicht der Regierung gegenüber dem Parlament, Göttinger Diss. 1977.

¹⁷³ Vom 26. 6. 1957, BGBl. I S. 652.

¹⁷⁴ Vom 19. 7. 1975, BGBl. I S. 1921.

¹⁷⁵ Vgl. schon meine Rede in der 78. Sitzung des Deutschen Bundestages am 9. 3. 1978, Prot. S. 61101 B; zust. *Evers*, a. a. O. (Fn. 171); a. M. C. *Arndt*, DVBl. 1978, S. 386.

¹⁷⁶ Vgl. die Dienstanweisung vom 4. 12. 1968, abgedruckt in BT-Drucks. 7/3246, S. 47.

¹⁷⁷ So mit Recht *Stern*, Staatsrecht I, S. 186.

¹⁷⁸ Vgl. zu diesem Stichwort *Th. Walde* in: Zoll/ Lippert/Rössler, Bundeswehr und Gesellschaft. Ein Wörterbuch, 1977, S. 187 ff.

¹⁷⁹ *Walde*, a. a. O., nennt als Ziel des Militärischen Nachrichtenwesens auf der Grundlage der bestehenden dienstlichen Verfügungen: „die Wehrlage fremder Staaten, die Gewährleistung der Sicherheit im militärischen Bereich, die Verteidigungsbereitschaft der eigenen Bevölkerung“.

trifft¹⁸⁰, schon als solche nach einhelliger Meinung in deren Persönlichkeitsrecht eingreift und damit einer gesetzlichen Grundlage bedarf¹⁸¹. Gleiches gilt, soweit zu den genannten Zwecken „nachrichtendienstliche Mittel“¹⁸² eingesetzt werden. Es ist deshalb ein dringendes Gebot der Rechtsstaatlichkeit, den MAD endlich mit der bisher fehlenden gesetzlichen Grundlage auszustatten.

Im Hinblick auf die Ämter für Verfassungsschutz wird insbesondere seit dem Fall Traube¹⁸³ die Frage diskutiert, ob der Einsatz von Lauschmitteln ein zulässiges „nachrichtendienstliches Mittel“ ist bzw. ob, wenn nein, eine entsprechende Klarstellung im Gesetz geboten und ggf. verfassungsrechtlich zulässig wäre. Da in diesem Zusammenhang auch das Problem des Rückgriffs auf die allgemeinen Notrechtsbefugnisse, insbesondere auf den sog. rechtfertigenden Notstand (§ 34 StGB), zum Zwecke der Rechtfertigung eines vom Gesetz „an sich“ nicht erlaubten Eingriffs in individuelle Rechte eine Rolle spielt¹⁸⁴, sind ihm vorab einige Erwägungen zu widmen¹⁸⁵.

Die Rede ist nicht von einem allgemeinen Staatsnotrecht —

¹⁸⁰ Nach Walde, a. a. O., haben sich in den Karteikästen des MAD bisher Erkenntnisse über rund 4 Mio. Personen angesammelt, etwa unter den Kennworten „Risikopersonen“ oder „Merkmalperson im V-Fall“.

¹⁸¹ de Lazzer/Rohlf, Der „Lauschangriff“, JZ 1977, S. 207 ff., 209 m. w. Nachw. (Fn. 43); ebenso Borgs-Maciejewski, a. a. O. B 6/77, S. 17, ebenfalls m. Nachw.

¹⁸² § 3 III BVerfSchG.

¹⁸³ Dazu s. die Verhandlungen in der 17. Sitzung des 8. Deutschen Bundestages am 16. März 1977, Prot. S. 957 ff.

¹⁸⁴ Für die ältere Diskussion dieser Problematik vgl. die Nachw. in der Begründung des Musterentwurfs eines einheitlichen Polizeigesetzes des Bundes und der Länder i. d. F. des Beschlusses der Innenministerkonferenz vom 25. 11. 1977, S. 14 f. Neu aufgeflammt ist die Kontroverse insbes. seit dem sog. Fall Traube, gewissen Vorkommissen in der Justizvollzugsanstalt Stuttgart-Stammheim und der von den Justizministern der Länder (mit Ausnahme Berlins) — vor Inkrafttreten des entsprechenden Gesetzes — während der Schleyer-Entführung angeordneten „Kontaktsperre“. Dazu s. vor allem die Entscheidungen des BGH vom 23. 9. 1977, NJW 1977, S. 2173, und des BVerfG v. 4. 10. 1977, BVerfGE 46, 1 ff., sowie: Amelung, Erweitern allgemeine Rechtfertigungsgründe, insbes. § 34 StGB, hoheitliche Eingriffsbefugnisse des Staates? NJW 1977, S. 833 ff.; ders., Nochmals: § 34 StGB als öffentlich-rechtliche Eingriffsnorm? NJW 1978, S. 623 f.; Kirchhof, Polizeiliche Eingriffsbefugnisse und private Nothilfe, NJW 1978, S. 969 ff.; R. Lange, Terrorismus kein Notstandsfall? NJW 1978, S. 784 ff.; P. Lerche, Der gezielt tödlich wirkende Schuß nach künftigem einheitlichen Polizeirecht — zum Verhältnis hoheitlicher Eingriffsbefugnisse zu den allgemeinen Notrechten in: Um Recht und Freiheit, Festschr. für F.-A. v. d. Heydte, 1977, S. 103 ff.; Schwabe, Zur Geltung von Rechtfertigungsgründen des StGB für Hoheitshandeln, NJW 1977,

obgleich die Berufung auf den rechtfertigenden Notstand ihm gefährlich nahekommmt. Zumal nach der 17. Novelle zum Grundgesetz vom 24. Juni 1968 ist — für wie unzureichend man die verfassungsrechtlichen Vorkehrungen für die verschiedenen Fälle des Staatsnotstandes auch halten mag — für die undifferenzierte Anerkennung eines allgemeinen Notrechts des Staates kein Raum¹⁸⁶. Der Rückgriff auf die Notrechtsbefugnisse des bürgerlichen und Strafrechts im öffentlichen Recht kommt nach den allgemein anerkannten Grundsätzen nur dann in Betracht, wenn die Vorschriften des öffentlichen Rechts lückenhaft sind¹⁸⁷ und die Heranziehung der einem anderen Rechtsgebiet angehörenden Vorschriften nicht eine von den Wertungen des öffentlichen Rechts abweichende Konfliktlösung mit sich bringt¹⁸⁸. Damit ist die Anwendung etwa des Nothilfe-rechts¹⁸⁹ ebenso vereinbar wie prinzipiell, obgleich gewiß nur in ganz außerordentlichen Lagen, auch die des Rechtsgedankens des übergesetzlichen Notstands¹⁹⁰. Beide sind Bestandteile des sog. Allgemeinen Teils des Rechts^{191, 192}.

S. 1902 ff.; Sydow, Forum: § 34 StGB — kein neues Ermächtigungsgesetz! JuS 1978, S. 222 ff., jew. m. w. Nachw. Vgl. ferner: E. W. Böckenförde, Der verdrängte Ausnahmezustand, NJW 1978, S. 1881 ff.; M. Schröder, AöR 103 (1978), S. 135 ff.

¹⁸⁵ Vgl. noch F. Schaffstein, Die strafrechtlichen Notrechte des Staates in: Gedächtnisschrift für H. Schröder, hgg. von W. Stree u. a., 1978, S. 97 ff.

¹⁸⁶ A. M. wohl Stern, Staatsrecht I, S. 564 Fn. 514, der anzunehmen scheint, eine abschließende Kodifikation für den inneren Notstand könne nicht angenommen werden. Die Differenz dürfte jedoch ohne sachliche Bedeutung sein, da sich die nachfolgenden Darlegungen Sterns mit meinen Erwägungen decken. Das gilt insb. für seine Auseinandersetzungen mit de Lazzer/Rohlf.

¹⁸⁷ Zutreffend weist Schwabe, a. a. O. (Fn. 184), S. 1907 Fn. 55, darauf hin, daß hier die eigentlichen Probleme liegen.

¹⁸⁸ So in den in §§ 62 Satz 2, 48 II Satz 6 VVfG geregelten Fällen; anders zu beurteilen war der Fall BVerfGE 33, 1 ff., 16: kein Notwehrrecht der Gefängnisverwaltung gegen beleidigende Briefe eines Häftlings.

¹⁸⁹ Vgl. dazu D.-P. Steffan, Notwehr und Notstand als Rechtsgrundlagen für hoheitliche Eingriffe (demnächst in DÖV).

¹⁹⁰ Zu Recht erwähnen de Lazzer/Rohlf, a. a. O. (Fn. 181), S. 212, die „Schutzpflicht des Staates gegenüber der Menschenwürde der übrigen Bürger“, die in extremen Ausnahmesituationen die Berufung auf den in § 34 StGB ausgedrückten Rechtsgedanken rechtfertigen könne. Auf die in der Rechtsprechung des BVerfG Bedeutung gewinnende Tendenz, den Staat zum Schutz der Grundrechte für verpflichtet zu halten, weist E. Benda, Die verfassungsrechtliche Relevanz des Sozialrechts in: Verhandlungen des Deutschen Sozialgerichtsverbandes, 6. Bundestagung Essen, 1975, S. 32 ff., 35, hin. Nachw. aus der Rechtsprechung daselbst. Vgl. auch J. Isensee, Verfassungsgarantie ethischer Grundwerte und gesellschaftlicher Konsens, NJW 1977, S. 545 ff., 547 Fn. 17: „Staatspflicht zum Grund-

Im Bereich des Verfassungsschutzes gilt grundsätzlich nichts anderes. Sein Aufgabenbereich ist jedoch die „Früherkennung (von Gefahren) durch Vorfeldbeobachtung... im Vorfeld der polizeilichen Tätigkeit“¹⁹³. Es geht ihm also mindestens regelmäßig nicht um die Abwehr konkreter, unmittelbar bevorstehender Gefahren oder bereits eingetretener Störungen, wie die

rechtsschutz gegen Übergriffe Dritter“. Dieser Rechtsgedanke könnte auch zur verfassungskonformen Auslegung jener Vorschriften der StPO Anlaß geben, die die Überwachung des Verkehrs zwischen Verteidiger und inhaftierten Mandanten regeln und, wie sich zumal aus der mehrfachen Ablehnung entsprechender Vorschläge durch den Gesetzgeber ergibt, die Überwachung des mündlichen Verkehrs ausschließen. Liegen nun sichere Anhaltspunkte dafür vor, daß bei einem Verteidigerbesuch ein Mordkomplott geschmiedet werden soll (so der von *Schwabe*, a. a. O. (Fn. 184), S. 1907 Fn. 55, konstruierte Fall), verbietet das Schutzprinzip möglicherweise die Beachtung des Überwachungsverbots. Der in diesem Fall mögliche Verteidigeraus-schluß (§ 138 a StPO) ist wie eine offene Überwachung nicht immer ein geeignetes Mittel, die Ausführung des Mordplans zu verhindern. Unter dieser Voraussetzung wird der Einsatz eines Lauschmittels unvermeidlich, will man nicht sehenden Auges der Durchführung des Mordplans ihren Lauf lassen. Auf diesen Standpunkt mag man sich stellen. Man wird aber kaum erwarten dürfen, daß der in der Verantwortung stehende Amtsinhaber sich ihn zu eigen macht. Das fiat iustitia, pereat mundus (hier: pereat homo) ist kein in der Praxis brauchbares Handlungsprinzip. Der Verfassungsjurist hat auch die Aufgabe, dem zu verantwortlichem Handeln Berufenen die Möglichkeit zu eröffnen, seiner Verantwortung gerecht zu werden. Dazu *Böckenförde*, a. a. O. (Fn. 184), S. 1895.

¹⁹¹ *Forsthoff*, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd. 1, 10. Aufl. 1973, S. 168 ff. Auch *Salzwedel*, Gedächtnisschrift für Peters, S. 768 ff., der sich besonders dezidiert gegen die Heranziehung des übergesetzlichen Notstands wendet, tut dies nicht ohne jede Einschränkung; vgl. einerseits S. 769: „Der übergesetzliche Notstand hat im öffentlichen Recht in dieser Form (sic!) keine Stätte“, andererseits S. 770: Ablehnung des übergesetzlichen Notstands nur, soweit die Rechtsordnung „eine genaue Stufenfolge von Gefahrenlagen und Eingriffsbefugnissen aufgestellt und die damit verbundenen Risiken für die innere Sicherheit der Bundesrepublik um der Sicherheit der Bürger vor der Exekutive willen bewußt (!) in Kauf genommen hat“. Anderes ist auch hier nicht gemeint.

¹⁹² Zu den gewichtigsten Einwänden von *Amelung*, a. a. O. (Fn. 184), mit der Heranziehung der allgemeinen Notrechtsbefugnisse würden der Vorbehalt des Gesetzes umgangen, der Bestimmtheitsgrundsatz mißachtet und die rechtsstaatliche Sicherungsfunktion von Verfahrens- und Kompetenznormen preisgegeben, vgl. *Schwabe*, a. a. O. (Fn. 184), S. 1906 ff.

¹⁹³ So Bundesminister Prof. Dr. *Maihofer*, a. a. O. (Fn. 183), S. 985 f.; vgl. auch die Ausführungen des Abg. Dr. *Wallmann*, das. S. 962 D. Ähnlich, wenngleich zu weitgehend, *de Lazzari/Rohlf*, a. a. O. (Fn. 181), S. 209. — Im Hinblick auf diese spezifische Qualität der Aufgaben des Verfassungsschutzes ist *Stern*, Staatsrecht I, S. 188, zuzustimmen, wenn er seine Charakterisierung als Polizei für unzureichend hält; a. M. etwa *Salzwedel*, a. a. O., S. 72 f.

Anwendung der Notrechtsbefugnisse sie voraussetzt¹⁹⁴. Allerdings endet unbeschadet der in § 3 Abs. 3 BVerfSchG niedergelegten institutionellen Trennung von Verfassungsschutz und Polizei die Zuständigkeit der Verfassungsschutzbehörden nicht notwendig dann, wenn sich die zu bekämpfende Gefahr in der beschriebenen Weise verdichtet hat; denn auch in dieser Lage mag das Sammeln und Auswerten von Nachrichten, beispielsweise zur Bestimmung der Dimension der Gefahr, noch nützlich und geboten sein.

Aus alledem folgt für den Einsatz von Lauschmitteln in Wohnungen¹⁹⁵ ohne Wissen des Wohnungsinhabers durch Behörden des Verfassungsschutzes:

- Ein Rückgriff auf die Grundsätze des rechtfertigenden Notstandes ist nicht statthaft. Art. 13 GG regelt die Materie abschließend. Eine Rechtslücke besteht nicht¹⁹⁶.
- Betrachtet man den Einsatz von Lauschmitteln als Eingriff oder Beschränkung i. S. von Art. 13 Abs. 3 GG¹⁹⁷, ist er nur unter den dort genannten Voraussetzungen — also aufgrund des verfassungsunmittelbaren Vorbehalts der ersten oder aufgrund Gesetzes nach der zweiten Alternative — zulässig, es sei denn, man hielte heimliche Eingriffe in das

¹⁹⁴ Weiteres kommt hinzu. Das für den Verfassungsschutz typische systematische Sammeln und Auswerten von Nachrichten wird immer ein geeignetes, zur Abwehr jener Gefahren, denen die Nachrichtendienste zu begegnen haben, auch fast immer ein erforderliches Mittel sein. Die auf dem Spiele stehenden und zu schützenden Rechtsgüter — freiheitliche demokratische Grundordnung, Bestand und Sicherheit von Bund und Ländern — sind zudem von so hohem Rang, daß der Ausgang der etwa im Rahmen des rechtfertigenden Notstandes anzustellenden Güterabwägung kaum je zweifelhaft sein wird. Das rät zu äußerster Vorsicht bei der Heranziehung der allgemeinen Notrechtsbefugnisse, die, wenn überhaupt, nur unter strengster Beachtung des Übermaßverbots in Betracht gezogen werden kann.

¹⁹⁵ Mit *Salzwedel*, a. a. O., S. 781, ist entg. *Evers*, Privatsphäre, S. 202, anzunehmen, daß der Schutz des Art. 13 GG nicht an den Außenwänden der Wohnung endet. Mithin macht es keinen Unterschied, ob das in der Wohnung gesprochene Wort durch eine in der Wohnung angebrachte „Wanze“ oder durch ein Richtmikrofon von außen aufgenommen wird. Auch kommt es nicht auf die Qualität des Wortes an, ob es also der privaten Sphäre zuzurechnen ist oder — wie beispielsweise bei einem Agententreff — nicht. Derartige Erwägungen sollen in einem 1969 von den damaligen Bundesministern des Innern und der Justiz angefertigten Gutachten enthalten sein; vgl. *Die WELT* vom 19. März 1977.

¹⁹⁶ Zutr. insoweit *de Lazzer/Rohlf*, a. a. O. (Fn. 181), S. 121, zu Art. 13 III GG: „Kodifikation des Notstandsfalles“.

¹⁹⁷ So die wohl überwiegende Meinung: *de Lazzer/Rohlf*, a. a. O., S. 208; ferner *Hömig*, a. a. O. (Fn. 163), S. 26.

Grundrecht des Art. 13 GG für eine Verletzung seines Wesensgehalts (Art. 19 Abs. 2 GG) und damit für schlechthin unerlaubt¹⁹⁸.

- Sind Abhörgeräte „nachrichtendienstliche Mittel“ i. S. von § 3 Abs. 3 S. 2 BVerfSchG¹⁹⁹, dürfen sie auch von Verfassungsschutzbehörden zum Einsatz gebracht werden, wenn es um die Abwehr einer gemeinen Gefahr²⁰⁰ oder einer Lebensgefahr für einzelne Personen geht; die Kompetenzschränke des § 3 Abs. 3 S. 1 BVerfSchG wird damit nicht überschritten²⁰¹. Soll hingegen nur erkundet werden, ob eine Gefahr besteht, ist der Tatbestand des Art. 13 Abs. 3 1. Alt. GG nicht gegeben²⁰².

¹⁹⁸ So *Salzwedel*, a. a. O., S. 781, und *de Lazzer/Rohlf*, a. a. O., S. 210 f., die mit der Erwägung, derartige Eingriffe beeinträchtigten den Menschenwürdegehalt des Grundrechts zugleich wohl einer gesetzlichen (einschließlich einer verfassungsgesetzlichen) Regelung des Problems entgegenzutreten versuchen. Die Autoren vermögen ihren Gedankengang freilich nicht bis zur letzten Konsequenz durchzuhalten; vgl. den S. 209 Fn. 37 geschilderten Fall und S. 212 Fn. 85. *Evers*, BK, Art. 73 Nr. 10, RN 53, nimmt einen Verstoß gegen Art. 19 II GG denn auch nur an, wenn ein solcher Eingriff „nicht in rechtsstaatlich befriedigender Weise eingeschränkt wird“.

¹⁹⁹ Das ist anzunehmen. Zur Problematik des (zu?) unbestimmten Rechtsbegriffs „nachrichtendienstliche Mittel“ s. BT-Drucks. VI/5333, S. 5; *Hömig*, a. a. O., S. 27 f.; *Borgs-Maciejewski*, a. a. O. (Fn. 163), S. 22 ff., der die mangelnde rechtsstaatliche Bestimmtheit der Rechtsgrundlagen des Verfassungsschutzes durch eine Intensivierung seiner parlamentarischen Kontrolle kompensieren zu können glaubt; *Stern*, Staatsrecht I, S. 188 f.; *ders.*, a. a. O. (Fn. 169), S. 73 f.; *Schwagerl*, das.; *ders.*, Zu den Änderungen im Verfassungsschutzrecht, DÖV 1974, S. 109 ff., 113 f.; *de Lazzer/Rohlf*, a. a. O., S. 209 f.

²⁰⁰ Zum Begriff *Drews/Wackel/Vogel/Martens*, Gefahrenabwehr, 8. Aufl., 2. Bd. 1977, S. 94 m. Nachw. Eine Gefahrenlage dieser Art läge z. B. vor, wenn konkrete Anhaltspunkte dafür gegeben sind, daß in einer Wohnung über den terroristischen Einsatz etwa einer Rakete gegen ein Atomkraftwerk oder ein Flugzeug verhandelt werden soll.

²⁰¹ A. M. *Salzwedel*, a. a. O., S. 781, und — soweit es sich um die „Zentralstelle“ (Art. 87 I 2 GG) handelt — *Evers*, BK, Art. 73 Nr. 10 RN 53; es ist jedoch nicht einzusehen, warum insoweit anders verfahren werden soll als bei Eingriffen in das Grundrecht des Art. 10 GG. Das Belauschen ist ein typisches nachrichtendienstliches Mittel; auf das dafür verwendete Instrument und die Art des damit bewirkten Grundrechtseingriffs kommt es unter dem Gesichtspunkt der föderalistischen Kompetenzverteilung nicht an. Vgl. auch *Evers*, Privatsphäre, S. 199.

²⁰² Zweifelhaft ist, ob die Tatbestandsmerkmale des Art. 13 III 1. Alt. GG auch bei bloßer Anscheinsgefahr als erfüllt angesehen werden können. Die Frage dürfte zu bejahen sein. Im Erg. ähnlich *M. Schröder*, AöR 103 (1978), S. 127.

- Auf der Grundlage des Art. 13 Abs. 3 2. Alt. GG hingegen kann der Verfassungsschutz nach geltendem Recht nicht tätig werden, da es insoweit an einer gesetzlichen Grundlage fehlt. Die Verfassungsschutzgesetze des Bundes und der Länder können zu Einschränkungen des Grundrechts der Unverletzlichkeit der Wohnung schon deshalb nicht ermächtigen, weil sie Art. 13 GG als eingeschränktes Grundrecht nicht nennen²⁰³. Die Verfassungsschutzbehörden sind also insoweit auf die Amtshilfe der Polizei angewiesen, die diese Hilfe indessen nur im Rahmen ihres eigenen rechtlichen Könnens leisten darf²⁰⁴. Die einschlägigen Vorschriften gestatten jedoch im allgemeinen der Polizei nur ein offenes Eindringen in die Wohnung²⁰⁵. Damit erweist sich dieser Ausweg für den Verfassungsschutz als ungangbar. Dem ließe sich abhelfen durch eine Zitierung des Art. 13 GG in den Verfassungsschutzgesetzen²⁰⁶. Auch dann freilich dürfte der Verfassungsschutz nur „zur Verhütung dringender Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung“²⁰⁷ tätig werden. Um die Vereinbarkeit mit der Verfassung zu gewährleisten, wäre überdies eine derjenigen

²⁰³ Wollte man annehmen, daß diese Gesetze gleichwohl zu Abhörmaßnahmen unter Verletzung des Art. 13 GG ermächtigen, bedürften sie im Blick auf Art. 19 I 2 GG insoweit einer verfassungskonformen restriktiven Interpretation.

²⁰⁴ § 5 II Nr. 1 VVfG.

²⁰⁵ Vgl. *de Lazer/Rohlf*, a. a. O. (Fn. 181), S. 210 m. Nachw.

²⁰⁶ So *E. v. Loewenstern*, Militär, Wanzen und Gesetz in: Die WELT vom 7. 2. 1978. Bedenkt man, daß nach BVerfGE 30, 1 ff., 20, dem Verfassungsschutz die Mittel, deren er zur Erfüllung seines Verfassungsauftrags bedarf, nicht vorenthalten werden dürfen, dürfte es sogar geboten sein, eine entsprechende Novellierung des BVerfSchG vorzunehmen. Der Einwand, was einmal im Gesetz stehe, werde automatisch zur Regel, „Lauschangriffe“ müßten aber die Ausnahme bleiben (so beispielsweise der Abg. *Brandt* (Grolsheim) in der 17. Sitzung des 8. Deutschen Bundestages, Prot. S. 969; anders dag. der Abg. Dr. *Wendig*, das., S. 972), ist — zumal auf dem Hintergrund der inzwischen bekannt gewordenen Abhörpraktiken des MAD — alles andere als überzeugend. Das Gegenteil vielmehr ist richtig: je klarer die gesetzliche Regelung, desto geringer die Gefahr ungesetzlicher Übergriffe, vorausgesetzt nur, die Regelung trägt den Bedürfnissen der Dienste in dem unabdingbar notwendigen Umfang Rechnung. Allgemein i. d. S. *Böckenförde*, a. a. O. (Fn. 184), S. 1885.

²⁰⁷ BVerwGE 47, 31 ff. (Leitsatz 3). — Der Begriff der dringenden Gefahr ist nicht außer Streit; vgl. *Drews/Wacke/Vogel/Martens*, a. a. O., S. 94 m. Nachw.; erstaunlich freilich ist, daß die Kontrahenten — s. einerseits *Martens*, a. a. O., andererseits *Dagtoglou*, BK, Art. 13 RN 115 — sich jeweils auf BVerfGE 17, 232 ff., 251 f., berufen! Das deutet darauf hin, daß die Unterschiede so groß nicht sein können.

des G 10 entsprechende Verfahrensregelung²⁰⁸ unabdingbar²⁰⁹.

- Hält man das nicht für ausreichend, wäre zu erwägen, die Anbringung akustischer oder auch optischer Beobachtungsgeräte als eine Form der Durchsuchung i. S. des Art. 13 Abs. 2 GG zu behandeln, womit sie — im Regelfall — dem Richtervorbehalt unterliefe, der engen Zweckbindung des Art. 13 Abs. 3 GG jedoch nicht mehr unterläge. Dieser Schritt kann freilich nur getan werden, wenn man — entgegen der wohl h. M.²¹⁰ mit *Dagtolglou*²¹¹ — die Begriffe „Durchsuchungen“ sowie „Eingriffe und Beschränkungen“ nicht als sich wechselseitig ausschließende Begriffe betrachtet. Ob der Verfassungsschutz auf diesem Wege zusätzlichen Spielraum gewönne, ist im Hinblick auf den übergreifenden Grundsatz der Verhältnismäßigkeit des Mittels allerdings füglich zu bezweifeln.

V. Verfassungsschutz und innerer Notstand

Unter dem Eindruck des am 5. September 1977 in Köln an Hanns-Martin *Schleyer* und seinen Begleitern begangenen Verbrechens hat G. Mann in einem aufrüttelnden Artikel in der *WELT*²¹² ausgesprochen, was ist: Wir befinden uns, meist latent, je und je evident, in einem Ausnahmezustand, „in einer grausamen und durchaus neuen Art von Bürgerkrieg“²¹³. Die

²⁰⁸ Einschaltung eines (quasi-)richterlichen Organs vor Vollzug der Maßnahme; spätere Benachrichtigung des Betroffenen, dem dann der Rechtsweg offensteht.

²⁰⁹ Wie das BVerfG entscheiden würde, ist schwer vorherzusagen. Auf die warnende Passage der dissenters, BVerfGE 30, 1 ff., 46 f., ist hinzuweisen. Auf der anderen Seite wird man sich der durch die Stadtguerillataktik, die absolute moralische Hemmungslosigkeit der Terroristen, die ins Unvorstellbare gesteigerten waffentechnischen Möglichkeiten und schließlich die überaus hohe Verletzlichkeit der modernen Industriegesellschaft veränderten Gefahrenlage bewußt sein müssen, die es u. U. erfordert, „bis an die Grenzen dessen zu gehen, was vom Rechtsstaat erlaubt und geboten ist“, wie es Bundeskanzler H. Schmidt nach dem Anschlag auf die Deutsche Botschaft in Stockholm formuliert hat, 168. Sitzung des 7. Deutschen Bundestages vom 25. 4. 1975, Prot. S. 11784 B.

²¹⁰ Z. B. BVerwG a. a. O.

²¹¹ A. a. O., RN 71.

²¹² Quousque tandem?, Die *WELT* vom 7. 9. 1977, S. 1.

²¹³ Die Ausnahmesituation ist, gemessen an der Normallage der ersten 25 Jahre der Bundesrepublik Deutschland, eine wirkliche und nicht nur eine eingebildete, wie *Denninger*, Verfassung und Gesetz (Fn. 39), S. 31, zu meinen scheint. Schon gar keine Rede kann davon sein, daß irgendjemand, der in diesem Staat eine höhere Verantwortung trägt, angesichts der Entwicklung des Terrorismus die „Sensibilität für die Zerbrechlichkeit rechtsstaatlicher Strukturen“ verloren hätte.

Frage ist damit gestellt, ob unsere Verfassungsordnung ausreicht, der neuartigen Bedrohung Herr zu werden, die ihr aus dem Terrorismus erwachsen ist^{214, 215}.

Das Grundgesetz hat im Prinzip auf den Ausnahmezustand als Mittel der inneren Befriedigung verzichtet²¹⁶, dafür jedoch den Staat im Normalzustand mit einem weitgefächerten Instrumentarium ausgestattet, das ihn in den Stand setzen soll, die Entstehung einer Lage zu verhindern, zu deren Bewältigung er des verfassungsrechtlichen Ausnahmezustandes bedürfte²¹⁷. Die generelle Tauglichkeit dieses Konzepts einer Verdrängung des Ausnahmezustandes²¹⁸ zu bezweifeln, besteht Anlaß. Die mangelhaften Erfolge in der Bekämpfung des Terrorismus scheinen mir indessen weniger auf diesen elementaren Fehlern unseres Verfassungsrechtes als (von anderem abgesehen) auf der unzureichenden Anwendung und Ausschöpfung seiner Möglichkeiten wie auch derjenigen des einfachen Rechts zu beruhen²¹⁹. Schon deshalb will es zweifelhaft erscheinen, ob mit grundlegenden Änderungen des Verfassungsrechts die Abwehrkraft des Staates gegen diese Art der Bedrohung gestärkt werden kann. Anders gewendet: die Normalität der Verhältnisse ist nicht so tiefgreifend gestört, daß die Normativität des geltenden Verfassungsrechts die bestehende Wirklichkeit grundsätzlich verfehlen müßte²²⁰.

Im einzelnen: Mit einer Rückkehr zum Recht des Belagerungszustandes im Sinne des preußischen Gesetzes vom 4. Juni

²¹⁴ Aus der umfangreichen Literatur über den Terrorismus sei hier nur der zusammenfassende Überblick erwähnt, den G. Boeden, der Leiter der Abteilung Terrorismusbekämpfung im Bundeskriminalamt, auf der von der CDU am 29. und 30. 11. 1977 in Bonn veranstalteten Fachtagung gegeben hat: Entwicklung und Erscheinungsformen des Terrorismus in: H. Geißler (Hrsg.), *Der Weg in die Gewalt*, 1978, S. 22 ff.

²¹⁵ Von notwendigen Veränderungen auf dem Gebiet des einfachen Rechts kann hier nicht die Rede sein.

²¹⁶ R. Wassermann, a. a. O. (Fn. 56), S. 125 ff. Zur Problematik dieser Entscheidung E.-W. Böckenförde, NJW 1978, S. 1885 ff.

²¹⁷ Dazu oben I 3.

²¹⁸ Böckenförde, a. a. O.

²¹⁹ Die Beispiele dafür sind zahllos. Um nur einige zu nennen: organisatorische Insuffizienzen im Bereich der Fahndung; Mängel im Strafvollzug; die Schwerfälligkeit des Strafverfahrens; die Duldung rechtsfreier Räume (Hochschulen); die Nichtanwendung der Art. 9 II, 18, 21 II GG.

²²⁰ Zum Verhältnis von Normativität und Normalität grundlegend H. Heller, *Staatslehre*, 2. Aufl. 1961, S. 249 ff.; s. a. C. Schmitt, *Legalität und Legitimität* in: *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, 1958, S. 263 ff., 321.

1851 und des Art. 68 RV²²¹ wäre nichts gewonnen. Sein rechtsstaatlicher Vorzug, die Eindeutigkeit von Beginn und Ende und die Vorhersehbarkeit der im Falle seiner Erklärung eintretenden Rechtsfolgen, macht ihn untauglich zur Bekämpfung der modernen Stadtguerilla, deren Charakteristikum eine mit langem Atem operierende, sich in unregelmäßigen und unberechenbaren Aktionen manifestierende Zermürbungsstrategie ist, die sich dem entschlossenen Gegenschlag nicht stellt. Daraus darf andererseits nicht der Schluß gezogen werden, es empfehle sich eine Rezeption des Art. 48 Abs. 2 WRV, dessen wesentlicher rechtsstaatlicher Mangel, die Verwischung der Grenzen von Verfassungsstörung, Ausnahmezustand und Normallage, eine unveränderte Übernahme in das geltende Verfassungsrecht ohne weiteres verbietet. Das freilich darf nicht hindern, sich des Art. 48 WRV „mit seiner breiten Erfahrungspraxis als Modell zu bedienen, um eine allein auf den Terrorismus beschränkte besondere Regelung zu treffen“.

Diese Erwägung *Th. Eschenburgs*²²² trifft sich mit dem Vorschlag *A. von Winterfeldts*²²³, „die regelungsbedürftige Gesamt-

²²¹ Dazu *E. R. Huber*, Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, 3. Bd., 1963, S. 1042 ff.

²²² Lehren für die Terrorbekämpfung aus Art. 48 der Weimarer Verfassung, ZParlR 1977, S. 457 ff., 459.

²²³ Terrorismus — „Reform“ ohne Ende? ZRP 1977, S. 265 ff., 267. — Gegen *v. Winterfeld* wendet sich *J. Lameyer*, Streitbare Demokratie contra Terrorismus? ZRP 1978, S. 49 ff. *Lameyers* Standpunkt: der Rechtsstaat werde derzeit nicht von Terroristen gefährdet, sie seien nicht in der Lage, ihn in seiner Substanz zu treffen; er lebe durch seine Institutionen, und diese funktionierten; auch der Bestand des Staates sei nicht gefährdet; mithin sei die Lösung des Terrorismusproblems zunächst (?) ein kriminaltechnisches Unterfangen, nicht ein Problem der Staatsverteidigung, beruht auf einer naiven und gefährlichen Fehleinschätzung der Lage. Er erkennt, daß die subtile Strategie des Terrorismus (einschließlich seines Umfelds im Bereich des mindestens potentiell gewalttätigen politischen Extremismus) auf die Zerstörung des Staates als „Friedenseinheit“ (*E. W. Böckenförde*, Der Staat als sittlicher Staat [Fn. 22], S. 12), seiner Friedensabwehrfunktion, zielt und damit im Bewußtsein der Rechtsgemeinschaft „völlig zu Recht „als schwerste Beeinträchtigung des Gemeinschaftsfriedens“ (so *v. Winterfeld*, a. a. O.) erscheint. In diesem — zentralen — Bereich kann eben gerade nicht mehr von einem auch nur annähernd befriedigenden Funktionieren der staatlichen Institutionen die Rede sein — von den, wie der Blick auf die italienische Szene zeigt, durchaus vorhandenen Steigerungsmöglichkeiten des Terrorismus zu schweigen! Die Geschichte nicht nur südamerikanischer Staaten zeigt, welche Konsequenzen drohen, wenn der demokratische Staat seine Aufgabe, die Sicherheit von Leib und Leben seiner Bürger zu garantieren, nicht mehr zu erfüllen vermag. Zur Charakterisierung des Terrorismus vgl. auch *H.-J. Vogel*, Strafverfahrensrecht und Terrorismus — eine Bilanz, NJW 1978, S. 1217 ff., 1218.

materie in einem Gesetz zur Bekämpfung des Terrorismus zu kodifizieren“, statt auf dessen Schläge mit immer neuen Veränderungen der allgemeinen Rechtsordnung zu reagieren²²⁴. Das gegen Überlegungen dieser Art mitunter vorgebrachte Bedenken, man dürfe den Terroristen nicht die Genugtuung verschaffen, den Staat zu Ausnahmemaßnahmen gezwungen zu haben²²⁵, an sich gewichtig, büßt an Überzeugungskraft in dem Maße ein, in dem der Staat bei ihrer Bekämpfung versagt und sich von Fall zu Fall zu mehr oder weniger verhüllten Maßnahmegesetzen (*v. Winterfeld*) oder gar zum Rückgriff auf den rechtfertigenden Notstand gezwungen sieht.

Folgt man dem Vorschlag *von Winterfelds*, dann wäre im Rahmen der Konzeption eines solchen Sondergesetzes gegen den Terrorismus punktuell die Notwendigkeit von Verfassungsänderungen zu prüfen. Das Erfahrungsfeld des Art. 48 Abs. 2 WRV umfaßt insonderheit die Verlagerung der Rechtsetzungsbefugnisse auf die Exekutive, die Suspendierung von Grundrechten, Durchbrechungen der bundesstaatlichen Kompetenzordnung, den Einsatz der Streitkräfte zur Wiederherstellung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, die Entsendung von Kommissaren der staatlichen Zentralgewalt und die Einsetzung von Ausnahmegerichten²²⁶.

Eines über das schon jetzt zulässige Maß hinausgehenden Verordnungsrechts der Regierung bedarf es nicht²²⁷. Die Entsendung von Beauftragten ist ein typisches Mittel der Bundesexekution²²⁸ — das ist nicht das Thema! Eine Erweiterung von

²²⁴ Ähnlich zum prinzipiellen Problem der Regelung des Ausnahmezustandes *Böckenförde*, NJW 1978, S. 1886.

²²⁵ *H.-J. Vogel*, a. a. O., befürchtet, eine Sondergesetzgebung enthielte das implizite Eingeständnis, Terrorismus sei ein von gewöhnlicher Kriminalität so außerordentlich abweichendes Phänomen, daß seine verfahrensrechtliche Bewältigung mit den geltenden Vorschriften nicht möglich sei. Genau dieses wird jedoch durch die in *Vogels* Aufsatz für das Gebiet des Strafverfahrensrechts dargestellten Rechtsänderungen während der letzten Jahre, denen Änderungen auf anderen Rechtsgebieten entsprechen, bezeugt. Die kriminelle Energie der Terroristen ist tatsächlich singulär und mit der Wirtschaftskriminalität (*Vogel* zieht diese Parallele) — bei aller Verabscheuungswürdigkeit derselben — schlechterdings nicht vergleichbar.

²²⁶ *Eschenburg*, a. a. O., S. 458 f.

²²⁷ Hier ist natürlich nicht an die Diskussion um das sog. selbstständige Verordnungsrecht der Exekutive gedacht; dazu der Schlußbericht der Enquete-Kommission Verfassungsreform, BT-Drucks. 7/5924, S. 91 f.; *H. H. Klein*, Erwägungen der Enquete-Kommission Verfassungsreform des Deutschen Bundestages zu einer Neufassung des Art. 80 GG, DÖV 1975, S. 523 ff.

²²⁸ Vgl. Art. 37, 84 III GG.

Bundeszuständigkeiten auf dem Gebiet der gegen mutmaßliche Straftäter einer bestimmten Qualität gerichteten Maßnahmen der Ermittlung, der Fahndung und Strafverfolgung muß, wenn sie sich als notwendig erweisen sollte²²⁹, möglich sein; dazu ist im übrigen eine Verfassungsänderung nicht immer nötig²³⁰. Zu prüfen ist ferner, ob es zur Eröffnung der Möglichkeit im Zusammenhang der Terrorismusbekämpfung notwendiger Grundrechtseingriffe hier oder da der Erweiterung von Gesetzesvorbehalten bedarf — in aller Regel freilich wird mit den vorhandenen, vom Verfassungsgeber mit bemerkenswerter Weitsicht formulierten Vorschriften auszukommen sein²³¹.

²²⁹ Vgl. das Gesetz über die Einrichtung eines Bundeskriminalpolizeiamtes (Bundeskriminalamtes) i. d. F. vom 29. 6. 1973, BGBl. I S. 704, mit späteren Änderungen. Die Möglichkeiten der Einflußnahme dieser Stellen auf die zuständigen Behörden der Länder sind schon jetzt, gerade auch in dem hier in Rede stehenden Bereich, erheblich. Pannen, wie sie etwa bei der Fahndung nach den Entführern *H.-M. Schleyers* auftraten, sind nicht o. w. auf einen Kompetenzmangel von Bundesbehörden zurückzuführen.

²³⁰ Dazu v. Winterfeld, a. a. O., S. 268.

²³¹ So ist die systematische Durchsuchung von Wohnungen nach einem Entführungsfall auf der Grundlage des Art. 13 II GG gesetzlich regelbar. In diesem Zusammenhang erscheinen die Skrupel, die die Mehrheit im Deutschen Bundestag bei der Verabschiedung des Gesetzes zur Änderung der Strafprozeßordnung vom 14. 4. 1978, BGBl. I S. 497, speziell seines Art. 1 Nr. 1 (§ 103 StPO), plagten, einigermaßen merkwürdig auf dem Hintergrund einer Vorschrift, die sich im Entwurf der SPD-Fraktion des Nds. Landtags für ein Denkmalschutzgesetz vom 17. 12. 1976, LT-Drucks. 8/2154, findet. Dort heißt es: „Die Besichtigung einer Wohnung ... gegen den Willen der Betroffenen darf nur durch das Amtsgericht, bei Gefahr im Verzuge auch durch die ... Behörden angeordnet werden“. — Auch die notwendige Beschleunigung des Strafverfahrens in Terroristenprozessen (vgl. die Entwürfe eines Gesetzes zur Beschleunigung strafrechtlicher Verfahren der CDU/CSU-Fraktion des Deutschen Bundestages, BT-Drucks. 8/323, und eines Strafverfahrensänderungsgesetzes 19..., BT-Drucks. 8/976 sowie den Bericht des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages vom 1. 6. 1978, BT-Drucks. 8/1844 und das Gesetz vom 5. 10. 1978, BGBl. I, S. 1645) ist ohne Verfassungsänderung erreichbar; der Einrichtung von Ausnahmegerichten, die eine Änderung von Art. 101 GG voraussetzen würde, wäre zu widerraten. — Gleiches — keine Verfassungsänderung erforderlich — gilt für eine Vielzahl weiterer erwägenswerter Maßnahmen (vgl. v. Winterfeld, a. a. O., S. 268 f.). So wäre z. B. an eine Erweiterung des in Art. 5 II GG enthaltenen Gesetzesvorbehaltes nur dann zu denken, wenn Presse und Rundfunk sich in künftigen Fällen weniger verantwortungsbewußt verhalten sollten als während der Entführung Schleyers. Die damals von den Behörden praktizierte restriktive Nachrichtenpolitik war nicht etwa verfassungswidrig. Nicht unbedenklich ist es daher, wenn, wie einer Pressemitteilung des Deutschen Presserates zu entnehmen ist, auf dessen Sitzung am 25. und 26. 4. 1978 mit Staatssekretär Bölling vom Presse- und Informationsamt der Bundesregierung Einvernehmen

Schließlich könnte es sich erweisen, daß in bestimmten Situationen die Polizeikräfte des Bundes und der Länder nicht ausreichen, alle ihnen zufallenden Aufgaben zufriedenstellend zu erfüllen. Eine behutsame Erweiterung der Einsatzmöglichkeiten der Bundeswehr in inneren Krisenlagen (Art. 87 a Abs. 4 GG), etwa in Richtung auf den Personenschutz oder die Durchführung von Straßenkontrollen, muß erwogen werden.

Eine diesen Problemkreis abschließende verfassungspolitische Bemerkung sei angefügt:

Bei allem Verständnis für rechtsstaatlich motivierte Zweifel an der Richtigkeit des hier in Erwägung gezogenen und etwaiger ähnlicher Vorschläge wird zu bedenken sein, daß die Dynamik des politischen Prozesses, wenn es nicht gelingt, einer werdenden Krise rechtzeitig Herr zu werden, zu überschießenden, dann jedoch nicht mehr zu verhindernden Reaktionen führen könnte²³². „Der kluge Mann baut vor“²³³.

VI. Verfassungsschutz und Verfassungspflege

Der Schutz der Verfassung ist nicht nur eine Sache speziell diesem Zweck gewidmeter Normen und ihres Vollzugs. Der demokratische Rechtsstaat hat nur Bestand, solange seine Bürger freiheitlich gesonnene Demokraten sind²³⁴. Der die Identität des Staates prägende Kanon von Verfassungsnormen und Verfassungsgrundsätzen ist deshalb notwendiger Gegenstand staatlicher Verfassungspflege. Die Verfassung muß Staat machen, wenn sie von Dauer sein soll²³⁵. Die unter dem Titel „Grundwerte und Staat“ geführte Diskussion²³⁶ hat überdies,

darüber erzielt wurde, daß es eine „Nachrichtensperre“ wie damals nicht wieder geben werde.

²³² Im gleichen Sinne H.-J. Vogel, a. a. O. (Fn. 223), S. 1218. Er verweist in Fn. 13 beispielhaft — ob zu Recht, mag hier dahinstehen — auf das nach der Entführung Aldo Moros erlassene italienische Gesetzesdekret vom 21. 3. 1978.

²³³ Fr. Schiller, Wilhelm Tell.

²³⁴ Vgl. Isensee, NJW 1977, S. 550; ders., Demokratischer Rechtsstaat (Fn. 30), S. 105, 106 f.: „Bürgerfreiheit ermöglicht und fordert die Bürgertugend“.

²³⁵ R. Altman, Macht die Verfassung noch den Staat? Carl Schmitt wird neunzig, FAZ vom 8. 7. 1978, Beilage „Bilder und Zeiten“.

²³⁶ H. Schmidt, Grundwerte heute in Staat und Gesellschaft, Bulletin des Presse- und Informationsamtes der Bundesregierung vom 27. 5. 1976, S. 581 ff.; W. Maihofer, Grundwerte in Staat und Gesellschaft, Bulletin vom 24. 6. 1976, S. 711 ff.; H. Kohl, Freiheit, Solidarität, Gerechtigkeit in: Die Frau in der offenen Gesellschaft 3/1977, S. 8 ff.; J. Isensee, NJW 1977, S. 545 ff.; O. Kimminich, Die Grundwerte im demokratischen Rechtsstaat, ZPol. 1977, S. 1 ff.; H. Kuhn, Der Streit um die Grundwerte, ZPol 1977, S. 18 ff.; E. W. Böckenförde, Der Staat als sittlicher Staat (Fn. 22).

so kontrovers sie verläuft, die Erkenntnis unterstrichen, „daß der Staat... abhängig ist von Prinzipien“ — nicht rechtsnormativer Qualität! —, „die er nicht geschaffen hat und über die er nicht verfügt, sondern die er vorfindet“²³⁷. Auch diesem moralischen Fundament²³⁸ seiner Verfassungsordnung und ihrer Geltung kann der Staat nicht gleichgültig gegenüberstehen. Er registriert sein Vorhandensein nicht nur²³⁹, er lebt aus ihm²⁴⁰.

Dabei geht es nicht um die amtliche Verordnung einer Staatsideologie²⁴¹. Wohl aber ist es eine der vornehmsten, allerdings auch schwierigsten²⁴², Aufgaben des Staates, vor allem durch sein Beispiel²⁴³, jedoch auch durch gezieltes Handeln, die

²³⁷ H. Kuhn, a. a. O., S. 25.

²³⁸ J. Isensee, Demokratischer Rechtsstaat, S. 95, spricht von den „staatsfreien ethischen Elementen der gesellschaftlichen Homogenität“. Wie schwierig es ist, sie zu fassen, haben Isensees Vortrag und die anschließende Diskussion (a. a. O., S. 119 ff.) einmal mehr gezeigt.

²³⁹ In deutlicher Wendung gegen die Gedankengänge H. Schmidts betont i. d. S. H. Kohl, a. a. O., S. 10: „Der Staat ist aber nicht nur der Notar von Mehrheitsmeinungen... Der Politiker... hat die Pflicht, für die Grundwerte der Verfassung aktiv einzutreten“. Ebenso Isensee, NJW 1977, S. 551: Staatsorgane haben „die rechtliche Verpflichtung, dafür zu sorgen, daß dieses Fundament der realen Verfassungsgeltung (scil. der soziale Konsens) unversehrt bleibt“. Auch H. Schmidt, der die „Zuständigkeit für die Grundwerte“ in die Gesellschaft verweist, weiß — nicht ohne Widerspruch dazu — den Staat verpflichtet, „den vorhandenen Bestand an Grundwerten, an ethischen Grundüberzeugungen und Werthaltungen zu schützen“ (a. a. O., S. 584).

²⁴⁰ Vgl. H. Kuhn, Der Staat, 1967, S. 419: „Lebt doch der Staat von einem Leben, das seinem Machtbereich entzogen ist“. Ebenso Isensee, Demokratischer Rechtsstaat (Fn. 30), S. 103.

²⁴¹ Mißverständlich in diesem Sinne H. Schelskys Klage über den „Staat, an den niemand glaubt“, Deutsche Zeitung vom 23. 12. 1977, kritisch dazu Böckenförde, Der Staat als sittlicher Staat (Fn. 22), S. 24 f.; s. a. H. Hattenhauer, Über Auftrag und Vollmacht des Staates, Schriften der H. Ehlers-Akademie, 1975, S. 13. Als „idealistisch-reaktionäres Gegenstück“ zum „antagonistischen Dissensmodell des Klassenkampfes“ betrachtet E. Denninger, Verfassung und Gesetz (Fn. 39), S. 34, das „fiktive Konsensmodell eines ‚Grundkonsenses aller Demokraten‘“. Es werde, so Denninger, „gegen die legitimen Reformversuche des demokratischen Gesetzgebers“ mobilisiert und, während für die Klassenkampftheorie der status quo indiskutabel und inakzeptabel sei, gelte gleiches für die Konsens Theorie bezüglich jedes anderen Zustandes als des status quo. So wird durch einen dialektischen Trick (und die Behauptung einer Unwahrheit) das Bemühen um die Erhaltung der Verfassungsgrundlagen — mit den Worten H. Kohls, a. a. O., S. 10: „das Vertrauen in den Bestand und die Wirksamkeit gewisser Grundregeln der politischen Ordnung“ — dem Bestreben, sie zu beseitigen, moralisch und verfassungsrechtlich gleichgestellt!

²⁴² Isensee, a. a. O., S. 118.

²⁴³ Böckenförde, a. a. O., S. 31 ff.

zutiefst humane, aus leidvoller geschichtlicher Erfahrung mit anderen politischen Ordnungssystemen erwachsene Idee demokratischer Rechtsstaatlichkeit zu fördern und für sie zu werben. Daß er ihre dauernde Überzeugungskraft nicht zu garantieren, gemeint ist: zwangsweise durchzusetzen vermag²⁴⁴, liegt in der Natur der Sache sowohl als auch daran, daß der Gesinnungszwang dem Rechtsstaat versagt bleiben muß. Das selbstverständliche Postulat weltanschaulicher Neutralität des Rechtsstaates²⁴⁵ dahin zu überspitzen, daß dieser Staat auch gegenüber seinen eigenen ideellen und verfassungsrechtlichen Grundlagen eine neutrale, wenn nicht gar kritische Haltung einzunehmen habe, ist jedoch nicht mehr als die absurde Ausgeburt einer sinnentleerten Emanzipationspädagogik²⁴⁶.

Was ich mit staatlicher Verfassungspflege meine, sei abschließend an drei Beispielen gezeigt.

Erstens. Das Grundgesetz untersagt den Mißbrauch der Legitimität zur Zerstörung der Legitimität. Gegen dieses verfassungsrechtliche Verbot wird verstoßen, „wenn der Gesetzgeber“ — nicht nur im Einzelfall und gewissermaßen zufällig, sondern im bewußten Eingehen des Risikos — „nach Lösungen sucht, die verfassungswidrig sind oder gerade noch am Rande der Verfassungsmäßigkeit balancieren“²⁴⁷. Die notwendige Autorität der Verfassung wird zusätzlich geschädigt, wenn der solche Lösungen verwerfende Spruch des BVerfG — mitunter schon, bevor er ergangen ist — Reaktionen hervorruft, die an der Bereitschaft zweifeln lassen, sich ihm zu beugen. Kritik am BVerfG ist nicht nur erlaubt, sondern auch notwendig²⁴⁸.

²⁴⁴ Vgl. E. W. Böckenförde, Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation in: *ders.*, Staat, Gesellschaft, Freiheit, 1976, S. 42 ff., 60: „Der freiheitliche, säkularisierte Staat lebt von Voraussetzungen, die er selbst nicht garantieren kann“; Isensee, Demokratischer Rechtsstaat, S. 108.

²⁴⁵ H. Kuhns, ZPol. 1977, S. 28 f., Stellungnahme gegen die „blasse und unrealistische Lehre vom weltanschaulich neutralen Staat“ scheint mir auf der mangelnden Unterscheidung zwischen der marxistisch-kommunistischen Doktrin und der in ihrem Namen betriebenen „geistigen und territorialen Expansionspolitik“ zu beruhen. Diese gilt es von Verfassungen wegen zu bekämpfen, jene ist zu tolerieren. Daß Weltanschauungen — mit unterschiedlicher Energie — auf ihre Umsetzung in gesellschaftliche Praxis ausgehen, ist dabei nicht übersehen. Mit diesem Risiko muß der Rechtsstaat leben.

²⁴⁶ Vgl. die Frage H. Webers, Diskussionsbeitrag in: Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche 11 (1977), S. 140, ob es denn wirklich richtig sei, daß dem demokratischen Staat kein eigenes Staatsethos innewohnt und innewohnen darf.

²⁴⁷ Isensee, NJW 1977, S. 551.

²⁴⁸ Die Entscheidung des BVerfG beansprucht Maßgeblichkeit, nicht Stiftung von Konsens, wie schon die Einrichtung des Sonder-

Zu den Grundlagen unserer Verfassung gehört jedoch neben der Bindung aller politischen Entscheidungen an die Verfassung die Kompetenz des BVerfG zu letztverbindlicher Interpretation des Verfassungsrechts. Sie heischt Anerkennung auch dort, wo das Gericht nach dieser oder jener Meinung irrt. Solchem Irrtum ist mit der Überzeugungskraft des Arguments, nicht mit der Versagung des Gehorsams oder disqualifizierender Polemik zu begegnen. Staats- und Verfassungsorgane, einschließlich der politischen Parteien, die diese Regel mißachten, verletzen ihre Rechtspflicht zu Schutz und Pflege der Verfassung.

Zweitens. Staatliches Schulmonopol und verfassungsrechtliche Gleichordnung von elterlichem Erziehungsrecht und staatlichem Auftrag zur Bildung und Erziehung der Kinder²⁴⁹ verleihen der inhaltlichen Bestimmung des staatlichen Erziehungsauftrags außerordentliche Bedeutung. Auch wenn das Grundgesetz im Gegensatz zur Weimarer Reichsverfassung (Art. 148 Abs. 1) und zu den Verfassungen der Länder²⁵⁰ sich dazu nicht ausdrücklich äußert, geht es doch erkennbar davon aus, daß schulische Erziehung nicht nur die Vermittlung von Können und Wissen umfaßt, sondern auch von Wertvorstellungen und Handlungsprinzipien, soweit es sich um jenen „Wertfundus und Prinzipienkanon“ handelt, „über den ein allgemeiner und gesicherter Konsens existiert“²⁵¹. Das ist von Verfassungs wegen mindestens insoweit der Fall, als die unabänderlichen Grundlagen des Verfassungsrechts in Rede stehen²⁵². Auch die Einsicht, daß, weil anders kein Staat zu bestehen vermag, „Gesetzesgehorsam nicht lediglich als heteronome Rechtspflicht“ geschuldet wird, „sondern auch als autonome ethische Leistung (zu) erbringen“ ist²⁵³, bildet einen notwendigen Gegenstand der staatsbürgerlichen Erziehung in der staatlichen Schule. Nicht kritische Distanz, sondern eine positive Einstellung zum eigenen Staat und seiner Verfassung ist das vorgegebene Ziel staatlicher Jugenderziehung²⁵⁴.

votums zeigt; s. *D. Göldner*, Integration und Pluralismus im demokratischen Rechtsstaat, 1978, S. 45 f.

²⁴⁹ BVerfGE 34, 165 ff., 181 f.; 47, 46 ff., 71 f., Kritisch und einschränkend zur Gleichrangigkeitsthese *F. Ossenbühl*, Schule im Rechtsstaat, DÖV 1977, S. 801 ff., 807 f.

²⁵⁰ Vgl. z. B. Art. 12 I LVBW und dazu *J. Isensee*, Demokratischer Rechtsstaat (Fn. 30), S. 114.

²⁵¹ *Ossenbühl*, a. a. O., S. 808.

²⁵² Dazu BAG NJW 1978, S. 69, und ZBR 1976, S. 306 ff., 308.

²⁵³ *Isensee*, a. a. O., S. 103.

²⁵⁴ Wissenschaft und Rechtsprechung mußten sich in den letzten Jahren bedauerlicherweise mehr mit der Abwehr von Mißbräuchen des staatlichen Erziehungsauftrags beschäftigen als mit der Defini-

Drittens. In seinem Beschluß vom 20. Oktober 1977 bemerkt das BVerfG: „Der Rechtsstaat kann sich nur verwirklichen, wenn sichergestellt ist, daß Straftäter im Rahmen der geltenden Gesetze verfolgt, abgeurteilt und einer gerechten Strafe zugeführt werden“²⁵⁵. Auf die Gefahr hin, daß *Denninger* diese elementare Feststellung zu jenen „Einfach-Sätzen“ rechnet, „die stets mit der Sicherheit unanfechtbarer Plausibilität auftreten können“²⁵⁶, die er aber in Wahrheit für nichts weniger als plausibel zu halten scheint, erachte ich die Aufgabe des Staates, die Unverbrüchlichkeit der Rechtsordnung zu wahren, dennoch für fundamental. Denn: „das Gesetz nur kann uns Freiheit geben“²⁵⁷. Der in den letzten Jahren eingetretene Verfall der Autorität des Rechts²⁵⁸, die falsche Duldsamkeit des Staates gegenüber wie immer begründeter Anwendung von

tion seiner positiven Inhalte. Es liegt auf der Hand, daß die Situation von Schule und Schüler, die Bildsamkeit des letzteren und seine noch nicht entwickelte Fähigkeit, sich gegen selektive und emotionalisierte Stoffvermittlung und dadurch ermöglichte Ideologisierung (s. die Warnungen *Th. Oppermanns*, Nach welchen rechtlichen Grundsätzen sind das öffentliche Schulwesen und die Stellung der an ihm Beteiligten zu ordnen? Gutachten für den 51. Deutschen Juristentag, S. C. 93, vor einer „politischen Konfessionsschule“) zur Wehr zu setzen, eine ständige Verlockung darstellt, den politischen Willensbildungsprozeß auf diesem Wege zu steuern; dazu erheblich BVerfGE 44, 125 ff., 140 ff., wo festgestellt wird, daß es dem Staat grundsätzlich nicht gestattet ist, auf den Willensbildungsprozeß des Volkes mit dem Ziel einzuwirken, „Herrschaftsmacht in Staatsorganen zu erhalten oder zu verändern“. Ebenso gilt es die Begehrlichkeit von Interessenverbänden abzuwehren, die sich der Schule zur Durchsetzung ihrer partikularen Interessen über sog. „engagierte curricula“ (vgl. etwa *Dietze*, RdJB 1976, S. 349 ff., 355 f.) bedienen möchten. (In diesen Zusammenhang gehört auch die Diskussion über die Tendenzuniversität: s. einerseits etwa *Kirchhof*, Kooperationsvereinbarung zwischen Hochschulen und Verbänden, ZRP 1976, S. 239 ff., andererseits — die Berechtigung seiner Einwände ungewollt bestätigend — *Holländer/Schmidt*, Kooperation aus Gegenstrategie in: Gewerkschaftliche Monatshefte 1977, S. 75 ff., 80, und *Bamberg/Kröger/Kuhlmann*, Arbeitswelt, Gewerkschaften und Hochschulen — Zusammenarbeit von Gewerkschaften und Hochschulen als Instrument gewerkschaftlicher Interessenvertretung in: Gewerkschaftliche Monatshefte 1977, S. 82 ff.). Wo Mißbräuche dieser Art vom Staat selbst ausgehen, verspricht nur die Stärkung individualrechtlicher Positionen Erfolg. Außer *Oppermann* und *Ossenbühl*, a. a. O., s. zum Thema noch *G. Püttner*, Toleranz und Lehrpläne für Schulen, DÖV 1974, S. 656 ff.

²⁵⁵ BVerfGE 46, 214 ff., 222.

²⁵⁶ Gewalt, innere Sicherheit und demokratischer Rechtsstaat, ZRP 1973, S. 268 ff., 268.

²⁵⁷ *J. W. von Goethe*, Natur und Kunst. — Wie hier nachdrücklich *Böckenförde*, Der Staat als sittlicher Staat, S. 14 f.

²⁵⁸ *K. Doehring*, Der Autoritätsverlust des Rechts in: Festschrift für E. Forsthoff, 1972, S. 103 ff.

Gewalt, hat nicht etwa zu einer Festigung der Grundlagen unserer Verfassungsordnung beigetragen, sondern vielmehr Zweifel und Verdruß an Demokratie und Rechtsstaatlichkeit genährt²⁵⁹. Private Gewalt, ob „symbolisch“²⁶⁰ oder nicht, darf im Rechtsstaat — abgesehen vom Ausnahmefall der individuellen Notwehr und Nothilfe — nicht geduldet werden^{261, 262}.

²⁵⁹ Vgl. D. Merten, Rechtsstaat und Gewaltmonopol, 1975, S. 45 ff.; H. Schwarz, Unser Staatswesen — Leitbild für den Bürger? Schriften der H. Ehlers-Akademie, 1978, S. 10, bemerkt zutreffend den Widerspruch, daß der Bürger in seinem privaten Leben eine Fülle von Vorschriften zu beachten hat und, tut er dies nicht, mit Bußgeldern und Strafen überzogen wird, andererseits aber erlebt, daß der Staat militanten Hausbesetzern und kommunistischen Kadern mit Langmut und Nachsicht begegnet.

²⁶⁰ Denninger, a. a. O., S. 269.

²⁶¹ Denninger, a. a. O., ist zuzustimmen, wenn er darauf hinweist, daß Gewalt, die tatsächlich vorhandene Konflikte indiziert, durch den präventiven oder repressiven Einsatz staatlicher Gewalt nicht wirksam dauerhaft bekämpft werden kann. Richtig ist auch, daß die Unterdrückung privater Gewalt bei gleichzeitigem Verzicht auf die Lösung jener Konflikte eine „entlegitimierende Wirkung“ hat (vgl. auch Denninger, Verfassung und Gesetz [Fn. 39], S. 38). Jedoch sind diese Feststellungen unvollständig; denn es bleibt unberücksichtigt, a) daß, wo Gewalt geübt wird, solche Konflikte oft nur in der Einbildung der Akteure existieren oder, wo sie wirklich vorhanden sind, von ihnen nur zum Vorwand für die Verfolgung ganz anderer Ziele genommen werden (zur Rolle der Gewalt in der „Strategie der Systemüberwindung“ s. Schelsky in: Systemüberwindung, Demokratisierung und Gewaltenteilung, 2. Aufl. 1973, S. 30); b) daß die Anwendung von Gewalt zur Nachahmung verführt, wenn sie ungestraft bleibt, etwa vorhandene Mißstände also keineswegs eine verbesserte Chance erhalten, beseitigt zu werden; c) daß schließlich die Demonstration staatlicher Entschlossenheit oft auch eine legitimierende Wirkung hat — so muß Denninger, a. a. O., selbst widerwillig anerkennen, daß die „Helden von Mogadischu (der Autor setzt sie in Gänsefüßchen, was wohl seine Verachtung für die ihnen zuteilgewordene „wohlstand-bourgeoise“ Bewunderung ausdrücken soll) der Popularitätskurve des Bundeskanzlers wieder nach oben“ verholten haben.

²⁶² Im Maße, in dem der Staat den Bürger gegenüber privater Gewalt ohne Schutz läßt, ist dieser gezwungen, zur (organisierten) Selbsthilfe zu greifen. Zur Aktualität dieses Problems s. W. Hoffmann-Riem, Übergang der Polizeigewalt auf Private? Schriftenreihe der Polizei-Führungsakademie 3/77, S. 6 ff. Seinen Bedenken ist zuzustimmen. Die Rechtsordnung würde jedoch auf den Kopf gestellt, wollte man seinem Vorschlag (a. a. O., S. 17 f.) folgen, in Analogie zu der Figur des Zweckveranlassers die des Risikoveranlassers zu bilden und diesem, also dem Inhaber besonders gefährdeten Eigentums (Kernkraftwerk!) oder dem Veranstalter risikoreicher Ereignisse (öffentliche Versammlungen!) die Kosten des gegebenenfalls erforderlichen polizeilichen Einsatzes aufzubürden. Hier wird verkannt, daß nicht der Eigentümer oder Veranstalter darüber entscheidet, ob er ein „Risiko veranlaßt“, sondern daß es im Belieben Dritter steht, eine Sache oder ein Verhalten zur „Provokation“ zu

Gleiches gilt für jede Aufweichung des aus gutem Grund formalen Rechtsbegriffs der Gewalt²⁶³, die, wie die Erfahrung lehrt, zunächst zur Verharmlosung bestimmter Formen der Gewalt, dann zu deren Steigerung führt. Die Expansion der Gewalt ist nicht eine Folge verschärfter Repressivität, sondern immer stärker um sich greifender Permissivität in Staat und Gesellschaft. Im demokratischen Rechtsstaat, in dem hinreichend gesichert ist, „daß Veränderungen, die von relevanten Gruppen der Gesellschaft für nötig gehalten werden, die Chance der Realisierung erhalten“, in dem „die Menschenrechte nicht prinzipiell verletzt“, sondern im Gegenteil prinzipiell geschützt werden, ist das staatliche Monopol legitimer Gewaltanwendung „schon um des inneren Friedens willen“ unaufgebbbar²⁶⁴. Der Schutz der Verfassung fordert, daß der Staat alles daransetzt, dieses Monopol zu behaupten.

erklären. Die Folge wäre, daß nur noch kapitalkräftige Kreise sich bestimmte Arten rechtmäßigen Verhaltens leisten können. Ob der Autor das bedacht hat?

²⁶³ Dazu Merten, a. a. O. (Fn. 259), S. 51 ff. Er warnt zu Recht vor der Übertragung der im Völkerrecht überwundenen Lehre vom *bellum iustum* auf das innerstaatliche Recht, also vor der Annahme, das wirkliche oder vermeintliche Vorliegen einer *iusta causa* rechtfertige die Anwendung von Gewalt. S. a. H. Weichmann, Von der Verwirrung unserer Zeit in: *Gefährdete Freiheit*, 1974, S. 9 ff., 13 f.

²⁶⁴ Gewalt und Gewaltanwendung in der Gesellschaft. Eine theologische Thesenreihe zu sozialen Konflikten. Erarbeitet von der Kammer der Evangelischen Kirche in Deutschland für öffentliche Verantwortung, 1973, S. 18 f. (These 5).

Leitsätze des Mitberichterstatters über:

Verfassungstreue und Schutz der Verfassung

I. 1. Gegenstand des Verfassungsschutzes sind die freiheitliche demokratische Grundordnung sowie der Bestand und die Sicherheit des Bundes und der Länder.

2. Der Inhalt des Begriffs der freiheitlichen demokratischen Grundordnung ist identisch mit dem Gegenstand der Unantastbarkeitsgarantie des Art. 79 III GG. Daraus folgt: die Verfassung gewährleistet die Unangreifbarkeit bestimmter mit normativer Kraft ausgestatteter Rechtsgrundsätze, nicht einer wie immer definierten „religion civile“.

3. Auch die Staatlichkeit der Bundesrepublik Deutschland ist durch die Verfassung geschützt.

4. Das Grundgesetz hat die ihm zugrundeliegende Staatsidee in die Form bestimmter Rechtsgrundsätze gegossen und diese der politischen Disposition entzogen. Es hat aus geschichtlichen Erfahrungen die Folgerung gezogen, daß die Verwirklichung auf die Beseitigung der freiheitlichen demokratischen Grundordnung gerichteter Ziele zu verhindern ist, mit welchen Mitteln auch immer sie verfolgt werden.

5. Die vom Grundgesetz zum Schutz der Verfassung getroffenen Vorkehrungen sind zu einem wesentlichen Teil Bestandteil des Normal- und nicht des Ausnahmezustandes. Sie beschreiben Schranken sowohl staatlichen als auch individuellen Handelns.

6. Die Streitbarkeit der Verfassung ist eine das Grundgesetz insgesamt prägende Grundentscheidung, die die Auslegung der einzelnen Verfassungsnormen, einschließlich der Grundrechte, nicht unbeeinflußt läßt.

7. Der Verfassungsfeind ist weder rechtlos noch unfrei. Er hat jedoch wie jeder Bürger, der die seinen Rechten gezogenen Schranken übertritt, mit den an Gesetz und Recht gebundenen Reaktionen der staatlichen Gewalt zu rechnen.

II. 8. Der Schutz der Verfassung ist Pflicht aller staatlichen Einrichtungen und Amtsträger.

9. Die Befugnis der in § 43 I BVerfGG genannten Verfassungsorgane, ein Parteiverbotsverfahren einzuleiten, ist eine

nach pflichtgemäßem Ermessen auszuübende Zuständigkeit. Je nach den Umständen reduziert sich das Ermessen auf Null.

10. *Aus dem Bemühen, den Verkümmierungsprozeß aufzuhalten, dem das Staatsschutzkonzept des Grundgesetzes seit geraumer Zeit unterworfen ist, erwachsene Vorschläge, das Parteiverbotsverfahren zu ändern, begegnen verfassungsrechtlichen und verfassungspolitischen Bedenken.*

11. *Verfassungswidrige Vereinigungen sowie Ersatzorganisationen verbotener Parteien und Vereinigungen sind zu verbieten. Ein Ermessensspielraum besteht nicht.*

III. 12. *Es gibt keine allgemeine Pflicht des Bürgers zur Verteidigung der freiheitlichen Demokratie. Jedoch nimmt das Grundgesetz einen Mißbrauch der Grundrechte zum Kampf gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung nicht hin (BVerfG).*

13. *Die Beamtengesetze konkretisieren zutreffend die schon kraft Verfassungsrechts bestehende Treupflicht der Beamten. Sie verlangt mehr als distanzierte Indifferenz, nämlich das Bekenntnis zum Staat der Bundesrepublik Deutschland und seiner verfassungsmäßigen Ordnung. Die beamtenrechtliche Treupflicht gilt ohne Einschränkung auch für beamtete Wissenschaftler.*

IV. 14. *Die parlamentarische Kontrolle des administrativen Schutzes von Staat und Verfassung ist durch das Gesetz vom 11. April 1978 auf eine neue Grundlage gestellt worden. Ob damit die rechte Mitte zwischen Wirksamkeit der Kontrolle und Effektivität des Verfassungsschutzes gefunden wurde, wird die Zukunft erweisen. Zur Verabschiedung des Gesetzes vom 11. April 1978 hätte es einer Verfassungsänderung bedurft.*

15. *Die bestehenden Rechtsgrundlagen des administrativen Verfassungsschutzes sind nicht ausreichend. Die Tätigkeit des MAD entbehrt einer wirksamen Rechtsgrundlage.*

16. *Ein Rückgriff des Staates auf die allgemeinen Notrechte des bürgerlichen und Strafrechts ist nur zulässig, wenn die Vorschriften des öffentlichen Rechts lückenhaft sind und die Heranziehung der Notrechte nicht eine von den Wertungen des öffentlichen Rechts abweichende Konfliktlösung bedeutet.*

17. *Im Bereich des Verfassungsschutzes ist diese Frage jedoch aus Gründen, die in der Natur seiner Tätigkeit liegen, von geringer Aktualität. Einen sog. Lauschangriff unter Beeinträchtigung des Grundrechts der Unverletzlichkeit der Wohnung darf der Verfassungsschutz nach geltendem Recht nur unter den Voraussetzungen des Art. 13 I 1. Alt. GG führen.*

Denkbare gesetzliche Erweiterungen der Befugnisse des Verfassungsschutzes zur Durchführung von Lauschaktionen sind nicht frei von verfassungsrechtlichen Bedenken.

V. 18. Für eine wirksame Bekämpfung des Terrorismus bedarf es der Mittel eines — ggf. einzuführenden — verfassungsrechtlichen Ausnahmezustandes nicht. Es empfiehlt sich jedoch, statt die bisherige Übung schrittweiser Veränderung der allgemeinen Gesetze fortzusetzen, die notwendigen Regelungen in einem besonderen Gesetz zusammenzufassen. Punktuelle Änderungen des geltenden Verfassungsrechts könnten sich als notwendig erweisen.

VI. 19. Ein wirksamer Schutz setzt eine intensive Pflege der Verfassung und der moralisch-ethischen Grundlagen ihrer Geltung voraus. Sie wird in erster Linie durch das Beispiel der im Staat Verantwortlichen, insbesondere durch die Vorbildlichkeit ihres Rechtsgehorsams, geleistet.

3. Aussprache und Schlußworte

Verfassungstreue und Schutz der Verfassung

Vorsitzender (Oppermann): Sehr verehrte Herren Kollegen! Der Beifall nach den beiden Referaten heute morgen hat wohl bereits gezeigt, daß das Unternehmen geglückt ist, hier in der Staatsrechtslehrervereinigung im verfassungsrechtlichen Sinne ein gleichzeitig hochpolitisches Thema anzusprechen, welches derzeit wie kaum ein anderes unser Staats- und Demokratieverständnis prägt. Ich lade Sie ein, unsere Diskussion in gleichem Geiste zu führen, damit weitere Erträge heraus-schauen.

Zunächst haben sich dankenswerterweise die Herren Kollegen *Walter Haller* und *Siegbert Morscher* bereiterklärt, uns über Verfassungstreue und Schutz der Verfassung in der Schweiz und in Österreich etwas zu berichten.

Haller: Den Ausdruck „Verfassungsschutz“ sucht man in der schweizerischen Verfassung und Gesetzgebung vergeblich. Wenn ein schweizerischer Staatsrechtslehrer vom „Schutz der Verfassung“ spricht, meint er damit im allgemeinen institutionelle Vorkehrungen, die — wie die Verfassungsgerichtsbarkeit — dazu dienen, die Korrektur verfassungswidriger Akte zu ermöglichen oder das Zustandekommen solcher Akte zu verhindern. Die Bundesverfassung sieht auch nicht die Möglichkeit einer Verwirkung von Grundrechten vor. An einer einzigen Stelle deutet sie die Problematik an, die uns heute beschäftigt: In Art. 56 wird die Vereinsfreiheit nur unter dem Vorbehalt gewährleistet, daß ein Verein weder in seinem Zweck noch in den dafür bestimmten Mitteln rechtswidrig oder staatsgefährlich sei, wobei die Kantonalgesetzgebung die erforderlichen Bestimmungen über den Mißbrauch der Vereinsfreiheit aufzustellen hat.

Der Umstand, daß die Verfassung die Möglichkeit des Mißbrauchs von Grundrechten zum Zwecke der Beseitigung der freiheitlichen Ordnung nur am Rand erwähnt und daß sich Wissenschaft sowie Gerichtspraxis kaum je in grundsätzlicher Weise damit auseinandergesetzt haben, bedeutet nicht, daß das Problem bei uns überhaupt nicht existiert. Angesichts der verschiedenen geschichtlichen Erfahrungen, der geringeren aktuel-

len Bedrohung und des Fehlens besonders normierter Schutzvorkehrungen gegen „Verfassungsfeinde“ in der Bundesverfassung ist jedoch bei uns die Fragestellung wenig aktuell, wann Schutzvorkehrungen gegen diejenigen, welche die freiheitliche Ordnung umwälzen wollen, ihrerseits das Fundament der Freiheit untergraben.

Sämtliche Grundrechte — die geschriebenen und die vom Bundesgericht aus der Verfassung abgeleiteten ungeschriebenen — stehen unter dem Vorbehalt der Zulässigkeit von Beschränkungen zum Schutz polizeilicher Güter, auch wenn die Verfassung nur bezüglich einzelner Freiheitsrechte solche Schranken ausdrücklich vorbehält. Als polizeiliche Güter, zu deren Schutz der Staat verpflichtet ist, werden auch die staatliche Sicherheit und die verfassungsmäßige Ordnung angesehen. Durch das Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage sowie die Beachtung allgemeiner Grundsätze von Verfassungsrang wie Rechtsgleichheit und Verhältnismäßigkeit werden freiheitsbeschränkende Maßnahmen in die Armatur des Rechtsstaates eingefügt. Insbesondere erlaubt eine differenzierte Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, dem besonderen ideellen Gehalt des jeweils in Frage stehenden Freiheitsrechts Rechnung zu tragen, wobei der schweizerische Richter erhebliche nicht-justiziable Beurteilungsspielräume der für die staatliche Sicherheit primär verantwortlichen politischen Organe anerkennt.

Unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit dürfte das völlige Verbot einer politischen Partei nur in Zeiten, in denen die Schweiz in ihrer Existenz bedroht ist, mit der Verfassung in Einklang zu bringen sein. Im Jahre 1940 ordnete die Bundesregierung die Auflösung der kommunistischen Partei und der rechtsextremen Nationalen Bewegung der Schweiz an. Unmittelbar nach Kriegsende wurden die Verbote wieder aufgehoben. Bereits kurz vor dem Ausbruch des Zweiten Weltkrieges hatte das Bundesgericht ein kantonales Verbot der kommunistischen Partei geschützt.

Die nicht zahlreichen Entscheidungen, in denen sich das Bundesgericht mit dem Verhältnis des Staatsschutzes zu den Grundrechten zu befassen hatte, datieren fast alle aus den dreißiger Jahren, als Links- und Rechtsextremisten unter Berufung auf Freiheitsrechte die verfassungsmäßige Ordnung umzustürzen versuchten und bedrohliche Entwicklungen im Ausland zum Aufsehen mahnten. In Urteilen, die weder durch methodologische Argumentation noch durch begriffliche Schärfe hervorstechen, zeigte das Gericht eine — unter Berücksichtigung der abzuwehrenden schweren Bedrohungen verständliche — zu-

nehmende Neigung, von Kantonen ergriffene Maßnahmen gegen verfassungsfeindliche Kräfte zu schützen, wobei es wiederholt den Ausnahmecharakter solcher Maßnahmen hervorhob.

Während des Zweiten Weltkrieges nahm sich der Bund in verstärktem Maße der Bekämpfung staatsfeindlicher Umtriebe an, womit diese Maßnahmen weitgehend gerichtlicher Überprüfung entzogen wurden, was mit unserer zaghaften Ausgestaltung der Verfassungsgerichtsbarkeit zusammenhängt (keine Verfassungsbeschwerde gegen Bundesakte; keine vorfrageweise richterliche Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit von Bundesnormen der Gesetzesstufe).

Verschiedene notrechtliche Strafnormen wurden 1950 in das ordentliche Gesetzesrecht übergeführt. Diese Bestimmungen des Strafgesetzbuches stellen heute das wichtigste rechtliche Instrumentarium des Staatsschutzes im engeren Sinne dar, auch wenn sie nicht häufig zur Anwendung gelangen. Art. 257 StGB, der den Tatbestand des Angriffs auf die verfassungsmäßige Ordnung normiert, enthält eine Formulierung, die wahrscheinlich nicht die von Herrn *Denninger* aufgestellten Kriterien der Meßbarkeit erfüllt. Danach wird mit Gefängnis bis zu fünf Jahren bestraft, „wer eine Handlung vornimmt, die darauf gerichtet ist, die verfassungsmäßige Ordnung der Eidgenossenschaft oder der Kantone rechtswidrig zu stören oder zu ändern“. Auch wenn hier kein „clear and present danger“ verlangt wird, muß doch hervorgehoben werden, daß strafrechtliche Interventionsmöglichkeiten nicht bestehen, solange Strategen der Systemüberwindung keine rechtswidrigen Mittel einsetzen oder Straftaten vorbereiten (vgl. BGE 98 IV 127 f.).

Besondere Zurückhaltung gebietet die Ausgestaltung des Verfahrens der Verfassungsrevision: Die Bundesverfassung darf jederzeit ganz oder teilweise geändert werden, wobei 100 000 stimmberechtigte Schweizerbürger eine solche Revision verlangen können und demzufolge die Möglichkeit haben müssen, durch Propagierung entsprechender Anliegen die für eine Volksinitiative auf Verfassungsrevision notwendigen Unterschriften zusammenzubringen. Die Bundesverfassung enthält keine Bestimmung analog Art. 79 Abs. 3 GG, und ob überhaupt aus der Verfassung materielle Schranken der Verfassungsrevision abgeleitet werden können, ist in der Lehre äußerst umstritten. Unter diesen Umständen fällt es schwer, Bestrebungen auf Abschaffung der bundesstaatlichen Gliederung, demokratischer Institutionen oder sogar einzelner Grundrechte als „verfassungsfeindlich“ zu apostrophieren und ihre Unterdrückung dogmatisch zu rechtfertigen. Daß die Idee der Freiheit die Beseitigung eines sich aus der Würde der menschlichen Per-

son ergebenden Kernbereichs der Freiheit niemals rechtfertigen kann, auch wenn dabei die Spielregeln des demokratischen Entscheidungsprozesses beachtet werden, ist zwar eine These, der sich wahrscheinlich die meisten meiner Kollegen anschließen könnten. Solche Überlegungen spielen jedoch im pragmatischen Rechtsdenken des Schweizlers eine untergeordnete Rolle, ist man doch zuversichtlich, daß Volksinitiativen der erwähnten Art nicht die geringste Erfolgsaussicht haben.

Wir haben keine Bundesstelle, die mit dem deutschen Bundesamt für Verfassungsschutz verglichen werden kann. Zwar ist der Bundesanwaltschaft eine gerichtliche Polizei unterstellt, die laut Gesetz in Zusammenarbeit mit den Staatsanwaltschaften und Polizeien der Kantone einen Informationsdienst im Interesse der Wahrung der inneren und äußeren Sicherheit der Schweiz zu betreiben hat (Art. 17 Bundesgesetz über die Bundesstrafrechtspflege). Soweit sich dieser personell bescheiden dotierte Bundespolizeidienst — es gehören ihm gegenwärtig insgesamt 66 Bedienstete an — überhaupt mit vorbeugenden Staatsschutzaufgaben zu befassen hat, beschränken sich diese auf die Beobachtung von Aktionen extremistischer Einzelpersonen und Gruppen im Vorfeld der Strafbarkeit. Das bei einigen Leuten verbreitete Gefühl, der Staat verhalte sich bei der Überwachung verfassungsfeindlicher Bestrebungen zu passiv, hat die bedenkliche Folge, daß sich Private manchmal als Staatsschützer aufspielen und ihre Informationen weitergeben, was besondere Probleme aufwirft, da wir kein Datenschutzgesetz haben und — was ein vor zwei Jahren bekannt gewordener Fall zeigte — noch kein genügender Persönlichkeitsschutz derjenigen besteht, die in den Kartotheken solcher selbsternannter Hüter der Verfassung verzeichnet sind. Der Entwurf einer neuen Bundesverfassung will sicherstellen, daß jedermann die ihn betreffenden amtlichen und privaten Akten einsehen darf, wenn nicht überwiegende öffentliche oder private Interessen eine Geheimhaltung erfordern (Art. 10 Abs. 4 Verfassungsentwurf).

Auch in der Schweiz ist anerkannt, daß der Beamte in einem besonderen Rechtsverhältnis zum Staat steht und daß sich daraus Treuepflichten ergeben, die ihm zusätzliche Beschränkungen von Grundrechten auferlegen. In den heute geltenden Personalvorschriften für die allgemeine Bundesverwaltung findet sich eine Normen des Beamtengesetzes konkretisierende Dienst-anweisung der Bundesregierung von 1950, wonach Arbeitnehmer des Bundes zu entlassen sind, „denen nach ihrer politischen Tätigkeit das für ihre Stellung erforderliche Vertrauen nicht mehr entgegengebracht werden kann. . . Dieses Vertrauen fehlt,

wenn die Gewißheit nicht mehr besteht, daß ein Dienstpflichtiger dem Lande die Treue unbedingt wahr, alles tut, was die Interessen des Bundes fördert, und alles unterläßt, was sie beeinträchtigt“. Diese Verwaltungsverordnung wird sehr selten angerufen. Bei deren Auslegung betonte das Bundesgericht, daß die politische Aktivität nur dann berechtigte Zweifel an der für den öffentlichen Dienst notwendigen Vertrauenswürdigkeit begründe, wenn die oppositionelle politische Haltung die Gefahr mit sich bringe, daß der Dienstnehmer seine konkrete dienstliche Position aus politischen Gründen mißbrauchen oder wesentliche Dienstpflichten verletzen könne (BGE 99 Ib 138/39).

Das Problem der „Radikalen im öffentlichen Dienst“ wird bei uns am häufigsten im Zusammenhang mit Lehrerwahlen erörtert. Die Kantone, in deren Zuständigkeit das Schulwesen fällt, sehen etwa vor, daß das Wählbarkeitszeugnis verweigert oder entzogen werden dürfe, wenn die Vertrauenswürdigkeit fehlt oder Treuepflichten in schwerer Weise verletzt wurden. Wenn die Volksschullehrer — wie in einigen Kantonen — durch das Volk gewählt werden, kann es leicht vorkommen, daß ein als Extremist in Verruf geratener Lehrer trotz Wählbarkeitszeugnis nicht wiedergewählt wird.

Zusammenfassend darf festgestellt werden, daß sich der Schweizer bei der Verteidigung der freiheitlichen Ordnung in sehr starkem Maße auf das Funktionieren demokratischer Mechanismen, vor allem direkt-demokratischer Institutionen, verläßt. Hingegen kommt der Rechtsschutz desjenigen, der sich in einen diametralen Gegensatz zu den herrschenden politischen Anschauungen stellt, bisweilen zu kurz. In der Einschaltung des Richters dürfte ja gerade die wesentliche Bedeutung der Art. 19 und 21 GG liegen.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr Kollege *Haller*. Ich glaube, wir haben aus Ihrer ebenso ruhigen wie klaren Darstellung des Schutzes der Verfassung in der Schweiz zu unserer Freude entnehmen können, daß die Verfassung bei Ihnen genau so fest steht wie der Kurs Ihrer Währung! Herr Kollege *Morscher*, ich darf Sie bitten, über Österreich zu uns zu dieser Thematik zu sprechen.

Morscher: In Österreich ist weder der Begriff der „Verfassungstreue“ noch jener des „Schutzes der Verfassung“ eine sozusagen ausdrückliche Kategorie der geltenden Verfassungsordnung und der Verfassungsdogmatik. Dennoch können

selbstredend auch hier bestimmte Institutionen und Regelungen darunter subsumiert werden.

Trotz des einen oder anderen Ansatzes in der Theorie, Österreichs Verfassungsordnung *nicht* als relativ wertneutral, sondern als „wehrhafte“, „streitbare“, als „wehrbereite“ oder „militante“ Demokratie zu erweisen, hat sich diese Auffassung nicht durchgesetzt. Auch kennen wir in Österreich *keine unabänderlichen* Verfassungsbestimmungen im Sinne des Art. 79 Abs. 3 des Bonner Grundgesetzes. Dennoch ist selbstverständlich auch für das Funktionieren des österreichischen Gemeinwesens der Konsens über bestimmte Grundsätze und Werte Voraussetzung — wie gerade auch die leidvollen Erfahrungen in der Ersten Republik bewiesen haben. Darüber hinaus aber wird *Pluralität* und natürlich auch all das andere, was die Herren *Denninger* und *Klein* angeführt haben, vorausgesetzt; diese vorausgesetzte Pluralität wird nunmehr besonders deutlich in Art. I § 1 Abs. 1 des neuen österreichischen Parteiengesetzes (BGBl. 1975/404) zum Ausdruck gebracht: „Die Existenz und Vielfalt politischer Parteien sind wesentlicher Bestandteil der demokratischen Ordnung der Republik Österreich“.

Wenn also auch keine unabänderlichen Verfassungsbestimmungen, so kennt die österreichische Bundesverfassung dennoch Verfassungsvorschriften mit erhöhter Bestandsgarantie; gemäß Art. 44 Abs. 2 B-VG bedarf nämlich jede „Gesamtänderung der Bundesverfassung“ nach Durchführung des parlamentarischen Bundesverfassungsgesetzgebungsverfahrens zu ihrem verfassungsmäßigen Zustandekommen der Zustimmung über eine Volksabstimmung. Hinzu treten die auf Verfassungsstufe stehenden Bestimmungen des Art. 17 MRK und des Art. 8 des Österreichischen Staatsvertrages, wobei nach letzterer Bestimmung Österreich „eine demokratische, auf geheimen Wahlen gegründete Regierung hat“. Ferner ist auf Art. 9 des genannten Staatsvertrages betreffend Auflösung nazistischer Organisationen und Art. 10 zu verweisen, der Österreich verpflichtet, die antinationalsozialistische Verfassungsgesetzgebung aufrechtzuerhalten ebenso wie die Habsburger Verfassungsgesetzgebung. Auch damit ist aber das demokratische Prinzip innerstaatlich letztlich nicht unabänderlich, eine hoffentlich nur rein theoretisch bedeutsame Einsicht. Sollte es sich bei der Aussage *Otto Mayers*, „Verfassungsrecht vergeht, Verwaltungsrecht besteht“, um eine sozusagen „ewige Wahrheit“ handeln, scheint der Verzicht der österreichischen Bundesverfassung auf die Statuierung unabänderlicher Verfassungsbestimmungen jedenfalls nicht unvernünftig.

Im übrigen gelten als wichtigste Indikatoren für die Bejahung einer wehrhaften Demokratie gleichermaßen aber als bedeutende Institutionen des Schutzes der Verfassung die Möglichkeit der Grundrechtsverwirkung, des Verbotes politischer Parteien, ein politisches Strafrecht, Treueklauseln, besondere Behörden zum Schutz der Verfassung und eine Notstandsverfassung. Dazu in Kürze aus österreichischer Sicht:

Eine Grundrechtsverwirkung in der heute üblichen spezifischen Bedeutung des Wortes kennen wir in Österreich im wesentlichen *nicht*. Das ergibt sich insbesondere daraus, daß Art. 20 des kraft Art. 149 Abs. 1 B-VG als Bundesverfassungsgesetz geltenden Staatsgrundgesetzes über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger aus dem Jahre 1867 durch Art. 149 Abs. 2 B-VG außer Kraft gesetzt wurde; diese aufgehobene Bestimmung hatte die Suspension einzelner Grundrechte ausdrücklich vorgesehen. Sehen wir von jenen Problemen ab, die sich aus den Artikeln 15 bis 17 und 60 der MRK allgemein und damit auch für Österreich für den gegebenen Zusammenhang ergeben, sind noch zwei Gesichtspunkte zu erwähnen:

1. Art. 142 Abs. 4 und Art. 143 B-VG sehen vor, daß im Zusammenhang mit einem verurteilenden Erkenntnis des VfGH über eine Anklage gegen bestimmte oberste Organe (Staatsgerichtsbarkeit, rechtliche Ministerverantwortlichkeit) unter besonders erschwerenden Umständen auch auf zeitlichen Verlust der politischen Rechte erkannt werden kann.

2. Die Grundrechte stehen überwiegend unter einem „Gesetzesvorbehalt“, manche Grundrechte wie jene der Vereins- und Versammlungsfreiheit gelten nach der Rechtsprechung des VfGH nur nach Maßgabe der einschlägigen Ausführungsgesetze. Im Hinblick auf die Zersplitterung und das Alter der geltenden österreichischen Grundrechtsbestimmungen — ihr Kern, das Staatsgrundgesetz über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger stammt ursprünglich aus dem Jahre 1867 — kommt der Judikatur des VfGH besondere Bedeutung zu. Diese Rechtsprechung des VfGH ist relativ zurückhaltend und geht im Zweifelsfall eher von der Dispositionsfreiheit des einfachen Gesetzgebers aus. Dieser *judicial self-restraint* zeigt sich besonders deutlich in den Erkenntnissen des VfGH in Sachen Drittelparität an Universitäten und Fristenlösung, in welchen der österreichische VfGH keine Bedenken gegen die einfachgesetzlichen Regelungen hatte und damit zu Ergebnissen gelangt ist, die jenen des deutschen Bundesverfassungsgerichtes geradezu konträr gegenüberstehen. Die Möglichkeit des Verbotes politischer Parteien in der spezifischen Bedeutung des Wortes besteht in Österreich *nicht*. Doch ist auf jene Verfassungsbestim-

mung des Parteiengesetzes (Art. I § 1 Abs. 3 BGBl. 1975/404) zu verweisen, wonach die Gründung politischer Parteien frei ist, sofern *bundesverfassungsgesetzlich* nichts anderes bestimmt ist.

Etwas problematisch halte ich es, aus dem Bestand eines „politischen Strafrechts“ eine wehrhafte Demokratie abzuleiten, da dieser Begriff immer umstritten war und heute in ganz besonderer Weise ist, da gerade auch *Nichtdemokratien* ein solches kennen und da ferner kein Staat bekannt ist, der kein solches Strafrecht hätte. Auch Österreich hatte und hat selbstverständlich derartige Bestimmungen. Das neue österreichische Strafgesetzbuch (BGBl. 1974/60) kennt in den §§ 242 ff. eine Fülle einschlägiger Tatbestände, die durchaus auch auf die neueste Entwicklung eine Antwort zu geben versuchen. Vor kurzem wurde auch das vom Nationalrat genehmigte Europäische Übereinkommen zur Bekämpfung des Terrorismus im Bundesgesetzblatt kundgemacht, das immerhin unter anderem vorsieht, daß bestimmte Straftaten gerade *nicht* als politische Straftat angesehen werden, und zwar offenkundig im Sinne einer wehrhaften Demokratie.

Zum Aspekt der Verfassungstreue ist hervorzuheben, daß dabei in hohem Maße *affektive* Beziehungen zwischen Staat und Bürger im Spiele sind, die letztlich durch Rechtsvorschriften jedenfalls allgemein nicht „angeordnet“, aber auch nicht umfassend vorausgesetzt werden können. Dementsprechend kennen die österreichischen *Verfassungsvorschriften* auch keine ausdrücklichen Treuevorschriften und auch keine politischen Treuegelöbnisse zu Republik und Verfassung für alle Staatsbürger. Auch auf *einfachgesetzlicher* Stufe wird in Österreich kein allgemeines politisches Treuegelöbnis gefordert.

Besondere Regelungen bestehen aber für bestimmte Gruppen von Organen bzw. Organwaltern, und zwar sowohl auf Verfassungs- als insbesondere auf einfachgesetzlicher Ebene. In der Verfassung selbst sind verankert die staatsrechtliche Verantwortlichkeit und die Gelöbnisleistung bei Amtsantritt der obersten politischen Organe. Eine ausdrückliche Verfassungsvorschrift wie jene des Art. 5 Abs. 3 des Bonner GG kennen wir in Österreich nicht. Zahlreich sind die einfachgesetzlichen Regelungen für bestimmte Gruppen öffentlicher Funktionäre wie Beamte, Lehrer, Richter, Mitglieder des VfGH und VfGG, aber auch für Soldaten u. ä. Zwei Gruppen seien herausgegriffen:

Rechtsanwälte:

Derzeit bestehen in Österreich schon mangels einer entsprechenden Zahl einschlägiger Prozesse *keinerlei* aktuelle Pro-

bleme. Sonderregelungen im Bereich der Strafprozeßordnung kennen wir in Österreich nicht.

Beamte, am Beispiel der Bundesbeamten:

Hier bestehen in Österreich auf Verfassungsebene keine ausdrücklichen Anordnungen betreffend Verfassungstreue der Beamten, und es werden solche auch nicht aus der Verfassung abgeleitet. Auf einfachgesetzlicher Ebene können solche Gesichtspunkte einfließen über das Ernennungserfordernis der *persönlichen* (selbstverständlich auch fachlichen) Eignung.

Zu den Schlüssel-, gleichzeitig aber auch Reizbegriffen Radikalen-Erlaß bzw. Berufsverbot ist für Österreich festzuhalten, daß normativ zwar schon die geltende Rechtslage allenfalls zumindest eine gewisse Handhabe zur Erlassung solcher Anordnungen bieten könnte, daß sie aber tatsächlich diesbezüglich nicht strapaziert wurde.

Bei der Ernennung von Beamten besteht in Österreich allerdings eine Besonderheit. Zwar gewährt Art. 3 des Staatsgrundgesetzes über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger allen Staatsbürgern die gleiche Zugänglichkeit zu öffentlichen Ämtern und Art. 66 Abs. 2 des Staatsvertrages von St. Germain sowie Art. 8 des Staatsvertrages von Wien enthalten diesbezüglich Sondervorschriften. Nach der Judikatur des VfGH gewährt aber Art. 3 des Staatsgrundgesetzes keinen Rechtsanspruch auf Verleihung eines bestimmten Postens, sondern nur das Recht, sich um einen solchen Posten zu *bewerben* (VfSlg. 415, 779, 1709, 2602, 2982). Damit wird diesem Grundrecht nicht nur jede Wirksamkeit genommen, sondern es besteht keine Möglichkeit des nichtangestellten bzw. übergangenen Bewerbers, diese Entscheidung durch VwGH und/oder VfGH überprüfen zu lassen.

Zum Bestand von besonderen Verfassungsschutzämtern ist aus der Sicht Österreichs zu bemerken, daß der staatspolizeiliche Dienst kompetenzrechtlich zur „Allgemeinen Sicherheitspolizei“ zählt und *Bundessache* in Gesetzgebung und Vollziehung ist (Art. 10 Abs. 1 Z 7 B-VG). Wie Herr *Pernthaler* 1966 in seinem Beitrag im Sammelband Verfassungsschutz nachgewiesen hat, geht die Organisation des staatspolizeilichen Dienstes in Österreich auf eine Verordnung des Jahres 1850 zurück und seit dem Jahre 1966 hat sich diesbezüglich nichts geändert. Wenn deshalb *Peter Fleischmann* und *Martin Walser* in offenkundiger Abwandlung der eingangs zitierten Formel *Otto Mayers* meinen, Regierungen bestehen, die Staatspolizei bleibt, kann ich dem aus österreichischer Sicht nicht entgegenreten. Zur Skizzierung der aktuellen Lage darf ich noch hinzufügen, daß das aus konkreten Mißständen heraus vom Nationalrat mit

einstimmiger EntschlieÙung geforderte Staatspolizeigesetz bzw. Polizeibefugnisgesetz nicht nur nicht zum Gesetz gediehen ist, sondern daÙ nach parlamentarischer Anfragensbeantwortung des zuständigen Bundesministers im Jahre 1976 trotz Vorliegens einer Regierungsvorlage eines Polizeibefugnisgesetzes aus dem Jahre 1969 (1268 BlgNR 12. GP) solche Bemühungen nicht einmal mehr weiterverfolgt werden (II-245 BlgNR 14. GP).

Seit dem Jahre 1974 (BGBl. 1974/8) haben wir im Staatsgrundgesetz über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger einen neuen Art. 10 a, wonach verfassungsgesetzlich gewährleistet ist, daÙ das Fernmeldegeheimnis nicht verletzt werden darf und Ausnahmen davon nur aufgrund eines *richterlichen Befehles* in GemäÙheit bestehender Gesetze zulässig sind.

Besondere Einrichtungen der politischen Kontrolle bezüglich der staatspolizeilichen Tätigkeit bestehen in Österreich nicht und sind auch nicht in Diskussion. Parlamentarische Untersuchungsausschüsse sind es, die in den gelegentlichen Fällen von Mißbrauchsvermutungen größeren Ausmaßes eingesetzt werden; von den seit 1945 eingesetzten 10 Untersuchungsausschüssen haben sich bisher zwei mit einschlägigen Fragen befaÙt.

Ein ausgebautes *Notstandsverfassungsrecht* besteht in Österreich nicht, obwohl und gleichermaßen weil es historische AnlaÙfälle gibt (insbesondere auch 1933 und 1938). Ansätze dazu zeigen sich jedoch in der Möglichkeit der Einberufung des Nationalrates zu außerordentlichen Tagungen (Art. 28 Abs. 2 B-VG) und einzelner Bestimmungen des Bundesgesetzes über die Geschäftsordnung des Nationalrates (BGBl. 1975/410). Die wichtigste Regelung der Bundesverfassung ist jene über das „Notverordnungsrecht des Bundespräsidenten“ im Sinne des Art. 18 Abs. 3—5 B-VG. Nach Art. 79 Abs. 2 B-VG ist das Bundesheer über die militärische Landesverteidigung hinaus auch bestimmt, soweit die gesetzmäÙige zivile Gewalt seine Mitwirkung in Anspruch nimmt, zum Schutz der verfassungsmäÙigen Einrichtungen und ihrer Handlungsfähigkeit sowie der demokratischen Freiheiten der Bewohner sowie zur Aufrechterhaltung der Ordnung und Sicherheit im Inneren überhaupt. Schließlich sind die Ermächtigungen zur Erlassung gesetzesvertretender Verordnungen aufgrund des Art. II § 4 des V-ÜG 1929 (Allgemeine Sicherheitspolizei) und Art. 118 Abs. 6 B-VG (Ortspolizeiliche Verordnungen) anzuführen.

Zu einem allfälligen überverfassungsgesetzlichen Notstand darf ich berichten, daÙ dieser Fragenkreis im wesentlichen in Österreich *nicht* von der Sparte Verfassungsrecht bzw. öffentliches Recht abgedeckt wird.

Wie *Stern*, der gegenwärtige Vorsitzende unserer Vereinigung, in dieser Beziehung jedenfalls völlig unbestritten dargelegt hat, beruht der Schutz der Verfassung *im weiteren Sinn* auf einer Vielzahl von Vorkehrungen, und er hat hierfür auch einen konkreten Katalog angeboten (*Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland I, München 1977, 150 ff.). Im wesentlichen kennen wir in Österreich Gleiches, insbesondere eine Verfassungsgerichtsbarkeit mit umfassender Zuständigkeit, das Prinzip der Gewaltenteilung mit Kontrollen und Inkompatibilitäten, das — allerdings recht schwach ausgebildete — bundesstaatliche Prinzip, ein Maß an Öffentlichkeit, das Mindestanforderungen entspricht, die Presse- und Informationsfreiheit und Grund- und Freiheitsrechte insgesamt. Österreich hat darüber hinaus im Bund und zum Teil in Ländern und Gemeinden *plebiszitäre* Einrichtungen, die selbstverständlich weit über jene der Bundesrepublik Deutschland hinausgehen, andererseits aber lange nicht jene Bedeutung wie in der Schweiz besitzen.

Die abschließende Frage, ob sich der Staatsrechtslehrer in optimaler und liberaler Weise für die Verfassung stark gemacht hat, und was er in Zukunft in dieser Richtung tun kann, darf ich hier laut — selbstverständlich aber nur mir — stellen!

Vorsitzender: Herzlichen Dank, Herr Kollege *Morscher*, für Ihr außerordentlich konzentriertes Referat, in dem wir die Mehrzahl der Probleme, die uns in der Bundesrepublik bewegen, wiedergefunden haben, wenngleich — soweit man dies in der Kürze der Darstellung sehen konnte — in einer durchaus andersartigen Sicht im Verhältnis zwischen Österreich und der Bundesrepublik.

Wir gehen damit zunächst in den ersten großen Diskussions teil hinein, also in die *Grundfragen*. Ich darf hierzu Herrn *Zacher* bitten, zu uns zu sprechen.

Zacher: Zunächst eine Bemerkung zu dem Problemkreis der Sicherheitsempfindlichkeit. Herr *Denninger* hat ihn angesprochen und hat eine Konzentration der Verfassungsprüfung auf die sicherheitsempfindlichen Bereiche vorgeschlagen. Ich würde meinen, daß wir hier sehr viel stärker zu einer Differenzierung und zu einer Differenzierung der Anforderungen kommen müßten, daß uns dabei die Vokabel „sicherheitsempfindlich“ nicht genügen darf, und daß wir auch nicht sagen dürfen, nur dort, wo Sicherheitsempfindlichkeit ist, nur dort dürften Kontrollvoraussetzungen angestellt und verlangt werden. Ich

denke an einen Ausspruch, der mich stark beunruhigt hat, und den — wenn ich recht unterrichtet bin — der rheinländisch-pfälzische Ministerpräsident *Vogel* getan hat: nichts sei „sicherheitsempfindlicher“ als die Seele eines Schulkindes. Ich glaube, wir geraten auf Abwege, wenn wir die Verfassungskontrolle in dieser Weise über die Vokabel „Sicherheitsempfindlichkeit“ ausdehnen. Ich würde meinen, daß wir hier etwas anderes brauchen. Hier müssen wir darüber nachdenken, daß ein Lehrer einen großen pädagogischen Spielraum braucht und deshalb müssen wir hier etwa unterscheiden zwischen Exekutivbereichen, in denen tatsächlich Sicherheitsempfindlichkeit herrscht — hoheitlichen Exekutivbereichen und solchen der Daseinsvorsorge — und Bereichen, in denen die Tätigkeit ohne diese „Sicherheitsempfindlichkeit“ ein besonders großes personales Vertrauen in den zu Berufenden voraussetzt. Die Verfassungskontrolle hat diesen Aspekten spezifisch Rechnung zu tragen, nicht aber unter dem Gesichtspunkt der Sicherheitsempfindlichkeit.

Ich komme von hier, von diesem rollenspezifischen Zusammenhang, zu einer Grenzfrage dessen, was heute berührt worden ist, nämlich zu den Rollen in Gesellschaft und Staat, die die Brücke schlagen zwischen Staat und Gesellschaft, wo gewisse Spielregeln von gesellschaftlichen Grenzen eingehalten werden müssen, weil diese Rollen in irgendeiner Weise am Funktionieren des Rechtsstaates teilhaben. Hauptbeispiel solcher „Brückenschläger“ sind Rechtsanwälte. Das Versagen einzelner von ihnen, ihr Nichtmehr-Mitspielen bei unserer verfassungsmäßigen Ordnung hat uns ja in einer ganz einzigartigen Weise überfallen. Eine andere Gruppe, die nicht so spektakulär ist, die aber alle Tage spektakulär werden kann, sind etwa die Sozialarbeiter. Sehr nahe liegen die Verbände, die ebenfalls diese Brückenposition haben. Daran, daß wir hier rollenspezifische Kriterien der Verfassungstreue und rollenspezifische Anforderungen an die Verfassungstreue brauchen, wollte ich nur erinnern.

Das zweite — und hier fällt es mir sehr schwer, mich kurz zu fassen; ich werde es trotzdem versuchen — wäre das, was ich zur Grundrechtsinterpretation und -politik im engeren Sinne sagen möchte, nämlich daß wir sehr viel mehr, als es in den Referaten zum Ausdruck gekommen ist, eine verfassungspolitische Vorwärtslösung suchen müssen. Grundrechte sind in einer stetigen dynamischen Entwicklung. Immer neue Entfaltungsbereiche des Menschen treffen mit immer neuen Gefährdungen vom Staat her zusammen. Grundrechte sind die Schwielen der menschlichen Würde. Wo die Staatsgewalt sich an der

Menschenwürde reibt, entstehen neue Grundrechte, und ich glaube, wir sind in einer solchen Situation, daß die Menschenwürde hier neue, neu angelegte und adäquat strukturierte Schwielen braucht. Das neue Ziel der Grundrechtskontrolle ist ausdiskutiert, nämlich, daß diesmal die Freiheit um der Freiheit willen beschränkt werden soll. Die neuen Techniken des Eingriffes, nämlich, daß man die Privatsphäre zersetzen kann, etwa mit akustischen Mitteln usw., sind noch nicht hinreichend ausdiskutiert. Ich glaube nicht, daß man hier mit dem Grundrecht auf Wohnung etwas ausrichten kann. Ich glaube vielmehr, daß man hier die Privatheit als solche etwa zur Substanz machen muß, vielleicht auch die Frage eines Rechtes auf Nichtbeobachtet-Werden aufwerfen muß. Auch die neuen Schutztechniken des Staates für die Grundrechte sind, glaube ich, noch nicht grundlegend genug ins Auge gefaßt. Man hat zunächst geglaubt, man könnte mit Art. 18 und Art. 21 GG neue Abwehrmechanismen einführen. Sie sind uns entglitten. Herr Klein hat das durchaus in Rechnung gestellt. Wir haben damit aber noch nicht wirklich Tritt gefaßt, weil wir uns noch nicht entschlossen haben, diesen Art. 18 und den Art. 21 eindeutig zu abandonnieren. In dieser Halbheit stecken wir. Und darum glaube ich, daß wir eine positive Vision von einer zukünftigen Grundrechtsordnung brauchen: Welche Grundrechtssubstanzen sollen mit welchen Techniken gegen welche typischen Angriffe wirklich geschützt werden? Ich glaube, daß wir hier wahrscheinlich die Schwelle dessen, was durch Interpretation allein möglich ist, schon überschritten haben, also den Verfassungsgeber brauchen. Ihre Freiheit von Angst, Herr Denninger, scheint mir da ein wichtiger Impuls zu sein, solche Erfindungen, wie wir sie brauchen, zu tun; aber sie ist nicht die Erfindung, die wir brauchen, selbst.

Häberle: Herr Vorsitzender, verehrte Kollegen. Beide Referenten haben an den verschiedensten Stellen drei Begriffe verwendet, die uns in verfassungstheoretische „Höhen“ oder „Tiefen“ führen und denen wegen ihrer grundsätzlichen Bedeutung jetzt systematisch nachzugehen ist: dem „Verfassungsschutz“ (Herr Klein, Leitsatz 1, Herr Denninger, Leitsätze 16, 17, 22), der „Verfassungstreue“ (Herr Klein, 13, Herr Denninger, 12) und der Figur des „Verfassungsfeindes“ (Herr Klein, 7, Herr Denninger, 18).

Erstens zum *Verfassungsschutz*. Meines Erachtens ist zu unterscheiden zwischen Verfassungsschutz im engeren Sinne wie er den Landesämtern und dem Bundesamt für Verfassungsschutz letztlich grundrechtsförderlich aufgetragen ist. Ich möch-

te wegen der allgemeinen politisch-klimatischen Verkrampfung heute aber auch gerade den Verfassungsschutz im *weiteren* Sinne herausstellen, der allen obliegt. In seiner Mitte steht Art. 1 Abs. 1 GG, Herr Zacher, Ihre ja auch sprachlich-politisch wichtige „Vorwärtsverteidigung“ der Grundrechte; hierher gehören der Verfassungsschutz durch Art. 79 Abs. 3 und 19 Abs. 2 GG, als Institution das Bundesverfassungsgericht. Dieser Verfassungsschutz im *weiteren* Sinne ist ja im Sondervotum zum Abhörurteil des Bundesverfassungsgerichts im 30. Band erarbeitet worden, in Passagen, die wesentlich auf das Gutachten von Herrn Dürig aus dem Jahre 1969 zurückgehen. Und, Herr Denninger, ich begrüße ausdrücklich Ihren Begriff der „Freiheit von Angst“ als anthropologische, Art. 1 Abs. 1 GG zugehörige Prämisse.

Zweitens ein Wort zur „*Verfassungstreue*“. Diesen Begriff möchte ich nur für einen einzigen *speziellen* Bereich anerkennen, für den Sonderstatus des Beamten, ihn aber sonst, auch für Schüler, entschieden *ablehnen*. Eine freiheitliche Verfassung kann sich dies leisten. So darf man entgegen einigen jüngsten Äußerungen im Schrifttum die Grundrechte des Bürgers nicht etwa unter einen allgemeinen juristischen Verfassungsvorbehalt der Verfassungstreue stellen, auch nicht die Rechtsanwälte; die „freie Advokatur“ hat ihre eigenen spezifisch zu ermittelnden Grenzen. Freilich sind über die „Geeignetheitskriterien“ und dienstrechtlich beim Berufsbeamten spezielle und strenge Anforderungen im Sinne der Verfassungstreue zu stellen. Dabei ist eine Unterscheidung nach mehr oder weniger „sicherheitsempfindlichen“ Bereichen abzulehnen; denn es hängt langfristig von der Schule ab, welche Verfassungstheorie wir uns leisten können. Im allgemeinen Staatsbürgerverhältnis gibt es dagegen kein rechtliches Verfassungstreuepostulat. Erinnern wir uns des § 113 der Frankfurter Paulskirchenverfassung von 1849. Danach hatten die Mitglieder der beiden Häuser den Eid zu leisten, „die deutsche Reichsverfassung getreulich zu beobachten und aufrechtzuerhalten“. Für das GG kennen wir aus guten Gründen so etwas nicht. Es paßt als juristisches Institut nicht in eine parlamentarische Republik: weder für ihre Abgeordneten, noch für ihre Bürger. — Den dritten Begriff, den „*Verfassungsfeind*“, möchte ich *streichen*: weil er sich nicht im Grundgesetztext findet, weil er nicht dem *gestuften* Abwehrsystem der Art. 5 Abs. 3 S. 2, 9 Abs. 2, 18 und 21 entspricht, mit dem sich das GG differenziert gegen seine Gegner wehrt, und schließlich weil er an ein schematisches Freund/Feind-Denken erinnert.

Erlauben Sie mir zum Schluß zwei Fragen an die Referenten: Zum einen. Sie haben Beide vom „*Grundkonsens*“ gesprochen; dem stimme ich zu. Nur, welches ist Ihre *verfassungstheoretische* Begründung dieser Kategorie? Ich möchte dafür die Wiederaktualisierung der klassischen Lehre vom Gesellschaftsvertrag als „Verfassungsvertrag“ vorschlagen, so wie wir sie — seit kurzem — etwa im Rentenbereich als „Generationenvertrag“ wieder brauchen. — Zum anderen: Sie haben beide auf Moralisch-Ethisches Bezug genommen (Herr *Klein*, Leitsatz 19, auch Herr *Denninger*). Wir sollten die Verfassungen auf allgemeine und besondere Erziehungsziele „abklopfen“, nach Verfassungsbestimmungen „als“ Erziehungszielen suchen. Zu denken ist an den Respekt vor der Menschenwürde, an die Toleranz, andere Elemente der freiheitlich demokratischen Grundordnung. Wir brauchen aber auch das Verfassungs- bzw. Bürgerethische, nicht Staatsethische, in einem Sinne, auf den schon *Rudolf Smend* hingewiesen hat. Wir sollten angesichts unserer Überjuridifizierung in verfassungsvergleichender Arbeit an angloamerikanische Erkenntnisse zur „civic culture“, „political culture“ anknüpfen, um zu wissen, daß wir an eine Grenze des Rechtlichen zum Rechtskulturellen hin angelangt sind.

Sie, lieber Herr *Denninger*, haben sich über *Spinner* auf *Popper* berufen, sehr mit Recht; nur hat *Popper* mit besonderem Nachdruck auch die *Toleranzgrenzen* betont! Im übrigen teile ich in vielem den verfassungstheoretischen Ansatz von Herrn *Denninger*, etwa den gemeinwohlpluralistischen und verfahrensorientierten, nur: Sie haben eingangs spektakuläre, schlimme Einzelfälle mit einem Effekt wie beim *Haydn'schen* „Paukenschlag“ gebracht — um auf eine Würdigung unseres Herrn Vorsitzenden anzuspielen. Ich habe aber Zweifel, ob Sie damit der ganzen politischen Wirklichkeit unserer bundesdeutschen freiheitlichen Ordnung gerecht geworden sind. Zusammenfassend: Zustimmung zu vielen Ihrer verfassungstheoretischen Aussagen, Herr *Denninger*; Bedenken, ob Sie in der Bestandsaufnahme das ganze Spektrum unserer freiheitlichen Wirklichkeit eingefangen haben. Vielen Dank.

Klein: Ich will es nur klarstellen, Herr *Häberle*, damit kein Mißverständnis entsteht. Ich habe an einer Stelle, im Zusammenhang mit der schulischen Erziehung, von den Wertvorstellungen und Handlungsprinzipien gesprochen, von jenem — jetzt kommt ein Zitat von Herrn *Ossenbühl* — ‚Wertfundus und Prinzipienkanon‘, über den ein allgemeiner und gesicherter Konsens existiert und habe hinzugefügt: Das ist von Verfassung wegen mindestens insoweit der Fall, als die unabänder-

lichen Grundlagen des Verfassungsrechts in Rede stehen, wobei ich mich eindeutig einmal mehr auf Art. 79 Abs. 3 beziehe.

Denninger: Ich möchte gerne auch zu dieser Grundfrage, die Herr Häberle hier aufgeworfen hat, Stellung nehmen. Der Begriff Verfassungskonsens, Grundkonsens, ich spreche auch manchmal von Basiskonsens, ist in der Tat — meine ich — der Klärung bedürftig. Hier wird nämlich sehr viel an Wertvorstellungen und Wert-Theorien sozusagen mit leichter Hand untergeschoben, eingeschmuggelt. Ich verstehe den Begriff zunächst in einem juristischen Sinne und denke dann auch an Art. 79 Abs. 3 und denke vor allen Dingen an die im weitesten Sinne prozeduralen Regelungen, die wir haben. Ich glaube, daß ich mich da mit Ihnen weitgehend einigen kann. Ich möchte sogar sagen, es ist ein Kennzeichen unserer Demokratie, daß wir die Erhaltung dieser Prozeduren anstreben müssen, denn nur wenn wir diese offenen pluralen Prozeduren erhalten, dann kann im Verfahren das entstehen — sozusagen ungewollt, gewissermaßen von selbst —, was wir intendieren. Also: Ein indirektes Verfahren zur Herstellung von Grundwerten durch Anerkennung von Grundrechten und entsprechenden demokratischen Verfahrensweisen. Das würde ich zunächst einmal unter Grundkonsens verstehen. Daß ich die Realanalyse sicher nicht exakt und nicht erschöpfend vorgeführt habe, dürfte klar sein. Ich habe einfach, um die Problematik zu veranschaulichen, drei Beispielfälle, die ich aber ohne Mühe und mit Belegen in fast beliebiger Anzahl auch vervielfachen könnte, vorgeführt. Es war nicht meine Absicht, damit die gesamte Wirklichkeit der Bundesrepublik exemplarisch vorzuführen, sondern es war meine Absicht, auf *einen* Aspekt, der ja auch die Bedeutung dieser Thematik hier und heute unterstreicht, hinzuweisen.

H. P. Ipsen: Herr Denninger hat in These 22 am Schluß davon gesprochen, der beste Verfassungsschutz werde durch die Verfassungstreue des Bürgers geliefert. Was er vom Bürger hält, hat er in den Thesen 8 und 10 gekennzeichnet; er hat vom Willen zur Verfassung gesprochen und von den vorinstitutionellen Elementen Freiheit von Angst, Vertrauen, demokratisches Engagement, worin ich auch Kennzeichnungen des Bürgers — der Referent hat immer „Bürger“ gesagt — sehe, der in der Pluralität das Volk unserer Bundesrepublik bildet. Er hat daraus auch Konsequenzen gezogen, er hat vom *favor civis* gesprochen, im Sinne einer Vermutung etwa dahin, daß man ihm Verfassungsfeindlichkeit oder ähnliches Verhalten nachzuweisen habe im geordneten Verfahren.

Herr *Klein* hat gewisse Charakterisierungen bezogen auf die Oberen, also nicht auf die Regierten, sondern auf die Regierenden, und zum Schluß hat er in der These 19 davon gesprochen, am schönsten wäre es, wenn sie Vorbilder in der Wahrnehmung der Verfassungstreue und der Rechtmäßigkeit des Handelns wären. Herr *Denninger* hat zu seinem Thema *Montesquieu* zitiert, wobei ich offen lasse, wie weit dieser nur seinem König vorführen wollte, welch' gute Bürger er beherrsche.

Insgesamt gesehen haben beide Referenten von den Menschen, um die es geht, von denen da oben und von denen da unten, ein recht positives Bild. Sie sind sympathische, vermuthungsweise staatsbejahende Figuren, von denen eigentlich gar nichts zu befürchten ist, und das mit rechtlichen Konsequenzen zur Methode der Verfassungsauslegung, zur Handhabung der rechtsstaatlichen Prozeduren, zu Beweislastfragen usw. Ich habe indes das dunkle Gefühl, daß wir mit solchen anthropologischen Methoden an die Auslegung und Anwendung unserer Verfassung nicht herangehen können. Dies ist kein Maßstab, der Dinge Herr zu werden, dies ist keine adäquate Methode. Ich will schließen mit der Frage, ob nicht erst *nach* diesen optimistischen Feststellungen, die man unterschreiben mag — ich wollte, es wäre so —, unsere Wissenschaft zur Auslegung des Grundgesetzes und der Rechtsordnung anfängt.

Isensee: Die ‚Freiheit von Angst‘ hat es mir angetan. Herr *Denninger* schlägt vor, die Roosevelt-Formel aus der politischen Rhetorik in die Jurisprudenz zu übernehmen. Dieser Vorschlag verblüfft. Denn der Rechtsstaat stellt auf objektive Grenz- und Zielkriterien ab. Herr *Denninger* hebt zu Recht hervor, daß der freiheitliche Staat auf das objektive Fundament der Gesetzmäßigkeit, nicht dagegen auf das subjektive von Moralität und Gesinnung gegründet ist. Aber gerade die Subjektivität schleicht sich mit der Rezeption der ‚Freiheit von Angst‘ wieder ein. Bestimmungsgrund des staatlichen Handelns soll ein Gefühl oder — was dasselbe ist — die Abwesenheit eines Gefühles sein. Ein Freiheitsrecht, also ein Maßstab staatlichen Handelns, kann nicht von unberechenbaren und willkürlichen Emotionen des Einzelnen abhängen. Im übrigen zeigt das Beispiel des Extremistenproblems, daß Angst sich auch inszenieren läßt.

Wenn die ‚Freiheit von Angst‘ aber nicht die aktuell vorhandene Angst, die begründete Angst — objektive Ursachen, die das Vertrauen in die Rechtlichkeit des Staates zerstören können — meint, so deckt sich die rhetorische Formel mit dem uralten juristischen Staatszweck der ‚Sicherheit‘. Sicherheit

aber ist ein klarer, auf objektive Sachverhalte ausgerichteter Begriff, der im übrigen eine liberale Tradition seit *Kant* und *Humboldt* aufweist.

Unterstellt, die ‚Freiheit von Angst‘ lasse sich in die juristische Begriffswelt verpflanzen, so bliebe hier die Radikalenfrage immer noch ein unglückliches Beispiel. Es mag auch dahinstehen, wieweit die ‚Angst‘ der Bewerber echt, wieweit sie inszeniert ist. Wenn aber die ‚Freiheit von Angst‘ verböte, die ‚angst‘-geschüttelten Bewerber vor der Einstellung auf ihre Verfassungstreue zu prüfen und diese Prüfung in die Zeit nach der Einstellung, in den Vorbereitungs- und Probendienst, verschoben würde, so verschöbe sich die ‚Angst‘ nur und griffe auf ein Rechtsverhältnis über, in dem der Widerrufs- und Probebeamte nach heutiger Rechtsprechung bereits einen hohen Grad an Statussicherheit, also ‚Freiheit von (rechtlich begründeter) Angst‘, genießt. Der Widerrufs- oder Probebeamte, der vor seiner Übernahme als Lebenszeitbeamter trotzdem unter der gegebenen Rechtslage einen Entlassungsgrund wegen verfassungsfeindlicher Betätigung liefert, verdient allerdings die Entlassung — wegen seiner Torheit.

Das Merkwürdigste am Exempel der Radikalenfrage liegt darin, daß ein Freiheitspostulat auf die Vergabe von öffentlicher Gewalt angewendet wird, daß Freiheit den staatlichen Amtsträgern, nicht aber den amts- und gewaltunterworfenen Bürgern zugute kommen soll: dem Steuerpflichtigen, den Subventionsempfängern, den Eltern schulpflichtiger Kinder. Gerade diese aber können das Fürchten lernen, wenn der Staat nicht mehr sicherstellt, daß seine Amtsträger auf dem Boden der Verfassung stehen.

Herr *Denninger* sieht immerhin einige Kautelen für ‚sicherheitsempfindliche‘ Bereiche vor. Was aber ist ‚sicherheitsempfindlich‘? Der Verfassungsschutz doch wohl nicht: Denn dieser hat kaum Funktionen; er darf nur wenig wissen, und das wenige, was er weiß, — dem Verfassungsgebot der Amtshilfe zum Trotz — auch nicht weitersagen. Der Dienst im Verfassungsschutz kann, wenn die Prämissen stimmen, unbedenklich Verfassungsfeinden geöffnet werden. — Dagegen mache ich mir eine Prämisse des Referats uneingeschränkt zu eigen: daß die Sicherheit einer Verfassung abhängt von der freien Zustimmung der Bürger. Daraus folgt, daß sicherheitsempfindlich die Staatsfunktionen sind, die machtvoll auf den Verfassungskonsens der Bürger einwirken. Der eigentlich sicherheitsempfindliche Bereich, empfindlicher als Polizei, Militär und Verfassungsschutz, ist: die Schule!

Denninger: Herr *Ipsen* und Herr *Isensee*, ich wartete fast auf den Einwand methodologischer Art, daß ich hier eine Kategorie einführen würde, die sozusagen rechtlich nicht tragbar, nicht faßbar, nicht qualifizierbar sei; ich habe deshalb, wenn Sie das bitte nachlesen wollen, ausdrücklich von den vorinstitutionellen Elementen und von diesen nicht auf der gleichen Stufe mit den eigentlich verfassungsrechtlich-institutionellen Elementen der freiheitlich-demokratischen Grundordnung in diesem Zusammenhang gesprochen. In der Tat bin ich der Meinung, daß es sich bei der Freiheit von Angst um eine teils anthropologische, teils aber eben auch — und darauf wollte ich heute nur den Akzent legen — um eine demokratiethoretische Kategorie handelt. Herr *Böckenförde* hat mehrfach und — wie ich meine — sehr zu Recht darauf hingewiesen, daß der säkulare Staat von Voraussetzungen lebt, — so ähnlich formulierte er es wohl —, die er selbst nicht garantieren kann; und das Gleiche gilt eben auch für die freiheitliche Demokratie. Das wollte ich mit diesem Hinweis zum Ausdruck bringen. Ich würde mir allerdings erlauben, die Kritik noch einen Millimeter weiterzutreiben und die Gegenfrage zu stellen: Ist denn die Kategorie der Streitbarkeit, mit der heute so viel operiert wird, ist sie denn justizabler, ist sie denn etwas Präziseres, Habhafteres? Die rechtsvergleichenden Ausführungen der beiden Kollegen aus der Schweiz und Österreich waren mir hier sehr wertvoll. Dieses ganze Verfahren um wehrhafte und streitbare Demokratie ist doch offenbar ein deutsches Philosophicum, letzten Endes ein deutsches Unikat, das in dieser Form jedenfalls im Ausland kaum etwas Vergleichbares hat.

Auf das Problem der Sicherheitsempfindlichkeit, das Sie, Herr *Zacher*, zu Anfang anschnitten, erlauben Sie mir, später im Schlußwort noch einmal zurückzukommen.

Grabitz: Ich will die Diskussion etwas weiter lenken, und die Bemerkung von Herrn *Denninger* gibt mir Anlaß, das vielleicht besser zu tun, als ich es vorhin vermocht hätte.

Ich wurde nicht — wie Herr *Isensee* — so sehr aufgeschreckt durch das Wort „Freiheit von Angst“ oder „vor Angst“, sondern eher durch jenes Etikett, was Sie diesem Theorem — für Sie ist es ja ein Theorem — aufsetzen, nämlich das eines *vorinstitutionellen* Grundsatzes. Ich habe das die ganze Zeit in Gedanken immer anders übersetzt, nämlich mit: „vorkonstitutionell“, oder wir können auch sagen: „außerkonstitutionell“. Das meinen Sie doch offensichtlich auch; denn mit Ihrem Hinweis, daß es etwas Demokratiethoretisches ist, haben Sie ja im Grunde gesagt, daß es sich um einen Grundsatz handelt, der

oberhalb oder außerhalb des positiven Rechtes steht. Und hier frage ich mich nun, ob Sie, Herr *Denninger*, nicht genau das tun, was Sie eigentlich nicht wollen. Sie haben sich mit Recht gegen Versuche gewandt, über die verfassungspositive *Legalität* auch der freiheitlich-demokratischen Grundordnung, wie sie in Art. 79 Abs. 3 GG gesichert ist, sozusagen noch einen Himmel der *Legitimität* aufzuspannen, so eine Art ideologische Verkleidung eines „Verfassungs-Christo“, in die dann irgendetwas hineingepackt werden kann, sei es ein parteipolitisches Programm von rechts oder von links, eine konfessionelle Grundanschauung oder was auch immer. Ich frage mich nur, *wer* so etwas unternimmt. Darüber haben sie nicht gesprochen. Nach meiner Lektüre der Literatur ist das etwas, was man der Judikatur des Bundesverfassungsgerichts aus einer ganz bestimmten verfassungspolitischen, ja, ich meine sogar: politisch eindeutigen Richtung unterstellt. Denn ich habe nicht feststellen können, daß in irgendeiner Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts — auch nicht in der Radikalenentscheidung — ein Unterschied gemacht worden wäre zwischen einer überhöhten Legitimität der freiheitlich-demokratischen Grundordnung und der knochenharten Legalität, die das Grundgesetz hier aufstellt in Form des Satzes von der freiheitlich-demokratischen Grundordnung. Ich glaube, Sie kämpfen hier, wenn Sie das Bundesverfassungsgericht meinen, gegen ein Phantom.

Aber, und das ist das Letzte, was ich bemerken möchte, gegen das, was Sie sagen, ist ein methodologischer Einwand vorzubringen. Sie tun im Grunde dasselbe, was man dem Bundesverfassungsgericht — wie ich meine zu Unrecht — vorwirft. Sie ersetzen den Wertehimmel einer *Verfassungsethik* — ich möchte es einmal so formulieren — sozusagen durch die Libido einer *Verfassungspsychologie*. In ein Recht auf Freiheit von Angst (gibt es vielleicht auch ein Recht auf Lust?) können Sie ja alles hineinpacken. Sie verschieben hier einen extrakonstitutionellen Maßstab für die Grundrechtsauslegung nur aus der Ethik in die Psychologie oder in die Psychoanalyse mit ganz konkreten Konsequenzen, wie etwa Ihre Auslegung von Art. 2 Abs. 1 GG, des Rechtes auf die Persönlichkeit und die Privatsphäre, zeigt. Ob man in dieser Angst haben muß oder nicht, ist doch nicht eine Voraussetzung, sondern allenfalls das Ergebnis der Grundrechtsinterpretation und -anwendung. Ich muß mir doch gefallen lassen, daß bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen die Kriminalpolizei bei mir eine Durchsuchung macht; und selbstverständlich habe ich dann Angst. Dagegen existiert kein Grundrechtsschutz.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr *Grabitz*. Ich bemerke mit Interesse, daß in sehr verschiedenartigen Diskussionsbeiträgen gegenseitige Kritiken gleichermaßen dahin gehen, ich überspitze es jetzt einmal, nicht hinreichend die Position von *Forsthoff* in der ersten *Carl Schmitt*-Festschrift zur Verfassungsauslegung einzunehmen. Herr *Roellecke* wollte sich noch zu den Grundwerten insgesamt äußern. Damit schließen wir diesen Komplex dann ab und kommen zur streitbaren Demokratie.

Roellecke: Herr *Isensee* und Herr *Grabitz* haben viel von dem vorweggenommen, was ich sagen wollte. Auch ich wollte Herrn *Denninger* fragen, wie er zu seinen anthropologischen, vorkonstitutionellen Kategorien kommt. Auch ich meine, daß „Freiheit von Angst“ kein Element ist, das juristisch sinnvoll verwendet werden kann. Ich erinnere daran, daß *Heidegger* die Angst als Grundbefindlichkeit des Menschen beschrieben hat. Für Anhänger der Existenzphilosophie wäre eine „Freiheit von Angst“ deshalb etwas Unmenschliches. Vor allem aber habe ich den Eindruck, als ob die anthropologischen Voraussetzungen Herrn *Denningers* in genau der gleichen Weise den Verfassungsfeind konstituierten wie die von ihm bekämpften Grundwerte.

Der Feindbegriff ist bei Herrn *Denninger* negativ besetzt. Als Feind gilt ihm offenbar der ganz andere, der schon als solcher zu vernichten ist. Wer ist nun der ganz andere? Nach Herrn *Denninger* der, der aus dem Basiskonsens über Grundwerte herausfällt. Die Grundwerte konstituieren also insofern den Verfassungsfeind, als sie ihn als Negation ihrer selbst zum Unwerten, zum Zuvernichtenden stempeln.

Diese Konsequenz ergibt sich jedoch nicht aus den Inhalten der Grundwerte — darauf geht Herr *Denninger* gar nicht ein —, sondern aus dem formalen Argument, daß jede Position ihre Negation negiert, daß Werte also das Unwerte vernichten wollen. Wenn man aber den Feind nur als Negation eines Positiven versteht, dann sind die anthropologischen Elemente Herrn *Denningers* Positionen, die ihre Gegner schlimmer denn als Feinde — die sie als Un- und Untermenschen negieren müssen. Denn was ist eigentlich mit dem, der sich von seiner Angst nicht befreien lassen will, der mißtrauisch bleiben will, der zum demokratischen Engagement partout nicht bereit ist? Ist er von der „vorausgesetzten Grundverfassung des Bürgers“ aus nicht böser als der, der die Meinungsfreiheit nicht als Wert fühlt? Ermöglicht also die von Herrn *Denninger* vorausgesetzte Grundverfassung nicht eine schrecklichere Vernichtung ihrer Gegner als die Grundwerte?

Tomuschat: Ich habe mich zu Wort gemeldet, weil ich Herrn Grabitz widersprechen wollte. Ich meine, man kann ein Wort der Verteidigung zugunsten der Formel der Freiheit von Angst sagen. Es handelt sich doch ganz offensichtlich um eine heuristische Formulierung. Sie spielt an auf die freiheitlich-demokratische Grundordnung. Diese Grundordnung soll freiheitlich, soll demokratisch sein, und das trifft eben nur dann zu, wenn jedermann, auch als politischer Mensch, sich frei äußern, sich so geben kann, wie er es für richtig hält. Das ist demokratische individuelle Bestimmungsmacht. Niemandem soll eine Schablone von Staats wegen aufgepreßt werden. Ich erinnere im übrigen an die Gemeinwohldiskussion. Dort ist es heute gängige Erkenntnis, daß das Gemeinwohl nur aus dem Konzert der divergierenden Meinungen hervorgehen kann, die sich — gewiß, Herr Grabitz — in den Grenzen der allgemeinen Gesetze halten müssen; hier aber ist es gerade das Problem, daß man Elemente eingeführt hat, die gesetzlich mit dem Strafverbot gar nicht erfaßt sind. Das Strafgesetz ist der Musterfall des allgemeinen Gesetzes. Über das Strafrecht hinausgehend haben wir aber — wie Herr Klein es gesagt hat — die Verteidigungslinie nach vorn verlegt. In der Tat: der kluge Mann baut vor, bloß bis zu welchem Punkt? Baut er eine oligarchische Verteidigungsstruktur auf, deren Gewicht dann demokratische Freiheit erstickt? Das ist das Problem, über das es zu diskutieren gilt. Auf der anderen Seite liegt auf der Hand, daß Beamter zu sein heißt, ein öffentliches Amt zu haben, Verantwortung zu tragen der Allgemeinheit gegenüber. Beides war gegeneinander abzugrenzen. Ich finde, daß beide Referate zu thesenhaft gewesen sind, daß sie nicht genug abgewogen haben zwischen der Freiheitlichkeit, die ja gewiß ein Element unserer freiheitlich-demokratischen Grundordnung bildet und bleibt, bleiben muß, und dem Vertrauens- oder Verantwortungsgesichtspunkt. Und, meine Herren, je stärker wir den Bereich der feststehenden, unverbrüchlichen Verfassungswerte ausdehnen, um so mehr geraten wir in ganz evidente Gefahren hinein. Wir sollten gewiß uns klar darüber sein, welchem Bilde wir nicht ähnlich sein wollen, dem Bilde nämlich eines deutschen Staates, der DDR heißt und wo man weiß, wie die unumstößliche staatliche Wahrheit lautet. Das Bewußtsein darf nicht verlorengehen, daß die Bundesrepublik sich prinzipiell von der DDR abheben muß, daß wir in einem freiheitlichen Staat leben, der nicht unter einer Masse von ewigen Wahrheiten die Freiheit erdrückt.

Denninger: Ich bin dankbar, daß dieses Problem hier ausführlich besprochen wurde; ich bin andererseits der Meinung, daß der methodische Standort der Kategorie Freiheit von Angst weder von mir noch von Ihnen jetzt hier ausreichend präzisiert worden ist und auch nicht präzisiert werden kann. Ich lasse mir vielleicht den Vorwurf gefallen, Herr *Grabitz*, daß auch ich eine Art neuen Wertkodex akzeptiere; ich würde das nicht mit dem Wort Libido einer Verfassungspsychologie abtun; da würde ich erwidern, daß psychologische Sachverhalte auch objektiviert und zu Systemkategorien werden können. Wenn ich von Freiheit von Angst spreche, so ist das eine Art Systemkategorie und eine Verfassungserwartung. Ich darf darauf hinweisen, daß ich im gleichen Atemzug auch von der Bereitschaft zum demokratischen Engagement gesprochen habe. Das läßt sich sehr viel leichter exemplifizieren. Wir haben keine Wahlpflicht, erwarten aber, daß die Bürger zur Wahlurne gehen. Wenn die Bürger das nicht täten, würde die Demokratie nicht funktionieren. Den gleichen Stellenwert hat, meine ich, wenn auch etwas grundsätzlicher, die Freiheit von Angst, d. h. sie ist eine Kategorie, die einerseits außerhalb der Konstitution des Staates in der Konstitution des Menschen angelegt ist, andererseits aber in die Konstitution, in die Verfassung, hineinreicht, weshalb ich so frech war vorzuschlagen, den Katalog der freiheitlich-demokratischen Grundordnung, der ja nicht abschließend definiert ist, um diese Momente zu ergänzen. Das war alles, was ich wollte.

H. P. Schneider: Gestatten Sie mir vorab noch einen kurzen Nachtrag zu den Äußerungen von Herrn *Isensee* und Herrn *Grabitz*. Ich habe mich gewundert, daß sich ihr Diskussionsbeitrag nicht sofort einen gestrengen Blick des Herrn Vorsitzenden Völkerrechtlers zugezogen hat, als Sie die Kategorie „Freiheit von Furcht“ auf die Ebene der Ethik oder gar der Psychologie entrücken wollten. Immerhin handelt es sich hier um eine Formel, die als *positiver* Rechtsbegriff in diesem Herbst 30 Jahre alt wird. Sie findet sich nämlich in der Menschenrechts-Erklärung der Vereinten Nationen von 1948 sowie im Bürgerrechtspakt von 1966 (jeweils in der Präambel). Dort wird ein menschliches Leben „frei von Furcht und Not“ gefordert. Ich denke, gerade in diesem Zusammenhang tritt der unmittelbare Menschenrechtsbezug dieser Formel besonders deutlich hervor, und würde deshalb glauben, daß, wenn man sie methodisch noch weiter aufbereiten könnte, mit ihr sehr wohl auch juristisch zu argumentieren wäre, zumal doch letztlich

niemand die Positivität jener völkerrechtlichen Erklärungen wird in Zweifel ziehen können.

Ich möchte aber die Diskussion noch auf einen anderen Gesichtspunkt lenken, und zwar auf das Problem der freiheitlichen demokratischen Grundordnung. Ich habe mich sehr darüber gefreut, daß trotz der Verschiedenheit ihrer Standpunkte beide Referenten — und wir alle wohl — darin einig sind, daß es uns bei der Frage nach dem Schutz der Verfassung darum geht, den Fortbestand der Verfassung in die Zukunft zu sichern. Schutz der Verfassung ist also im wesentlichen *Fortbestandsschutz eines Kernbestands der Verfassung*. Diese Erkenntnis zwingt uns, die Debatte um eine historische Dimension zu erweitern, dergestalt, daß wir uns fragen, ob denn die Begriffe, Herr Klein, auf die Sie sich beziehen, also die Verfassungsgrundsätze im Sinne von Art. 79 Abs. 3 GG, historisch einen so festen, bestimmten Inhalt haben, wie Sie in These 2 annehmen, d. h. so bestimmte, juristisch eindeutig fixierbare Strukturprinzipien sind, daß wir uns darüber heute und in alle Zukunft einig sein können. Ich darf daran erinnern, daß Begriffe wie „Rechtsstaat“ und „Demokratie“ immer zugleich politische Kampfbegriffe gewesen sind, die bereits im Zeitpunkt ihrer Entstehung umstritten waren — wenn Sie nur an das Rechtsstaatsverständnis von Mohls auf der einen Seite (in der Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaats von 1844) und Stahls auf der anderen Seite (in seiner Rechts- und Staatslehre von 1856) denken; zwischen diesen beiden Rechtsstaatsvorstellungen liegen zweifellos Welten.

Man kann natürlich einwenden, daß beide Positionen sich auch heute noch im Rahmen jenes Grundkonsenses halten, der schon mehrfach angesprochen worden ist. Dann aber reduziert sich unser Problem auf die Frage, wo die Grenzen eines solchen Grundkonsenses verlaufen, der sozusagen durch fließende Geltungsfortbildung in die Zukunft hinein bewahrt werden soll. Es scheint, daß dieses Problem mit juristischen Mitteln nur sehr beschränkt lösbar ist und daß jeder Versuch, es allein mit Hilfe der herkömmlichen Interpretationsmethoden zu lösen, zum Scheitern verurteilt sein dürfte, weil er Dinge zu verfestigen versucht, die sich ihrer Natur nach einer begrifflichen Zementierung entziehen und folglich der politischen Auseinandersetzung überlassen bleiben müssen. Deshalb würde ich meinen, wir sollten insgesamt etwas mehr Vertrauen in die Offenheit und Fortbestandsfähigkeit unserer Verfassung haben und zugleich etwas mehr Vertrauen in die Selbstheilungskräfte des politischen Prozesses — ähnlich übrigens, wie wir es oft recht fraglos in das Wirtschaftsleben zu investieren geneigt

sind. Ich sage dies im Bewußtsein der Tatsache, daß die Gegenwart zu solchen, etwas optimistischen Erwartungen wenig Anlaß bietet. Aber ich meine doch, daß hier vor allem im Vertrauen auf die *demokratischen* Organisationsstrukturen und Verfahrensnormen unserer Verfassung das eigentliche Desiderat eines konstruktiven Schutzes der Verfassung liegt und in deren wissenschaftlicher Durchdringung die wichtigste Aufgabe einer künftigen Verfassungsrechtslehre. Ich würde also dem „favor civis“ von Herrn *Denninger* gern einen „favor constitutionis“ zur Seite stellen wollen.

Böckenförde: Eine Bemerkung in dem Referat von Herrn *Denninger* hat mich sehr nachdenklich gemacht, die sich darauf bezog, daß die gegenwärtige Praxis und theoretische Anwendung des Begriffs der streitbaren Demokratie zu einem Auseinanderfall von Legalität und Legitimation führe. Mir scheint das in der Tat eines der Kernprobleme zu sein. Ich bin mit Herrn *Klein* der Auffassung, daß der Begriff der abwehrbereiten Demokratie seinen Sitz zunächst in Art. 79 Abs. 3 hat: das Grundgesetz hat sich entschlossen, bestimmte Grundentscheidungen legal unantastbar zu machen, sie nicht dem demokratischen Prozeß anzuvertrauen, sondern als ihm vorausliegend festzuhalten. (Dazu nur eine kleine Zwischenfrage: Ich weiß nicht, ob Sie, Herr *Klein*, auch das bundesstaatliche Prinzip in den Begriff mit hereinnehmen wollen; im Begriff der freiheitlich-demokratischen Grundordnung ist es seit der Entscheidung des BVerfG im 2. Band ausdrücklich nicht enthalten, wie ich glaube, aus guten Gründen.)

Das Grundgesetz selbst hat, so meine ich, den Hiatus, der sich heute zwischen Legalität und Legitimität auftut, noch geschlossen gehalten, und zwar dadurch, daß es legale Verfahren und Verbotsmöglichkeiten zur Verfügung gestellt hat, um die abwehrbereite Demokratie zu realisieren. Die hat es im Art. 9 Abs. 2, im Art. 18, im Art. 21 Abs. 2 zur Verfügung gestellt. Es ist dabei nicht ohne Interesse, daß der Art. 9 Abs. 2 ausdrücklich davon spricht, daß Vereinigungen, deren Zweck oder Tätigkeit sich gegen die verfassungsmäßige Ordnung richten, verboten *sind*. Ebenso heißt es im Art. 18: Wer die näher genannten Grundrechte zum Kampf gegen die freiheitlich-demokratische Ordnung mißbraucht, *verwirkt* sie. Im Art. 21 Abs. 2 heißt es, daß die entsprechenden politischen Parteien verfassungswidrig *sind*, über die Frage der Verfassungswidrigkeit allerdings das Bundesverfassungsgericht und nicht die Exekutive entscheidet. Nun gehört es zu unserer heutigen Wirklichkeit, daß quer durch alle politischen Gruppierungen immer der

Grundsatz der Opportunität in Anspruch genommen wird; es sei eine Frage der Opportunität, ob ein Verbot ausgesprochen, ob ein Verbotsantrag beim Bundesverfassungsgericht gestellt werde. Das ist meines Erachtens der Kernpunkt, von dem aus es zum Auseinanderfall von Legalität und Legitimität kommt. Wenn zumindest der eindeutige Wortlaut noch eine Grenze möglicher Verfassungsinterpretation ist, wir uns darüber noch einig sind, ist ja nicht einzusehen, wie aus dem Satz ‚sind verboten‘ in Art. 9 Abs. 2 GG gefolgert werden kann ‚können verboten werden‘.

Das Vereinsgesetz hat ein Verfahren zur Verfügung gestellt, die zuständigen Behörden bestimmt, aber was heute praktiziert wird, ist, daß dieses Verbotsverfahren gar nicht angewandt wird, man aber gleichwohl Vereinigungen, die man für verfassungswidrig hält, so behandelt, als ob das Verfahren bereits durchgeführt sei. Zumindest also im Hinblick auf Art. 9 Abs. 2 ist jede Inanspruchnahme von Opportunität erschlichen, sie findet in der Verfassung keine Grundlage. Was dadurch in der Praxis geschieht, ist, daß der Bürger des Schutzes rechtsstaatlicher Verfahren beraubt wird. Er soll sich an den Meinungen in Verfassungsschutzberichten über Verfassungsfeindlichkeit von Aktivitäten orientieren, das Beurteilungsrisiko übernehmen, ohne daß eine Feststellung in einem gesicherten Verfahren erfolgt, dessen Ergebnis Verbindlichkeit beanspruchen kann.

Im Hinblick auf Art. 21 Abs. 2 ist ebenfalls zu beachten, daß es dort nicht heißt: Über das *Verbot* entscheidet das Bundesverfassungsgericht, sondern über die *Verfassungswidrigkeit* entscheidet das Bundesverfassungsgericht. Auch das ist als Schutzbestimmung normiert worden, um der Exekutive eine rechtserhebliche Feststellung darüber zu entziehen, ob eine politische Partei verfassungswidrig ist oder nicht. Auch hier ist der Begriff Verfassungsfeindlichkeit in dem Moment, wo er Rechtserheblichkeit beansprucht, ein erschlichener Begriff. Die Exekutive kann eine Meinung und Ansicht haben über die Zielsetzung und Tätigkeit von politischen Parteien, aber es ist ihr nicht zugestanden, mit rechtserheblicher Wirkung selbst festzustellen, daß politische Parteien verfassungswidrig sind. Soll dies geschehen, muß der Antrag beim Bundesverfassungsgericht gestellt werden. Wird für diesen Verbotsantrag Opportunität in Anspruch genommen, dann muß nach meiner Auffassung auch die Konsequenz mit in Erwägung gezogen werden — und insofern stimme ich dem Sondervotum *Rupp* in dem Radikalenbeschluß des BVerfG zu —, daß dann an die Mitgliedschaft in einer solchen Partei kein rechtlicher Nachteil

oder eine Vermutung im Hinblick auf verfassungswidrige Einstellung angeknüpft werden kann. Entweder sagt man: Wir sind stark und selbstgewiß genug, das stört uns gar nicht, eine so geringe Minderheit von Extremisten können wir integrieren oder verdauen. Oder aber, wenn man dieses Risiko für zu groß hält, dann muß man die Konsequenzen ziehen und den Verbotsantrag stellen, an den sich wieder ein Verfahren mit entsprechenden Garantien anschließt.

Ich bin auch im Hinblick auf die Frage der Ersatzorganisation weitgehend Ihrer Meinung, Herr Klein. Die Zuständigkeit für die Frage, ob die DKP eine Ersatzorganisation der KPD und deshalb zu verbieten sei, lag seinerzeit — 1968 — beim Bundesinnenminister, nicht bei der Bundesregierung; der seinerzeitige Bundesinnenminister, jetzt Präsident des Bundesverfassungsgerichts, hat davon abgesehen, diese Verbotskompetenz auszuüben, wiewohl hier ein Opportunitätsprinzip gewiß nicht ersichtlich ist.

Wir haben nach alledem heute die Situation, daß der Bürger, der sich legal verhält, noch nicht der loyale oder der gute Bürger ist. Der einzelne beteiligt sich an Vereinigungen, die nicht verboten sind, wiewohl sie für verfassungsfeindlich gehalten werden; er tut nichts Illegales, weil ja das Verbotsverfahren nicht angestrengt wird, hält sich also im Rahmen der Legalität, gleichwohl begründet dies Zweifel an seiner Verfassungstreue. Es gehört jedoch zum Rechtsstaat und zum Verfassungsstaat, zumal zu einem Verfassungsstaat, der die eigene Legitimitätsverteidigung zur Aufgabe seiner gesetzgebenden und gesetzanwenden Organe macht, daß Legalität und Legitimität beieinander gehalten werden, daß gerade nicht gesagt werden kann: Wenn Du Dich im Rahmen der Gesetze hältst, dann bist Du noch nicht der loyale und vertrauenswürdige Bürger. Da, meine ich, hat der Bürger doch — frei nach *Otto Mayer* — das Recht darauf, zu wissen, wessen er sich vom Staate zu versehen hat. Und m. E. führt das auch gleich in die Problematik beim Zugang zum öffentlichen Dienst hinein. Es gehört auch zu der Deckung von Legalität und Legitimität, daß von dem Bürger, der in den öffentlichen Dienst treten will, *Verhaltensforderungen* erwartet werden, daß er in seinem Verhalten der Verfassung und den Gesetzen entspricht, daß er in seinem Verhalten — in seinem amtlichen und in Grenzen auch seinem außerdienstlichen Verhalten — eintritt für die freiheitlich-demokratische Grundordnung, aber es gehört nicht dazu, daß man sich seiner Gesinnung zu versichern sucht — ich möchte dazu hier nicht weiter vorgreifen, weil das ja ein eigener Punkt ist.

Starck: Nachdem schon so viel über den Begriff Freiheit von Angst gesagt worden ist, muß ich mir leider versagen — auch mit Rücksicht auf die Zeit — eigene Bedenken dagegen hier anzumelden. Ich sehe, ähnlich wie Herr *Isensee* und Herr *Grabitz* die Gefahr, daß man diesen Begriff, der sich gewissermaßen auf Rädern befindet, jeweils dort hinstellen kann, wo man ihn gerade braucht; das tut im Verfassungsrecht nicht gut. Nur eine kurze zweite Bemerkung: Herr *Klein* hat sehr einsichtig zu unterscheiden versucht zwischen dem Staatsrecht und der Staatsbürgerethik. Wenn man einmal die Erziehungsziele aus den Landesverfassungen heranzieht und sie von einigen Arabesken befreit, dann findet man, daß in diesen Erziehungszielen genau das, was wir als Staatsbürgerethik bezeichnen, enthalten ist. Nun sind diese Erziehungsziele für die Schulen und damit für die Lehrer verpflichtend, damit wohl auch verpflichtend für diejenigen, die die Lehrerbildung betreiben, also wird die Staatsbürgerethik über die verfassungsrechtlichen Erziehungsziele doch zu einer Rechtskategorie. Ich hätte darüber gerne noch eine Auskunft von Herrn *Klein* wie auch von Herrn *Denninger*, der sich mit dieser Frage, obwohl sie nahelegen hätte, nicht beschäftigt hat.

Quaritsch: Herr *Denninger* hat den Aufsatz von *Karl Loewenstein* aus dem Jahre 1937 erwähnt, in dem unter dem Titel ‚Militant Democracy and Fundamental Rights‘ wohl zum ersten Male das Prinzip der streitbaren Demokratie entwickelt wurde. Das Datum ist nicht belanglos. Der Aufsatz erschien im August 1937, nachdem Roosevelt einige Monate zuvor in seiner bekannten Quarantäne-Rede den außenpolitischen Gegenangriff gegen die autoritären Regimes in Europa und in Japan angekündigt hatte. Die Abhandlung Loewensteins in der verbreiteten wie einflußreichen „American Political Science Review“ bildete dazu das innenpolitische Pendant. *Loewenstein* sprach dem demokratischen Verfassungsstaat das Recht, aber auch die Pflicht zu, unter bestimmten Bedingungen zeitlich und inhaltlich begrenzt Grundrechte zu suspendieren und nicht-demokratische Parteien und paramilitärische Verbände zu verbieten. Er hat sich damals ausführlich — und das vermitte ich bei Herrn *Denninger* — mit dem von ihm sog. ‚Fundamentalismus‘ auseinandergesetzt, dem *Hans Kelsen* zuzurechnen war, der die Meinung vertrat, die Demokratie müsse ihre Feinde genauso behandeln wie ihre Freunde und lieber mit wehender Flagge untergehen, als sich selbst untreu zu werden. *Loewenstein* hat den Fundamentalismus als empirisch widerlegt und praktisch diskreditiert angesehen; ich sehe nicht, wes-

halb dieses Urteil revidiert werden müßte. Es ist kein Selbstwiderspruch und keine Selbstaufhebung der freiheitlich-pluralistischen Demokratie, wenn dieses Verfassungssystem gegen ihre Feinde mit rechtsstaatlichen Mitteln verteidigt wird. Wer die Bundesrepublik deshalb auf die Ebene der DDR gerückt sieht, ist blind für die himmelweit verschiedenen Mittel, die diese beiden Staaten gegen Systemfeinde einzusetzen pflegen.

Auch die rechtssystematischen Einwendungen gegen den Begriff der streitbaren Demokratie gehen fehl. Mit ihm werden abkürzend die auf System-Verteidigung gerichteten Einzelvorschriften des Grundgesetzes und des öffentlichen Dienstrechts zusammengefaßt; zugleich benennt der Begriff die den Vorschriften gemeinsame Tendenz. Nicht einmal altmodische Positivisten würden sich scheuen, diese Tendenz bei der Rechtsanwendung zu berücksichtigen.

Die von Herrn *Denninger* als „vorkonstitutionelles Element“ unserer Verfassungsordnung bezeichnete „Freiheit von Angst“ hat ihre Geschichte, die gleichfalls nicht vergessen werden darf. Sie ist eine der „Vier Freiheiten“, die Roosevelt 1943 der Welt verkündete — sinnigerweise auf einem Schlachtschiff im Atlantik. Es war eine politische Parole, die sich gegen die illiberalen Systeme der Achsenmächte richtete. Herausgelöst aus diesem politisch-historischen Zusammenhang und hineingestellt in die gegenwärtige Situation der Bundesrepublik kann die Anwendung dieses Grundsatzes nur diese Folge haben: Freiheit von Angst genießen insbesondere die Verfechter der Unfreiheit.

Als Auftakt hat uns Herr *Denninger* drei Fälle erzählt. Ich hatte deshalb erwartet, nun würden wir über die Realien des Verfassungsschutzes unterrichtet werden. Diese Erwartung blieb unerfüllt. Denn nach der unmaßgeblichen Äußerung eines unmaßgeblichen Stadtrates über eine neunzehnjährige Schülerin (ist ihr deshalb der Studienplatz verweigert worden?) war schon Schluß. Das ist bedauerlich. Um das vom Referenten gezeichnete Bild der Praxis abzurunden, hier ein weiterer Fall: Ein Diplom-Psychologe namens *Geuter* wurde am 1. 4. 1978 im Psychologischen Institut des Fachbereichs 11 der Freien Universität Berlin als beamteter Wissenschaftlicher Assistent eingestellt. G. ist ein wegen Nötigung, Hausfriedensbruch, Beleidigung und Verstoßes gegen das Versammlungsgesetz mehrfach vorbestrafter gewalttätiger Sympathisant des Kommunistischen Studentenverbandes (KSV). Das letzte gegen ihn ergangene strafgerichtliche Urteil war erst am 3. 3. 1977 rechtskräftig geworden. Die Einstellung wurde in Kenntnis dieser Tatsachen unter bewußter Ausschaltung der für die Überprü-

fung der Verfassungstreue zuständigen Landeskommission vom FU-Präsidenten befürwortet und vom Senator vollzogen. Dabei wurde auch noch die Personalkommission der FU rechtswidrig übergangen. Zwei Vizepräsidenten der FU hatten vorher mehrfach gegen diese rechtswidrige Einstellung protestiert. Als sie einen öffentlichen Protest ankündigten, drohten die Senatsverwaltung und das FU-Präsidialamt mit Disziplinarmaßnahmen. So, Herr *Denninger*, kann „Verfassungsschutz“ auch aussehen.

Denninger: Herr *Quaritsch*, ich fühle mich entweder gar nicht oder nur höchst partiell betroffen und getroffen. Ich habe ausdrücklich gesagt, daß ich die Kelsensche Position in dieser Form nicht akzeptiere, sondern eine Weiterentwicklung. In meinem Text steht: Die freiheitliche Demokratie muß streitbar sein, gerade um der Erhaltung der pluralistischen Offenheit willen. Gerade diese Offenheit ist es, die sie mit absoluten Vorsätzen verteidigen muß. Das habe ich heute morgen gesagt — und mehr nicht. Insofern ist Ihre Wiederholung der Kritik am Fundamentalismus völlig berechtigt, aber von mir geteilt; und was der Berliner Verfassungsschutz macht, das interessiert mich hier theoretisch überhaupt nicht, nicht wahr.

Stein: Mir scheint, daß ein Aspekt in beiden Referaten zu kurz gekommen ist, nämlich das Verhältnis von Verfassung und sozialem Wandel. Nach meiner Überzeugung spielt dieses Verhältnis für die Probleme, die heute von uns hier diskutiert werden, eine zentrale Rolle. Ich will das zu verdeutlichen versuchen.

Wenn eine Verfassung in Kraft tritt, werden in dieser Verfassung regelmäßig Probleme zu lösen versucht, die mindestens einige Jahre vorher schon bestanden haben. Denn es dauert einige Zeit, bis ein soziales Problem eine genügende Schärfe erreicht hat, um perzipiert zu werden. Und es dauert weitere Jahre oder Jahrzehnte, bis dieses perzipierte soziale Problem sich im politischen Willensbildungsprozeß niederschlägt und bis es noch später verfassungsrechtlich geregelt wird. Deswegen muß jede Verfassung notwendig hinter der Entwicklung der sozialen Wirklichkeit etwas zurückbleiben. Angesichts der ständig zunehmenden Geschwindigkeit des sozialen Wandels wird damit die Frage der Anpassung jeder Verfassung an den sozialen Wandel zu einem Problem von ständig größerer Bedeutung. Wer sich daher für die Erhaltung unserer freiheitlich-demokratischen Grundordnung einsetzt, muß sich dafür einsetzen, daß unsere gegenwärtige Verfassung — im Gegensatz

zur freiheitlich-demokratischen Grundordnung — nicht zementiert wird, sondern flexibel bleibt, um diese Anpassung zu ermöglichen. Es gibt wohl kaum eine wirksamere Methode, um zu erreichen, daß eine Verfassung revolutionär beseitigt wird, als die Zementierung dieser Verfassung. Sie muß dazu führen, daß sich im Laufe der Zeit infolge des Spannungsverhältnisses zwischen der jetzt gewandelten sozialen Wirklichkeit und der zementierten Verfassungsordnung so viel Zündstoff ansammelt, daß es zu einer Verfassungsdurchbrechung kommt.

Die Problematik, die wir heute diskutieren, bezieht sich ja nicht auf die Abwehr von unmittelbaren Verletzungen der Verfassung, sondern bezieht sich auf die Abwehr von unmittelbaren Versuchen zur Änderung oder Ersetzung unserer Verfassungsordnung, soweit sie nämlich gleichzeitig als Beeinträchtigung der freiheitlich-demokratischen Grundordnung gesehen werden. Deshalb sind alle Maßnahmen zum Schutz der Verfassung (im Sinne eines Schutzes der freiheitlich-demokratischen Grundordnung) notwendig mit einer Erschwerung von Verfassungsänderungen verbunden. Daraus folgere ich natürlich nicht, daß derartige Maßnahmen stets zu unterbleiben hätten. Mir geht es nur darum, daß bei allen derartigen Maßnahmen, insbesondere bei den Maßnahmen zur Abwehr „verfassungsfeindlicher“ Bewerber um Beamtenstellen, dieser Aspekt stärker, als das bisher geschehen ist, berücksichtigt wird. Ich messe der Frage, ob solche Maßnahmen freiheitsmindernd wirken, geringere Bedeutung bei als der Frage, ob sie die Flexibilität unserer Verfassung beeinträchtigen. Ich erinnere nur daran, daß in der öffentlichen Diskussion jeder, der sich — in seiner eigenen Terminologie — für eine „Systemveränderung“ einsetzt, allein deshalb als „Verfassungsfeind“ i. S. eines Gegners unserer freiheitlich-demokratischen Grundordnung angesehen und bekämpft wird. Deshalb gilt es zu verhindern, daß durch Maßnahmen zum „Schutz der Verfassung“ die öffentliche Meinungsbildung und die politische Willensbildung über tiefgreifende Änderungen der Verfassung erschwert wird.

Klein: Herr Stein, ich meine, das, was Sie hier gesagt haben über den Wandel in der sozialen Wirklichkeit und die notwendig retardierende Reaktion der Rechtsordnung einschließlich der Verfassungsordnung, ist eine allgemeine Wahrheit, die jeder von uns akzeptiert. Ich sehe insofern gar keine Meinungsverschiedenheit zwischen uns, es sei denn, Sie bezögen das, was Sie gesagt haben, auch auf das, was nach meinen Darlegungen der eigentliche und ausschließliche Gegenstand des Verfassungsschutzes ist. Insofern allerdings würde ich Ihnen nicht

folgen, wenn Sie gemeint haben sollten, daß das, was in Art. 79 Abs. 3 — ich lasse vor der Klammer die Frage der Bundesstaatlichkeit — gewährleistet ist, durch die soziale Wirklichkeit überholbar sei. In diesem Sinne, wenn ich da zurückkommen darf auf die Ausführungen von Herrn *Hans-Peter Schneider*, würde ich auch meinen, daß es unzulässig ist, die naturgemäß in der Theorie vielfach ausfüllbaren Begriffe der Demokratie oder der Rechtsstaatlichkeit, also der Grundsätze, auf die Art. 79 Abs. 3 Bezug nimmt, unter einem verfassungsrechtlichen Aspekt beliebig zu variieren. Denn was das Grundgesetz unter Demokratie und Rechtsstaatlichkeit versteht, das allerdings ist, wie ich meine, innerhalb gewisser Toleranzgrenzen sicher zu einem hohen Grade durch die Verfassung selbst bestimmt, und darauf nimmt Art. 79 Abs. 3 Bezug und nicht auf das, was in der Literatur mit dem Etikett „demokratisch“, seltener „rechtsstaatlich“, versehen wird.

Doehring: Zunächst ein Wort zu dem, was Herr *Ekkehart Stein* gesagt hat: Die Unabänderbarkeiten der Verfassung, wenn sie wirklich die Revolution provozieren würden, legen die Frage nahe, woher es kommt, daß die Ostblockverfassungen noch bestehen, denn diese bezeichnen sich in ihrer Grundtendenz sämtlich als unabänderbar, und trotzdem halten sie stand. Diese Theorie erscheint mir fraglich.

Aber nun zur streitbaren Demokratie. Ich habe etwas den Eindruck gehabt, insbesondere bei dem Referat von Herrn *Denninger*, als wenn man von einer Insel spricht. Ich möchte darauf hinweisen, daß die Unterwanderungen bzw. die Gefahren unserer Demokratie nur zum Teil von innen kommen, zu einem sehr großen Teil aber von außen gesteuert sind. Das gibt dann ein etwas anderes Bild. Wenn man fragt, wie weit denn die Streitbarkeit der Demokratie gehen darf, um nicht selbst wieder etwas zu zerstören, was wir schützen sollten, dann kommt es wesentlich darauf an, wie intensiv der Angriff auf unsere Freiheit ist. Von daher muß man die Sache beleuchten. Ich habe in dem Referat von Herrn *Denninger* nichts darüber gehört, wie stark nun eigentlich diese Gefährdung ist, immer nur etwas darüber, wie stark die Gefährdung derjenigen sei, die in den Geruch kommen könnten, diesem System nicht anzuhängen. Aber über die objektive Gefährdung des Staates — die mir eine ganz wesentliche Frage zu sein scheint — habe ich nichts gehört. Ich muß jetzt auch noch einen Augenblick eine Verbindung herstellen zum öffentlichen Dienst, zum Staatsbediensteten, und wende mich noch einmal der internationalen Sicht und der Rechtsvergleichung zu. Wir haben eine

größere Arbeitsgruppe gebildet, die nun vor dem Ende ihrer Arbeit steht, um zu untersuchen, wie man in anderen Staaten mit den verfassungszerstörenden Bestrebungen fertig zu werden versucht. Ich will und kann hier meinen Kollegen ihre Ergebnisse nicht vorwegnehmen, aber eines ist sicher: der Gerichtsschutz, auf den wir so stolz sind, und der Begründungszwang, sie existieren in den meisten auch rechtsstaatlichen Demokratien der Welt auf dem Gebiet der Beamteneinstellungen überhaupt nicht, sondern das geht dort sehr viel einfacher vor sich. Dazu stellt sich die Frage auch für Europa; ich weiß nicht, ob wir nicht über ein Scheinproblem reden. Wenn in Brüssel bei den Gemeinschaften Bedienstete angestellt werden sollen, und es würde sich jemand bewerben, der das Statut einer Partei oder eines Vereins unterschrieben hätte, die den Europagedanken komplett ablehnen, käme man doch ganz bestimmt nie und nimmer auf den Gedanken, daß die Verwaltung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft einen solchen Bewerber einstellen würde; das aber ist genau die Lage unseres Verfassungsrechts, es ist dasselbe Bild. Die Loyalitätserklärung für Europa des europäischen Beamten endet zwar nicht mit einem Eid, aber die Loyalität wird sehr ernst genommen, und das hat auch der Europäische Gerichtshof in Luxemburg klar gesagt. In den Vereinten Nationen haben wir die gleiche Loyalitätsverpflichtung. Soll denn der Generalsekretär Waldheim jemanden einstellen, der die Grundgedanken der Friedenssicherung, Völkerverständigung und Menschenrechte ablehnt? Er wird das hoffentlich nicht tun. Die Parallelen hier sind wohl evident und völlig klar; aber bei uns spricht man von Gesinnungsschnüffelei, wenn wir nur versuchen, das festzustellen, was selbstverständlich die Brüsseler Behörden auch feststellen müssen. Im übrigen werden die Akten dort gar nicht offengelegt, das Verfahren ist nicht öffentlich, und der Abgelehnte hat keinen Zugang zu den Akten, was in den meisten westlichen Demokratien ebenso gehandhabt wird.

Jetzt komme ich zu einer Frage, die Herrn Böckenförde beschäftigt hat, aber auch und insbesondere Herrn Denninger, nämlich zu dem Verhältnis von Verhalten und Gesinnung. Es wird gesagt, Gesinnung werde geprüft, solle aber nicht geprüft werden, denn nur das Verhalten dürfe geprüft werden. Die entsprechende Frage ist doch aber gar nicht, ob Gesinnung schlechthin geprüft wird, sondern um welche Gesinnung es sich handelt, denn die eine Gesinnung könnte den Ausschließlichkeitsanspruch einer Ideologie zum Inhalt haben und keine Debatte über die politische Prämisse zulassen, die andere Gesinnung aber kann gerade die Toleranz, die wir wollen, zum

Gegenstand haben. Sollen wir insoweit nicht prüfen dürfen? Wie können wir denn eigentlich ein Verhalten werten, das letztlich auf Gesinnung beruht? Gesinnung und Verhalten sind sich ergänzende Faktoren. Ich habe in Hitlers „Mein Kampf“ gefunden, daß dort ein hohes Lied auf das politisch neutrale Berufsbeamtentum zu lesen ist. Nach 1933 war es dann anders. Was aber war denn Hitlers Gesinnung, und was war sein Verhalten? War sein Buch Verhalten oder war es die Offenbarung seiner Gesinnung, oder war alles gelogen? Man hätte sicherlich auch den Regierungsrat Hitler früher in bezug auf seine Gesinnung prüfen sollen, und man hätte sich manches erspart. Wenn Sie sagen, Sie seien in einem „braunen Strudel“ zur Welt gekommen, Herr *Denninger*, hoffe ich doch, daß Sie nicht in einem roten Strudel untergehen. Beide Strudel mag ich nicht, und ich war schon vor Ihnen auf der Welt und vor dem braunen Strudel, dessen Kommen ich bewußt erlebt habe. Ich möchte auch eine Wiederholung verhindern und darin sind wir uns wohl völlig einig.

Wenn nun aber jemand das DKP-Statut, die Grundsatzserklärung von 1969, unterschreibt, in der steht, daß der Leninismus-Marxismus revolutionär durchgesetzt werden soll und in dem auch die Verpflichtung zum Handeln im Sinne des Kommunistischen Manifests zu lesen ist, in dem gesagt ist, daß gegebenenfalls mit Gewalt gehandelt werden muß — wenn jemand so etwas unterschreibt, und er will dann als Lehrer angestellt werden oder in den öffentlichen Dienst eintreten, dann wäre die richtige Lösung wohl, ihm zu sagen, er solle doch austreten aus dieser Vereinigung und dann könne man weiter sprechen. Aber der Bewerber kann nicht diese Unterschrift aufrechterhalten und diejenige zur Verfassungstreue leisten. Welche Gesinnung der Bewerber hat, kann ich auch nur wiederum an seinem Verhalten — nämlich seiner Unterschrift — prüfen. Der Austritt aus der Partei wäre eine Gesinnungsfrage und eine solche des Verhaltens; belogen werden kann man natürlich immer.

Damit wollte ich sagen: Die Trennung zwischen Verhalten und Gesinnung, zwischen Verhaltens- und Gesinnungsprüfung, ist auf diesem Gebiet nicht durchführbar, ebensowenig wie die Differenzierung zwischen sicherheitsempfindlichen und anderen Beamtenposten; ich kann sie nicht vollziehen. Ich bin z. B. mehrfach von der Kriminalpolizei gewarnt worden, aber ich weiß nicht immer, wer mich nun anruft, und man hat mir auch gesagt, ich solle am Telefon keine Antwort geben, auch dann nicht, wenn angeblich die Polizei anruft. Sehen Sie, das sind reale Unsicherheiten. Ich weiß auch nicht — um ein anderes

Beispiel zu nennen —, ob jede Postsendung mich erreicht, und es ist schon einiges an Post verloren gegangen; es gibt Hilfspostboten, z. B. Studenten in Urlaubszeiten, die ich nicht kenne, die aber mich kennen. Auch auf diesen Gebieten möchte ich keine Sicherheitseinbrüche haben, sondern das volle Vertrauen, daß diese Funktionen des Staates überwacht werden, „überwacht“, nicht wie in einem übermächtigen Polizeistaat, aber doch so, daß ich diese Angst — das ist übrigens meine Angst, im Gegensatz zu der angeblichen Angst des Überwachten — nicht haben muß. Wenn wir die Gesinnung prüfen, geht es um die Gesinnung zur Freiheit im positiven Sinne, denn wir wollen den besten Beamten haben und nicht nur den schlechten vermeiden. Wenn wir das beachten, dann, glaube ich, sind wir durchaus auf dem richtigen Wege, und ich frage mich, warum wir uns eigentlich so sehr um diese Dinge streiten müssen.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr *Doehring*. Wir kommen jetzt schon indirekt vom Allgemeineren ins Konkrete und sind so materiell bereits im Teil B, also in den Einzelfragen, insbesondere Zugang zum Öffentlichen Dienst. Herr *Denninger*, Sie waren sehr angesprochen: eine kurze Zwischenbemerkung?

Denninger: Ja, Herr *Doehring*, ich bin Ihnen wirklich sehr dankbar, daß Sie sozusagen hier den Finger ins Schlimme gelegt haben, aber die Fragen, die Sie stellen, möchte ich eigentlich an Sie zurückgeben. Die Tatsache, da stimme ich Ihnen zu, daß Verhalten und Gesinnung sehr eng zusammenhängen und daß Gesinnung sehr schwer feststellbar ist, ist für mich geradezu ein indirekter Beweis dafür, daß wir die Wahl haben, entweder so etwas wie einen favor civis anzuerkennen und mit ihm auch praktisch zu arbeiten — ich habe versucht, ein paar Folgerungen zu skizzieren — oder, daß wir eben von einem grundsätzlichen Mißtrauenssystem aus denken müssen; dann allerdings müssen wir noch ganz andere, polizeistaatlichere Methoden einführen, d. h. wenn wir Ihre Forderung des in jedem Fall sicheren, gesinnungstreuen Briefträgers usw. ernstnehmen und Konsequenzen auf der Mißtrauensbasis daraus ziehen wollen, dann wird sich dieser Staat hier ganz erheblich verändern müssen. Und vor dieser Option würde ich eben dazu neigen, vielleicht mit ein bißchen, von Herrn *Ipsen* ja jedenfalls kritisiertem Optimismus, doch eben nicht das Hobbes'sche Menschenbild zugrunde zu legen, sondern ich würde auf einer Vertrauensbasis — aber das ist auch wieder eine Art objektivierte Vertrauens — operieren wollen, mindestens einmal den Versuch hierzu machen. Das beginnt bei der Frage

nach dem Maßstab, an dem Sie den Grad der Gefährdetheit dieser Republik messen wollen; Sie stellten ja die Frage, nicht wahr. Da könnten wir nun stundenlang Voten gegeneinander austauschen. Ich würde mich hier etwa auf den ehemaligen Generalbundesanwalt *Max Güde* beziehen, der ja nun ein Kenner der Materie aus dem Staatsschutzbereich sein dürfte. Er hat neuerdings ganz dezidiert festgestellt, daß die Bundesrepublik zu keinem Zeitpunkt ihres Bestehens in irgendeiner Weise durch einen inneren Feind gefährdet war. Sie können natürlich auch Gegenmeinungen auftischen, etwa die von Herrn *Willms*, nicht wahr, der bedauert, daß der Staatsschutz allmählich verkümmert, oder unter dem Titel ‚Rückzug in die Zitadelle‘ einen ständigen Rückgang des an sich dringend notwendigen Staatsschutzes beklagt. Ich glaube, daß es sehr schwierig ist, sich hier überhaupt über objektive Maßstäbe zu einigen. Wollen Sie das Verhältnis von abgelehnten Bewerbern zu angehörten oder überprüften nehmen, dann kommen Sie auf minimale Promille-Sätze bzw. Null-Komma-Promille-Sätze; ist das ein Indiz für Gefährlichkeit? Ich würde Ihnen ohne weiteres zustimmen, wenn Sie sagten: Das ist kein Indiz. Man weiß ja gar nicht, wie gefährlich die im einzelnen sind, usw.

Ich glaube, Sie sehen alle diese Schwierigkeiten. Ich glaube wir können in dieser Situation nicht anders, als auf bestimmte Vermutungslagen zurückzugreifen.

Doehring: Ich wollte nur von dem statischen Denken weg. Ich wollte sagen, die Abwehrbereitschaft und Abwehrkraft und auch die Freiheitseinbuße müssen sich danach richten, wie intensiv der Angriff ist.

Denninger: Da stimme ich Ihnen völlig zu, Herr *Doehring*.

Delbrück: Ich hatte eigentlich an Herrn Klein, aber vor allem an Herrn *Denninger* noch Fragen. Ich möchte zum Ausdruck bringen, daß ich in den Referaten eine gewisse Operationalisierung der Prinzipien vermißt habe, denen man im einzelnen zustimmen mag oder nicht. Es läßt sich über das Radikalenproblem kräftig streiten in der Ebene der Prinzipien. Ob optimistisches oder pessimistisches Menschenbild usw., das alles sind treffliche Gegenstände einer ausführlichen Diskussion. Denn, Herr *Denninger*, auch bei Ihnen wird Verfassungstreue — in Ihren Thesen ab VI — im Einzelfall geprüft. Das ist sicher auch meiner Ansicht nach richtig, aber die ganzen Probleme, mit denen wir als Juristen uns quälen, fangen an diesem Punkt eben erst an. Dann nämlich geht es um die Frage der Krite-

rien, die Maßstäbe, die den Verdacht für eine Überprüfung hinreichend erscheinen lassen, so daß ich anfangs zu prüfen, usw. usw. Hier bleibt für mich Entscheidendes offen. Ich möchte dies verdeutlichen: Herr *Klein* hat bei mir den Eindruck erweckt, daß er die streitbare Demokratie sozusagen als einen umgreifenden Verfassungsvorbehalt versteht, der dann — mehr oder minder von der Gefahrenlage abhängig — einseitig zu Lasten der Freiheitsverbürgungen realisiert wird.

Herr *Denninger* hat im Gegensatz dazu die Toleranz als ein Kriterium eingeführt, aber für mich eben auch noch nicht operationalisiert genug, nicht scharf genug in dem Sinne, daß man den Eindruck gewinnen könnte, hier würde jetzt eine echte Güterabwägung o. ä. juristisch-methodisch in die Prüfung eingebracht. Ich glaube, wir müssen — und das wäre etwas, wo ich um weitere Konkretisierung bitten würde — uns bemühen, dieses ganze Problem methodisch einzuordnen in die Denkkategorien und -figuren, die wir als Juristen zur Hand haben, etwa z. B., daß man die Entscheidungen, die anfallen, trifft in der Spannung zwischen einerseits Toleranz als Verfassungsschutz — denn auch die Realisierung der Verfassung im Sinne der Freiheitsverbürgung ist ja Verfassungspflege oder auch Verfassungsschutz — und Verfassungsschutz im engeren Sinne als Abwehr von feindlichen Eingriffen. Wenn man in dieser Dichotomie, in dieser Spannung, die Güterabwägung von vornherein einführt, so glaube ich, dann wird auch die Blickrichtung des Administrators von vornherein mehr eingeengt und konzentriert darauf, daß er hier zwischen zwei mindestens gleichwertigen Rechtsgütern abzuwägen hat. Die einseitige — so habe ich es verstanden — die einseitige Einordnung der streitbaren Demokratie als Verfassungsvorbehalt — oder wie immer — scheint mir zu Lasten des freiheitlichen Denkens zu gehen. Ich stimme da völlig mit dem überein, was Herr *Tomuschat* gesagt hat. Wir haben etwas aus dem Blick verloren, daß eben auch die Toleranz als die andere Komponente unserer Verfassung der Pflege bedarf, wenn wir uns nicht an Modelle annähern wollen, die wir alle für verwerflich halten.

Klein: Herr *Delbrück*, ich habe in der Tat gesagt, — jedenfalls gemeint —, daß das Prinzip der streitbaren Demokratie bzw. das Postulat eines wirksamen Schutzes der freiheitlichen demokratischen Grundordnung ein Prinzip der Verfassung ist, das, wie manches andere, die Interpretation jeder einzelnen Verfassungsnorm beeinflußt. Aber ich habe auch gesagt, Bestandteil der freiheitlichen demokratischen Grundordnung sind auch und gerade die Grundrechte, so daß wir hier doch einem

Phänomen begegnen, das uns aus der allgemeinen Verfassungstheorie und Methodologie durchaus geläufig ist, daß wir nämlich — ich habe den Begriff von Herrn Hesse ausdrücklich gebraucht — hier unter Umständen widerstreitende Verfassungsprinzipien zu praktischer Konkordanz, d. h. jeweils optimal zur Wirkung bringen. Wie Sie darin eine einseitige Abwägung zu Lasten der Freiheit sehen können, ist mir nicht ganz verständlich.

Bull: Ich spreche über *Verfassungsschutz* (im weiteren Sinne) als *Massenproblem* und über *positiven Verfassungsschutz*. Wenn wir heute Zahlen der Einstellungsüberprüfungen für den Öffentlichen Dienst haben, die in die Hunderttausende gehen; wenn wir uns vergegenwärtigen, daß der Öffentliche Dienst, der ja insgesamt — jedenfalls potentiell — einer weiteren Überprüfung unterliegen könnte, rund 3,6 Millionen Personen umfaßt; wenn man weiter wahrnimmt, daß in der Öffentlichkeit der Eindruck besteht, als gebe es generell Überprüfungen etwa des Reiseverkehrs oder des Leseverhaltens von Bürgern, dann ist das keine bloß quantitative Frage mehr, sondern eine qualitative Frage — und ein Aspekt, den wir hier berücksichtigen müssen. Dies zu berücksichtigen, ist auch ein Stück richtige Methodik zur Bewältigung des Themas, das wir uns heute gestellt haben. Wir müssen dabei selbstverständlich unterscheiden zwischen dem, was objektiv vorliegt, und dem, was subjektiv wahrgenommen wird.

In meiner Tätigkeit als Bundesbeauftragter für den Datenschutz erhalte ich viel Echo aus der Bevölkerung, bekomme viele Briefe und erfahre bei Diskussionen und in anderen Veranstaltungen viel über die Stimmung im Lande in bezug auf den Verfassungsschutz — im engeren und im weiteren Sinne. Ich kann Ihnen versichern, daß die Folgen des Eindrucks, daß eine große Anzahl von Mitbürgern einer Überprüfung bis hin zur Gesinnungsprüfung ausgesetzt werde — wie gesagt, als subjektive Wahrnehmung — daß dieser Eindruck katastrophale Folgen hat für die Einstellung der Menschen zum Staat. Wenn wir hier um Vertrauen werben und Vertrauen in die demokratische Grundordnung als eine Voraussetzung des Fortbestandes der Verfassung postulieren, dann müssen wir sehen, daß der Vertrauensschaden aus der gegenwärtigen Entwicklung enorm ist. Ich klammere auch die Verschuldensfrage aus; ich klammere aus die Richtigstellung falscher Meldungen in den Medien.

Nur ein Punkt sei am Rande erwähnt: eine systematische Überprüfung des Leseverhaltens in den Bibliotheken gibt es

gegenwärtig nach meinen Untersuchungen nicht. Ich stelle das richtig, wo ich kann, aber der Eindruck bei vielen bleibt, daß allein durch die Hunderttausende von Überprüfungen die Bundesrepublik auf einem gefährlichen und vertrauensschädlichen Wege sei.

Deshalb ist ein *gezielteres* Vorgehen, ein Abgehen von dem Streben nach umfassender Untersuchung der Verfassungstreue der Bürger, dringend geboten. Das von *Denninger* angeführte Postulat wechselseitigen Vertrauens, der *favor civis*, gehört in diesen Zusammenhang. Aber dieses Vertrauen ist gerade bei den jungen Bürgern nicht leicht zu schaffen, und damit komme ich zur „Verfassungspflege“ — um das Stichwort der Diskussionsgliederung aufzunehmen — oder besser: zum *positiven Verfassungsschutz* im Gegensatz zu dem abwehrenden, rein negativen Verfassungsschutz.

Wie kann man es anfangen, dabei wirklich überzeugend zu sein? Ich meine, *eine* Forderung muß hier unbedingt miterwähnt werden: die überzeugende Korrektur rechtswidriger Zustände. Dies sollte in keiner Liste fehlen, die Postulate zum Aufbau von Vertrauen in die Gemeinschaft enthält. Es gehört dazu das Ernstnehmen der Grundrechte — Herr *Klein* hat hier einen bemerkenswerten Beitrag zu Art. 13 geleistet, andere Ausführungen in den Referaten brauche ich vielleicht nicht besonders zu zitieren —. Es geht ferner darum, zum Beispiel auch in Anknüpfung an Traditionen der deutschen Staatsrechtslehre — ich nenne die Namen *Evers* und *Salzwedel* — klarere rechtliche Regelungen, Rechtsmeinungen, Vorschläge zur Verbesserung der Rechtslage aus unserem eigenen Kreise heraus zu produzieren. Das wäre immerhin ein Stück „erste Hilfe“ (im doppelten Sinne) für das Gemeinwesen, das in Gefahr ist abzurutschen.

Zu dem positiven Verfassungsschutz in diesem Sinne gehören sodann auch die Kontrollinstanzen. Ich meine, wir sollten das Gesetz über die parlamentarische Kontrolle der Nachrichtendienste nicht von vornherein abwerten, sondern einmal sehen, ob nicht auch ein Stück Kontrolle wirksam werden kann. Anderes ist erwähnt worden, ich will mich kurz fassen, ich will an Sie alle appellieren mitzuwirken bei der Klarstellung von Fragen, die dann unter „Einzelfragen“ zu behandeln wären, z. B. der Frage der Weitergabe ungesicherter Erkenntnisse des Verfassungsschutzamtes (nicht schlüssiger, nicht relevanter Erkenntnisse) — Stichwort *Narr-Urteil* — und eines Verwertungsverbotes für rechtswidrig erlangte Informationen. Wenn ich einige Gedanken von heute vormittag weiterdenke, müßten ja angesichts der prekären Rechtssituation von BND und MAD

die von diesen Institutionen erlangten Erkenntnisse daraufhin überprüft werden, ob sie überhaupt verwertet werden dürfen. Ich stelle nur die Frage. Das Sozialgeheimnis und seine Grenzen, insbesondere gegenüber Justiz und Kriminalpolizei, wären ebenfalls zu bedenken — und so weiter. Ich bedanke mich für Ihre Geduld.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr *Bull*. Da Sie die Staatspflege bzw. Verfassungspflege ausdrücklich angesprochen haben, möchte ich als Schüler von *Herbert Krüger* nicht unerwähnt lassen, daß dieser von ihm in die Staatslehre so nachhaltig eingeführte Terminus im Zusammenhang dieser Referate bereits von mehreren Seiten in der Sache gebührende Beachtung gefunden hat.

Klein: Es ist nicht so sehr die millionenfache Überprüfung, die ich kritisch sehe, als die Art, wie mit ihr in der Diskussion umgegangen wird. Ich meine, man muß sich doch einmal vor Augen halten, worum es sich bei diesen Hunderttausenden oder Millionen handelte. Es handelt sich schlicht um die Zahl derjenigen, die sich seit dem Jahre 1972 um Eintritt in den Öffentlichen Dienst beworben haben. Und bezüglich dieser Bewerber erging eine routinemäßige Anfrage an die Verfassungsschutzämter, die — ich bitte, mich jetzt nicht auf den Prozentpunkt festzulegen — in 95 bis 98 % der Fälle mit dem Vermerk: „Keine Erkenntnisse“ zurückkamen. Damit war der Fall erledigt. Und in den restlichen 2—5 % der Fälle lagen gewisse Erkenntnisse vor, die sich wiederum in dem weit überwiegenden Teil dieser Fälle als nicht relevant erwiesen für die zu prüfende Frage. Die Zahl derjenigen Fälle, wo sich wirklich Erkenntnisse ergaben, die dann zur Ablehnung des Bewerbers aus diesem Grunde führten, beläuft sich auf weniger als 3000, wenn ich das richtig weiß. Wenn Herr *Bull*, nicht nur natürlich in bezug auf diesen Punkt, die anderen übersehe ich weit weniger gut als er, so daß ich mich dazu nicht äußern kann, von katastrophalen Folgen für die Einstellung zum Staat sprach, die sich daraus ergäben, dann meine ich, daß diese katastrophalen Folgen sich vielmehr daraus ergeben, daß geflissentlich unkommentiert mit diesen Zahlen in der öffentlichen Diskussion operiert wird.

Meyer: Bevor ich zur Verfassungspflege komme, möchte ich noch kurz auf einige Äußerungen, die vorher gefallen sind, eingehen. Erstens: Ich verstehe nicht, warum man den Begriff Freiheit von Angst nicht als juristischen Begriff auffassen will,

obwohl wir in Art. 1 GG die Menschenwürde als juristischen Begriff haben und es offensichtlich keine Schwierigkeiten macht, mit ihm umzugehen. Zweitens: Es ist richtig, Herr *Isensee*, daß die Extremisten die Angst schüren und als Propagandamittel nutzen, — sie sind ja schließlich auch politische Menschen —, aber es ist nicht richtig, daß es nur geschürte Angst gibt, und es ist leider nicht so einfach, wie Sie, Herr *Quaritsch*, sagen, daß nur die Angst zu haben brauchen, die Verfassungsfeinde sind. Wenn es so wäre, könnten wir uns ja beruhigen. Es geht um diejenigen, die, ohne Verfassungsfeinde zu sein, Angst haben müssen, und solche Leute gibt es. Der Verfassungsschutz wäre töricht, mit den Recherchen erst zu beginnen, wenn jemand schon ein Verfassungsfeind ist. Also recherchiert er in einer Art Grauzone, in der sich notwendig auch Leute bewegen, die weder Verfassungsfeinde sind noch es werden wollen. Auch diese Leute unterliegen unter Umständen der Oberservierung und in ihrem Gefolge durchaus beruflichen Nachteilen, wie einige Urteile gezeigt haben. Die Frage ist, ob uns das ohne jedes Interesse lassen kann. Ich meine: nein. Wenn Sie, Herr *Klein*, sagen, nur bei 5 % lägen so etwas wie Erkenntnisse vor, so wird man doch berücksichtigen müssen, daß 5 % von einer sechsstelligen Zahl immerhin eine ganze Menge von Personen sind.

Nun aber zur Verfassungspflege. In dem Lichte, das — nach einer Äußerung von Herrn *Stern* heute morgen — ex oriente kommen soll, wobei allerdings nach der Sternschen Geographie Göttingen schon im Osten liegt, fühle ich mich eher als Verfassungsschänder denn als Verfassungspfleger, jedenfalls soweit Herr *Klein* diesen Begriff gebraucht hat. Vielleicht bin ich aber auch nur ein Radikaler im Öffentlichen Dienst. Herr *Klein* hat nämlich behauptet, es sei ein Mißbrauch der Legalität zur Zerstörung der Legitimität, wenn sich die parlamentarische Mehrheit bei ihrer Gesetzgebung vorsätzlich am Rande der Verfassungsmäßigkeit bewege. Nun kenne ich kaum ein einigermaßen wichtiges Gesetz in letzter Zeit, bei dem nicht von allen oder einigen Gegnern der Vorwurf der Verfassungswidrigkeit erhoben worden ist, und man kann nur mit Fug annehmen, daß sich alle am Rande der Verfassungsmäßigkeit bewegen. Wir leben also in einem Staat, in dem die Verfassungsorgane, insbesondere Parlament und Regierung, sich der von Herrn *Klein* verlangten Verfassungspflege nicht annehmen. Aber auch der Bundesrat verweigert sich, denn er hat ein Antragsrecht nach Art. 21 GG, und es gibt extremistische Kleinstparteien, die durchaus zum Verbot anstünden, wenn der Bundesrat den Antrag stellen würde. Wir finden hier sozusam-

gen eine andere Art der Solidarität aller Demokraten. Nun habe ich allerdings die Vermutung, daß Herr *Klein* in diesem Punkt nicht Verfassungs-, sondern Grabpflege meint, nämlich Pflege am Grabe der Politik. Es ist ja nicht verwunderlich, daß in der ganzen Debatte der Begriff Politik — wenn ich recht zugehört habe — nicht gefallen ist. Wenn aber der Mehrheitsgesetzgeber sich nicht mehr frei im Rahmen der Verfassung bewegen darf, wird der status quo zum höchsten Verfassungsgut und das Bundesverfassungsgericht zur Gouvernante des unmündigen Gesetzgebers. Das ist das Ende der Politik. Die Verfassung lebt aber eher von der Politik als vom Recht. Naturwissenschaftlich mag der Satz ‚Ex oriente lux‘ nicht zu bestreiten sein, aber es stimmt wohl auch, daß es im Osten zuerst dunkel wird.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr *Meyer*. — Wir sollten nunmehr ganz zu den Einzelfragen übergehen. Hier liegt nach den Wortmeldungen der Schwerpunkt ganz eindeutig auf den komplexen Zugang zum Öffentlichen Dienst und Verfassungsschutz. Zunächst möchte ich an dieser Stelle Sie, Herr Kollege *Fromont* bitten, uns etwas über die diesbezügliche Rechtslage in Frankreich aufzuklären. Es tut unserer folgenden Diskussion sicher gut, wenn wir einen Augenblick von den bundesrepublikanischen Verhältnissen abstrahieren und uns einem Lande wie Frankreich zuwenden, das eine große Tradition des Schutzes der Verfassung hat, nicht zuletzt über die Regelungen des Ausnahmezustandes.

Fromont: Darf ich mir nur ein paar Bemerkungen erlauben. Erstens: die Problematik hat in Frankreich mit der Verfassungsauslegung wenig zu tun. Dafür gibt es mehrere Gründe: Vor allem bilden die verfassungsrechtlichen Normen in Frankreich kein abgeschlossenes System. Sie wissen ja, daß wir eigentlich keine einheitliche Verfassung, sondern drei verfassungsrechtliche Texte nebeneinander haben, und zwar erstens die Menschenrechtserklärung von 1789, dann die Präambel der Verfassung von 1946 und drittens die Verfassung von 1958 — und noch dazu die sog. verfassungsergänzenden Gesetze. Deshalb spielen die Verfassungsauslegung, die Probleme der Verfassungsauslegung, keine große Rolle. Dazu kommt selbstverständlich, daß der Conseil Constitutionnel erst anfängt, seine Kontrolle über die Gesetzgebung zu vertiefen. Man kann grob sagen, daß die Zahl der als verfassungswidrig erklärten Gesetze noch gering ist. Zweitens: Frankreich ist hauptsächlich ein Nationalstaat, d. h. es ist kein Staat, der ausschließlich oder

hauptsächlich auf einer Ideologie aufgebaut wird, wie es m. E. die Bundesrepublik ist. Frankreich ist hauptsächlich ein Nationalstaat, ein Staat, der auf nationalem Konsens beruht. Deshalb werden alle Franzosen grundsätzlich zuerst und hauptsächlich als Franzosen behandelt, und wahrscheinlich deshalb verhält sich der französische Staat viel strenger gegenüber Separatisten aus Korsika oder aus der Bretagne oder auch gegenüber Kriegsdienstverweigerern. Sie wissen, daß die Rechtsstellung der Kriegsdienstverweigerer in Frankreich gar nicht liberal ist, aber umgekehrt verhält sich der französische Staat ziemlich großzügig gegenüber den verschiedenen politischen Minderheiten, die radikale Meinungen haben. Noch dazu kommt wahrscheinlich, daß die Kommunistische Partei in Frankreich nicht als verfassungswidrige Partei betrachtet wird, weil Frankreich, wie Sie wissen, schon kommunistische Minister seit dem Ende des letzten Krieges gehabt hat; wir haben heute noch viele Kommunisten, die entweder hohe Beamte oder Bürgermeister von großen Städten sind. Nun zu den Einzelfragen: Ich glaube, ich werde mich auf die Frage des Zugangs zum Öffentlichen Dienst beschränken. Bei diesem Zugang herrschen zwei Grundprinzipien. Einerseits das Prinzip der Gleichheit; dieses Prinzip der Gleichheit steht in der Menschenrechtserklärung von 1789, und deshalb darf die Regierung die Ernennung von Kandidaten nur wegen Meinungsäußerungen nicht ablehnen. Aber es gibt auch einen gegensätzlichen Grundsatz und zwar das Neutralitätsprinzip. Dieses Prinzip betrifft hauptsächlich die Ausübung der Funktion, des Amtes, aber auch daneben der Aktivitäten der Beamten außerhalb der Dienstzeit. Das ist die berühmte ‚Obligation de réserve‘, — ich glaube, man kann dies mit Zurückhaltungspflicht übersetzen; dies bedeutet, ein Beamter darf keine scharfen oder kämpferischen Aktivitäten gegenüber der Regierung betreiben, und nicht nur während der Zeit, wo er schon Beamter ist, sondern auch schon vorher. Das bedeutet also, daß der Zugang zum Öffentlichen Dienst doch etwas beschränkt ist, d. h. jemand, der offensichtlich Mitglied der Kommunistischen Partei ist und sogar Verantwortung in dieser Partei hat, kann zwar Beamter werden, aber wenn in diesem Zusammenhang sehr scharfe oder kämpferische Aktivitäten von ihm betrieben werden, dann darf er nicht Beamter werden.

Schlaich: Herr Klein sprach von einem „permanenten Skandalon“, das der Pflege der Verfassung abträglich sei. Ich will im Zusammenhang mit der Frage des Zugangs zum öffentlichen Dienst ein weiteres nennen — die parteipolitische Äm-

terpatronage. Die Referenten haben dieses Thema beide ausgelassen. Mit diesem Skandalon haben wir uns ja seltsamerweise weithin abgefunden, obwohl hier permanent die Verfassung verletzt wird, permanent ein Verfassungsverfall, ein Verfall an Verfassungstreue stattfindet; in den Kategorien von Herrn *Denninger*: diese parteipolitische Ämterpatronage schafft durchaus Angst und Verdruß um Einstellung und Beförderung, und zwar wohl in größerem Ausmaß als bei der gegenwärtigen Behandlung wirklicher oder vermeintlicher Extremisten anläßlich ihrer Einstellung, hier wird auch durchaus Vertrauen auf die Verfassung kaputt gemacht, denn das Grundgesetz formuliert ja bezüglich des Zugangs zu öffentlichen Ämtern das Leistungsprinzip, und hier wird zwar Bereitschaft zu Engagement geweckt, zum Engagement nämlich in den Parteien, aber nur allzu oft zu einem verlogenen Engagement. Warum haben wir Staatsrechtslehrer uns an diesen Verstoß gegen Art. 33 Abs. 2 und 3 und gegen Art. 3 Abs. 3 GG eigentlich derart gewöhnt, daß er nur selten angemerkt wird? Um nur eines zu nennen: weil wir uns das Verfassungsprinzip „Parteienstaatlichkeit“ mit viel zu weitgehenden Konsequenzen haben aufschwätzen lassen. In der Verfassung steht von einem solchen materiellen Verfügungsrecht der politischen Parteien nichts. Art. 21 GG spricht von der Mitwirkung der Parteien „bei der politischen Willensbildung des Volkes“, nicht aber der Willensbildung des Staates. Sicherlich paßt sich die Vorstellung von der Parteienstaatlichkeit ein in unser Bild vom Pluralismus und von der Gemeinwohlverwirklichung durch eine Vielzahl von Gruppen. Aber ich kann nicht sehen, daß das Grundgesetz nun Staatskirchen und Staatskirchentum abschafft, auch den Verbändestaat nicht kennt, diesen Parteienstaat aber gestattet. Zugespitzt gesprochen: Haben wir dem Grundgesetz hierin nicht partiell ein Neues Modell der Verfassung zugrundegelegt und verletzen mit Hilfe dieses Modells die formulierte Verfassung in Art. 3 und 33? Noch einmal bewußt zugespitzt gesprochen: wie erfolgreich, mit welcher Aussicht auf Überzeugung können wir dann eigentlich die Verfassung vor Leuten schützen, die nun auch ein anderes Modell von der Verfassung haben? — Zur Vermeidung von Mißverständnissen: ich spreche von der verfassungsrechtlichen Reichweite der Parteienstaatlichkeit, nicht von der unbestrittenen politischen Rolle der Parteien und ich weiß, daß es politische Beamte gibt und geben muß. Und ich halte die Fernhaltung von Verfassungsfeinden aus dem öffentlichen Dienst für notwendig. Nur: mit diesem Ernstfall des Schutzes der Verfassung anläßlich der Einstellung in den öffentlichen Dienst wird man sich schwer tun, solange

man im Normalfall der Einstellung nicht ohne Verfassungswidrigkeit auskommt. — Das war ein Statement, nicht eine Frage, ich bitte also nicht um eine Antwort, sondern um Zustimmung.

Bei den Folgerungen aus ihrer Analyse haben beide Referenten meines Erachtens wiederum zu einseitig auf den Ernstfall gesehen und den Normalfall vernachlässigt. Fast habe ich den Eindruck, wir sind mit mehr Eifer dabei, den Verfassungsfeinden, die sich um eine Einstellung in den öffentlichen Dienst bewerben, zu erklären, worin ihre Verfassungsfeindlichkeit liege, als daß wir den Verfassungsfreunden sagen, wo sie ihre Verfassungsfreundschaft gepflegt und aufgehoben wissen können. Auch dazu nur ein Hinweis, der sich für ein Mitglied in der Fakultät von Herrn *Friesenhahn* nahegelegt: Was ist eigentlich mit dem Eid des Beamten? Im Diensteid wird Treue zur Verfassung versprochen; der Eid dient dem Schutz der Verfassung im Normalfall, im Täglichen. Aber wir verstecken ihn eher (sofern es sich nicht um die Amtsübernahme durch Regierungsmitglieder handelt), nehmen jedenfalls diesen Normalfall des Schutzes der Verfassung häufig nicht sehr ernst. Sicherlich wird man sich für dieses Versprechen des Beamten eine neue Form und einen neuen Inhalt ausdenken können. Aber man müßte doch dabei deutlicher die Flagge eines demokratischen Selbstbewußtseins zeigen.

Zuleeg: Ich möchte zu Anfang unterstützen und begrüßen, was Herr *Denninger* hier gesagt hat. Ich muß das deswegen vorausschicken, weil ich eine Kritik an seinem Leitsatz 20 anbringen möchte, der im Ansatz von meiner Zustimmung umfaßt wird. Und zwar heißt es im Leitsatz 20, daß eine Anfrage an das Amt für Verfassungsschutz nur noch erfolgen soll, wenn im Einzelfall Verdachtsmomente auftauchen. Ich meine, daß bei einem solchen Satz das Vertrauen in die Behörde viel zu groß ist. Wenn Verdachtsmomente genügen, dann wird sich die Praxis m. E. kaum ändern. Deshalb meine These, daß die Überprüfung durch den Verfassungsschutz im nicht sicherheitsempfindlichen Bereich, — ich betone, daß diese Einschränkung mir wichtig erscheint —, unzulässig ist. Dabei ziehe ich die Grenzen des nicht sicherheitsempfindlichen Bereichs bewußt so, daß die Schule dazu gehört, daß die Schule also nicht sicherheitsempfindlich ist. Angesichts der Möglichkeit von Disziplinarmaßnahmen, angesichts der Möglichkeit der Einwirkung auf die Lehrer, vor allem durch die Lehrprogramme, angesichts der Kontrollmöglichkeiten steht in der Schule der Bestand des Staates nicht ernsthaft auf dem Spiele.

Zur juristischen Begründung für meine These, daß im nicht sicherheitsempfindlichen Bereich keine Überprüfung durch den Verfassungsschutz stattfindet, dient der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Ich habe den Referaten entnommen, daß über die Anwendbarkeit des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit Einigkeit besteht. Dabei sind die Zahlen, die schon genannt worden sind, von ganz ausschlaggebender Bedeutung. Wir haben unzählige Überprüfungen, und wir haben eine verschwindend geringe Zahl von Fällen, in denen die Überprüfung zu dem Erfolg führt, daß jemand nicht eingestellt wird. Dieses Verhältnis muß gerechtfertigt werden, und dabei muß — ich knüpfe an das an, was Herr *Delbrück* gesagt hat — eine Güter- und Interessenabwägung stattfinden. Wir müssen uns also fragen: Was geschieht hier zu dem Zweck, wenige Bewerber vom Öffentlichen Dienst fernzuhalten? Hier muß man einmal den Bereich des Einzelnen ins Auge fassen: Durch den Verfassungsschutz wird die Privatsphäre, die durch Art. 1 Abs. 1 GG geschützt ist, beleuchtet und durchdrungen. Hier wird eine Angst erzeugt, daß — wie immer man sich verhält — man vielleicht dem Verfassungsschutz auffallen könnte, und dementsprechend wird die Einstellung verschleiert, wird die Betätigung zurückgeschraubt. Der zweite Punkt betrifft die Allgemeinheit: Durch die intensive Nachprüfung wird ein Geist erzeugt, den man bei einer großen Zahl von jungen Leuten feststellen kann, die nicht glauben, im besten Falle nicht glauben, daß es eine freiheitlich-demokratische Grundordnung gibt, die es zu verteidigen gilt. Man muß noch hinzufügen, daß diese fehlende Überzeugung sehr häufig bei Lehrern festzustellen ist, also bei denjenigen, die doch gerade das — um ein Wort von Herrn *Klein* aufzugreifen — in die Hände gelegt bekommen, was Verfassungspflege bedeutet, was das staatsbürgerliche Bewußtsein bildet. Aber ich finde, wir können noch weitere Gesichtspunkte aufführen. Wir gehen immer davon aus, daß der Verfassungsfeind nicht in den Öffentlichen Dienst aufgenommen werden soll. Selbstverständlich! Nur darüber, was ein Verfassungsfeind ist, was die freiheitlich-demokratische Grundordnung besagt, kann man sich endlos streiten, und daher muß m. E. bei der Abwägung die Ungewißheit über die Auslegung dieser Begriffe berücksichtigt werden. Ein weiterer Gesichtspunkt: die Mangelhaftigkeit der Prognose, was ein Bewerber, der in den Öffentlichen Dienst gelangt, später anstellt. Zum Schluß noch der Hinweis auf die Strafgesetze und der Hinweis auf die Einwirkung in der Probezeit. Alle Gesichtspunkte zusammengenommen, — ich könnte das noch weiter ausmalen —, sprechen dafür: keine Überprüfung durch den Verfas-

schungsschutz bei der Einstellung von Bewerbern in den Öffentlichen Dienst mit Ausnahme des sicherheitsempfindlichen Bereichs!

Kriele: Ich wollte ein Wort sagen zu der neueren Tendenz, totalitäre Verfassungsfeinde, zum Beispiel Mitglieder der DKP, zunächst einmal in den Öffentlichen Dienst einzustellen, dann abzuwarten, ob sie sich legal verhalten und falls nicht, sie im Wege des Disziplinarrechts wieder zu entfernen. Ein Vorschlag, den ja auch Herr Böckenförde in seiner jüngsten Schrift gemacht hat.

Abgesehen von allerlei grundsätzlichen Erwägungen, die schon hier zur Sprache gekommen sind, möchte ich vier Thesen zu bedenken geben. Die erste betrifft die Begründung, Gesinnung sei rechtlich unbeachtlich, wir müßten auf Verhalten abstellen. Das ist zwar richtig; wir haben aber bisher unterschieden zwischen Gesinnung und der totalitären Bereitschaft zur Gesinnungsdurchsetzung, die sich organisiert. Man kann z. B. für eine auch radikale Änderung der Wirtschaftsordnung im Rahmen der Verfassung sein, das ist die Gesinnung. Das Akzidens, das hinzukommt, die Bereitschaft, diese Gesinnung durchzusetzen gegen die Gesinnung, gegen das Gewissen, gegen die Meinungen der Mitbürger, das allein macht die Verfassungsfeindschaft aus. Wenn dies jetzt auch eine Gesinnung ist und der Staat sich Gesinnungen gegenüber neutral verhalten muß, dann muß er sich auch demgegenüber neutral verhalten, — Verfassungstreue und Verfassungsfeindschaft werden relativ. Wir sind wieder bei Weimar, bei der Identität von Legalität und Legitimität, die uns Herr Böckenförde ausdrücklich empfiehlt, bei der ich nur in Erinnerung rufen möchte, daß sie sich in der Geschichte nicht so ausgezeichnet bewährt hat, wie es uns jetzt vorgehalten wird.

Zweite These: Die Nichteinstellung in den Öffentlichen Dienst ist keine Strafe. Eine Strafe knüpft an ein Verhalten an. Hier geht es um den Rechtsgrundsatz, daß niemand verpflichtet ist, jemanden einzustellen, von dem er weiß, daß er nicht für, sondern gegen ihn ist, arbeiten will, selbstverständlich auch der Staat. Dem geht ein Urteil über die Eignung voraus, die selbstverständlich die persönliche Verlässlichkeit betrifft. Der Gedanke, die Nichteinstellung sei anzusehen wie eine Strafe, wird suggeriert durch das Wort „Berufsverbote“. Das ist der polemische Sinn dieser Sprachstrategie. Wir sind bisher davon ausgegangen, daß jedenfalls der intelligentere Teil unseres Volkes das durchschaut. Drittens: Die Gesetzesgeltung wird ausgehöhlt. Mitglieder der DKP bieten die Gewähr dafür, daß sie im Ernst-

fall, also am Tage X, nicht für, sondern gegen die freiheitlich-demokratische Grundordnung eintreten wollen. In den Beamtenengesetzen steht: In den Öffentlichen Dienst darf nur — ich betone: „darf nur“ — eingestellt werden, wer die gegenteilige Gewähr bietet. Nun haben wir eine Reihe von rabulistischen Tricks erfunden, um das genaue Gegenteil zu subsumieren. Der Staat macht den Bürgern die Kunst der Rechtsverdrehung vor, das Prinzip der Gesetzesgeltung wird lächerlich gemacht.

Viertens, und das ist mein ernstester Punkt: Der Diensteid wird entwertet. Wenn ein Mitglied der DKP den Diensteid leistet, obwohl er weiß, er hat Instruktionen von seiner Parteiführung, sich zunächst legal zu verhalten, aber nur bis zum Ernstfall am Tage X, dann wird der Staat gewissenlos hintergangen. Wenn jetzt aber der Dienstherr, der den Eid abnimmt, weiß, mit wem er es zu tun hat, dann wird er nicht hintergangen, sondern er ist Anstifter und augenzwinkernder Komplize. Er macht sich damit die Umdeutung des Verfassungseides im kommunistischen Sinne zu eigen: Also aus Menschenwürde- und Demokratieprinzip ergibt sich ein Verfassungsauftrag zum Verfassungsumsturz. Damit werden aber alle, die den Eid im ernsthaften Sinne geleistet haben, sowohl desavouiert als auch diskriminiert. Ihnen wird eine Bindung auferlegt, die anderen in gleicher Weise keineswegs zugemutet wird. Aus dem Grundsatz der Gleichberechtigung folgt, daß sie sich dann auch an den so zu interpretierenden Eidesinhalt halten dürfen. Die Verfassungsloyalität erodiert, die sittlichen Grundlagen unseres Staates werden lächerlich gemacht, das Bewußtsein von Ehre und Gewissen wird destruiert.

Mußnug: Herr *Denninger* hat sein Referat mit einer Blütenlese von Einzelfällen eingeleitet, die auch die einschlägigen Meinungsmacher immer wieder abfeiern, wenn sie gegen das zu Felde ziehen, was sie irreführend als das „Berufsverbot“ bezeichnen. Ich kann diese Blütenlese um ein weiteres Beispiel ergänzen. Denn ich war an der FU Berlin verschiedentlich Zeuge von Anhörungsverfahren, in denen Bewerber um Hilfskraft-, Assistenten- und auch Professorenstellen mehr oder weniger plump auf ihre politische Gesinnung überprüft worden sind. Vor allem erinnere ich mich lebhaft an eine öffentliche Fachbereichsratssitzung, bei der ein gestandener Wissenschaftler von Studenten aus dem Lager der Chaoten lautstark befragt wurde, was ihn dazu getrieben habe, neben seiner hauptamtlichen Lehrtätigkeit als ordentlicher Professor einer westdeutschen Universität an einer Polizeischule als Lehrbeauftragter an der Ausbildung zukünftiger Kriminalpolizisten mitzu-

wirken. Die Studenten schöpften daraus den Argwohn, er könne möglicherweise allzufest auf dem Boden des Grundgesetzes stehen und daher für eine Berufung an die FU nicht in Frage kommen. In der Presse liest man zwar über derartige Gesinnungsprüfungen so gut wie nichts. Aber das schließt nicht aus, daß sie an einigen unserer Universitäten unter der Hand gleichwohl zur Routine geworden sind. Sie zeigen, daß manche von denen, die sich so lebhaft über die Routineprüfungen der Einstellungsbehörden beklagen, als Studenten selbst mit auftrumpfendem Imponiergehabe Bewerber überprüft und eingeschüchtert haben.

Was sich hinter der vielgescholtenen Routineanfrage in Wahrheit verbirgt, hat Herr *Klein* bereits klargestellt. Seine Ausführungen machen deutlich, daß es ganz abwegig ist, hinter ihr „Gesinnungsschnüffelei“ und ähnliche Unzuträglichkeiten zu vermuten. Denn die Frage, ob Tatsachen vorliegen, die begründeten Anlaß zu Zweifeln an der Verfassungstreue des betreffenden Bewerbers geben, werden die Einstellungsbehörden doch wohl stellen dürfen. Ist es nämlich ihre Pflicht, diesen Zweifeln nachzugehen, so wirkt es doppelzünftig, ihnen zu erklären: Ihr dürft zwar begründete Zweifel überprüfen; aber ihr überschreitet eure Befugnisse, wenn ihr versucht herauszubekommen, ob Grund für solche Überprüfungen besteht. Würde man die Routineanfrage abschaffen, so würde das die Einstellungsbehörden ohnehin nur dazu zwingen, ihre Ermittlungen in die Grauzone der privaten Warnungen und Empfehlungen zu verlegen. Das aber würde weit mehr Unheil anrichten als das Verfahren der Routineanfrage bei der zuständigen und daher zuverlässigeren Stelle.

Mich verwundert im übrigen, warum man sich so sehr gegen die *politische* Routineüberprüfung auflehnt. Dies steht im merkwürdigen Gegensatz zu der Bereitwilligkeit, mit der die vielen sonstigen Routineüberprüfungen akzeptiert werden, die vor jeder Einstellung in den öffentlichen Dienst stattfinden. Keiner von uns hat z. B. dagegen aufbegehrt, daß er sich vor seiner Ernennung zum Professor amtsärztlich untersuchen lassen mußte. Wir sind vielmehr alle murrend, aber folgsam zum Gesundheitsamt gegangen und haben dort unseren Kreislauf kontrollieren, unsere Reflexe abklopfen und unsere Lungen durchleuchten lassen.

Niemand ist auf die Idee verfallen, daß dies gesunde Bürger dem durch nichts Konkretes begründeten Pauschalverdacht aussetzt, sie verheimlichten verborgene Leiden, die ihre Dienstfähigkeit in Frage stellen. Was die Gesundheit seiner Beamten anbelangt, so darf der Staat also „intolerant“ sein. Bei der

Verfassungstreue indessen soll es die Toleranz gebieten, gar nicht erst nach ihr zu fragen? Das reimt sich nicht. Es reimt sich schon deshalb nicht, weil wir vor allem an die denken sollten, die unverschuldet in den Geruch mangelnder Verfassungstreue geraten. Durch die Routineüberprüfung werden sie nicht belastet, weil sich ihr jedermann zu stellen hat. Überprüfungen dagegen, die nur ausnahmsweise durchgeführt werden, stigmatisieren diejenigen, die sie auf sich nehmen müssen.

Deckt die Routineanfrage Tatsachen auf, die der Überprüfung bedürfen, so bin ich allerdings mit Herrn *Klein* und Herrn *Denninger* dafür, großzügig zu verfahren und außer acht zu lassen, was einer längst abgeschlossenen Vergangenheit angehört. Für verfehlt halte ich nur das Ignorieren um des Ignorierens willen. Denn es führt allzu leicht dazu, daß auch ignoriert wird, was ein Staat, der auf die Aufrechterhaltung seiner Verfassung bedacht ist, nicht ignorieren darf.

Was die Frage der „bloßen“ Mitgliedschaft in einer radikalen Partei angeht, so bewegt mich die Frage, was ein KBW-Mitglied, das einen wesentlichen Teil seines Einkommens an diese Partei abführt, denn noch tun soll, um seine verfassungsfeindliche Gesinnung unter Beweis zu stellen. Denn Verfassungen werden nicht nur durch brutale Gewalt gefährdet. Auch die Scheckbücher der Mäzene des Umsturzes sind im Kampf gegen die Demokratie und den Rechtsstaat eine höchst wirksame Waffe. DKP und KBW wissen es zu schätzen, daß ihre Gönner und Beitragszahler sie zu gebrauchen verstehen. Für die Verfassung eintreten, heißt daher, aus diesen Parteien austreten und vor allem die Zahlungen an sie einstellen.

Gestatten Sie mir noch eine letzte Bemerkung zu Herrn *Denningers* Leitsatz Nr. 8. Er sagt mit Recht, daß es unmöglich ist, den Willen zur Verfassung herbeizukommandieren. Er übersieht jedoch, daß sich der Wille zur Verfassung dafür um so leichter durch organisierte Exorzismen austreiben läßt. Aus diesem Grunde gehören politische Exorzisten nicht in den öffentlichen Dienst, schon gar nicht in den Schuldienst.

Küchenhoff: Ich möchte zunächst doch das zurückweisen, was Herr *Mußnug* am Anfang als angeblich zum Thema gehörend als Beispiel angeführt hat. Wir haben ja das sehr ernste Problem der Anhörungsverfahren. In Ablehnungsbescheiden, auch in Ablehnungsbescheiden von Gerichten gibt es Hunderte von Fällen, in denen das Schutzobjekt der Verfassungstreue: die freiheitlich-demokratische Grundordnung in dem auch von mir akzeptierten Sinne — wie Herr *Klein* hier definiert hat —

nämlich gleich Art. 79 Abs. 3, weit, weit ausgedehnt wird, auf jeden einzelnen Verfassungssatz, auf jeden einzelnen Rechtsatz, auf Verordnungen, auf Verwaltungsvorschriften, ja auch auf die Verfassungswirklichkeit. Das ist nicht bloß in der politischen Auseinandersetzung passiert — was schon bedauerlich genug ist — sondern passiert in solchen formalisierten Ablehnungsentscheidungen von Einstellungsbehörden und Gerichten, und dann kommt Herr *Mußnug* und erzählt uns hier von etwas ganz anderem, nämlich nicht von einem Verfassungstreueverfahren, sondern von einem Berufungsverfahren. Das möchte ich doch zurückweisen, das hat doch mit unserer Sache nichts zu tun, so schlimm das alles ist, was in diesen Verfahren dann auch passiert — und genau sein Beispiel — das lehne ich natürlich als Frage mit Entschiedenheit ab.

Nun zu dem, wozu ich mich eigentlich gemeldet hatte: Herr *Delbrück* hatte schon kritisiert, daß die Referenten die eigentlichen Probleme nicht hinreichend konkret erörtert haben, für mich galt das vor allen Dingen für Herrn *Klein*, der ja mit der Begründung, daß alles schon so viel beschrieben und diskutiert worden sei, er sich ja nur auf Thesen beschränken könnte. Er hatte bei diesen Thesen auch das akzeptiert, was dann durch die Interventionen von Herrn *Doehring* hier noch einmal diskutiert worden ist, auch von Herrn *Böckenförde* angeschnitten worden ist, nämlich, daß diese Gewährbieteklausel für die Bewerbungen ja doch auf Gesinnungsprüfung hinausläuft. Herr *Doehring* hat zu meinem großen Erstaunen eine Möglichkeit, Gesinnung und Verhalten rechtserheblich abzugrenzen, in Frage gestellt. Damit hat er aber die Rechtsstaatlichkeit überhaupt in Frage gestellt, denn die ganze Verfassungstheorie, Verfassungsgeschichte des Rechtsstaates und damit auch alles das, was zur Rechtsstaatlichkeit im Sinne des geltenden Rechtes gehört, setzt ja doch voraus, daß man an Verhalten anknüpft, und — Herr *Kriele* — nicht nur im Strafrecht, sondern auch in allen anderen Bereichen des Eingriffsrechts! Das dürfte doch eigentlich gar keiner Erörterung mehr bedürfen. Vielleicht kann Herr *Klein* dazu doch in seinem Schlußwort Stellung nehmen. Ich möchte ihn eigentlich — um das auch etwas aufzulockern — noch mit einem Begriff konfrontieren, der mir dabei eingefallen ist: Ob Sie vielleicht dem Begriff der streitbaren Demokratie dann noch den Begriff der streitbaren Rechtsstaatlichkeit zur Seite stellen, der dann eine Auflockerung der Rechtsstaatlichkeit bedeuten könnte, bis hin zu dem was dann mit § 34 StGB gemacht worden ist oder auch mit Freiheitsgarantien wie derjenigen des Art. 2 Abs. 2, Satz 1, die man nämlich von Eingriffsgrenzen zu Eingriffsgrundlagen umfunk-

tioniert hat, was sich doch mit allen herkömmlichen Rechtsstaatsbegriffen, wie wir sie geschrieben haben und wie wir sie unseren Studenten lehren, nicht vereinbaren läßt. Dann, Herr Klein, wie vereinbaren Sie die These, daß die Überprüfungen oder — ich möchte es auch präzise sagen — die systematische Routinenachfrage alle Beamtenkategorien und alle Beamtenaufgaben formal gleich erfassen solle. Wie vereinbart sich das mit der Tatsache, daß hier doch die faktischen Möglichkeiten, unmittelbar oder mittelbar Verfassung zu gefährden, in einem Beruf als Beamter, auch als Berufssoldat, auch als Richter, doch ganz, ganz unterschiedlich sind. Diese Differenzierungselemente, die auch schon ein Vorredner hier in die Debatte gebracht hat, möchte ich Sie doch bitten, zu erörtern. Dazu gehört auch ein Spezialgesichtspunkt, den noch niemand hier eingeführt hat. Wie ist es denn — wieder das berühmte Schulbeispiel — wenn der Lehrer im Unterricht agitiert, indoktriniert, propagiert — wie man das nun nennen möge —, dann begeht er doch ein ganz einfaches Dienstvergehen, da brauche ich doch die ganze Problematik der Verfassungstreue und von einschlägigen Begriffsbestimmungen und Abgrenzungen überhaupt nicht zu bemühen, da macht er was, wenn er statt zu unterrichten agitiert, indoktriniert etc., macht er etwas, wozu er gar nicht angestellt ist, ein einfaches Dienstvergehen. Dann kann man ein Verfahren gegen ihn einführen, und wenn — aus welchen Gründen auch immer — die Verfahren nach der Gerichtspraxis nicht so laufen, wie ich das hier möchte, dann muß man eben die Gesetze einmal präzisieren; ich halte das für eine Schutzbehauptung, wenn immer gesagt wird, wir müssen bei den Bewerbern so rigoros sein, so umfassend sein, weil wir sie später nicht mehr rauskriegen. In dem Zusammenhang — und das ist eine sehr wichtige Frage, ob denn das Prinzip der Verhältnismäßigkeit diesen ganzen Anfrage-, Sammel-, Weitergabe und Anhörungsaufwand rechtfertigt, wenn man bedenkt, daß es ja bei den Erkenntnissen, die da gesammelt und weitergegeben werden, doch um Momentaufnahmen in jugendlichen Prägephasen mit allen ihren Unbedingtheiten und Rigorismen handelt, bei Leuten, die sich ja dann ganz anders entwickeln. Wir wissen doch alle, wie die Entwicklung junger Menschen weitergeht in weiteren Sozialisationsstufen des Berufs- und Familienlebens, vor allem beim Eintritt in ein solches. Damit hat sich hier niemand auseinandergesetzt bisher, und ich möchte auch schon den Einwand vorwegnehmen, daß sich das um nicht-rechtserhebliche Anthropologismen handelte. Es handelt sich um Gesichtspunkte, die ganz eindeutig im Wege der teleologischen Interpretation zu berücksichtigen sind. Und ein Letztes:

Wie steht es mit der Verhältnismäßigkeit bezüglich der vielfältig belegten und von einigen auch schon erwähnten Verunsicherung bei inzwischen zigtausenden von jungen Leuten — und gerade bei solchen, die durch die Anhörung positiv durchgekommen sind — ich habe zahlreiche Belege dafür, daß die dann anschließend aus jedem Engagement, in dem sie vorher waren, auch in Jugendgruppen der etablierten Parteien, der Bundestagsparteien und in anderen Jugendgruppen, die mit Verfassungsfeindlichkeit nichts zu tun haben, die dann hingeraten waren in die Mühle, weil sie mal auf einer studentischen Mischliste kandidiert hatten, daß diese dann nachher aus jeglichem Engagement ausgestiegen sind. Ich habe hier — das kann ich nun jetzt wegen der Winke des Herrn Diskussionsleiters nicht vorlesen, obwohl ich möchte —, weil es nämlich der Brief eines Berliner Rechtsanwaltes ist, um Herrn *Quaritsch* zu sagen, was es in Berlin sonst noch alles gibt, z. B. außer dem, was er vorgetragen hat.

Vorsitzender: Nach diesen verschiedenen Beiträgen zur Bedeutung der Verfassungstreue beim Zugang zum öffentlichen Dienst sowie zu den Fragen der Einschaltung des Verfassungsschutzes in diesen Zusammenhängen sollten wir nunmehr allmählich abschließen. Ich bitte die beiden Herren Referenten, zunächst Herrn *Klein*, ihr Schlußwort zu uns zu sprechen, nachdem sich eine Fülle von Anfragen und Stellungnahmen bei ihnen angesammelt hat.

Klein: Herr Vorsitzender, verehrte Kollegen! Am Beginn meines Schlußwortes steht, nicht nur aus Gründen der Höflichkeit, ein ausdrückliches und nachdrückliches Wort des Dankes an den Herrn Berichterstatter, Herrn *Denninger*. Die pointierte Form seiner Darstellung hat es mir möglich gemacht, nicht weniger pointiert zu referieren. Ohne seinen Vorgang — und das war das Risiko, aber auch das Privileg der Zweitberichterstattung, die mir zufiel — wäre möglicherweise manches von dem, was ich gesagt habe, so wie ich es gesagt habe, deplaziert erschienen.

Zweitens danke ich auch nicht nur aus Gründen der Höflichkeit für die vielfachen Belehrungen, die ich in der Diskussion erfahren habe, wobei ich besonders erfreut war durch die Tatsache, daß Herr *Ipsen* meine Einschätzung der Regierenden als zu freundlich empfand. Ich fürchtete eigentlich eher, nach der zwar vorsichtig formulierten, so doch deutlichen Kritik, die ich in meinem Schlußabschnitt hier angebracht habe, häufiger auf Beiträge zu stoßen, wie denjenigen des Herrn *Meyer*, den

ich mir im übrigen des näheren zu qualifizieren versage. Drittens: Ich hätte es begrüßt, wenn in der Diskussion etwas mehr, als dies tatsächlich geschehen ist, die ja doch auch vorhandenen Gemeinsamkeiten, die zwischen den beiden Referaten bestanden, hervorgetreten wären, aber es liegt wohl in der Natur einer solchen Diskussion, sich an den Gegensätzen zu reiben, während doch das Übereinstimmende vielleicht das Wesentlichere ist. Einer Reihe von Beiträgen kann ich uneingeschränkt zustimmen; ich betone das mit besonderer Freude und mit besonderem Nachdruck im Hinblick auf das, was Herr Kriele hier gesagt hat, ich stimme aber auch — und natürlich — Herrn Schlaich zu, wenngleich ich an ihn die Frage richten muß, wie er sich als praktisch Handelnder verhielte, wenn — gesetzt den Fall — nach 30jähriger Herrschaft einer Partei die andere die Regierung übernimmt und den Umstand vorfindet, daß in den obersten Verwaltungsbehörden des Landes oder des Bundes — wenn es dahin einmal kommen sollte — eben die parteipolitische Einfärbung der führenden Beamten völlig einseitig ist. Wie wollen Sie dann reagieren, anders reagieren als dadurch, daß Sie einen Verfassungsbruch durch einen anderen zu korrigieren versuchen, wenn ich das in dieser sicherlich nicht ganz korrekten Form so einmal ausdrücken darf. Viertens: Herr Zacher, die Differenzierung der Anforderungen an die Verfassungstreue je nach der wahrgenommenen Funktion ist sicherlich bedenkenswert, unbeschadet der Tatsache, Herr Küchenhoff, daß das Bundesverfassungsgericht — auf das Bundesverfassungsgericht habe ich mich in diesem Zusammenhang bezogen — diese Differenzierung für unzulässig erklärt hat. Ich wage allerdings zu bezweifeln, ob solche Überlegungen zu einem praktikablen und überzeugenden Ergebnis führen werden. Wir haben ja auf einem anderen, aber verwandten Felde derartige Überlegungen in der Vergangenheit schon vielfach angestellt, wenn es nämlich um die Frage des Streikrechts der Beamten ging, — auch da gibt es Meinungen, die eben besagen, in bestimmten Bereichen sei das bestehende Verbot des Streikrechts nicht so wesentlich wie in anderen und könne deshalb fallengelassen werden —, die Frage ist, kann man hier Grenzen überzeugend ziehen?

Herr Häuberle hat die Anregung gegeben, den Begriff des Verfassungsfeindes aus unserem Sprachgebrauch zu streichen; hier stoßen Sie bei mir nicht auf prinzipiellen Widerstand. Bismarck hat, als es um das Indemnitätsgesetz ging, einmal gesagt: in verbis simus faciles; ich fürchte nur, daß es sich um einen so eingebürgerten Begriff handelt, daß er sich 1. rein faktisch nicht mehr aus unserem Sprachgebrauch eliminieren

läßt und daß 2. seine Eliminierung auch unversehens einen Erfolg haben könnte, den Sie so wenig wollen wie ich, nämlich eine Verharmlosung der Erscheinung, die damit bezeichnet wird. In diesem Zusammenhang kann ich Herrn Böckenförde nur zustimmen, insoweit er zum Opportunitätsprinzip und Legalitätsprinzip gesprochen hat. In der Tat, die Ausdehnung des Opportunitätsprinzips hat zur notwendigen Folge die Ausdehnung jener Grauzone der noch bestehenden Legalität, aber gleichwohl zulässigerweise so bezeichneten Verfassungsfeindlichkeit; und daß es sich hier um eine alles in allem nicht erfreuliche Erscheinung handelt, die möglicherweise durch eine striktere Beachtung des Legalitätsprinzips vermieden werden könnte, ist sicherlich nicht zu bestreiten. Ich darf in diesem Zusammenhang daran erinnern, daß *Ernst Forsthoff* in einem seiner letzten Beiträge in der Festschrift für Gehlen dieses Problem angesprochen hat. Herrn Tomuschat hat Herr Quaritsch bereits weitgehend die Antwort gegeben, die auch ich mir vorgenommen hatte ihm zu geben; sicherlich, Herr Tomuschat, akzeptiere ich den Vorwurf, in der Frage der Abwägung zwischen notwendigem Schutz der Freiheit einerseits und den Notwendigkeiten des Verfassungsschutzes andererseits nicht allzu konkret geworden zu sein. Das lag vielleicht an der Abstraktionshöhe, auf der wir notgedrungen dieses Problem zu diskutieren hatten, und wohl auch daran, daß jene Herstellung praktischer Konkordanz, von der ich mehrfach gesprochen habe, eben immer nur im konkreten Fall am konkreten Beispiel befriedigend erörtert werden kann. Die Gefahr — Herr Quaritsch hat es bereits gesagt — daß die Bundesrepublik, sei es auch nur scheinbar, in ein Licht gerät, in das Licht gerät, in dem zu Recht die DDR steht, sehe ich nicht, solange wir mit Eindeutigkeit daran festhalten, daß Gegenstand des Verfassungsschutzes eben einzig und allein das ist, was in Art. 79 Abs. 3 steht und was sich — ich wiederhole das, und ich glaube Herr Denninger hat es — nicht heute in seinem Referat, aber einmal bei anderer Gelegenheit — einmal ähnlich ausgedrückt, wobei es sich im wesentlichen ja doch um Verfahrensregelungen handelt und allerdings auch um einige elementare Grundsätze, die auf dem Prinzip der Menschenwürde basieren. Es geht also nicht um die staatliche Verordnung einer Wahrheit, sondern um den — freilich, wie ich meine — unbedingten Respekt vor diesen Grundsätzen. Herr Küchenhoff, um dies als Vorletztes zu sagen, Sie haben mich auf den § 34 StGB angesprochen. Ich kann nun auf die Details nicht mehr eingehen; ich verweise Sie im wesentlichen auf das, was ich in meinem Referat ausgeführt habe, möchte Sie nur konkret daraufhin

befragen, ob Sie in der Situation nach der Entführung von *Hanns-Martin Schleyer* vor Erlaß des Kontaktsperregesetzes in Kenntnis der Bedeutung der Kontakte zwischen den inhaftierten und den in Freiheit befindlichen Terroristen und der Gefährlichkeit dieser Kontakte tatsächlich als verantwortlich handelnder Politiker auf die Anordnung dieser Kontaktsperre verzichtet hätten und wenn ja, ob Sie im Ernst glauben, diesen, wie ich meinen möchte, respektablen Standpunkt, den ja auch der damalige Justizsenator von Berlin eingenommen hat, Ihrerseits für allgemeinverbindlich erklären zu können. Ich meine, unsere Verfassungsordnung und wir als Verfassungsrechtler haben auch die Aufgabe, bei aller Wahrung rechtsstaatlicher Prinzipien die in die Verantwortung gestellten, zu politischem Handeln Berufenen mit den Instrumenten auszustatten, die sie in die Lage setzen, ihrer Verantwortung gerecht zu werden, wenn anders wir sie nicht auf zweifelhafte — verfassungsrechtlich zweifelhafte — Irrwege verweisen wollen.

Eine letzte Bemerkung: Ich komme noch einmal zurück auf das, was Herr *Hans-Peter Schneider* angesprochen hat, als er über die Unklarheit der von Art. 79 Abs. 3 in Bezug genommenen Grundsätze in Art. 1 und 20 sprach. Ich habe darauf bis zu einem gewissen Grade in der Diskussion schon erwidern können, ich möchte das noch um einen Punkt ergänzen: Herr *Böckenförde* hat vor einiger Zeit einmal in einem Aufsatz die Frage nach der verfassungsmäßigen Grundrechtstheorie, und allgemeiner nach der verfassungsmäßigen Verfassungsinterpretation gestellt, und wenn ich recht verstehe, ich hoffe, ich tue ihm nicht Unrecht, hat er damit eine Heidelberger Tradition aufgegriffen, der wir uns — wenn ich so sagen darf — gemeinsam verbunden fühlen. Sie alle erinnern sich ja der Kritik, die *Ernst Forsthoff* an der von ihm so genannten geisteswissenschaftlichen Methode der Verfassungsauslegung geübt hat. Nun, nicht so sehr die von *Forsthoff* seinerzeit empfohlene Therapie scheint mir heute aktuell zu sein, als vielmehr das von ihm erkannte Problem. Dieses Problem bestand darin, an der Tatsache festzuhalten, daß die Verfassungsnorm eine Entscheidung enthält; daß Verfassungsinterpretation die Aufgabe hat, diese Entscheidung zu verdeutlichen. In seiner Schrift über die Problematik der Verfassungsauslegung lauten die beiden nach meinem Dafürhalten wichtigsten Sätze: „Die Verfassung ist ein Gesetz, das durch bestimmte Entscheidungen einen bestimmten Zustand politischer Gesamtordnungen festlegt“. Und wenig später dann: „Wer das Entscheidungselement aus der Verfassung eliminiert, spielt es unvermeidlich dem Verfassungsinterpreten in die Hände“. Herr *Böckenförde* hat daran

anschließend darauf hingewiesen, daß, wo die Verfassungsauslegung zur Inhaltsbestimmung statt zur Inhaltsermittlung wird, die Frage nach der Demokratisierung der Verfassungsinterpretation notwendigerweise aufgeworfen wird. Eine verfassungsgemäße Verfassungsinterpretation also muß diesen Umstand, den *Forsthoff* deutlich zu machen versuchte, beachten. Vielen Dank.

Denninger: Nachdem, meine Herren, die Zeit nun schon sehr fortgeschritten ist und Herr *Klein* auch ein verhältnismäßig ausführliches Schlußwort gesprochen hat, werden Sie es mir vielleicht nicht verübeln, wenn ich mich jetzt recht knapp fasse.

Zunächst möchte auch ich meiner Freude darüber Ausdruck geben, daß ich meinerseits feststellen konnte, Herr *Klein*, daß in unseren Darlegungen doch in einigen wichtigen Partien Übereinstimmung bestand, zuletzt etwa in den Fragen der Grundrechtsberührung durch Maßnahmen des Verfassungsschutzes. Was Sie heute morgen zu Art. 13 und den damit zusammenhängenden Fragen gesagt haben, das findet völlig meine Zustimmung. Auch ich habe — und dafür möchte ich an dieser Stelle meinen Dank abstaten — in der Diskussion eine ganze Menge gelernt, ich bin aber nicht in der Lage, dieses nun als gewissermaßen fertiges Ergebnis hier zu reproduzieren. Sie haben mit Recht bemerkt — es ist mehrfach bemerkt worden —, daß in dem Referat Vieles gefehlt hat. Ich war und bin mir dessen bewußt. Ich gebe zu, daß ich von den grundsätzlichen Fragen vielleicht stärker fasziniert war, als das von der Gesamt-Thematik her nahegelegt worden wäre, obwohl ich der Meinung bin, daß gerade dieses Thema seinen Reiz dadurch bekommt, daß man gezwungen wird, über ganz grundsätzliche Probleme des Verhältnisses von Recht und Macht, Recht und Politik, etwa Freiheit des Bürgers und Staatsgewalt, einmal nachzudenken. Unter diesem Aspekt bedauere ich es, daß es die Zeit heute nachmittag nicht mehr erlaubt hat, etwa den letzten Punkt: Überverfassungsgesetzlicher Notstand noch einmal als Reprise dessen, was zu Beginn diskutiert worden ist, aufzunehmen.

Ich möchte nun nur ein paar Punkte herausgreifen und bitte um Nachsicht, wenn in der Liste wiederum einiges fehlt. Ich beginne bei dem Buchstaben Z, also bei den Beiträgen von Herrn *Zacher*, der ganz zu Beginn gesprochen hat, und von Herrn *Zuleeg*. Da stand im Mittelpunkt die Frage nach den Anforderungen, die man an die Überprüfungspraxis und vielleicht auch sogar an die Beamtentreue oder die Treue anderer

Staatsdiener oder -bürger zu stellen habe. Ich möchte hier vor voreiligen Entwicklungen warnen. Man kann jetzt bereits feststellen, daß die Rechtsprechung, so geschehen, Herr *Zacher*, in einem Vorlagebeschluß des BGH, daß die Rechtsprechung dazu neigt, die Rechtsanwälte ganz generell den Beamten gleichzustellen und zu sagen, da sie eine Aufgabe des Schutzes des Rechtes haben, genau wie Richter oder andere Beamte, seien an sie auch beamtengleiche Treueanforderungen zu stellen. Ich glaube, daß diese Entwicklung — wenn sie so weiter getrieben wird — gerade das nicht erreicht, was ich mit meiner Kritik zu erreichen versuchte. In diesem Zusammenhang — Herr *Mußnug* ist leider nicht mehr da — zur Frage: Warum vertragen wir es ohne weiteres, physisch durchleuchtet zu werden, aber warum sind wir empfindlich, wenn es darum geht, etwa politische Gesinnungen zu überprüfen? Hier mag Vieles eine Rolle spielen. Ein wichtiger Gesichtspunkt ist sicherlich der, daß der Begriff der — verzeihen Sie das Wort! — der ‚politischen‘ Gesundheit im Gegensatz zur ‚physischen‘ Gesundheit eben sehr viel weniger genau umrissen ist, und gerade darüber ja der Streit geht. Das würde ich auch, ohne das nun im einzelnen ausführen zu können, den Bemerkungen von Herrn *Kriele* entgegenhalten wollen.

Für mich waren heute nachmittag besonders diejenigen Beiträge interessant, in denen mir deutlich wurde, daß es beim Problem des Schutzes der Verfassung zentral um das Problem der Erhaltung der Identität des politischen Systems geht. Das waren Äußerungen, die von Herrn *Stein* etwa, von Herrn *Meyer*, von Herrn *Hans-Peter Schneider* und anderen — unter ganz unterschiedlichen Aspekten — gemacht wurden. Mir scheint hier tatsächlich das zentrale Problem zu liegen, wobei die Rolle der Legalität doch noch einmal überdacht werden sollte. Sie zeigt nämlich geradezu, was in dem herkömmlichen Verständnis von Rechtsstaatlichkeit als Wort nicht immer ohne weiteres mitschwingt, daß Legalität gesehen werden muß als ein Mittel der Innovation. Herr *Stein* hat bemängelt, daß dies in den Referaten vielleicht nicht genügend hervorgehoben worden sei. Ich möchte meinen, daß das in meinem Referat an einer Stelle doch ganz deutlich zum Ausdruck gekommen ist. Die Legalität ist in der Tat eine hervorragende Errungenschaft, um die Revolution unnötig zu machen, um es einmal so pointiert zu formulieren, und das bedeutet verfassungstheoretisch, daß wir die Verfassung für solchen innovatorischen Wandel offenhalten müssen; und von daher kommen dann die ganzen Bedenken gegen voreilige Fixierung von Wertordnungen. Nun hat Herr *Grabitz* mir, in gewisser Weise zu Recht, vorgehalten,

ich würde meinerseits wieder eine Art anthropologischen Unterbau oder Überbau — vielleicht sogar psychologischen, libidinösen Unterbau — propagieren. Herr *Grabitz*, ich möchte darauf nur noch einmal erwidern: Das ist nicht Neues, das machen wir Juristen seit eh und je, und das Bundesverfassungsgericht tut es auch, nämlich immer dann, wenn es vom Menschenbild des Grundgesetzes spricht, nicht wahr. Also, hier ist ein Punkt erreicht, der heute zum Thema wurde, der die Grenze des wechselseitigen Ineinanderhineinragens von Konstitutionellem und Außerkonstitutionellem bezeichnet. Ich glaube, daß wir bei einer Theorie der freiheitlichen Demokratie, wenn wir sie ansatzweise vom Grenzfall her, vom Ausnahmезustand her in diesem Fall — oder wie immer — zeigen wollen, darauf gar nicht verzichten können.

Es wären noch eine Menge Bemerkungen zu machen, die Zeit ist sehr knapp geworden; ich möchte noch einen Punkt erwähnen: Die Frage nach konkreten Maßstäben, die von Herrn *Delbrück* gestellt wurde, ist nur zu berechtigt. Ich würde aber kontern wollen, indem ich sage, hier liegt eine genuine Aufgabe der Rechtsprechung, und die Rechtsprechung hat — meine ich — hier manche Lösungsmöglichkeit verbaut, so etwa auch das Bundesverfassungsgericht, wenn es das Streitbarkeitsprinzip in der Weise einsetzt, daß es sagt, dieses habe die Güterabwägung, die ja nun erst im Einzelfall zu beginnen hätte, bereits vorgezeichnet. Wenn das tatsächlich der Fall ist, dann erübrigt sich jede eigentliche Güterabwägung unter Berücksichtigung der individuellen Momente. Dann prävaliert eben immer das Streitbarkeitsprinzip. Wir müßten in diesem Zusammenhang auch darauf sehen, daß man in der Rechtsprechung sich von Pauschalurteilen löst, etwa von dem Satz, daß Verfassungsschutzakten grundsätzlich ihrem Wesen nach immer geheim seien. Das sind solche Verallgemeinerungen, die einer differenzierteren Betrachtung der Problematik nicht gerecht werden können.

Ich darf damit schließen und noch einmal betonen, daß ich mich sehr bedanke bei dieser Vereinigung, daß Sie mir Gelegenheit gegeben haben, meine Ansichten, die — wie nicht anders zu erwarten war — auf erheblichen Widerspruch, aber auch — wie ich erfreut feststellen kann — auf manche partielle Zustimmung gestoßen sind, hier vorzutragen. Ich danke sehr.

Vorsitzender: Meine Herren Berichterstatter, meine verehrten Herren Kollegen! Ich glaube, sowohl die Referate heute morgen als auch die jetzige Diskussion — nicht zuletzt die Länge dieser Diskussion — haben gezeigt, daß es richtig und wich-

tig war, daß die Vereinigung sich dieses besonders wesentlichen Themas in unserer Staatsordnung angenommen hat und daß ihm trotz vielfältiger Erörterung noch neue Seiten abgewonnen werden könnten. Dafür haben wir sowohl den Referenten als auch den Diskussionsteilnehmern vom heutigen Tage zu danken! Ich schließe hiermit die Aussprache über den ersten Beratungsgegenstand.

Zweiter Beratungsgegenstand:

Der öffentliche Dienst im Staat der Gegenwart

1. Bericht von Professor Dr. *Walter Rudolf*, Mainz

Inhalt

	Seite
I. Themastellung	176
II. Der Staat der Gegenwart	178
1. Souveränität des modernen Staates	178
2. Innere Souveränität und Gesellschaft	180
III. Staatsaufgaben und öffentlicher Dienst	183
1. Fixierung des öffentlichen Dienstes auf den Staat	183
2. Vermehrung der Staatsaufgaben und des öffentlichen Dienstes	185
IV. Abhängigkeit des öffentlichen Dienstes von der Verfassung 188	
V. Der öffentliche Dienst in der Bundesrepublik Deutschland 191	
1. Begriff des öffentlichen Dienstes	191
2. Heterogene Zusammensetzung und Strukturänderungen 193	
3. Das Berufsbeamtentum im demokratischen Rechtsstaat 193	
4. Gesetzliche Regelung der Rechtsverhältnisse der hoheit- lichen Aufgaben wahrnehmenden Bediensteten	197
VI. Der Funktionsvorbehalt des Art. 33 IV GG	200
1. Nebeneinander von gesetzlicher und tarifvertraglicher Regelung	200
2. Formale Bestimmung des Funktionsvorbehalts	201
3. Ausnahmen vom Prinzip des Funktionsvorbehalts	204
VII. Konnex zwischen Dienstrecht und Staatsorganisation	205
1. Eingriffe des öffentlichen Dienstrechts in die Staats- organisation	205
2. Teilzeitbeschäftigung von Beamten	207
3. Mitbestimmung im öffentlichen Dienst	209

I. Themastellung

Die Themastellung unseres heutigen Verhandlungsgegenstandes impliziert, daß unter der in Deutschland traditionellen Unterscheidung des Gemeinwesens in Staat und Gesellschaft der öffentliche Dienst zum Staate gehört. Er ist ein essentielles Element des modernen Staates. Im Hinblick auf die dreihundertjährige Geschichte des modernen Staates auf deutschem Boden hat *Forsthoff* den Staat sogar als eine Schöpfung der beamteten Verwaltung gekennzeichnet¹. Für die Schweiz, die Vereinigten Staaten von Amerika, wie überhaupt für Staaten, die durch Sezession entstanden sind — das ist heute die Mehrzahl aller Staaten —, trifft dies nicht oder nur bedingt zu². Unabhängig davon, welchen Einfluß der öffentliche Dienst auf die Entstehung eines Staates hat, ist seine Einfügung in den Gesamtzusammenhang einer staatlichen Verfassung in jedem Falle eine zentrale Frage der Staatsrechtslehre.

In Deutschland wird die Diskussion über diese Frage besonders heftig und kontrovers seit der Weimarer Republik geführt. Sie stand auch auf der Tagung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Halle 1931 im Mittelpunkt des wissenschaftlichen Interesses, wo *Gerber* und *Merkl* über Entwicklung und Reform des Beamtenrechts referierten³. Im Ergebnis war man sich vor 47 Jahren einig, daß der Sinn des Beamtentums nicht mit einem bestimmten Staatsformprinzip zusammenfällt, sondern mit dem modernen Staatsdenken schlechthin.

Diese Auffassung ist heute mehr denn je umstritten. Einmal ist das Bild vom Staate im Wandel begriffen. Der Staat, bei *Hegel* noch „die Wirklichkeit der sittlichen Idee“⁴, der irdische Gott⁵, wird von einigen nur noch als Subsystem des gesellschaftlichen Gesamtsystems gesehen. Bereits 1907 hatte *Edouard Berth* verkündet: „L'Etat est mort“⁶ und 1963 wies *Carl Schmidt* apodiktisch das Ende der Epoche der Staat-

¹ *Forsthoff*, in *Forsthoff/von Münch/Schick/Thieme/Ule/Mayer*, Verfassungsrechtliche Grenzen einer Reform des öffentlichen Dienstrechts, Studienkommission für die Reform des öffentlichen Dienstrechts, Bd. 5 (1973), S. 21.

² Die Mehrzahl afrikanischer, karibischer und pazifischer Staaten ist insofern mittelbar ein Produkt der früheren Kolonialverwaltung, als ihre äußeren Grenzen und teilweise auch ihre interne Verwaltungsstruktur den administrativen Bedürfnissen der jeweiligen Kolonialmacht entsprachen.

³ VVDStRL 7 (1932), 2 ff.; 55 ff.

⁴ *Hegel*, Philosophie des Rechts (Lasson), § 257.

⁵ *Ibid.*, § 258 (Zusatz), § 272 (Zusatz).

⁶ Zitiert nach *Duguit*, Le droit social et le droit individuel et la transformation de l'Etat, 3. Aufl. (1922), S. 156.

lichkeit, worüber „kein Wort mehr zu verlieren“ sei⁷. *Forsthoff* meldete „erhebliche Zweifel an, ob die Bundesrepublik Deutschland noch ein Staat ist“⁸. Leugnet man die Existenz der Staatlichkeit, muß auch der öffentliche Dienst davon betroffen sein. Will man den öffentlichen Dienst im Staat der Gegenwart behandeln, ist es notwendig, die Frage nach der Staatlichkeit zu stellen. Sie wird hier unter einem Aspekt betrachtet, der bei den gestrigen Referaten nicht angeklungen ist.

Zum anderen hat sich wenigstens in Deutschland der öffentliche Dienst selbst, mindestens aber sein äußeres Erscheinungsbild gewandelt. Die Vorstellung vom kleinen Korps schlecht besoldeter treuer Staatsdiener ist dem Bild vom aufgeblähten, hypertrophierten Apparat unkündbarer und überbezahlter Bürokraten und Technokraten gewichen. Geblieben ist die Neigung, den öffentlichen Dienst nicht unbefangen und ohne Engagement und Emotionen betrachten zu können⁹. Die Anfang dieses Jahres erschienene Untersuchung *Lohmars* über „Staatsbürokratie, das hoheitliche Gewerbe“¹⁰ mit dem Untertitel „deutsche Aspekte eines neuen Klassenkampfes“ ist ein beredtes Beispiel dafür.

Wenn der Vorstand unserer Vereinigung einen Referenten für den heutigen Tag bestellt hat, der sich noch niemals über eine Frage des öffentlichen Dienstes geäußert hat, so vermute ich, daß er jemanden den Gegenstand untersuchen lassen wollte, der nicht festgelegt, unbefangen referieren würde. Die Unbefangenheit weicht schnell einer bedrückenden Beklemmung angesichts der Vielfalt der Probleme und der Fülle des Materials. Das Thema „Der öffentliche Dienst im Staat der Gegenwart“ reicht gut und gern für eine Lebensaufgabe und meine Rolle hier entspricht gleichsam der eines Landarztes vor dem Hämatologen-Kongreß. Eine Untersuchung über unser Thema darf sich nicht auf die Verhältnisse in der Bundesrepublik

⁷ C. Schmitt, *Der Begriff des Politischen*, Text von 1932 mit einem Vorwort und drei Corollarien (1963), S. 10. 1932 hielt C. Schmitt die Proklamation von Tod und Ende des Staates noch für voreilig, *ibid.* S. 40. 1941 meinte er demgegenüber, daß das Zeitalter der Staatlichkeit bald ein Ende nehmen werde. C. Schmitt, *Verfassungsrechtliche Aufsätze* (1958), S. 375 f.

⁸ *Forsthoff*, a. a. O. (FN 1), S. 22. Vgl. auch *Forsthoff*, *Der Staat der Industriegesellschaft* dargestellt am Beispiel der Bundesrepublik Deutschland (1971).

⁹ An einer ausgewogenen Einstellung zum öffentlichen Dienst insgesamt und zum Beamtentum im besonderen fehlt es nicht erst seit einiger Zeit in der Bundesrepublik Deutschland. Es handelt sich vielmehr um ein altes Phänomen. Vgl. *Stern*, Festschrift für Carl Hermann Ule (1977), S. 193.

¹⁰ *Lohmar*, *Staatsbürokratie* (1978).

Deutschland beschränken, sondern müßte auch die ausländischen Probleme und Erfahrungen miteinbeziehen. Das ist angesichts der Existenz von über 160 mit einem öffentlichen Dienst ausgestatteten souveränen Staaten gar nicht möglich. Immerhin kann bei und trotz der weiten Themastellung der öffentliche Dienst der *internationalen Organisationen* unberücksichtigt bleiben, der eine quantitativ und bei einigen Staatenverbindungen auch qualitativ große Bedeutung erlangt hat¹¹. Es muß jedoch hervorgehoben und festgehalten werden, daß der internationale öffentliche Dienst häufig *obligatorisch* und nicht nach einem arbeitsrechtlichen Modell in unserem Verständnis geführt wird. Auch soll das Personal der Staatenverbindungen gegenüber den Regierungen der Heimat- und Gaststaaten ebenso wie gegenüber anderen organisationsfremden Stellen unabhängig sein¹².

In Anbetracht der Breite des Themas und der Fülle des Stoffes wird sich mein Bericht auf einige verfassungstheoretische und dogmatische Aspekte beschränken. Nicht behandelt wird die Frage der Zulassung von Extremisten zum öffentlichen Dienst, da sie bereits gestern erörtert wurde. Herr *Wagener* wird das Thema in seinem Bericht unter verwaltungswissenschaftlichen Aspekten behandeln, die neue Perspektiven eröffnen und darum interessanter sind als die juristisch-dogmatischen.

II. Der Staat der Gegenwart

1. Der öffentliche Dienst ist ein essentielles Element des modernen Staates. Dieser Staat ist wie jede von Menschen geschaffene Institution eine historische Erscheinung. Er hat keine Geburtsstunde¹³, sondern entstand zu Beginn der Neuzeit in einem

¹¹ Vgl. dazu *Bedjaoui*, *Fonction publique internationale et influence nationale* (1958); *Langrod*, *La fonction public internationale* (1963); sowie die Beiträge von *Hahn*, *Morgenstern*, *Busch*, *Golsons*, *Andreae* und *Rogalle*, in *Kaiser/Mayer/Ule*, *Recht und System des öffentlichen Dienstes*, Studienkommission für die Reform des öffentlichen Dienstrechts, Bd. 4 (1973), S. 25 ff. (Einführung), 159 ff. (OECD); 65 ff. (ILO); 105 ff. (IAEA); 231 ff. (Europarat); 263 ff. (NATO); 305 ff. (EG). Zu den Europäischen Gemeinschaften vgl. vor allem auch *Brückner*, *Das Recht der Beamten der Europäischen Gemeinschaften* (1971); *H. P. Ipsen*, *Europäisches Gemeinschaftsrecht* (1972), S. 382 ff.; *Runge*, *Einführung in das Recht der Europäischen Gemeinschaften* (1972), S. 14 f.; zu den Vereinten Nationen vgl. *Lane*, *VN 1972*, 182 ff.; *Busch*, *DÖV 1975*, 15 ff.; *Brückner*, in *Wolfrum/Prill/Brückner*, *Handbuch Vereinte Nationen* (1976), S. 326 ff.

¹² *Hahn*, a. a. O. (FN 11), S. 33, 38 ff.; zu den Europäischen Gemeinschaften vgl. *H. P. Ipsen*, a. a. O. (FN 11), S. 385 f.

¹³ *H. P. Schneider*, in *Stolleis*, *Staatsdenker im 17. und 18. Jahrhundert* (1977), S. 198.

mindestens zwei Jahrhunderte dauernden Prozeß politischer, religiöser und gesellschaftlicher Wandlungen¹⁴. Als Völkerrechtler ist man geneigt, den Westfälischen Frieden als das entscheidende Dokument für die Existenz dieses modernen Staates zu nennen¹⁵, da seither die territoriale Souveränität des Staates und seine souveräne Gleichheit mit anderen Staaten als Grundlage des Völkerrechts anerkannt ist. Den modernen Staat kennzeichnete die von niemanden abhängige unteilbare Herrschaft des Souveräns über sein Territorium und seine Bürger und die Gleichheit mit anderen Staaten. Souverän war zwar meist ein Monarch, mußte es aber nicht sein, wie die eidgenössischen Kantone und die italienischen Stadtrepubliken zeigen. Bei Bodin, der dem Begriff der Souveränität die den modernen Staat charakterisierende Bedeutung von unteilbarer einheitlicher Herrschaft und von Unabhängigkeit und Gleichheit gab¹⁶, ist die unterschiedliche Trägerschaft der Souveränität schon ausführlich behandelt¹⁷. Souveränität als Kennzeichen des modernen Staates ist also von vornherein so angelegt, daß statt des Monarchen auch das Volk als ihr Träger in Betracht kommen kann¹⁸. Souveränität bedeutet *summa potestas*, d. h. Konzentration der öffentlichen Gewalt im Territorium und Unabhängigkeit von jedweder weltlichen Gewalt von *außen*. Der Souverän ist keinem Gesetz eines Höheren oder Gleichen unterworfen¹⁹. Souveränität ist aber nicht jenseits des Rechts konzipiert, sondern selbst ein Rechtsbegriff²⁰. So ist der souveräne Staat an das von ihm koordinativ mit anderen souveränen

¹⁴ Forsthoff, a. a. O. (FN 1), S. 21.

¹⁵ Vgl. etwa Kimminich, in Leisner, Das Berufsbeamtentum im demokratischen Staat (1975), S. 51.

¹⁶ Dazu: Quaritsch, Staat und Souveränität (1970), S. 249 ff.; Menger, Deutsche Verfassungsgeschichte der Neuzeit (1975), S. 40.

¹⁷ Bodin, Les Six Livres de la République (1583) II, 1—7. Als Monarchien werden u. a. Frankreich, England, Spanien, als Aristokratien das Hl. Römische Reich Deutscher Nation (a. a. O. II 6), Genf, Zürich, Basel, Augsburg und Nürnberg, als „Estat Populaire“ z. B. Schwyz, Uri, Appenzell, Zug und Straßburg bezeichnet. Quaritsch, a. a. O. (FN 16), S. 307.

¹⁸ Bodin, a. a. O. (FN 17), IV, 4, hat allerdings vor der Demokratie gewarnt. Vgl. auch Berber, Das Staatsideal im Wandel der Geschichte (1973), S. 207. — Titel III Art. 1 der französischen Verfassung von 1791 ist ein überzeugender in die Staatspraxis umgesetzter Beleg dafür, daß Souveränität mit dem Staat an sich zu identifizieren ist und nicht auf die Monarchie beschränkt bleibt: „Die Souveränität ist einheitlich, unteilbar, unveräußerlich und unverjährbar. Sie gehört der Nation. Kein Teil des Volkes und keine einzelne Person kann sich ihre Ausübung aneignen.“

¹⁹ Bodin, a. a. O. (FN 17), I, 10.

²⁰ Holstein, Geschichte der Staatsphilosophie (1933), S. 60 f. Vgl. dazu vor allem Quaritsch, a. a. O. (FN 16), S. 333 ff.

Staaten gesetzte Völkerrecht gebunden²¹, so daß also die *summa potestas* doch relativiert ist²².

Das so verstandene Souveränitätsprinzip setzte sich seit dem 16. Jahrhundert im europäischen Völkerrecht durch; nur die souveränen Herrschaften wurden als Staaten verstanden. Dieser abendländische Staatsbegriff wurde von allen Staaten, auch den einer anderen Kultur und Sozialordnung verhafteten dekolonialisierten, als Grundlage ihrer Beziehungen zu den übrigen Staaten rezipiert²³.

Er ist Schlüsselbegriff der Völkerrechtsordnung²⁴. Alle Versuche, den souveränen Staat durch anderes im Völkerrecht zu ersetzen, blieben Episode. Weder konnte das Volk²⁵ noch konnte bisher eine supranationale Organisation den Staat verdrängen²⁶. Daß überstaatliche Einrichtungen bei einer stärkeren Verdichtung notwendig in einen (föderativen) Staat einmünden müssen, ist allerdings nicht die einzige Entwicklungsmöglichkeit. Hier könnten Gebilde entstehen, die den Staat herkömmlicher Prägung ablösen²⁷. Eine solche Entwicklung ist bisher aber nicht in Sicht.

2. Für das geltende Völkerrecht ist weiterhin kennzeichnend, daß die *innere* Souveränität der Staaten vorausgesetzt und

²¹ Bodin, a. a. O. (FN 17), I, 8. Vgl. dazu Verdross, Die Einheit des rechtlichen Weltbildes (1923), S. 13 ff., 18 ff.; Quaritsch, ArchVR 17 (1977/78), 263 ff.

²² Verdross/Simma, Universelles Völkerrecht (1976), S. 46 f., weisen darauf hin, daß die „*summa potestas*“ für Bodin nur innerhalb der Staaten bestanden habe, weil diese Staaten untereinander an die Normen des Völkerrechts gebunden sind. Vgl. Bodin, a. a. O. (FN 17), I, 8. Vgl. aber Kelsen, Souveränität, in Strupp/Schlochauer, WBV III, 278 ff.; Quaritsch, ArchVR 17 (1977/78), 260 f. — Die sich auf das Souveränitätsdogma berufenden Leugner des Völkerrechts werden durch die historische Entwicklung widerlegt.

²³ Zur Rezeption des Völkerrechts durch neu entstehende Staaten vgl. Rudolf, ArchVR 17 (1976/77), 1 ff. Vgl. auch BVerfGE 46, 342, 344: Der Grundsatz der souveränen Gleichheit der Staaten ist ein Konstitutionsprinzip des gegenwärtigen allgemeinen Völkerrechts.

²⁴ Zur externen Souveränität vgl. die Entscheidung des US Supreme Court im Falle U. S. v. Curtiss-Wright Export Corp. et al., 299 U. S. (1936), 304, 316 ff.

²⁵ So einige italienische Völkerrechtler im 19. Jahrhundert. Vgl. etwa Mamiani, Di un nuovo diritto europeo (1860); Mancini, Diritto internazionale, Prelezioni (1873). Vgl. auch für die frühe sowjetische Völkerrechtslehre Korowin, Das Völkerrecht der Übergangszeit (1926), S. 26 ff., und für das nationalsozialistische Völkerrecht Gürke, Volk und Völkerrecht (1935); Tatarin-Tarnheyden, VBVR 3 (1936/37), 23 ff.; Keller, Das Recht der Völker, I. Abschied vom Völkerrecht (1938). Dazu vor allem: Gott, AJIL 32 (1938), 704 ff. Vgl. auch von Salomon, Der Fragebogen (1951), S. 247.

²⁶ Meng, Das Recht der internationalen Organisationen, Eine Entwicklungsstufe des Völkerrechts, Diss. Mainz 1978, S. 243 ff.

²⁷ O'Connell, International Law, 2. Aufl. (1970), Bd. 1, S. 283 ff.

respektiert wird. Art. 2 Nr. 7 der Charta der Vereinten Nationen bestimmt, daß keine Befugnis der Organisation zum Eingreifen in Angelegenheiten existiert, „die ihrem Wesen nach zur inneren Zuständigkeit eines Staates gehören“²⁸. Diese Formulierung läßt nur die Deutung zu, daß vom internationalen Recht der souveräne Staat und *nur* der Staat als höchste weltliche Autorität im nichtvölkerrechtlich geregelten Bereich anerkannt ist. Der einzelne bleibt durch den Staat mediatisiert, wenngleich insoweit der Bereich des *domaine réservé* eingeschränkter ist als früher, weil auch der Schutz der Menschenrechte nicht erst seit der KSZE-Schlußakte²⁹ Gegenstand des Völkerrechts ist und zu den Zielen der Vereinten Nationen gehört³⁰. Vom Völkerrecht her gesehen treten allein die Staaten als Konzentration der öffentlichen Gewalt nach außen in Erscheinung. Gesellschaftliche Kräfte gewinnen zwar in den internationalen Beziehungen an Bedeutung, doch bleibt der staatliche Apparat letztlich Herr der außenpolitischen Beziehungen, was sich darin äußert, daß neben der traditionellen Außenpolitik staatliche auswärtige Wirtschafts-, Kultur-, Wissenschafts-, Informations-, Sozial- und Entwicklungspolitik betrieben wird³¹. Im übrigen sind Träger gesellschaftlicher außenpolitischer Aktivitäten nicht selten staatlich beliehene Mittlerorganisationen. Wo Personen ohne ein staatliches Amt im Bereich des Völkerrechts tätig werden, werden sie vom Völkerrecht als *faktische* Repräsentanten des Staates behandelt³².

²⁸ Zum *domaine réservé* vgl. Verdross, RGDIP 69 (1965), 314 ff.; Verdross, ZaöRV 28 (1968), 33 ff.; Gilmour, ICLQ 16 (1967), 330 ff.; Köck, ÖZöR 22 (1971), 327 ff.; Ouchakov, RC 141 (1974 I), 5 ff.

²⁹ Die KSZE-Schlußakte vom 1. 8. 1975 (Text: Bulletin des Presse- und Informationsamtes der Bundesregierung Nr. 102 vom 15. 8. 1975, S. 968 ff.) stellt keinen völkerrechtlichen Vertrag dar. Sie ist überhaupt nicht in der Rechtsordnung des Völkerrechts angesiedelt. Vgl. Münch, ZaöRV 29 (1969), 1 ff.; Rotter, Internationale Festschrift für Verdross (1971), 413 ff.; Wengler, JZ 1976, 193 ff.; Schweisfurth, ZaöRV 36 (1976), 681 ff.; sowie die Beiträge von Skubiszewski, Delbrück, Rotfeld und Rudolf, in Bernhardt/von Münch/Rudolf, Drittes deutsch-polnisches Juristen-Kolloquium, Bd. 1 KSZE-Schlußakte (1977), S. 13 ff., 37 ff., 51 ff., 103 ff.

³⁰ Die humanitäre Intervention ist schon ein, wenn auch umstrittenes Institut des klassischen Völkerrechts. Vgl. dazu García Arias, Festschrift Jean Spiropoulos (1957), S. 163 ff.; Ermacora, RC 124 (1968 II), 390 ff.; Franck/Rodley, AJIL 67 (1973), 275 ff.; Lillich (Hrsg.), Humanitarian Intervention and the United Nations (1973).

³¹ Vgl. den Bericht der Enquete-Kommission Auswärtige Kulturpolitik vom 7. 10. 1975, BT-Drucks. 7/4121; Rudolf, Festschrift für Ulrich Scheuner (1973), S. 496 ff.

³² Zu internationalen Vereinbarungen regierender kommunistischer Parteien im *außerrechtlichen* Bereich vgl. Schweisfurth, ZaöRV 36 (1976), 586 ff.

Ein konkreter Beweis dafür, daß das Völkerrecht das, was man als die innere Souveränität bezeichnet, als Kennzeichen des modernen Staates nach wie vor voraussetzt, ist die, wenn auch inhaltlich im einzelnen umstrittene, so doch prinzipiell anerkannte Verantwortlichkeit für völkerrechtliches Unrecht. Es ist unbestritten, daß die Staaten für jedes völkerrechtswidrige Verhalten der öffentlichen Gewalt verantwortlich sind unabhängig davon, welche staatlichen Organe solche Akte gesetzt oder unterlassen haben³³. Dies gilt sogar für völkerrechtswidrige Handlungen innerstaatlich illegaler faktischer Machttträger³⁴. Für von Privatpersonen begangene rechtswidrige Handlungen haftet der Staat zwar grundsätzlich nicht, doch ist er dann verantwortlich, wenn er die notwendige Sorgfalt zur Verhinderung bzw. Verfolgung und Bestrafung von Schädigungen von *Ausländern* nicht aufgewendet hat³⁵. Wäre der Staat nicht eigenverantwortliche autonome Einheit, könnte er seinen völkerrechtlichen Pflichten nicht nachkommen. Alle Versuche, die Staatlichkeit aufzuheben, bewirkten, daß sich das betreffende Gemeinwesen in der Völkerrechtsgemeinschaft isolierte. Das war der Fall bei Rußland 1917, bei der Volksrepublik China während der Kulturrevolution 1965—1967 und bei Kambodscha, dem ehemaligen Kambodscha, nach 1975. Alle diese Staaten haben deshalb auch wieder zur Staatlichkeit zurückgefunden oder sind auf dem Wege dazu³⁶.

³³ Vgl. statt aller: *Schüle*, Delikt, völkerrechtliches, in *Strupp/Schlochauer*, WBV I, 331 ff.

³⁴ Schiedsspruch im Tinoco-Konzession-Fall, RIAA I, 382; *Bülck*, Tinoco-Konzession-Fall, in *Strupp-Schlochauer*, WBV III, 445 f.; *von Münch*, Das völkerrechtliche Delikt (1963), S. 170 ff.; vgl. vor allem Art. 8 des ILC-Entwurfs, ILC-Yearbook 1974 I, 152 f.

³⁵ Statt aller: *Verdross/Simma*, a. a. O. (FN 22), S. 623 ff. Es wäre völkerrechtswidrig, wollte sich ein Staat mit dem Hinweis der völkerrechtlichen Verantwortlichkeit entziehen, ihm fehle es an den innerstaatlichen rechtlichen Voraussetzungen oder an der inneren Kraft, strafbare Handlungen gegen Ausländer zu verhindern oder zu verfolgen, oder mit der Entschuldigung, gesellschaftliche Kräfte hätten ein völkerrechtswidriges Gesetz erpreßt.

³⁶ Auch reaktivierte ältere islamische Vorbilder, wie die Jamahiriya, vermochten nicht, diese Staatlichkeit zu verdrängen. Die Bezeichnung „Jamahiriya“, die einige islamische Staaten im Namen führen, hat etwa die Bedeutung von Republik: Afghanistan (Jomhuriyat), Algerien (Djemhouria), Irak (Jumhurya), Republik Jemen (Jamhuriya), Volksrepublik Jemen (Jamhuriyat), Kenia (Jamhuri), Libanon (Jumhuriya), Libyen (Jamahiriya), Mauretanien (Djournhouriya), Somalia (Jamhuuriyadda), Sudan (Jamhuriyat), Syrien (Jamhuriya), Tansania (Jamhuriya), Tschad (Djournhouriyat), Tunesien (Djournhouria), Türkei (Cumhuriyeti). Vgl. die Angaben bei *Fochler-Hauke*, Der Fischer Weltalmanach 1979 (1978) unter den entsprechenden Stichworten der souveränen Staaten.

Mögen noch so unterschiedliche Auffassungen über den Souveränitätsbegriff bestehen³⁷, so herrscht doch Übereinstimmung darüber, daß erstens der Staat auf seinem Gebiet und für seine Angehörigen der höchste und letztentscheidende Herrschaftsverband ist und daß er zweitens unabhängig und keiner überstaatlichen Macht, sondern bloß dem einvernehmlich, koordinativ erzeugten Völkerrecht untergeordnet ist³⁸. Völkerrechtlich gilt also nach wie vor der Satz: „Die Macht des Prinzen steht fest“³⁹.

Daraus folgt, daß zwischen dem Staat und den nicht staatlich organisierten Potenzen eines Gemeinwesens zu unterscheiden ist. Diese Unterscheidung ist prinzipiell für jeden Staat zu treffen. Sie kommt auch zum Ausdruck in der Trennung von öffentlichem und privatem Recht, die ebenfalls in der Völkerrechtsordnung vorausgesetzt und für sie relevant ist. Allerdings läuft die Unterscheidungslinie zwischen Staat und Gesellschaft in einem demokratischen Rechtsstaat anders als in einem Staat, - in welchem die gesellschaftlichen Kräfte durch eine einzige Partei einheitlich organisiert sind und den Staatsapparat beherrschen.

III. Staatsaufgaben und öffentlicher Dienst

1. Die Form eines Staates richtet sich schon bei *Bodin* nach dem Träger der Staatsgewalt⁴⁰. Unabhängig von der Staatsform bedurfte der Staat einer Organisation, eines „gouvernement“, einer „administration“⁴¹. Zum modernen Staat gehörte der öffentliche Dienst. Um seine bescheidenen Aufgaben zu erfüllen, bediente sich der mittelalterliche *Lehensstaat* der Lehnsleute, die mit dem Lehnsherrn durch ein Band persönlicher Treue verbunden waren, während der *moderne* Staat seine Herrschaft durch Bedienstete ausübte, die in einem System der

³⁷ Zur Vieldeutigkeit des Souveränitätsbegriffs vgl. *van Kleffens*, RC 82 (1953 I), 1 ff.; *Kelsen*, a. a. O. (FN 22), 278 ff.; *Larson/Jenks*, Sovereignty within the Law (1965); *R. Bindschedler*, Hommage à Paul Guggenheim (1968), S. 167 ff.; *Bettati* u. a., La souveraineté au XXe siècle (1971); *O'Connell*, a. a. O. (FN 27), S. 283 ff.

³⁸ Vgl. etwa *H. Krüger*, Allgemeine Staatslehre, 2. Aufl. (1966), S. 760; *Scheuner*, Festgabe für Rudolf Smend (1962), S. 258; *Isensee*, Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht (1968), S. 54 f.; *Hollerbach*, in *Maihofer*, Ideologie und Recht (1969), S. 51 f.; *Bull*, Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz (1973), S. 91; *Verdross/Simma*, a. a. O. (FN 22), S. 49.

³⁹ *Rosenstiel*, Der Staat 1 (1962), 260.

⁴⁰ *Quaritsch*, a. a. O. (FN 16), S. 305 f.

⁴¹ *Bodin*, a. a. O. (FN 17), I, 8. Beide Ausdrücke werden synonym gebraucht und bezeichnen neben der Staatsorganisation auch die Ausübung der souveränen Gewalt. *Quaritsch*, a. a. O. (FN 16), S. 308 f.

Über- und Unterordnung standen⁴². Aus dem Leben entwickelte sich das Amt, aus dem Lehnsmann der Beamte⁴³. Entscheidend war, daß der Lehnsmann aus *eigenem* Recht fungierte, dem Beamten aber die Handhabung von staatlichen Mitteln nur *zur Wahrnehmung* zustand⁴⁴. Auch konnte der Beamte abgesetzt oder versetzt werden, während das Lehen erblich war. Der Beamte sollte möglichst unter Ausschaltung privater und gesellschaftlicher Interessen ausschließlich die Ziele des Souveräns verfolgen und in seinem Funktionsbereich befehlsgemäß realisieren; er sollte Diener seines Staates sein⁴⁵.

Am schwersten durchzusetzen war die Fixierung des Amtsträgers ausschließlich auf die Interessen des Staates — nach *Quaritsch* entscheidender Wesenszug staatlicher Amtsträgerschaft⁴⁶. Das Problem, den Dienstträger vor Loyalitätskonflikten zu bewahren, ist von den einzelnen Staaten unterschiedlich geregelt. Gerade hier zeigt sich, daß die Autonomie des staatlichen Bereichs nicht bei allen Staatsformen in gleicher Weise verwirklicht ist. Zwar dürfte die Abhängigkeit der Amtsträger von individuell privaten Interessen in jedem Staat *de iure* mißbilligt sein, doch gilt das nicht für Interventionen organisierter politischer Mächte. Nicht bloß im Falle der Verbindung von Staats- und Parteiämtern kann der Amtsträger genötigt sein, zwei Herren zu dienen, so daß die Unterscheidungslinie zwischen Staat und Gesellschaft in der Praxis ihre Konturen verliert; in jedem Staat, der seinen Amtsträgern politische Betätigung erlaubt⁴⁷, besteht die Gefahr, daß diese ihre gesellschaftlichen Bindungen stärker akzentuieren als die Treuepflicht gegenüber ihrem Dienstherrn, wobei im Rechtsstaat westlicher

⁴² Zur Ausbildung der Grundlagen des modernen deutschen Staates im hohen Mittelalter vgl. *Th. Mayer*, HZ 159 (39), 284 ff., 292 f.

⁴³ *Liermann*, ZBR 1960, 240.

⁴⁴ *Quoad exercitium, non quoad ius*. *M. Weber*, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 4. Aufl. (1956), S. 650 ff.

⁴⁵ Diese Entwicklung vollzog sich in einem jahrhundertelangen Prozeß und ist schon vor *Macchiavelli* und *Bodin* in Ansätzen im staufisch-normannischen Staat Friedrichs II. in Sizilien und im Staat des Deutschen Ritterordens in Preußen, soweit er unmittelbar durch den Orden verwaltet wurde, zu beobachten. *Kimminich*, *Deutsche Verfassungsgeschichte* (1970), S. 70; *Menger*, a. a. O. (FN 16), S. 50 f.

⁴⁶ So *Quaritsch*, Empfiehlt es sich, das Beamtenrecht unter Berücksichtigung der Wandlungen von Staat und Gesellschaft neu zu ordnen?, Deutscher Juristentag 1970, Verhandlungen Bd. II (1970), O. 35.

⁴⁷ Vgl. *Frowein*, *Die politische Betätigung der Beamten* (1967), sowie die Antworten auf die Frage 2.4.1. des Fragenkatalogs der Studienkommission für die Reform des öffentlichen Dienstrechts, *Kaiser/Mayer/Ule*, *Recht und System des öffentlichen Dienstes*, Bd. 1—4.

Prägung sogar dem Staat die Möglichkeit genommen werden könnte, seine Aufgaben verfassungsgemäß zu erfüllen. Ob und wie eine strikte *Trennung* von Staat und Gesellschaft im Rechtsstaat Grundbedingung für individuelle Freiheit ist, ist bekanntlich umstritten⁴⁸. Daß mit Staat und Gesellschaft zwei unterschiedliche Schichten des Gemeinwesens abbreviativ beschrieben werden⁴⁹ und daß diese Unterscheidung rechtlich-organisatorisch bedeutsam ist, weil prinzipiell nur der Staat allgemein verbindliche und zwangsbewehrte Normen setzen und öffentliche Gewalt ausüben kann, besagt noch nichts über die konkrete Trennung oder Verzahnung beider Sphären in der verfassungsrechtlichen und politischen Wirklichkeit. Mit Recht sieht Hesse die eigentlichen Probleme in der unterschiedlichen konkreten und differenzierten Zuordnung von Staat und Gesellschaft durch Verfassung und Gesetz⁵⁰.

Die Unterscheidung von Staat und Gesellschaft ist nicht erst hinsichtlich der Ingerenz gesellschaftlicher Kräfte in den öffentlichen Dienst relevant, sondern bereits für die Vorentscheidung, was Sache des Staates sein soll und welche Lebensbereiche dem Privaten und Gesellschaftlichen verbleiben. In Idee und Begriff der Souveränität liegt es, daß der Staat bestimmt, welche Aufgaben er übernimmt⁵¹. Die „Blanko- und Generalvollmacht“ zum Handeln⁵², welche die staatliche *summa potestas* enthält, gibt dem Staate virtuell die Möglichkeit, grenzenlos alles zu tun, was das Völkerrecht nicht verbietet. Der totale Staat, der alle Lebensbereiche dominiert, wäre das eine Extrem; das andere wäre, daß sich der Staat selbst aufgibt und das Gemeinwesen der Anarchie oder der totalen Gesellschaft überläßt. Dieses Extrem gibt es realiter nicht, weil die Abdikation des Staates in der zeitgenössischen internationalen Staatenordnung nicht möglich ist. Souveränität kann sich im gegenwärtigen Zeitpunkt nicht selbst aufheben, ohne daß eine andere Souveränität an ihre Stelle tritt⁵³.

2. Eherner Bestand staatlicher Aufgaben war seit Beginn des modernen Staates der Schutz nach außen, die Friedenssicherung im Inneren und die Erhaltung seiner Funktionsfähigkeit.

⁴⁸ Vgl. dazu Hesse, DÖV 1975, 437 ff.

⁴⁹ Scheuner, Hwb. Soz. Wiss. 12 (1965), 600.

⁵⁰ Hesse, DÖV 1975, 442.

⁵¹ Eichenberger, in: Hennis/Graf Kielmannsegg/Matz, Regierbarkeit I (1977), S. 103.

⁵² H. Krüger, a. a. O. (FN 38), S. 760.

⁵³ Kein Staatsteil kann sich von dem Muttergemeinwesen lösen, ohne einem anderen Staate zugeordnet zu werden. Separation vom Altstaat ist nur durch Bildung eines neuen Staates oder Anschluß an einen anderen Staat möglich.

Neben der Verwaltung des Hofes selbst waren Justiz und Polizei zur inneren Friedenssicherung, Militär und auswärtiger Dienst zum äußeren Schutze und die Finanzverwaltung zur Sicherung der notwendigen Ressourcen die ersten Zweige des öffentlichen Dienstes. Nur so viel öffentlicher Dienst war notwendig, wie der Staat zur Durchsetzung seiner jeweils gesetzten Ziele und zur Bestandssicherung bedurfte⁵⁴. Die Staatsziele waren abhängig davon, was dem Zeitgeist, der jeweiligen Staatsphilosophie gemäß für das Zusammenleben im Gemeinwesen für notwendig erachtet wurde⁵⁵.

Deshalb ist die Entwicklung innerhalb der einzelnen Staaten durchaus unterschiedlich verlaufen. Tendenziell haben die kontinentaleuropäischen Staaten ihre Souveränität stärker aktualisiert als Großbritannien und die USA, die der gesellschaftlichen Selbstregulierung einen größeren Spielraum einräumten⁵⁶. Wenn im 19. Jahrhundert der Staat generell den wirtschaftlichen Sektor der privaten Initiative überließ, so wurden auf dem europäischen Kontinent wirtschaftliche Unternehmen der Infrastruktur auch damals als dem Staate vorbehalten angesehen⁵⁷. Im 20. Jahrhundert begannen einzelne Staaten, die Wirtschaft zu verstaatlichen oder zu sozialisieren und ein System zentraler Verwaltungswirtschaft zu errichten. Auch in den übrigen Ländern greift der Staat dort ein, wo die gesellschaftlichen Kräfte nicht mehr willens oder in der Lage sind, das Risiko einer Aufgabe zu tragen. Der Staat wird zum Eingreifen genötigt, weil die Gesellschaft das von ihm erwartet, weil sie selbst nicht mehr konsensfähig oder konsenswillig ist. Wie *Eichenberger* formuliert, „wird der Staat vorwiegend als

⁵⁴ Vgl. *M. Weber*, a. a. O. (FN 44), S. 157 ff.

⁵⁵ *Mayntz*, Soziologie der öffentlichen Verwaltung (1978), S. 34.

⁵⁶ Koloniale Gründungen Großbritanniens erfolgten sogar auf gesellschaftlicher Ebene. In Nordamerika gab es zwei Hauptarten von Kolonien: Corporate colonies, die als Handelsgesellschaften organisiert waren und auf Grund königlicher Charter die Kolonisation betrieben, und proprietary colonies, die im Privateigentum des Beliehenen standen. Vgl. *Berber*, a. a. O. (FN 18), S. 259; *Carr*, Select Charters of Trading Companies A. D. 1538–1707 (1913). Die bekannteste chartered company war die britische Ostindien-Kompagnie, die erst 1858 ihr Ende fand.

⁵⁷ Wurden sie von Privaten betrieben, dann nur auf Grund einer staatlichen Konzession, wofür die noch im 19. Jahrhundert fortgeltende Beleihung der Thurn und Taxis mit dem Postregal und die Eisenbahnkonzessionen Beispiele bieten. Vgl. den Vertrag von Brüssel zwischen Philipp I. von Spanien und Francesco de Tassis vom 18. 1. 1505, *Fischer*, Grotius Society Papers 1972, 235 ff. Weitere Verträge mit den Taxis und seit 1668 mit den Thurn und Taxis bei *Fischer*, Die internationale Konzession (1974), S. 461 ff. 1867 wurde das gesamte Thurn-und-Taxische Postwesen auf den Preußischen Staat übertragen.

zweckrationale Organisation für komplexe, konflikthanfällige und erfolgungsgewisse Aufgaben gedeutet und eingesetzt“, weil „ein Anstrengungsverzicht nichtstaatlicher Potenzen unübersehbar“ ist⁵⁸. Der Staat wird zum Lückenbüsser.

Bei dem Versuch, die Staatsfunktionen in der Gegenwart zu bestimmen, ohne die Vielfalt konkreter Staatstätigkeiten auf eine einzige, abstrakte Funktion zu reduzieren, lassen sich fünf große Aufgabenkategorien herauskristallisieren⁵⁹. Neben den traditionellen⁶⁰ drei Aufgaben der äußeren Sicherheit, der inneren Ordnung und der Sicherung der Handlungsfähigkeit des Staates sind es Versorgungs- und Dienstleistungen zur Befriedigung individueller und kollektiver Bedürfnisse über die innere und äußere Sicherheit hinaus und die Steuerung der gesellschaftlichen Entwicklung auf bestimmte Ziele hin⁶¹. Wie die Geschichte nicht nur aus marxistischer Sicht zeigt, entspricht der öffentliche Dienst im wesentlichen der Wirtschaftsgesinnung der jeweiligen Epoche⁶². Die Folge der inflationären Aufgabenvermehrung ist eine überall zu beobachtende Ausweitung des öffentlichen Dienstes, der durch die Komplexität der Aufgaben und die mit der großen Zahl größer werdenden Reibungsverluste zu einer weiteren Expansion genötigt ist. *Parkinson* hat nicht ohne Grund festgestellt, daß eine Arbeit anschwillt und an Bedeutung gewinnt, je mehr Zeit man auf sie verwenden darf⁶³. Zu ergänzen wäre: Weil und je mehr Personen sich in sie teilen. Im Deutschen Reich war 1930 von 25 Erwerbstätigen nur einer im öffentlichen Dienst beschäftigt, 1976 war es in der Bundesrepublik Deutschland bereits jeder achte⁶⁴. Die Personalausgaben aller öffentlichen Haushalte in

⁵⁸ *Eichenberger*, a. a. O. (FN 51), S. 105.

⁵⁹ Vgl. *Mayntz*, a. a. O. (FN 55), S. 44.

⁶⁰ Sie werden unzutreffend als Souveränitätsfunktionen bezeichnet, weil alle staatlichen Funktionen aus der Souveränität fließen. — Zur Kategorisierung der Funktionen der öffentlichen Verwaltung vgl. *Drago*, in *Auby* u. a., *Traité de Science Administrative* (1966), S. 225 ff., 239 ff.; *Gournay*, *Introduction à la science administrative* (1966), S. 17 ff.; *Kölble*, *DÖV* 1970, 447 ff., 543 ff.; *Debbasch*, *Science administrative — administration public* (1971), S. 26 ff.; *Siedentopf*, *Funktion und allgemeine Rechtsstellung — Analyse der Funktionen des öffentlichen Dienstes*, Studienkommission für die Reform des öffentlichen Dienstrechts, Bd. 8 (1973), S. 45, 47.

⁶¹ Bei den beiden „neuen“ Funktionsbereichen handelt es sich um solche der Wirtschaftstätigkeit, der Erziehung und Kultur und der Sozialordnung. Vgl. *Siedentopf*, a. a. O. (FN 60), S. 47.

⁶² So *F. Mayer*, *Neuzeitliche Entwicklung der öffentlichen Verwaltung* (1965), S. 16.

⁶³ *Parkinson*, *Parkinsons Gesetz* (1957), S. 14.

⁶⁴ Statistisches Jahrbuch 1977, S. 397 f.; vgl. auch *von Münch*, *Besonderes Verwaltungsrecht*, 5. Aufl. (1978), S. 13.

der Bundesrepublik hatten 1974 einen Anteil von über 25 % an den Gesamtausgaben⁶⁵. Innerhalb der 15 Jahre von 1960 bis 1975 stieg der Personalbestand der Verwaltungen von Bund, Ländern und Gemeinden ohne Berücksichtigung von Bahn, Post und den unselbständigen Wirtschaftsunternehmen um 57 %⁶⁶. „Die Beamten fressen den Staat auf“ ist zum geflügelten Wort geworden⁶⁷.

IV. Abhängigkeit des öffentlichen Dienstes von der Verfassung

Die Tatsache, daß der in der Neuzeit im abendländischen Europa konzipierte und entstandene moderne Staat mit einem für ihn unerläßlichen öffentlichen Dienst weltweit akzeptiert und etabliert wurde, besagt über Struktur und Ausgestaltung des öffentlichen Dienstes der einzelnen Staaten nichts. Wie die Staaten selbst, jeder durch seine historisch-politische Entwicklung geprägt, recht unterschiedliche Verfassungsordnungen besitzen, so unterscheiden sich auch die öffentlichen Dienste. In ihrer konkreten Ausgestaltung sind Recht und Gestalt des öffentlichen Dienstes durch die jeweilige Staatsverfassung⁶⁸ determiniert. Insofern gilt, wie *Stern* formuliert⁶⁹, „daß der Charakter des öffentlichen Dienstes entscheidend bestimmt ist durch den Charakter des Staates und der Charakter des Staates entscheidend geprägt wird durch seinen öffentlichen Dienst“ — salopp gesagt: Wie der Staat, so der öffentliche Dienst; wie der öffentliche Dienst, so der Staat. Der sogenannte Mann auf der Straße, vor allem als Tourist, bildet sich so sein Urteil. Rechtsvergleichende Untersuchungen im Bereich des öffentlichen Dienstes⁷⁰ sind nur dann fruchtbar, wenn die ge-

⁶⁵ Statistisches Jahrbuch 1977, S. 397 f. Personalausgaben: 115,778 Mrd. DM bei Gesamtausgaben: 447,817 Mrd. DM. Anteil der Personalausgaben: 25,85 %.

⁶⁶ F. Wagener, Festschrift für Carl Hermann Ule (1977), S. 246.

⁶⁷ Schleberger, in: Öffentlicher Dienst — für den Bürger, für die Gesellschaft, Schriftenreihe des DGB 5 (1975), S. 30; G. Schmidt, Gewerkschaftliche Monatshefte 1975, 65 ff.

⁶⁸ Im materiellen Sinne als Inbegriff aller den Staat selbst betreffenden und das Verhältnis zwischen Staat und Bürgern regelnden Normen. Herzog, Allgemeine Staatslehre (1971), S. 309. Zur Frage, ob und wieweit die „materielle“ Staatsverfassung auch in den gesellschaftlichen Bereich ausgreift, vgl. H. Krüger, DÖV 1976, 613 ff. Vgl. auch Schlaich, Neutralität als verfassungsrechtliches Prinzip (1971), S. 104 ff.

⁶⁹ Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I (1977), S. 259.

⁷⁰ Wie alle Komparatistik im öffentlichen Recht mehr als im Privatrecht. Zu Gegenstand, Methode und Aufgabe der Rechtsvergleichung vgl. etwa Fikentscher, Festschr. Carl Heymanns Verlag (1965), S. 141 ff.; Sandrock, Über Sinn und Methode zivilistischer

sellschaftlichen und politischen Hintergründe, die rechtlichen Zusammenhänge und die historische Entwicklung in die Betrachtung miteinbezogen werden⁷¹.

Beim öffentlichen Dienst wird sogar der Vergleich nach „Rechtskreisen“ problematisch⁷². Ähnliche politische Systeme können durchaus unterschiedliche Erscheinungen des öffentlichen Dienstes hervorbringen. Der Staat der westlichen Demokratie weist z. B. in den Vereinigten Staaten von Amerika, der Bundesrepublik Deutschland und der Schweiz jeweils ganz verschiedene Grundmuster des öffentlichen Dienstes auf⁷³. Demgegenüber sind nachhaltige Einflüsse der ehemaligen Kolonialmächte auf das öffentliche Dienstrecht der jeweils dekolonisierten neuen Staaten unverkennbar auch bei ganz anderer und mit der europäischen Macht wenig oder gar nicht übereinstimmender sozialer Ordnung und einem völlig abweichenden kulturellen Hintergrund.

Andererseits umfaßt die zu beobachtende „egalisierende Wirkung ökonomischer und technologischer Standards in Teilen des öffentlichen Rechts“⁷⁴ auch den öffentlichen Dienst. Das gilt sogar für einige spezialisierte klassische Hoheitsverwaltungen wie den auswärtigen Dienst⁷⁵ oder den Zoll⁷⁶. Darüber hinaus vollziehen sich in großen Teilen der Erde übereinstimmende soziale Veränderungen, die einen gleichlaufenden Wan-

Rechtsvergleichung (1966), S. 9 ff.; *Drobnig*, *RabelsZ* 35 (1971), 496 ff.; *Constantinesco*, *Rechtsvergleichung*, Bd. II (1972), S. 50 ff.; *Rheinstein/von Borries*, *Einführung in die Rechtsvergleichung* (1974), S. 16 ff.

⁷¹ *J. H. Kaiser*, in *Kaiser/Mayer/Ule*, *Recht und System des öffentlichen Dienstes*, Studienkommission für die Reform des öffentlichen Dienstes, Bd. 1 (1973), S. 22 ff.; *Ule*, in *Kaiser/Mayer/Ule*, *ibid.* Bd. 4 (1973), S. 8. Zu Eigenheiten, Zielen und Methoden der Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht vgl. *Bernhardt*, *ZaöRV* 24 (1964), 431 ff.; *J. H. Kaiser*, *ZaöRV* 24 (1964), 391 ff.; *Strebel*, *ZaöRV* 24 (1964), 405 ff.; *H. Krüger*, *VRÜ* 1972, 5 ff.; *Kiss*, *RIDC* 24 (1972), 5 ff.; *Starosciak/Letowski*, *Rev. int. sc. adm.* 39 (1973), 158 ff.

⁷² Ein solcher Vergleich ist für das Zivilrecht üblich. Vgl. *Zweigert/Kötz*, *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*, Bd. I (1969), S. 67 ff.

⁷³ Zu den U.S.A. vgl. *Stahl*, *The Personnel Job of Government Managers* (1971); *C. J. Friedrich*, in *Kaiser/Mayer/Ule*, a. a. O. (FN 71), Bd. 2 (1973), S. 229 ff.; *Stahl*, in *Kaiser/Mayer/Ule*, *ibid.* S. 289 ff. Zur Schweiz vgl. *O. K. Kaufmann/Lobsiger*, in *Kaiser/Mayer/Ule*, *ibid.* S. 101 ff.; *Grisel*, *Droit administratif suisse* (1970), S. 231 ff.

⁷⁴ *J. H. Kaiser*, a. a. O. (FN 71), S. 21.

⁷⁵ *Rudolf*, a. a. O. (FN 31), S. 495.

⁷⁶ GATT, EWG-Vertrag mit den anschließenden Assoziierungsverträgen und regionale Freihandelsabkommen bewirken, daß insoweit übereinstimmende Zolltarife anzuwenden sind. Die Technik der Zolltarifpraktizierung wirkt egalisierend auf die verschiedenen nationalen Zolldienste.

del in den Aufgaben und Zielsetzungen der nationalen Verwaltungen und damit eine gewisse Standardisierung der betroffenen öffentlichen Dienste bewirken. Dies gilt bei allen Unterschieden im einzelnen vor allem für die Entwicklungsländer. Deren Kommunalverwaltungen z. B. stehen fast überall vor ähnlichen Problemen, der Landflucht und des rapiden unkontrollierten Wachstums der Städte Herr zu werden. Da sie für diese neuen Aufgaben im allgemeinen nicht vorbereitet und ihnen auch nicht gewachsen sind⁷⁷, ist die Sensibilisierung und Befähigung des kommunalen öffentlichen Dienstes für die Entwicklungsprobleme und ihre technischen Implikationen ein Problem aller Entwicklungsländer⁷⁸. Hier eröffnet sich ein Feld für *Verwaltungshilfe*, die in erster Linie Personaltraining ist. Eine Hafenanlage zu installieren, ohne gleichzeitig für ein funktionierendes Hafenmanagement zu sorgen, ein Krankenhaus ohne geschultes Verwaltungspersonal zu etablieren, kann technische Hilfe wirkungslos machen. Wenn die von der Bundesrepublik Deutschland mit Entwicklungsländern abgeschlossenen Abkommen über technische Zusammenarbeit u. a. auch die Förderung von Ausbildungseinrichtungen durch Entsendung von Fachkräften aus dem betreffenden Entwicklungsland vorsehen⁷⁹, dann impliziert das, daß Verwaltungsattitüden übertragbar sind.

Wo die Grenzen der Adaptionfähigkeit für die Verhältnisse der Entwicklungsländer liegen, läßt sich nicht generell beantworten⁸⁰. Das Modell eines öffentlichen Dienstes, das sich in einem Lande bewährt, kann für ein anderes ineffektiv sein. Da die wirtschaftliche und soziale Entwicklung eines Landes von der Qualität seines öffentlichen Dienstes abhängt, deutet Unterentwicklung, zumal in Staaten, in denen die Bürokratie ein wichtiger Innovationsfaktor ist, auch darauf hin, daß hier die Leistungsfähigkeit des öffentlichen Dienstes und die Ver-

⁷⁷ U. N. Report on Local Government Reform: Analysis of Experience in Selected Countries, Sales No. E 75.II.H.1, S. 8 ff.

⁷⁸ Zur kommunalen Verwaltung vgl. U. N. Report on Local Government Training, Sales No. E 68.II.H.2, S. 126.

⁷⁹ Vgl. z. B. das Abkommen zwischen der Regierung der Bundesrepublik Deutschland und der Regierung der Volksrepublik Benin über Technische Zusammenarbeit vom 29. 7. 1978 (BGBl. II, S. 1191), oder das entsprechende Abkommen mit der Regierung der Republik Kap Verde vom 31. 10. 1977 (BGBl. 1978 II, S. 1194).

⁸⁰ Vgl. dazu etwa Langrod, in OECD, Public administration and economic development (1965), S. 105 ff.; Amir, KIDMA (Tel Aviv) 1 (1974), H. 3, 20 ff. Zur Frage des Studiums westlicher Verwaltungsmodelle durch öffentliche Bedienstete der Entwicklungsländer vgl. Heper, Int. Soc. Sc. Journ. 27 (1975), 163 ff.; Minogue, IDS Bulletin 8 (1977), H. 4, 3 ff.

waltungskraft nur gering einzuschätzen sind. Vorschläge, die Verwaltung mehr als Management im Sinne eines „big business“ als durch Ausbau einer Bürokratie zu führen⁸¹ — der Staat als „Developing Country Ltd.“⁸² — sind wenig zeitgemäß. Der Trend geht im Gegenteil zu noch mehr Bürokratisierung und Reglementierung, wie die Vorschläge der Entwicklungsländer über Rohstoff-buffer-stocks und eine Internationale Meeresbergbaubehörde im internationalen Bereich zeigen⁸³.

Schließlich hat auf ein besonderes Problem des öffentlichen Dienstes J. H. Kaiser hingewiesen: Die Korruption⁸⁴. Sie ist sehr verbreitet, wird toleriert und erscheint zum Teil sogar legitim⁸⁵. Myrdal sprach insoweit von „Soft State“ und „Unfashionable Economics“⁸⁶. Ob nun aber „ohne eine die Besteuerung ausräumende Reform des öffentlichen Dienstes das erstrebte Niveau voll entwickelter Wirtschaft und Zivilisation nicht erreicht werden kann“⁸⁷, ist unter Kennern der Materie durchaus zweifelhaft, da die Korruption der Bürokraten sogar allokativen Vorteile bringen kann⁸⁸. Es kommt entscheidend darauf an, ob Korruptionseinnahmen zum Konsum verwendet, im Inland investiert oder ins sichere Ausland transferiert werden.

V. Der öffentliche Dienst in der Bundesrepublik Deutschland

1. Wenden wir uns nun dem öffentlichen Dienst in der Bundesrepublik Deutschland zu, dann ist zunächst festzustellen, daß es keinen einheitlichen und allgemeingültigen Begriff des öffentlichen Dienstes gibt⁸⁹. Immerhin ist nie streitig gewesen, daß der öffentliche Dienst durch den Bezug zum Staat gekennzeichnet ist. Von den drei möglichen Kriterien — Art der Tätigkeit, Ausgestaltung des Dienstverhältnisses und Organisationsform des Dienstherrn — hat sich das letzte als das ent-

⁸¹ Graves, Int. Dev. Rev. 15 (1973), H. 4, 15 ff.

⁸² Graves, Internationalist 1974/11, 20 f.

⁸³ Vgl. Graf Vitzthum, EA 1978, 455 ff.; sowie Art. 150 ff. des Informal Composite Negotiating Text (ICNT) vom 15. 7. 1977, U. N. Doc. A/CONF. 62/WP. 10.

⁸⁴ H. J. Kaiser, a. a. O. (FN 71), S. 24 f.

⁸⁵ K. Schmidt/Garschagen, HdWW 4 (1978), 570.

⁸⁶ Myrdal, Essays in Honour of Lord Balough (1970), S. 227.

⁸⁷ H. J. Kaiser, a. a. O. (FN 71), S. 25.

⁸⁸ Vgl. Leys, Journ. of Modern Afr. Stud. 3 (1965), 215 ff.; Bayley, Western Pol. Quart. 19 (1966), 719 ff.; Nye, Amer. Pol. Sc. Rev. 61 (1967), 417 ff.; K. Schmidt, Schmollers Jahrbuch 89 (1969), 129 ff.

⁸⁹ BVerfGE 15, 46, 61. Vgl. auch Pfennig, Der Begriff des öffentlichen Dienstes und seiner Angehörigen (1960).

scheidende durchgesetzt⁹⁰. Damit ist klargestellt, daß nicht zum öffentlichen Dienst gehört, wer bei einem privatwirtschaftlich organisierten Wirtschaftsunternehmen der öffentlichen Hand beschäftigt ist⁹¹. Das betrifft in der Bundesrepublik allerdings nur 1,7 % der Industriebeschäftigten⁹². Ob auch die halbe Million Dienstnehmer der öffentlich-rechtlichen Religionsgesellschaften⁹³ dem öffentlichen Dienst zuzurechnen sind, ist umstritten⁹⁴. Immerhin führt die Mehrzahl kirchlicher Bediensteter Aufgaben der „sozialen Befriedigung“⁹⁵ durch, während das Amt des geistlichen Standes im säkularen Staat nicht staatlich sein kann. Vom Pfarrer erwartet man auch weniger eine Fixierung auf die Verfassung als auf die Heilige Schrift. Die Frage ist insoweit positiv-rechtlich entschieden, als die öffentlich-rechtlichen Religionsgesellschaften hinsichtlich ihrer Bediensteten eigene, ihrer Aufgabe gemäße Regelungen treffen können und das Beamtenrecht des Bundes und der Länder nicht automatisch auf sie anwendbar ist⁹⁶. Fehlt es an einer

⁹⁰ Zumal verschiedene gesetzliche Bestimmungen als zum öffentlichen Dienst gehörig behandeln, wer im Dienst einer juristischen Person des öffentlichen Rechts steht. *Von Münch*, a. a. O. (FN 64), S. 9.

⁹¹ Zum öffentlichen Dienst im *weitesten* Sinne gehören die Beamten, Angestellten und Arbeiter der juristischen Personen des öffentlichen Rechts, die Richter, die Soldaten und politischen Amtsträger, nicht aber die Abgeordneten, die Träger des freien Mandats und zu Diensten nicht verpflichtet sind, BVerfGE 40, 296, 316, auch wenn das Bundesverfassungsgericht den mehrere Wahlperioden überdauernden full-time-Parlamentarier zum Prototyp des Abgeordneten deklariert hat. BVerfGE 40, 296, 312 f. Die Beamtenengesetze sind entweder gar nicht oder nicht unmittelbar auf die politischen Amtsträger anzuwenden. Es gelten Spezialgesetze mit erheblichen Abweichungen vom Recht der übrigen Bediensteten. Vgl. etwa BundesministerG vom 27. 7. 1971 (BGBl. III, 1103—1), Gesetz über die Rechtsverhältnisse der Parlamentarischen Staatssekretäre vom 24. 7. 1974 (BGBl. III, 1103—2).

⁹² In Österreich arbeiten 27 % der Industriebeschäftigten in staatlichen Betrieben. *Capital* 9/78, S. 11. Wichtigste Wirtschaftsunternehmen des Bundes sind Saarbergwerke, Vereinigte Industrie-Unternehmungen, Salzgitter und Deutsche Lufthansa.

⁹³ Einschließlich der Dienstnehmer sozialer Einrichtungen der Kirchen.

⁹⁴ Dafür: *Hesse*, JÖR N. F. 10 (1961), 50 ff.; *Pfennig*, a. a. O. (FN 89), S. 47 f.; *Ule*, Grundrechte IV/2, S. 545; *Frank*, ZevKR 10 (1963/64), 289 ff.; *von Münch*, a. a. O. (FN 64), S. 10. Dagegen: § 15 III ArbeitsplatzschutzG i. d. F. vom 21. 5. 1968 (BGBl. I, S. 551); BVerwGE 10, 355 ff.; *Thieme*, Der öffentliche Dienst in der Verfassungsordnung des Grundgesetzes (1961), S. 34. Differenzierend: *Martens*, Öffentlich als Rechtsbegriff (1961), S. 149 ff. Zur Praxis der Kirchenverträge vgl. *Scheven*, ZBR 1964, 289.

⁹⁵ *Bull*, Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz (1973), S. 365.

⁹⁶ § 135 BRRG.

Definition, ist der Begriff „öffentlicher Dienst“ entsprechend § 15 III Arbeitsplatzschutz-Gesetz⁹⁷ auszulegen als „Tätigkeit im Dienste des Bundes, eines Landes, einer Gemeinde, eines Gemeindeverbandes oder anderer Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts oder der Verbände von solchen; ausgenommen ist die Tätigkeit bei öffentlichen Religionsgemeinschaften oder ihren Verbänden“⁹⁸.

2. Dieser öffentliche Dienst ist heterogen zusammengesetzt. Er umfaßt derzeit etwa dreieinhalb Millionen vollbeschäftigte Personen, davon nur noch 45 % Beamte; die Mehrzahl sind Angestellte und Arbeiter⁹⁹. 1930 waren die Beamten noch mit etwas über zwei Dritteln beteiligt¹⁰⁰. Der Anteil der nicht-beamteten Arbeitnehmer erhöht sich noch, wenn man die ca. 340 000 Teilzeitbeschäftigten mit 20 und mehr Wochenstunden mitberücksichtigt¹⁰¹. Mit der Erweiterung staatlicher Aufgaben nimmt die *Spezialisierung* in allen Gruppen des öffentlichen Dienstes zu¹⁰². Den allseitig verwendbaren Bediensteten gibt es nicht, nur den allseitig verwendbaren Juristen als Ausbildungsziel der einstufigen Juristenausbildung im Lande Rheinland-Pfalz¹⁰³. Angehörige des öffentlichen Dienstes insgesamt verbindet nicht mehr, als daß der Staat ihr Dienstherr oder Arbeitgeber ist. Die Zugehörigkeit zur Gruppe der Beamten¹⁰⁴ oder Arbeitnehmer, das Statusspezifische verliert an Bedeutung, während die Bedeutung des Funktionsspezifischen wächst¹⁰⁵, zumal die Tendenz besteht, das öffentliche Dienstrecht des Arbeitnehmers an das Beamtenrecht anzugleichen¹⁰⁶.

3. Vergrößerung und Strukturänderungen des öffentlichen Dienstes haben seine Einordnung in das Verfassungssystem kompliziert. Das Grundgesetz hat, anders als die Weimarer

⁹⁷ BGBl. 1968 I, S. 551.

⁹⁸ BVerwGE 30, 81, 83 ff.

⁹⁹ Statistisches Jahrbuch 1977, S. 50, 96, 404. Vgl. vor allem Wager, a. a. O. (FN 66), S. 239 ff.

¹⁰⁰ von Münch, a. a. O. (FN 64), S. 13.

¹⁰¹ Wager, a. a. O. (FN 66), S. 249.

¹⁰² Die größte Gruppe innerhalb der Beamten bilden die Lehrer.

¹⁰³ § 2 EJAG vom 14. 2. 1975 (GVBl. S. 87).

¹⁰⁴ Charakteristisch für den Beamtenstatus ist, daß die Beziehungen zwischen ihm und dem Dienstherrn ausschließlich öffentlich-rechtlich geordnet sind, d. h. einseitig vom Staat gesetzt. Darin unterscheidet sich der Beamte von allen Arbeitnehmern.

¹⁰⁵ Vgl. Mayntz, a. a. O. (FN 55), S. 178 ff., mit Nachweisen.

¹⁰⁶ So ist auch bei den Angestellten und Arbeitern das arbeitsrechtliche Verhältnis zum öffentlichen Arbeitgeber so modifiziert, daß das Funktionieren des Staates gewährleistet sein soll. Jung, Die Zweispurigkeit des öffentlichen Dienstes (1971), S. 181 ff.; Scholz, in Leisner, Das Berufsbeamtentum im demokratischen Staat (1975),

Verfassung, die die beamtenrechtlichen Vorschriften im Grundrechtsteil angesiedelt hatte¹⁰⁷, den öffentlichen Dienst in den Zusammenhang der Staatsorganisation gestellt¹⁰⁸. Zentrale Vorschrift ist Art. 33 GG, dessen Festlegung auf das Berufsbeamtentum¹⁰⁹ auf Kritik gestoßen ist, die sich bis zu der Äußerung verstieg, der Verfassungsgeber habe die Norm im „Zustande der Geistesabwesenheit“ geschaffen¹¹⁰.

Auch nachdem sich die Mehrheit der Studienkommission für die Reform des öffentlichen Dienstrechts für Bestand und Fortentwicklung des Berufsbeamtentums entschieden hat¹¹¹, ist die Kritik am bestehenden Zustand nicht verstummt¹¹². Immerhin hatten sich 9 der 19 Kommissionsmitglieder zugunsten eines Gesetz-/Tarif-Modells ausgesprochen¹¹³, was praktisch auf eine „Umpolung des Beamtenrechts auf Tarifvertrag und Arbeitskampf“¹¹⁴ hinausläuft. Von den politischen Parteien verkündet die SPD das Gesetz-/Tarif-Modell als langfristiges Ziel, das allerdings, wie der Parteivorsitzende auf dem 10. Deutschen Beamtentag des DGB im Februar dieses Jahres

S. 179 ff.; *Stern*, a. a. O. (FN 9), S. 211 ff. Andererseits sind auch arbeitsrechtliche Einflüsse auf das Beamtenrecht erkennbar. *Kröger*, NJW 1975, 953 ff. Vgl. auch den Bericht der Studienkommission für die Reform des öffentlichen Dienstrechts (1973), S. 122 f., sowie *Matthey*, Zur Rechtsangleichung bei Beamten und Angestellten im öffentlichen Dienst (1971).

¹⁰⁷ Art. 128–131.

¹⁰⁸ Zwischen Dienstverfassung und Amtsverfassung besteht ein unlösbarer Konnex. *Scholz*, a. a. O. (FN 106), S. 195.

¹⁰⁹ In Art. 33 IV GG sind mit Angehörigen des öffentlichen Dienstes, die in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis stehen, Berufsbeamte gemeint. BVerfGE 9, 269, 284. *Thieme*, a. a. O. (FN 94), S. 57.

¹¹⁰ *Kluncker*, Für ein einheitliches Dienstrecht, ÖTV-Beamten-Nachrichten 1970/1, 1. Dazu von *Münch*, JZ 1970, 332. Hinter der Kritik steckt der Wunsch, ein am Arbeitsrecht ausgerichtetes einheitliches Dienstrecht für alle Angehörigen des öffentlichen Dienstes zu schaffen, was Art. 33 IV und V GG verhindert. Die Kritik *Thiemes*, Empfiehlt es sich, das Beamtenrecht unter Berücksichtigung der Wandlungen von Staat und Gesellschaft neu zu ordnen?, Gutachten für den 48. Deutschen Juristentag (1970), S. D 12, es sei ein Stück „gesetzgeberischer Scharlatanerie“ geliefert, bezieht sich auf die Textformulierung von Art. 33 IV und V GG, enthält aber keine Kritik am Berufsbeamtentum.

¹¹¹ Studienkommission für die Reform des öffentlichen Dienstrechts, Bericht der Kommission (1973), S. 342 ff.

¹¹² Die DGB-Gewerkschaften des öffentlichen Dienstes treten für einen tarifvertraglich geregelten öffentlichen Dienst bzw. für ein Gesetz-/Tarifmodell ein.

¹¹³ Bericht der Kommission, a. a. O. (FN 111), S. 356 ff.

¹¹⁴ *Rupp*, in: *Leisner*, Das Berufsbeamtentum im demokratischen Staat (1975), S. 178.

erklärte, eine Verfassungsänderung notwendig macht¹¹⁵. Die Forderung nach einem einheitlichen Arbeitsrecht für *alle* Angestellten, Arbeiter und Beamten, wie sie die hessische Verfassung normiert¹¹⁶, wird aber auch noch erhoben¹¹⁷. Für eine Dienstrechtsvereinheitlichung sprachen sich auf dieser DGB-Veranstaltung auch der Vorsitzende der CDU und der Vorsitzende der F.D.P.-Fraktion im Bundestag aus, ersterer „auf der Grundlage eines nach zeitgemäßen Gesichtspunkten fortzuentwickelnden Beamtenrechts“¹¹⁸, letzterer „unter Berücksichtigung der statusrechtlichen Unterschiede“¹¹⁹.

Abgesehen von ganz realen Machtinteressen, die mit der Einführung der tarifvertraglichen Regelung des öffentlichen Dienstrechts verfolgt werden, ist die Idiosynkrasie der Gegner des Berufsbeamtentums gegen diese Institution in Deutschland historisch bedingt. Berufsbeamtentum wird identifiziert mit der impermeablen monarchischen Exekutive des konstitutionellen Staates. Mit dem Ende der Monarchie sei auch für das Berufsbeamtentum kein Platz mehr. Nachdem das Volk Souverän sei, sei die bestehende Herrschaftsstruktur voll vergesellschaftet. Ein öffentlich-rechtlich organisierter öffentlicher Dienst sei deshalb „vordemokratisch“ und systemwidrig. Die inzwischen enorm hohe Zahl der Beamten dürfe nicht aus dem gesellschaftlichen Bereich herausgenommen und „verstaatlicht“ werden¹²⁰. Das öffentlich-rechtliche Beamtenverhältnis wird als

¹¹⁵ W. Brandt, in: DGB, Die Parteien zum öffentlichen Dienst (1978), S. 8 f. In diesem Sinne hat sich auch der Hamburger Parteitag der SPD vom November 1977 entschieden, a. a. O., S. 5.

¹¹⁶ Art. 29 I. Auch in Berlin und Bremen wurde das Berufsbeamtentum nach dem Zweiten Weltkrieg zunächst abgeschafft. Vgl. Thieme, a. a. O. (FN 94), S. 10 f.

¹¹⁷ So etwa derzeit von den Jungsozialisten im hessischen Wahlkampf. Das „vordemokratische Beamtenrecht“ sei insgesamt abzuschaffen. Besondere Treueverpflichtungen in den Staat seien „überflüssig“. Zitiert nach Wenz, Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 30. 9. 1978, S. 10.

¹¹⁸ H. Kohl, in: DGB: Die Parteien zum öffentlichen Dienst (1978), S. 18.

¹¹⁹ Mischnick, in: DGB, Die Parteien zum öffentlichen Dienst (1978), S. 25. Der Vorsitzende der CSU nahm zur Frage eines einheitlichen Dienstrechts nicht Stellung, bekannte sich aber zum Berufsbeamtentum. F. J. Strauss, in: DGB, *ibid.*, S. 35.

¹²⁰ Vgl. z. B. Hartfiel, Ideologie und Arbeitsplatzstruktur der öffentlichen Verwaltung zwischen Fortschritt und sozialem Wandel (1971), S. 3 ff.; R. Hoffmann, in: ÖTV, Modernisierung im öffentlichen Dienst (1971), S. 15 ff.; Sontheimer/Bleek, in: Dagtoglou/Herzog/Sontheimer, Verfassungspolitische Probleme einer Reform des öffentlichen Dienstrechts, Studienkommission für die Reform des öffentlichen Dienstrechts, Bd. 6 (1973), S. 236 ff.; Ellwein/Zoll, Berufsbeamtentum — Anspruch und Wirklichkeit (1973), S. 205 ff.

Ausnahmefall der Arbeitnehmer-Gesellschaft begriffen, als ein Relikt aus vergangener Zeit, durch eine antiquierte Rechtsnorm künstlich am Leben erhalten.

Gegen eine solche Argumentation ist zunächst einzuwenden, daß eine Institution nicht schon deshalb zu verwerfen ist, weil sie aus einer überwundenen Epoche stammt. Schließlich kommen auch Menschenrechte, Vorbehalt des Gesetzes, kommunale Selbstverwaltung, Sozialversicherung, Eisenbahn, Telegraf und Telefon aus der vorrepublikanischen Ära, ohne daß ihnen deshalb ein „undemokratischer“ Hautgout anhaften würde. Der öffentliche Dienst gerät hier, wie *Luhmann* zu erklären versucht¹²¹, in das Magnetfeld eines politischen Code der Begriffe „konservativ“ und „progressiv“, wobei die Reform des öffentlichen Dienstes im Sinne einer beamtenrechtlichen Lösung als konservativ, die Anknüpfung an das Arbeitsrecht als progressiv plakatiert wird. Die Verzerrung der Reformthematik durch diese politische Codierung kann nach *Luhmann* eine Reform verhindern.

Zum anderen verkennen diejenigen, die das Berufsbeamtentum für nicht mehr zeitgemäß halten, seine Rolle für die Funktionsfähigkeit des demokratischen Rechtsstaates als Instanz zur Entscheidung von Problemen, die die Selbstregulierungsfähigkeit der pluralistischen Gesellschaft überfordern. Gleichgültig, ob die Gesellschaft eines Gemeinwesens unitarisch, pluralistisch oder wie auch immer formiert ist — die Staatsgewalt als permanente „rechtlich organisierte politische Macht“¹²² kann niemals pluralistisch sein. Wenn Art. 20 II 1 GG die Souveränitätsfrage entschieden hat, daß alle Staatsgewalt vom Volke ausgeht, dann heißt das, daß die Staatsgewalt unteilbar ist, daß es keine Staatsgewalt geben kann, deren Träger nicht das Volk ist. Was als pluralistischer Staat bezeichnet wird, ist in Wahrheit ein homogener, ein souveräner Staat, bei dem von einer Auflösung der rechtlichen Einheit der Staatsgewalt keine Rede sein kann, bei dem nur die sozialen Mächte „nicht schon im vorrechtlichen Bereich zu einem homogenen Machtgefüge konsolidiert sind“¹²³. Den demokratischen Rechtsstaat des Grundgesetzes kennzeichnet, daß er nicht vergesellschaftet werden darf¹²⁴. Der Staat muß Souverän bleiben,

¹²¹ *Luhmann*, ZfP 1974, 264 ff.

¹²² *Heller*, Staatslehre (1934), S. 242 f.

¹²³ *Zippelius*, Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl. (1971), S. 106 f.

¹²⁴ *Ridder*, Zur verfassungsrechtlichen Stellung der Gewerkschaften nach dem Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (1960), S. 11 ff.; *Rupp*, in *Hoppmann*, Konzertierte Aktion (1971), S. 8; *Scholz*, a. a. O. (FN 106), S. 181.

er kann neben sich keinen anderen Souverän in Gestalt gesellschaftlicher Mächte dulden. Staatsgewalt hat sich durch die verfassungsmäßigen Organe zu artikulieren, nicht durch gesellschaftliche Gruppen¹²⁵.

4. Ob im Falle der Abschaffung des Berufsbeamtentums durch eine Verfassungsänderung, die von der Mehrzahl der Autoren zu Recht für zulässig gehalten wird¹²⁶, die Bundesrepublik diese Souveränität aufgeben würde, wenn nicht ein adäquater Ersatz an die Stelle des Berufsbeamtentums treten würde, läßt sich nicht *verfassungstheoretisch*, sondern nur *verfassungsrechtlich* dogmatisch beantworten¹²⁷. Die Antwort lautet, daß der Gesetzgeber im Falle der Abschaffung des Berufsbeamtentums eine Regelung über den öffentlichen Dienst treffen müßte, die erstens garantiert, daß sich der Staat der Kompetenz zur Regelung nicht begibt, er also keine Zustände schafft, die irrevisibel wären¹²⁸, und zweitens, daß die Funktionsfähigkeit der Staatsorganisation unter Beachtung der unveränderbaren Verfassungsprinzipien gewährleistet ist¹²⁹.

Versucht man diese Aussage zu substantiieren, ist die Frage nach den Staatsaufgaben miteinzubeziehen. Es gibt Funktionen, die der demokratische Rechtsstaat keinesfalls aus der Hand geben darf, ebenso wie es solche gibt, die an sich zu ziehen, ihm verwehrt ist. Die souveräne Verfassungsentscheidung für den demokratischen Rechtsstaat bewirkt, daß die Staatsgewalt nicht mehr absolut, nicht omnipotent ist¹³⁰, wofür die

¹²⁵ Diese können nur im Rahmen der Verfassung und der Gesetze ihren Einfluß bei der Zusammensetzung staatlicher Organe und im Vorfeld der Entscheidungen geltend machen. Mag dieser Einfluß noch so stark sein: Die Unterscheidung von verfassungsgemäßer rechtlich organisierter legaler staatlicher Herrschaft und nichtverfaßter Gesellschaftsmacht muß aufrechterhalten bleiben. Böckenförde, Die verfassungstheoretische Unterscheidung von Staat und Gesellschaft als Bedingung der individuellen Freiheit (1973), S. 24 ff.; H. H. Klein, in: Politik und Zeitgeschichte, Beilage zu „Das Parlament“, B 50/1974, S. 8 f.; Hesse, DÖV 1975, 439.

¹²⁶ Vgl. Stern, a. a. O. (FN 9), S. 202 ff. A. M. Ule, in Forsthoff/von Münch/Schick/Thieme/Ule/Mayer, a. a. O. (FN 1), S. 445 ff.

¹²⁷ Es handelt sich dabei um einen Fall „konkreter und differenzierter Ordnung von Staat und Gesellschaft“. Hesse, DÖV 1975, 440 ff.

¹²⁸ Auch die tatsächliche Irrevisibilität wäre verfassungswidrig, nicht nur die rechtliche. Vgl. BVerfGE 8, 51, 64.

¹²⁹ Darüber besteht unter Verfassungsjuristen Einmütigkeit. Von Münch, in Forsthoff/von Münch/Schick/Thieme/Ule/Mayer, a. a. O. (FN 1), S. 93; Schick, ibid. S. 185; Ule, ibid. S. 451; F. Mayer, ibid. S. 638 f.

¹³⁰ Auch die Grundrechte der Bürger müssen als Richtlinie und Rahmen der Staatstätigkeit garantiert bleiben. Vgl. Scheuner, DÖV 1971, 505 ff.; Bull, a. a. O. (FN 95), S. 90 ff. „Als unbeschränkt kann

Selbstbindung durch Grundrechte¹³¹ und die Unterwerfung unter die eigene Gerichtsbarkeit in der Bundesrepublik, vor allem aber die Bindung des Verfassungsgesetzgebers an unveränderliche Verfassungsprinzipien¹³² kennzeichnend sind.

Grundlage für die Bestimmung der Aufgaben unseres Staates ist die Verfassung¹³³. Es zeigt sich jedoch, daß die Staatsaufgabenbestimmung des Grundgesetzes nur Ansatzpunkte bildet und einen groben Raster darstellt, welcher durch die Gesetze und untergesetzliche Rechtssätze im einzelnen auszufüllen ist¹³⁴. Selbst die verfassungsrechtlich im einzelnen aufgeführten Verwaltungsdienste sind nicht so präzisiert, daß der dem Staat unbedingt vorbehaltene Bereich ein für alle Male festliegt. Der auswärtige Dienst ist dafür ein Beispiel. Ob man auswärtige Kulturverwaltung überhaupt betreiben will und ob man sie gegebenenfalls als Teil des auswärtigen Dienstes führen muß oder privatrechtlich organisierten Mittlerorganisationen überlassen kann¹³⁵, bleibt in der Verfassung offen. Abgesehen davon, daß nachdem die Entscheidung gefallen ist, das Parlament die halbe Milliarde DM dafür bewilligt, bleibt die detaillierte Aufgabenstellung Sache der Regierung, also praktisch des dafür kompetenten auswärtigen Dienstes.

allenfalls die Aufgabe und Zuständigkeit des Staates angesehen werden, sich mit sozialen Tatsachen aller Art *insoweit* zu befassen, als nötig ist, um darüber entscheiden zu können, ob darauf in irgendeiner Weise reagiert werden darf und soll ...“, a. a. O., S. 91.

¹³¹ Nach Auffassung des Berichterstatters sind die Menschenrechte vorstaatlichen, „naturrechtlichen“ Ursprungs und limitieren die Souveränität schlechthin, nicht nur im demokratischen Rechtsstaat. Vgl. Rudolf, Pädag. Prov. 22 (1968), 114 ff.

¹³² Art. 79 III GG.

¹³³ Bull, a. a. O. (FN 95), S. 149 ff. Die Verfassung sieht einmal in prozeduraler Hinsicht vor, daß bestimmte Organe bestimmte Tätigkeiten des Legeferierens, Administrierens und Judizierens wahrzunehmen haben, und stellt dafür Verfahrensvorschriften auf. Welche Sachgebiete Gegenstand staatlichen Handelns sein können, wird für den Bund in den Kompetenzabscheidungsnormen auf den Gebieten der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt, der Rechtsprechung und der Finanzverfassung geregelt. Für den öffentlichen Dienst in der Bundesrepublik Deutschland ergibt sich aus dem GG, daß die Rechtsprechung, die obersten Verfassungsorgane, bestimmte, im einzelnen in Art. 87 ff. und 108 GG genannte Verwaltungszweige und im Prinzip auch die Kommunalverwaltung staatliche Aufgaben sind. Weitere Aufgaben können sich zwingend aus dem Grundrechtsschutz und den Konstitutionsprinzipien des Art. 20 und 28 GG ergeben. Zur Privatisierung öffentlicher Aufgaben vgl. etwa Bull, a. a. O. (FN 95), S. 48 ff.; Knemeyer, Wirtschaft und Verwaltung 1978/2, 65 ff.; Leisner, DVBl. 1978, S. 733 ff.

¹³⁴ Maunz, Festschrift für Ernst Forsthoff (1972), S. 235; Bull, a. a. O. (FN 95), S. 114 ff.

¹³⁵ Vgl. dazu Rudolf, Festschrift für Eberhard Menzel (1973), S. 143.

Durch Akte im Innenbereich wird häufig entschieden, wie umfassend oder wie eng eine Staatsaufgabe aufzufassen ist. Angesichts des Pluralismus der Gesellschaft und der Komplexibilität der heutigen Lebensverhältnisse bedeutet das einen Zuwachs an Entscheidungspotential für den öffentlichen Dienst, der so jedenfalls nicht in der Verfassung angelegt ist¹³⁶. Vor allem bietet die Detailverwaltung einen weiten Raum zur Eigenprofilierung des öffentlichen Dienstes. Die Flut von gesetzlichen Regelungen, von denen die meisten von der Ministerialbürokratie initiiert sind und deren Implementierung schon der großen Zahl und leider auch der Qualität wegen — manche Gesetze stammen aus der „Montagsproduktion“ — häufig in das Ermessen der Verwaltung gestellt ist, trägt dazu bei, nicht nur den Spielraum der Verwaltung zu erweitern, sondern ihr weitgehende Autonomie zu ermöglichen¹³⁷. Je weniger Konsens die pluralistische Gesellschaft erreicht, desto notwendiger wird aber die staatliche Regelung. Bei heterogener Interessenlage muß der Staat entscheiden, was im öffentlichen Interesse liegt, was dem Gemeinwohl frommt¹³⁸. Wie der Staat in Anbetracht der Erwartungen, die an ihn von dem an Eigeninitiative ärmer aber anspruchsvoller werdenden und sich immer mehr von der Bindung an die traditionellen Tugendcodices lossagenden Bürger gestellt werden, aus diesem *circulus vitiosus* herauskommen soll, ist ein bisher ungelöstes Problem¹³⁹. Eine mehr oder weniger eingeschränkte tarifrechtliche Lösung für den gesamten öffentlichen Dienst würde die Situation noch komplizieren, weil sich die „Unregierbarkeit“ des Staates noch erhöhte.

Angesichts des geschilderten weiten Aufgabenrahmens des öffentlichen Dienstes genügt es für die Beantwortung der Frage nach der Ausgestaltung des öffentlichen Dienstes im Falle der Abschaffung des Berufsbeamtentums festzuhalten, daß der öffentliche Dienst so beschaffen sein muß, daß der Staat die

¹³⁶ Kölble, in J. H. Kaiser, *Planung I* (1966), S. 100 ff.; Häberle, *DÖV* 1972, 324 f.; *Bull.*, a. a. O. (FN 95), S. 115.

¹³⁷ Vgl. Luhmann, *Zweckbegriff und Systemrationalität* (1968), S. 70; Scharpf, *Die politischen Kosten des Rechtsstaats* (1970), S. 75 ff.; Brohm, *VVDStRL* 30 (1972), 245 ff.; Schmitt Glaeser, *VVDStRL* 31 (1973), 147 ff., 201 ff.; Mäding, *DV* 1973, 266 ff.; Bartelsperger, *VVDStRL* 33 (1975), 222 f. Die „Freiheit des ersten Entschlusses“ hatte die Verwaltung schon immer. W. Jellinek, *Verwaltungsrecht*, 3. Aufl. (1931), S. 40.

¹³⁸ Zur Diskussion um das Gemeinwohl und das staatliche Interesse vgl. Martens, a. a. O. (FN 94), S. 179 ff.

¹³⁹ Vgl. hierzu vor allem die Beiträge in Hennis/Graf Kielmanns-egg/Matz, a. a. O. (FN 51), von Matz, *ibid.* S. 82 ff.; Eichenberger, *ibid.* S. 103 ff.; Graf Kielmanns-egg, *ibid.* S. 118 ff.; Tenbruck, *ibid.* S. 134 ff.

ihm verfassungsmäßig vorgeschriebenen Aufgaben erfüllen kann. Daß das Gesetz-/Tarif-Modell einen solchen öffentlichen Dienst zu garantieren vermag, wird von der Kommissionsmehrheit¹⁴⁰ und den Verfassungsjuristen¹⁴¹ zu Recht verneint. Der Gesetzgeber muß die Regelung der Rechtsverhältnisse jener Dienstnehmer, die hoheitliche Aufgaben wahrnehmen und von denen das Funktionieren der Staatsorganisation entscheidend abhängt, im Interesse seiner Bürger voll in der Hand behalten¹⁴².

VI. Der Funktionsvorbehalt des Art. 33 IV GG

1. De constitutione lata kann man das Berufsbeamtentum nicht abschaffen¹⁴³. Die Studienkommission ist davon ausgegangen, daß die von ihr empfohlene Vereinheitlichung des öffentlichen Dienstrechts nach einem *beamtenrechtlichen* Modell verfassungsrechtlich möglich ist¹⁴⁴. Sie hat sich für diese Vereinheitlichung ausgesprochen, weil es sich gezeigt habe, daß eine „durchgängige und gründliche Differenzierung in Gruppen, wie wir sie heute zwischen Beamten und Arbeitnehmern finden, aus funktionalen Gründen nicht abgeleitet werden kann“¹⁴⁵. Im Aktionsprogramm der Bundesregierung zur Dienstrechtsreform vom 19. Mai 1976 ist von einer solchen Vereinheitlichung nicht die Rede. Statt dessen heißt es, die

¹⁴⁰ Bericht der Kommission, a. a. O. (FN 111), S. 343: „Es entspricht den Erfordernissen der politischen Gesamtverantwortung für alles Handeln und Unterlassen der öffentlichen Verwaltung, daß Regelungskompetenzen für den öffentlichen Dienst in vollem Umfange in der Hand der Staatsorgane liegen, die dem Volke verantwortlich sind“.

¹⁴¹ Vgl. *Lerche*, Verbeamtung als Verfassungsauftrag? (1973), S. 17, sowie die Beiträge in *Leisner*, a. a. O. (FN 106), von *Isensee*, *ibid.* S. 40 ff.; *Rupp*, *ibid.* S. 172 ff., und *Scholz*, *ibid.* S. 184 ff.

¹⁴² Tarifautonomie und Streikrecht verstoßen insoweit gegen das Demokratiegebot des Grundgesetzes. Den überzeugenden Argumenten *Isensee's*, Beamtenstreik (1971), die durch weitere Arbeiten bestätigt werden, vgl. oben FN 141, braucht nichts mehr hinzugefügt zu werden. Vgl. auch BVerfGE 8, 1, 17; BVerwG DVBl. 1978, 410: „Die Unzulässigkeit eines Beamtenstreiks ist als hergebrachter Grundsatz des Berufsbeamtentums durch Art. 33 Abs. 5 des Grundgesetzes verfassungsrechtlich bestimmt.“ Nach geltendem Recht verstoßen auch streikähnliche Maßnahmen von Beamten wie „go slow“ und „sick out“ gegen die Verfassung. BVerwG DVBl. 1978, 410. Für ein (begrenztes) Streikrecht der Beamten nach geltendem Verfassungsrecht: *Däubler*, Der Streik im öffentlichen Dienst (1970), S. 226 ff.

¹⁴³ BVerfGE 8, 332, 343; 9, 268, 286; 11, 203, 215.

¹⁴⁴ Bericht der Kommission, a. a. O. (FN 111), S. 141 f. Vgl. auch die Zusammenfassung der Vorschläge der Studienkommission, *ibid.* S. 376 ff.

¹⁴⁵ Bericht der Kommission, a. a. O. (FN 111), S. 141.

Verfassung sehe ein Nebeneinander von gesetzlicher und tarifvertraglicher Regelung vor und, weil eine Änderung der Verfassung nicht beabsichtigt sei, solle es bei den gegenwärtigen Gruppen bleiben, zumal bei gleichen Zielen auch mit unterschiedlichen Regelungsverfahren gleiche inhaltliche Gestaltungen des Beamtenrechts und des Arbeitsrechts der öffentlichen Bediensteten möglich seien¹⁴⁶. Die Bundesregierung folgt damit der Mehrheit der verfassungsrechtlichen Gutachter¹⁴⁷, von denen nur *Forsthoff*¹⁴⁸ und *Thieme*¹⁴⁹ keine verfassungsrechtlichen Gesichtspunkte fanden, die eine Vereinheitlichung im Sinne des beamtenrechtlichen Modells hindern.

2. Die Bedeutung des Funktionsvorbehalts verfassungsrechtlich zu bestimmen, verursacht erhebliche Schwierigkeiten. Bezieht man die Rechtsfolge, daß hoheitsrechtliche Befugnisse in der Regel nur von Beamten ausgeübt werden dürfen, mit in die Betrachtung darüber ein, was hoheitsrechtliche Befugnisse sind, nimmt man das Ergebnis vorweg¹⁵⁰. Der Begriff „Ausübung hoheitlicher Befugnisse“ ist ohne Blick auf die Rechtsfolge zu interpretieren.

Betrachtet man die zahlreichen Interpretationsversuche¹⁵¹, so ist eine Fülle von scharfsinnigen Argumenten für diese oder

¹⁴⁶ Aktionsprogramm zur Dienstrechtsreform (1976), S. 12.

¹⁴⁷ Vgl. in *Forsthoff/von Münch/Schick/Thieme/Ule/Mayer*, a. a. O. (FN 1), *von Münch*, *ibid.* S. 132 ff.; *Schick*, *ibid.* S. 196, 293; *Ule*, *ibid.* S. 463. *F. Mayer*, *ibid.* S. 630 ff., hält die Trennung von Beamten und Arbeitnehmern im öffentlichen Dienst nicht für verfassungsrechtlich geboten, wohl aber für funktionsgerecht.

¹⁴⁸ *Forsthoff/von Münch/Schick/Thieme/Ule/Mayer*, a. a. O. (FN 1), S. 63 ff.

¹⁴⁹ *Forsthoff/von Münch/Schick/Thieme/Ule/Mayer*, a. a. O. (FN 1), S. 358 ff. Vgl. auch schon *Thieme*, a. a. O. (FN 94), S. 39 f., 56.

¹⁵⁰ Es ist nicht zu bestreiten, daß das Grundgesetz nicht Unzeitgemäßes um seiner selbst willen konservieren, sondern vorhandene bewährte Einrichtungen in geeigneter Form für die Sicherung zeitgemäßer Staatsaufgaben einsetzen will. *Matthey*, in *von Münch*, Grundgesetz-Kommentar, Bd. 2 (1976), Art. 34, RdNr. 30. Dies kann aber nicht bedeuten, daß die Erfüllung einer Aufgabe deshalb als Ausübung hoheitlicher Befugnisse deklariert werden kann, weil sie zeitgemäß nur durch Berufsbeamte zu administrieren ist, sondern Berufsbeamte müssen die Aufgabe wahrnehmen, weil sie nur in hoheitsrechtlichen Formen ausgeübt werden kann.

¹⁵¹ Vgl. etwa *Thieme*, a. a. O. (FN 94), S. 57; *Thieme*, Der Aufgabenbereich der Angestellten im öffentlichen Dienst und die hoheitlichen Befugnisse nach Art. 33 Abs. 4 des Grundgesetzes (1962), S. 24 ff.; *Maunz*, in *Maunz/Dürig/Herzog/Scholz*, Grundgesetz, Kommentar, Art. 33, RdNr. 33 ff.; *Rüfner*, Formen öffentlicher Verwaltung im Bereich der Wirtschaft (1967), S. 421 ff.; *Kirchhof*, Der Begriff der hoheitlichen Befugnisse in Art. 33 Abs. IV GG, Diss. München (1968), S. 27 ff.; *Jung*, Die Zweispurigkeit des öffentlichen Dienstes (1971), S. 131 ff.; *Lerche*, a. a. O. (FN 141), S. 22; *Forsthoff* in *Forsthoff/von Münch/Schick/Thieme/Ule/Mayer*, a. a. O. (FN 1),

jene Auslegung vorgetragen worden. Es hat sich sogar so etwas, wie eine im einzelnen modifizierte herrschende Lehre herausgebildet¹⁵². Die Zeit verbietet es, jetzt darauf einzugehen. Im Ergebnis bleibt aber die Erkenntnis von Forsthoff, daß das Problem der *inhaltlichen* Bestimmung dessen, was unter „Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse“ zu verstehen ist, nicht gelöst werden kann¹⁵³. Einer *materialen* Lösung steht entgegen, daß der Bereich staatlicher Aufgaben weitgehend offen ist und die Entscheidung darüber, ob und wie eine Aufgabe staatlich zu erfüllen ist, im Einzelfall getroffen werden muß. Keine Anhaltspunkte liefert die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, weil sich das Gericht insoweit nur mit einem unproblematischen Fall zu befassen hatte¹⁵⁴. Soviel ist nämlich sicher, daß hoheitsrechtliche Befugnisse immer dann ausgeübt werden, wenn der Staat mit Zwang und Befehl tätig wird, d. h. bei der Eingriffsverwaltung¹⁵⁵. Ebenso ist unproblematisch, daß die reine Fiskalverwaltung, die privatrechtlichen Beschaffungsgeschäfte der öffentlichen Verwaltung sowie die erwerbswirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand nicht Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse sind¹⁵⁶. Zweifelhaft ist die Einordnung des ganzen Bereichs der Leistungsverwaltung.

Als einzig sichere Abgrenzungsmöglichkeit erscheint die nach den *Handlungsformen*. Wird der Staat in öffentlich-rechtlicher Form tätig, dann liegt Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse vor. Schon die Tatsache, daß die Eingriffsverwaltung unzweifelhaft als Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse charakterisiert wird, zeigt, daß man an die Rechtsform des Verwaltungshandelns anknüpft, an den Eingriff, der nur in Form des öffentlichen Rechts möglich ist. Auch das Ausscheiden privatrechtlicher Tätigkeiten bindet den Begriff an die Rechtsform. Für eine Abgrenzung nach der Form spricht auch eine Wort-

S. 56 ff.; von Münch, *ibid.* S. 111 ff.; Schick, *ibid.* S. 192 ff.; Thieme, *ibid.* S. 344 ff.; Ule, *ibid.* S. 453 ff.; F. Mayer, *ibid.* S. 596; Feindt, DöD 1974, 105 ff.; Leisner, a. a. O. (FN 106), S. 121 ff.; Matthey, a. a. O. (FN 150), RdNr. 30.

¹⁵² Leisner, a. a. O. (FN 106), S. 122 f.

¹⁵³ Forsthoff, a. a. O. (FN 1), S. 59.

¹⁵⁴ Das BVerfG hat nur entschieden, daß die ständige Ausübung hoheitlicher Befugnisse in größerem Umfang durch Nichtbeamte verfassungswidrig ist, ohne zu definieren, was Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse ist. BVerfGE 9, 268, 284.

¹⁵⁵ Vgl. statt aller von Münch, in Forsthoff/von Münch/Schick/Thieme/Ule/Mayer, a. a. O. (FN 1), S. 113.

¹⁵⁶ Statt aller: F. Mayer, in Forsthoff/von Münch/Schick/Thieme/Ule/Mayer, a. a. O. (FN 1), S. 701.

interpretation. Art. 33 IV GG spricht nicht von der Erfüllung hoheitsrechtlicher Aufgaben, sondern von der *Ausübung* hoheitsrechtlicher Befugnisse. Der Terminus „Ausübung“ meint „Handeln“, „Tätigwerden“. Wird der Staat in der typischen Form des öffentlichen Rechts tätig, so übt er hoheitsrechtliche Befugnisse aus¹⁵⁷. Ebenso gibt die *Entstehungsgeschichte* einen Hinweis, daß auf die Tätigkeit, nicht auf den Inhalt abzustellen ist¹⁵⁸. Auch im verfassungsrechtlichen Schrifttum wird das Kriterium der Handlungsform nicht selten für entscheidend gehalten¹⁵⁹. Der Einwand von *Forsthoff*¹⁶⁰ und *Leisner*¹⁶¹, daß das Merkmal der Form deshalb ausscheide, weil insbesondere im Bereich der leistenden Verwaltung die Formen, in denen geleistet wird, vertauschbar geworden sind, überzeugt nicht, sondern veranlaßt zu dem Hinweis, daß bei der Wahl der Rechtsform auch der dienstrechtliche Aspekt zu berücksichtigen ist¹⁶².

Hoheitsrechtliche Tätigkeit sind mithin alle Tätigkeiten, die kraft öffentlich-rechtlicher Legitimation in öffentlich-rechtlicher Form ausgeübt werden, sei es durch Verwaltungsakt oder verwaltungsrechtlichen Vertrag, sei es durch Weisung ge-

¹⁵⁷ *Wolff/Bachof*, Verwaltungsrecht I, 9. Aufl. (1974), S. 111.

¹⁵⁸ JöR N. F. 1 (1951), 323.

¹⁵⁹ *Isensee*, a. a. O. (FN 142), S. 93: „Das staatliche Beamtenmonopol korrespondiert mit dem staatlichen Gewaltenmonopol“; *Lerche*, a. a. O. (FN 141), S. 22; *Ule*, in *Forsthoff/von Münch/Schick/Thieme/Ule/Mayer*, a. a. O. (FN 1), S. 454: „Dagegen fällt die Lehrtätigkeit, auch von Hochschullehrern, unter den Funktionsvorbehalt, weil Lehrer und Hochschullehrer Rechtsakte setzen, die sich im Bereich der hoheitlichen Verwaltung bewegen“; *F. Mayer*, *ibid.* S. 598: „... der Bereich der Leistungsverwaltung, in dem Verwaltungsakte ergehen oder ergehen können ... in dem im Einzelfall kein Verwaltungsakt ergeht, weil die Angelegenheit durch verwaltungsrechtlichen Vertrag erledigt worden ist“; *Wolff/Bachof*, a. a. O. (FN 157), S. 111; *Stern*, a. a. O. (FN 69), S. 269.

¹⁶⁰ *Forsthoff*, a. a. O. (FN 1), S. 57.

¹⁶¹ *Leisner*, a. a. O. (FN 106), S. 139 ff.

¹⁶² Der bis zu einem gewissen Grade mögliche Austausch staatlicher Handlungsformen spricht auch deshalb nicht gegen die formale Abgrenzung, weil an diese Formen Rechtsfolgen für den Bürger geknüpft sind. Daß die Existenz der Leistungsverwaltung leugnet und eine der wichtigsten dogmatischen Entwicklungen neuerer Zeit ignoriert, wer Leistungs- und Eingriffsverwaltung vor Art. 33 IV GG nicht gleichbehandelt — so *Leisner*, a. a. O. (FN 106), S. 141 —, kann schon deshalb nicht richtig sein, weil Rechtsfolgen, die normalerweise an öffentlich-rechtliches Handeln geknüpft sind, für privatrechtliche Tätigkeit nur dann eintreten, wenn die Rechtsordnung dies vorsieht. Die Trennungslinie zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht ist nicht starr und nicht immer zweifelsfrei festzulegen, aber sie besteht und kann auch nicht partiell ignoriert werden.

genüber Organwaltern. Auch Ministerialverwaltung ist Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse, weil es nicht auf die „Außenwirkung“ ankommt¹⁶³; die interne Vorbereitung von Hoheitstätigkeiten genügt. Damit werden weite Teile der Leistungsverwaltung von dem so verstandenen Funktionsvorbehalt erfaßt¹⁶⁴.

3. *Ossenbühl* hat darauf hingewiesen, daß bei einer Ausdehnung des Art. 33 IV GG gerade im Bereiche der Leistungsverwaltung eine auffällige Inkongruenz zwischen Verfassungsrecht und Verwaltungswirklichkeit zu bestehen scheint¹⁶⁵. Dabei ist aber zu berücksichtigen, daß der Funktionsvorbehalt nur für die Ausübung hoheitlicher Befugnisse als *ständige Aufgabe* und auch nur *in der Regel* gilt. Hier liegt die Einbruchsstelle für die Übertragung hoheitlicher Funktionen an Arbeitnehmer. Ist eine Aufgabe, die zeitlich begrenzt ist, keine ständige, dann sind auch Aufgaben von langer Dauer, wie der Lastenausgleich und die Wiedergutmachung, nicht ständige Aufgaben und damit nicht notwendig Beamten vorbehalten¹⁶⁶. Durch die Beschränkung des Funktionsvorbehalts „in der Regel“ wird nicht nur die Übertragung hoheitsrechtlicher Befugnisse an Arbeitnehmer, sondern auch an Private gedeckt, gleichzeitig aber auch quantitativ limitiert¹⁶⁷.

Art. 33 IV GG ist eine Norm des Staatsorganisationsrechts, die auch dem Schutze des Bürgers dient, dem ein fachlich qualifizierter und sachkundiger öffentlicher Dienst garantiert sein soll¹⁶⁸. Der Staat muß den Funktionsvorbehalt so handhaben, daß er seine Aufgaben optimal erfüllen kann¹⁶⁹. Die Ausnahmen vom Prinzip des Funktionsvorbehalts sind im Interesse

¹⁶³ *Maunz*, a. a. O. (FN 151), Art. 33, RdNr. 35.

¹⁶⁴ Die in öffentlich-rechtlicher Form tätig werdende Leistungsverwaltung. Vgl. *Lerche*, a. a. O. (FN 141), S. 22 ff.

¹⁶⁵ *Ossenbühl*, VVDStRL 29 (1971), 161 f. Vgl. auch *Leisner*, a. a. O. (FN 106), S. 144.

¹⁶⁶ So: *Maunz*, a. a. O. (FN 151), Art. 33, RdNr. 42. Vgl. auch *Wacke*, Grundlagen des öffentlichen Dienstrechts (1957), S. 14. A. M. *Thieme*, a. a. O. (FN 94), S. 29 f.

¹⁶⁷ *Ossenbühl*, VVDStRL 29 (1971), 138 ff.; *Gallwas*, *ibid.* S. 212 ff.

¹⁶⁸ *Maunz*, a. a. O. (FN 151), Art. 33, RdNr. 32; *Brohm*, Strukturen der Wirtschaftsverwaltung (1969), S. 284; *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 11. Aufl. (1978), S. 218.

¹⁶⁹ Der Dienstherr bleibt aber verpflichtet, für Tätigkeiten, bei denen hoheitliche Befugnisse ausgeübt werden, grundsätzlich Beamte zu verwenden. Einen Anspruch auf Verbeamtung gibt es nicht, auch wenn ein Angestellter ständig und ausschließlich hoheitsrechtliche Befugnisse ausübt. BVerfGE 6, 376, 385; *Bachof*, in Gedächtnisschrift für Walther Jellinek (1955), S. 298; *Thieme*, a. a. O. (FN 94), S. 56.

einer flexiblen Verwaltungsorganisation deshalb nicht eng auszulegen, damit der Träger der Organisations- und Personalhoheit auch bei Personalmangel den notwendigen Spielraum behält, um die Verwaltungsaufgaben sachgerecht ausüben zu können¹⁷⁰. Bei einer extensiven Auslegung der Ausnahmen vom Funktionsvorbehalt ließe sich die Zahl der Beamten reduzieren¹⁷¹. Ein kleinerer Beamtenkörper könnte stärker auf den Staat fixiert werden.

VII. Konnex zwischen Dienstrecht und Staatsorganisation

1. Die Geschichte des öffentlichen Dienstes ist eine Geschichte seiner Verrechtlichung. Das Paradebeispiel des besonderen Gewaltverhältnisses hat sich gewandelt in ein Rechtsverhältnis, das durch Beamten-, Besoldungs- und Versorgungsgesetze Rechte und Pflichten des Dienstnehmers minutiös festlegt und ihm einen wirksamen Rechtsschutz gegenüber dem Dienstherrn garantiert¹⁷².

Aufgrund der beamtenrechtlichen Regelungen, die gemäß Art. 33 V GG ergangen sind, und der Tarifverträge für die öffentlichen Arbeitnehmer konnte sich der öffentliche Dienst

¹⁷⁰ Es wäre aber verfassungswidrig, die Ausübung hoheitlicher Befugnisse in großem Umfange auf Arbeitnehmer zu übertragen. BVerfGE 9, 268, 284; Maunz, a. a. O. (FN 151), Art. 33, RdNr. 40.

¹⁷¹ Partsch, Verfassungsprinzipien und Verwaltungsinstitutionen (1958), S. 29 f., hatte bereits die Frage aufgeworfen, wieweit der Funktionsvorbehalt mit dem Sozialstaatsprinzip übereinstimmt. Je kleiner die Beamtschaft ist, desto weniger Personen würden aus der allgemeinen Arbeitswelt herausgenommen. Funktionsgerechte arbeitsrechtliche Regelungen gelten im übrigen sowohl für Bedienstete der öffentlichen Hand als auch für Arbeitnehmer der privaten Wirtschaft.

¹⁷² Seit der Weimarer Verfassung genießt der Beamte die vollen staatsbürgerlichen Rechte, auch das Recht der Koalitionsfreiheit. Seine persönliche Sphäre wird entstaatlicht. Das Grundgesetz bekennt sich zum Berufsbeamtentum, unter Berücksichtigung von dessen hergebrachten Grundsätzen das Beamtenrecht zu regeln ist. Bestritten ist, ob die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums auch für die Regelung des öffentlichen Dienstrechts der Arbeitnehmer berücksichtigt werden sollen. Dafür: Wacke, a. a. O. (FN 166), S. 27 ff.; Thieme, a. a. O. (FN 94), S. 34 ff. Dagegen: z. B. Maunz, a. a. O. (FN 151), Art. 33, RdNr. 46 ff., sowie von Münch, Schick und Ule, a. a. O. (FN 147). — Eine umfangreiche höchstrichterliche Rechtsprechung hat die hergebrachten Grundsätze kasuistisch ausgeformt. Vgl. die Zusammenstellung bei F. Mayer, in Forsthoff/von Münch/Schick/Thieme/Ule/Mayer, a. a. O. (FN 1), S. 608 f., 699 f.; Lecheler, AöR 103 (1978), 349 ff., mit weiteren Nachweisen. Daß diese hergebrachten Grundsätze nicht nur der Erhaltung des Berufsbeamtentums als Instrument des Staates zur Erfüllung seiner Aufgaben dienen, sondern auch eine extensiv interpretierte Basis zur Durchsetzung von Interessen der Beamten als Berufsgruppe hergeben, ist nicht zu bestreiten.

einen sozialen Status erobern, wie niemals zuvor in Deutschland¹⁷³. Da die Angehörigen des öffentlichen Dienstes in den Parlamenten, die über die Besoldung der Beamten entscheiden und für den gesamten öffentlichen Dienst die Mittel im Haushalt zur Verfügung stellen, die größte Berufsgruppe der Abgeordneten bilden, kam das Schlagwort vom „Selbstbedienungsladen derer, die darin sind“ auf¹⁷⁴. Die Personalkosten tragen wesentlich dazu bei, daß der Anteil operativer Mittel immer geringer wird¹⁷⁵.

Das öffentliche Dienstrecht greift in die Staatsorganisation ein¹⁷⁶. Maßstab für die Organisationsgewalt sind die Staatsaufgaben, zu deren Erfüllung die notwendigen Dienstposten einzurichten sind. Bei der Einrichtung von Dienstposten sind aufgrund gesetzlicher und tarifvertraglicher Regelungen bestimmte Voraussetzungen zu beachten. So setzt § 26 BBesG Obergrenzen für Beförderungssämter fest und erteilt entsprechende Ermächtigungen an die Bundesregierung und die Landesregierungen¹⁷⁷, von denen Gebrauch gemacht worden ist¹⁷⁸. Der Spielraum beim Aufstellen von Stellenplänen ist dadurch einschneidend beschränkt. Tarifvertragliche Regelungen über Funktionsbeschreibungen haben dieselbe Wirkung, ebenso die in § 20 II 3 BBesG vorgesehenen Funktionszuweisungsverordnungen sowie die aufgrund der geplanten systematischen

¹⁷³ Die alljährlichen Tarifabschlüsse über Grundvergütungen, Löhne und Ortszuschläge der öffentlichen Arbeitnehmer und die ihnen folgenden Änderungen der Besoldungs- und Versorgungsgesetze für die Beamten brachten gemeinsam mit Änderungen des Stellenkegels den öffentlichen Dienst in eine Spitzenposition unter den abhängig Beschäftigten. Ob die Besoldung in allen Fällen funktionsgerecht geregelt ist, wird bestritten. Hinsichtlich der Fluglotsen vgl. *Riedel*, Die Kontrolle des Luftverkehrs (1973), S. 162 ff.

¹⁷⁴ *Schleberger*, a. a. O. (FN 67), S. 30.

¹⁷⁵ Ob der Stuttgarter Tarifabschluß im April dieses Jahres eine Tendenzwende zur Mäßigung bedeutet, wird die Zukunft zeigen. Gemäß dem am 12. 4. 1978 in Stuttgart erzielten Tarifabschluß werden die Grundvergütungen und Löhne sowie die Ortszuschläge ab 1. 3. 1978 um 4,5 % erhöht. DBB-intern 1978/1. Das 7. Bundes-Besoldungs-Erhöhungsg ist bislang noch nicht zustande gekommen.

¹⁷⁶ Die Organisationsgewalt geht der Personalhoheit insoweit vor, als die Auswahl der Personen für ein Amt die organisationsrechtliche Entscheidung voraussetzt, ein solches Amt bereitzustellen. *Böckenförde*, Die Organisationsgewalt im Bereich der Regierung (1964), S. 33 f.; *Lecheler*, Die Personalgewalt öffentlicher Dienstherren (1977), S. 74 ff., mit weiteren Nachweisen. Vgl. auch *Isensee*, in Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverwaltungsgerichts (1978), S. 338.

¹⁷⁷ Ermächtigungen der Bundesregierung gemäß § 26 IV BBesG, der Landesregierungen gemäß § 26 V BBesG.

¹⁷⁸ Vgl. *Kuhn/Fröhlich*, Bayer. BM 1977/4, 9 ff.; *Arnold*, Kommunales Echo 1978/2; *Gern*, DVBl. 1978, 789 f.

Dienstposten- und Arbeitsplatzbewertung¹⁷⁹ zu treffenden gesetzlichen Regelungen.

Sie alle bezwecken, die betreffende dienstrechtliche Materie nach rationalen Kriterien zu gestalten und einheitliche Verhältnisse für den öffentlichen Dienst zu schaffen. Sie finden auch den Beifall der nicht negativ Betroffenen; denn niemand sieht es gern, daß er für dieselbe Tätigkeit soviel weniger Gehalt bezieht, daß im Laufe eines Beamtenlebens die Differenz dem Kaufpreis eines Bungalows entspricht¹⁸⁰. Problematisch ist die Unitarisierung insofern, als die Länder und die Gemeinden ihre Stellenpläne aufgrund einer bundesrechtlichen Regelung zu gestalten haben, was nach dem Wortlaut von Art. 74 a Abs. 1 und 3 GG verfassungsmäßig ist. Daß besoldungsrechtliche Regelungen aber eine Bresche in die Organisationsgewalt und die Personalhoheit der Länder und Kommunen schlagen und damit in ureigenste Bereiche der Länder eingreifen und die kommunale Selbstverwaltung weiterer staatlicher Reglementierungen unterwerfen¹⁸¹, ist nicht zu übersehen.

2. Die Dauerdiskussion um den öffentlichen Dienst ist vor kurzem um den Aspekt bereichert worden, daß der öffentliche Dienst zur Lösung von *Arbeitsmarktproblemen* beitragen müsse, was in Staaten mit „over-staffed“-Verwaltung bereits häufig der Fall ist. Zwei Möglichkeiten werden genannt: Schaffung zusätzlicher Arbeitsplätze und Reduzierung der Arbeitszeit¹⁸². Von den Möglichkeiten, die Arbeitszeit zu verkürzen, wird neben der Urlaubsverlängerung und der Herabsetzung

¹⁷⁹ Grundlage bildet § 18 BBesG. Vgl. Aktionsprogramm zur Dienstrechtsreform, a. a. O. (FN 146), S. 23 f.; *Kroppenstedt*, DÖV 1978, 484. Vgl. auch *Scheuring*, ZBR 1977, 386; *Battis*, DVBl. 1977, 665 f.

¹⁸⁰ Da die Zahl der Beförderungsstellen gesenkt wird, steht freilich zu erwarten, daß die Verteilungskämpfe heftiger werden. *Ellwein*, DÖV 1978, 477.

¹⁸¹ Vgl. *Gern*, DVBl. 1978, 789 ff. Zum Kernbereich des Art. 28 II GG gehört die Personalhoheit der Kommunen nur im Bereich der administrativen Befugnisse, wie z. B. Beförderung eines Beamten. Der normative Teil der Personalhoheit, also auch Besoldungsregelungen, unterliegen staatlicher Reglementierung. Vgl. statt aller *Schmidt-Assmann*, Festschrift für Carl Hermann Ule, S. 465. Vgl. auch BVerfGE 17, 172, 182.

¹⁸² Angesichts der Haushaltslage von Bund und Ländern ist die Schaffung neuer Arbeitsplätze nur dort zu erwarten, wo Unterbesetzungen offenkundig sind, wie z. B. in der Verwaltungsgerichtsbarkeit und der beruflichen Bildung. Vgl. *Kroppenstedt*, DÖV 1978, 484. — Für zahlreiche Hinweise und das mir zugänglich gemachte neueste Material zur Dienstrechtsreform danke ich Herrn Ministerialdirigent *Kroppenstedt*, BMI, Bonn, Herrn *Euler*, DGB, Düsseldorf, und Herrn *Tilger*, Deutscher Beamtenbund, Mainz.

der Altersgrenze die *Teilzeitbeschäftigung* von Beamten in Erwägung gezogen. Schon nach bestehendem Beamtenrecht kann einem Berufsbeamten auf Antrag die Amtszeit bis zur Hälfte der regelmäßigen Arbeitszeit erniedrigt werden, wenn er bestimmte Angehörige betreut oder pflegt¹⁸³. Der Anwendungsbereich der Norm ist verhältnismäßig gering.

Um das zu erwartende Überangebot von Hochschulabsolventen abzubauen, hat der Bundesrat einen Gesetzentwurf vorgelegt, der Teilzeitbeschäftigung für alle Berufsbeamte nach Ablauf der Probezeit bis zur Dauer von 4 Jahren mit der Möglichkeit einer Verlängerung um längstens weitere 4 Jahre vorsieht, wenn in einer Ausnahmesituation ein dringendes öffentliches Interesse besteht, Bewerber im öffentlichen Dienst zu beschäftigen, die für eine ausschließliche oder in der Regel im öffentlichen Dienst auszuübende Berufstätigkeit ausgebildet worden sind¹⁸⁴. Die Begründung des Entwurfs geht von der Verfassungsmäßigkeit einer solchen Regelung aus. Zwar habe der Beamte seine volle Arbeitskraft dem Dienst zu widmen, doch könne dieser hergebrachte Grundsatz des Berufsbeamtentums eingeschränkt werden, soweit das in einer Ausnahmesituation zur Behebung einer besonderen Notlage geboten ist und es sich dabei um eine sachliche und zeitlich begrenzte Maßnahme handelt¹⁸⁵.

Demgegenüber sieht ein durch Formulierungshilfe des Bundesministers des Inneren vom Bundestag initiiertes Entwurf die „große Lösung“ vor, Teilzeitbeschäftigung bis zu 4 Jahren, im Falle der Einstellung auch bis zu 8 Jahren, generell zuzulassen, wenn dienstliche Interessen nicht entgegenstehen und der Beamte unwiderruflich erklärt, auf die Ausübung entgeltlicher Tätigkeiten zu verzichten. Die oberste Dienstbehörde soll aber ermächtigt werden, ausnahmsweise solche Nebentätigkeiten zuzulassen, die nach Art und Umfang keine nachteiligen Auswirkungen auf den allgemeinen Arbeitsmarkt haben¹⁸⁶. Die Regelung soll bis zum 31. 12. 1986 befristet sein. In der Begründung wird darauf hingewiesen, daß die grundsätzliche Freigabe der Teilzeitbeschäftigung auch auf „allgemeingesellschaftspolitischen“ Erwägungen beruht¹⁸⁷.

Gegen die „große Lösung“ bestehen verfassungsrechtliche Bedenken, die bereits der Deutsche Beamtenbund und der

¹⁸³ § 48 a BRRG, § 79 a BBG.

¹⁸⁴ BT-Drucks. 8/873, S. 4.

¹⁸⁵ BT-Drucks. 8/873, S. 5.

¹⁸⁶ Vgl. auch DBB-intern 1978/1, S. 5 f.

¹⁸⁷ Der Beamte in Rheinland-Pfalz 30 (1978), 115.

Deutsche Richterbund artikuliert haben¹⁸⁸. Das Bundesverfassungsgericht hat entschieden, daß das Berufsbeamtentum auf den *Lebenszeitbeamten* ausgerichtet ist¹⁸⁹, der seine *volle Arbeitskraft* zur Verfügung zu stellen hat¹⁹⁰ und einen Anspruch auf Gewährung einer *amtsangemessenen Alimentation* besitzt¹⁹¹. Aus dieser Struktur kann kein Element einschränkungslos herausgebrochen werden, ohne daß sie selbst grundlegend verändert wird¹⁹². Ein Eingriff ist nur personell und funktional begrenzt zulässig. Es müssen sachgerechte in der Person des Beamten liegende Gründe gegeben sein, die eine Ausnahme vom Prinzip des Lebens- und Hauptberufs rechtfertigen. Deshalb sind befristete Beurlaubungen zur Wahrnehmung von Aufgaben z. B. in politischen Parteien, Wissenschaftsorganisationen und dem Deutschen Alpenverein in begrenztem Umfang zulässig. Auch die Gruppe der Teilzeitbeschäftigten darf nicht unbegrenzt sein. Außerdem muß das Amt teilzeitbeschäftigungsfähig sein¹⁹³. Der Bundesrat-Entwurf würde diese Voraussetzungen erfüllen, der vom Bundesminister des Inneren formulierte nicht.

Schließlich erheben sich Bedenken gegen das völlige Verbot jeder Nebentätigkeit. Nebentätigkeit kann nur in der Form einer allgemeinen Erlaubnis mit Verbotsvorbehalt, nicht in einem Verbot mit Erlaubnisvorbehalt geregelt werden, um Teilzeitbeschäftigte nicht zu diskriminieren¹⁹⁴.

3. Auf der Salzburger Tagung unserer Gesellschaft 1972 hat sich *Schmitt Glaeser* auch zur *Partizipation* der öffentlich Bediensteten an den Zielsetzungen der Verwaltung geäußert und mit überzeugenden Gründen eine „Mitbestimmung im öffentlichen Dienst“ abgelehnt, weil kein Staat eine derartige Verselbständigung seiner „Handlungsinstrumente“ akzeptieren kann und der öffentliche Bedienstete *Vollzieher* des demokratisch-legitimierten Staatswillens, nicht dessen *Korrektor* ist¹⁹⁵.

¹⁸⁸ Der Beamte in Rheinland-Pfalz 30 (1978), 112.

¹⁸⁹ BVerfGE 44, 249, 262. Vgl. auch § 36 S. 1 BRRG, § 54 S. 1 BBG.

¹⁹⁰ BVerfGE 9, 268, 286; 44, 249, 265.

¹⁹¹ BVerfGE 44, 249, 263, 265.

¹⁹² Vgl. auch *Isensee*, a. a. O. (FN 176), S. 339.

¹⁹³ § 48 a BRRG und § 79 a BBG sind Kannvorschriften.

¹⁹⁴ Im übrigen ist zweifelhaft, ob Teilzeitbeschäftigung Arbeitsplätze schafft und das Problem nicht nur auf vier Jahre verschoben wird, wenn die Teilzeitbeschäftigten in die Vollbeschäftigung zurückkehren und die zusätzlich eingestellten Kräfte entlassen werden müssen, weil für sie keine Dienstposten zur Verfügung stehen. Der Beamte in Rheinland-Pfalz 30 (1978), 115.

¹⁹⁵ *Schmitt Glaeser*, VVDStRL 31 (1973), 232 ff. Zur Mitbestimmung in Wirtschaftsbetrieben der öffentlichen Hand vgl. *Biedenkopf/Säcker*, ZfA 2 (1971), 211 ff.; *Püttner*, Die Mitbestimmung in kommunalen Unternehmen (1972); *Ossenbühl*, Erweiterte Mitbe-

Dem habe ich aus Zeitgründen nichts mehr hinzuzufügen. Kollegiale Führungsmethoden können durchaus begrüßenswert sein, nur dürfen Kompetenz und Verantwortung nicht verwischt werden¹⁹⁶. Regelungen, die berufsständische Mitbestimmung bei Verwaltungsentscheidungen vorsehen, wären verfassungswidrig. Fälle wirklicher Partizipation von Bediensteten wurden in größerem Umfange bei den Universitäten gesetzlich eingeführt. Die Bediensteten erhielten hier aber den Status von Angehörigen der Hochschule¹⁹⁷, sind also Mitglieder der Korporation. Neuerdings sind die öffentlichen Rundfunkanstalten als Exerzierfeld für Arbeitnehmermitbestimmung im öffentlichen Dienst vorgesehen¹⁹⁸.

Mitbestimmung der Personalräte ist dagegen vom Sozialstaatsprinzip erwünscht¹⁹⁹. Insoweit ist nur zu fragen, wie weit die Mitwirkungsrechte bei Personalentscheidungen Immobilität des Öffentlichen Dienstes und ein System des ‚closed shop‘ forcieren. Hier hätte die Verwaltungswissenschaft ein Feld zu beackern.

Die Legitimation des öffentlichen Dienstes als rationale Herrschaft, deren Grundkategorien nach *Max Weber* ein kontinuierlicher regelgebundener Betrieb von Amtsgeschäften inner-

stimmung in kommunalen Eigengesellschaften (1972); *Th. Raiser*, RdA 3 (1972), 65 ff.; *Berner*, Die erweiterte Mitbestimmung in kommunalen Eigengesellschaften, Diss. Göttingen 1975; OLG Bremen, NJW 1977, 1153.

¹⁹⁶ Vgl. dazu *Würtenberger*, BayVBl. 1978, 567 ff.

¹⁹⁷ Vgl. z. B. § 15 I Nr. 2 HSchG Rheinland-Pfalz vom 22. 12. 1970 (GVBl. 1971, S. 5). Vgl. auch *Reich*, JZ 1972, 654; *Göbel*, Die paritätische Mitbestimmung der Arbeitnehmer und das Hochschulurteil des Bundesverfassungsgerichts, Bl.StR.SozVer.ArbrR 1975/11, S. 161 ff.

¹⁹⁸ Vgl. § 10 I 1 des Entwurfs eines Muster-Rundfunkgesetzes der Rundfunk-Fernseh-Film-Union in der Gewerkschaft Kunst im DGB, HFF 28 (1978), H. 7, 9 ff.; § 9 I 1 des Entwurfs für ein neues Radio-Bremen-Gesetz der SPD-Fraktion der Bremischen Bürgerschaft vom 20. 7. 1978, afd medien dienst Nr. 36/78, S. 8 ff., = HFF 28 (1978), H. 8, 9 ff.; § 24 III des Entwurfs eines Staatsvertrages über den Norddeutschen Rundfunk des Senats der Freien Hansestadt Hamburg vom 31. 10. 1978, afd medien dienst Nr. 46/78, S. 11 ff., = HFF 28 (1978), H. 11, 9 ff. Die Entwürfe der Rundfunk-Fernseh-Film-Union und der bremischen SPD-Fraktion sehen die Mitgliedschaft von 4 Arbeitnehmervertretern im 9köpfigen Verwaltungsrat der Rundfunkanstalt vor. Nach dem Entwurf des hamburgischen Senats sollen dem Verwaltungsrat von 11 Mitgliedern 3 Arbeitnehmervertreter angehören. Der Entwurf eines Ergebnispapiers der Arbeitsgruppe der Mediensprecher der SPD-Fraktionen vom Juni 1978 sieht in These 5 Abs. 2 vor, daß dem Verwaltungsrat mindestens zu einem Drittel Vertreter der Belegschaft der Anstalt mit Sitz und Stimme angehören sollen. Vgl. afd medien dienst Nr. 38/78, S. 7 f.

¹⁹⁹ *Schmitt Glaeser*, VVDStRL 31 (1973), 232.

halb einer Kompetenz sind²⁰⁰, ist für den demokratischen und sozialen Rechtsstaat durch nichts grundsätzlich anderes zu ersetzen. Zum staatsorientierten Modell des öffentlichen Dienstes gibt es jedenfalls *prinzipiell*²⁰¹ keine verfassungskonforme Alternative. Die Reform des öffentlichen Dienstes muß sich in diesem Rahmen bewegen. Sie muß „nach Maß und in Maßen“²⁰² realisiert werden.

²⁰⁰ M. Weber, a. a. O. (FN 44), S. 162.

²⁰¹ Ellwein/Zoll, a. a. O. (FN 120), S. 58 f. Vgl. auch Leisner, Grundlagen des Berufsbeamtentums (1971), S. 22 ff.

²⁰² Stern, a. a. O. (FN 69), S. 288.

Leitsätze des Berichtstatters über:

Der öffentliche Dienst im Staat der Gegenwart

I. Themastellung

1. Der öffentliche Dienst ist ein essentielles Element des modernen Staates. Seine Entwicklung ist mit der des modernen Staates unlösbar verbunden.

II. Der Staat der Gegenwart

2. Das Völkerrecht der Gegenwart basiert auf dem Prinzip der souveränen Gleichheit der Staaten.

3. Das Völkerrecht setzt die innere Souveränität des Staates voraus. Vom Völkerrecht her gesehen, tritt allein der Staat als Konzentration der öffentlichen Gewalt nach außen in Erscheinung. Alle Versuche, die Staatlichkeit aufzuheben, führen zur Isolation in der Völkerrechtsgemeinschaft. Die Epoche der Staatlichkeit ist nicht beendet.

III. Staatsaufgaben und öffentlicher Dienst

4. Die Unterscheidung von Staat und Gesellschaft als unterschiedliche Schichten des Gemeinwesens ist rechtlich-organisatorisch bedeutsam. Die öffentlichen Bediensteten sind auf die Interessen des Staates fixiert.

5. Der Staat bestimmt normativ, welche Aufgaben er wahrnimmt. Wie weit oder wie eng jeder Staat seine Ziele steckt, ergibt sich jeweils aus der konkreten Verfassungsordnung. Gegenwärtig besteht die Tendenz, daß sich der Staat mit Aufgaben überlastet. Das hat eine Ausweitung des öffentlichen Dienstes zur Folge. Der öffentliche Dienst entspricht im wesentlichen der Wirtschaftsgesinnung der jeweiligen Epoche (F. Mayer).

IV. Abhängigkeit des öffentlichen Dienstes von der Verfassung

6. Wie der Staat, so der öffentliche Dienst. Wie der öffentliche Dienst, so der Staat.

7. Rechtsvergleichende Untersuchungen über den öffentlichen Dienst sind nur dann fruchtbar, wenn sie das gesamte soziale Umfeld und die historische Entwicklung in die Betrachtung miteinbeziehen. Ein Vergleich nach „Rechtskreisen“ ist problematisch.

8. Die egalisierende Wirkung ökonomischer und technologischer Standards erfaßt auch den öffentlichen Dienst (J. H. Kaiser). Verwaltungshilfe an Entwicklungsländer als Personaltraining ist möglich, soweit Verwaltungsattitüden übertragbar sind. Korruption ist auch im sozialen und ökonomischen Kontext zu betrachten.

V. Der öffentliche Dienst in der Bundesrepublik Deutschland

9. Es gibt keinen einheitlichen und allgemeingültigen Begriff des öffentlichen Dienstes. Dem Bericht liegt der Begriff des öffentlichen Dienstes entsprechend § 15 III ArbeitsplatzschutzG zugrunde.

10. Der öffentliche Dienst hat sich inflatorisch vergrößert und in seiner Struktur verändert. Die Zahl der Arbeitnehmer übersteigt die der Beamten. Die Zahl der Teilzeitbeschäftigten wächst. Die eingetretenen Veränderungen sind Anlaß für eine Reform des öffentlichen Dienstrechts.

11. Das Berufsbeamtentum kann nur durch Verfassungsänderung abgeschafft werden. Im Falle einer derartigen Verfassungsänderung ist eine Regelung zu treffen, die sowohl gewährleistet, daß sich der Staat nicht der Kompetenz zu einer revidierenden Regelung der Materie begibt, als auch die Funktionsfähigkeit der Staatsorganisation unter Beachtung der unveränderlichen Verfassungsprinzipien garantiert. Das von der Minderheit der Studienkommission für die Reform des öffentlichen Dienstrechts vorgeschlagene Gesetz-/Tarif-Modell erfüllt diese Voraussetzungen nicht.

12. In der pluralistischen Gesellschaft ist die Staatsgewalt nicht pluralistisch, sondern unteilbar. Grundlage für die Bestimmung der staatlichen Aufgaben ist die Verfassung. Konkretisiert wird die Aufgabenbestimmung durch Gesetz, untergesetzliche Rechtsnormen und Verwaltungsentscheidungen des „Innenrechts“.

13. Die Flut gesetzlicher Regelungen ist eine Folge des fehlenden Konsenses in der pluralistischen Gesellschaft. Je dichter das Geflecht von Rechtsnormen ist, desto größer wird die Möglichkeit, daß sich der öffentliche Dienst seine Aufgaben selbst stellt.

VI. Der Funktionsvorbehalt des Art. 33 IV GG

14. Die gegenwärtig betriebene Reform des öffentlichen Dienstrechts läßt den Funktionsvorbehalt unberührt.

15. Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse läßt sich nicht inhaltlich, sondern nur formal definieren. Anknüpfungspunkt ist die öffentlich-rechtliche Rechtsform staatlichen Handelns. Ho-

heiterrechtliche Befugnisse übt aus, wer kraft öffentlich-rechtlicher Legitimation in Formen des öffentlichen Rechts handelt. Auch verwaltungsinterne Vorbereitung von Hoheitstätigkeiten ist Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse.

16. *An der Unterscheidung von öffentlichem Recht und Privatrecht ist auch in diesem Zusammenhang wegen der unterschiedlichen Rechtsfolgen für den Bürger festzuhalten.*

17. *Der sachliche Dispens vom Funktionsvorbehalt ist weit auszulegen.*

VII. Konnex zwischen Dienstrecht und Staatsorganisation

18. *Der unlösbare Konnex zwischen Dienstverfassung und Amtsverfassung wirkt sich auch auf die Kompetenzverteilung im Bundesstaat und auf die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung aus.*

19. *Teilzeitbeschäftigung von Beamten ist nur personell und funktional begrenzt zulässig. Das öffentliche Dienstrecht ist kein entscheidendes Instrument der Beschäftigungspolitik.*

20. *„Mitbestimmung im öffentlichen Dienst“ findet ihre Schranken im Demokratiegebot. Ständestaatliche Regelungen sind verfassungswidrig.*

2. Mitbericht von Professor Dr. *Frido Wagener*, Speyer

Der öffentliche Dienst im Staat der Gegenwart

Inhalt

	Seite
I. Lage und Bedeutung des öffentlichen Dienstes in der Bundesrepublik Deutschland	217
1. Bestimmungsfaktoren des Staates Bundesrepublik Deutschland	217
2. Öffentlicher Dienst und öffentliche Aufgaben	218
3. Innere Struktur des öffentlichen Dienstes	222
4. Selbstverständnis und Ansehen des öffentlichen Dienstes	229
5. Öffentlicher Dienst und politische Parteien	233
6. Lust der Selbstbestimmung in vertikalen Fachbruderschaften	238
7. Not der Selbstbestimmung durch Regelungsüberlastung	244
II. Geradlinige Trendprognose für das nächste Jahrzehnt . .	252
1. Bestand des Staates Bundesrepublik Deutschland . . .	252
2. Schlechtere Aufgabenerfüllung durch den öffentlichen Dienst	252
3. Angleichung der Statusgruppen des öffentlichen Dienstes	252
4. Ansehensverlust bei differenziertem Selbstverständnis	252
5. Verbeamtung der Politik und Politisierung des öffentlichen Dienstes	253
6. Selbstbestimmung des öffentlichen Dienstes durch fachlich ausgerichtete Koordinationsbürokratie	253
7. Lösung des öffentlichen Dienstes vom Grundsatz der Gesetzgebundenheit der Exekutive	253
8. Zusammenfassung	253
III. Konzeption zur Milderung unerwünschter Entwicklungen	254
1. Entfeinerung der Regelungen	254
2. Aufgabenbündelung bei den Hauptverwaltungseinheiten	256
3. Juristisch vorgebildete Verwaltungsfachleute	258
IV. Schluß	260

Ein Referat¹ soll mit einem witzigen Wort, einer Definition, der „Beschimpfung“ eines Gegners oder einer schockierenden These beginnen. Für Witze sollen Staatsrechtslehrertagungen nur begrenzt geeignet sein. Für definitorisches Schauturnen eigne ich mich nicht. Zu beschimpfende Gegner habe ich nicht gefunden, so daß nur eine schockierende These übrig bleibt, die das Ergebnis meiner Überlegungen gleichsam in der „Nuß“ enthält. Ich möchte also behaupten:

Der öffentliche Dienst in der Bundesrepublik Deutschland ist im Vergleich zum Ausland gut. Er arbeitet effektiv, fachlich kompetent, korrekt, interessenneutral und rechtsstaatlich. Wenn sich jedoch heute wirksame Einflußfaktoren fortentwickeln, könnte sich dies ändern. Die Bindung der vollziehenden Gewalt an Gesetz und Recht nach Art. 20 Abs. 3 GG könnte sich lockern. Der öffentliche Dienst gerät zunehmend in die Lage, seine demokratisch außengesteuerte Exekutivfunktion zu Gunsten einer weitgehenden Eigensteuerung seiner Tätigkeiten aufgeben zu müssen. Eine kleine Zahl von Koordinierungsbeamten „erfindet“ in vertikaler Fachbruderschaft immer mehr, immer bessere und immer komplizierter zu erfüllende öffentliche Aufgaben. Die Parlamente sind — soweit überhaupt eingeschaltet — überwiegend „ratifizierend“ tätig. Der öffentliche Dienst auf den Durchführungsebenen wird durch die Fülle, Regelungsdichte und Kompliziertheit der Aufgaben zunehmend überfordert. Immer größere Teile vom Gesetz und Recht „versickern“. Wo und in welchem Umfang nicht mehr durchgeführt, nicht mehr kontrolliert und nicht mehr geleistet wird, entscheidet der öffentliche Dienst notgedrungen selbst. Dieser drohende doppelte Verfassungsverstoß könnte grundlegende Kräfteverschiebungen im Staat der Zukunft vorbereiten.

Diese zunächst grob formulierte These ist nicht auf Anhieb einsichtig. Es ist daher zu versuchen, sie durch Argumente abzustützen. Dabei soll so vorgegangen werden, wie es ein einfacher Planungsprozeß mit den Bestandteilen: „Analyse, Prognose, Konzeption“ nahelegt:

¹ Untersuchungsgegenstand des Referats ist lediglich der öffentliche Dienst in der Bundesrepublik Deutschland. Gegenstand des Erkenntnisinteresses ist nicht nur die engere Gegenwart, sondern auch die mittelfristige wahrscheinliche Zukunft. Der Funktionsvorbehalt und die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums (Art. 33 Abs. 4 und 5 GG) werden nicht behandelt.

I. Lage und Bedeutung des öffentlichen Dienstes in der Bundesrepublik Deutschland

Im ersten Teil der Untersuchung, nämlich der Lagebeschreibung und Lagebeurteilung des öffentlichen Dienstes im bundesrepublikanischen Staat der Gegenwart, sollen sieben verschiedene Ansätze gewählt werden, um ein einigermaßen differenziertes, maßstabsgerechtes, aber unvermeidlich immer noch sehr vereinfachtes Gesamtbild zu erhalten.

1. Bestimmungsfaktoren des Staates Bundesrepublik Deutschland

Im ersten der sieben Teilbetrachtungen wäre zu fragen: Welche wesentlichen Elemente und Kräfte bestimmen den Staat Bundesrepublik Deutschland heute? Dieser angeblich überbürokratisierte, unregierbare, von seinen verdrossenen Bürgern nicht mehr verstandene Staat: Was ist er eigentlich? Was hält ihn zusammen?

Zunächst soll einfach unterstellt werden, daß das Gemeinwesen, in dessen Hauptstadt wir sind, „Staat“ ist und daß auch noch die Länder (zumindest die größeren unter ihnen)² Staatsqualität haben. In diesem „Staat“ gibt es auflösende und stabilisierende, dezentralisierende und zentralisierende Elemente. Zu den stabilisierenden³ und im gewissen Sinne auch zentralisierenden Kräften des bundesrepublikanischen Staates gehört mit einem nicht geringen Gewicht sein öffentlicher Dienst. Er ist ein wichtiger, politisch integrierender Faktor dieses Staates. Über Bund, Länder und Gemeinden hinweg sind Besoldung und Vergütung, Zugang und Ausscheiden, Prüfungen und Laufbahnen, Rechte und Pflichten, Bezeichnungen und Funktionen in einem imponierend ausdifferenzierten, aber im Grunde bundeseinheitlichen Personalregelungssystem geordnet. Bei allen Berufsgruppenunterschieden, bei allen Laufbahn- und Statusdifferenzierungen kann zumindest insoweit von dem öffentlichen Dienst dieses Staates gesprochen werden, als er unauffällig sowie im großen und ganzen zuverlässig und be-

² Nicht ganz zweifelsfrei dürfte die Eigenstaatlichkeit bei den kleinen Ländern mit geringer Fläche, kleiner Einwohnerzahl und mangelnder Finanzkraft sein. Sie können auch als „hochpotenzierte kommunale Gebietskörperschaften“ angesehen werden; vgl. *Frido Wagener*, Aufgaben und Gliederung der Länder im nächsten Jahrzehnt, in: *Länderreform und Landschaften*, Ein Cappenberger Gespräch, Dortmund 1970, S. 32 ff. (S. 47).

³ Auf den politisch und sozial stabilisierenden Faktor des öffentlichen Dienstes in vielen Gesellschaften auch außerhalb der Bundesrepublik Deutschland weist *Klaus König*, Strukturprobleme des öffentlichen Dienstes, *Verwaltungsarchiv* 1977, S. 3 ff. (S. 14), hin.

darfsgerecht funktioniert und hierbei den Bürger die Nützlichkeit des Staates fast vergessen läßt.

Die Lehrer lehren, die Polizisten wachen, die Lokomotivführer und Müllwerker fahren, die Schwestern pflegen, die Bürobeamten schreiben, die Schalterbeamten verkaufen Briefmarken und die Ministerialbeamten reisen, koordinieren und konzipieren. Bestechung als üblicher Gehaltsanteil, offener Ämterkauf, massenhafte Unfähigkeit, verbreitete Vetternwirtschaft sind keine generellen Erscheinungen unseres öffentlichen Dienstes. Ein Blick in das gar nicht so entfernte Ausland, wo solches nicht so selten sein soll, kann uns verdeutlichen, welche stabilisierende Kraft der im Grunde effektiv und rechtsstaatlich arbeitende öffentliche Dienst der Bundesrepublik für unseren Staat darstellt.

Ich möchte diese meine Überzeugung vom guten deutschen öffentlichen Dienst bereits im ersten Ansatz deutlich zum Ausdruck bringen, damit sich bei den folgenden kritischen Überlegungen die Problemgröße nicht so sehr „aufbläht“, daß das Große nicht mehr groß und das Kleine nicht mehr klein gesehen wird.

2. Öffentlicher Dienst und öffentliche Aufgaben

Der Staat soll Gerechtigkeit, Sicherheit, Ordnung und Leistungen für den Bürger erbringen. Er benutzt im wesentlichen vier Instrumente für seine Tätigkeit:

- (1) Rechtssätze und Planungen steuern und begrenzen seine Tätigkeit,
- (2) seine Handlungen laufen im Rahmen einer Organisation ab,
- (3) er nimmt Finanzmittel und sonstige Ressourcen in Anspruch,
- (4) er handelt schließlich durch sein Personal, den „öffentlichen Dienst“.

Jede Verbesserung oder Verschlechterung, jeder höhere oder verminderte Einsatz in einem der vier Teilbereiche muß das Gesamtergebnis staatlicher Tätigkeit verbessern oder verschlechtern. Der bessere oder schlechtere Erfüllungsgrad der öffentlichen Aufgaben oder eine veränderte Zahl der öffentlichen Aufgaben müßte daher parallel laufen zu Qualität und Zahl des öffentlichen Dienstes. *Parkinson*⁴ und die Öffentlich-

⁴ C. Northcot Parkinson, Eigendynamik und Aufblähung der Bürokratie, Der Landkreis 1978, S. 219, ist seit 21 Jahren der Ansicht, daß die meisten „Bükratien“ sich unabhängig von dem Arbeitsanfall ausdehnen. Jede Dienststelle und jeder Bereich habe ein Eigenleben und den festen Willen zu überleben und sich zu vergrößern.

keit sind anderer Meinung. Der zweite Überlegungsbereich heißt daher: Öffentlicher Dienst und öffentliche Aufgaben. Dazu ein paar Eckwerte und Größenordnungen⁵:

Bei rund 60 Millionen Einwohnern und 26 Millionen Erwerbstätigen sind rund 3½ Millionen Vollbeschäftigte und ½ Million Teilzeitbeschäftigte dafür tätig, daß fast die Hälfte des Bruttosozialprodukts⁶ in irgendeiner Weise umverteilt wird, nämlich

- (1) als soziale Umverteilung einzelnen Bürgern oder als Subventionen Unternehmen zukommt,
- (2) in die öffentliche Infrastruktur als Investitionen und Unterhaltungskosten gesteckt wird,
- (3) vom öffentlichen Dienst als Personalkosten selber verbraucht wird.

Dabei zeigt sich in den letzten Jahren, daß der Anteil des Eigenverbrauchs des öffentlichen Dienstes durch mehr Personal und kräftige Besoldungserhöhungen überdurchschnittlich gestiegen und der Investitionsanteil gesunken ist⁷.

Bereits hier ist nun, und dies gilt auch für alle folgenden Ansätze, klarzustellen, daß die Betrachtung eines einheitlichen Millionenblocks von Beschäftigten im öffentlichen Dienst zu Fehleinschätzungen führt. Es geht hier nicht um *den* öffentlichen Dienst, sondern um die unterschiedlichsten Berufsgruppen und Größenordnungen, nämlich um:

⁵ Nähere Angaben zu dem folgenden Zahlenmaterial bei *Frido Wagener*, Entwicklung der Personalzahlen im öffentlichen Dienst, in: *König/Laubinger/Wagener* (Hrsg.), Öffentlicher Dienst, Festschrift für Carl Hermann Ule, Köln u. a. 1977, S. 239 ff.

⁶ Der Anteil der Ausgaben des Staates am nominalen Bruttosozialprodukt lag im Jahr 1977 bei 47,3 %. Davon entfielen 32,2 % auf die Gebietskörperschaften und 15,1 % auf die Sozialversicherung. Im Jahre 1960 lag die Staatsquote bei 32,5 %. Daran waren die Gebietskörperschaften mit 23,8 % und die Sozialversicherung mit 8,7 % beteiligt. Einen Höchststand hatte die Staatsquote 1975 mit 47,9 % erreicht (Antwort der Bundesregierung — BTDr. 8/1761 — auf eine Kleine Anfrage der CDU/CSU-Fraktion — BTDr. 8/1701 —).

⁷ So hat sich etwa in Baden-Württemberg der Anteil der Personalausgaben an den Gesamtausgaben des Landes von 33,2 % im Jahre 1965 auf 41,8 % im Jahre 1974 erhöht. Während die Gesamtausgaben in diesem Zeitraum um 150 % und die Personalkosten um 214,6 % anstiegen, haben die Personalstellen (Personalzahlen) nur um 52,2 % zugenommen (Gutachten der Kommission für die Prüfung des Personalbedarfs in der staatlichen Verwaltung vom 14. Mai 1975, Landtag Baden-Württemberg. Drucks. 6/7829 vom 12. Juni 1975, S. 5).

- (1) rund 600 000 Lehrer und Bildungs-Bedienstete unterschiedlichster Ausrichtung (bis zum Hochschullehrer)⁸. Der Zahl nach (und dies wird immer wieder vergessen) ist der Lehrer der typische deutsche Beamte,
- (2) rund 150 000 Polizisten⁹, dies ist die zweitgrößte einheitliche Berufsgruppe im deutschen öffentlichen Dienst,
- (3) zweimal rund 400 000 Bedienstete der Bahn und der Post¹⁰,
- (4) rund 250 000 Zivilangestellte der Bundeswehr¹¹,
- (5) rund 500 000 Teilzeitbeschäftigte, ganz überwiegend Reinigungspersonal, Schreibkräfte sowie einige Lehrerinnen¹²,
- (6) rund 50 000 Beschäftigte in allen Ministerien des Bundes und der Länder zusammen (vergleichsweise also wenige).

Die Gesamtzahl der Beschäftigten im öffentlichen Dienst ist bei uns im jahrzehntelangen Durchschnitt um jährlich etwa 2,5 % gestiegen. Zwischen 1970 und 1973 (zur Zeit der Hochkonjunktur) gab es jedoch Zuwachsraten zwischen jährlich 3 und 4 %¹³. Nach dieser überproportionalen Einstellungswelle war man aber ab 1975 der Überzeugung, daß der öffentliche Dienst nun (unnötig) „aufgebläht“ sei¹⁴.

Eine „Tendenzwende“ wurde mit relativ rabiaten Einstellungsstopps, dem Abbau von Stellen oder der Nichtwiederbesetzung von Stellen erreicht¹⁵. 1977, als die Arbeitslosigkeit be-

⁸ Ganz überwiegend Beamte des gehobenen und höheren Dienstes.

⁹ Ganz überwiegend Beamte des mittleren Dienstes.

¹⁰ Überwiegend Beamte des gehobenen, mittleren und einfachen Dienstes sowie Arbeiter.

¹¹ Überwiegend Angestellte und Arbeiter.

¹² Eine nicht geringe Zahl von Angestellten und Arbeitern in öffentlichen Unternehmen ist ebenfalls teilzeitbeschäftigt.

¹³ Im Jahre 1970 betrug die Zunahme des hauptberuflich vollbeschäftigten Personals bei Bund, Ländern und Gemeinden (einschließlich Bundesbahn und Bundespost) gegenüber dem Vorjahr 3 %, 1971 = 3,9 %, 1972 = 3,1 % und 1973 = 2,4 %; nach *Statistisches Bundesamt* (Hrsg.), *Wirtschaft und Statistik* 1972, S. 281, und 1976, S. 174 (bis 1973 ist der Stichtag jeweils der 2. 10., ab 1974 der 30. 6.).

¹⁴ Z. B. Dieter Piel, in: *DIE ZEIT* vom 23. 7. 1976.

¹⁵ Das typische Konzept, das insbesondere von den Ländern und großen Kommunalverwaltungen zum Wachstumsstopp des Personals angewandt wurde, ging (verkürzt) von folgender Überlegung aus: Der Personalbedarf richtet sich zwar grundsätzlich nach dem Umfang der zu erfüllenden öffentlichen Aufgaben. Da aber alle bisherigen Ansätze, die weitere Ausdehnung der öffentlichen Aufgaben zu beschränken, erfolglos geblieben sind, bleibt nur der Ansatz, die Personalentwicklung unabhängig von dem Aufgabenbestand zu drosseln. Man hofft dann, daß dadurch die Verwaltung veranlaßt wird, „von sich aus Aufgaben abzubauen, einzuschränken oder ihre Erledigung zu vereinfachen und damit der unaufhaltsa-

reits zwei Jahre drückte, nahm denn auch der öffentliche Dienst zahlenmäßig zum erstenmal wieder geringfügig ab.

Inzwischen ist der Schrei nach Personalabbau längst wieder überholt. Nun soll der öffentliche Dienst seinen Beitrag zur Arbeitsmarktpolitik durch Teilzeitarbeit¹⁶ und 300 000 oder 600 000 neue Stellen¹⁷ leisten¹⁸.

Festzuhalten ist, daß sich die Personalzahlen im öffentlichen Dienst durchaus parallel zu der gesamtwirtschaftlichen Lage entwickelt haben, allerdings mit zwei- bis dreijährigen Anfahr- oder Bremsstrecken. Die angebliche Selbstbefruchtung und Vermehrung der Beamten unabhängig von der Lage des Muttergemeinwesens muß daher ein Märchen sein. Dies wird auch durch eine sektorale Betrachtung bestätigt.

men Steigerung der Personalkosten zu begegnen“; so das Gutachten der Kommission für die Prüfung des Personalbedarfs in der staatlichen Verwaltung vom 14. Mai 1975, Landtag Baden-Württemberg, Drucks. 6/789 vom 12. Juni 1975, S. 20.

¹⁶ Dies war die Absicht von *Werner Maihofer*, Beitrag des öffentlichen Dienstes zur Lösung der Arbeitsmarktp Probleme, in: Beamtenstatus — Ärgernis oder Verpflichtung?, Godesberger Taschenbücher Nr. 15, Bonn 1978, S. 25 ff.

¹⁷ Von einer personellen Aufstockung des öffentlichen Dienstes wird ein entscheidender Beitrag zur Senkung der hohen Arbeitslosenziffern sowie zur „Ankurbelung der Konjunktur“ erwartet. Der DGB fordert hierfür 600 000 zusätzliche Stellen im öffentlichen Dienst bis 1981, der DBB begnügt sich mit 300 000 bis 1980. Vgl. dazu *Claus Schäfer*, Mögliche und tatsächliche Beschäftigungseffekte öffentlicher Ausgabepolitik, in WSI-Mitteilungen (Zeitschrift des Wirtschafts- und Sozialwissenschaftlichen Instituts des Deutschen Gewerkschaftsbundes) 1977, S. 350 ff., und *Gerhard Düchs*, Die Entwicklung im Besoldungsrecht seit dem 2. BesVNG, ZBR 1978, S. 153 ff. (S. 165).

¹⁸ Die Möglichkeiten des öffentlichen Dienstes, zur Verminderung der Arbeitslosigkeit beizutragen, untersucht kritisch *Ingo von Münch*, Der Beamte im sozialen Rechtsstaat, ZBR 1978, S. 125 ff.; *Thomas Ellwein*, Der öffentliche Dienst im Staat der Gegenwart, Überlegungen im Jahre 1978, DÖV 1978, S. 475 ff. (S. 477 f.), spricht sich für eine vorsichtige Arbeitsmarktpolitik mit Hilfe des öffentlichen Dienstes durch folgende Maßnahmen aus: „Befristete Verträge, vermehrtes Angebot an Teilzeitarbeitsplätzen, Zurückdrängen des Beamtenstatus, häufigeres Operieren mit einem (allerdings zu modernisierenden) Kw-Vermerk.“; *Josef Isensee*, Der Zugang zum öffentlichen Dienst, in: Verwaltungsrecht zwischen Freiheit, Teilhabe und Bindung, Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverwaltungsgerichts, München 1978, S. 337 ff. (S. 338 f.), hält die Staatsaufgaben aufs Ganze gesehen für wenig beweglich und sieht nur geringe Möglichkeiten der staatlichen Organisationsgewalt ohne Neubestimmung der Staatsaufgaben, den Personaletat als Mittel der Konjunktursteuerung, der Bekämpfung der Arbeitslosigkeit oder der Einsparung von Haushaltsmitteln einzusetzen.

Untersuchungen¹⁹ haben gezeigt, daß die dominierenden Zunahmen des öffentlichen Dienstes in den Aufgabenbereichen stattgefunden haben, die nach den herrschenden Vorstellungen am stärksten ausgeweitet werden sollten, nämlich in den Bereichen Bildung, Gesundheit und (etwas später) Polizei. Bei der Entwicklung der Personalzahlen im öffentlichen Dienst handelt es sich also ganz überwiegend nicht um generelle Bürokratiewucherungen, sondern um Folgen der Aufgabenausweitung.

Obwohl die Personalzahlen des öffentlichen Dienstes in den Jahren 1976 bis 1978 stagnierten, sind Zahl und Standard der öffentlichen Aufgaben unentwegt ausgeweitet worden. Zwar kann auch der öffentliche Dienst generell einige Zeit mit einer „Überlastquote“ fahren, aber wohl nicht für mehrere Jahre, insbesondere dann nicht, wenn er dazu weder motiviert noch materiell angereizt wird, wenn es sich nicht mehr um eine kleine Elite, sondern um eine Millionenzahl von Arbeitnehmern handelt. Die immer wieder zu hörende Vorstellung, daß 10 %²⁰ oder sogar 30 %²¹ weniger Personal beim öffentlichen Dienst der Qualität der Aufgabenerfüllung nicht nur nicht schaden, sondern vielleicht sogar nützen könne, trifft sicher hier oder da im Bürobereich zu. Bei festgelegter Arbeitszeit oder Stundenzahl von Lehrern, Polizisten, Feuerwehrmännern, Schwestern, Sekretärinnen und Lokomotivführern gibt es solche „Leistungspolster“ aber grundsätzlich nicht.

Es bleibt demnach als sehr grobes Ergebnis des zweiten Ansatzes gar nichts anderes übrig, als davon auszugehen, daß — alles in allem — die Qualität oder Quantität der Aufgabenerfüllung durch den öffentlichen Dienst in Bereichen mit Stellenstopp ohne Ausgleichsmöglichkeit durch Rationalisierungsmittel in der letzten Zeit gesunken sein muß.

3. Innere Struktur des öffentlichen Dienstes

Die innere Struktur des öffentlichen Dienstes, insbesondere

¹⁹ Frido Wagener, Entwicklung der Personalzahlen im öffentlichen Dienst, a. a. O., S. 239 ff. (S. 262).

²⁰ Unter der Überschrift „Aufgebläht und auch zu teuer“ schrieb Dieter Piel, in: DIE ZEIT vom 23. 7. 1976 „Kaum jemand, der öffentliche Verwaltung kennt, kann ernsthaft bestreiten, daß ihre Wirksamkeit gefährdet wäre, arbeitete sie mit einem um fünf bis zehn Prozent verringerten Personal. Gewiß, es könnte Engpässe im einen oder anderen Verwaltungszweig geben, doch sie ließen sich ausgleichen, sorgte man nur für etwas mehr Stellenmobilität unter den Amtsdienern.“

²¹ Ulrich Lohmar, Staatsbürokratie, Das hoheitliche Gewerbe, München 1978, S. 14 (These 17), meint, daß in den Bundesministerien zwischen 10 bis 30 % der Beamten eingespart werden könnten, ohne daß insgesamt die Leistung vermindert würde.

die Fragen der Dienstrechtsreform²², gehören so sehr zu den wesentlichen Bestimmungsfaktoren des Themas, daß sie nicht ganz vernachlässigt werden dürfen, auch wenn Herr *Rudolf* auf einen Teil der Fragen schon eingegangen ist.

Sehr vereinfachend könnte man davon sprechen, daß die Reform der inneren Struktur des öffentlichen Dienstes auf eine Verminderung der Statusunterschiede zwischen den drei Gruppen zielt. Es wäre also zu fragen:

Gibt es diese Unterschiede noch, welches Gewicht haben sie und in welche Richtung verändern sie sich? Bei der Fragestellung kann die Unterscheidung zwischen Arbeitern und Angestellten im öffentlichen Dienst vernachlässigt werden, weil sie offenbar weniger inhaltlicher, als mehr versicherungsrechtlicher Natur ist.

Beamte und Angestellte sind in den letzten Jahren auf immer mehr Gebieten gleichgestellt worden. Ich nenne nur folgende Stichworte:

- Lebenszeiternennung und Unkündbarkeit nach 15 Jahren²³
- Beamteneid und Angestelltengelohnis²⁴

²² Die Literatur zu Fragen der Dienstrechtsreform ist nur noch schwer zu überblicken. Es kann auf folgende Auswahl verwiesen werden: Verhandlungen des 48. Deutschen Juristentages, München 1970; Studienkommission für die Reform des öffentlichen Dienstrechts, Bericht der Kommission mit 11 Anlagebänden, Baden-Baden 1973; *Erich Feindt*, Reform des Rechts des öffentlichen Dienstes, Gedanken zum Gutachten der Studienkommission, DöD 1973, S. 153 ff.; *Wolfgang Loschelder*, Dienstrechtsreform auf dem Weg zur Realisierung? Zum Bericht der Studienkommission für die Reform des öffentlichen Dienstrechts, ZBR 1973, S. 189 ff.; *Hermann Soell*, Verfassungsrechtliche Maßstäbe für eine Reform des Besoldungsrechts, DÖV 1974, S. 147 ff.; *Der Bundesminister des Innern*, Aktionsprogramm zur Dienstrechtsreform, Bonn Juli 1976; *Franz Kroppenstedt*, Das Aktionsprogramm der Bundesregierung zur Reform des öffentlichen Dienstrechts, DÖV 1977, S. 12 ff.; *Ulrich Battis*, Ein Aktionsprogramm zur Dienstrechtsreform?, DVBl. 1977, S. 663 ff.; *Klaus König*, Strukturprobleme des öffentlichen Dienstes, VerwArch. 1977, S. 3 ff.; *Franz Mayer*, Konturen einer künftigen Entwicklung des Rechts des öffentlichen Dienstes, BayVBl. 1977, S. 533 ff.; *Christian von Hammerstein*, Stand der Arbeiten zur Dienstrechtsreform, VerwArch. 1978, S. 292 ff.; *Heinz Scheuring*, Konturen einer künftigen Entwicklung des öffentlichen Dienstrechts, ZBR 1977, S. 386; *Franz Kroppenstedt*, Zur Lage und Entwicklung des öffentlichen Dienstrechts, DÖV 1978, S. 479.

²³ § 5 Abs. 2 BRRG; § 53 Abs. 3 BAT.

²⁴ Vgl. § 6 BAT und § 58 BBG (§ 40 BRRG); *Fürst/Finger/Mühl/Niedermayer*, Beamtenrecht des Bundes und der Länder, Kommentar, Stand Juni 1978, Anm. 3 zu § 6 BAT.

- gleiche Arbeitszeit²⁵, Überstundenvergütung²⁶ und 13. Monatsgehalt
- gleich hohes Kindergeld²⁷, Essenszuschüsse²⁸, Beihilfen²⁹, Reisekosten und Umzugskosten
- billige Wohnungsbaudarlehen³⁰, günstige Bausparkasse³¹, Kraftfahrzeugversicherung³²
- gleiche Altersgrenze³³, gleicher Personalrat³⁴, gleiche Strafbestimmungen³⁵

²⁵ Vgl. § 72 BBG und die gemäß § 72 Abs. 4 erlassene ArbeitszeitVO in der zur Zeit gültigen Fassung der 6. ÄnderungsVO vom 24. 8. 1974 (BGBl. I S. 2354) und § 15 Abs. 1 BAT.

²⁶ Für Beamte gibt es zwar grundsätzlich nach § 44 BRRG bzw. § 72 Abs. 2 Satz 1 BBG keine Überstundenvergütung. § 72 Abs. 2 Satz 3, in Verbindung mit § 72 Abs. 4 BBG und der VO über die Gewährung von Mehrarbeitsvergütung für Beamte vom 26. 4. 1972 (BGBl. I S. 747), zuletzt geändert durch die Dritte Verordnung zur Änderung der Verordnung über die Gewährung von Mehrarbeitsvergütung für Beamte vom 1. Juli 1977 (BGBl. I S. 1106), sieht aber für bestimmte Beamtengruppen die Möglichkeit einer Mehrarbeitsvergütung vor (siehe § 2 der Bekanntmachung der Neufassung der VO vom 1. 7. 1977 [BGBl. I S. 1107]). Für Angestellte gilt § 17 Abs. 5 in Verbindung mit § 35 Abs. 3 BAT.

²⁷ Es gilt jetzt einheitlich das neue Bundeskindergeldgesetz i. d. F. des Art. 2 des Einkommensteuerreformgesetzes vom 5. 8. 1974 (BGBl. I S. 1769) i. d. F. des Änderungsgesetzes vom 16. 8. 1977 (BGBl. I S. 1586); vgl. im einzelnen *Erwin Schütz*, *Beamtenrecht des Bundes und der Länder*, Heidelberg, Hamburg, Stand Februar 1978, Anm. 7 zu § 94 Beamtengesetz für Nordrhein-Westfalen.

²⁸ Nr. 9 der Richtlinien des Bundesministers des Innern für Kantinen bei Dienststellen des Bundes i. d. F. vom 25. September 1974 (GMBL S. 523).

²⁹ Nach § 40 BAT werden grundsätzlich auch für Angestellte Beihilfen gewährt.

³⁰ Vgl. die Richtlinien zur Förderung der Errichtung und des Erwerbs von Familienheimen und Eigentumswohnungen durch Bundesbedienstete vom 1. Mai 1971 (GMBL S. 193), zuletzt geändert durch Erlass des Bundesministers für Raumordnung, Bauwesen und Städtebau vom 12. Juli 1975 (GMBL S. 633).

³¹ Nach der Präambel der Allgemeinen Bedingungen für Bausparverträge des Beamtenheimstättenwerkes (BHW), Hameln, hat das BHW die Aufgabe, den Beamten sowie den in Dauerarbeitsverhältnissen stehenden Angestellten und Arbeitern im öffentlichen Dienst und gleichgestellten Personen Baudarlehen zu gewähren. Die Baudarlehen des BHW sind gewöhnlich um 1/2 % zinsgünstiger als die Darlehen anderer Bausparkassen.

³² Zahlreiche Versicherungen räumen Angehörigen des öffentlichen Dienstes (nicht nur Beamten) bei der Kfz-Haftpflichtversicherung günstige Beiträge ein, weil die Anzahl der Schadenfälle und der durchschnittliche Aufwand pro Schadenfall für Angehörige des öffentlichen Dienstes geringer ist als bei anderen Kfz-Haltern.

³³ Vgl. hierzu BT-Drs. 7/5569, S. 6 ff. (9 f.).

³⁴ Siehe §§ 4 Abs. 1, 13 und 95 BPersVG.

³⁵ § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB.

Dennoch gibt es natürlich Besonderheiten des Beamtenstatus. Das typisch „Beamtliche“ soll nur in einigen Merkmalen angerissen werden. Es ist dabei allerdings jeweils zu fragen, ob die auch hier wirksamen Angleichungstendenzen die Besonderheiten des Beamtenstatus nicht bereits überwuchert haben.

(1) Aus dem Beamtenverhältnis als öffentlich-rechtlichem Dienst- und Treueverhältnis folgt die Verpflichtung des Beamten, seine ganze Persönlichkeit in den Dienst des Amtes zu stellen³⁶. Tatsächlich gibt sich die Masse der Beamten ihrer täglichen Arbeit wohl nicht mehr hin als die BAT-Angestellten. Beamtentätigkeit nach vierzigstündiger wöchentlicher „Gleitzeit“ paßt nun einmal nicht zur „Hingabe“ der ganzen Persönlichkeit.

(2) Der Hingabepflicht des Beamten entspricht die „Alimentationspflicht“³⁷ des Dienstherrn. Wo sind allerdings noch Unterscheidungen zu sehen, wenn die Beamtenalimention seit vielen Jahren darin besteht, daß die tarifvertraglichen Sockel- und Prozentbeträge der Angestellten und Arbeiter ohne jede Variation³⁸ in die Besoldungsgesetze übernommen werden³⁹?

(3) Der besonderen Treuepflicht des Beamten entspricht das Disziplinarrecht. Es ist die letzte Rettung gegenüber dem Lebenszeitprinzip. Die Zahl der ausgesprochenen Disziplinarstrafen nimmt jedoch immer mehr ab⁴⁰. Überspitzt gesagt: Jenseits der Trunkenheitsdelikte von Polizisten, der Sittlichkeitsdelikte von Lehrern und der Untreuedelikte von Kassen- und Fondsverwaltern finden Disziplinarverfahren nicht mehr statt.

³⁶ § 36 BRRG.

³⁷ Auch die Beamten-„Pension“ gehört zur Alimentationspflicht des Dienstherrn. Im Gegensatz zur Rente (theoretisch eine Versicherungsleistung) müssen die Versorgungsbezüge versteuert werden. Wo bleibt allerdings der Unterschied, wenn Angestellten- und Rentenversicherungsleistungen genauso wie die Pensionen der Beamten mehr und mehr aus allgemeinen Steuermitteln gezahlt werden müssen?

³⁸ Vgl. Viertes Bundesbesoldungserhöhungsgesetz vom 6. Aug. 1975 (BGBl. I S. 2089); Fünftes Bundesbesoldungserhöhungsgesetz vom 18. Aug. 1976 (BGBl. I S. 2197); Sechstes Bundesbesoldungserhöhungsgesetz vom 15. Nov. 1977 (BGBl. I S. 2117).

³⁹ Zum Aspekt der Angleichung durch die Einführung einer „funktionsgerechten Bezahlung“ siehe Konrad Kruis, Im Namen des Leistungsprinzips?, BayVBl. 1978, S. 559 ff. (S. 562).

⁴⁰ Empirisches Material hierzu bei Hans-Werner Ullrich, Korrekatives Disziplinarrecht auch in einem einheitlichen Dienstrecht? Eine empirisch angelegte Untersuchung über die erzieherische Wirkung, die von der gesetzlichen Androhung korrektiver Disziplinarmaßnahmen ausgeht, Schriften zur Verwaltungslehre, Band 17, Köln, Berlin, Bonn, München 1977.

(4) Es besteht wohl immer noch (oder wieder) in Teilen der Beamtenschaft ein besonderes „Beamtenethos“. Bei näherem Zusehen ist es aber kein allgemeines Beamtenethos, sondern ein berufsspezifisches Lehrer-, Professoren-, Arzt-, Architekten-, Ingenieur- oder Sozialarbeiterethos, das — wenn überhaupt — auch bei den entsprechenden Angestellten zu finden ist⁴¹.

(5) Unterscheidungskräftiger und sozialpsychologisch wichtiger als mancher glaubt ist das Recht der Beamten, eine Amtsbezeichnung zu führen. Auch hier sind allerdings in den letzten Jahrzehnten Einschränkungstendenzen rechtlicher und gesellschaftlicher Art festzustellen, interessanterweise mit einer deutlichen Nord-Süd-Verzögerung.

(6) Der Beamte hat kein Recht auf Beförderung. Seine Amtsstellung bezieht sich nicht auf die konkret am Arbeitsplatz durchzuführende Tätigkeit. Der BAT-Angestellte hat dagegen einen Vergütungsanspruch nach den Tätigkeitsmerkmalen seines konkreten Arbeitsplatzes. Auch diese Unterscheidung wird jedoch sophistisch, denn die um sich greifenden Dienstpostenbewertungen⁴² haben im Endergebnis auch für den Beamten keinen anderen Sinn, als Grundlage für mehr „Bezahlungsgerechtigkeit“ zu sein⁴³.

(7) Beamte dürfen nicht streiken. Wenn man aber in Rechnung zieht, daß inzwischen ein (wenn auch nur kleiner) Teil

⁴¹ Die Kommission für wirtschaftlichen und sozialen Wandel stellt in ihrem Gutachten, Wirtschaftlicher und sozialer Wandel in der Bundesrepublik Deutschland, veröffentlicht durch die Bundesregierung, Der Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung, Göttingen 1977, S. 563 f., fest, daß sich im Gegensatz zu Verwaltungsjuristen fachwissenschaftliche Spezialisten in der öffentlichen Verwaltung überwiegend an ihren fachwissenschaftlichen Werten, Haltungen und Erfolgskriterien orientieren und daß sie unter den Besonderheiten der bürokratischen Organisation leiden würden. *Ulrich Becker*, Der ständige öffentliche Dienst — Zur Veränderung der Leistungsbedingungen, in: *Eberhard Laux* (Hrsg.), Das Dilemma des öffentlichen Dienstes, Schriften der Deutschen Sektion des Internationalen Instituts für Verwaltungswissenschaften, Band 4, Bonn 1978, S. 46, sagt: „Die zunehmende professionelle Grundhaltung vieler Beschäftigter in den öffentlichen Diensten ersetzt heute das Beamtenethos.“

⁴² Einzelheiten siehe bei *Otfried Seewald*, Dienstpostenbewertung, Heft 5.4, in: *Becker/Thieme* (Hrsg.), Handbuch der Verwaltung, Köln u. a. 1974.

⁴³ Im Aktionsprogramm zur Dienstrechtsreform, herausgegeben vom Bundesminister des Innern, Bonn Juli 1976, S. 25, ist ausdrücklich von „Bezahlungsgerechtigkeit“ die Rede. Nach Nr. 7.2.1 des Programms ist eine „stärkere Ausrichtung der Bezahlung an den Anforderungen der Dienstposten“ beabsichtigt; siehe auch *Rudolf Summer*, Funktionsbezogene Besoldung — Beschwörungsformel oder reales politisches Programm?, BayVBl. 1978, S. 385 ff.

der Beamtenschaft (Teile der Lehrerschaft, technische Spezialisten) von der rechtspolitischen Zweckmäßigkeit des Streikverbots nicht mehr überzeugt ist und wenn man weiter bedenkt, in welchen subtilen Formen des „Dienstes nach Vorschrift“, des „Go sick“ usw. auch den Beamten streikähnliche Verhaltensweisen möglich sind, bleibt die Unterscheidungskraft des Streikverbots für unsere Fragestellung begrenzt.

Alles in allem verlaufen die Entwicklungslinien offenbar so, daß sich das Recht und die tatsächliche Lage der Angestellten und Arbeiter des öffentlichen Dienstes über viele Jahrzehnte auf das Recht und die Lage des Beamten hinbewegt haben, daß in den letzten Jahren aber auch eine deutliche Bewegung des Beamtenrechts in Richtung auf das Tarifvertragsrecht festzustellen ist.

Wenn man die Statusgruppe der Beamten allein betrachtet, so fällt insbesondere auf, daß sich das vierstufige Laufbahnsystem so verändert hat, daß es außer bei Post, Bahn und Kommunen kaum noch Angehörige des einfachen Dienstes gibt und daß dafür die Zahl der Beamten des gehobenen und höheren Dienstes wesentlich zugenommen hat. Früher gab es in den einzelnen Laufbahnen jeweils die höchste Zahl der Stellen in den Eingangsgruppen. Die Situation in den Laufbahnen war einem Kegel vergleichbar. Aus diesem „Stellen-Kegel“ ist heute eine „Stellen-Zwiebel“ geworden. Beförderungsstellen sind am zahlreichsten⁴⁴. Ein Inspektor, der nicht Amtmann, ein Rat, der nicht Direktor wird, muß wirklich unqualifiziert sein.

In den mittleren Führungsebenen aller Behörden ist ein unheimliches „Gedränge“ entstanden. Viel zu Viele wollen führen, kaum einer will durchführen. Planen, koordinieren, anweisen, besprechen sind positive Beschäftigungen; vollziehen ist etwas für die Subalternen (aber davon hat man nicht mehr genug). Der nicht seltene Typ des tüchtigen vierzigjährigen Oberamtsrats, der, wenn er nicht die Hürde des Laufbahnwechsels schafft, für die nächsten 25 Jahre seines Beamtendaseins keine Beförderung mehr zu erwarten hat⁴⁵, ist ein „Frustrations-Schimmelpilz“, der ganze Behördenteile verseuchen kann⁴⁶.

⁴⁴ Im mittleren Dienst gibt es Laufbahnbeamte, die zwar schon die höchste Beförderungsstufe ihrer Laufbahn erreicht haben, aber noch nicht Beamte auf Lebenszeit werden können, weil sie das dafür erforderliche Alter von 27 Jahren noch nicht haben.

⁴⁵ Vgl. auch die Feststellungen von *Konrad Kruis*, Im Namen des Leistungsprinzips?, BayVBl. 1978, S. 559 ff. (S. 560).

⁴⁶ Eine vom Deutschen Beamtenbund im August 1978 veröffentlichte Befragung von in Regierung und Verwaltung für Personal

Die Aufregung der Beamten über ein bevorstehendes einheitliches Dienstrecht hat sich verständlicherweise seit einiger Zeit wieder gelegt. Inzwischen stimmen nämlich CDU und F.D.P. in ihren Parteiprogrammen⁴⁷ in dem Ziel der Erhaltung des Berufsbeamtentums weitgehend überein, während die SPD noch ein ambivalentes Verhältnis⁴⁸ zu dieser Frage erkennen läßt. Hinter der Parteiprogrammatik von CDU und F.D.P. läßt sich vielfach die Meinung des Deutschen Beamtenbundes erkennen. Das Ziel des einheitlichen Dienstrechts ist nicht zuletzt von der Gewerkschaft ÖTV in die SPD hineingetragen worden. Bei einer sozialliberalen Koalition besteht somit durch die F.D.P. ein Blockierungseffekt. Das offene Experimentierstadium mit der Institution des Berufsbeamtentums ist wegen der eigentümlichen Pattsituation der politischen Parteien, des DBB und der ÖTV bereits beendet⁴⁹.

Wahrscheinlich wird man aber weitermachen, in kleinen, für sich gesehen irrelevanten Schritten die Statusgruppen aufeinander zuzubewegen, um dann eines Tages überrascht festzu-

und Organisation Verantwortlichen ergab, daß der Hauptpunkt (80 %) der Arbeitsunzufriedenheit bei den Aufstiegschancen zu finden ist, vgl. DBB Dokumente 7, Funktionale Verwaltungsreform — aber wie?, Teil 2.

⁴⁷ Vgl. die Parteien zum Öffentlichen Dienst, herausgegeben aus Anlaß des Deutschen Beamtentages des DGB, Bonn 1978. Danach ist eine breite Parallelität in den Aussagen der Parteien zum öffentlichen Dienst festzustellen. So etwa bei den Forderungen nach stärkerer Berücksichtigung des Leistungsprinzips, nach Abschaffung der Regelbeförderung, nach aufgaben- und funktionsgerechter Bezahlung usw.

⁴⁸ Im zweiten Entwurf eines ökonomisch-politischen Orientierungsrahmens für die Jahre 1975—1985 der SPD heißt es u. a.: „Es ist ungerecht und hemmt den Leistungswillen, wenn Beamte, Angestellte und Arbeiter dieselben Funktionen wahrnehmen, dafür aber unterschiedlich bezahlt werden. ... Ein einheitliches Personalrecht, das die bisherige Dreiteilung in Arbeiter, Angestellte und Beamte aufhebt und durch einen neuen einheitlichen Typ des Beschäftigten im öffentlichen Dienst ersetzt, ist schrittweise zu verwirklichen.“ Der Hamburger SPD-Parteitag von 1977 gibt folgenden Aufschluß über die Art dieser „schrittweisen Verwirklichung“: „Es geht nicht um die Abschaffung des Berufsbeamtentums und die Vernichtung seiner Existenzgrundlage, sondern um eine sinnvolle Synthese aus bewährten Elementen des Beamten- und Arbeitsrechts.“

⁴⁹ Eine Änderung des Grundgesetzes ist im Rahmen des Aktionsprogramms zur Dienstrechtsreform nicht mehr vorgesehen. Die verfassungsrechtlich vorgeschriebene gesetzliche Regelung des Beamtenrechts und der Funktionsvorbehalt des Art. 33 Abs. 4 GG, die inhaltliche Bindung des Beamtenrechts an die Grundsätze des Art. 33 Abs. 5 GG und das Streikverbot bleiben ebenso unberührt wie die verfassungsrechtlich gewährleistete Tarifautonomie und die damit verbundenen Arbeitskampfrechte im Arbeitnehmerbereich.

stellen, daß die „hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums“ nur noch leere Hülzen sind, an denen einige Beamtenrechtler „herumbosseln“. Sehr großflächig gesehen könnte es also sein, daß sich die Reform der inneren Struktur des öffentlichen Dienstes der Tendenz nach selbst erledigt⁵⁰. Die tatsächliche Entwicklung geht nämlich sowieso in die Richtung der Reformziele (die Schere zwischen Ist und Soll schließt sich)⁵¹.

Wenn dies so ist, dürfte es gerechtfertigt sein, als Ergebnis des dritten Ansatzes festzuhalten, daß die Probleme der inneren Struktur unseres öffentlichen Dienstes zwar aus vielerlei Gründen schwierig zu lösen, aber bei der Betrachtung des öffentlichen Dienstes im Verhältnis zum Staat der Gegenwart doch nur zweitrangig sind. Eine Fehlentwicklung jedoch, die „Ausbeulung“ in den Beförderungsstellen der mittleren und oberen Ebenen der Laufbahnen (die „Stellen-Zwiebel“ also), tendiert dahin, daß alle qualifiziert Ausgebildeten führen und nicht mehr durchführen wollen.

4. Selbstverständnis und Ansehen des öffentlichen Dienstes

Bei der Frage nach dem Selbstverständnis und dem Ansehen des öffentlichen Dienstes kann zunächst davon ausgegangen werden, daß sich der öffentliche Dienst über viele Generationen als ausgleichender Faktor gegenüber den das Staatsleben gestaltenden politischen Kräften verstanden hat. Dies ist heute nicht mehr unbestritten. Vieles spricht dafür, daß zur Zeit ein „gebrochenes“, d. h. diffuses und widersprüchliches Selbstverständnis des öffentlichen Dienstes besteht⁵².

⁵⁰ Skeptisch *Thomas Ellwein*, Evaluierung von Organisations- und Verwaltungsreformen, in: Politische Wissenschaft und politische Praxis, Sonderheft 9/1978, Politische Vierteljahresschrift, Opladen 1978, S. 68 ff. (S. 72): „Eine Dienstrechtsreform ‚aus einem Guß‘ ist m. E. nicht (mehr) möglich. Es bleibt nur der Weg über ständige Veränderungen übrig. Da er eigentlich mehr Zielklarheit und Beharrlichkeit voraussetzt als der über eine punktuelle Reformphase, gebe ich auch ihm keine große Chance.“

⁵¹ Ebenso *Klaus König*, Die Reformen des öffentlichen Dienstes als Dilemma von Wissenschaft und Praxis, in: Politische Wissenschaft und politische Praxis, Sonderheft 9/1978, Politische Vierteljahresschrift, Opladen 1978, S. 86 ff. (S. 97 f.).

⁵² Das „gebrochene“ Selbstverständnis des öffentlichen Dienstes wird von *Horst Bosetzky*, Selbstverständnis und Ansehen des öffentlichen Dienstes, in: *Eberhard Laux* (Hrsg.), Das Dilemma des öffentlichen Dienstes, Schriften der Deutschen Sektion des Internationalen Instituts für Verwaltungswissenschaften, Band 4, Bonn 1978, S. 105 bis 127, näher begründet. Der Inhalt des folgenden Abschnitts beruht z. T. auf den Ergebnissen von *Bosetzky*; vgl. auch *Wilhelm Bleek*, Beamtentum — Wandel des Selbst- und Fremdverständnisses, in: *Wilhelm Bierfelder* (Hrsg.), Handwörterbuch des öffentlichen Dienstes, Personalwesen, Berlin 1976, S. 400 ff.

Nicht wirkungslos (besonders bei dem jüngeren Personal) ist die Theorie von der Staatsbürokratie als Instrument der herrschenden Klasse geblieben: Manche Sozialarbeiter, manche, die in der Jugendhilfe, in Heimen usw. arbeiten, solidarisieren sich heute mit ihrer Klientel gegen ihren Dienstherrn.

Nach empirischen Untersuchungen der neueren Zeit⁵³ kann man bei der großen Mehrzahl der Angehörigen des öffentlichen Dienstes davon ausgehen, daß sie auf der Suche nach einem neuen Selbstverständnis sind. Sie sehen es tendenziell in einem Berufsbild, das dem Angestellten der freien Wirtschaft stark angenähert ist. Man will dabei aber nicht für fremde Personen oder Personengruppen Marktmacht erringen oder Profit machen, sondern Dienstleistungen für den Bürger erbringen. Voll wird dieses neue Berufsbild jedoch noch nicht übernommen. Dagegen sprechen die nicht so ohne weiteres abzubauenen und ja auch standespolitisch weiterhin verfolgten Beamtentraditionen⁵⁴.

Der öffentliche Dienst begreift sich selbst nicht als mächtig. Er versteckt sich hinter dem „Apparat“ und der Rechtsnorm⁵⁵. Tatsächlich erbringt aber kein Beamter ausschließlich Dienstleistungen. Er übt gleichzeitig auch immer Herrschaft aus, und heute haben nun einmal mehr Menschen etwas gegen das Beherrschtwerden als früher.

Diese ja wohl positiv zu sehende größere „Aufmüpfigkeit“ der einzelnen korrespondiert mit dem Ansehensverlust des öffentlichen Dienstes in der Öffentlichkeit. Berechtigter oder unberechtigter Neid auf die „Privilegien“ des öffentlichen Dienstes tritt hinzu. Die Vielfach-Sachverständigen von Zeitung,

⁵³ *Thomas Ellwein, Ralf Zoll, Berufsbeamtentum — Anspruch und Wirklichkeit*, Düsseldorf 1977, S. 132, sagen, „daß die hergebrachten Grundsätze als moralische Maximen mit der allgemeinen Entwicklung ihre Orientierungsfunktion verloren und die Konsumgesellschaft und ihre materialistischen Normen die Ideologie des Beamtentums überlagert haben. (...) Der hergebrachte Typus des Beamten wird bereits als Karikatur betrachtet“; *Christel Hopf, Arbeitssituation und gewerkschaftliches Bewußtsein*, herausgegeben vom Hauptvorstand der Gewerkschaft ÖTV, Stuttgart 1975, S. 23 f., sagt: „Für die befragten Beamten ist ... die ‚überlieferte berufsethische Auffassung‘, deren Geltung offiziell noch immer behauptet wird, allem Anschein nach nicht mehr von großer Bedeutung. Sie begreifen sich nicht so sehr als eine herausgehobene und abgesonderte Gruppe, die besonderen moralischen Verpflichtungen unterworfen ist, sondern sie begreifen sich viel eher als ‚Arbeitnehmer‘ oder als Lohnabhängige.“

⁵⁴ *Horst Bosetzky*, a. a. O.

⁵⁵ *Franz Ronneberger, Udo Rödel, Beamte im gesellschaftlichen Wandlungsprozeß, Soziale Stellung und soziales Bewußtsein von Beamten in der Bundesrepublik*, Godesberger Taschenbücher, Wissenschaftliche Reihe, Band 8, Bonn-Bad Godesberg 1971, S. 55.

Zeitschriften und Fernsehen bestätigen und vergrößern das Bild. Besonders der Schreibtisch- und Schalterbeamte wird als schläfriger und lächerlicher Dummkopf dargestellt, der zwar nichts leistet, aber doch ausreichend „schlitzohrig“ ist, um seinen eigenen Vorteil zu wahren⁵⁶.

Diese Art Ansehensverlust des öffentlichen Dienstes trifft sich seit einiger Zeit mit einer Woge von Bürokratiekritik. Bürokratische Strukturen in unserer hochkomplexen Industriegesellschaft erscheinen jedoch unausweichlich. Auf der einen Seite steht die Bürokratisierung nach *Max Weber* als „das spezifische Mittel, ‚Gemeinschaftshandeln‘ in rational geordnetes ‚Gesellschaftshandeln‘ zu überführen“⁵⁷, auf der anderen Seite bleibt aber die ebenso stetig wachsende Sehnsucht des Bürgers nach Gemeinschaft, „nach menschlicher Wärme und Nähe, nach Zuwendung, nach Überschaubarkeit und emotionaler Einbindung in kleine Gruppen“⁵⁸.

Diese Sehnsucht muß aber weithin Traum bleiben. Die Gesellschaft sucht sich also ihren Sündenbock — und der heißt: Die Bürokratie, die Beamten.

In der Öffentlichkeit ist die jüngst von *Lohmar* verkündete These, wonach die staatliche Bürokratie nach politischer Herrschaft strebe, um persönliche Privilegien kämpfe und die private Gesellschaft mit deren Folgen und Kosten belaste⁵⁹, als wissenschaftliche Bestätigung der gängigen Medienmeinung aufgenommen worden. In der Tat haben heute gerade auch jüngere Beamte eine eigentümliche Neigung, es sich im öffentlichen Dienst wohlergehen zu lassen, sich eine „kameradschaftliche Bürokratie“⁶⁰ einzurichten. So ist etwa die Diskrepanz zwischen pädagogischem Anspruch jüngerer Lehrer und ihrem Verhalten im Schulalltag oft erschreckend.

Richtig beobachtet ist wohl auch die hinter dem ungeheueren Wust des Beamten-, Besoldungs-, Laufbahn-, Stellenplan-, Tarifvertrags- usw. usw. -rechts⁶¹ leicht zu verschleiernde „Selbst-

⁵⁶ In den 60er Jahren wurde mancher übrigens als „Dummkopf“ angesehen, weil er trotz wesentlich besserer Verdienstmöglichkeiten in der freien Wirtschaft in den öffentlichen Dienst eintrat oder dort tätig blieb.

⁵⁷ *Max Weber*, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Köln und Berlin 1964, S. 726.

⁵⁸ *Horst Bosetzky*, a. a. O.

⁵⁹ *Ulrich Lohmar*, a. a. O., S. 11.

⁶⁰ *Horst Bosetzky*, *Die „kameradschaftliche Bürokratie“ und die Grenzen der wissenschaftlichen Untersuchung von Behörden*, *Die Verwaltung* 1971, S. 325 ff.

⁶¹ In der vierbändigen Sammlung des bereinigten Gesetz- und Verordnungsblattes für das Land Nordrhein-Westfalen (SGV NW) sind allein 396 DIN A 4-Seiten mit dem Allgemeinen Beamten-

bedienung“ des öffentlichen Dienstes mit Hilfe des Gesetzgebers⁶². Wer die Klinke der Gesetzgebung in der Hand hält, drückt sie auch manchmal hinunter und steckt seinen eigenen Fuß in die Tür. Aus diesen Erscheinungen jedoch einen neuen Klassenkampf zu stilisieren, bei dem die Angehörigen des öffentlichen Dienstes die eigentlichen Nachfolger der bösen Kapitalisten sind, kann wohl nur als Absatzüberlegung für ein Taschenbuch erklärt werden.

Nach dem Erfolg der April-Tagung der CDU⁶³ über die Bürokratisierung und des Buches von *Lohmar* über die Staatsbürokratie als klassenkämpferisches Gewerbe könnte es sein, daß dies alles sogar zum Wahlkampfthema wird. Denn der Kampf gegen Bürokratismus und Leerlauf in den Behörden erscheint politisch erfolgversprechend. Dabei kann man auch auf den Sack „Bürokraten und Beamte“ schlagen, aber den Esel „Sozialstaat“ meinen.

Kein Berufsstand, auch nicht der öffentliche Dienst, kann längere Zeit unangefochten mit dem Gefühl leben, daß man nicht akzeptiert wird. Eine empfindliche Störung des emotionalen Gleichgewichts ist die Folge. Als Reaktion kommt zweierlei in Betracht:

Entweder: Man weist die Vorwürfe zurück, bestätigt sich gegenseitig Pflichterfüllung und die eigene Unangreifbarkeit, wertet die Kritiker ab, zieht sich auf das mehr Private zurück, versucht emotionale Bedürfnisse im Apparat selbst zu befriedigen, verfällt in Resignation und möglichst konfliktfreie, un-

recht, dem Recht der Angestellten und Arbeiter, der Besoldung und Versorgung der Beamten, dem Disziplinarrecht, dem Personalvertretungsrecht und den Rechtsverhältnissen früherer Angehöriger des öffentlichen Dienstes gefüllt.

⁶² *Dieter Lattmann*, Die Einsamkeit des Politikers, München 1977, S. 64 f., urteilt als Bundestagsabgeordneter: „Jedenfalls befinden sich das Beförderungssystem und die Besoldungsskala mit Milliardenkonsequenzen ziemlich fest in der Hand der Betroffenen, die alle Anstrengungen daran setzen, jährlich einmal die Hürde des Haushaltsausschusses im Bundestag zu überwinden. Denn dort fällt mit Abstrichen vom Wachstumsprozeß das jährliche Ja — wie Leviathan es befiehlt. Vergangenheit sind die alten Beamtenbegriffe aus Großvaters Zeit. Kärglich, aber sicher — wer will davon noch etwas wissen? Heute heißt es für die höheren Besoldungsstufen: Üppig und um so sicherer. Abgeordnete eingeschlossen.“

⁶³ Hierzu wurde eine umfangreiche Dokumentation vorgelegt: *CDU-Bundesgeschäftsstelle — Planungsgruppe* (Hrsg.), *Verwaltete Bürger — Gesellschaft in Fesseln*, Eine Dokumentation zur wissenschaftlichen Fachtagung der CDU am 19. und 20. April 1978, Bonn 1978; die überarbeiteten Vorträge sind inzwischen als Taschenbuch veröffentlicht: *Heiner Geißler* (Hrsg.), *Verwaltete Bürger — Gesellschaft in Fesseln. Bürokratisierung und ihre Folgen für Staat, Wirtschaft und Gesellschaft*, Berlin 1978.

auffällige Aufgabenerfüllung und zeigt manchmal auch weinerliches Selbstmitleid.

Oder: Man macht den Versuch, seine Leistungen objektiv zu verbessern, sie nach außen verständlich zu machen, kurz, sich effektiver und bürgerfreundlicher zu verhalten und darzustellen.

Im Ergebnis ist der vierte Ansatz also offen. Wahrscheinlich reagiert der öffentliche Dienst auf sein schlechtes Ansehen heute sowohl auf die eine als auch auf die andere Art. Die Selbstorientierung, die gegenseitige Bestätigung nach der Art „Wir werden es denen schon zeigen“ und manchmal auch resignierende Besserwisserei scheinen aber gegenwärtig zu überwiegen.

Dies ist nicht selten verbunden mit einem eher naiv-unpolitischen Verständnis der Frage nach dem „sachlich“ richtigen Handeln. Die stille Überzeugung jedenfalls, daß die Politiker, die Journalisten, die schlichten Bürger von den komplizierten Dingen keine Ahnung hätten, daß man im Grunde allein das öffentliche Wohl zu wahren und durchzusetzen habe, dürfte — besonders bei den parteipolitisch noch nicht abhängigen Spitzenfunktionären des öffentlichen Dienstes — weit verbreitet sein. Auf diesem seelisch-emotionalen Boden kann die Tendenz zur „pragmatischen“ Selbstbestimmung des öffentlichen Dienstes und seiner Aufgaben jedenfalls ungestört gedeihen, selbst dann, wenn die planende und steuernde Verwaltung das Gefühl eigener Steuerungsmacht gar nicht hat, sondern subjektiv gutgläubig meint, den „unsachlichen“ Weichenstellungen aus dem politischen Raum ohnmächtig ausgeliefert zu sein.

5. Öffentlicher Dienst und politische Parteien

In einem fünften Überlegungsbereich wäre die Frage zu stellen, was sich heute in dem Dreieck öffentlicher Dienst, öffentliche Aufgabe und politische Parteien eigentlich abspielt. Ist es so, daß heute die politischen Parteien den öffentlichen Dienst beherrschen oder vielleicht umgekehrt? Wer erfindet die öffentlichen Aufgaben: die Politiker, die Beamten oder vielleicht sogar die Bürger? Vordergründig schiebt eine Gruppe die Schuld zur anderen und wieder zurück.

Da hört man, daß der Bürger die vielfältigen Leistungen des Staates in einer Art Anspruchsinflation wolle, nun müsse er auch dafür zahlen. Dies ist sehr häufig der Standpunkt der Politiker. Die Beamten sagen, die Verwaltung steht unter politischer Fremdbestimmung. Die Erfinder der öffentlichen Aufgaben sind die Politiker. Sie, die Politiker, machen die viel zu vielen Gesetze. Die Verwaltung leidet dann unter dieser

Aufgaben- und Regelungsfülle bis zur Unverwaltbarkeit. Wenn man den schlichten Bürger fragt, so wird er wahrscheinlich antworten, daß das alles nur Arbeitsbeschaffung für die „faulen“ Beamten sei und daß das alles verschwinden würde, wenn man erst einmal den „aufgeblähten Beamtenkörper“ beseitigt hätte, insbesondere die vielen überflüssigen Ministerialbeamten da „oben“ in Bonn. Jeder fühlt sich jedenfalls als Opfer und keiner als Urheber des überzogenen Anspruchsdenkens.

Wenn man in den letzten Jahrzehnten den Zufluß zum riesigen Meer der öffentlichen Aufgaben in der Bundesrepublik mit genügendem Abstand beobachtet hat, dann muß man feststellen, daß die politische Meinung über bessere und wesentlich teurere Leistungen des Staates in modischen Wellen oder „Kampagnen“ verläuft. Es sind hier die Stichworte „Bildungskatastrophe“, „Umweltschutz“, „Energie“ und seit kurzem „Arbeitsplätze“ und „Sicherheit“ zu nennen. Es ist zur Zeit nicht ganz deutlich, welches wohl die nächste hohe Welle sein wird; jedenfalls folgen sie im groben Abstand von drei bis fünf Jahren aufeinander. Wahrscheinlich ist bald die Bekämpfung der „Kindermüdigkeit“ an der Reihe, vielleicht auch „Gesundheit“ oder „Freizeit“.

Ich habe mit Absicht von „politischer“ Meinung gesprochen, denn es ist nicht genau auszumachen, wo jeweils ein Unbehagen über nicht bedarfsgerechte öffentliche Aktivitäten auf einem bestimmten Bereich entsteht, ob in den Medien, bei den Parteien oder wirklich beim „Mann auf der Straße“. Eine intakte politische Partei ist jedenfalls sensibilisiert für das Auffinden neuer Bedarfslagen und sie wird alles daransetzen, um daraus eine „Kampagne“ zu machen. Die Schwierigkeit ist nur, daß man in der Partei zunächst nicht die Fachleute hat, die über grobe Vorstellungen hinaus Bedarf in Konzepte umsetzen können, die auch die notwendigen Einzelinstrumente für Veränderungen bezeichnen. Mangelnde Finanzen sind meist kein Hinderungsgrund. In unserem Staate ist jedoch ein wesentlich höherer Standard der Aufgabenerfüllung nur durch die systematische, akribisch fachgerechte Änderung oder Neuschaffung einer unwahrscheinlich großen Zahl von Gesetzen und Verordnungen, Richtlinien und Erlassen, Programmen und Plänen zu erreichen. Wer also eine neue Aufgaben-„Kampagne“ starten will, muß *hier* ansetzen, er muß sich *hier* auskennen.

An dieser Stelle kommt der öffentliche Dienst, insbesondere eine Gruppe von hohen Funktionären des öffentlichen Dienstes, ins Geschäft und in eine interessante Kombination zu den politischen Parteien. Die politischen Parteien und ihre Funktionäre, auch der normale Bundestags- oder Landtagsabgeordnete,

sind zwar in der Lage, den jeweiligen Wind für die geschilderte „Welle“ zu erkennen, darüber hinaus ist es ihnen aber verwehrt zu wissen, an wieviel feinen Schraubchen man im hochschwierigen Rechts-, Organisations- und Finanzsystem zu drehen hat, um zu der gewünschten Priorität für die neue oder alte Aufgabe zu kommen. In diesem Dilemma helfen nun drei Erscheinungen:

- (1) Immer mehr frühere oder aktive Angehörige des öffentlichen Dienstes werden Abgeordnete in den Landtagen⁶⁴ und im Bundestag⁶⁵ (wobei die Lehrer in diesem Zusammenhang außer Betracht bleiben).
- (2) Eine immer eindeutigere Voraussetzung für den Aufstieg in politikempfindliche Funktionsstellen des öffentlichen Dienstes ist die Mitgliedschaft⁶⁶ in der jeweiligen Mehrheitspartei oder in einer der Koalitionsparteien. Besonders eindeutig und offen geschieht dies verständlicherweise bei der Auswahl der Mitglieder des Ministerbüros⁶⁷ und bei der Besetzung der Planungsstäbe⁶⁸.
- (3) In der Mehrzahl der Ministerien und großen Behörden existieren neben der amtlichen Organisationshierarchie infor-

⁶⁴ Klaus Schrode, Beamtenabgeordnete in Landtagen der Bundesrepublik Deutschland, Heidelberg 1977, kommt bei seiner Untersuchung über das parlamentarische Verhalten von Abgeordneten in den Landtagen von Baden-Württemberg, Hessen und Rheinland-Pfalz, die in der öffentlichen Verwaltung tätig sind, zu dem Ergebnis, daß die Funktionsfähigkeit der Parlamente davon profitiert, wenn in ihnen aktive Bedienstete der öffentlichen Verwaltung sitzen.

⁶⁵ Vgl. Gerhart Rudolf Baum, Der öffentliche Dienst im Verhältnis zu Regierung und Parlament, Ansprache anlässlich der 18. beamtenpolitischen Arbeitstagung des Deutschen Beamtenbundes am 10. Januar 1977, abgedruckt in: Bulletin vom 15. 3. 1977, S. 20 ff. (S. 22 f.).

⁶⁶ Nach Bärbel Steinkemper, Klassische und politische Bürokraten in der Ministerialverwaltung der Bundesrepublik Deutschland, Köln u. a. 1974, S. 97, entspricht dem Bild des klassischen Bürokraten nur noch etwa die Hälfte der höheren Ministerialbeamten. Aus der ursprünglich neutralen und überparteilichen Ministerialbürokratie ist eine Organisation geworden, „deren Personal politisch denkt und auch zum Teil nach parteipolitischen Gesichtspunkten ausgewählt ist“; siehe auch Klaus Seemann, Abschied von der klassischen Ministerialverwaltung, München 1978, und Rudolf Steinberg, Faktoren bürokratischer Macht, Die Verwaltung 1978, S. 316 f., zu Problemen, die sich hieraus bei einem Regierungswechsel ergeben können.

⁶⁷ Die Mitglieder des Ministerbüros werden im Insider-Jargon „Hermelinläuse“ genannt.

⁶⁸ Wegen der Zusammensetzung vieler Planungsstäbe aus Außenseitern und Nachwuchskräften und ihres meist ergebnislosen Planungsbemühens „Laienspielschar“ genannt.

melle Bediensteten-Zirkel der großen Parteien⁶⁹. Die jeweiligen öffentlich Bediensteten, die einer bestimmten politischen Partei angehören, treffen sich unabhängig von ihrem Rang und ihrer organisatorischen Einbindung und besprechen, klären und (vor-)entscheiden dienstliche Angelegenheiten, insbesondere Personalentwicklungen. Die Parteiluppierungen im öffentlichen Dienst beraten auch fachlich ausgerichtete Fraktions-Arbeitsgemeinschaften und auch Fraktionen in ihrer Gesamtheit. In den großen Städten gehen Beigeordnete und Amtsleiter ganz selbstverständlich in „ihre“ Fraktionssitzung.

Die Formulierungsmacht über die Einzelheiten und die Feinheiten — und sie machen in ihrer Masse den bedenklichen Umfang der öffentlichen Aufgabenerfüllung aus — liegt bei den Leuten des öffentlichen Dienstes. Es besteht eine schwer durchschaubare Symbiose zwischen den großen politischen Trends zur vorrangigen Erfüllung bestimmter Erwartungshaltungen der Bevölkerung und der Fein- und Maßarbeit des Ingangsetzens entsprechender Veränderungen im Regelungswerk. Nach dem ersten Spüren eines „Bedarfs“-Windes wird der zweite Teil des Ingangsetzens der Aufgaben-„Kampagne“ von Angehörigen des öffentlichen Dienstes besorgt, und zwar sowohl innerhalb der Parteien als auch in den Ministerien. In den Ministerien werden die Einzelheiten mehr und mehr von Beamten festgelegt, von denen man wenigstens sicher ist, daß sie der „richtigen“ politischen Partei angehören. Um nicht mißverstanden zu werden: Echte eigene Entscheidungsmöglichkeiten haben diese Beamte nicht. Sie müssen sich im Rahmen der jeweiligen großen Trends bewegen. Aber Komplizierungs-, Verstärkungs- oder vorsichtige Bremsmöglichkeiten haben sie zweifellos⁷⁰.

Ohne jede moralische Wertung und auch ohne jeden Vorwurf dürfte nach diesen Überlegungen klar sein, daß zumindest ein großer Kreis von höheren Funktionären des öffentlichen Dienstes längst aus dem Zustand des neutralen Instruments für die Durchführung der vom Parlament beschlossenen Gesetze herausgewachsen ist. Die vielfältigen Aufgaben der rechtlichen, ökonomischen, technischen Prüfung, Abstimmung und Formulierung von Gesetzen und Verordnungen, Richt-

⁶⁹ Diese Zirkel werden vielfach „Betriebsgruppen“ oder sarkastisch „Betriebskampffgruppen“ genannt.

⁷⁰ Internationale Fälle „bürokratischer Sabotage“ gegenüber der Regierung schildert Rudolf Steinberg, Faktoren bürokratischer Macht, Die Verwaltung 1978, S. 309 ff. (S. 312—315 sowie S. 319 f.), Fälle unbewußter Erschwerung der Regierungsarbeit aufgrund der „Herrschaft des Fachwissens“, a. a. O., S. 321 ff.

linien und Erlassen, Programmen und Plänen geben dem damit betrauten Teil des öffentlichen Dienstes nicht gering zu veranschlagende Möglichkeiten, Variationen eigengesteuerter Art an die Stelle der nicht genau formulierten Ziele der politischen Parteien zu setzen. Die Parteien holen daher notgedrungen den öffentlichen Dienst in die Parlamente und durchsetzen den öffentlichen Dienst mit ihren Parteigängern.

Einerseits wird damit das Durchsetzungs- und Steuerungspotential der politischen Parteien in einem durch Normen gesteuerten Staat wesentlich erhöht. Andererseits entsteht dadurch auch, und das darf man nicht übersehen, eine neue, vielleicht noch wirksamere Selbstbestimmungsmöglichkeit des öffentlichen Dienstes über das Medium der politischen Parteien. Viele Politiker wissen, daß sie sich durch die beschriebenen Praktiken nicht nur den Vorteil administrativ-sachverständiger Parteipolitik einhandeln, sondern daß (zumindest teilweise) auch eine Herrschaft und Steuerungsmöglichkeit des öffentlichen Dienstes über die Parteien entsteht⁷¹.

Übertrieben ausgedrückt sind also die politischen Parteien bei uns, zumindest auf Teilgebieten, „fest in der Hand“ des öffentlichen Dienstes. Fürwahr eine unverdächtige Art der Selbststeuerung des öffentlichen Dienstes im repräsentativ-demokratischen Parteienstaat der Gegenwart. Wenn man weiter bedenkt, welche Bedeutung der Deutsche Beamtenbund und die Gewerkschaft ÖTV in den politischen Parteien haben, wenn man die Mitbestimmungsmöglichkeiten bei Beförderung, Versetzung und Organisation nach dem Personalvertretungsrecht hinzunimmt, und wenn man schließlich an die Tarifvertragsverhandlungen für Angestellte und Arbeiter denkt, wobei ja im Grunde wiederum sich Angehörige des öffentlichen Dienstes gegenüberstehen, dann dürfte der noch weitergehende Ausspruch eines Praktikers nicht so unrichtig sein, der mir gesagt hat: „Der öffentliche Dienst ist fest in der Hand des öffentlichen Dienstes“⁷².

⁷¹ Der Schriftsteller und Politiker *Dieter Lattmann*, Die Einsamkeit des Politikers, München 1977, S. 58, schreibt dazu: „Was Parlamentarier auch anfangen, die Vettern aus den Ministerien sind immer dabei, soufflieren dem Gesetzgeber, schmieden Reden, verwalteten Informationen, die Macht bedeuten, rücken keineswegs immer und schon gar nicht gegenüber jedem damit heraus. Die Ministerialbürokratie kontrolliert die Abgeordneten weit mehr als umgekehrt.“ Bei den großen Kommunalverwaltungen ist daran zu denken, daß die leitenden Beamten oft großen Einfluß auf die Aufstellung der Ratskandidaten in den Delegiertenversammlungen und örtlichen Parteitage ausüben.

⁷² Etwas abgewandelt fragt auch *Ulrich Becker*, Der ständige öffentliche Dienst — Zur Veränderung der Leistungsbedingungen,

6. Lust der Selbstbestimmung in vertikalen Fachbruderschaften

In einem sechsten Ansatz soll eine Erscheinung beleuchtet werden, die speziell in der Bundesrepublik zu einer mehr und mehr unangefochtenen Politiksteuerung durch einen kleinen Teil des öffentlichen Dienstes, nämlich der „Koordinierungsbürokratie“ geführt hat. Ich meine die Selbstbestimmung in der Form von vertikalen Fachbruderschaften⁷³.

Seit vielen Jahren (wenn nicht Jahrzehnten) hat der Bund entdeckt, daß eine bestimmte öffentliche Aufgabe, für die die Kompetenz bei den Ländern oder den Kommunen lag, nicht so wirkungsvoll und insbesondere nicht so gleichmäßig erfüllt wurde, wie dies ein Ministerialrat in einem Bundesministerium oder auch ein Bundestagsabgeordneter in einem Fachausschuß für wünschenswert hielt. Aus angeblich gesamtstaatlichen Interessen, selbstverständlich zur Herstellung „wertgleicher Lebensverhältnisse“, wurde dann ein Fond in den Bundeshaushalt eingestellt, aus dem zunächst eine Spitzenfinanzierung für einige besonders dringliche Landes- oder Kommunalobjekte von der Bundeseite gewährt werden konnte. Der gleiche Vorgang fand auf der Landesebene statt, d. h. ein angeblich landespolitisch vordringliches Interesse an der möglichst gleichmäßigen Durchführung einer den Kommunen zustehenden öffentlichen Aufgabe hat dazu geführt, daß man einen Fond zur Spitzenfinanzierung im Landeshaushalt unterbrachte.

Das alles geschah mit bester Absicht und jeweils initiiert von den engagierten Vertretern des jeweiligen öffentlichen Teilbereichs auf Bundesebene und auf Landesebene. Nun sind aber in unserem System auf allen Ebenen so viel engagierte Verwaltungsleute und Politiker tätig, und sie haben im Laufe der Jahre jeweils so viele Teilbereiche der öffentlichen Aufgaben und Politik als jeweils vordringlich aus übergeordneter Sicht

in: *Eberhard Laux* (Hrsg.), *Das Dilemma des öffentlichen Dienstes*, Schriften der Deutschen Sektion des Internationalen Instituts für Verwaltungswissenschaften, Band 4, Bonn 1978, S. 46: „Ist der öffentliche Dienst fest in der Hand der öffentlichen Dienste?“ Er läßt die Frage schließlich offen, gibt aber viele Gründe dafür an, daß man sie stellen kann.

⁷³ Der Verfasser hat in seinem Beitrag, *System einer integrierten Entwicklungsplanung im Bund*, in den Ländern und Gemeinden, in: *Politikverflechtung zwischen Bund, Ländern und Gemeinden*, Schriftenreihe der Hochschule Speyer, Band 55, Berlin 1975, S. 129 ff. (S. 134), noch von „vertikaler Ressort-Kumpanei“ gesprochen; tatsächlich geht es nicht nur um das vertikale Zusammenwirken von Ressorts, sondern um eine generelle Erscheinung der leichteren Abstimmung zwischen Personen, die sich fachlich und nach ihrem Interesse zusammengehörig fühlen. Subjektiv geht es dabei nicht böseartig, sondern meist löblich zu. Objektiv sind die schädlichen Auswirkungen nicht zu übersehen.

entdeckt, daß das ehemalige „Spitzenfinanzierungssystem für eklatante Notfälle“ das heute herrschende und absolut gängige Planungs-, Entscheidungs- und Finanzierungssystem für alle wichtigen öffentlichen Aufgabenkomplexe geworden ist.

Das was hier gemeint ist, wurde dann sogar verfassungsrechtlich sanktioniert und als Ergebnis einer großartigen Finanzreform⁷⁴ so gefeiert, daß die Enquete-Kommission Verfassungsreform diese Gestaltung sogar grundsätzlich beibehalten und komplettieren will⁷⁵. Im Bund-Länder-Verhältnis kennen wir bereits heute die Wirtschaftsstrukturverbesserung, den Hochschulbau, die Agrarstrukturverbesserung, die Bildungsgesamtplanung, die Forschungsförderung, die Gemeindeverkehrsfinanzierung, die Krankenhausfinanzierung, die Städtebauförderungsmittel und neuerdings sogar die 50 %-Bundesmitfinanzierung von Kunstkäufen durch Landes- und Kommunalmuseen im Ausland.

Fast jedes der vielen Konjunkturprogramme⁷⁶ der letzten Zeit lief nach dem vertikalen Mischfinanzierungsmodell ab. Bei dem Programm zur Energieeinsparung wurde selbstverständlich zunächst im Verwaltungswege versucht, Bund-Länder-Verfälschung nach dem Muster herzustellen: Gebe ich Geld, mußst Du auch etwas geben. Darüber hat man sich dann so lange gestritten⁷⁷, daß die schließlich gefundene gesetzliche Kompromißregelung⁷⁸ genau dann in Kraft gesetzt werden konnte, als die Baupreise gerade wieder davonliefen.

Die vertikalen Fachbruderschaften der Koordinierungsbüro-

⁷⁴ Finanzreformgesetz vom 12. 5. 1969 (BGBl. I S. 359).

⁷⁵ Schlußbericht der Enquete-Kommission Verfassungsreform, BT-Drs. 7/5924 vom 9. 12. 1976, S. 148 ff. (S. 170 ff., 253).

⁷⁶ Sonderprogramm für Gebiete mit speziellen Strukturproblemen vom 6. Februar 1974, Finanzbericht 1975, Übersicht 5, S. 220; Sonderprogramm zur regionalen und lokalen Abstützung der Beschäftigung vom 25. September 1974, Finanzbericht 1976, Übersicht 5, S. 224; Programm zur Förderung von Beschäftigung und Wachstum bei Stabilität vom 12. Dezember 1974, Finanzbericht 1976, Übersicht 5, S. 224 f.; Programm der Bundesregierung zur Stärkung von Bau- und anderen Investitionen vom 27. August 1975, Finanzbericht 1976, Übersicht 5, S. 226; Programm für Zukunftsinvestitionen vom 23. März 1977, Finanzbericht 1978, Übersicht 5, S. 223; Bericht über die Konjunktur- und Sonderprogramme 1974 und 1975, Anlage 2 der BT-Drs. 7/4677 (Jahreswirtschaftsbericht der Bundesregierung 1976); Richard R. Klein, Kommunale Aspekte der Konjunkturbelebungsprogramme 1974 und 1975, Der Gemeindehaushalt 1976, S. 145 ff.

⁷⁷ Zum Ablauf der fast einjährigen Verhandlungen vgl. Rolf Zundel, Wie man das politische System ruiniert, Der Leidensweg einer Vorlage — eine Fallstudie, in: DIE ZEIT vom 23. Juni 1978, S. 5.

⁷⁸ Gesetz zur Änderung des Wohnungsmodernisierungsgesetzes vom 27. Juni 1978 (BGBl. I S. 878).

kratie gedeihen nun nicht nur bei den „Gemeinschaftsaufgaben“⁷⁹ dieser und jener Kategorie. Sie hat sich auch in solchen (den „Gemeinschaftsaufgaben“ fernen) Bereichen wie der Polizei, der Schule, der Sozialhilfe, der Jugendhilfe, dem Bundesfernstraßenbau usw. als selbstverständliche Verfahrensweise eingenistet⁸⁰. In wieviel Fach- und Unter-„Kränzchen“ sich etwa die Straßenbauer von Bund, Ländern und Gemeinden dauernd treffen und Richtlinien⁸¹ tausenderlei Art ausarbeiten, ist frappierend. Die Vorstellung, daß der Bund heute tatsächlich selber bestimmen könne, wo und in welchem Umfange Bundesfernstraßen gebaut werden, kann nur der naiv Zuständigkeitsgläubige haben. Der höchste Erfolg, den ein Länder-Straßenbauer erringen kann, ist, sichergestellt zu haben, daß trotz des hoch komplizierten Nutzwertanalyse-Verfahrens, mit dem die Bundesfernstraßenplanung aufgestellt wird⁸², der auf sein Land entfallende Investitionsanteil des Bundesfernstraßenbaus gegenüber dem Vorjahr nicht sinkt⁸³. Die vertikale

⁷⁹ „Gemeinschaftsaufgaben“ sind nicht nur von oben nach unten entstanden, sondern auch von unten nach oben. Beim Wasserstraßenbau und der Elektrifizierung der Bundesbahn geben z. B. die Länder (obwohl es sich eindeutig um Bundesaufgaben handelt) hohe Landesmittel aus, um bevorzugt Kanäle und schnellere Bundesbahnstrecken auf ihrem Landesgebiet zu erhalten.

⁸⁰ Da in diesem Bereich alles so kompliziert ist, neigen die Prozesse, die hierbei ablaufen, zur Bürokratisierung, d. h. sie laufen in den jeweils verwandten Fachbürokratien der übereinandergeschichteten Ebenen ab. Politische Absicherungen werden beim jeweils günstig gesonnenen Fach-Politiker (Vorsitzenden des Fachausschusses) und den Funktionären des jeweilig fachlich zuständigen Interessenverbandes gesucht. Die Parlamente werden nach Möglichkeit mit der fertigen Absprache konfrontiert, das bedeutet im Regelfall: Der Bundestag, die Landtage, die Gemeinderäte und Kreistage können nur noch sanktionieren, der öffentliche Dienst hat die eigentliche Sachherrschaft oder (besser) den vertikalen Aushandel- und Kompromiß-Vorrang.

⁸¹ Die Zahl der an der Ausarbeitung und Abstimmung von Richtlinien beteiligten Bediensteten hat in den letzten Jahren so sehr zugenommen, daß man bereits von einer „Richtlinienbürokratie“ sprechen kann. Ein Teil der „Richtlinien“ dient auch zur „Typisierung“, um Massenvorgänge überhaupt vollziehbar zu machen; vgl. dazu *Josef Isensee*, Die typisierende Verwaltung, 1976, *Thomas A. H. Schöck*, Innerstaatliche Kooperation beim Vollzug von Steuergesetzen in der Bundesrepublik Deutschland, Steuer und Wirtschaft, 1977, S. 22 ff.

⁸² Vgl. dazu *Hans Jürgen Huber*, Neuer Bedarfsplan für die Bundesfernstraßen ab 1976, Straße und Autobahn 1976, S. 82 ff.; *Peter Bayer*, *Klaus Eckert*, *Dieter Niemann*, Verfahren und Durchführung der Maßnahmebewertung bei der Überprüfung des Bedarfsplanes für die Bundesfernstraßen, Straße und Autobahn 1976, S. 92 ff.

⁸³ Daß dieses für alle „Gemeinschaftsaufgaben“, aber auch für sonstige Investitionsaufgaben des Bundes im Gebiet der Länder

Fachbruderschaft reicht selbstverständlich auch in die europäische Bürokratie, insbesondere nach Brüssel.

In den Kommunen, bei den Ländern und beim Bund ist es üblich geworden, daß ein Amtsleiter oder Referent intensive Vor- und Abstimmungsgespräche über Zuschußaussichten, Genehmigungsbedingungen, fachliche und politische Opportunität usw. einer Angelegenheit nach oben und unten mit „seinen“ Leuten führt, bevor er in seiner eigenen Verwaltung seinem Chef einen Vorschlag für größere Investitionen, Verwaltungs- oder Regelungsaktivitäten macht. Voraussetzung dafür, daß man überhaupt ernsthaft mit seinem jeweiligen Vorschlag in Betracht gezogen wird, ist, daß man mitteilen kann, daß die Sache oben oder unten gern gesehen werde, daß man Zuschüsse in der und der Höhe bekomme, daß notwendige Zustimmungen voraussichtlich erteilt würden usw. usw.

Die Profilierungsmöglichkeiten und die (subjektiv auch so empfundenen) Erfolge im beruflichen Alltag der leitenden Angehörigen des öffentlichen Dienstes liegen heute bereits auf diesem (internen bürokratischen) Felde. Der ist der Beste, der den jeweiligen Landesanteil an Bundesmitteln oder den Bundesanteil an Europamitteln erfolgreich verteidigen konnte, der seine Formulierungen im Musterentwurf von Länderrichtlinien oder Ländergesetzen unterbringen konnte, der nach zehn Jahren Bemühungen einen Verkehrsverbund im Verdichtungsraum Soundso zwischen x-finanziell Beteiligten zustande bringen konnte. Ein guter „Koordinierungsbürokrat“ zu sein (also intern zu glänzen), bringt mehr Beförderungschancen, als die staatlichen Regelungen und Leistungen gegenüber dem Bürger zu vertreten (also extern zu wirken).

Die hohe Kunst, in diesem schwierigen Bereich zu arbeiten, die Lust, unter fachlich gleichgerichteten „Brüdern“ dauernd abstimmen und vertikale Kompromisse suchen zu müssen, bringt offenbar, insbesondere in den oberen Rängen, einen neuen Typ des Funktionärs im öffentlichen Dienst hervor. Es ist hier der Übergang vom mehr klassischen zum mehr politischen Bürokraten festzustellen⁸⁴. Der politische Koordinierungsbeamte ist heute der typische Mikropolitiker⁸⁵, derjenige, der ständig um die Bildung innerorganisatorischer oder ebe-

gilt, haben *Fritz Scharpf*, *Bernd Reissert*, *Fritz Schnabel*, *Politikverflechtung: Theorie und Empirie des kooperativen Föderalismus in der Bundesrepublik*, Kronsberg/Ts. 1976, festgestellt.

⁸⁴ Vgl. *Bärbel Steinkemper*, a. a. O. (Anm. 66), S. 97.

⁸⁵ Zum Begriff „Mikropolitiker“ *Horst Bosetzky*, *Traditionelle Verwaltung — Planer — Politiker*, in: Stadtverband Saarbrücken, Entwicklungsplanung, Bericht Nr. 4, Seminar November 1975.

nenüberspringender Koalitionen bemüht ist und damit partiell wie tendenziell partikularistischen und Fachinteressen den Vorrang vor universalistischen Zielen gibt.

In den Ministerien von Bund und Ländern und in den Spitzenstellungen der Großstädte und Landkreise ist der öffentliche Dienst heute jedenfalls weidlich damit beschäftigt, den Standard der öffentlichen Aufgabenerfüllung und teilweise auch die Erfindung neuer öffentlicher Aufgaben mit Hilfe von Gesetzen, Erlassen und Programmen, insbesondere aber durch Geld⁸⁶, an dessen Annahme man Bedingungen knüpft, zu steuern. Die Parlamente sind zwar noch beteiligt an den Gesetzgebungsvorgängen⁸⁷, sie ändern auch dieses und jenes, der besonders gute Ministerialbeamte hat aber die Formulierung schon im Vorfeld der Entscheidung soweit vorbesprochen, herunterkoordiniert, abgestimmt und mit ein klein wenig Änderungsstoff für die partout nicht zu überzeugenden Politiker angereichert, daß im Endergebnis genau das aus dem gesetzgeberischen Ratifizierungsprozeß herauskommt, was die Ministerialbürokraten für angemessen und machbar halten. Dies ist gewöhnlich nicht wenig. Es ist genau geregelt und entspricht einem fachlich hohen Standard.

Der Wandel des einfachen Gesetzgebers zum „motorisierten Gesetzgeber“⁸⁸ hat sicherlich viele Gründe. Von der Mehrzahl der Politiker ist er wohl nicht gewollt, sondern wird „erlitten“. Ein Teil der Beschleunigung des Normenausstoßes hat seinen

⁸⁶ Das Präsidium des Deutschen Anwaltsvereins hat am 19. 9. 1978 eine Resolution zur „Eindämmung der Gesetzesflut“ gefaßt. Darin wird darauf hingewiesen, daß politische Entscheidungen sich im Rechtsstaat in Gesetzen niederschlagen müßten. „Ein wesentlicher Teil der Gesetzgebung in Bund und Ländern setzt jedoch nicht politische Entscheidungen um, sondern verwirklicht stattdessen häufig Wunschträume von Ministerialbürokratie und Verbänden.“

⁸⁷ Niklas Luhmann, Die Organisationsmittel des Wohlfahrtsstaates und ihre Grenzen, Vortrag auf der Bürokratisierungstagung der CDU am 19. 4. 1978 in Bonn, hat „Recht und Geld“ als die Mittler bezeichnet, mit deren Hilfe der Wohlfahrtsstaat seine Tätigkeiten steuert, in: Heiner Geißler (Hrsg.), a. a. O. (Anm. 63), S. 112 ff. (S. 113 f.).

⁸⁸ Eine Kritik der „Gesetzesflut“ vorwiegend aus der Perspektive der Verwaltungsgerichtsbarkeit bieten Hans-Dietrich Weiß, Verrechtlichung als Selbstgefährdung des Rechts, DÖV 1978, S. 601, und Georg Berner, Inflation im Recht, in BayVBl. 1978, S. 617; Ursachen und Möglichkeiten der Eindämmung der Normenflut werden von Hansjörg Jellinek, Ursachen und Reduktionsmöglichkeiten der Überfülle von Rechtsvorschriften, Verwaltung und Fortbildung, Schriften der Bundesakademie für Öffentliche Verwaltung, 1978, S. 62 ff. untersucht.

Ursprung in Brüssel⁸⁹, ein anderer Teil wird durch die neue „Wesentlichkeits-Theorie“ der Verwaltungsgerichte und die Verrechtlichungs-Forderungen der Verfassungsgerichtsbarkeit angeregt⁹⁰. Ein nicht unwichtiger weiterer Teil beruht aber auf dem Eigenleben der vertikalen Kommunikationsstruktur der Verwaltungsfachleute untereinander, die auf eine permanente Niveauanhebung in der Leistungsdarbietung der öffentlichen Verwaltung tendiert.

Die neue Regelungssucht traf jedenfalls nicht auf die Ablehnung der „Koordinierungsbürokratie“. Hier und nirgendwo sonst wird seither „vor“-entschieden, wie kompliziert und teuer das neue Jugendhilferecht⁹¹ werden soll, welchen Standard an Lärmbelästigung der Straßenanlieger auszuhalten hat, welche Feinheiten der Berechnungen bei BAFöG-Bewilligungen durchzuführen sind, welche Bundesfernstraßen in den nächsten fünf Jahren gebaut werden, usw. usw. Es ist festzuhalten, daß die Leitungsebene des öffentlichen Dienstes im bundesdeutschen Staat der Gegenwart ganz im Gegensatz zum Verfassungsverständnis unserer Staatsrechtslehre Art und Umfang der öffentlichen Aufgabenerfüllung nicht etwa nur mitbestimmt, sondern in pragmatischer Illegalität^{91a} weitgehend selbst bestimmt.

Zusammenfassend zeigt sich also, daß wir dabei sind, eine höchst komplizierte, planerische, finanzielle, säulenartige Abstimmungsmaschinerie zwischen Europa, Bund, Ländern und Kommunen in die Hand einer sich ausweitenden und mächtiger werdenden Abstimmungs- und Richtlinienbürokratie zu geben.

⁸⁹ Das Bundesgesetzblatt I 1977 enthält allein mehr als 200 Seiten mit Hinweisen auf Rechtsvorschriften, die mit ihrer Veröffentlichung im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften unmittelbare Rechtswirksamkeit in der Bundesrepublik Deutschland erlangt haben.

⁹⁰ Vgl. jeweils mit weiteren Nachweisen zur Rechtsprechung des BVerfG Gunter Kisker, Neue Aspekte zum Streit um den Vorbehalt des Gesetzes, NJW 1977, S. 1313 ff.; Gerd Roellecke, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit im Grenzbereich zur Gesetzgebung, NJW 1978, S. 1776 ff.; OVG Münster, Beschluß vom 18. 8. 1977 (Kalkar), DVBl. 1978, S. 62 ff. (S. 64).

⁹¹ Über den jährlichen zusätzlichen Kostenaufwand, den das neue Jugendhilfegesetz in seiner Entwurfsfassung verursachen würde, gegen die Meinungen weit auseinander. Das Bundesministerium für Jugend, Familie und Gesundheit behauptet, es werde jährlich nicht mehr als 600 Mio. Kostenmehraufwand auf der örtlichen Ebene erfordern; die Länder gehen von 1,2 Milliarden DM aus.

^{91a} Dies ist etwas anderes als die systemtheoretisch positiv gesehene „brauchbare Illegalität“ von Niklas Luhmann, Funktionen und Folgen formaler Organisation, Berlin 1964, S. 304.

7. Not der Selbstbestimmung durch Regelungsüberlastung

In einem siebten und letzten Ansatz zur Lagebeschreibung wäre zu fragen, was denn das Ergebnis dieser *Lust* an der vertikal abgestimmten Regelung bei der Masse des öffentlichen Dienstes ist. Um die Antwort vorwegzunehmen: Große Not, nämlich Not der Selbstbestimmung durch Regelungsüberlastung.

Auf der Durchführungsebene der öffentlichen Verwaltung, also bei den Gemeinden, Städten und Kreisen, den Regierungspräsidenten, aber auch bei den vielen Sonderbehörden, Einrichtungen und Anstalten, ist durch die geschilderte Regelungssucht eine Form von Selbstbestimmung notwendig geworden, die nur als „tragisch“ bezeichnet werden kann. Die „genaue Beachtung und strikte Anwendung“ aller Gesetze und Verordnungen, Richtlinien und Erlasse, Pläne und Programme durch den öffentlichen Dienst würde inzwischen auf nahezu jedem Verwaltungsgebiet die Tätigkeit der Verwaltung zum Stillstand kommen lassen.

Es steht heute fest, daß auf weiten Gebieten des Umweltschutzes, der Sozialhilfe, des Strafvollzugs, der Polizei, des Baugenehmigungsverfahrens, der Regionalplanung, des Hochschulrechts, des Lebensmittelrechts, bei den Vorschriften über Sozialwohnungen, Heime, Volkshochschulen, technische Überwachungspflichten usw. usw. eine Lage eingetreten ist, bei der realistischerweise nur noch Teile der jeweiligen Vorschriften beachtet, durchgesetzt und kontrolliert werden können.

Man darf sich dies nun nicht so vorstellen, daß der öffentliche Dienst jeweils heroisch und systematisch darüber entscheiden würde, welche Rechts- oder Verwaltungsvorschrift man anwenden will und welche nicht⁹². Im Grunde soll natürlich alles beachtet werden. Der Vorrang des Kurzfristigen, des simpel Nachprüfbaren, des Angeprangerten durch Presse oder Bürgerinitiativen, des Löcherstopfens zugunsten gerade modischer Verwaltungsgebiete lassen die eigentlichen sozialen, pflegerischen und gestalterischen Aufgaben, die in den Vorschrif-

⁹² Vgl. aber den Beschluß des Hamburger Senats aus dem Jahre 1971: „Die Behörden haben alle Aufgaben daraufhin zu überprüfen, ob und in welchem Umfang sie eingeschränkt werden oder wegfallen können. Von einer solchen Überprüfung sollen auch solche Aufgaben nicht ausgeschlossen bleiben, die zwar gesetzlich vorgeschrieben, deren Wahrnehmung aber nicht dringend notwendig erscheint. Dadurch bedingte Beeinträchtigungen in der Qualität und Quantität staatlicher oder mit staatlicher Hilfe erbrachten Leistungen müssen, wenn nötig, hingenommen werden.“ Zitiert nach: Rudolf Dieckmann, Aufgabenkritik in einer Großstadtverwaltung unter besonderer Berücksichtigung Hamburgs, Schriftenreihe der Hochschule Speyer, Band 65, Berlin 1977, S. 56, Anm. 69.

ten enthalten sind, immer wieder an den Schluß der Bemühungen gelangen, so daß ihre Durchführung einfach „versickert“.

Zahlungsvorgänge und innerhalb von Fristen zu erlassende Verwaltungsakte rangieren dabei immer unter dem Teil der Verwaltungstätigkeit, der noch relativ glatt läuft: Hier gibt es unzufriedene Antragsteller und die Rechnungsprüfung. Die interne „Intendantur“-Verwaltung: Das gesamte Personalrecht, das Beamtenrecht mit den filigranhaft geordneten Nebengebieten, das Haushalts-, Kassen- und Rechnungswesen, alles dies wird noch voll durchgeführt, in mancher Hauptverwaltung oder Z-Abteilung und von manchen Haushaltsreferenten geradezu „zelebriert“. Nichtgeldliche soziale Leistungen dagegen, Überwachungsaufgaben, die von den Überwachten nicht gern gesehen werden, Aufgaben, die sozial-psychologischen und pädagogischen Einsatz erfordern, die eine Einstellungsänderung bei den Bediensteten voraussetzen, solches bleibt bei der immer größeren Regelungsüberlastung auf der Strecke. Die Erlasse, Rundschreiben und Richtlinien, mit denen die örtlichen und regionalen Behörden überschwemmt werden (ohne daß sie ausgebildetes neues Personal hätten), werden nur noch hemmungslos vervielfältigt und — wenn es gut geht — ordnungsgemäß (an hervorragender Stelle) weggeheftet⁹³.

Der deutsche öffentliche Dienst ist offenbar selbstbewußt, pragmatisch und flexibel genug, mehr oder weniger selbst zu bestimmen, was er von den geregelten Tatbeständen anwenden will und was er für unanwendbar hält. Umfragen bei vielen Verwaltungsleuten haben mir das bestätigt. Sie mögen es nicht glauben, denn die deutsche Verwaltung funktioniert ja offenbar, sie tut es jedoch auf den Durchführungsebenen weithin in der Form des pragmatischen Verfassungsverstoßes, indem sie notgedrungen nicht mehr alles tut, was sie eigentlich tun müßte.

Dem könnte entgegengehalten werden, daß es sich nur um Eindrücke und Behauptungen handle, die nicht belegt sind. Es muß daher etwas konkreter dargestellt werden, worum es sich

⁹³ *Erwin Schleberger*, Im Griff der Bürokraten, Die Manie staatlichen Regels, DIE ZEIT vom 27. 10. 1978, S. 26 f., hat darauf aufmerksam gemacht, daß zwischen dem „Abheften“ und dem tatsächlichen Anwenden von Vorschriften mehrere Zwischenmöglichkeiten bestehen: „Bei den Verwaltungen, die diesen Wust von Regelungen umsetzen, in der Tagesarbeit zu realisieren haben, führt dies häufig dazu, daß sie die Regelungen nicht einmal mehr lesen können, sondern sich auf das Abheften beschränken. Wenn sie aber gelesen werden, fehlt oft die Möglichkeit, sie geistig zu verarbeiten. Wenn dies wiederum gelingt, ist es immer noch eine offene Frage, ob sie tatsächlich angewandt werden.“

handelt. Dies kann nur beispielhaft geschehen, denn quantitative, empirische Forschung fehlt fast vollständig. Unsere Sozialwissenschaftler nähern sich solchen Fragen ja mehr als zögernd und jammern allenfalls im Bereich des Umweltschutzes über ein „Vollzugsdefizit“⁹⁴.

Es sollen einige Beispiele genannt werden, von denen man nicht überall lesen kann. So viel aber vorweg:

- In der ersten Legislaturperiode hat der Bundestag 4300 Seiten, in der siebten Legislaturperiode 12 800 Seiten Bundesgesetzblatt produziert⁹⁵.
- Für eine simple Durchlauftrockenanlage kämpfte ein metallverarbeitender Industriebetrieb mit 3 kg Formularen und leistete 119 Unterschriften⁹⁶.
- In Nordrhein-Westfalen stehen einer Baugenehmigung 38 Bundesgesetze, 42 Bundesverordnungen und 6 Bundesrichtlinien, 59 Landesgesetze und Verordnungen, 16 Richtlinien sowie 128 Erlasse entgegen⁹⁷ (manche Kollegen sprechen bei dieser Lage immer noch von Bau-„Freiheit“, ohne rot zu werden).

⁹⁴ In seinem Umweltgutachten 1974 hatte der Rat von Sachverständigen für Umweltfragen von einem „Vollzugsdefizit“ im Umweltschutz gesprochen. Dieser Feststellung wurde damals heftig widersprochen. Inzwischen liegt eine empirische Untersuchung von Renate Mayntz u. a., Vollzugsprobleme der Umweltpolitik, Materialien zur Umweltforschung, herausgegeben vom Rat der Sachverständigen für Umweltfragen, Wiesbaden 1978, vor. Nach der Untersuchung liegen die Vollzugsprobleme zum großen Teil bei der Überwachung und der Durchsetzung von Verwaltungsakten mit Hilfe von Sanktionen. Beides erfolgt nur selten. Die Haupttätigkeit der Umweltschutzbehörden liegt bei der Bearbeitung von Genehmigungsanträgen. Im Vergleich zu der Aufgabe gibt es zu wenig Personal; Renate Mayntz, a. a. O., S. 38 ff. Vgl. auch Rudolf Stich, Personale Probleme des Vollzugsdefizits in der Umweltschutzverwaltung, in: König/Laubinger/Wagener (Hrsg.), Öffentlicher Dienst, Festschrift für Carl Hermann Ule, Köln u. a. 1977, S. 215 ff.; Carl Hermann Ule/Hans-Werner Laubinger, Empfehlen sich unter dem Gesichtspunkt der Gewährleistung notwendigen Umweltschutzes ergänzende Regelungen im Verwaltungsverfahren- und Verwaltungsprozeßrecht?, Gutachten B zum 52. Deutschen Juristentag, München 1978, B 13 ff.

⁹⁵ Nach Karl Carstens, Zur Stellung der Beamten in unserem Staate, in: Beamtenstatus, Ärgernis oder Verpflichtung?, Godesberger Taschenbücher, Schriften zur Staats- und Gesellschaftspolitik, Band 15, Bonn 1978, S. 13 ff. (S. 15).

⁹⁶ DIE ZEIT vom 1. 9. 1978, S. 23.

⁹⁷ Antwort der Landesregierung von Nordrhein-Westfalen vom 25. 4. 1978 auf die Kleine Anfrage 1199, Landtagsdrucksache 8/3199, S. 2.

Es ist seit Jahren bekannt, daß große Teile der Vorschriften auf dem Gebiete des *sozialen Wohnungsbaues* nicht mehr beachtet und ihre Durchführung nicht kontrolliert wird. Ebenso ist bekannt, daß Normen, Erlasse und Pläne im Bereich des *zivilen Bevölkerungsschutzes* und des *Katastrophenschutzes* weithin nicht angewandt werden. Ihre Durchsetzung ist offenbar auch politisch nicht opportun. Aufgehoben werden diese Regelungen aber auch nicht. Hat man sich einmal klargemacht, welche Auswirkungen dies auf die Glaubhaftigkeit des Grundsatzes der Gesetzmäßigkeit der Exekutive beim öffentlichen Dienst haben muß?

Bis vor kurzem sah es übrigens ähnlich beim Melderecht aus. Es hat sich immer wieder herausgestellt, daß die jeweiligen Mieter von „Terroristenwohnungen“ beim Einwohnermeldeamt nicht gemeldet waren. Wir haben zwar ein lückenloses *Melderecht*, von einem Großteil der Mieter und Vermieter und sogar von der Polizei wird es aber als nicht absonderlich, sondern als ganz normal angesehen, daß man diese Regelungen nicht beachtet⁹⁸. Wer unsere Einwohnermeldebehörden, ihre unzureichende Personalausstattung kennt, weiß, daß die Meldepflicht allenfalls vom Schreibtisch aus (bei Gelegenheit von Paß- und Ausweisanträgen) durchgesetzt wird.

Wenn in Spanien ein *Gastankwagen* explodiert, wird bei uns schnellstens erklärt, dies könne in der Bundesrepublik nicht geschehen, weil die deutschen Vorschriften selbstverständlich viel schärfer und das Blech der Tankbehälter auch dicker sei. Ob die überreichlichen Vorschriften⁹⁹ für gefährliche Tankwagen auch tatsächlich eingehalten werden, und ob ihre Einhaltung auch routinemäßig kontrolliert werden kann, das fragt man besser nicht. In Nordrhein-Westfalen mußten jedenfalls bei einer vom Minister persönlich schnell angeordneten und mit Publicityerfolg durchgeführten Ad-hoc-Überprüfung sofort ein Fünftel der überprüften Gastankwagen stillgelegt werden¹⁰⁰. Erneut: Vorschriften sind vorhanden, ihre Anwen-

⁹⁸ In dem Höcherl-Bericht zum Fall *Schleyer* heißt es dazu wörtlich: „Da dies (die Nichtanmeldung) aber für eine große Zahl der Mieter des Hochhauses zutraf, erscheint es als zweifelhaft, ob dieser Umstand damals (von der Polizei) als besonderes Verdachtsmoment gewertet worden wäre“.

⁹⁹ Vgl. die Darstellung des Staatssekretärs *Haar* in: BT-Drs. 8/2068, S. 22 f.

¹⁰⁰ Nach einer Pressemitteilung des Presse- und Informationsamtes der Landesregierung von Nordrhein-Westfalen vom 18. 8. 1978 waren an der Blitzaktion auf dem Betriebsgelände von 18 Füllstellen großer Raffinerien und Tanklager in Nordrhein-Westfalen insgesamt 50 Beamte der Gewerbeaufsicht und 27 Sachverständige des TÜV beteiligt.

dung wird oder kann von der Verwaltung nicht mehr durchgesetzt werden.

Bei einer Kreisverwaltung wurde kürzlich die Bewilligungspraxis nach dem *Bundesausbildungsförderungsgesetz* überörtlich geprüft (das Kreisrechnungsprüfungsamt kann so etwas schon nicht mehr). Dem zuständigen, sonst tüchtigen Kreisamtmann wurde nachgewiesen, daß 9 % seiner BAföG-Bewilligungen fehlerhaft seien. Der Landrat ließ den Mann kommen und ermahnte ihn. Kurze Zeit darauf wurde intern das Gesamtergebnis der landesweiten Überprüfung mit 21 % Fehlerquote bekanntgegeben. Daraufhin wurde der Amtmann belobigt.

Da ich aus der Pfalz komme, kann ich über die Ergebnisse der Regelungslust in vertikaler europäischer Wein-Fachbruderschaft berichten. Man hat mir glaubhaft versichert, daß ein Winzer, der das heutige europäisch-deutsche *Weinrecht* mit allen seinen Verzweigungen im vollen Umfange beachten will, einen Weinrechtsfachanwalt und einen Fachmann vom Chemischen Untersuchungsamt hauptamtlich beschäftigen müßte. Da dies nicht möglich ist, läßt man Gesetz Gesetz sein und laviert sich nach alten (vielfach besseren) Qualitätsstandards durch.

Nach § 6 Haushaltsgrundsätzegesetz und nach den entsprechenden Vorschriften der Bundeshaushaltsordnung sowie der Landeshaushaltsordnungen ist es seit einigen Jahren Pflicht, Nutzen-Kosten-Untersuchungen (*Wirtschaftlichkeitsberechnungen*) vor größeren Investitionen durchzuführen. Die Rechnungshöfe beanstanden regelmäßig, daß solche Wirtschaftlichkeitsrechnungen nicht angestellt worden sind¹⁰¹. Es gibt aber gar nicht genug Bedienstete, die diese Vorschriften sinnvoll anwenden können. Das Ergebnis ist: Man tut es nicht, aber § 6 Haushaltsgrundsätzegesetz wird selbstverständlich auch nicht aufgehoben.

Welcher Leerlauf in unseren Komplementär-Finanzierungssystemen verschiedenster Art durch die Pflicht des *Verwendungsnachweises*¹⁰² der jeweilig Zuschuß nehmenden Verwaltungseinheit entsteht, ist nie in Zeit und Geld berechnet wor-

¹⁰¹ So kommentiert der Rechnungshof Baden-Württemberg, Denkschrift zur Haushaltsrechnung von Baden-Württemberg für das Haushaltsjahr 1976, Stuttgart 1978, S. 22 f., das Ergebnis einer Umfrage zu den Nutzen-Kosten-Untersuchungen dahin, daß in den meisten Fällen keine Wirtschaftlichkeitsberechnungen durchgeführt wurden, obwohl diese angebracht gewesen wären. Soweit Wirtschaftlichkeitsberechnungen durchgeführt wurden, waren diese mit gravierenden Mängeln behaftet. Erfolgskontrollen unterbleiben fast ausnahmslos.

¹⁰² Vgl. § 26 Haushaltsgrundsätzegesetz sowie § 44 Bundeshaushaltsordnung und die Nr. 12 bis 14 der Vorläufigen Verwaltungsvorschriften zur Bundeshaushaltsordnung.

den. Was an Kraft und Intelligenz für die Aufstellung der Verwendungsnachweise, durch den üblichen Streit der beteiligten Rechnungsbeamten und der Ausräumung der späteren Bemerkungen der Rechnungsprüfung hierzu, aufgewendet wird, ist dem Außenstehenden überhaupt nicht nahezubringen. Ein nicht geringer Teil der Arbeitskraft hervorragender Mitarbeiter wird auf diesem Gebiet verschleudert¹⁰³.

Einen erheblichen Einsatz sehr qualifizierten Personals, eine Auftragswelle für Verwaltungsberatungsfirmen und sehr wahrscheinlich sehr begrenzten Erfolg hat die ab 1. 1. 1979 vorgeschriebene Einführung der *Rechnungs- und Buchführungspflicht von Krankenhäusern*¹⁰⁴ gebracht. Wenn die Krankenhäuser tatsächlich nach dem jeweiligen Ergebnis der Kostenrechnung schneller und flexibler reagieren könnten, wenn wirtschaftliches Handeln im Bereich des Krankenhauses dadurch stärker gefördert würde als es zur Zeit nach kameralistischer Haushaltsführung möglich ist, dann würde sich der Aufwand lohnen. Tatsächlich hängen jedoch alle wesentlichen Faktoren des Wirtschaftens heute nicht mehr vom Krankenhaus und vom Krankenhausträger selbst ab. Die Größe des Hauses und seine innere Struktur bestimmt die Landeskrankenhausplanung. Die Investitionen werden von Land und Bund nach dem Krankenhausfinanzierungsgesetz und die Pflegesätze nach groben Maßstäben von den Ministerien festgelegt. Die Qualität ärztlicher und pflegerischer Leistungen wird man wohl sowieso nicht durch Kostenrechnungen verbessern. So bleiben von der ganzen Übung Einsparungen in der Apotheke, Küche, Wäscherei und Hausreinigung. Ansonsten ist das höchst aufwendige neue Verfahren nur dazu da, die Abrechnungen und Klassifizierungen der Krankenhäuser im Verhältnis zum Land, zum Bund und zu den verschiedenen Krankenkassen durchsichtiger zu machen und die Preise für Krankenhausleistungen zu kontrollieren, also mehr zentrale Eingriffsmacht zu installieren.

Bei dem Versuch, die Aussagen durch Praxisbefragung abzusichern, sind im erschreckenden Maße zwingende Aussagen darüber gemacht worden, daß etwa

- der Datenschutz im Behördenbereich,
- das neue Wasserrecht mit den ab 1981 fälligen Abgaben für Verschmutzer,

¹⁰³ Um es bereits hier zu sagen: nicht die Verwendungsnachweise müssen abgeschafft werden, sondern die Mischfinanzierungspraxis, dann brauchte man nämlich keine Verwendungsnachweise.

¹⁰⁴ Krankenhaus-Buchführungsverordnung vom 10. 4. 1978 (BGBl. I S. 473).

- die Vorschriften zur Überwachung von Lebensmitteln,
- die Güteüberwachungsvorschriften in weiten Bereichen der Industrie,
- die Betriebsprüfung mittlerer und kleiner Unternehmen durch die Finanzämter,
- das Heimgesetz mit seinen Durchführungsverordnungen nur noch zum Teil administrierbar sind.

Zur Abrundung ist noch auf das *Planungsrecht* hinzuweisen. Symptomatisch dürfte sein, daß nach Umfragen bei kreisfreien Städten in Nordrhein-Westfalen Bebauungsplanverfahren 1974 noch durchschnittlich zwei Jahre dauerten, während es 1978 nach dem novellierten Bundesbaugesetz bereits drei Jahre sind.

Bei Regionalplänen wird inzwischen ein Perfektionsgrad¹⁰⁵ verlangt, der kaum noch zu überbieten ist. Zusammen mit den immer schwieriger durchzuführenden verschiedenen Beteiligungsformen der Betroffenen und der Öffentlichkeit hat dies dazu geführt, daß Regionalpläne in weiten Teilen des Bundesgebietes über viele Jahre im Stadium des Entwurfs steckenbleiben¹⁰⁶.

Großkraftwerke sind bisher weitgehend ohne Bebauungsplan errichtet worden, weil das Planverfahren, obwohl rechtlich geboten, von vornherein zu schwerfällig, langwierig und rechtsmittelanfällig erschien. Gleiches gilt etwa auch für den Bau vieler neuer Hochschulen in Nordrhein-Westfalen. Über 90 % der emittierenden großindustriellen Anlagen in den städtischen Verdichtungsräumen Nordrhein-Westfalens sind planungsrechtlich nicht erfaßt und lassen sich ebenso wie die sie umgebenden Bereiche planungsrechtlich auch nicht einordnen, weil das Planungsrecht und seine überreichliche Interpretation durch Richtlinien und Richtzahlen von Idealzuständen von viel zu hohen Standards ausgeht. Folge ist, daß überhaupt keine Steuerbarkeit zum Besseren, jedenfalls vom Planungsrecht her, gegeben ist¹⁰⁷.

¹⁰⁵ Vgl. etwa den Erlaß des Innenministeriums des Landes Baden-Württemberg über die Aufstellung der Regionalpläne vom 10. Juni 1975 (GABl. S. 769) und die Ersten Richtlinien für die Ausarbeitung von Regionalplänen vom 10. Juni 1975 (GABl. S. 733); für Nordrhein-Westfalen: 2. DVO zum Landesplanungsgesetz vom 4. 5. 1976 (GV NW S. 225) und 3. DVO zum Landesplanungsgesetz vom 4. 5. 1976 (GV NW S. 227).

¹⁰⁶ Dies gilt zumindest für Baden-Württemberg, Hessen und Nordrhein-Westfalen. Vgl. auch Frido Wagener, Mehr horizontale Koordinierung bei Bund und Ländern, in: Informationen zur Raumentwicklung, Heft 1 1978, S. 13 f.

¹⁰⁷ Die zur Zeit einzig verbindliche großräumige Standortvorsorgeplanung für Kraftwerke besteht in Baden-Württemberg (Verord-

Dieses ist bei weitem nicht die einzige Planungsart, die kaum zu praktischer Wirksamkeit gelangt. Gerade in Nordrhein-Westfalen, unserem diesjährigen Gastlande, hat man in den letzten Jahren so viele neue öffentliche Planungsverfahren und -anforderungen als Pflichtaufgaben für die kommunale Seite entwickelt (die Landschaftsplanung¹⁰⁸, die Weiterbildungsentwicklungsplanung¹⁰⁹ und demnächst die Jugendhilfeplanung¹¹⁰), daß sie sich alle gegenseitig behindern und nichts von alledem als eingeübt und tatsächlich wirksam betrachtet werden kann¹¹¹.

Alle Pläne sind „vordergründig“ in Arbeit, der öffentliche Dienst funktioniert insoweit, aber die Abgrenzungsschwierigkeiten und die damit verbundenen behördlichen Abstimmungsprozesse und Querelen machen es allen Beteiligten immer leichter, auf dem Gesamtgebiet der öffentlichen Planung nichts mehr eigentlich ernst zu nehmen, sondern das zu tun, was man seit Jahrzehnten getan hat, nämlich dort, wo es zu brennen scheint, einzugreifen und zu löschen und von kurzfristiger Tagesentscheidung zu Tagesentscheidung (selbstverständlich in vertikaler Fachbruderschaft) in die Zukunft zu taumeln.

Nur nachrichtlich: In Nordrhein-Westfalen gibt es soeben ein neues Schulmitwirkungsgesetz¹¹²; ein Musikschulgesetz, ein Archivgesetz, ein Bibliotheksgesetz, ein Denkmalschutzgesetz,

nung der Landesregierung über die Verbindlichkeitserklärung des Fachlichen Entwicklungsplanes „Kraftwerksstandorte“ vom 6. 7. 1976 (GBl. S. 545)). Zwischenzeitlich ist in Bayern der Standort-sicherungsplan für Wärmekraftwerke vom 28. 7. 1978 (GVBl. S. 557) hinzugekommen.

¹⁰⁸ Gesetz zur Sicherung des Naturhaushalts und zur Entwicklung der Landschaft (Landschaftsgesetz) vom 18. 10. 1975 (GV NW S. 190).

¹⁰⁹ Erstes Gesetz zur Ordnung und Förderung der Weiterbildung im Land Nordrhein-Westfalen vom 31. 7. 1974 (GV NW S. 769); Verordnung über die Rahmenrichtlinien für die Aufstellung kommunaler Weiterbildungsentwicklungspläne vom 6. 12. 1976 (GV NW S. 408).

¹¹⁰ Vgl. § 107 des Referentenentwurfs des Jugendhilfegesetzes (Stand 31. Okt. 1977), herausgegeben von der Arbeitsgemeinschaft für Jugendhilfe, Bonn.

¹¹¹ Zu den Auswirkungen der Kompliziertheit und des Perfektionsstrebens in der räumlichen Planung vgl. meinen Diskussionsbeitrag im Rahmen der Sitzung des Wissenschaftlichen Beirats der Bundesforschungsanstalt für Landeskunde und Raumordnung am 16. 12. 1977, abgedruckt mit einem Vorschlag eines Planungsgrundgesetzes in: Informationen zur Raumentwicklung, Heft 1 1978, S. 11 ff.

¹¹² Gesetz über die Mitwirkung im Schulwesen vom 13. 12. 1977 (GV NW S. 448); Verordnung über die Wahlen zu den Mitwirkungsorganen, die Zusammensetzung der einzelnen Gruppen der Schulkonferenz sowie über den Ausschluß von Mitwirkungsberechtigten in Einzelfällen vom 3. 5. 1978 (GV NW S. 206).

ein Schulberatungsgesetz, ein Jugendbildungsgesetz und sogar ein Sportgesetz sind bald zu erwarten. Die Fachleute und Politiker in den übrigen Ländern werden die Rheinländer und die Westfalen kaum allein mit diesen Errungenschaften leben lassen wollen. Für weitere Planungs- und Durchführungspflichten der Orts- und Kreisebene ohne neues ausgebildetes Personal ist also gesorgt.

II. Geradlinige Trendprognose für das nächste Jahrzehnt

Nach dieser notwendigerweise längeren, aber dennoch höchst unvollständigen Lagebeschreibung wäre eine Prognose zu stellen. Unter der Voraussetzung, daß alle Faktoren, Mächte und Kräfte so bestehen bleiben und sich so weiterentwickeln, wie dies zur Zeit angelegt ist, würde sich der öffentliche Dienst im Staat des nächsten Jahrzehnts wahrscheinlich auf folgendes Bild hinentwickeln.

1. Bestand des Staates Bundesrepublik Deutschland

Die zahlreichen und gewichtigen Faktoren der Einheitlichkeit und Beständigkeit des Staates Bundesrepublik Deutschland machen (vorausgesetzt, es treten keine weltweiten Krisensituationen auf) einen normalen, undramatischen Fortbestand dieses Staates wahrscheinlich.

2. Schlechtere Aufgabenerfüllung durch den öffentlichen Dienst

Ausweitung und Komplizierung der öffentlichen Aufgaben im bisherigen Tempo werden bei hoher Staatsverschuldung und gleichzeitigem hohen Einkommensniveau des öffentlichen Dienstes die Personalzahlen nicht gleich schnell wachsen lassen. Umfang und Qualität der Aufgabenerfüllung durch den öffentlichen Dienst werden also nachlassen.

3. Angleichung der Statusgruppen des öffentlichen Dienstes

Bei der Fortentwicklung gegenwärtiger Entwicklungstendenzen werden sich die Statusgruppen innerhalb des öffentlichen Dienstes (Beamte, Angestellte, Arbeiter) weiter angleichen. Die Institution des Berufsbeamtentums nähert sich der „leeren Hülse“.

4. Ansehensverlust bei differenziertem Selbstverständnis

Das Selbstverständnis des öffentlichen Dienstes wird sich weiter differenzieren. Klassische Beamtenvorstellungen werden neben Anschauungen vom „Anwalt“ für die Benachteiligten und vom „Job“ nach dem Vorbild des Unternehmensangestellten stehen. Bürokratiekritik und „Privilegien“-Neid bei anhaltender Dauerarbeitslosigkeit werden das heute bereits

schlechte Ansehen des öffentlichen Dienstes weiter sinken lassen.

5. *Verbeamtung der Politik und Politisierung des öffentlichen Dienstes*

Die politischen Parteien werden bei weiterer Regelungsverdichtung verstärkt auf die Koordinierungs- und Formulierungsbürokratie angewiesen sein, um Aufgaben-„Kampagnen“ erfolgreich durchzusetzen. Die Symbiose zwischen politischen Parteien und öffentlichem Dienst wird in Parlamenten und Ministerien sowie im Rahmen der Gewerkschaft ÖTV und des Deutschen Beamtenbundes erheblich intensiver sein als heute.

6. *Selbstbestimmung des öffentlichen Dienstes durch fachlich ausgerichtete Koordinierungsbürokratie*

Das Modell der ebenenüberspringenden Komplementärplanung, Komplementärfinanzierung und Komplementärentscheidung wird zur weiteren Ausdehnung der Koordinierungsbürokratie führen, die in vertikaler Fachbruderschaft den Standard der öffentlichen Aufgabenerfüllung immer komplizierter und immer höher festlegt. Öffentliche Mißstände werden durch Beruhigungsregelungen „erledigt“, die Durchführbarkeit und Qualität der Durchführung wird zweitrangig.

7. *Lösung des öffentlichen Dienstes vom Grundsatz der Gesetzgebundenheit der Exekutive*

Bei der weiteren Verdichtung der öffentlichen Aufgaben und ihrer Regelung im Tempo der letzten zehn Jahre wird der öffentliche Dienst auf den Durchführungsebenen davon ausgehen, daß er nur noch Teile der Gesetze und Verordnungen, Richtlinien und Erlasse, Programme und Pläne beachten und durchführen kann, daß er also selbst bestimmt, was er noch tut. Die Bindung der vollziehenden Gewalt an Gesetz und Recht könnte offen in Frage gestellt werden.

8. *Zusammenfassung*

Nach der Status-quo-Prognose kann zusammenfassend davon ausgegangen werden, daß (ohne grundlegende Kursänderung) das Kurzfristige und bürokratisch Nachprüfbare den eigentlichen Inhalt der Arbeit des öffentlichen Dienstes im nächsten Jahrzehnt bestimmen wird. Ein sich in der Aufgabenerfindung selbst überfordernder und sich in der Aufgabendurchführung notgedrungen selbst beschränkender öffentlicher Dienst, der die politischen Parteien in eigenen Angelegenheiten weitgehend selbst beherrscht, könnte sich als wenig attraktiver Bestandteil einer neuen Staatlichkeit der Bundesrepublik entwickeln.

III. Konzeption zur Milderung unerwünschter Entwicklungen

In einem letzten Teil der Untersuchung wäre nun zu fragen, ob man mit dem Zukunftsbild dieser Status-quo-Prognose zufrieden sein kann oder nicht. Wenn nicht, und es wird unterstellt, daß dies die herrschende Meinung ist, wäre eine Konzeption zu entwickeln, nach der diejenigen Prognoseteile, deren Eintritt unerwünscht ist, verhindert oder zumindest soweit abgemildert werden, daß man sie tolerieren kann. Es können hier nur drei Hinweise auf Milderungsmöglichkeiten gegeben werden.

1. Entfeinerung der Regelungen

Um die Not der Selbstbestimmung des öffentlichen Dienstes durch Regelungsüberlastung zu lindern, bleibt als Teilstrategie zunächst einmal nichts anderes zu tun, als Regelungen abzubauen, sie insbesondere zu „entfeinern“.

Wie wäre es (um einen nicht ganz ernsthaften Vorschlag zu machen), wenn bei der nächsten Beförderungswelle derjenige Rat zum Dirigenten befördert würde, der es über Jahre verstanden hat, eine Durchführungsverordnung nicht zu erlassen, obwohl eine Ermächtigungsgrundlage im entsprechenden Gesetz bestand? Damit soll angedeutet werden, daß der Glaube an die Steuerungswirkung von Regelungen erschüttert werden müßte. Der gute Jurist weiß, daß nicht die umfassende Regelung, sondern eine gerüstartige Normierung von Verwaltungs- oder Lebenssachverhalten das Richtige ist. Die Zahl der Juristen, insbesondere dieser „guten“ Verwaltungsjuristen in den Ministerien hat sich jedoch in den letzten Jahren verringert. Wirtschafts- und Sozialwissenschaftler, Techniker und Aufstiegsbeamte sind erfahrungsgemäß normgläubiger und daher auch auf höhere Regelungsdichte erpicht als gute Juristen.

Durch geistige Gegenwirkung ist wieder deutlich und erstrebenswert zu machen, daß es die Aufgabe der leitenden Funktionäre des öffentlichen Dienstes in den obersten Bundes- und Landesbehörden ist, den umfangreichen und kaum zu überblickenden Bestand an Gesetzen und Verordnungen, Erlassen und Richtlinien, Programmen und Plänen zu 90 % zu pflegen, d. h. zu entstrüppen, zu vereinfachen, aufzuheben und zu höchstens 10 % vorsichtig fortzuentwickeln. Bei der heutigen und absehbaren zukünftigen Lage ist eine Nichtregelung im Zweifel immer besser als eine weitere Verdichtung der Normenproduktion.

Selbstverständlich muß auch weiter „Funktionalreform“¹¹³ betrieben werden. Verlagerungen „nach unten“¹¹⁴ sind aber

¹¹³ Vgl. dazu etwa *Deutsches Institut für Urbanistik* (Hrsg.), *Funktionalreform in Nordrhein-Westfalen*, Tagungsbericht, Berlin

nicht das Allheilmittel. Die Durchforstung des Bestehenden nach dem Stichwort „Aufgabenkritik“¹¹⁵ ist wichtiger.

In den Medien wird auch zukünftig an jedem zweiten Tag ein öffentlicher Mißstand gemeldet werden, den man nun endlich wirksam und „unbürokratisch“ bekämpfen müsse. Es kann nicht so weitergehen, daß jeder dieser öffentlichen Mißstände schnellstens durch eine „Beruhigungs“-Regelung¹¹⁶ erledigt wird, ohne noch ernsthaft zu fragen, ob denn die getroffene Regelung (gewöhnlich Verbote, Genehmigungsvorbehalte,

1977; Der Standort der kommunalen Selbstverwaltung in der Funktionalreform, Programme — Analysen — Tatbestände, Schriftenreihe des Kreises Unna, Band 5, Köln 1977; Gerhard W. Wittkämper, Funktionale Verwaltungsreform, Godesberger Taschenbücher, Bonn 1978.

¹¹⁴ Wie selbstverständlich und von niemandem ernsthaft bezweifelt wird als Grundidee der Funktionalreform eine „Zuständigkeitsverlagerung von oben nach unten“ gefordert. Dabei wird selten berücksichtigt, daß die vorher durchgeführte Gebietsreform ihre Begründung weithin darin gefunden hat, daß die früheren Gemeinden und Kreise nicht die richtigen Mindestfunktionsgrößen für Aufgaben hatten, für die sie bereits zuständig waren. Sie konnten ihre Aufgaben mit ihren geringen Einwohnerzahlen nur im hohen Maße unwirtschaftlich und unvollkommen wahrnehmen. Wenn die Gemeinden und Kreise nunmehr in eine aufgabengerechte Größenordnung gebracht worden sind, kann man sie ihnen nicht durch Funktionalreform in Richtung „nach unten“ wieder wegnehmen.

¹¹⁵ Vgl. dazu Ulrich Becker/Rudolf Dieckmann, Aufgabenkritik — am Beispiel der Freien und Hansestadt Hamburg, in: Joosten/van Kaldenkerken (Hrsg.), Organisation und Effizienz der öffentlichen Verwaltung II — Beiträge zu einem Symposium in Eindhoven 1975, Köln/Eindhoven 1976, S. 146 ff.; Ulrich Becker, Verselbständigte Betriebseinheiten in der Kommunalverwaltung — aus der Sicht der Großstadt, in: Frido Wagener (Hrsg.), Regierbarkeit? Dezentralisierung? Entstaatlichung?, Schriften der Deutschen Sektion des Internationalen Instituts für Verwaltungswissenschaften, Band 3, Bonn 1976; Karl-Heinz van Kaldenkerken/Wolf Gottschalk, Verselbständigte Betriebseinheiten in der Kommunalverwaltung — aus der Sicht der übrigen Größenklassen, in: Frido Wagener (Hrsg.), Regierbarkeit? Dezentralisierung? Entstaatlichung?, Schriften der Deutschen Sektion des Internationalen Instituts für Verwaltungswissenschaften, Band 3, Bonn 1976; Rudolf Dieckmann, Aufgabenkritik in einer Großstadtverwaltung — unter besonderer Berücksichtigung Hamburgs, Schriftenreihe der Hochschule Speyer, Band 65, Berlin 1977.

¹¹⁶ Erwin Schleberger, Im Griff der Bürokraten, Die Manie staatlichen Regelns, DIE ZEIT vom 27. 10. 1978, S. 26 f., spricht von Regelungen mit „Alibi-Charakter“. Gesetzgeber, Verordnungsgeber oder Behörden dürften nicht Pannen zum Anlaß nehmen, Regelungen zu treffen und die Durchführung der Regelungen nachgeordneten Behörden überlassen, um auf diese Weise sich und aller Welt klarzumachen, daß sie das ihrige getan hätten und nun der schwarze Peter bei anderen sei. Nach den spektakulären Pannen bei der Terrorismusbekämpfung sei eine besorgniserregende Zahl

Überwachungspflichten) realistischerweise in der Mehrzahl der Fälle vollzogen, überwacht, kontrolliert, durchgesetzt werden kann. Es muß wieder deutlich werden, daß Beruhigungs-Regelungen, die tatsächlich nicht beachtet werden, die also den öffentlichen Mißstand gar nicht beseitigen, im Ergebnis schlimmer sind, weil sie den öffentlichen Dienst korrumpieren, als wenn man mit einigen öffentlichen Mißständen ungeregelt lebt.

Die Auswirkungen einer um sich greifenden Selbstbestimmung des öffentlichen Dienstes der höheren Ränge über Zahl und Standard der öffentlichen Aufgaben und der niederen Ränge über das, was man davon tatsächlich noch durchführt, dürften für eine rechtsstaatliche Verwaltung fatal sein. Wenn im öffentlichen Dienst die Vorstellung bewußt und Allgemein-gut wird, daß man manche Gesetze, manche Erlasse und manche Planungen nicht zu beachten brauche, dann gerät die rechtsstaatliche Verwaltung in einen Zustand der Beliebigkeit. Die Lage ist also prekär.

Bei dieser Lage der drohenden Regelungsüberlastung bleibt gar nichts anderes übrig, als Gesetze und Verordnungen, Richtlinien und Erlasse, Programme und Pläne zu „entfeinern“¹¹⁷ und bei der Regelung neuer Mißstände von vornherein auf Zierat, Feinstruktur und Flächendeckung zu verzichten. Der deutsche öffentliche Dienst in seiner vergleichsweise hohen Qualität verdient regelungsfreie Räume, damit das Regelungsgerüst, das unverzichtbar ist, der Tendenz nach vollständig und bedingungslos beachtet werden kann.

2. Aufgabenbündelung bei den Hauptverwaltungseinheiten

Da die Aufgabenerfindung und Aufgabenkomplizierung in der Form der vertikalen Fachbruderschaft als eine der zentralen Schwachstellen des Staates der Gegenwart erkannt worden ist, muß, um die schlimmen Prognosen nicht eintreten zu lassen, hier gegengesteuert werden.

von Regelungen vielfältigster Art auf die Kreis- und Ortspolizeibehörden „abgeladen“ worden, die zwar die Verantwortung nach unten geben, die aber im Ernstfall auch nicht andeutungsweise von den handelnden Polizeibeamten alle gleichzeitig gekannt und beachtet werden könnten.

¹¹⁷ Im Schlußstadium des Zweiten Weltkrieges bei mangelnden Rohstoffen und mangelnden Arbeitsplätzen wurden die Schweißnähte an Lokomotiven, Fahrzeugen und Waffen nicht mehr „geputzt“, die Sitze nicht mehr gepolstert, das Äußere nicht mehr lackiert und gerundet. Man baute sogenannte „entfeinerte“ Modelle. Diese Modelle waren in der Funktion nicht schlechter als die vorherigen; sie waren jedoch leichter herzustellen.

In der Aufbau- und Ablauforganisation des politisch-administrativen Gesamtsystems der Bundesrepublik Deutschland sind also die immer weiter um sich greifenden vertikalen, fachlich ausgerichteten „Verbünde“ zu bekämpfen. Die „Gemeinschaftsaufgaben“ unterschiedlichster Art zwischen Bund und Ländern, zwischen Bund, Ländern und Kommunen, zwischen Ländern und Kommunen und zwischen Gemeindeverbänden und Gemeinden sind nicht mehr weiter auszubauen, sondern eher abzubauen¹¹⁸.

Die Vollkompetenz der Krankenhausfinanzierung, der Gemeindeverkehrsfinanzierung, der Städtebauförderung, des Hochschulbaues, des sozialen Wohnungsbaues, des Küstenschutzes und in Teilen der Agrarstrukturverbesserung (etwa Flurbereinigung, Wasserwirtschaft) sollte wieder zurück auf die Länder gegeben werden.

Aufgaben wie etwa die Wirtschaftsstrukturverbesserung, die Forschungsförderung für Einrichtungen mit überregionaler Bedeutung sollten voll in die Bundeskompetenz (mit Auftragsverwaltung der Länder) übergehen.

Generell muß ein gewisses Maß an „negativer Koordination“¹¹⁹ (ja sogar „Unordnung“) als nicht zu hoher Preis für die politisch-sozialen Vorteile des Föderalismus und der kommunalen Selbstverwaltung in Kauf genommen werden, womit zugleich auch die positiven Seiten eines gewissen Maßes an „ungleichwertigen Lebensverhältnissen“ wieder zu entdecken sind.

Das alles wird 1979 (vielleicht auch 1985) noch nicht erreicht werden; es geht auch nicht um unmittelbare Erfüllung, sondern um eine tendenzielle Anschauungsänderung. Bei so freundlichen Worten wie „Gemeinschaftsaufgaben“, „koopera-

¹¹⁸ Deshalb sind die Vorschläge der Enquete-Kommission Verfassungsreform zur „Gemeinsamen Rahmenplanung und Investitionsfinanzierung“ grundsätzlich abzulehnen; vgl. dazu *Frido Wagener*, Gemeinsame Rahmenplanung und Investitionsfinanzierung, DÖV 1977, S. 587 ff.

¹¹⁹ Anfang der 70er Jahre ist immer wieder „positive Koordination“ gefordert worden, vgl. etwa *Renate Mayntz/Fritz W. Scharpf* (Hrsg.), Planungsorganisation — Die Diskussion um die Reform der Regierung und Verwaltung des Bundes, Piper Sozialwissenschaft Band 17, München 1973, S. 136; *Fritz W. Scharpf*, Politische Durchsetzbarkeit innerer Reformen, Göttingen 1974, S. 45 ff.; „Positive Koordination“ ist im Ergebnis mit hoher Regelungsintensität verbunden. Die Mitwirkung allzu vieler Personen und allzu vieler Einheiten an demselben Verwaltungsgegenstand ist einer der Gründe für den Gesetzgebungsfleiß. Ist nicht vielleicht „negative Koordination“, d. h. das Achten aller Beteiligten darauf, daß nicht gegenläufige Aktivitäten in Gang gesetzt werden, die auf lange Sicht einzig erfüllbare Forderung an die öffentliche Verwaltung?

tiver Föderalismus“, „staatlich-kommunale Zusammenarbeit“, „Verbundverwaltung“, „positive Koordination“, „kommunale Mitwirkung an höherstufigen Entscheidungsprozessen“ und was es da sonst noch alles Schöne gibt, müßte allen Beteiligten ein Schauer der Abneigung über den Rücken laufen.

Die fachlich ausgerichteten Angehörigen der wachsenden Klasse der Koordinierungsbürokraten und Abstimmungspolitiker müssen zukünftig wieder Zeit und Muße haben, ihre hohen Kenntnisse und vorzügliche Intelligenz von den inneradministrativen Einfluß- und Abwehrschlachten zu lösen und nach außen — auf den Bürger — zu richten.

3. Juristisch vorgebildete Verwaltungsfachleute

Die Prognosen zur zukünftigen Lage des öffentlichen Dienstes im Hinblick auf solche Grundentscheidungen unserer Verfassung wie Gewaltenteilung, Rechtsstaat, Vorbehalt und Vorrang des Gesetzes, politisches Entscheidungsmonopol der Parlamente im Rahmen einer repräsentativen Parteiendemokratie, sind besorgniserregend.

Eine Milderung der Probleme kann nur durch eine Änderung im Ausbildungsgang der Leitfigur des öffentlichen Dienstes, dem Beamten des höheren Dienstes in der allgemeinen inneren Verwaltung, erreicht werden¹²⁰. Wir müssen Abschied nehmen und Abschied nehmen wollen von dem sagenhaften „Einheitsjuristen“, der mit 28 Jahren zum erstenmal entscheiden muß, welchen Beruf er denn nun wirklich wählen will. Ein „Einheitsjurist“ übrigens, der beim näheren Zusehen ganz eindeutig ein Nur-Justizjurist ist, dem die „Befähigung zum höheren Verwaltungsdienst“ wie ein Schwindeletikett aufgeklebt ist. Ein Jurist, der in der öffentlichen Verwaltung nach weiterer jahrelanger Um- und Ausbildung, manchmal als Naturtalent und häufig allerdings auch nie, ein Verwaltungsfachmann wird. Nicht wenige dieser Justizjuristen verlieren ihre in der Justiz als Tugend anzusehende Einstellung als Regelungssachverständige, Bedenkenträger und Falllöser nie.

Es fragt sich also, ob wir es uns unter der Beschwörungsformel „Einheitsjurist“ und unter der Herrschaft der Justizministerien weiterhin leisten können, mehr als ein Drittel junger Juristen, die später in Staat und Verwaltung tätig sein möchten, im zweiten Teil ihrer Referendarausbildung nicht annähernd berufsfeldgerecht, d. h. im Schwerpunkt auf öffentliches Recht, Organisation, Finanzen, Personal, Führung und Planung¹²¹ auszubilden, ob es weiterhin im Assessorexamen auch

¹²⁰ Vgl. hierzu auch *Manfred Lepper*, Der höhere Verwaltungsdienst — ein Stiefkind des Ausbildungswesens, DÖV 1978, S. 421.

¹²¹ Die Untersuchungen von *Gerhard Brinkmann*, *Wolfgang*

für diese Berufsausrichtung entscheidend auf das Prozeß-, Zivil- und Strafrecht ankommen soll.

Es ist der juristisch vorgebildete Verwaltungsfachmann als Leittyp für den höheren Dienst der allgemeinen Verwaltung zu fordern. In der Mitte der Referendarausbildung muß er vom Justizminister als „Verwaltungsreferendar“ in die Ausbildungs- und Prüfungsherrschaft der Innenministerien überführt werden.

Der justizrechtlich ausgebildete Einheitsjurist wird es zukünftig in der öffentlichen Verwaltung ungemein schwer haben, Karriere zu machen. Nur jeder fünfte oder sechste Bewerber wird überhaupt in den höheren Dienst der allgemeinen inneren Verwaltung aufgenommen werden können. Dann wird er auf den aufgestiegenen gehobenen Dienst stoßen, der Organisation, Finanzen und Personal sowie eine gehörige Portion des öffentlichen Rechts beherrscht¹²². Und was kann der heutige Justiz-Assessor¹²³? Es sollte rechtzeitig erkannt werden, daß die zukünftigen Fachhochschüler für Verwaltung¹²⁴ die Leitfiguren und Karriereleute des öffentlichen Dienstes sein werden. Wenn sie keine Konkurrenz von „Verwaltungs-Assessoren“ als juristisch vorgebildeten Verwaltungsfachleuten bekommen, werden die Fachhochschüler zu Recht behaupten können, daß sie die eigentlichen Verwaltungsfachleute seien.

Pippke, Wolfgang Rippe, Die Tätigkeitsfelder des höheren Verwaltungsdienstes, Arbeitsansprüche, Ausbildungserfordernisse, Personalbedarf, Forschungsberichte des Landes Nordrhein-Westfalen Nr. 2339, Opladen 1973, ist zur Gestaltung des Vorbereitungsdienstes der Juristen, insbesondere für die Ausrichtung des Assessorexamens, so gut wie überhaupt nicht herangezogen worden; durch die Wahlfachgruppe „Verwaltungslehre und Besonderes Verwaltungsrecht“ ist die Differenzierungsmöglichkeit für junge Juristen mit besonderem Interesse an Staat und Verwaltung im Referendarexamen besser als im Assessorexamen.

¹²² In den Großstadtverwaltungen und den meisten Kreisverwaltungen beherrschen die über den gehobenen Dienst aufgestiegenen, in hohe Beförderungsstellen eingerückten Amtsleiter und (teilweise) Beigeordneten zu 60 bis 70 % schon heute fast alle interessanten Führungsstellen.

¹²³ Dem heutigen jungen Juristen bleibt in der öffentlichen Verwaltung mehr und mehr die Stellung des fachwissenschaftlichen Spezialisten, nämlich die des Justitiars, der die 1 % „schiefgegangenen“ Verwaltungsakte reparieren darf.

¹²⁴ Zur Fachhochschulausbildung des gehobenen Dienstes vgl. § 14 Abs. 2 BRRG i. d. F. des 2. Beamtenrechtsänderungsgesetzes vom 18. 8. 1976 (BGBl. I S. 2209); die Fachhochschulen für den gehobenen nichttechnischen Dienst bestehen bereits in Baden-Württemberg, Bayern, Berlin, Hamburg, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen und Schleswig-Holstein. Beim Bund besteht ein vorläufiger Erlaß über die Errichtung einer Fachhochschule des Bundes für öffentliche Verwaltung.

Alles spricht dafür, daß bei ihnen filigranhafte perfektionistische Regelungssucht größer sein wird als beim juristisch vorgebildeten Verwaltungsfachmann.

IV. Schluß

Zum Schluß ist nur zu hoffen, daß so viele plausible Gründe für die Ausgangsthese genannt werden konnten, daß sie wahrscheinlich richtig ist. Die wenigen angebotenen Mittel zur Gegensteuerung dürften kaum ausreichend wirksam erscheinen. Erfahrungsgemäß kann man bei uns jedoch nicht sehr vieles zugleich tun, sondern nur wenig, das allerdings konsequent und mit langem Atem.

Das Gebot der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung in Kombination mit einem perfekten Rechtsschutzsystem, dem Sozialstaatsgebot, der Schutzbedürftigkeit der Menschen gegenüber allem Technischen und der natürlichen Umwelt gegenüber den Menschen haben zu einer generell hohen Regelungsdichte geführt. Der Perfektionsdrang der Koordinierungsbürokratie in der Form der vertikalen Fachbruderschaften ist auf dem Wege, daraus eine Regelungsüberlastung zu machen. Wenn dies zu einer überwiegenden Selbstbestimmung des öffentlichen Dienstes darüber führen sollte, welche Gesetze, Erlasse und Pläne er durchführen will und welche nicht, dann wäre dies ein verfassungswidriger Zustand grundlegender Art: Dann wäre der Staat der Zukunft ein Verwaltungs- und Funktionärsstaat wie ihn das Grundgesetz jedenfalls nicht gewollt hat.

Mit großen Problemen muß man sich beschäftigen, solange sie noch klein sind. Fassen wir sie also bald an!

Leitsätze des Mitberichterstatters über:

Der öffentliche Dienst im Staat der Gegenwart

I. Einleitung und Hauptthese

1. Eingrenzung des Themas

Untersuchungsgegenstand des Referats ist lediglich der öffentliche Dienst in der Bundesrepublik Deutschland. Gegenstand des Erkenntnisinteresses ist nicht nur die engere Gegenwart, sondern auch die mittelfristige wahrscheinliche Zukunft. Der Funktionsvorbehalt und die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums (Art. 33 Abs. 4 und 5 GG) werden nicht behandelt.

2. Zusammenfassende These

Der öffentliche Dienst in der Bundesrepublik Deutschland ist im Vergleich zum Ausland gut. Er arbeitet effektiv, fachlich kompetent, korrekt, interessenneutral und rechtsstaatlich. Wenn sich jedoch heute wirksame Einflußfaktoren fortentwickeln, könnte sich dies ändern. Die Bindung der vollziehenden Gewalt an Gesetz und Recht (Art. 20 Abs. 3 GG) könnte sich lockern. Der öffentliche Dienst gerät zunehmend in die Lage, seine demokratisch außengesteuerte Exekutivfunktion zugunsten einer weitgehenden Eigensteuerung seiner Tätigkeiten aufgeben zu müssen. Eine kleine Zahl von Koordinierungsbeamten „erfindet“ in vertikaler Fachbruderschaft immer mehr, immer bessere und immer komplizierter zu erfüllende öffentliche Aufgaben. Die Parlamente sind — soweit überhaupt eingeschaltet — nur noch „ratifizierend“ beteiligt. Der öffentliche Dienst auf den Durchführungsebenen wird durch die Fülle, Regelungsdichte und Kompliziertheit der Aufgaben zunehmend überfordert. Immer größere Teile von Gesetz und Recht „versickern“. In welchen Fällen und in welchem Umfang nicht mehr durchgeführt, nicht mehr kontrolliert und nicht mehr geleistet wird, „entscheidet“ der öffentliche Dienst notgedrungen selbst. Dieser drohende doppelte Verfassungsverstoß durch den öffentlichen Dienst könnte grundlegende Kräfteverschiebungen im Staat der Zukunft vorbereiten.

II. Lage und Bedeutung des öffentlichen Dienstes in der Bundesrepublik Deutschland

1. Bestimmungsfaktoren des Staates der Gegenwart

Im Staat Bundesrepublik Deutschland gibt es auflösende und stabilisierende, dezentralisierende und zentralisierende Elemente. Zu den stabilisierenden und im gewissen Sinne auch zentralisierenden Kräften gehört gegenwärtig der öffentliche Dienst. Er ist ein politisch integrierender Faktor dieses Staates. Über Bund, Länder und Gemeinden hinweg ist er in einem imponierend ausdifferenzierten, aber im Grunde bundeseinheitlichen Personalregelungssystem geordnet. Er funktioniert unauffällig sowie im großen und ganzen zuverlässig und bedarfsgerecht und läßt hierbei den Bürger die Nützlichkeit des Staates fast vergessen.

2. Öffentlicher Dienst und öffentliche Aufgaben

Die Personalzahlen im öffentlichen Dienst haben sich (mit zeitlicher Verzögerung) parallel zu der gesamtwirtschaftlichen Lage entwickelt. Überproportionale Steigerungsraten sind hauptsächlich in den Bereichen Bildung, Gesundheit und Sicherheit festzustellen, nicht dagegen in der allgemeinen inneren Verwaltung. Bei weiterer Ausweitung der öffentlichen Aufgaben und gleichzeitigem Stellenstopp dürfte in letzter Zeit die Qualität oder Quantität der Aufgabenerfüllung durch den öffentlichen Dienst gesunken sein.

3. Innere Struktur des öffentlichen Dienstes

Das Recht und die tatsächliche Lage der Angestellten und Arbeiter des öffentlichen Dienstes haben sich über viele Jahrzehnte auf den Status der Beamten hinbewegt; in den letzten Jahren ist auch eine Bewegung des Beamtenrechts in Richtung auf das Tarifvertragsrecht festzustellen. Zu viele Beförderungen haben aus der Stellen-Pyramide eine Stellen-„Zwiebel“ gemacht. Zu viele Angehörige des öffentlichen Dienstes wollen führen, zu wenige wollen durchführen.

4. Selbstverständnis und Ansehen des öffentlichen Dienstes

Der öffentliche Dienst ist auf der Suche nach einem neuen Selbstverständnis und orientiert sich vielfach an dem Angestellten der freien Wirtschaft. Die Beamtentraditionen werden jedoch weiterverfolgt. Daraus ergibt sich ein unsicheres Selbstverständnis. Der Ansehensverlust des öffentlichen Dienstes trifft sich seit einiger Zeit mit einer Woge von Bürokratiekritik. Das Ergebnis ist eine Tendenz zur Selbstorientierung und zur resignierenden Besserwisserei des öffentlichen Dienstes, daß er im Grunde allein in der Lage sei, das öffentliche Wohl zu wahren und das „sachlich“ Richtige durchzusetzen.

5. Öffentlicher Dienst und politische Parteien

Ein Teil der höheren Funktionäre des öffentlichen Dienstes ist aus dem Zustand des neutralen Instruments zur Durchführung der vom Parlament beschlossenen Normen herausgewachsen. Bei der Formulierung von Gesetzen, Erlassen und Plänen haben sie die Möglichkeit, Variationen eigengesteuerter Art an die Stelle der nicht genau formulierten Ziele der Mehrheitsparteien zu setzen. Die Parteien holen daher den öffentlichen Dienst in die Parlamente und durchsetzen den öffentlichen Dienst mit ihren Parteigängern. Es entsteht dadurch ein Selbstbestimmungsanteil des öffentlichen Dienstes über das Medium der politischen Parteien.

6. Lust der Selbstbestimmung in vertikalen Fachbruderschaften

In überwiegend sektoraler und fachlicher Betrachtungsweise ist die Koordinierungsbürokratie von Europa, Bund und Ländern weitgehend damit beschäftigt, den Standaard der öffentlichen Aufgabenerfüllung und teilweise auch die Erfindung neuer öffentlicher Aufgaben mit Hilfe von Gesetzen, Erlassen und Plänen, insbesondere aber durch Geld, an dessen Annahme man Bedingungen knüpft, zu steuern. Das Eigenleben der vertikalen Kommunikationsstruktur der Fachleute untereinander tendiert auf eine permanente Niveauanhebung der Leistungsdarbietung der öffentlichen Verwaltung.

7. Not der Selbstbestimmung durch Regelungsüberlastung

Auf den Durchführungsebenen der öffentlichen Verwaltung wird die Not der Regelungsüberlastung größer. Nur noch Teile der jeweiligen Vorschriften können beachtet, durchgesetzt und kontrolliert werden. Der Vorrang des Kurzfristigen und des einfach Nachprüfbaren, das höhere Ansehen der Schreibtischarbeit im Vergleich zum Außendienst lassen die eigentlichen sozialen, pflegerischen und gestalterischen Aufgaben, die in den Vorschriften enthalten sind, in ihrer Durchführung „versickern“. Der deutsche öffentliche Dienst funktioniert zwar noch, er tut es jedoch auf den Durchführungsebenen weithin in einer zweiten Form des pragmatischen Verfassungsverstößes, indem er notgedrungen nicht mehr alles tut, was er eigentlich tun müßte.

III. Geradlinige Trendprognose für das nächste Jahrzehnt

1. Bestand des Staates Bundesrepublik Deutschland

Die zahlreichen und gewichtigen Faktoren der Einheitlichkeit und Beständigkeit machen (vorausgesetzt, es treten keine weltweiten Krisensituationen auf) einen normalen, undrama-

tischen Fortbestand des Staates Bundesrepublik Deutschland wahrscheinlich.

2. Schlechtere Aufgabenerfüllung durch den öffentlichen Dienst

Ausweitung und Komplizierung der öffentlichen Aufgaben im bisherigen Tempo werden bei hoher Staatsverschuldung und gleichzeitigem hohem Einkommensniveau des öffentlichen Dienstes die Personalzahlen nicht entsprechend schnell wachsen lassen. Umfang und Qualität der Aufgabenerfüllung durch den öffentlichen Dienst werden also nachlassen.

3. Angleichung der Statusgruppen des öffentlichen Dienstes

Bei der Fortentwicklung gegenwärtiger Entwicklungstendenzen werden sich die Statusgruppen innerhalb des öffentlichen Dienstes (Beamte, Angestellte, Arbeiter) weiter angleichen. Die Institution des Berufsbeamtentums nähert sich der „leeren Hülse“.

4. Ansehensverlust bei differenziertem Selbstverständnis

Das Selbstverständnis des öffentlichen Dienstes wird sich weiter differenzieren. Klassische Beamtenvorstellungen werden neben Anschauungen vom „Anwalt“ für die Benachteiligten und vom „Job“ nach dem Vorbild des Unternehmensangestellten stehen. Bürokratiekritik und „Privilegien“-Neid bei anhaltender Dauerarbeitslosigkeit werden das heute bereits schlechte Ansehen des öffentlichen Dienstes weiter sinken lassen.

5. Verbeamtung der Politik und Politisierung des öffentlichen Dienstes

Die politischen Parteien werden bei weiterer Regelungsverdichtung verstärkt auf die Koordinierungs- und Formulierungsbürokratie angewiesen sein, um Aufgaben-„Kampagnen“ erfolgreich durchzusetzen. Die Symbiose zwischen politischen Parteien und öffentlichem Dienst wird in Parlamenten und Ministerien sowie im Rahmen der Gewerkschaft ÖTV und des Deutschen Beamtenbundes erheblich intensiver sein als heute.

6. Selbstbestimmung des öffentlichen Dienstes durch fachlich ausgerichtete Koordinierungsbürokratie

Das Modell der ebenenüberspringenden Komplementärplanung, Komplementärfinanzierung und Komplementärentscheidung wird zur weiteren Ausdehnung der Koordinierungsbürokratie führen, die in vertikaler Fachbruderschaft den Standard öffentlicher Aufgabenerfüllung immer komplizierter und immer höher festlegt. Öffentliche Mißstände werden durch Be-

ruhigungsregelungen „erledigt“, die Durchführbarkeit und Qualität der Durchführung wird zweitrangig.

7. Lösung des öffentlichen Dienstes vom Grundsatz der Gesetzgebundenheit der Exekutive

Bei der weiteren Verdichtung der öffentlichen Aufgaben und ihrer Regelung im Tempo der letzten zehn Jahre wird der öffentliche Dienst auf den Durchführungsebenen davon ausgehen, daß er nur noch Teile der Gesetze und Verordnungen, Richtlinien und Erlasse, Programme und Pläne beachten und durchführen kann, daß er also selbst bestimmt, was er noch tut. Die Bindung der vollziehenden Gewalt an Gesetz und Recht könnte offen in Frage gestellt werden.

8. Zusammenfassung

Nach der Status-quo-Prognose kann zusammenfassend davon ausgegangen werden, daß (ohne grundlegende Kursänderung) das Kurzfristige und bürokratisch Nachprüfbare den eigentlichen Inhalt der Arbeit des öffentlichen Dienstes im nächsten Jahrzehnt bestimmen wird. Ein sich in der Aufgabenerfindung selbst überfordernder und sich in der Aufgabendurchführung notgedrungen selbst beschränkender öffentlicher Dienst, der die politischen Parteien in eigenen Angelegenheiten weitgehend selbst beherrscht, könnte sich als wenig attraktiver Bestandteil einer neuen Staatlichkeit der Bundesrepublik entwickeln.

IV. Konzeption zur Milderung unerwünschter Entwicklungen

1. Entfeinerung der Regelungen

Der Glaube an die unbegrenzte Steuerungswirkung von Regelungen muß erschüttert werden. Der umfangreiche und kaum zu überblickende Bestand an Gesetzen, Erlassen und Plänen ist in erster Linie zu pflegen und zu entfeinern, d. h. zu entstrüppen, zu vereinfachen, aufzuheben, und erst in zweiter Linie vorsichtig fortzuentwickeln. Der deutsche öffentliche Dienst in seiner vergleichsweise hohen Qualität verdient ein Regelungsgerüst ohne flächendeckende Ansprüche, das der Tendenz nach vollständig und bedingungslos beachtet werden kann.

2. Aufgabenbündelung bei den Hauptverwaltungseinheiten

In dem politisch-administrativen Gesamtsystem der Bundesrepublik sind die immer weiter um sich greifenden vertikalen, fachlich ausgerichteten „Verbünde“ zu bekämpfen. Die Gemeinschaftsaufgaben zwischen Bund und Ländern, zwischen Bund, Ländern und Kommunen, zwischen Ländern und Kommunen und zwischen Gemeindeverbänden und Gemeinden sind nicht

weiter aus-, sondern eher abzubauen. Die Aufgabenwahrnehmung muß wieder bei den Hauptverwaltungseinheiten gebündelt werden.

3. Juristisch vorgebildete Verwaltungsfachleute

Der justizrechtlich ausgebildete „Einheitsjurist“ gerät in der allgemeinen inneren Verwaltung in eine Karrierekonkurrenz zu den Absolventen der neuen Fachhochschulen für Verwaltung. Um die Rechtsstaatlichkeit zu stärken und die Perfektionstendenz der Spezialisten zu begrenzen, muß der juristisch vorgebildete Verwaltungsfachmann die Leitfigur des öffentlichen Dienstes werden. Dazu muß der zweite Teil des juristischen Vorbereitungsdienstes in ein „Rechtsreferendariat“ und in ein „Verwaltungsreferendariat“ geteilt werden.

3. Aussprache und Schlußworte

Der öffentliche Dienst im Staat der Gegenwart

Vorsitzender (Scholz): Meine sehr verehrten Herren Kollegen! Ich darf hiermit die Aussprache des zweiten Tages unserer Beratungen eröffnen. Vor Eintritt in die Diskussion möchte ich die Herren *Schäffer* und *Schindler* um die Erstattung ihrer Berichte zur Lage des öffentlichen Dienstes in Österreich und in der Schweiz bitten.

Schäffer: Herr Vorsitzender, meine Herren! Es gehört — wie ich meine — zur guten Tradition unserer Vereinigung, die Berichte durch Informationen aus Österreich und der Schweiz zu ergänzen. Man pflegt zwar zu sagen, daß die deutschen Probleme regelmäßig mit einem time-lag von einigen Jahren auch in Österreich auftreten. Dennoch will ich versuchen, Ihnen das Spezifische der österreichischen Situation, und zwar durchaus mit Blick auf das positive Recht, zu skizzieren.

Mein kurzer Beitrag über die Situation des Öffentlichen Dienstes in Österreich soll unserem Thema entsprechend den Gegenwartsproblemen gewidmet sein. Für die historische Entwicklung kann ich mich auf die grundlegenden Referate von *Merkel* in Halle 1931 und *Spanner* in Tübingen 1954 beziehen.

Spricht man also vom Staat der Gegenwart, so ist Österreich — bei aller Bewahrung der Strukturelemente des liberalen Verfassungsstaates in der parlamentarisch-demokratischen Republik — heute bekanntermaßen ein besonders ausgeprägter Parteien- und Kammerstaat, ja der parteienstaatliche Charakter ist seit 1975 nun auch verfassungsrechtlich besonders legitimiert und der verbändestaatliche Typus nach wie vor eine etablierte Erscheinung der Verfassungswirklichkeit. Die daraus für den öffentlichen Dienst herrührenden Spannungen sind von der österreichischen Rechtsordnung bisher freilich kaum registriert worden. Zum zweiten kann das Österreich der Nachkriegszeit wohl als einer der ausgebautesten Sozialstaaten mit weitreichenden Lenkungs-, Leistungs- und Verteilungsmechanismen bezeichnet werden. Die immer weiter gehende Expansion der Staatsaufgaben, seien es nun solche der direkten Leistung, seien es solche der Pflege und Planung, der Aufsicht, der Beratung und Unterstützung bringt es mit sich, daß heute schon ganz allgemein der Eindruck von der Verwaltungstätig-

keit als einer Servicefunktion im Vordergrund steht und daß die klassische Hoheitsverwaltung nur mehr einen Bruchteil der vom öffentlichen Dienst zu bewältigenden Agenden darstellt. Diese Entwicklungen haben bereits zu der Meinung geführt, daß die Leistungen des öffentlichen Dienstes immer mehr den Charakter des Besonderen und des Einmaligen verlieren und sich von anderen gesellschaftlichen Funktionen insbesondere von jenen der sogenannten Privatwirtschaft nur mehr in quantitativer Hinsicht unterscheiden. Dem steht aber noch immer die vorherrschende Meinung gegenüber, die den Beamten nach wie vor als Wahrer des Gemeinwohls sieht, dem als Träger des modernen Leistungsstaates auch spezifische Garantien für seine Funktionen gewährleistet sein müßten.

Welche Antworten erteilt uns nun die österreichische Bundesverfassung angesichts dieses Befundes für die Stellung des öffentlichen Dienstes im Staat der Gegenwart? Leider ist es so, daß unser im Kern altes und rechtstechnisch vielfach zersplittertes Verfassungsrecht zu den Problemen moderner Staatlichkeit immer weniger Antworten bereit hält. Das Problemlösungspotential wird überdies bei dem in Österreich vorherrschenden Verfassungsverständnis nicht durch Wertungsanalysen ausgeschöpft oder gar durch dynamische Interpretation erweitert, sondern im Gegenteil: Verfassungspolitische Probleme werden meist ad hoc durch Verfassungsnovellen gelöst oder aber auf die lange Bank geschoben. Unser B-VG sagt also über die konkrete Gestaltung der Dienstverhältnisse im öffentlichen Dienst nur wenig Grundsätzliches aus. Die vielleicht zentralste Anordnung ist jene des Art. 20 Abs. 1 B-VG: „Unter der Leitung der obersten Organe des Bundes und der Länder führen nach den Bestimmungen der Gesetze auf Zeit gewählte Organe oder ernannte berufsmäßige Organe die Verwaltung . . .“ Hier ist — abgesehen von der nochmaligen Verankerung des Gesetzmäßigkeitsgrundsatzes für das Binnenrecht des Staates das *Hierarchieprinzip* und die elementare Zweigliederung der exekutiven Gewalt in politische Führung und öffentlichen Dienst als weisungsbindbarer Organapparat verankert. Art. 20 B-VG normiert neben dem Weisungsrecht die Verpflichtung zur Amtsverschwiegenheit, beides samt Schranken und Ausnahmen. Er stellt dabei auf Verwaltungsorgane ab, hinsichtlich welcher die möglichen Kreationsmethoden weder vollständig angeführt noch logisch miteinander verknüpft sind (auf Zeit — berufsmäßig; gewählt — ernannt). Es fehlen also, wenn man den Akt der Ernennung nicht bloß als organisationsrechtlichen Akt der Einweisung in die Organstellung deutet, die vertragsmäßig angestellten öffentlich Bedien-

steten. Es ist aber trotzdem herrschende Auffassung und Staatspraxis, daß auch diese Bedienstetengruppe in der Verfassungsnorm erfaßt ist. Jedenfalls ist der Bundesverfassung, sieht man von den Berufsrichtern (der ordentlichen Justiz und des Verwaltungsgerichtshofs) ab, ein Funktionsvorbehalt zu Gunsten des Berufsbeamtentums fremd. Diese ursprünglich sicher nicht beabsichtigte Modernität kommt auch in der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung zum Ausdruck, in der bereits die Doppelgleisigkeit zwischen öffentlich rechtlichen und privatrechtlichen Dienstverhältnissen zu den Gebietskörperschaften angelegt ist. Die ehemals besonders komplizierte Kompetenzverteilung auf diesem Sektor hat durch die B-VG-Novelle 1974 eine wesentliche Vereinfachung dadurch erfahren, daß die antiquierte Unterscheidung zwischen Bediensteten, die behördliche Aufgaben zu besorgen haben und anderen, nun kompetenzrechtlich keine Rolle mehr spielt, und daß die Länder eine hinreichende Gesetzgebungskompetenz auf dem Gebiet des Dienstvertragsrechts bekommen haben. Bis 1974 mußten sich die Länder mangels Kompetenz mit Dienstordnungen behelfen, in denen sie für den Abschluß privatrechtlicher Dienstverträge Vertragsschablonen, vielfach nach dem Muster der Bundesregelung im Vertragsbedienstetengesetz 1948 intern verbindlich festgelegt haben. Auch wurde die *Kompetenzverteilung* bezüglich des Dienstrechts und des Personalvertretungsrechts vereinheitlicht. Die markantesten Folgen der Neuordnung sind:

- a) Das Dienst- und Personalvertretungsrecht der Bundesbediensteten ist Bundessache in Gesetzgebung und Vollziehung (Art. 10 Abs. 1 Z 16 B-VG), des Dienst- und Personalvertretungsrechts der Bediensteten der Länder, der Gemeinden und Gemeindeverbände ausschließliche Landessache (Art. 21 Abs. 1, 2. Satz).
- b) Im Hinblick auf die Zivilrechtskompetenz des Bundes dürfen nach Art. 21 Abs. 2, 1. Satz auf dem Gebiete des Dienstvertragsrechts ergehende Landesgesetze nur Regelungen über die Begründung und Auflösung des Dienstverhältnisses sowie über die sich aus diesem ergebenden Rechte und Pflichten treffen.
- c) Schließlich gilt ein, wenngleich gegenüber früher etwas abgeschwächtes Homogenitätsgebot: Die Dienstrechtvorschriften der Länder dürfen von jenen des Bundes in keinem Ausmaß abweichen, daß einen Dienstwechsel zwischen den Gebietskörperschaften wesentlich behinderte.

Die Aussagen über den politischen Status des öffentlichen Dienstes in der Verfassungsordnung sind dagegen dürftig. Ausdrückliche Normen sind bloß jene über die gleiche Ämterzugänglichkeit (Art. 3 StGG), über die ungeschmälernte Ausübung der politischen Rechte (Art. 7 Abs. 2 B-VG) sowie über die ungehinderte Mandatsbewerbung und Mandatsausübung (Art. 59 Abs. 2, Art. 95 Abs. 5 B-VG). Es fehlen klare Verfassungsnormen über die aus der beamtenrechtlichen Treuepflicht resultierenden Loyalitätsanforderungen und die Schranken bei der Grundrechtsausübung. Es fehlt ferner eine Aussage zum Streikrecht, eine Aussage über wohlerworbene Rechte (die nach allgemeiner verfassungsgerichtlicher Judikatur keinen eigenen Verfassungsschutz genießen) oder über hergebrachte Grundsätze des Berufsbeamtentums. Soviel zum Verfassungstext — in der Realität aber sind „wohlerworbene Rechte“ ein so starker Bestimmungsgrund, daß echte Personalstruktur- und Besoldungsreformen kaum möglich sind.

Zur *Realverfassung* des öffentlichen Dienstes in Österreich gehört so wie die Sozialpartnerschaft im allgemeinen politischen Prozeß die Mitwirkung der Gewerkschaft des öffentlichen Dienstes auf überbetrieblicher Ebene. Alle entscheidenden Fragen und Neuerungen des Dienst- und Besoldungsrechts werden von der öffentlichen Hand mit einem Verhandlungsausschuß der vier Gewerkschaften des öffentlichen Dienstes ausgehandelt (Gewerkschaft der öffentlich Bediensteten, Gewerkschaft der Gemeindebediensteten, Eisenbahnergewerkschaft, Gewerkschaft der Post- und Telegraphenbediensteten). Auf der Dienstgeberseite treten der Bund, die Länder und die Gemeinden (letztere vertreten durch Städte und Gemeindebund) auf. Die Dienstgeberseite verhandelt nur mit der Gewerkschaft. Bei Verhandlungen mit einer speziellen Bedienstetengruppe nimmt wegen der möglicherweise präjudizierenden Wirkung für andere Bereiche stets auch ein Vertreter der Gewerkschaft des öffentlichen Dienstes als Vertreter der Gesamtgewerkschaft teil. Diese Praxis sowie regelmäßige Personalreferentenkonferenzen der verschiedenen gebietskörperschaftlichen Ebenen wirken übrigens auch im Sinne des schon erwähnten Homogenitätsgebotes.

Was sind nun die aktuellen Probleme und Entwicklungstendenzen im öffentlichen Dienst Österreichs? Hier mag es genügen, in etwa das letzte Jahrzehnt ins Auge zu fassen, innerhalb dessen sich sehr wesentliche und signifikante Veränderungen ergeben haben.

Die Reformen auf dem Dienstrechtssektor standen teilweise unter dem Aspekt, den *traditionellen Status* des unparteiischen,

neutralen öffentlichen Dienstes zu *festigen*. So wurde die noch aus der Monarchie stammende und durch eine Reihe anderer Dienstrechtsgesetze überlagerte „Dienstpragmatik 1914“ erst in den sechziger Jahren mehrmals grundsätzlich novelliert. Hervorzuheben sind insbesondere der 1967 geschaffene Versetzungsschutz und die sogenannte „Beamtenschutznovelle 1969“. Ebenfalls 1967 erreichte der öffentliche Dienst nach jahrzehntelangen Forderungen die Verabschiedung eines Bundespersonalvertretungsgesetzes. Damit wurde aber bewußt keine zentrale Beamtenkammer geschaffen, sondern es handelt sich eigentlich um Dienststellenvertretungen ohne gemeinsame Spitze. Aufgaben der Personalvertretung sind die Wahrung und Förderung der beruflichen, wirtschaftlichen, sozialen, kulturellen und gesundheitlichen Interessen der Bediensteten mit zahlreichen Mitwirkungsrechten, vor allem bei konkreten Einzelentscheidungen, die jedoch bei weitem nicht das Ausmaß der Arbeitnehmermitbestimmung im Arbeitsverfassungsrecht erreichen. Für den Konfliktfall gibt es einen komplizierten mehrstufigen Austragungsmodus, der schließlich dem Ressortminister die Letztentscheidung überläßt. Die Bundesländer gehen erst in jüngster Zeit daran, gesetzliche Grundlagen des Personalvertretungsrechts zu schaffen.

Besonders markant ist auch in Österreich die *sozialpolitische Tendenz*, die sich in einem Gleichlauf bzw. in einem Nachziehen des öffentlichen Dienstrechts mit der Sozial- und Arbeitsrechtsentwicklung ausdrückt. Sie äußert sich z. B. in der Geltung des Mutterschutzgesetzes auch im öffentlichen Dienst. Die Arbeitszeitverkürzung wurde, wie in der Privatwirtschaft, etappenweise auch im öffentlichen Dienst durchgeführt. Nach jahrelangen Forderungen wurden, wenngleich in abgeschwächter Form, die prinzipiellen Anforderungen und Kontrolleinrichtungen des allgemeinen Arbeitnehmerschutzes mit dem Bundesbedienstetenschutzgesetz auf den Sektor des öffentlichen Dienstes erstreckt. Schließlich stellt die jüngst im Beamten-Dienstrechtsgesetz (BDG — BGBl. 1977/329) getroffene Urlaubsregelung, nicht zuletzt mit der Gewährung eines Pflegeurlaubs für erkrankte Familienangehörige Parallelen zum allgemeinen Arbeitsrecht her. Diese Annäherungstendenz hat natürlich auch in Österreich die Frage nach der dogmatischen und rechtspolitischen Haltbarkeit der Unterscheidung öffentlich-rechtlicher Dienstverhältnisse vom Arbeitsrechtsverhältnis laut werden lassen. Dennoch hält auch in jüngster Zeit das BDG an den klassischen Strukturelementen des Beamtenrechts fest:

Begründung des öffentlich rechtlichen Dienstverhältnisses durch einen (zumindest formal) einseitigen Hoheitsakt, grund-

sätzlich Lebenszeitprinzip; Weisungsbindbarkeit, Amtsverschwiegenheit und Disziplinarrecht; Dienst- und Treueverhältnis besonderer Art. Ähnliches gilt für das Leistungs- und Versorgungsrecht: Das Beamten-, Kranken- und Unfallversicherungsgesetz 1967 ist zwar eine Fortentwicklung bestehender sozialrechtlicher Einrichtungen der Beamtenschaft, hält aber Anschluß an die allgemeine Sozialgesetzgebung. Als besonders vorbildlich kann wohl die heute auch für andere Bereiche diskutierte Selbstbehaltsregelung angesehen werden. Das Pensionsgesetz 1965 baut ebenfalls auf dem seit jeher geltenden Grundgedanken auf, daß der Staat seinen Beamten für geleistete Dienste nicht nur eine standesgemäße Besoldung in der Aktivität schulde, sondern ihm im Ruhestande und seinen Hinterbliebenen durch ein gesichertes Einkommen den bisherigen Lebensstandard sichern müsse (Fürsorgepflicht des Staates als Äquivalent für die Treuepflicht des Beamten). Die Unterschiede gegenüber dem allgemeinen Sozialversicherungsrecht liegen vor allem darin, daß das Pensionsrecht der Beamten keine Höchstbeitragsgrundlage kennt, der Ruhegenußanspruch schon nach einer geringeren Anzahl von Jahren erwächst, die Beitragsleistungen geringer sind, keine Ruhensbestimmungen existieren und Pensionsautomatik herrscht. Der Hauptunterschied liegt freilich nach wie vor in der rechtlichen Grundkonstruktion: Während im allgemeinen Sozialversicherungsrecht eine Risikogemeinschaft der Versicherten vorliegt, die nach dem Umlageprinzip wirtschaftet und vom Staat nur als Garant der sozialen Sicherheit, wenn auch in beträchtlichem Maße mitfinanziert wird, so ist die Beamtenpension immer noch vorwiegend Arbeitgeberleistung. Annäherungs- und Aufweichungstendenzen sind freilich auch in diesem Sektor unverkennbar. So wird in der Öffentlichkeit bereits das Fehlen von Ruhensbestimmungen als unzeitgemäßes Beamtenprivileg kritisiert. Während auf der einen Seite das allgemeine Sozialversicherungsrecht nun seit dem Pensionsanpassungsgesetz 1965 (BGBl. 96) auch eine Pensionsdynamik kennt, hat andererseits auch der Beamte einen Pensionsbeitrag zu entrichten. Dieser ursprünglich geringe, von der österreichischen Beamtenschaft schon um die Jahrhundertwende für die Einbeziehung der Witwen- und Waisenversorgung in die Pensionsregelung in Kauf genommene Beitrag ist in den letzten Jahren schrittweise erhöht worden und wird wohl noch weiter erhöht werden.

Ein dritter Aspekt ist die Entwicklung des *Besoldungssystems* in der Relation zur allgemeinen *Einkommensentwicklung* und zu den *Staatsfinanzen*. Grundsätzliche Vereinheitlichungen der Gehaltsschemata sind mit dem Gehaltsüberlei-

tungsgesetz (BGBl. 1947/22) und mit dem Gehaltsgesetz 1956 (BGBl. 54) erfolgt. Die ursprünglichen Relationen sind aber im Laufe der Jahre vielfach punktuell geändert worden und nur mehr schwer überschaubar. Wir halten derzeit bei der 32. Gehaltsgesetznovelle, die Sondergesetze für Vertragsbedienstete, Hochschulassistenten und andere Bedienstetenkategorien werden um der Besoldungsrelationen willen meistens mitgeändert. Das Streben nach Besoldungsgerechtigkeit hat vor allem zu einer starken Differenzierung und Ausdehnung des Zulagen- und Nebengebührenwesens geführt. Damit wurden nicht nur Besonderheiten einzelner Dienstzweige und ihrer Beschäftigungslage berücksichtigt, sondern jeweils einzelnen Beamtengruppen auch verdeckte Gehaltserhöhungen gewährt. Allgemein durchschlagende Regelungen waren außerdem die Verbesserung der Vorrückungsstichtage (19. Gehaltsgesetznovelle 1969 BGBl. 198), deutliche Verbesserungen der Anfangsbezüge (20. Gehaltsgesetznovelle 1970 BGBl. 245 und BG über Ergänzungszulagen zur Erhöhung der Anfangsbezüge im öffentlichen Dienst BGBl. 1973/573 i. d. F. 1977/662) sowie die Überstundenvergütung, pauschalisierte Mehrleistungsvergütung und die Verwaltungsdienstzulage (24. Gehaltsgesetznovelle 1972 BGBl. 214). Um die Entwicklung global in den Griff zu bekommen und zugleich eine gewisse Nachführung der Bezüge gegenüber der Privatwirtschaft zu erreichen, hat die Bundesverwaltung mit den Gewerkschaften des öffentlichen Dienstes 1968 und 1972 jeweils auf vier Jahre Gehaltsvereinbarungen geschlossen. Die schrittweise Anhebung der Bezüge wurde mit Prozentzahlen der jeweils anwendbaren Gehaltsstaffeln kodifiziert. Überdies wurde die Inflation durch die Gewährung von Teuerungszulagen — freilich immer im nachhinein — ausgeglichen. Solcherart hat das Besoldungsrecht eine Kompliziertheit erreicht, die es fast nur mehr für Dienstrechtsmandarine und EDV-Spezialisten rechenbar erscheinen läßt; de facto entnimmt der öffentlich Bedienstete seinen Bezug der zwischen Verwaltung und Gewerkschaft abgestimmten Gehaltstabellen. Die beabsichtigte Verstetigung der Personalkostenentwicklung durch Besoldungsverhandlungen auf breiter Basis ist jedenfalls nicht eingetreten. Die Globalabkommen erwiesen sich als zu starr; ihre Stillhaltekláuseln wurden häufig mit „Spartenproblemen“ unterlaufen. Dies und die allgemeine wirtschaftliche Rezession mag erklären, warum man seit 1976, zum Teil auch nach dem Prinzip des *divide et impera* wieder zu kurzfristigen Abschlüssen übergegangen ist.

Der *verwaltungsreformatorische* Aspekt mit den Stichworten Demokratisierung, Transparenz, Verwaltungsvereinfachung,

Verbesserung der Ausbildung und Mobilität wird in den Reformen der letzten Jahre besonders in den Vordergrund gestellt.

Diese Bewegung begann mit der Erlassung eines Ausschreibungsgesetzes (BGBl. 1974/700), daß sich jedoch durchaus nicht auf alle Planstellen bezieht, sondern Ausschreibungspflicht nur für leitende Funktionen vorsieht. Für jeden Einzelfall ist eine Kommission zur Beurteilung des Maßes der Eignung der Bewerber zu bestellen. Als Konstruktionsmängel werden angeführt, daß der Bewerber keine Parteistellung hat, daß die Unbeeinflußbarkeit der beamteten Kommissionsmitglieder nicht sichergestellt ist, daß ausdrücklich Geheimhaltungspflicht besteht und der Leiter der obersten Dienstbehörde durch das Gutachten in keiner Weise gebunden wird. Aus politischer Sicht wird kritisiert, daß dieses Gesetz erst in Kraft gesetzt wurde, nachdem die gegenwärtige Regierung bereits längere Zeit ohne Ausschreibungsverfahren Personalpolitik gemacht hatte.

Eine Keimzelle der Erneuerung in der Verwaltungsausbildung ist gewiß die *Verwaltungsakademie* des Bundes, die 1975 als unselbständige Anstalt des Bundes errichtet wurde (BGBl. 1975/122). Ihr sind vier große Aufgabenkreise zur Betreuung überantwortet:

- die Grundausbildung von Bundesbediensteten (Anstellungs- bzw. Dienstprüfungserfordernisse);
- die Ausbildung für den Aufstieg in höhere Verwendung (hier soll Bediensteten der Abiturientenlaufbahn die Möglichkeit eröffnet werden, die besonderen Anstellungserfordernisse der Akademikerlaufbahn zu ersetzen); die
- berufsbegleitende Fortbildung und die
- Führungskräfte-schulung.

Die Verwaltungsakademie hat ferner — dies ist freilich ein Konzept auf lange Sicht — im Rahmen ihrer Aufgaben für die Aus- und Weiterbildung ihres Lehrkörpers zu sorgen („train the trainers“) und die Entwicklung in der Verwaltung zu beobachten, systematisch zu erfassen und die so gewonnenen Ergebnisse ihrer Ausbildungstätigkeit nutzbar zu machen.

Schließlich ist zu berichten, daß in einer *ersten Etappe* der großen *Dienstrechtsreform* das *Beamten-Dienstrechtsgesetz* (BGBl. 1977/329) große Teile der alten Dienstpragmatik ersetzt hat. Die Dienstrechtsreform soll in naher Zukunft mit einer zweiten Etappe abgeschlossen werden und die Grundlage einer Besoldungsreform bilden. Bis dahin gelten noch Teile der Dienstpragmatik (z. B. über Versetzung, Außerdienst-

stellung, Pensionierung und vor allem hinsichtlich der Beamtenpflichten) weiter.

Oberstes Ziel des BDG war Verwaltungsvereinfachung und Mobilitätsförderung durch Beseitigung des Strukturelements „Dienstzweige“. Die bisher ca. 300 Dienstzweige wurden zu nur 29 Verwendungsgruppen zusammengefaßt, die den Verwendungs- bzw. Besoldungsgruppen des Gehaltsgesetzes entsprechen. Die gehaltsmäßige Differenzierung nach Dienstklassen besteht weiter. Die Einteilung geht wie bisher vom Vorbildungsprinzip aus, weist aber eine wesentlich flexiblere Fassung der Ernennungs- und Definitivstellungserfordernisse auf und bringt — was für den österreichischen Beamtenkörper eine tiefe Zäsur darstellt — eine drastische Reduzierung der Amtstitel von über 600 auf über 100. In der Verwendungsgruppe A und gleichwertigen Verwendungsgruppen wird die Entscheidung darüber, welches Hochschulstudium für eine bestimmte Planstelle erforderlich ist, dem Dienstgeber überlassen. Im Zusammenhang damit hat das BDG das Ausbildungswesen reformiert. Anstelle einer Vielzahl unterschiedlicher Dienstprüfungen trat eine gemeinsame Grundausbildung für die gesamte Verwendungsgruppe mit fachlicher Differenzierung.

Als Ernennung definiert das Gesetz die bescheidmäßige Verleihung einer Planstelle, unterscheidet also nicht mehr zwischen Anstellung und Ernennung. Es enthält ferner die zentrale Anordnung (§ 4 Abs. 3) daß bei mehreren, gleichermaßen die Erfordernisse erfüllenden Bewerbern jener zu ernennen ist, von dem auf Grund seiner persönlichen und fachlichen Eignung anzunehmen ist, daß er die Aufgaben bestmöglich erfüllt. Diese Bestimmung macht unbestimmte Gesetzesbegriffe des älteren Dienstrechts wie „ehrenhaftes Vorleben“ entbehrlich.

Anstelle der früheren periodischen Dienstbeurteilung gibt es nur mehr eine *Leistungsfeststellung* aus bestimmten Anlässen: vor Definitivstellung oder bei deutlichem Absinken des Arbeitserfolges, auf Antrag des Beamten bei überdurchschnittlichen Leistungen. Da nur mehr zwischen erwartetem und überdurchschnittlichem Arbeitserfolg unterschieden wird, werden sich die Beförderungsrichtlinien auf zwei Laufbahnen beschränken.

Im Disziplinarrecht gelten abweichend von früher folgende Grundsätze: Es sind nurmehr schuldhaft Verletzungen von Dienstpflichten strafbar; es gibt keine Ordnungsstrafen mehr; in erster Instanz entscheiden bei den obersten Dienstbehörden eingerichtete Disziplinarkommissionen, in zweiter Instanz ist

die für das ganze Bundesgebiet zuständige Disziplinar Kommission einzurichten; eine Doppelbestrafung ist weitgehend ausgeschlossen; und eine Dienstpflichtverletzung hat — über die Disziplinarstrafe hinaus — keine dienstrechtlichen Folgen.

Nun noch ein Hinweis auf einige offene Fragen:

Ungeklärt ist die Zulässigkeit des *Beamtenstreiks*. An sich ist der Begriff „Streikrecht“ der österreichischen Rechtsordnung überhaupt fremd. Seit der Straffreistellung von Streik und Aussperrung durch das Koalitionsgesetz (RGBL. 1870/43) kann die Streikfreiheit als Ausfluß der Handlungsfreiheit des Menschen gedeutet werden. Allerdings ist der Begriff Streikrecht in Art. 8 des jüngst von Österreich ratifizierten UN-Paktes über wirtschaftliche und soziale Rechte als Gruppenrecht enthalten; die Bestimmung hat nicht Verfassungsrang und steht unter Erfüllungsvorbehalt. Hingegen lassen die Dienstpflichten gemäß § 21 der Dienstpragmatik 1914 (immer noch geltendes Recht) Streiks als unzulässig erscheinen. Die Frage ist in der gesamten weiteren Rechtsentwicklung nicht geklärt worden. Einige halten Streiks für zulässig, überwiegend werden sie unter Hinweis auf das Dienstrecht als unzulässig betrachtet. Eine vermittelnde Ansicht erklärt jene Streiks für zulässig, die nicht mit unzulässigen Mitteln geführt werden und die sich nicht auf ein unzulässiges, insbesondere politisches Ziel richten. In der Staatspraxis sind die ganz wenigen Streiks vom Dienstgeber bisher nie disziplinar geahndet und in der Regel zum Anlaß von Lohnverhandlungen genommen worden. Disziplinarische Maßnahmen wurden aber immerhin erwogen bei einem Prüfungstreik der Professoren der Hochschule für Bildungswissenschaften in Klagenfurt; der Streik wurde daraufhin abgebrochen.

Im Gegensatz zum Recht der Bundesrepublik Deutschland kennt das österreichische Dienstrecht nicht die Rechtsfigur eines auf Zeit bestellten bzw. mit Regierungswechsel in den zeitlichen Ruhestand versetzbaren „*politischen Beamten*“. Seit 1966, also seit der Ära der Einparteienregierungen gibt es jedoch praktisch und seit 1973 auch durch das Bundesministeriengesetz legitimiert dem herkömmlichen Organisationsschema aufgepfropfte kleine Stäbe (sogenannte Ministerbüros bzw. Kabinette) aus Personen, die das besondere Vertrauen des Bundesministers genießen, den sogenannten Dienst um die Person des Ministers besorgen und dementsprechend unmittelbaren Zugang zu ihm haben. Ihrem dienstrechtlichen Status nach sind sie entweder dienstzugeteilte Beamte oder Vertragsbedienstete mit Sondervertrag oder aber sogar gegen Refundierung ihrer Bezüge von einem anderen Dienstherrn (z. B. einer

Interessenvertretung) durch „Arbeitsleihvertrag“ zur Verfügung gestellt. Sie entsprechen also dem Typus des politischen Beamten, den es formal nicht gibt. Ihr praktischer Einfluß auf sach- und personalpolitische Fragen ist sicher nicht unbedeutend, wenngleich nicht ohne weiteres quantifizierbar, ihre Karrierechancen nach Ausscheiden aus dieser Funktion sind aller Erfahrung nach wesentlich größer als bei normaler Beamtenlaufbahn. Es fragt sich natürlich, ob die förmliche Anerkennung dieses Status nicht ehrlicher wäre, und ob nicht sogar im Wechselspiel zwischen Regierung und Opposition ein Personal-clearing zwischen Parlament und politischen Kabinetten stattfinden könnte. Die Gewerkschaft der öffentlich Bediensteten hat sich jedoch bisher stets gegen jede Form des politischen Beamtentums ausgesprochen.

Zum *Pflichtenstatus* des Beamten gehört nach der Generalklausel des § 24 Abs. 1 der Dienstpragmatik, daß der Beamte in und außer Dienst das Standesansehen wahrt, sich stets im Einklang mit den Anforderungen der Disziplin verhält und alles vermeidet, was die Achtung und das Vertrauen, die seine Stellung erfordert, schmälern könnte. Ähnliches gilt in den Landesdienstrechten. Die Gewerkschaft strebt eine präzisere Abgrenzung des privaten vom dienstlichen Bereich an. Der jüngst zur Begutachtung unterzogene Entwurf einer fortgesetzten Dienstrechtskodifikation (BKA vom 14. 6. 1978, GZ 920.196/8-II/1/78) geht in der Umschreibung der allgemeinen Dienstpflichten jedenfalls viel weiter. Er verlangt:

„(1) Der Beamte muß sich durch sein gesamtes Verhalten zur demokratischen Grundordnung der Republik Österreich bekennen und für ihre Erhaltung eintreten. Er ist zur getreuen Beachtung der geltenden Rechtsordnung verpflichtet und hat seine dienstlichen Aufgaben (§ 22 Abs. 1) aus eigenem mit den ihm zu Gebote stehenden Mitteln gewissenhaft, unparteiisch, uneigennützig, gerecht und mit Fleiß zu besorgen. Er steht in einem besonderen Treueverhältnis zur Republik Österreich.“ Und weiter:

„(2) Der Beamte hat insbesondere bei Ausübung seiner politischen Rechte (Art. 7 Abs. 2 B-VG) und des Rechtes auf freie Meinungsäußerung (Art. 13 StGG) auf seine Stellung im Dienste der Republik Österreich und auf die Pflichten seines Amtes Bedacht zu nehmen und darauf zu achten, daß das Vertrauen in eine sachliche Wahrnehmung seiner Aufgaben erhalten bleibt; er hat durch sein Verhalten diesem Vertrauen gerecht zu werden und alles zu unterlassen, was letzterem abträglich ist.“

Hier geht der Entwurf sicher zu weit und wird wohl in dieser Form nicht Gesetz werden. Auch wenn glaubhaft versichert wird, daß es um die Verankerung der Treuepflicht gegenüber dem Staat geht und die Bestimmung nicht als Basis für Berufsverbote gedacht ist, ist die Formulierung doch problematisch. Ihrem Wortlaut nach könnte sie nicht nur eine Eingangskontrolle à la Radikalenerlaß, sondern darüber hinaus sogar eine dauernde Kontrolle der Gesinnung erlauben, die sich noch dazu in einem aktiven Verhalten — und was ist das: etwa Beitritt zu einer „staatstragenden“ Partei? — manifestieren müßte. Auch der zweite Passus erscheint als schwerwiegende Einschränkung der Grundrechtssphäre. Das rechtspolitische Ziel wäre sicher besser durch eine strikte Trennung von privater und dienstlicher Sphäre sowie klare Amtsverschwiegenheitsnormen zu lösen.

Im Zuge der sommerlichen politischen Auseinandersetzung ist in Österreich auch das sogenannte „Beamtenprivileg“ (Weiterlaufen der Beamtenbezüge neben den Abgeordnetenbezügen und Zeitvorrückung) in die öffentliche Diskussion geraten. Ein Rechtsstreit, der dem VfGH Anlaß zur verfassungsrechtlichen Stellungnahme geboten hätte, wurde außergerichtlich beigelegt. So wird denn die Frage, wie das in Österreich üblich ist, von einer Kommission geprüft werden. . .

Ein unbewältigtes Problem stellt schließlich auch die Teilzeitbeschäftigung dar. Derzeit kann sie grundsätzlich nur im Vertragsbedienstetenrecht vereinbart werden (Untergrenze: ein Drittel des Vollbeschäftigungsausmaßes), wobei das Beschäftigungsausmaß Einfluß auf das Entgelt und die Vorrückung, nicht jedoch auf die Urlaubsdauer hat. In den öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnissen zu den Gebietskörperschaften fehlt diese Möglichkeit nahezu völlig. Nur das Land Niederösterreich gewährt Beamtinnen auf Antrag Teilzeit- im Ausmaß der Halbeschäftigung, wenn sie verheiratet sind, für Minderjährige oder pflegebedürftige Kinder zu sorgen haben oder ihre pflegebedürftigen Eltern versorgen. Außerdem wurde von einigen Ländern für Kindergärtnerinnen und Hortbedienstete die 40-Stunden-Woche zur Unterbringung des zu großen Angebots aufgelockert.

Nun wäre es gewiß noch reizvoll und von Interesse, Ihnen auch Empirisches zum öffentlichen Dienst in Österreich zu berichten. Allein ich sehe den mahnenden Blick unseres Vorsitzenden auf die Uhr und will daher mit diesen meinen Bemerkungen schließen.

Schindler: Die Unterschiede zwischen dem öffentlichen Dienst in der Schweiz und jenem in Deutschland sind wohl von niemandem prägnanter hervorgehoben worden als von Fritz Fleiner in seinem Aufsatz „Beamtenstaat und Volksstaat“, der 1916 in der Festgabe für Otto Mayer erschien. Deutschland wurde von Fleiner als Beispiel des Beamtenstaates, die Schweiz als Beispiel des Volksstaates hingestellt. Typisch für Deutschland war nach Fleiner, daß das Beamtentum einen festen sozialen Berufsstand bildete, dem nach der Redensart „Der Staat sind die Beamten“ allein die Führung der Staatsgeschäfte oblag. Charakteristisch für die Schweiz dagegen war, daß alle öffentlichen Ämter ursprünglich in der Form von Ehrenämtern oder Nebenämtern durch Bürger bekleidet wurden. In der Schweiz hat die Auffassung, daß der Staat die Angelegenheit aller, nicht jene eines bestimmten Berufsstandes sei, während langer Zeit die Entstehung eines Berufsbeamtentums verhindert. Auch zur Zeit, als Fleiner seinen Aufsatz veröffentlichte, bestand noch eine starke Abneigung gegen ein Berufsbeamtentum. Diese zeigte sich z. B. darin, daß die Stimmberechtigten der Schweiz im Jahre 1891 ein Gesetz ablehnten, welches die Ausrichtung bescheidener Ruhegehälter an alterhalber zurückgetretene Bundesbeamte vorsah. Der öffentliche Dienst wurde in ähnlicher Weise als eine Pflicht aller Bürger betrachtet wie der Dienst in der Armee. In beiden galt eine Art Milizsystem. Seit dem 1. Weltkrieg haben sich die Verschiedenheiten zwischen dem deutschen und dem schweizerischen Beamtenrecht verringert. Deutschland hat sich in gewissem Sinne dem „Volksstaat“, die Schweiz dem „Beamtenstaat“ genähert. Die älteren Auffassungen wirken jedoch noch nach.

In der Schweiz regeln Bund, Kantone und Gemeinden die Stellung und Besoldung ihres Personals völlig unabhängig voneinander. Der Bund besitzt keine Zuständigkeit, Fragen des kantonalen oder kommunalen Beamtenrechts zu regeln. Dennoch hat sich das Beamtenrecht auf allen drei Stufen des Staates parallel entwickelt, wie dies angesichts der Enge der Verhältnisse kaum anders möglich war. Der wohl nennenswerteste Unterschied liegt in der Höhe der Gehälter, ein Unterschied, der aber, vor allem wegen der Anhänglichkeit vieler Beamten an ihre angestammten Orte, nicht als gravierend empfunden wird.

Das Beamtenrecht ist meist in Erlassen geregelt, welche dem fakultativen oder obligatorischen Referendum unterliegen. Diese demokratische Fundierung wirkt sich auf die Verhandlungen zwischen den Beamtenorganisationen und der Exekutive

im Sinne einer Mäßigung der Forderungen aus. Die Forderungen müssen für die Stimmberechtigten annehmbar sein. Auch wird dadurch der Verhandlungsspielraum der Regierung eingeschränkt. Im allgemeinen folgte die Entwicklung der Besoldungen und der Sozialleistungen jener der Privatwirtschaft.

Das Beamtengesetz des Bundes und die meisten Beamtenordnungen der unteren Ebenen unterscheiden zwischen Beamten und Angestellten. Bis in die sechziger Jahre bestand als dritte Kategorie jene der Arbeiter. Alle diese Bediensteten stehen in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis. Alle unterstehen somit den üblichen Pflichten von Beamten, d. h. der Dienstpflicht und der Treuepflicht, insbesondere auch dem Streikverbot und dem Disziplinarrecht. Der Unterschied zwischen Beamten und Angestellten hat sich im Laufe der Zeit verringert. Er liegt im wesentlichen nur noch in der Kündbarkeit. Beamte werden auf eine feste Amtsdauer, in der Regel auf vier Jahre, ernannt, den Angestellten aber kann jederzeit kurzfristig gekündigt werden. Neben dem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis gibt es in geringer Zahl auch privatrechtlich Angestellte. Im Bund stehen rund 3 % des Personals in einem privatrechtlichen Verhältnis.

Typisch für den öffentlichen Dienst der Schweiz ist, daß es keine Beamte auf Lebenszeit gibt. Alle werden nur für eine bestimmte Amtsdauer ernannt. Dies ist eine Auswirkung des demokratischen Prinzips, wonach alle Staatsämter nur auf Zeit besetzt werden. Die Bestätigung im Amt bei Ablauf einer Amtsdauer ist jedoch so selbstverständlich geworden, daß die Anstellung eines Beamten im Effekt kaum weniger dauerhaft ist als sie bei Anstellung auf Lebenszeit wären. Zwar kann die zuständige Behörde bei Ablauf der Amtsdauer nach freiem Ermessen über die Erneuerung der Dienstverhältnisse entscheiden, doch sind Fälle der Nichterneuerung selten. So wurden 1977, als die Amtsdauer von rund 30 000 Beamten im Bund ablief, nur 30 in ihrem Amt nicht bestätigt, alle wegen Nichterfüllung der Anforderungen. Daß mit der stetigen Erneuerung des Dienstverhältnisses gerechnet wird, zeigt sich u. a. darin, daß im Bunde gegen die Nichterneuerung des Dienstverhältnisses die Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Bundesgericht möglich ist. Das Bundesgericht muß sich bei der Überprüfung allerdings im wesentlichen auf die Frage beschränken, ob die zuständige Behörde den Verfahrensvorschriften nachgelebt hat.

Für die Ernennung der Beamten hat sich in der Gesetzgebung und Praxis der Schweiz der Ausdruck „Wahl“ erhalten, auch für jene Beamten, die durch die Exekutive oder durch

einen einzelnen Amtsträger ernannt werden. Der Ausdruck „Wahl der Beamten“ rührt davon her, daß ursprünglich alle Amtsträger, insbesondere jene der Gemeinden und Kantone, vom Volk oder von der Volksvertretung gewählt wurden. Noch heute werden auf der kommunalen und kantonalen Ebene verschiedene Beamte durch die Stimmberechtigten gewählt, beispielsweise die Lehrer und teilweise die Notare und Betreibungsbeamten.

Die Beamtenlaufbahn ist in der Schweiz erst wenig institutionalisiert, was mit der starken Zersplitterung auf verschiedene Verwaltungen zusammenhängt. Auf Bundesebene ist lediglich vorgeschrieben, daß die freien Stellen öffentlich ausgeschrieben sind. Die Voraussetzungen, die ein Bewerber für ein bestimmtes Amt zu erfüllen hat, werden in der Ausschreibung jeweils ad hoc näher umschrieben. Ein eigentliches Rekrutierungsverfahren mit einer festen Laufbahn besteht nur beim diplomatischen und konsularischen Dienst, ferner bei den Verwaltungen der PTT, der Bundesbahnen und des Zolls. Bei der Auswahl der Beamten ist in der Regel die fachliche und persönliche Qualifikation ausschlaggebend. Politische, konfessionelle und insbesondere sprachliche Rücksichten können, besonders auf Bundesebene, ebenfalls eine Rolle spielen, um allen Gruppierungen des Volkes eine hinreichende Beteiligung zu sichern. Politische Beamte dagegen sind unbekannt. Beim Wechsel eines Regierungsmitgliedes werden die Spitzenpositionen in seinem Department nicht gewechselt. Diese Entpolitisierung auch in den leitenden Funktionen entspricht dem Kollegialsystem, nach welchem sich die Regierungsmitglieder den Mehrheitsbeschlüssen des Kollegiums unterordnen.

Das Recht des öffentlichen Dienstes in der Schweiz ist gegenwärtig in seinen Grundzügen unbestritten. Nur drei Fragen grundsätzlicher Natur haben in den letzten Jahren in der Öffentlichkeit zu gewissen Diskussionen Anlaß gegeben. Eine erste betrifft die Treuepflicht der Beamten. Sie wurde besonders im Zusammenhang mit der Nichtwiederwahl von Lehrern und der Nichtzulassung von Anwärtern zum Schuldienst aktuell. Dabei blieb der Grundsatz der Treuepflicht aber unbestritten. In Frage stand nur die Angemessenheit verschiedener Fälle der Entlassung oder Nichtzulassung. Eine zweite Frage betrifft das Streikrecht der Beamten und Angestellten, eine Frage, die im Zusammenhang mit der Unterzeichnung der Europäischen Sozialcharta durch die Schweiz im Jahre 1976 aktuell wurde. Es wurde die Forderung erhoben, im Hinblick auf die noch ausstehende Ratifikation der Sozialcharta das bestehende Streikverbot aufzuheben. Diese Forderung dürfte in

nächster Zeit aber wenig Chancen haben, erfüllt zu werden. Falls die Schweiz die Sozialcharta ratifiziert, ist vielmehr vorgesehen, eine Erklärung über das Streikverbot der Beamten nach dem Vorbild der Bundesrepublik abzugeben. Eine dritte Frage schließlich betrifft die Überforderung der Verwaltungen der Kantone und Gemeinden durch die übergroße Produktion von Gesetzen durch den Bund. Angesichts der Kleinheit vieler Kantone hat sich bei der Vollziehung der Bundesgesetze verschiedentlich ein Mangel an sachkundigen Beamten und an finanziellen Mitteln bemerkbar gemacht, so daß manche Bundesgesetze nur mangelhaft durchgeführt wurden. Man spricht von der Vollzugskrise, eine Erscheinung, die nur durch eine Verlangsamung der Gesetzesproduktion und eine bessere Berücksichtigung der Möglichkeiten des Vollzuges behoben werden kann. In vielen Fällen haben finanzielle Zuschüsse des Bundes an die Kantone zum Zwecke der Durchführung bestimmter Maßnahmen den notwendigen Anreiz zur Vollziehung geben können.

Vorsitzender: Mit herzlichstem Dank an Herrn *Schäffer* und Herrn *Schindler* eröffne ich nunmehr die Aussprache. Ich darf zunächst Herrn *Badura* das Wort geben.

Badura: Herr Vorsitzender, meine Herren! Herr *Wagener* hat uns gesagt, daß die Lage des Öffentlichen Dienstes gut ist und daß unsere Aufgabe darin besteht, dafür zu sorgen, daß es so bleibt. Herr *Rudolf* hat über die rechtlichen Grundlagen des Öffentlichen Dienstes gesprochen und hat sie für gut und richtig befunden. Man müßte meinen, daß dementsprechend besonders die Lage des Berufsbeamtentums — was nicht identisch mit dem Öffentlichen Dienst ist, aber doch immerhin ein wesentliches Stück davon darstellt — eine unbestrittene und feste Größe sei. Es scheint aber, daß es einige Bemerkungen geben müßte, die zeigen, daß auch einige Schatten auf dieses Bild fallen können.

Auf der Hand dürfte liegen, daß Herr *Wagener* recht hat, wenn er sagt, daß der Sozialstaat mit einer Aufgabenausweitung verbunden ist und daß dementsprechend dem Öffentlichen Dienst eine Schlüsselstellung zufallen muß, eine Schlüsselstellung gerade eben im Hinblick auf die zu leistenden Aufgaben der Verwaltung und des Staates, und daß dementsprechend die rechtliche und verfassungsrechtliche Basis und Organisation des Öffentlichen Dienstes eine Zentralstelle des Verfassungsstaates darstellt. Ich darf hierzu nur auf die gestrigen Debatten verweisen, die ja diesen Punkt unterstrichen haben.

Der Art. 33 Abs. 4 und Abs. 5 des Grundgesetzes enthält Bestimmungen, die besonders stark die Tradition, die historische Kontinuität zu zeigen scheinen, eine Erinnerung, daß das Beamtentum gewissermaßen der Staat sei, ein „pouvoir neutre“. Man sollte an die Referenten, insbesondere an den ersten Berichterstatter, an den zweiten vielleicht weniger, die Frage stellen, ob das denn wirklich ein Konzept auch unserer geltenden Vorstellungen sein kann, ob man die Entgegensetzung von Politik und Sachverstand und Staatsgesinnung — Politik auf der einen Seite, Sachverstand und Staatsgesinnung auf der anderen Seite — überhaupt heute noch verwenden kann. Ich frage das deswegen, weil diese beiden Punkte — der neutrale Beamte und der sachverständige und mit Staatsgesinnung begabte Beamte, der gewissermaßen wie ein Fels in der Brandung der politischen Dynamik steht — ob das eigentlich wirklich, im Recht und in der Wirklichkeit, die Institution des Berufsbeamtentums heute noch zeigt.

Es sind vor allem drei Punkte, die staatsrechtlich auffallen müssen. Es ist einmal der Punkt: Wie verhält sich eigentlich die Ministerialbürokratie zu den politischen Entscheidungen? Ist es richtig, wie Herr *Wagener* sagt, — ich verweise auf die Thesen I, 5, II, 5, 6 und 8 —, daß eigentlich letzten Endes die hohen Beamten die Drähte ziehen, obwohl er andererseits — etwas beiläufig — sagte, wir hätten eine „politische Bürokratie“, was ja wohl heißen soll: Es ist nicht mehr dasselbe wie der alte Berufsbeamte, es ist irgendetwas anderes, — aber wenn es etwas anderes ist, kann man dann eigentlich überhaupt davon sprechen, daß die Beamten es eigentlich sind — die Beamten auch im Sinne unserer Verfassung, — welche die Drähte ziehen? Ich würde bezweifeln, daß man die Beamten als eine Art *classe politica* ansehen könnte, die in den geheimsten Herzkammern unseres Staates sitzt und die wesentlichen Entscheidungen beeinflußt. Auch die Beispiele, die Herr *Wagener* nannte, dürften wohl eher dahin deuten, daß die Beamten nur stark sind bei der Verfolgung ihrer berufspolitischen Interessen. Dort sind sie allerdings ziemlich stark, aber das gilt ja für alle Arbeitnehmergruppen, die ihre berufspolitischen Interessen durch Verbände, vor allem durch Gewerkschaften, verteidigen können.

Die Ämterpatronage — zweitens — ist hervorgehoben worden seitens der Parteien, vielleicht ein bißchen zu wenig seitens der Verbände. Herr *Wagener* hat in These III, 5 — das war der Punkt, der schon in seine Zukunftsprognosen fiel — die parteienstaatliche Seite behandelt, die verbandspolitische Seite müßte man wohl dazu nehmen. Es ist ja sehr schwierig

zu finden, ob die Parteien oder ob die Verbände letztlich stärker sind, so wie bei der russischen Puppe, wo immer noch eine weitere Puppe in der Puppe drin ist. In Weimar hatte es geheißen: Der Beamte ist Diener des Staates, nicht einer Partei; ein Satz, der immer bei Art. 21 zitiert wird, der aber natürlich auch zu dem heutigen Tage gehört. Ich würde gern fragen, ob die Referenten der Meinung sind, daß ein solcher Satz — ungeschrieben — auch im Grundgesetz steht und wie die Wirklichkeit ist? Ob es vielleicht Grenzen der parteistaatlichen Beeinflussung oder Durchdringung des Beamtenapparates geben kann, Grenzen im Hinblick darauf, daß wir dann noch von Berufsbeamten sprechen? Vielleicht mag dann, wenn diese Grenze überschritten ist, noch eine funktionierende Bürokratie existieren, eine „politische Bürokratie“, aber wer ist es dann eigentlich, der die Entscheidung fällt? Doch wahrscheinlich nicht die von Herrn *Wagener* in einer etwas merkwürdigen Weise ‚Fachbruderschaft‘ genannten Beamten! Das scheint mir eine neue Idealisierung zu sein, und ich weiß nicht, ob er das gut oder schlecht gemeint hat, vielleicht wird er es noch erläutern.

Und schließlich darf ich als letztes — drittens — sagen: Das Berufsbeamtentum ist natürlich mit dem Staat verbunden, das ist fast ein Gemeinplatz des Staatsrechtes und der Staatslehre und Herr *Rudolf* hat daraus sehr viel gemacht, — in Thesen 4, 11 und 12 hat er vom Staat gesprochen. Der Staat und die Beamten, — ich bin mir nicht sicher, ob das, was er hier unter „Staat“ versteht, auch wirklich der Staat ist, der ursprünglich mit dem Begriff des Berufsbeamtentums verbunden war. Ich meine vor allem, ohne daß ich hier die These oder den Punkt, den viele Berufene diskutiert haben, von „Staat und Gesellschaft“, neu aufgreifen will (These 4 und Thesen 11 und 12 von Herrn *Rudolf*), es ist sehr schwierig zu verstehen, was es heißt: In der pluralistischen Gesellschaft ist die Staatsgewalt nicht pluralistisch, sondern unteilbar. Ich weiß nicht, welcher Staat das ist; es ist vielleicht die Institution, oder das, was man in ein Lehrbuch schreiben könnte. Tatsächlich ist diese Trennung vielleicht, gerade wenn man von Beamten, von Bürokratie, von „politischer Bürokratie“ spricht, sehr schwer verständlich. Nur an einen Punkt darf ich erinnern, das Problem, daß es auch Beamtengewerkschaften gibt und daß wir zwar natürlich als einen Satz des geltenden Rechtes haben (Art. 33 Abs. 5), daß die Alimentation der Beamten durch Gesetz entschieden wird, nicht durch Tarifvertrag, nicht durch Arbeitskampf, — natürlich ist der Beamtenstreik illegal, was in Deutschland durch die Entscheidung zum Fluglotsenstreik

verhältnismäßig klar und eindeutig eingeschärft worden ist —, aber andererseits: Wie verhält es sich eigentlich mit diesen Gesetzen, in denen die Beamtenbedingungen und -besoldungen fixiert werden. Es gibt ein klares berufspolitisches Privileg der Berufsverbände bei der Beamtengesetzgebung, das beamtengesetzlich niedergelegt ist. Ich darf daran erinnern, daß neben den Beamten die Angestellten und Arbeiter existieren und daß diese durch Tarifvertrag und auch durch Arbeitskampf ihre Interessen durchsetzen und daß die Beamten still und heimlich sich mehr oder weniger daran anhängen, daß also die Beamten sozusagen im Windschatten der Lohnkämpfe der Angestellten und Arbeiter zu ihren Besoldungsgesetzen und Besoldungserhöhungen kommen. Das ist in meinen Augen — es entspricht dem geltenden Recht, natürlich — eine etwas eigentümliche Situation, und es wäre noch eigentümlicher, wenn die Berufsbeamten, die Berufsverbände der Beamten, Tarife und vor allem Arbeitskampf verlangten, obwohl man sich schwer vorstellen kann, wie man gegen den Staat streiken soll, der ja seinerseits wohl kaum zur Aussperrung rechtlich und faktisch in der Lage wäre; was das also für ein Arbeitskampf sein soll. Ist eigentlich der Staat stärker als der privatwirtschaftliche Arbeitgeber, wenn man den Staat als den Gesetzgeber sieht und den privatwirtschaftlichen Arbeitgeber als den Tarifpartner der Angestellten und Arbeiter? Dieser eine Punkt, den ich hier skizzieren wollte, scheint mir doch klar zu zeigen, daß mit dem Satz: Der Staat und die Beamten, die Beamten gehören zum Staat, der Staat ist ohne Beamten überhaupt nicht denkbar, — daß mit diesem Satz alleine vielleicht die rechtliche Seite des Beamtentums vor allem und des Öffentlichen Dienstes nicht in vollem Umfang bezeichnet werden kann, ohne daß weitere Beispiele aus der ja sehr anschaulichen empirischen Darstellung von Herrn *Wagener* genommen werden sollen.

Quaritsch: Ich habe mich sehr darüber gefreut, daß Herr Kollege *Rudolf* mit einem staatsrechtlichen Kapitel über den souveränen Staat begonnen hat. Obwohl die staatliche Souveränität, wie Herr *Badura* richtig anmerkte, ein Gemeinplatz ist (ich würde hinzufügen: für aufgeklärte Juristen), so ist eine Erinnerung daran notwendig, weil bei uns, insbesondere bei den Berufsorganisationen des Öffentlichen Dienstes, gelegentlich das Gefühl dafür fehlt, daß die spezifischen Besonderheiten des Öffentlichen Dienstes Reflexe der spezifischen Besonderheiten des Staates sind. Privilegien des Öffentlichen Dienstes sind nur solange und soweit gerechtfertigt, als es eben

diese spezifische Bauform des modernen Staates erfordert. Was darüber hinausgeht, ist bloße Sozialpolitik und staatstheoretisch nicht mehr gerechtfertigt.

Wir sollten uns auch nicht immer noch mit dem Gespenst des angeblich neutralen, unpolitischen, allein dem Gemeinwohl verpflichteten Beamten aufziehen lassen. Diesen Typus hat es nie gegeben, er war eine Argumentationsfigur. Die Pflicht des Beamten scheint mir mit dem Begriff der Loyalität — Loyalität gegenüber der politischen Führung wie gegenüber dem geltenden Recht — zwar sehr allgemein, aber doch hinreichend zutreffend umschrieben zu sein. Der Beamte ist also nicht neutral, insbesondere nicht neutral gegenüber der politischen Führung, sondern er ist loyal.

Der bereits erwähnte Zusammenhang zwischen Staatstyp und Beamtenstatus erklärt die vielen Angleichungen zwischen Beamten, Angestellten und Arbeitern, die Herr *Wagener* aufgezeigt hat. Diese Angleichungen müssen nicht in erster Linie Folgen sozialer Begehrlichkeit sein, Folgen des „Wir auch“-Reflexes; sie sind eine rationale Konsequenz der Angleichungen der Forderungen, die eben auch an die Arbeiter und Angestellten im Öffentlichen Dienst gestellt werden. Allerdings sind in den letzten Jahrzehnten Veränderungen eingetreten, die das Berufsbeamtentum nicht mehr als selbstverständlich erscheinen lassen. Herr *Wagener* hat das Disziplinarrecht den Regulator der Anstellung auf Lebenszeit genannt. Das ist sicher richtig, aber die Praxis hat Herr *Wagener* ebenso richtig geschildert: Das Disziplinarrecht fällt in weiten Bereichen aus, damit aber auch der Ausgleich für die Lebenszeitanstellung. Den Hauptgrund für die Entwicklung sehe ich in der extremen Verrechtlichung des Verhältnisses zwischen Beamten und Behörde und in der extensiven Kontrolle durch Disziplinar- und Verwaltungsgerichte. Dadurch wird jedes Disziplinarverfahren zur Haupt- und Staatsaktion, in der für eine Bagatelle dicke Akten angelegt werden müssen. Der große Aufwand lohnt nicht. Was nützen monatelange Ermittlungen, wenn zum Schluß doch nur ein Verweis herauskommt, weil man sich das noch umständlichere disziplinargerichtliche Verfahren ersparen will?

Ein zweiter Punkt ist die sog. Treupflicht der Beamten. Treue ist auf Gegenseitigkeit angelegt, deshalb ist an diesem Begriff festzuhalten. Der Dienstherr erfüllt seine Treupflicht gegenüber den Beamten nicht nur durch Alimentation oder üppige Beihilfen, er hat ihn auch bei Ausübung des Amtes zu schützen und vor Unzumutbarkeiten zu bewahren. Die Ereig-

nisse der letzten zehn Jahre haben gezeigt, daß Dienstherren gelegentlich ihren Beamten den notwendigen Schutz entziehen, und zwar aus Gründen politischer Opportunität. Die politische Führung hat an bestimmten Universitäten die Hochschullehrer bei bestimmten Gelegenheiten im Stich gelassen, um Verlagerungen politischer Unruhen aus der Universität heraus zu vermeiden. Hätte es sich um Arbeitnehmer gehandelt, so wären sicher die Gewerkschaften eingeschritten; sie hätten wegen Unzumutbarkeit der Arbeitsbedingungen durchgesetzt, daß durch Arbeitsniederlegung die Verhältnisse gebessert würden. Die Hochschullehrer haben damals getreu dem Beamtenrecht auch unter sehr widrigen und im Grunde statusfeindlichen Bedingungen ihre Pflichten als Hochschullehrer und als Beamte erfüllt. Was damals beamtenrechtlich korrekt war, ist politisch wahrscheinlich falsch gewesen. Die Arbeitsniederlegung, insbesondere der solidarische Streik der Hochschullehrer einer ganzen Universität wäre in dieser Situation für die politische Führung ein Signal gewesen, auch andere politische Opportunitäten zu berücksichtigen und darauf zu verzichten, sich auf dem Rücken der Hochschullehrer selber Ruhe zu verschaffen. Ich will die Dinge nicht im einzelnen schildern, sie sind ihnen ja allzu gut bekannt. Die Treupflicht kann auf Dauer nur durchgehalten werden, wenn die Gegenseitigkeit gewahrt bleibt.

Die grundsätzlichen Ausführungen, die von den Referenten, insbesondere von Herrn *Wagener*, zum Problem „Bürokratie und Parteien“ vorgetragen wurden, scheinen mir richtig zu sein. Zunächst ist man etwas überrascht oder auch indigniert angesichts so vieler Verschränkungen zwischen Bürokratie und Parteien. Da gibt es z. B. die Institution der politischen Gesandten, nämlich jene leitenden Beamten einer Behörde, die wegen ihrer Parteizugehörigkeit die Interessen der Behörde bei wichtigen Abgeordneten (etwa Berichterstattern für den Haushalt oder Fraktionsvorsitzende) informell vertreten können, und zwar mit Wissen und Billigung (oder auch im Auftrage) der Behördenspitze. Diese stille Vertrauenspflege aufgrund parteipolitischer Gemeinsamkeiten weicht von den herkömmlichen Vorstellungen über die Trennung von Verwaltung und Parlament ab, aber in der Praxis kann dieses System überflüssige Friktionen vermeiden helfen.

Herr *Wagener* hat mit seinen Darlegungen die Antwort auf die gestern von Herrn *Schlaich* gestellte Frage nach der Parteipatronage gegeben. Wenn die hohe Bürokratie in starkem Maße in die Partei hineinwirkt, dann müssen logischerweise die Parteien darauf achten, daß die Mitglieder ihrer Partei in

der Verwaltung an entscheidender Stelle präsent sind. Diesem Sachzwang kann man nicht entgehen.

Häberle: Herr Vorsitzender, meine Kollegen. Ich möchte zu zwei Problemkreisen sprechen: erstens im Blick auf Herrn *Wagener* zum Verhältnis der *Verwaltungslehre*, zur *Verfassungsrechtslehre* und -dogmatik, zweitens zu Herrn *Rudolf* unter dem Stichwort „Berufsbeamtentum, Staat und Gesellschaft“.

Zunächst zum ersten Punkt: Herr *Wagener* hat höchst eindrucksvoll eine verwaltungswissenschaftliche Bestandsaufnahme vorgelegt, die uns jetzt die Aufgabe stellt, sie mit dem Verfassungsrecht und seiner Dogmatik zu verbinden. Ich erinnere an die Bielefelder Staatsrechtslehrertagung (1974, 2. Tag) — Herr *Ipsen* wird das, wenn nötig, ergänzen —, als mehrfach in der Diskussion betont wurde, die *Verfassungsrechtslehre* könne und müsse von der *Verwaltungslehre* lernen. Das ist hier und jetzt möglich und es läßt sich an drei Beispielen verdeutlichen: Zum einen denke ich an Herrn *Wageners* Thesen zur Juristenausbildung (Leitsatz IV 3). Der „gute“ Verwaltungsjurist wird notwendig. Das knüpft an das Spezialstudium im Augsburger Einphasenmodell und an die Diskussionen auf der Augsburger Staatsrechtslehrertagung von 1975 zum Stichwort „Personales Substanzproblem in der Verwaltung“, „Offene Gesellschaft der Verwaltungsrechtsinterpreten“ an. Zum anderen müssen wir jetzt den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und den verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz, ja die Probleme des Art. 19 Abs. 4 GG überhaupt überdenken angesichts dessen, was Herr *Wagener* zur „Versickerung“, Regulationsüberhäufung und -vielfalt, zur Überreglementierung und -steuerung durch Rechtsnormen vorgetragen hat (Leitsätze II 7, IV 1), zur „Entfeinerung“ und „Entstrüppung“; Begriffe, die für mich interessant und neu sind, aber in Bayern sind wir ja *sprachlich* immer ein wenig zurück, aber nur sprachlich! Schließlich wird die Kritik am Übermaß von „Verbünden“ zur Revision der „Gemeinschaftsaufgaben“ zu führen haben.

Zum zweiten Punkt: Herr *Rudolf*, Sie haben für das Berufsbeamtentum einen betont „staatlichen“ Ansatz gewählt wie eben auch Herr *Badura* herausgestellt hat. Sie haben in einem schönen Bild vom „Konnex“ usw. gesprochen, den öffentlichen Dienst auf den Staat hin fixiert. Ich teile zwar Ihren überzeugenden Ausgangspunkt, zumal in einer parlamentarischen Republik; ich möchte aber doch einer etwas stärker auch „gesellschaftsorientierten“ Sicht und einem entsprechenden „Berufsbild“ des Beamten das Wort reden, einer vorsichtigen stärker-

ren *Öffnung zur Gesellschaft* hin, die eine plurale Industriegesellschaft und Arbeitswelt ist. An zwei aktuellen Beispielen will ich das zu verdeutlichen suchen: erstens an dem von Ihnen behandelten Problem der Teilarbeitszeit (Leitsatz 19), zweitens an der Kindergeld-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts.

Sie haben zur *Teilarbeitszeit* im öffentlichen Dienst den Gesetzentwurf des Bundesrats als „kleine Lösung“ mit seiner — verfassungskonformen — Ausnahmegemeinwohlregelung vorgeführt, dann aber aus Art. 33 Abs. 5 GG verfassungsrechtliche Bedenken gegen die „große Lösung“, den Gesetzentwurf des Bundesinnenministeriums zur Regelung der Teilarbeitszeit für Beamte geäußert. Dem kann ich *nicht* zustimmen. Warum eigentlich keine Teilarbeitszeit? Das „Herkömmliche“ im Berufsbeamtentum, die „hergebrachten Grundsätze“ dürfen doch nicht status-quo-fixiert ausgelegt, sie müssen *flexibel*, entwicklungsoffen interpretiert werden (was auch das Bundesverfassungsgericht möglich läßt), und dies auch im Kontext „gesellschaftlichen Anschauungen“. Ich vermag nicht einzusehen, warum man nicht als Beamter vier Stunden pro Tag — wie man so schön sagt — „in voller Hingabe“ für das Gemeinwesen (etwa in Lehrberufen, auch auf Richterstellen) höchst intensiv soll arbeiten können, um in den übrigen vier Stunden etwa spazieren zu gehen, zu musizieren, zu schlafen, ja auch zu träumen, z. B. über Utopien. Dies ist doch besser, als im achtstündigen Dienst einen Teil zu verschlafen.

Ein Wort zum zweiten Beispiel: Ich habe Bedenken gegen die *Kindergeld*-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts von 1977. Sie wirkt wie ein Stück „beamtenrechtlicher Selbstbedienung“, die wir doch gerne kritisieren. Nun weiß ich nicht, ob ich mir leisten darf, über kinderreiche Familien zu sprechen. Immerhin wären andere Kollegen viel berufener: Herr *Zacher* dank seiner sieben Kinder, und andere, jüngere Kollegen haben schon drei oder vier Kinder. Aber immerhin, als Schwabe soll man ja auch diese Hoffnungen nicht aufgeben — „Rechtstatsachenforschung“ sagt eben auch Herr *Badura* — und trifft wieder das Richtige. Nun die ernste Frage: Wie soll man diese die Beamten ohne Not privilegierende Verfassungsgerichtsentscheidung plausibel machen können vor und in einer Gesellschaft wie der unsrigen, in der die meisten Bürger Arbeitnehmer, nicht Berufsbeamte sind: in einer *Arbeitnehmergesellschaft*?

Zacher: Herr Vorsitzender, meine Herren Kollegen! Mein erster Punkt soll einen Brückenschlag versuchen von der *Real-*

analyse zu der *Dogmatik* des öffentlichen Dienstrechtes. Und zwar möchte ich als Basis des Brückenschlages die Realanalyse in einer Dimension ansetzen, die — wenn ich recht sehe — in den Referaten nicht stark hervorgetreten ist: nämlich dem Eingebettetsein des Öffentlichen Dienstes in die *Arbeitswelt* schlechthin. Der Öffentliche Dienst teilt sich mit der ganzen übrigen Arbeitswelt, mit dem Arbeitsmarkt, in die gleiche manpower und die gleiche labour force. Das wird gerne vernachlässigt — und gerade von den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums, weil diese ja in einer Zeit entstanden sind, in der das Berufsleben reich diversifiziert war. Aber wir bewegen uns immer mehr zur Arbeitnehmergesellschaft hin. Das Arbeitnehmerleben beherrscht das Bild dieser Gesellschaft. Das Leben im Öffentlichen Dienst ist ein Ausschnitt daraus. Der Staat ist auf das gleiche Menschenpotential verwiesen wie der übrige Arbeitsmarkt. Und für jeden Nachfrager im Berufsleben ist der öffentliche Dienst eine Alternative. Wir erleben dieses Eingebettetsein ja immer deutlicher, etwa im Zuge der Entwicklung der Beschäftigungslage. Bei Vollbeschäftigung konnten wir die Stellen auch im öffentlichen Dienst nicht mehr besetzen. Wie der Beschäftigungsmangel aufgetreten ist, forderte man plötzlich Teilzeitarbeit. Und man will, daß sie auch in den Öffentlichen Dienst eindringen kann. Wir haben das ähnlich erlebt bei der Gleichstellung der Löhne in Arbeitsrecht und Beamtenrecht. Herr *Wagener* hat das ja auch skizziert. Man hat die Stellenkegel verunstaltet, zur Stellenbirne gemacht. (Stellenzwiebel haben Sie gesagt. Aber ich liebe Birnen mehr.) Als man die Löhne im öffentlichen Dienst nicht offen an die Inflation anpassen wollte, hat man so eine verdeckte Lohnanpassung hergestellt, weil man sonst die Leute auch gar nicht mehr gekriegt hätte. Oder ein ganz anderes Paradigma: das Problem der Menschenführung. Es ist beim Beamten heute genau so wenig mehr getan mit dem Befehl wie beim sonstigen Arbeitnehmer, sondern Sie müssen die Leute, wie man sagt, motivieren, damit sie etwas tun. Das ist im öffentlichen Dienst das Gleiche wie überall woanders.

Von hier her — von dieser starken Einbettung in das gesamte Arbeitsleben her — komme ich zu einer Parallelität der Ordnungsnachfrage. Und ich glaube, wir sollten mit sehr viel weniger Scheu an diese Parallelität der Ordnungsnachfrage zwischen Arbeitsrecht und Beamtenrecht herangehen. Nun muß man diese Ordnungsbedarfe vom Zugang zur Beschäftigung bis zum Ausscheiden aus ihr, von Leistung und Gegenleistung, vom Arbeitsschutz und der Selbstbestimmung am Arbeitsplatz bis zur sozialen Sicherung einmal registrieren und dann von

dieser elementaren Parallelität her fragen: Welche alternativen Anpassungen an das öffentliche Interesse lassen sich mit alternativen Vorzügen für die Bediensteten so verbinden, daß man die Geeigneten bekommt und den Bedarf befriedigen kann. Oder vom Subjekt her gefragt: Welche alternativen Nachteile lassen sich mit welchen alternativen Vorteilen so verbinden, daß die Geeigneten sich finden und bereit sind, hier dem öffentlichen Interesse zu dienen? Man müßte vielleicht zwei Regeln noch hinzufügen. Und zwar ist die erste, daß keine überhöhten Preise bezahlt werden dürfen für Besonderheiten, vor allem nicht für Besonderheiten, die man nicht braucht. Die zweite Regel wäre, daß man nicht Vorteile und Nachteile isoliert und direkt abhandelt, sondern immer in den institutionellen Komplexen, zu denen sie verbunden sind. Diese sich so ergebenden Lösungsvorschläge wären dann mit dem verfassungsrechtlichen Maßstab der Herkömmlichkeit des Beamtenrechts zu messen. Ich möchte einige Beispiele von Problemen geben, die sich — aus der Fülle herausgegriffen — hier stellen. Herr *Wagner* hat schon die „Hingabe“ genannt, die niemand mehr zu leisten bereit ist und die niemand mehr in Anspruch zu nehmen wagt. Ich glaube, dieses anspruchsvolle Wort sollten wir im großen und ganzen abandonnieren. Wir finden „Hingabe“ in der Privatwirtschaft mindestens so wie im öffentlichen Dienst. Wer bereit ist, sich „hinzugeben“, ist eben auch bereit, sich in vier Stunden „hinzugeben“, wie Herr *Häberle* sagte. Das andere Beispiel ist das Alimentationsprinzip. Das wurde ja von der Arbeitsrechtsseite her unterlaufen. Dieser Gegensatz des Alimentationsprinzips zum Arbeitsrecht stammt in seiner Begrifflichkeit aus einer Zeit, in der man im Arbeitsrecht Stunde gegen Stundenlohn abrechnete — im Sinne eines kurzzeitigen Synallagmas. Aber das ist ja im privaten Arbeitsrecht mehr und mehr hingestreckt worden. Wir rechnen dort jetzt nicht nur mit Monatslöhnen, sondern seit der Lohnfortzahlung im Krankheitsfalle etwa sogar mit ganz langen Zeiträumen, für die das Synallagma auch aufgehoben sein kann. Da sind dann die Tarifverträge mit dem 13. Monatsgehalt usw. In alldem haben wir ein arbeitsrechtliches „Alimentationsprinzip“. Was kann für den Öffentlichen Dienst da noch Besonderes gelten?

Und hier komme ich auf die Frage von Herrn *Häberle* zurück. Man muß sich in der Tat fragen, wann hier ein Sonderstatus aufrecht erhalten werden kann. Ich könnte die konkrete Entscheidung schon rationalisieren (zumal man für das eigene Interesse immer Gründe findet). Z.B. darf der öffentliche Dienstgeber bei der Einstellung nicht nach der Kinderzahl unterscheiden, während der Private vielleicht danach unter-

scheiden darf usw. Oder man sagt: Der öffentliche Dienstgeber zahlt halt insgesamt weniger Gehalt, aber den Kinderreichen zahlt er dafür bedürfnisgerecht mehr. Also man kann das motivieren. Aber, Herr Häberle, mich benagen prinzipiell die gleichen Zweifel wie Sie.

Aber ich denke noch an ein anderes Beispiel zurück. Als ich mich zum ersten Mal mit diesen Problemen befaßte — das war ungefähr vor 10 Jahren —, da wurde in der Literatur noch gesagt: Das Weihnachtsgeld verstoße gegen das Alimentationsprinzip; das Weihnachtsgeld sei nämlich aus dem Arbeitsrecht entwickelt worden. Und das, obwohl das Weihnachtsgeld ja einen guten Beitrag gerade zum „standesgemäßen“ Weihnachtsfest leisten kann.

Eine andere Problematik ist dann aber, daß man sich aus der „Herkömmlichkeit“ heraus auch Neues einfallen lassen muß. Ich sehe da etwa das Problem der Ruhestandsbeschäftigung von Beamten. Ich glaube, daß man hier Grenzen ziehen muß, wenn Richter das doppelte Kapital, daß sie nicht nur hohe Bezüge erworben haben, sondern daß sie daneben auch eine beruflich verwertbare Position erworben haben, mit dem Moment ihrer Ruhesetzung aktivieren, indem sie sagen: So, jetzt machen wir beides; die Ruhebezüge beziehen wir, und das öffentliche Ansehen setzen wir um in eine Anwaltspraxis. Wenn ein Regierungspräsident in Ruhe tritt und eine Anwaltspraxis aufmacht, sind es doch nicht in erster Linie seine allgemeinen juristischen Fähigkeiten, die er hier verwertet, sondern es ist der Umstand, daß er Regierungspräsident war und daß die Bewerber, die zu ihm als Klienten kommen, sicher sind: Der wirds schon richten! Und er geht ja auch zu dem jungen Regierungsrat in seiner alten Behörde und sagt: „Herr Kollege, das haben wir doch immer so gemacht. Das haben wir schon hingekriegt.“ Ich glaube, daß uns da aus den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums neue Restriktionen einfallen müssen. Dieser Ruhestandsbeamte, der mit einem Mal eine Anwaltskanzlei aufmacht, der teilt ja auch nicht das Risiko des Anwalts. Der hat ja schon ein Grundeinkommen, hat also nicht das Risiko des normalen Anwalts usw. Ich glaube, hier müßte darüber nachgedacht werden.

Die Frage der Lohnbildung ist schon angeklungen in den Referaten und in einigen Diskussionsbeiträgen. Ich möchte es nur noch grundsätzlicher sagen. Wenn man von den „hergebrachten Grundsätzen“ hier spricht, dann sagt man ja: Gehaltsbildung durch Gesetz. Was war denn, als sich das im 19. Jahrh. entwickelt hat, die Alternative? Da gab es ja noch nicht einmal Gewerkschaften, auch keine Tarifverträge, da hat sich das alles

erst in Spuren entwickelt. Was war in der Weimarer Zeit, wo die „hergebrachten Grundsätze“ unseres Beamtenrechts ja eigentlich entstanden sind und sich verfestigt haben? Da waren die arbeitsrechtliche Alternative ja im wesentlichen die Schiedssprüche. Da ist das Tarifsysteem weitgehend unterlaufen und ausgehöhlt gewesen durch ein entwickeltes System von Schiedssprüchen. Wir müssen uns heute fragen: Ist das wirklich ehrlich, was hier gespielt wird, daß man sich mit der gesetzlichen Gehaltsbildung an die tarifvertragliche und möglicherweise „erstreikte“ oder wenigstens „erstreikbare“ Lohnbildung anhängt? Ich möchte Herrn *Quaritsch* zustimmen, daß wir deswegen nicht das Streikrecht der Beamten akzeptieren müssen — ich würde aber nicht einmal „Ihrem“ Streik zustimmen, Herr *Quaritsch* —; aber man muß alternative Mechanismen schaffen. Man muß offenlegen, daß man hier in einer Arbeitsumwelt nicht so tun kann, als ob hier ganz unabhängig von den Löhnen sonst der Gesetzgeber in seiner Weisheit die richtigen Gehälter — nach dem Alimentationsprinzip — finden würde.

Man muß auch bedenken, daß analoge Bindungen, wie wir sie im öffentlichen Dienst haben, auch in der privaten Wirtschaft, bei unentbehrlichen Verrichtungen der Daseinsvorsorge, notwendig sein können. Wir kennen die Problematik der Beschränkung des Arbeitskampfes bei lebenswichtigen Funktionen. Wir dürfen gewisse Dinge nicht auf den öffentlichen Dienst des Staates beschränken. Und wir müssen uns sagen: Wo gibt es analoge Probleme auch in der privaten Wirtschaft?

Nun noch zwei kürzere Bemerkungen: Die erste kommt zurück auf das Problem, das Herr *Wagner* angesprochen hat, nämlich, daß man im öffentlichen Dienst kein Dienen mehr findet, sondern nur noch ein Befehlen. Dazu drei Sätze — ob es drei Sätze werden, weiß ich nicht, ich versuch es! Zunächst einmal zu dem *Franz Mayerschen* Grundsatz, daß der öffentliche Dienst der Wirtschaftsgesinnung entspricht. Ich würde sagen: der Öffentliche Dienst entspricht schlechthin der Gesinnung einer Gesellschaft. Und in unserer Gesellschaft gibt es eben kein Dienen mehr und zuwenig personale Zuwendung. Und dann hat es der Öffentliche Dienst mindestens so schwer wie die ganze Gesellschaft, das darzustellen. Das zweite dazu: Der Öffentliche Dienst war in der Richtung des Dienens der Menschen für den Menschen in der Geschichte sogar immer schwächer als die übrige Gesellschaft — siehe die Wohlfahrtspflege, die nicht vom Öffentlichen Dienst erfunden worden ist, sondern die ganze Geschichte hindurch außerhalb des Öffentlichen Dienstes geleistet worden ist. Das dritte ist: Das wir nur noch Schreibtischtäter haben, ist ein Produkt unseres Bildungssystems.

Die letzte Bemerkung, die ich machen möchte, bezieht sich auf die Kritik an der Überregelung des Öffentlichen Dienstes, die Herr *Wagener* geäußert hat. Ich meine, das Zuvielregeln ist — ich glaube, hier stimmt Herr *Wagener* überdies ohnedies überein — nicht nur ein Problem des Öffentlichen Dienstes. Wir sind ganz generell an der Grenze dessen angekommen, was überhaupt normativ machbar ist. Wir haben eine Hybris der Machbarkeit und zwar auch der normativen Machbarkeit entwickelt. In früheren Zeiten, in langsamer Entwicklung, hat der Gesetzgeber gewisse elementare Leitbilder des Selbstverständlichen übernehmen können. Etwa im Schulwesen: Ein Lehrer hat im Prinzip das getan, was er schon von seinem Lehrer gesehen hat. Neue Regelungen konnten dies voraussetzen und brauchten es nur zu variieren, nicht aber mußten sie es ersetzen. Heute glaubt man, daß man dieses Erfahrene, dieses Mitgewachsene durch eine Norm ersetzen kann — und man muß es oft ja auch! Und das läßt sich nicht darstellen, ich glaube, das ist nicht nur ein Problem der Struktur des Öffentlichen Dienstes. Wir haben als Gesellschaft, glaube ich, die Grenze des normativ Machbaren bereits überschritten.

Partsch: Herr Vorsitzender, meine Herren! — Zunächst eine kurze Bemerkung zu den völkerrechtlichen Ausführungen von Herrn *Rudolf*.

Was er über den Dienst in Internationalen Organisationen gesagt hat, stimmt zwar für die Europäischen Gemeinschaften, aber absolut nicht für die Familie der Vereinten Nationen. Dort ist das Dienstverhältnis nicht nach beamtenrechtlichen Vorstellungen geordnet. Wenn wenigen leitenden Funktionären in Verträgen Streikverbote auferlegt wurden, so ist das nichts anderes wie in einer Aktiengesellschaft, wo das Vorstandsmitglied, das Arbeitgeberfunktionen erfüllt, auch nicht streiken darf. Aber das nur am Rande.

Wichtiger scheint mir ein gewisses Auseinanderfallen der so ungeheuer einleuchtenden Analyse, die wir von Herrn *Wagener* bekommen haben, mit den Schlußfolgerungen zu sein. Seiner letzten Schlußfolgerung hinsichtlich der Wiedereinführung des Verwaltungsreferendariats stimme ich mit wärmstem Herzen zu. In der Diskussion im Jahre 1948/49 hat man gesagt: Das geht nicht, weil Schleswig-Holstein keinen Regierungspräsidenten hat. Auf der anderen Seite sind Bayern und Nordrhein-Westfalen sicher Länder, die sich das leisten können. Die anderen Länder würden gleichzeitig einen guten Beitrag zum Abbau der parteipolitischen Patronage leisten, wenn sie sich zusammenschlossen, um, ebenso wie gemeinsame Prüfungsämter,

auch gemeinsam ein Verwaltungsreferendariat zu tragen. Wenn dann der Verwaltungsreferendar aus dem Saarland zu einem Regierungspräsidenten in Rheinland-Pfalz oder noch besser in Hessen kommt, dann ist das für ihn ein Vorteil.

Ich vermissе aber eine praktische Konsequenz aus der These II, 3 „Innere Struktur des Öffentlichen Dienstes“. Wir haben so einleuchtend gehört, wie wenige Privilegien und Nachteile beim Beamtentum im Vergleich zum Angestelltentum noch vorhanden sind. Dabei würde ich allerdings sagen: Der größte Nachteil des Beamtentums ist die systematische Verhinderung einer Mobilität im Verhältnis zur Wirtschaft. Nachdem nun die Altersversorgung durch die Sozialversicherung plus Zusatzversicherung in vielen Fällen erheblich besser ist als die Altersversorgung der Beamten, stellt sich doch die Frage: ist es noch zu rechtfertigen, einen so großen Teil der Angehörigen des Öffentlichen Dienstes in dieser doch sehr eigenartigen Struktur zu halten? Herr Rudolf hat eine Formulierung gebraucht, die man umdrehen kann: „Hoheitsrechtliche Befugnisse übt aus, wer kraft öffentlich-rechtlicher Legitimation in Form des öffentlichen Rechtes handelt“. Genau so wenig aussagekräftig ist es, wenn man sagt: „Öffentlich-rechtlich handelt, wer hoheitsrechtliche Befugnisse ausübt“. Das ist doch gerade die Crux, daß wir nicht wissen, was das eine oder andere ist. Warum übt denn der Busfahrer von der Post Hoheitsbefugnisse aus — und der von der Eisenbahn nicht? Wir haben gar nichts gewonnen, wenn wir den Text des Grundgesetzes wiederholen. Ich würde sagen: Die innere Rechtfertigung für die Aufrechterhaltung des Beamtentums ist, daß es gewisse Positionen gibt, deren Inhaber in der Lage sein müssen, einem rechtswidrigen Befehl zu widersprechen — und das ist ein sehr kleiner Kreis von vielleicht 5 % der Beschäftigten im Öffentlichen Dienst. Natürlich die Richter, aber die sind eine eigene Kategorie. Es gibt aber einen kleinen Kreis von Verwaltungsbeamten, die das brauchen. In letzter Zeit haben wir ein Plebiszit aus dem Kreis der öffentlichen Bediensteten selbst gegen den Beamtenstatus; im kommunalen Bereich will sich kein Angestellter mehr in das Beamtentum überführen lassen. Warum? — Weil die Altersversorgung besser ist, wenn er Angestellter bleibt. Dieses Plebiszit sollte man ernst nehmen und doch die Frage stellen, ob daraus nicht Konsequenzen zu ziehen sind. Es gibt sicher gewisse wenige Positionen, für die man den Beamtenstatus noch braucht, aber im großen und breiten ist das Angestelltenverhältnis — so wie es ausgestaltet wurde — für die große Menge der Angehörigen des Öffentlichen Dienstes auch eine adäquate Form.

Dürig: Ich ergreife nicht das Wort, um etwas für die Statistik von Herrn *Ipsen* zu tun, wer wann geredet hat, sondern ich möchte eigentlich nur jüngeren Kollegen mal zeigen, wie man eine Diskussion wieder in Gang bringt und flottmacht!

Eine direkte Frage an Herrn ‚Fachbruder‘ *Wagener*: Ihr Referat war ja ein Aha-Erlebnis. Nur, Herr *Wagener*, ist es nicht so, daß Sie es auch und zwar sehr in vorderer Linie waren, der dafür verantwortlich ist, daß in einigen Punkten Ihre eigene heutige Realanalyse doch recht negativ ausgefallen ist, etwa hinsichtlich der Koordinierungsbürokratien, hinsichtlich der Regelungsüberfrachtung, hinsichtlich der Planung der Planung, oder daß jeder nur noch normieren und nicht mehr durchführen will — und Frage: Ist heute also aus dem ‚Bruder‘ *Wagener*, als dem ‚Bruder Saulus‘ ein ‚Bruder Paulus‘ geworden? Oder sind Sie bar jeglichen Unrechtsbewußtseins gegenüber dem, was gerade Sie doch in Ihrem bisherigen respektablen wissenschaftlichen Leben initiiert haben?

Wagener: Herr *Dürig*, wer über die Sünde schreibt und spricht, sollte auch einmal gesündigt haben! Wer viele Jahre an ganz verschiedenen Stellen der öffentlichen Verwaltung, auch in der Staatskanzlei, auch bei kommunalen Spitzenverbänden, also in der „Koordinierungsbürokratie“ tätig gewesen ist, bei dem kann es nicht ausbleiben, daß er im Rahmen seiner Tätigkeit Faktoren gestärkt hat, die zu einer Lage geführt haben, die besorgniserregend ist. Ich habe ja darauf hingewiesen, daß kein böser Wille und daß keine bösen Mächte etwas Schlechtes zustandebringen wollen, ganz im Gegenteil, nur wer sich „mit Hingabe“ (und zwar vollzeitbeschäftigt) in der vertikal organisierten Richtlinien- und Koordinierungsbürokratie profilieren kann, der fällt positiv auf. Der Gemeindebürgermeister, der Stadtdirektor einer Klein- oder Mittelstadt gilt nur noch sehr begrenzt etwas. Man muß in den höheren Rängen der politischen Bürokratie gearbeitet haben, dann ist man *der Mann*.

Ich sollte einmal Stadtdirektor einer Kleinstadt werden, nachdem ich dort Referendar gewesen war. Mein Erfolg oder Mißerfolg würde heute an dieser Stelle daran gemessen, wie es mir gelänge, aus den verschiedenen Fonds beim Kreis, beim Regierungspräsidenten, beim x- oder beim y-Ministerium Zuschüsse für die Durchführung städtischer Aufgaben zu bekommen. Einsichten in das komplizierte Gefüge unseres politisch-administrativen Gesamtsystems wären auf diesem so wichtigen

Außenposten der öffentlichen Verwaltung nur begrenzt zu erlangen.

Sie können sich vorstellen, Herr *Dürig*, daß ich mir unter den Öffentlichrechtlern und Verwaltungswissenschaftlern viel mehr praktische „Mittäter“ wünschen würde, die — ihre Sünden erkennend — zum Paulus würden.

Dürig: Dankeschön Herr *Wagner*, das war sehr nobel.

Wilke: Sehr geehrte Herren Kollegen! Beide Berichterstatter haben auf das schwierige Problem des Zusammenhangs von Gesetzesflut einerseits und Ausdehnung der Staatsaufgaben und Vermehrung und Überlastung des Personals andererseits hingewiesen. Herr *Wagner* hat sogar den Vorschlag gemacht, wie man diesen Zusammenhang bereinigen könnte.

Die Gesetzesflut ist sicherlich nicht der alleinige Grund für die Überlastung des Personals; es gibt eine vermehrte Staats-tätigkeit auch in Bereichen, die von Gesetzen relativ verschont geblieben sind. Die Aufblähung etwa der Wissenschaftsverwaltung und unserer Universitäten ist mit Sicherheit nicht auf die Zahl der hochschulrechtlichen Normen zurückzuführen. Andererseits ist es zutreffend, daß die explosionsartige Betätigung des Gesetzgebers dazu führen muß, daß die vorhandenen öffentlichen Bediensteten mehr zu tun haben oder, wenn nicht genügend Personen vorhanden sind, neue eingestellt werden. Wenn man diese Folgewirkung vermeiden will, muß man nach den Gründen dieser Gesetzesflut suchen. Herr *Rudolf* hat es getan in seinem Leitsatz 13 unter V; danach soll die Flut der gesetzlichen Regelungen eine Folge des fehlenden Konsenses in der pluralistischen Gesellschaft sein — eine monokausale Erklärungstheorie, die ich für falsch halte. Ich würde sogar die Gegenthese aufstellen wollen: Je größer der gesellschaftliche Konsens ist, desto größer ist auch die Normenflut; unsere Gesetze im Bundestag werden größtenteils im Einvernehmen der parlamentarischen Parteien beschlossen, die Gesetzesflut geht auf Konsens zurück. Aber wie man auch diese These — Ihre oder meine Gegenthese — beurteilen mag, auf keinen Fall ist dieser vorhandene oder fehlende Konsens der alleinige Grund für die Gesetzesflut. Es gibt eine Fülle von Gründen, die mir eben eingefallen sind, und an einem Teil dieser Gründe haben die Juristen eine ganz erhebliche Mitschuld. Der natürlichste Grund für die Gesetzesflut ist der, daß eine neue Parlaments-

herrschaft ihre politischen Ziele durchsetzen will, das ist der Stand seit 1966 und 1969. Das ist eine naturgegebene Folge, die wir hinnehmen sollten und die im Grunde auch wünschenswert ist. Ich halte es auch nicht für zutreffend zu sagen: Es gibt Modeerscheinungen, deren sich der Gesetzgeber annimmt, beispielsweise das Umweltrecht. Ich würde sagen, es ist legitim, daß die im Parlament herrschenden Parteien sich der Zeitprobleme bemächtigen und ihre politischen Forderungen durch Gesetz und Verordnung durchzusetzen versuchen. Diesen Grund der Gesetzesflut können wir überhaupt nicht beseitigen, wir sollten es auch nicht. Aber es gibt eine ganze Fülle anderer Gründe, etwa daß Minister ihre politischen Erfolge an der Zahl der von ihnen durchgebrachten Gesetze messen; auch das ist natürlich ein Appell an die Politiker und wird insofern folgenlos sein. Und dann die Gründe, an denen wir Juristen eine erhebliche Mitschuld tragen. Wir können nicht jeden zweiten Tag einen neuen Gesetzesvorbehalt ersinnen und uns dann anschließend darüber beschweren, daß das Parlament diese Gesetzesvorbehalte als Gesetzgebungsaufträge auffaßt. Jeder neue Gesetzesvorbehalt ist ein neuer Gesetzgebungsauftrag; die Normenflut ist von Juristen mitproduziert und mitprogrammiert. Das gleiche gilt, wenn wir rechtsstaatliche Erfordernisse im Übermaß aus der Verfassung herausdestillieren, etwa den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz immer weiter detaillieren und zerfasern. Das zwingt den Gesetzgeber, jeden Fall für sich zu berücksichtigen; er muß dem Art. 3 entsprechen, er muß diesen komplizierten Rückwirkungsregelungen entsprechen, er muß Stichtagsregelungen entsprechen. Je mehr derartige Weisungen an den Gesetzgeber von Juristen in der Lehre, in der Justiz erdacht werden, um so tätiger muß der Gesetzgeber sein, ob er's will oder nicht. Außerdem ist daran zu denken, daß eine große Fülle der Gesetzesproduktion auf den Vollzug europarechtlicher und völkerrechtlicher Normen zurückzuführen ist. Also: Die Gesetzesflut hat eine Fülle von Gründen, der Grund in Nr. 13 dürfte nur einer sein, wenn überhaupt.

Herr *Wagener* hat nun einen Vorschlag gemacht, wie man dieser Gesetzesflut beikommen kann; ich bin skeptisch und finde, daß die „Entfeinerung“ der Regelungen zwar als rechtspolitisches Programm ganz wünschenswert ist, zweifle aber an der Realisierbarkeit. Man kann dem Ochsen, dem Politiker, wenn er drischt, das Maul nicht verbinden, oder, respektvoll ausgedrückt: Man darf dem Politiker die Gesetzgebungsklinke nicht aus der Hand nehmen. Das liegt einfach in der Logik des parlamentarischen Regierungssystems. Außerdem habe ich die Befürchtung, daß bei Ihrem Plädoyer, Herr *Wagener*, für Ge-

setze im Rohbau, für Gesetze, die sich auf die Grundprinzipien beschränken, vielleicht ein Abbau an Gesetzgebungskultur oder -zivilisation eintritt. Würden wir nicht viele gesetzgebungstechnische Errungenschaften vernachlässigen, wenn wir Gesetze nur noch im Rohbau, also mit dem Holzhammer machen? Ich glaube also, daß Ihr Appell das Ohr der Politiker entweder gar nicht erreichen wird oder, wenn er es erreicht, fruchtlos verhallen wird, und ich bin auch der Ansicht, daß Ihre Forderung überzogen ist und daß wir mit der Gesetzesflut einfach leben müssen. Auch Ihr Beispiel, mit dem Sie sozusagen allegorisch Ihr Reformmodell durchsetzen wollten — die Erinnerung an die letzten Reichsbahnlokomotiven, die ohne Farb-anstrich und mit sichtbaren Schweißnähten durch das Reich fahren — scheint mir Ihre Reformforderung nicht recht mit der notwendigen Schubkraft zu versehen. Ich meine mich zu erinnern, daß diese Lokomotiven außerdem in großen weißen Lettern die Aufschrift trugen: „Räder müssen rollen für den Sieg.“ Ihr Ziel haben sie aber nicht erreicht.

Hans Peter Ipsen: Herr *Rudolf* hat in Nr. 13 gefragt: „Wer produziert die öffentlichen Aufgaben, wie vermehren sie sich, durch welche Anstöße?“ Er meint, die Flut gesetzlicher Regelungen sei eine Folge des fehlenden Konsenses in der pluralistischen Gesellschaft. Es gibt aber eine große Zahl anderer Motivationen und Anstöße. Wenn etwa die technische Entwicklung nicht so voranginge, wie sie fortschreitet, würden wir zahlreiche gesetzliche Regelungen nicht benötigen, und gerade solche, die Verfassungsprobleme aufwerfen in bezug auf die Justiziabilität und die Rolle der Verwaltungsgerichte.

Zu Nr. 12 meint Herr *Rudolf*, in der pluralistischen Gesellschaft sei die Staatsgewalt nicht pluralistisch, sondern unteilbar. Schön wär's, kann ich nur hinzufügen. Denn selbst wenn sie letztlich als unteilbar erscheint: die Formierung der öffentlichen Gewalt steht unter Einwirkungen von außen, die Herr *Wagener* in seiner Realanalyse charakterisiert hat in bezug auf parteipolitische Zielsetzungen, auch Ideologien, die in den Produktionsprozeß der Gesetzgebung eingehen, und dies auch mit Hilfe des Beamtentums, dessen man sich zu vergewissern weiß. Ich glaube deshalb, daß Herr *Wagener* die Realität näher getroffen hat.

Wagener: Auf den sehr dankenswerten Beitrag von Herrn *Wilke* darf ich zunächst antworten, daß ich selbst Zweifel an der Wirksamkeit meines Aufrufes habe. Ich hatte aber den Eindruck, als ob Sie nur über einen Teil der Problematik gespro-

chen haben. Sie haben sehr stark auf die „Gesetzesflut“ abgestellt. Unser eigentliches Problem wäre demnach die zu hohe Zahl von Normen, und zwar Normen im rechtswissenschaftlichen Sinne, d. h. echte Gesetze des Bundestages und der Landtage.

Ich habe die Schwerpunkte etwas anders gesehen. Die „Gesetzesflut“ im engeren Sinne, insbesondere die neuen Gesetze, die im Zusammenhang mit dem neuen Verständnis vom Gesetzesvorbehalt erlassen werden müssen, machen die Lage nicht so prekär, wie sie mir erscheint. Das eigentliche Gesetzesrecht hat sich dem Volumen nach in den letzten Jahrzehnten auch nicht so sehr ausgedehnt, wie es die Gesetzblattseiten der verschiedenen Legislaturperioden anzudeuten scheinen. Die bereinigten Gesetzblätter („Sammelblätter“) sind nicht spektakulär umfangreicher geworden. Das bereinigte Gesetzblatt von Nordrhein-Westfalen umfaßt seit Jahrzehnten vier Bände. Das bedeutet nur, daß die Schnelligkeit der Änderung und Novellierung wesentlich gestiegen sein muß.

Bedenklicher als die Gesetzgebung im engeren Sinne ist die permanente Ausdehnung von Regelungen sonstiger Natur, insbesondere in der Form des Erlasses und der Richtlinie, des Planes und des Programms. Jede größere Aktivität, die im öffentlichen Bereich heute in Gang gesetzt wird, setzt voraus, daß sich immer über mehrere Etagen unserer Staatlichkeit hinweg zahlreiche „Fachleute“ (Beamte und Fachpolitiker) auf Finanzierungsregelungen, Planungsmodelle, Abstimmungserfordernisse, Musterentwürfe, Richtlinien, gemeinsame Papiere usw. usw. einigen müssen. Die Belange anderer Stellen müssen berücksichtigt werden, das Einvernehmen, die Zustimmung oder ähnliches muß hergestellt werden, das Benehmen ist zu suchen. Wenn irgendetwas davon versäumt wird, ist die gesamte Regelung anfechtbar. Weithin erstickt die Handlungsmöglichkeit der einzelnen demokratisch legitimierten Organe in dieser vertikal ausgerichteten Vermaschung. Inhaltlich kaum noch verständliche Richtlinien, Programme und Pläne sind das Ergebnis. Jede Richtlinie, jedes Programm und jeder Plan hat zwar grundsätzlich keine Rechtswirkung gegenüber dem Bürger, ist für die Angehörigen des öffentlichen Dienstes auf den Durchführungsebenen jedoch eine dienstliche Weisung, an die sie sich nach dem Beamtenrecht zu halten hätten. Hier entsteht die Masse dessen, was offenbar weithin nicht mehr beachtet werden kann und was dann an „hervorragender Stelle“ abgeheftet wird. Stellen Sie sich bitte die fünf Inspektoren oder Amtmänner in der neugeordneten ländlichen Großgemeinde mit 8000 Einwohnern vor. Sie haben realistischerweise

kaum noch die Chance, das Bundesgesetzblatt, das Landesgesetzblatt, die verschiedenen Ministerialblätter, die Rundschreiben usw. ordnungsgemäß hintereinander zu heften. Wir haben es doch schon schwer, unseren Sartorius immer auf dem neuesten Stand zu halten. Wie soll man in den kleinen Kommunalverwaltungen die Hauptakten in Ordnung halten?

Hier müßte „Entfeinerung“ ansetzen. Mehr als ein Aufruf kann dies nicht sein. Mein Beispiel aus dem Zweiten Weltkrieg ist in der Tat nicht optimistisch. Dieser Krieg wäre sogar verlorengegangen, wenn man die „Entfeinerungen“ viel früher eingeführt hätte.

Dürig: Herr *Wagener*, entschuldigen Sie bitte, wenn ich Sie schon wieder beelende. Nur weil jetzt die Zahl 8000 von Ihnen aufgegriffen wurde. Wird bestritten, daß die Zahl 8000 als Normalgröße einer Gemeinde Ihr ureigenstes Datum ist. Oder stimmt das nicht?

Wagener: Hier wäre allerdings nach der Alternative zu fragen, Herr *Dürig*. Wollen wir wirklich als Alternative die frühere 500-Einwohner-Gemeinde mit dem Bauern, dem Rentner, dem Frühinvaliden als ehrenamtlichen Bürgermeister? Er hielt am Samstagvormittag Sprechstunde für die Bevölkerung, stempelte Lebensbescheinigungen und gab Auskunft, so gut er es konnte. Bei jeder schwierigeren Sache mußte er zum Landratsamt; er nahm seinen Stempel und sein Formular mit und sagte dort: Nun machen Sie mir das mal. Wenn wir dahin zurückwollten, könnten wir selbstverständlich auf einen Teil des öffentlichen Dienstes verzichten.

Ich bin einig mit Ihnen, Herr *Dürig*, daß die Mindesteinzwohnerzahl von 8000 keineswegs schematisch angewandt werden darf, wie es leider vielfach geschehen ist. In vielen Fällen sind die ländlichen Großgemeinden tatsächlich schon zu groß geraten. Alles in allem haben wir aber wohl bessere Zustände als vorher. Nur muß man in Kauf nehmen, daß die Einrichtung einer hauptamtlichen kommunalen Verwaltung in weiten ländlichen Gebieten selbstverständlich gerade hier zu einem ungeheuren Anwachsen des öffentlichen Dienstes geführt hat. Das war aber mit der Territorialreform so gewollt. Wer verkündet hat, daß man mit dieser Reform Beamte einsparen könne, der durchschaute nicht die Zusammenhänge (um es vorsichtig auszudrücken).

Rudolf: Um Herrn *Wagener* noch zu ergänzen, Herr *Dürig*: In den eingemeindeten Gemeinden ist die Inflation der Bediensteten auch darauf zurückzuführen, daß einmal Arbeitszeitver-

kürzungen erfolgt sind und zum anderen die Verwaltungsleistungen für die eingemeindeten Gemeinden wesentlich stärker sind als vor der Eingemeindung.

Dürig: Das ist ein Mißverständnis. Ich bin ja gar nicht gegen die Erkenntnis, daß auch eine relativ kleine Gemeinde heute 3 Mann braucht, einen für die allgemeine Verwaltung, einen für die Finanzen und einen für die Technik, etwa Bauwesen u. dgl. Aber Ihre Zahl 8000 ist m. E. wie alle Zahlen und Stich-tage relativ willkürlich gewesen, sie wurde aber durch Sie zur heiligen Zahl, und man hat etwa Gemeinden von 5000 Einwohnern — durchaus lebensfähig — wegradiert, weggeputzt, umorganisiert und dergleichen, weil sie nicht diese Zahl 8000 erreichten. Und man hat die tollsten Gespanne gemacht, mit Nachbarschafts-, Regionalverbänden usw. Nur das wollte ich sagen, zu dieser mit dem unerhörten Anspruch der empirischen Gesicherheit von Ihnen vertretenen Zahl 8000, Herr *Wagener*.

Rudolf: Herr *Dürig*, empirische Sicherheit ist in den Fällen überhaupt problematisch; so hat z. B. eine Kommission einmal festgestellt, daß Bundesländer eine Einwohnerzahl haben müßten, um optimal funktionsfähig zu sein, die mindestens die Hälfte der Mitgliedstaaten der Vereinten Nationen nicht hat.

Aber lassen Sie mich bitte zu Herrn *Ipsen* und Herrn *Wilke* kurz etwas sagen. Mit Sicherheit ist meine These 13 unvollständig, und sie gibt vor allen Dingen nicht genau das wieder, was ich vorgetragen habe. Wenn ich sage, die Flut gesetzlicher Regelungen ist eine Folge des fehlenden Konsenses in der pluralistischen Gesellschaft, dann meine ich damit nicht Regelungen, die getroffen werden, wie die, daß Wertsack ein Beutel ist, der nicht Wertbeutel genannt wird; oder wenn im Gesetz über die Zeitbestimmung vom Juli dieses Jahres steht, daß in § 6 des Gesetzes über Einheiten im Meßwesen die Worte „für das Trillionenfache oder Zehnhochachtzehnfache der Einheit Exa“ oder „das Billiardenfache oder Zehnhochfünfezfache der Einheit Peta“ eingefügt werden; sondern ich meine damit, daß eine Reihe von Regelungen notwendig sind, weil innerhalb der Gesellschaft eine Selbstregulierung nicht mehr möglich ist, weil der Konsens fehlt, und in dem Sinne möchte ich auch meine These 13 verstanden wissen. Wenn eine solche Regelung getroffen ist, dann sind in diese Regelung die verschiedenen Vorstellungen der pluralistischen Gesellschaft miteingeflossen; denn gesetzliche Regelungen sind ja häufig selbst Kompromisse, aber sie sind dann Kompromisse, die für die Bürger verbindlich sind. Und in dem Sinne bitte ich, meine hier strikt

durchgehaltene Unterscheidung von Staat und Gesellschaft zu verstehen, daß der öffentliche Bedienstete staatsorientiert ist und nicht gesellschaftsorientiert. Natürlich, Herr *Badura*, wäre es kindisch zu behaupten, daß die Gesellschaft keinen Einfluß auf den Staat hat, denn der Staat ist die verfaßte Gesellschaft, aber er ist rechtlich-organisatorisch von ihr zu unterscheiden.

Bull: Ich möchte zum Funktionsvorbehalt eine Frage zu Herrn *Rudolfs* These Nr. 15 stellen: Wie beurteilen Sie im Hinblick auf Art. 33 Abs. 4 die Tatsache, daß die Lehrer bei uns überwiegend im Beamtenverhältnis angestellt werden? Teilen Sie meine Ansicht, daß man die Tätigkeit der Lehrer nicht als Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse charakterisieren kann?

Rudolf: Herr *Bull*, ich teile Ihre Ansicht. Das wird daraus klar, daß ich der gesamten Problematik des Art. 33 IV nicht die Bedeutung beimesse, weil ich die Ausnahmeregelung, die dort vorgesehen ist, sehr weit auslegen möchte. Es ist sicherlich richtig, wenn ich an die Handlungsformen anknüpfe, daß der Lehrer jedenfalls an den Schulen, welche vom Staat betrieben werden — das ist die Mehrzahl aller Schulen —, nach bisherigem Verständnis obrigkeitlich tätig wird. Nun sagt das natürlich noch nichts über die Abgrenzung von öffentlichem Recht zu privatem Recht schlechthin; ich habe ja nur gesagt, diese Abgrenzung sollen wir hier zugrundelegen, und zwar deswegen, weil der Bürger dann eher weiß, woran er ist, weil er sich an der Form ausrichten kann. Ich bin auch der Ansicht, daß wir die Zahl der Beamten reduzieren könnten, wenn es uns gelänge, Handlungsformen, die bisher als öffentlich-rechtlich verstanden werden, als privatrechtliche Formen zu interpretieren. Daß das jetzige System kein System ist, das durch die Logik geprägt ist, ist mir natürlich auch klar. Nur — im Interesse des Bürgers ist es immer noch das sicherste System, wenn wir uns an die Handlungsformen halten, weil der Bürger dann weiß, worauf er sich einzustellen hat. Nach dem jetzigen System müssen wir, Herr *Bull*, die Lehrer als Beamte einstellen, weil sie in hoheitsrechtlichen Formen tätig werden. Ich meine allerdings, daß hier eine Änderung der Anschauungen von der Tätigkeit des Lehrers möglich ist, und ich würde sie sogar begrüßen.

Burmeister: Ich muß nun meinen Diskussionsbeitrag im Hinblick darauf, was Herr *Bull* und Herr *Rudolf* eben gesagt haben, ein wenig umstellen.

Herr *Rudolf*, ich wollte mich zunächst ganz dezidiert gegen Ihre These 15 aussprechen, wonach die Anknüpfung des Bereichs oder der Sphäre öffentlicher Aufgabenerfüllung, der Wahrnehmung durch Beamte vorbehalten ist, an die Form der hoheitlichen Ausführung zu erfolgen habe. Solange dem Staat Dispositionsfreiheit über die Form der Ausübung eingeräumt wird — und diese These wird ja nach wie vor leider von der Staats- und Verwaltungslehre aufrechterhalten — kann schlechterdings die Frage, welche Bereiche staatlicher Funktionsumsetzung den Beamten in der Ausübung vorbehalten sind, nicht an die Form angeknüpft werden, sondern es kann nur die Qualität als Staatsaufgabe maßgeblich sein. Aus diesem Grunde ist das Dienstrecht aufs engste verknüpft mit einer Besinnung auf die Staatszwecke, auf die notwendigen Staatsaufgaben. Es ist überhaupt eine *Crux* bzw. „weißer Fleck“ der modernen Staatsrechtslehre, daß man im Grunde keine Klarheit mehr darüber hat, was notwendige Staatsaufgaben sind.

Ganz kurz, Herr *Wagener*, zur Analyse dessen, was die Gegenwartslage des Öffentlichen Dienstes ausmacht. Ich fürchte fast, Ihre „schockierende Ausgangsthese“ ist doch etwas zu optimistisch, jedenfalls aus meiner Sicht. Es lassen sich dieser These folgende Gegenthesen gegenüberstellen:

Ad 1: Niemals in unserer Geschichte — ich nehme einmal das Dritte Reich heraus — war die Beamtenschaft durch einen solchen Mangel, ein solches Defizit an Berufsethos gekennzeichnet, wie dies für die Gegenwartslage zutrifft. Wenn man sich die öffentlichen Stellungnahmen Verantwortlicher der Berufsorganisation der Beamten in den vergangenen zwanzig Jahren vergegenwärtigt, so gewinnt man den Eindruck, als gäbe es nur einen einzigen diskussionswürdigen Gesichtspunkt, nämlich die Durchsetzung materieller Gesichtspunkte. Erwägungen oder Erinnerungen wie Gemeinwohlverpflichtung, Loyalität, Opferbereitschaft, wo dies aus Gründen der Funktionstauglichkeit des Staates erforderlich ist, diese Dinge sind in den vergangenen zwanzig Jahren von der berufsständischen Organisation der Beamten — unsere eigene Berufsorganisation eingeschlossen — niemals öffentlich geäußert worden.

Ad 2: In dem Bewußtsein um das, was das öffentliche Amt wertmäßig ausmacht, hat sich bei den öffentlichen Amtsträgern — bestimmt jedenfalls bei bestimmten Beamtengruppen — in der jüngeren Vergangenheit ein tiefgreifender Wandel vollzogen, der tendenziell darauf gerichtet ist, daß das öffentliche Amt gewissermaßen als ein jederzeit austauschbarer Job betrachtet wird, der sich in nichts von normaler Erwerbstätigkeit unterscheidet. Ich will sicherlich nicht an antiquierte Katego-

rien des öffentlichen Amtes erinnern, aber in dieser Assimilation des öffentlichen Amtes mit normaler Erwerbstätigkeit liegt unverkennbar die tiefere Ursache dafür, daß wir uns aus den eigenen Reihen mit der Forderung der Beamten nach Streikrecht auseinanderzusetzen haben. Wenn nicht alles täuscht, so haben allerdings die Staats- und Verwaltungsrechtslehre in der Diskussion um den Öffentlichen Dienst, insbesondere durch die Interpretation des Art. 33 Abs. 5 GG, zu dieser Entwicklung wesentlich beigetragen. Die als rechtsstaatliche Errungenschaft gefeierte Verrechtlichung des besonderen Gewaltverhältnisses bedeutet in der Sache nichts anderes als eine stillschweigende Umpolung dieser organisationsrechtlich konzipierten Bestimmung in eine Art grundrechtsähnliches Abwehrrecht oder Forderungsrecht. Wir haben bei dieser Tendenz zur Verrechtlichung des besonderen Gewaltverhältnisses als einer vermeintlichen rechtsstaatlichen Notwendigkeit allzu sehr aus dem Auge verloren, daß die prinzipielle Abwesenheit von subjektiven Rechtsstellungen, d. h. die prinzipielle organisationsrechtliche Dispositionsmöglichkeit über den Status des Beamten, die Grundlage und die Voraussetzung dafür ist, daß in dieses Berufsverhältnis nicht die Rechtsprinzipien des normalen Arbeitsrechtsverhältnisses eingeschleust werden. Insofern muß man sehr wohl vor den überschießenden Tendenzen dieser Tendenz zur Verrechtlichung des besonderen Gewaltverhältnisses warnen, denn sie sind letzten Endes Anstoß dafür, daß man über Streikrecht und andere für den privaten Bereich durchaus gültige Arbeitnehmerrechte im Rahmen des Beamtenverhältnisses diskutiert oder sie gar fordert. Vielen Dank.

Ossenbühl: Herr Vorsitzender, ich möchte nur eine kleine rechtsdogmatische Fußnote anbringen zur heutigen Diskussion, und zwar zu einer Frage, die inzwischen glücklicherweise schon zweimal in dem Sinne behandelt worden ist, in dem ich sie auch beantworten wollte. Herr *Partsch* und Herr *Burmeister* haben schon darauf hingewiesen, daß These 15 von Herrn *Rudolf* mit der Gleichsetzung von hoheitlichem Handeln = öffentlich-rechtlichem Handeln nicht nur nicht aussagekräftig ist, sondern im Grunde genommen so nicht guten Gewissens heute mehr gehandhabt werden kann. Die Unterscheidung zwischen öffentlichem Recht und Zivilrecht ist ja eine Unterscheidung, die leider einen großen Teil unserer Arbeitskraft in Anspruch nimmt. Es ist eigentlich schade, daß wir so viel Energie auf dieses selbstgemachte Problem verwenden müssen. Aber es ist nun einmal unentbehrlich für die Lösung auch praktischer Konflikte. Nicht nur wegen des Rechtsweges, wie weithin ange-

nommen wird, und auch nicht nur wegen der Grundrechte — dort wird normalerweise die Diskussion zu stark akzentuiert —, sondern auch in gravierendem Maße für die Staatshaftung und insbesondere, wie uns die letzte Entscheidung des Bundesgerichtshofes zu den Fluglandegebühren lehrt, auch etwa im Bereich der Anwendung öffentlich-rechtlicher Gebührenprinzipien. Wir haben also eine ganze Reihe von Anwendungsfeldern, in denen die Zweiteilung von öffentlichem und privatem Recht zum Tragen kommt. Wenn wir dabei lediglich auf die Rechtsformen abstellen würden, dann entgleiten uns zumindest, grob gesprochen, zwei große Bereiche, die wir in dieser Gleichsetzung gar nicht unterbringen können; zunächst einmal das schlichte, faktische Verwaltungshandeln, zweitens insbesondere der breite Bereich des Verwaltungshandelns in Privatrechtsformen, den bekanntlich *Hans Julius Wolff* über das sog. Verwaltungsprivatrecht mühsam wieder an das öffentliche Recht zurückbinden wollte. Entscheidend scheint mir zu sein — und ich könnte dafür praktische Fälle zur Genüge anbieten —, daß wir abstellen müssen, in der Tat, wie Herr *Burmeister* das mit Recht betont hat, auf die Qualität dessen, was hier geschieht. Wir müssen also die Frage stellen: Liegt eine Staatsaufgabe vor, ja oder nein? Und wir dürfen uns nicht scheuen, die Schwierigkeit und die Mühe auf uns zu nehmen, um diese Frage zu beantworten. Es ist nicht damit getan, Herr *Rudolf*, daß Sie sagen: Es ist der Rechtssicherheit mehr gedient, wenn wir auf die öffentlich-rechtlichen Formen abstellen, dann weiß der Bürger, worauf es ankommt. Der Bürger orientiert sich nicht an Rechtsformen, sondern an Entscheidungsinstanzen. Er fragt: Wer hat entschieden? Aber er fragt nicht: Ist hier in Form eines Verwaltungsaktes oder einer sonstigen Entscheidungskategorie entschieden worden? Diese systematischen Kriterien und Kategorien kennt der Bürger nicht. Er fragt nur: Wer hat entschieden? Ist es der Staat oder ein (echter) Privatmann? Und ich meine, wenn wir die Fragestellung so wenden, auch aus der Perspektive des Bürgers, dann kommen wir zum eigentlichen Kern und bleiben nicht so sehr am Fassadenhaften kleben. Es hat auch — und das darf ich vielleicht abschließend sagen — einen gewissen edukatorischen Effekt, wenn wir so vorgehen. Wir sind nämlich dann jedes Mal, wenn wir mit staatlichem Handeln konfrontiert werden, ob im Bereich der Rechtswegfrage oder der Grundrechte oder der Staatshaftung, immer wieder durch die Fragestellung schon hingelenkt auf den Kern: Ist das eine Staatsaufgabe? Ist der Staat hier als Staat mit Hoheitsgewalt und Hoheitsauftrag tätig geworden oder als Privatmann? Und ich glaube, daß, wenn wir diese

Fragestellung an zu beurteilendes staatliches Handeln anlegen, wir auch zu einer sachangemesseneren Entscheidung kommen, und nach meiner Kenntnis der höchstrichterlichen Rechtsprechung wäre es wirklich vonnöten, insoweit einmal auch den Zivilgerichten, die sich ja viel zu viel mit öffentlich-rechtlichen Fragen herumschlagen müssen, eine gewisse Entlastungshilfe zu bieten.

v. Mutius: Herr *Ossenbühl*, gerade wenn das richtig ist, was Sie sagen, daß es nämlich dem Bürger darauf ankommt, zu wissen, *wer* entscheidet, der Staat oder ein Privater, dann sollten wir den Problembereich, den wir soeben andiskutiert haben, noch etwas breiter angehen. Beide Referenten, meine Herren, haben — Herr *Rudolf* ausdrücklich, Herr *Wagener* konkludent — bei der Eingrenzung ihres Themas und damit bei der Auswahl der untersuchten Probleme einen *rechtsformalen Begriff des Öffentlichen Dienstes* verwandt. Herr *Rudolf* hat zur These 9 formuliert, der Öffentliche Dienst sei durch den Bezug zum Staat gekennzeichnet; der Öffentliche Dienst also als der Kreis der bei einem öffentlich-rechtlichen Dienstherren Beschäftigten. Das entspricht der traditionellen Lehre, der Praktikabilität und der Berechenbarkeit; aber ich meine, daß dieser formale Begriff den Problemen, die Herr *Wagener* so faszinierend vorgeführt hat, nicht ganz gerecht wird, er verengt meines Erachtens die Problemsicht und die Auswahl der Folgeprobleme. Ich möchte das am kommunalen Bereich demonstrieren:

Meine Herren, 55 % aller Wasserwerke und Abwasserbeseitigungsanlagen sind heute privatrechtlich organisiert. Bei Elektrizitätswerken geht es bis zu 90 %, bei Verkehrsbetrieben ist der Anteil ähnlich groß, für andere kommunale Einrichtungen wird zunehmend dieselbe Organisationsform gewählt. Das heißt also, der Bereich der privatrechtlich organisierten öffentlichen Einrichtungen sowie der sogenannten öffentlichen Unternehmen, die jetzt — Herr *Ossenbühl* — im Zwischenfeld zwischen Staat und Privaten angesiedelt sind, hat eine ungeheure Dimension bei der Erfüllung der Aufgaben, die wir gemeinhin als Daseinsvorsorge bezeichnen, erfahren. Herr *Rudolf* hat diese Problematik angesprochen und zur These 15 insoweit dienstrechtliche Konsequenzen — wenn ich das richtig in Erinnerung habe — gefordert; dem möchte ich mit der Maßgabe, daß allgemein öffentlich-rechtliche Konsequenzen gemeint sind, zustimmen. Man kann das gewissermaßen in die Formel bringen, daß die Lehre von der freien Wahl der Handlungs- und Organisationsformen der Lehre vom Dienst- und Arbeitsrecht fortgeeilt ist, und wir müssen nun versuchen, sie wieder einzu-

holen durch eine differenzierte Lehre vom Dienst und Arbeitsrecht. Ich möchte das an vier Problemebenen kurz demonstrieren:

1. Herr *Wagener* hat das Prinzip der demokratisch-legitimierten Außensteuerung der Aufgabenerfüllung betont. Ich frage: Wer steuert und kontrolliert die Vorstände und Mitarbeiter derartiger öffentlicher Unternehmen eigentlich? Und nach welchen Grundsätzen geschieht das? Muß hier nicht die Lücke zwischen Gesellschaftsrecht auf der einen Seite und öffentlichem Wirtschafts- und Haushaltsrecht auf der anderen Seite teils von der Rechtsprechung teils von uns, vielleicht auch durch den Gesetzgeber, geschlossen werden. Es liegen erste Ansätze durch die Rechtsprechung des BGH zum Konzernrecht vor. Frage: Reicht das aus?

2. Der Funktionsvorbehalt des Art. 33 Abs. 4 GG: Hier wird die Problematik noch verschärft. Ich möchte die Zahlen von Herrn *Rudolf* aus dem kommunalen Bereich ergänzen. In der Kommunalverwaltung ist es so, — Herr *Partsch* hat darauf hingewiesen —, daß über 80 %, teilweise über 90 % der Mitarbeiter nicht mehr im Beamtenstatus sind, übrigens nicht nur aus Versorgungsgründen, sondern wegen besserer Aufstiegschancen. Die Angehörigen des gehobenen Dienstes etwa können als Angestellte wesentlich schneller BAT III erreichen als entsprechende Beamtenstellen. Hier zeigt sich m. E., daß der Funktionsvorbehalt des Art. 33 Abs. 4 GG — so wie Sie, Herr *Rudolf*, ihn verstanden haben, und dem stimme ich an sich zu —, praktisch leerläuft. Wenn man nämlich die Funktion des Art. 33 Abs. 4 GG dahin versteht, den Bürgern die Erfüllung bestimmter Verwaltungsaufgaben durch fachlich qualifizierte und neutrale Personen zu sichern, dann darf man nicht nach den Handlungsformen und auch nicht nach den Organisationsformen der Verwaltung, sondern dann muß man nach ihren Funktionen differenzieren. Insofern stimme ich ausdrücklich Herrn *Ossenbühl*, der Tendenz in der Frage von Herrn *Bull* und den Ausführungen von Herrn *Burmeister* zu. Die Maßgeblichkeit der wahrgenommenen Funktion läßt sich an dem Beispiel des Streiks sehr deutlich belegen: Wenn etwa die Müllwerker oder die Bediensteten der Wasser- oder Elektrizitätswerke streiken, dann trifft das den Bürger weitaus elementarer, als wenn etwa die Bauverwaltung für einen gewissen Zeitraum die Zahl öffentlich-rechtlicher Entscheidungen im Baugenehmigungsverfahren reduziert — zumal Herr *Wagener* uns ja düstere Prognosen über die Schranken der Baufreiheit vorgeführt hat.

3. Die Dimension der Mitbestimmungsproblematik, die Herr *Rudolf* angesprochen hat, nimmt im Zusammenhang mit öffentlichen Unternehmen eine ganz andere Bedeutung an. Wir stehen zunehmend in der Konfliktsituation zwischen demokratisch legitimierten Kontroll- und Steuerungsorganen auf der einen Seite und innerbetrieblicher Mitbestimmung, also Personalvertretung, auf der anderen Seite. Auch hier muß wahrscheinlich nach Differenzierungen entsprechend den wahrgenommenen Funktionen gesucht werden.

Und schließlich

4. Die Handlungsmaßstäbe: Die Austauschbarkeit der Organisations- und Handlungsformen hat m. E. auch zu einer weitgehenden Ökonomisierung der Handlungsmaßstäbe im Öffentlichen Dienst geführt. Offenbar ist das im übrigen eine Reaktion auf die Totalität der Reglementierung, daß man im Grunde genommen ausweicht auf andere als rechtliche Maßstäbe. Ich meine, daraus ergeben sich zwei Forderungen. Erstens müssen wir die öffentlich-rechtlichen Bindungen privatrechtlich organisierter und in privatrechtlichen Handlungsformen ablaufender Verwaltungsaufgaben verfeinern und verstärken. Die Rechtsprechung des BGH zu § 26 GWB bei Elektrizitätswerken z. B. scheint mir nicht auszureichen. Und zweitens müssen wir — und insofern greife ich die Schlußthese von Herrn *Wagener* auf — den juristisch vorgebildeten Verwaltungsfachmann in die Lage versetzen, nicht nur die juristischen, sondern auch die außerjuristischen Handlungsmaßstäbe weitgehend zu beherrschen, zu differenzieren verstehen und insoweit Kriterien zu finden, wann er welche Maßstäbe in welchem Umfang anzuwenden hat.

Bartlsperger: Ich möchte auch die These 15 von Herrn *Rudolf* ansprechen. Die grundsätzliche Problematik haben insoweit bereits Herr *Burmeister*, Herr *Ossenbühl* und zuletzt auch Herr *v. Mutius* dargelegt; ich habe nur einige Ergänzungen zu machen.

Herr *Ossenbühl* hat in dem Zusammenhang schon auf die schlichte Hoheitsverwaltung verwiesen. Wie steht es nun, etwas präziser gefragt, mit den öffentlich-rechtlichen Realhandlungen, etwa den Baumaßnahmen im Bereich der Straßen- oder der Wasserstraßenverwaltung? Diese Aufgaben werden zwar teils im Auftragswege, teils von dem dafür bestellten Vollzugsorgan durchgeführt. Aber im vorliegenden Zusammenhang kommt es auf die Zuordnung dieser Tätigkeiten zu den Leitungs- und Verantwortungsinstanzen an. Bei den Realhandlungen gibt es keine Möglichkeit, über deren Rechtsform zu entscheiden. Sie

werden einfach durchgeführt. Insofern besteht kein anderes rechtliches Qualifikationsmerkmal als ausschließlich und allein das Kriterium, daß eine Staatsaufgabe erfüllt wird. Trotz der vorangegangenen Diskussionsbeiträge erscheint deshalb noch die Frage interessant, wie sich die These 15 von Herrn *Rudolf* in dessen begrüßenswerte staats-theoretische Exposition einfügt. Herr *Rudolf* hat ausdrücklich festgestellt, er habe ein staatsorientiertes Modell entworfen. Diesem Modell möchte ich ausdrücklich beipflichten. Aber es war nicht nur ein staatsorientiertes, sondern auch ein staatsaufgabenorientiertes Modell. Wenn dieser Ansatz gewählt wurde, wäre es die logische Konsequenz, entgegen der bisher noch maßgeblichen Interpretation den Funktionsvorbehalt aufgabenmäßig zu bestimmen und auf diese Weise einer Entstaatlichung der betreffenden Aufgaben entgegenzuwirken. Die letzte Erwiderung von Herrn *Rudolf* zu diesem Punkt war nicht befriedigend, wenn er dort feststellte, das Problem ließe sich mit dem Regel- bzw. Ausnahmenvorbehalt auffangen. Zuerst müssen die Staatsaufgaben in den Funktionsvorbehalt aufgenommen werden, ehe über Ausnahmen hierfür gesprochen werden kann. Der mögliche, in dieser Vereinigung schon oft ausgesprochene Einwand, daß die Staatsaufgaben rechtsbegrifflich nicht bestimmt werden könnten, sollte nicht wieder gebracht werden. Auch wenn die Grenzen einer Begriffsbestimmung, hier der Staatsaufgaben, fließend sind, besagt das noch lange nicht, daß es das Phänomen überhaupt nicht gibt.

Lange: Ich will nur kurz zu der These von Herrn *Wagener* noch einmal Stellung nehmen, daß die Regelungskomplexe, die den Öffentlichen Dienst betreffen, vereinfacht und reduziert werden sollten. Ich glaube, daß diese Frage sehr viel mehr an Problematik enthält, als bisher in der Diskussion vielleicht zur Sprache gekommen ist. Ich halte die These, diese Regelungsvielfalt zu vereinfachen und zu reduzieren, grundsätzlich für sehr überzeugend, weil m. E. eine solche Reduzierung geeignet wäre, eine Berücksichtigung der konkreten Einzelfallproblematik in Verwaltungsentscheidungen zu erleichtern und zu verbessern. Ich meine aber, daß man hier zwei Einschränkungen doch wird anbringen müssen: Einmal muß es klar sein, daß eine Einschränkung von Regelungen, die der Verwaltung vorgegeben werden, ein Verzicht auf die in einem gewissen Rahmen immerhin noch mögliche politische Außensteuerung zugunsten einer Eigensteuerung des Verwaltungspersonals ist, die Sie ja gerade problematisiert haben, Herr *Wagener*. Und noch problematischer scheint mir die Frage zu sein, ob Freiräume, die

durch Regelungsverzichte entstehen, nicht möglicherweise sehr schnell durch die Verwaltungsgerichtsbarkeit eingenommen werden. Der starke Entscheidungsspielraum, den sich die Verwaltungsgerichtsbarkeit geschaffen hat, beruht ja zum Teil wohl auch darauf, daß die Verwaltungsgerichte gerade Regelungsvorgaben vermißt haben, durch Gesetze, durch Rechtsverordnungen oder Verwaltungsvorschriften, und ich meine, es ist dem von Ihnen angesprochenen — und von mir durchaus unterstützten — Ziel nicht gedient, wenn an die Stelle der gesetzlichen und administrativen Regelung Urteile der Judikative treten, die den Entscheidungsspielraum des Beamten genauso einschränken und genau die gleichen Probleme aufwerfen. Also entweder schafft man hier einen Freiraum, der von der Verwaltungsgerichtsbarkeit respektiert wird, oder ich meine, es ist doch besser, ehe man einen Übergang von Regelungskompetenzen weiter von den Verwaltungen auf die Judikative ermöglicht, es bei dem bisherigen Zustand zu belassen.

Kröger: Ich möchte mich auf zwei kurze Bemerkungen beschränken: Herr *Wagner* hat uns anschaulich gezeigt, wie die Staatsaufgaben durch die Erfindung neuer und komplexer öffentlicher Aufgaben ausufern und die Normenflut immer größer wird, und vorgeschlagen, den staatlichen Normenbestand zu entfeinern. Es ist dabei allerdings zu bedenken, daß diese wünschenswerte Entfeinerung einen Typus des Verwaltungsbeamten voraussetzt, den wir bisher nicht haben: den entschlußfreudigen, belastungsfähigen, sich mit dem Bürger auseinandersetzenden Bediensteten, der Mut und Kraft besitzt, Konflikte durchzustehen. Müßte nicht unsere öffentliche Verwaltung bei einer etwaigen Entfeinerung unvermeidlich Schaden nehmen, weil der heutige Typus des Verwaltungsbeamten ohne das sein Handeln bis ins Detail regelnde Normengeflecht unsicher, wenn nicht hilflos wäre und deshalb seine Aufgaben kaum noch erfüllen könnte?

Und nun zu meiner zweiten Bemerkung: Wenn die öffentliche Verwaltung heute eine Fülle von Dienstleistungen zu erbringen hat, die denen der Privatwirtschaft in mancher Hinsicht vergleichbar sind, erscheint es — gegenüber den ökonomischen Leistungs- und Effizienzmaßstäben, die zunehmend und verstärkt an die öffentliche Verwaltung angelegt werden — notwendiger denn je, über die Aufgabe, die Ziele und Zwecke der öffentlichen Verwaltung nachzudenken: Worin besteht eigentlich heute das „Öffentliche“, das den Staatsdienst zum „öffentlichen Dienst“ qualifiziert? Ich möchte damit nicht einer Rückkehr zur traditionellen Staatszwecklehre das Wort reden; es

geht mir um eine Besinnung auf den heutigen Kern dessen, was unverzichtbar Sache der öffentlichen Verwaltung ist und sein sollte. Ohne eine gewisse „Entrümpelung“ des ausufernden staatlichen Aufgabenkatalogs dürfte es freilich kaum gelingen, den Bereich der öffentlichen Verwaltung und dementsprechend des öffentlichen Dienstes klarer zu fassen; dazu bedarf es einer theoretischen Fundierung, die zu leisten wir aufgerufen sind. Erst dann kann es gelingen, Art. 33 IV GG inhaltlich und nicht nur formal zu bestimmen und den Tendenzen entgegenzutreten, die unter Berufung auf die Wandlungen der öffentlichen Verwaltung im Wege des Grenzenlosigkeitsschlusses (Carl Schmitt) diesen Artikel sogar für obsolet erklären.

Breuer: Ich will versuchen, zwei Aspekte, die in den beiden Referaten angeklungen sind, miteinander in Verbindung zu bringen. Der erste Aspekt ist die Regelungsüberlastung des öffentlichen Dienstes, der zweite Aspekt ist die Frage der Politisierung des öffentlichen Dienstes.

Herr *Wagner* hat in seinem Referat sehr eindrucksvoll und bedrückend dargelegt, daß der öffentliche Dienst unter der Flut nicht nur gesetzlicher, sondern auch anderer Regelungen seine Aufgaben nur mühevoll erledigen kann. Dies scheint mir gerade im Rechtsstaat in höchstem Maße bedenklich zu sein, da es doch auf Überschaubarkeit und Praktikabilität gesetzlicher und anderer Vorschriften ankommen sollte. Mich vermag auch im Grunde die Forderung von Herrn *Wagner* zu überzeugen, daß eine Entfeinerung mancher Regelungen angebracht sei; es ließe sich eine ganze Reihe von Beispielen, etwa aus dem Bau-recht oder aus dem Umweltschutzrecht, dafür anführen, daß man als Spezialist nach einigen Jahren lernt, mit bestimmten Vorschriften umzugehen, sich aber nur schwer vorstellen kann, wie der Verwaltungspraktiker mit diesen Vorschriften arbeiten soll. Auf der anderen Seite meine ich aber auch, daß wir immer wieder Beispiele für Regelungen vorfinden, die gerade auf einem Mangel an Grundsatzentscheidungen beruhen. Auch hier ließe sich das Immissionsschutzrecht anführen, etwa die Frage des zulässigen Straßenlärms; das Immissionsschutzrecht hat diese Frage bislang mit einem bloßen Formelkompromiß behandelt, selbst die Rechtsprechung ist damit nicht fertig geworden. Ob ein Spezialgesetz über den zulässigen Straßenlärm in den nächsten Jahren erlassen wird, ist durchaus zweifelhaft. In solchen Fällen scheint mir die Verwaltung deshalb überfordert zu sein, weil die notwendige gesetzliche Grundsatzentscheidung fehlt. Ich meine daher, daß man die Forderung nach einer Entfeinerung gesetzlicher und anderer Regelungen er-

gänzen sollte durch die Forderung nach notwendigen gesetzlichen Grundsatzentscheidungen, wo solche heute fehlen.

Weiter frage ich mich allerdings, welche Erfolgsaussicht solche Appelle haben. Ich darf Zweifel anmelden und bin insofern vielleicht skeptischer als Herr *Wagener*. Wo liegt denn der Grund dafür, daß viele gesetzliche und andere Regelungen so unbefriedigend sind? Zum einen liegt dies sicherlich an der Komplizierung und der Technisierung zahlreicher Lebensverhältnisse sowie an den Problemen der sozialstaatlichen Daseinsvorsorge, die ich nicht näher zu beschreiben brauche. Ein anderer wichtiger Grund scheint mir aber in der politischen Entscheidungsstruktur zu liegen. Damit komme ich auf den zweiten der eingangs angeführten Aspekte: Das Verhältnis des öffentlichen Dienstes zu den verantwortlichen politischen Organen des Staates und zu den politischen Parteien ist durch eine ausgeprägte Verfilzung gekennzeichnet. Herr *Wagener* hat selbst in seinem Referat die Stichworte „Verbeamtung der Politik“ und „Politisierung des öffentlichen Dienstes“ angeführt. Dies macht den Sachverhalt sehr deutlich, auf den gestern von einem anderen Ansatzpunkt aus Herr *Schlaich* eingegangen ist. Es scheint mir so zu sein, daß auf der einen Seite der öffentliche Dienst überfordert ist mit seiner Mitwirkung bei der Regelungsaufgabe und daß er auf der anderen Seite weite Regelungsbereiche faktisch für sich in Anspruch genommen hat. Daraus erwachsen Bedenken. Wir bekommen das Problem nicht voll in den Blick, wenn wir nur den öffentlichen Dienst betrachten; wir müssen vielmehr auch das Verhalten der verantwortlichen staatlichen Organe in den Blick nehmen — und hier sind die Parlamente und die Regierungen angesprochen. Bei diesen kann man in weiten Bereichen eine Flucht aus der Verantwortung und eine Furcht vor Verantwortung konstatieren. In zahlreichen Gesetzen finden wir nur dilatorische Formelkompromisse vor, und gerade dies bringt für den öffentlichen Dienst, wie für die öffentliche Verwaltung überhaupt, die skizzierten Probleme mit sich. Hier scheint mir ein wichtiger Grund dafür zu liegen, daß auf der einen Seite manche gesetzlichen Regelungen im Anschluß an Entwürfe aus der Ministerialverwaltung zu sehr in Details gehen und den Vollzugsbeamten überfordern und daß es auf der anderen Seite an notwendigen Grundsatzentscheidungen fehlt. Denn diese Grundsatzentscheidungen kann der öffentliche Dienst nicht treffen; sie können auch nicht von den Ministerialbeamten im Rahmen der notwendigen Konsensbildung getroffen werden.

Die Forderung nach einer Entfeinerung von Regelungen und zugleich nach notwendigen gesetzlichen Grundsatzentscheidun-

gen scheint mir solange nicht realistisch zu sein, wie man nicht zu einer Bereinigung der politischen Entscheidungsstrukturen kommt. Ich weiß, daß es ein schwieriges Kapitel ist, politische Entscheidungen einerseits und Vollzugsentscheidungen des öffentlichen Dienstes andererseits zu unterscheiden. Hier liegt ein Problem der Institutionen- und Funktionentrennung, das bisher nicht hinreichend gelöst ist.

Zum Abschluß eine Frage an jeden der beiden Referenten: an Herrn *Wagener* die Frage, ob er die von mir versuchte Ergänzung seines Befundes akzeptieren kann; an Herrn *Rudolf* möchte ich die Frage richten, ob er Möglichkeiten einer institutionellen gesetzlichen Regelung zur Bereinigung der politischen Entscheidungsstrukturen in dem Sinne sieht, wie ich es angedeutet habe.

Erich Küchenhoff: Zu Beginn dieser Runde A ist schon mehrfach die Verflechtung des heutigen Themas mit dem gestrigen angesprochen worden; ich möchte dies jetzt zum Schluß noch einmal tun, und zwar für den Bereich der von Herrn *Wagener* heute festgestellten permanenten, pragmatischen Verfassungsverstöße von amtierenden Bediensteten — Verstöße, ja, gegen die freiheitlich-demokratische Grundordnung —, denn Herr *Wagener* hat wörtlich gesagt, daß der Öffentliche Dienst zwar noch funktioniert, dies aber weithin nur in der Form pragmatischer Illegalität — das war die eine Formulierung —, pragmatischer Verfassungsverstöße, in denen immer größere Teile von Gesetz und Recht nicht mehr durchgeführt, nicht mehr kontrolliert und nicht mehr geleistet werden. Was heißt das im Lichte des gestrigen Themas? Das heißt doch, daß ein Grundsatz des Art. 20, der über Art. 79 Abs. 3 zu Recht gestern als Bestandteil der freiheitlich-demokratischen Grundordnung eingestuft worden ist, daß dieser Grundsatz im Öffentlichen Dienst permanent verletzt wird und daß heute ohne Widerspruch festgestellt wurde, daß dies in unserem Öffentlichen Dienst geschieht, permanent, wenn auch pragmatisch. Ich möchte deshalb sowohl Herrn *Wagener* als auch einige der gestrigen Diskussionsteilnehmer, die das nicht so recht glauben wollten, was Herr *Denninger* uns berichtet hat, fragen, wie sie nun diese teils verständnisvolle, teils gar belustigte, jedenfalls aber widerspruchslose Hinnahme der Beschreibung eines geradezu institutionalisierten beamteten, verfassungsgrundsatzwidrigen Verhaltens größten Umfangs im Lichte der Einleitung von Disziplinarverfahren gegen Lebenszeitbeamte sehen, denen ausdrücklich keinerlei verfassungswidriges Verhalten vorgeworfen wird, sondern nur die Zugehörigkeit zu Organisationen,

deren in diesem Zusammenhang angefochtene Zielsetzungen selbst bei der üblichen weitesten Auslegung keinerlei Bezug zu den Aufgaben und zu den Möglichkeiten eines Briefträgers oder eines Lokführers in dieser Gesellschaft heute, morgen und übermorgen haben. Wie steht es hier mit der Ehrlichkeit und Wahrhaftigkeit, auch das waren mal — entschuldigen Sie — preußische Beamtentugenden!

Soell: Meine sehr verehrten Herren! Im Hinblick auf die gekürzte Redezeit möchte ich mit einem Punkt beginnen, der mir sehr wesentlich erscheint, nämlich dem Problem der Einheitslösung. Herr *Rudolf* hat auf die Vorschläge der Studienkommission für die Reform des öffentlichen Dienstrechtes hingewiesen. Herr *Wagener*, Sie haben in einer Realanalyse auf Tendenzen aufmerksam gemacht, aus denen sich eine Entwicklung zur praktischen Nivellierung dieser beiden Bereiche Beamtenrecht und sonstiges öffentliches Dienstrecht ergibt. Diese praktische Nivellierung käme dann auch dem Vorschlag der Studienkommission für die Einheitslösung entgegen. Meines Erachtens muß man aber sehr genau prüfen, an welchem Leitbild der Verwaltung sich eine derartige Einheitslösung orientiert, wie sie von der Studienkommission vorgeschlagen worden ist. In den Vorschlägen dieser Kommission steht, wenn man das einmal genauer prüft, die Vorstellung der Verwaltung als Leistungsträger im Vordergrund. Eine unternehmerische Konzeption der Verwaltung als Betrieb legt es nahe, nicht nur den technischen Fortschritt zur Rationalisierung und Steigerung der leistungstaatlichen Verwaltungseffizienz dienstbar zu machen, sondern eben auch auf Lösungen des Personalwesens der Privatwirtschaft zurückzugreifen. Die Studienkommission glaubte, das damit rechtfertigen zu können, daß auch in Zukunft die Bedeutung der Leistungsverwaltung steigen werde, während die Belange der Eingriffsverwaltung mehr und mehr vernachlässigt werden könnten. Ich meine, daß man das gerade nicht sagen kann, weil nicht nur der Umweltschutz, sondern auch die Möglichkeit, daß wir in Zukunft wegen der beschränkten Ressourcen auf manchen Gebieten wieder zu einer Art Mangelverwaltung kommen werden, die Bedeutung der Eingriffsverwaltung eher wieder zunehmen wird. Bei der Eingriffsverwaltung muß man sich aber an anderen Maßstäben der Aufgabenerfüllung ausrichten, als das bei der Leistungsverwaltung der Fall ist. Hier sind nicht primär Gesichtspunkte der Kosten-Nutzen-Relation die entscheidenden Kriterien, wie das bei der Dienstleistungsverwaltung der Fall ist, sondern die erschwerte Durchsetzbarkeit des staatlichen Willens und die Garantie maximaler

Rechtmäßigkeit des Verwaltungshandelns müssen an der Spitze der Überlegungen stehen und verlangen vom Funktionär der Eingriffsverwaltung spezifische Eigenschaften, nämlich — da knüpfe ich an das an, was Herr *Quaritsch* teilweise schon gesagt hat, im übrigen auch zur Ergänzung dessen, was Herr *Burmeister* ausgeführt hat — innere Sicherheit und Mut, sich auch gegen den Druck organisationsstarker Interessen durchzusetzen. Ferner gehören dazu: die Identifikation mit dem Staat und seinen Grundnormen, die Loyalität mit der politischen Führung, auf die Herr *Quaritsch* schon besonders hingewiesen hat, ein gesteigertes Rechtsbewußtsein, weil Gesetz und Recht nicht nur Grenze, sondern inneren Bestimmungsgrund administrativen Handelns in diesem Bereich ausmachen. Alle diese Anforderungen umschreiben nicht so sehr Fähigkeiten, Kenntnisse und Erfahrungen, obwohl auch diese selbstverständlich unverzichtbar sind — ich erinnere an die Rechtskunde; Herr *Wagener* hat auch auf die Notwendigkeit der Verwaltungskunde heute morgen hingewiesen — sondern sie umschreiben primär eine Haltung, eine Einstellung, nämlich die der uneigennütigen, loyalen, am Maßstabe des Rechts ausgerichteten Sachlichkeit, ohne welche die Befugnisse, dem Bürger mit hoheitlicher Macht entgegenzutreten, nicht erträglich wären. Das muß sich nun aber auch auf das Laufbahn- und Besoldungssystem auswirken, und das spricht, meine Herren, gegen eine Einheitslösung im Sinne des Vorschlags der Studienkommission, spricht auch dafür, den Nivellierungstendenzen, die Herr *Wagener* analysiert hat, soweit das noch möglich ist, entgegenzutreten. Last not least muß sich das auch bei der Ausbildung des Verwaltungsjuristen auswirken.

Noch ein weiterer Punkt in Anknüpfung an das, was Herr *Badura* gesagt hat und in Auseinandersetzung mit Herrn *Wagener* bezüglich des Problems der Politikverflechtung. Herr *Wagener* hat das in besonderer Weise als ein Problem der Koordinationsbürokratie bezeichnet; das ist es — wenn man genau hinsieht — zu einem großen Teil in der Tat. Die Politikverflechtung wird noch zunehmen, wenn die Vorschläge der Enquête-Kommission Realität werden, wenn also nicht nur der Art. 91 a GG de facto beibehalten wird, sondern in der Tendenz noch verstärkt wird durch die Hereinnahme der Investitionsförderungskompetenzen nach Art. 104 a Abs. 4 GG. Es ist eine Bestandsaufnahme verschiedener Bundesländer in naher Zukunft zu erwarten — wie man hört, aus einer Staatskanzlei jedenfalls, wird diese Bestandsaufnahme über den „Föderalismus“ — wie ein hoher Politiker das einmal bezeichnet hat — sehr negativ ausfallen, jedenfalls aus der Sicht dieser Länder,

sowohl was die Effektivität, als auch was die Notwendigkeit der gegenwärtig betriebenen Politikverflechtung anlangt. Vielen Dank.

Bull: In Herrn *Wageners* sonst so realistischem Referat fehlt ein wichtiger Aspekt: Die *Parteien* dürfen nicht nur von außen betrachtet werden, sondern sie haben auch ein Innenleben, und dazu gehört Auseinandersetzung, Konkurrenz, miteinander streiten, Programmentwicklung; dazu gehört auch, daß die Aufgabe wahrgenommen wird — wie es im Parteiengesetz formuliert ist — „zur Übernahme öffentlicher Verantwortung befähigte Bürger heranzubilden“. In den Parteien muß sich auch der Beamte, der Parteimitglied ist, — besser: *wenn* er Parteimitglied ist! — verantworten, sich ausweisen, muß in die Diskussion eintreten, muß seine Sachkunde einbringen und sich vielleicht von den Angehörigen anderer Berufsgruppen, dem Unternehmer, dem Angehörigen eines freien Berufes, dem Arbeitnehmer in der Wirtschaft, korrigieren lassen oder vielleicht auch in Pflicht nehmen lassen.

Ich bitte, auch dies zu sehen. Ich weiß sehr wohl, daß hier ein Stück idealistische Darstellung einfließt, daß es Parteibuchbeamte gibt, die ihr Parteibuch lange sorgfältig verbergen und keinem ein Sterbenswörtchen sagen, welcher Organisation sie sich angeschlossen haben, um es dann bei passender Gelegenheit, bei bevorstehender Beförderung, hervorzuziehen; aber ich bitte Sie doch andererseits — zumindest bei funktionierender innerparteilicher Demokratie — mit der Möglichkeit jedenfalls zu rechnen und in die Richtung eher zu wirken, daß auch die Tätigkeit und Auseinandersetzung in den Parteien, die Konfrontation des Beamten als Parteimitglied mit den Angehörigen anderer Berufe, als ein Gegenmittel angesehen werden kann gegen die von Herrn *Wagener* mit Recht kritisierte Tendenz zur Eigensteuerung der Verwaltung. Bitte, lassen Sie uns nicht in einem Anti-Parteien-Affekt verfallen.

Kisker: Zur Frage der „Politisierung des Öffentlichen Dienstes“ sind eine Reihe von Bemerkungen gefallen, die darauf schließen lassen, daß ein nicht geringer Teil der Diskussions Teilnehmer den Vorgang nicht so kritisch beurteilt wie Herr *Schlaich*. Ich gehöre auch zu denjenigen, die hier etwas milder urteilen. — Als Juristen sollten wir freilich versuchen, das nun auch rechtsdogmatisch, verfassungsdogmatisch in den Griff zu bekommen. Ganz einfach dürfte das nicht sein. Ich sehe uns da schon neue „Spannungsverhältnisse“ konstruieren, zwischen dem Parteienstaat und der parlamentarischen Demokratie auf

der einen Seite und den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums auf der anderen Seite. Die eigentlich interessante Frage dabei ist natürlich: wie weit darf die Politisierung gehen. Politische Beamte haben wir ja schon immer gehabt.

Zum Gegenpol, nämlich zur „Bürokratisierung der Politik“: Herr *Badura* hat sich dazu schon kurz geäußert; etwas kritisch gegenüber Herrn *Wagener*, wenn ich ihn richtig verstanden habe. Es geht hier u. a. darum, daß das, was Herr *Wagener* „Koordinationsbürokratie“ nennt, sich mit einem beträchtlichen Geschick und meines Erachtens sogar ganz unvermeidlich der politischen Kontrolle entzieht. Wichtige politische Entscheidungen fallen ohne relevante Einschaltung der politisch Verantwortlichen im Kreis der Koordinatoren, die sich dabei an Sachzwängen oder an dem, was sie „Sachzwänge“ nennen, orientieren. Das ist problematisch auch aus der Sicht der Funktionsfähigkeit unseres Parteiensystems. Dieses System baut auf dem Gedanken des Wettbewerbs, der Konkurrenz auf: politische Parteien präsentieren dem Wähler ihre Programme. Sie würden diese Programme auch verwirklichen, behaupten sie, wenn sie an die Macht kommen sollten. Aber können sie solche Versprechungen überhaupt einlösen? Doch wohl kaum, wenn — ich übertreibe jetzt — die eigentlichen Weichenstellungen in einem Gremium fallen, das von Parlamenten und Regierungen nicht wirksam kontrolliert werden kann. Eine gewisse Skepsis des Bürgers hinsichtlich der Funktionsfähigkeit unserer parlamentarischen Demokratie ist angesichts solcher Probleme nicht ganz unverständlich.

v. Arnim: Ich möchte gerne zwei oder drei kurze Fragen an den Zweitreferenten richten: Sie hatten gesagt, — das war Ihre Ausgangsthese —, daß die Lage des Öffentlichen Dienstes gut sei. Dann hatten Sie allerdings eine größere Zahl von Fehlentwicklungen skizziert, von Fehlentwicklungen, die die Ausgangsthese immerhin etwas zweifelhaft erscheinen lassen und Herr *Schlaich* hat gestern mit seinem Hinweis auf die wahrscheinlich verfassungswidrige Ämterpatronage bereits ein Schlaglicht gesetzt. Die erste Frage an Herrn *Wagener*: Sehen Sie einen Zusammenhang zwischen diesen Fehlentwicklungen im Bereich der Verwaltung der Bürokratie mit der Parteien- oder Staatsverdrossenheit, von der allenthalben in der Öffentlichkeit gesprochen wird? Und wenn Sie diese erste Frage bejahen, meine zweite Frage: ist es dann nicht eine Aufgabe von uns als Staatslehrern, diese Staatsverdrossenheit zur Kenntnis zu nehmen und daraus mögliche Konsequenzen zu ziehen? Sie selbst haben die Therapie angesprochen. Ihre Therapie lief allerdings ledig-

lich auf Appelle hinaus. Sie selbst haben ja vorhin in einer Äußerung lediglich von einem Aufruf gesprochen. Frage: Reichen Appelle aus, sind diese Fehlentwicklungen nicht vielmehr Folge bestimmter tiefergehender Strukturen? Herr *Quaritsch* hat von Sachzwängen, in die die Betroffenen gestellt sind, gesprochen. Frage also: Müssen wir nicht tiefer ansetzen und vielleicht überlegen, wie wir diese Strukturen ändern können oder bleibt uns nur die resignierende Feststellung, daß wir doch nichts ändern können? Sind wir also nicht als Staatslehrer in die Schranken gefordert, müssen wir nicht — um mit Herrn *Häberle* zu sprechen — hier innovatorische Konstruktionen uns überlegen, innovatorische Konstruktionen, die die Demokratie und den Rechtsstaat erhalten, aber möglichst solche Fehlentwicklungen eindämmen? Und wenn solche brauchbaren Alternativen erst auf dem Tisch liegen, besteht dann nicht die Chance, daß die Dynamik, die von solcher Staatsverdrossenheit ausgehen kann, in die richtigen Bahnen gelenkt wird, und ist es nicht unsere Aufgabe, auch dafür zu sorgen?

Isensee: Das „Alimentationsprinzip“ gibt das Stichwort für eine Kontroverse, die auf einem Mißverständnis beruhen dürfte. Unter „Alimentationsprinzip“ werden zwei unterschiedliche Komplexe verstanden. Zum einen bezeichnet es den Maßstab der Beamtenbesoldung: den Gegensatz zum arbeitsrechtlichen Entgeltprinzip. Zum andern bezieht es sich auf die Rechtsgrundlage: die Existenz einer verfassungsrechtlichen Garantie der Besoldung.

Zum ersten Komplex: Arbeitsrecht und Beamtenrecht haben sich in der Bemessung der Leistung des Arbeitgebers bzw. des Dienstherrn weitgehend einander angenähert. Der Fürsorgegedanke hat seine Geltung auf das Arbeitsrecht, der Leistungsgedanke auf das Beamtenrecht ausgeweitet. Geblieben ist eine unterschiedliche Akzentuierung der Leitgesichtspunkte. Ein rechtsprinzipieller Unterschied besteht dagegen in dieser Hinsicht nicht mehr.

Dagegen besteht ein solcher Unterschied in der verfassungsrechtlichen Gewährleistung. Das Grundgesetz räumt dem Beamten ein grundrechtsgleiches Recht auf amtsgemäße Besoldung ein. Der Beamte kann dieses Recht gegen den Gesetzgeber im Wege der Verfassungsbeschwerde einklagen. Die verfassungsrechtliche Sicherheit des Beamten beruht auf diesem Verfahren und auf den materiellen Direktiven an den Gesetzgeber, die immerhin sogar in Kindergeld-Details hineinwirken können. Die Alimentationsgarantie bildet den Ausgleich dafür, daß der Beamte weder an der individuellen noch an der kollektiven

Vertragsautonomie des Arbeitsrechts teilhat. — Der Arbeitnehmer der Privatwirtschaft wie des Öffentlichen Dienstes besitzt dagegen kein entsprechendes Grundrecht auf den angemessenen Lohn. Wenn er einen ungünstigen Arbeitsvertrag abschließen sollte und die individuellen Vertragsbedingungen nicht durch Tarifnormen aufgebessert werden, greift die Verfassung nicht ein, um einen bestimmten Standard des Arbeitsentgelts zu gewährleisten. —

Die Zweispurigkeit des Öffentlichen Dienstes wird in der rechtspolitischen Diskussion zumeist einseitig angeprangert: als systemwidrig und wildwüchsig. Jedoch hat der gegenwärtige Zustand auch sein Gutes. Er führt zu einer pragmatischen Kombination der Sekurität des Beamtenrechts und der Dynamik des Arbeitsrechts. Die Wachstums- und Verteilungskämpfe der Privatwirtschaft sparen zwar grundsätzlich den Öffentlichen Dienst aus. Sie zeitigen aber politische und faktische Fernwirkungen auf die Besoldung — und zwar nicht nur auf die Besoldung der Beamten, sondern auch auf die der Minister und Parlamentsabgeordneten. —

Die heutige Diskussion verkürzt das Thema „Öffentlicher Dienst“ im wesentlichen auf das Beamtenrecht, also eine gründlich durchnormierte und juristisch längst durchreflektierte Materie. Dagegen wird das Arbeitsrecht des Öffentlichen Dienstes vernachlässigt, obwohl dieses Gebiet die gewichtigeren und heikleren Rechtsprobleme aufwirft. So billigt die konventionelle Lehre unbefangen dem Arbeitnehmer des Öffentlichen Dienstes das Streikrecht von Verfassungs wegen zu, während sie es dem Beamten abspricht, insbesondere deshalb, weil der Beamtenstreik notwendig in den staatsrechtlich geschützten Repräsentationsraum einbreche. Warum aber richtet sich dieses Argument nicht auch gegen den Streik des Tarifpersonals? Sein Adressat sind das Parlament und die Exekutivspitze — also gerade dieselben Organe, die gegen die Erpressung eines Beamtenstreiks geschützt werden sollen. Erst recht müßte eigentlich der Tarifvertrag des Öffentlichen Dienstes (dessen pragmatische Vorzüge ich soeben genannt habe) die staatsrechtliche Kritik auf sich lenken: Gewerkschaften und Regierungsvertreter verfügen vertraglich über die Quote des Staatshaushalts, die überhaupt noch zur Verteilung ansteht und nicht vorweg festgelegt ist. Bisher hat nur noch niemand erklärt, wohin unter diesen Umständen die Finanzhoheit des Parlaments sich verzogen hat und wie sich die staatsrechtliche Anomalie einer Tarifautonomie in das parlamentarische Legitimationssystem einfügt. —

Die Kategorie „Öffentlicher Dienst“ hat allerdings auch unversehends eine Ausweitung erfahren. Herr *Wagener* zieht nämlich — entgegen der bisher allgemeinen Übung — auch die externe Verwaltungstätigkeit, die Verwaltungsaufgaben, unter den Begriff: Damit verwischt sich die dogmatische Unterscheidung zwischen „Dienst“ und „Amt“. — Die Ausweitung des Themas führt auf das Problem der Überreglementierung und der Methoden, mit denen die Verwaltung der Überreglementierung begegnet. Die Verwaltung zieht sich dieser pragmatischen, präterlegalen Methoden wegen häufig den Vorwurf des Verstoßes gegen Verfassung, gegen Gesetz und gegen Dienstpflichten zu. Jedoch läßt sich dieses Dilemma nicht so einfach juristisch abtun. Die Überreglementierung ergibt sich nicht zuletzt aus einer Hypertrophie des rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgebots, einer Hypertrophie, die gerade gestern in den Forderungen zur Gesetzesbindung des Verfassungsschutzes wieder zum rechtsstaatlichen Ideal erhoben worden ist. Die Übertreibung der Bestimmtheit des Gesetzes führt am Ende zur Unbestimmtheit der Rechtslage: niemand blickt mehr durch. — Das Phänomen der überforderten Verwaltung entspringt einem Selbstwiderspruch des Gesetzgebers: Der Sachgesetzgeber, der das Handlungsprogramm der Verwaltung aufstellt, und der Haushaltsgesetzgeber, der über die personellen und sachlichen Mittel entscheidet, stimmen sich nicht ab. Wenn der Gesetzgeber der Verwaltung ein Zuviel abverlangt, macht er ihr den vollen Gehorsam unmöglich und nötigt sie, autonom darüber zu entscheiden, welchen Auftrag sie erfüllt. Die Exekutive gewinnt so einen Freiraum außerhalb der Gewaltenteilung.

Scholz: Meine Herren, ich darf die Diskussion damit schließen, Ihnen Allen danken, vor allem denjenigen von Ihnen, die zum Schluß unter Zeitdruck geraten sind und deshalb so streng an die Uhr gemahnt worden sind. — Ich sehe, Herr *Dürig* hat noch eine Bemerkung!

Dürig: Ich möchte eine „edukatorische“ Schlußbemerkung machen als „Lehrer“ des Staatsrechts, die vielleicht ganz einfach intellektuell nachzuvollziehen ist. Wir sollten uns hüten, wir sind gestern schon dieser Gefahr erlegen, zu elitär zu argumentieren; denken wir einmal wenigstens auch an die 57 Millionen, die nicht Beamte sind, — wir waren ja auch gestern sofort bei den Bewerbern des Öffentlichen Dienstes. Wir haben aber 57 Millionen von Leuten, außerhalb des Öffentlichen Dienstes, die sich auf Grundrechte berufen, auf ihre Freiheitsrechte etwa — oder darauf, daß sie nach Art. 3 Abs. 3 nicht

nach den dortigen Merkmalen des Verbotenen unterschiedlich behandelt werden. Gegen wen richtet sich dieser Anspruch? Gegen den Staat. Wer ist der Staat? Er kann nur handeln durch seine Beamten, das heißt also, und setzt begrifflich ein Dienstrecht voraus, das den Beamten insofern in eine besondere Distanzpflicht nimmt. Oder wenn ich z. B. 57 Millionen unserer Menschen ein Recht auf Daseinsvorsorge gebe, dann geht das nur gegenüber dem Staat, gegenüber der öffentlichen Hand durch ein Dienstpersonal, das bereit ist, diese Pflichten zu erfüllen, das heißt also etwa: nicht Streik, nicht Bummeln, nicht „go slow“-Machen und dergleichen. Mit anderen Worten: Das besondere Gewaltverhältnis im Recht des Öffentlichen Dienstes im Sinne eines besonderen Pflichtenverhältnisses ist viel zu früh für tot erklärt worden. Es ist *nicht* gestorben; es ist alles geblieben: die besonderen Pflichten, die besondere Treue, das besondere Staatsethos. Das ist auch, meine ich, ohne jede Moralinsäure einfach intellektuell nachzuvollziehen; das verstehen meiner Erfahrung nach sogar die Protagonisten des Beamtenstreikrechts, die ja — Gott sei Dank — keine Öffentlichrechtler sind! Vielen Dank.

Scholz: Vielen Dank, Herr *Dürig*! Mit Ihren Worten ist schon heute gewährleistet, daß die Thematik des Öffentlichen Dienstes in absehbarer Zeit wieder auf die Tagesordnung unserer Vereinigung kommt. —

Und nun darf ich die beiden Referenten bitten, ihr Schlußwort zu sprechen, zunächst Herrn *Wagener*!

Wagener: Wenn ich die Stimmung der Vereinigung am Ende dieses langen Nachmittags recht deute, so könnte mir Dank gewiß sein, wenn ich mein Schlußwort kurz mache. Ich habe also die Stimmung richtig getroffen! Ich bitte daher um Ihr Verständnis, wenn ich auf Namen ganz verzichte und wenn ich nicht auf jeden hochinteressanten Beitrag einzeln eingehe. Dies Verfahren wird mir auch dadurch erleichtert, daß die von mir vorgetragene Analyse und die drohenden Zukunftsaussichten kaum grundsätzlich bestritten worden sind.

Hervorheben möchte ich zunächst die vielen Beiträge, die eine Erweiterung und Ausfächerung meiner Feststellungen und Wertungen bedeuten. So möchte ich ausdrücklich noch einmal unterstreichen, daß auch ich nicht der Meinung bin, daß der völlig unpolitische Beamte wünschenswert wäre und daß es ihn wahrscheinlich auch historisch nie gegeben hat. Ich darf weiter anmerken, daß man mit der teilweise überzogenen „Verrechtlichung“ und der Verfahrensverfeinerung auf vielen Verwal-

tungsgebieten, etwa auch beim Disziplinarrecht, in der Tat zahlreiche kritische Phänomene in der neueren Entwicklung des öffentlichen Dienstes in der Bundesrepublik erklären kann. Ich möchte ausdrücklich unterstreichen, daß wir vielleicht mit viel weniger Scheu als bisher die zunehmenden Parallelitäten von Arbeitsrecht und Beamtenrecht betrachten müssen.

Vieles, was in der Diskussion angeklungen ist, habe ich nicht behandeln können. Eine Erscheinung ist nach meinem Eindruck besonders wichtig. Es handelt sich um ein offenbar zunehmendes Maß an Immobilismus im öffentlichen Dienst. Ich will nicht auf die Verhältnisse in Preußen zurückgreifen, wo ja ein Beamter des höheren Dienstes (wie selbstverständlich) nach jedem dritten oder vierten Jahr von Köln nach Königsberg oder umgekehrt oder auch an abgelegene Bezirksregierungen bzw. Landratsämter versetzt wurde. Bei den höheren Offizieren der Bundeswehr soll das ja heute wieder so sein. Wenn ich jedoch heute in die Kantinen bestimmter Bundesministerien komme und die Herren Räte hereinkommen oder hinausgehen sehe, so habe ich das Gefühl, daß nicht alle ganz so mobil sind. Auf der Länderebene ist dies nicht viel besser; die Kantine kann selbstverständlich auch in Düsseldorf, Mainz oder Stuttgart stehen. Nur wenige, meist die Besten, gehen nach einiger Zeit aus den Ministerialebenen an die „Front“. Der Rest sitzt dort 35 Jahre. Mehr und mehr Ministerien stellen für ihren eigenen Bedarf Regierungsräte z. A. an.

„Immobilismus“ grassiert auch auf der Kommunalebene. Mir haben verschiedene Chefs gesagt: Wenn ich Beförderungstellen ausschreibe, muß ich (wegen des Personalrats) mindestens zwei Bewerber aus der eigenen Verwaltung befördern, die mittelgut oder schlecht qualifiziert sind, um wenigstens einen besonders gut qualifizierten Bewerber von draußen einstellen zu können. Immobilismus besteht auch im Wechsel zwischen Wirtschaftsverwaltung und öffentlicher Verwaltung; außer in Parteiprogrammen ist wenig dafür getan worden, hier reale Austauschmöglichkeiten zu eröffnen. Meine Realanalyse müßte also um diesen Punkt, der Tendenz zum Immobilismus und zur Provinzialisierung unseres öffentlichen Dienstes, ergänzt werden.

Bei aller Kritik möchte ich meine Ausgangsfeststellung dennoch aufrechterhalten: Der öffentliche Dienst in der Bundesrepublik ist, so wie wir ihn vor uns haben, alles in allem gut. Es gibt nur zahlreiche Anzeichen der Gefährdung für diesen öffentlichen Dienst. Wenn wir so weitermachen, wenn wir mit der vertikalen Politikverflechtung in der geschilderten Form fortfahren, wenn wir der Tendenz nach damit die Vorteile des

Föderalismus und der kommunalen Selbstverwaltung preisgeben, wenn wir insbesondere in unseren Änderungsvorschlägen diese Richtung der Entwicklung sogar noch unterstützen, dann könnten die Erscheinungen, die schon ziemlich deutlich sind, zu einer generellen Gefahr für den Staat der Zukunft werden. Dies könnte zu einem völlig neuen, andersartigen, vom Grundgesetz jedenfalls nicht gewollten, Funktionärsstaat führen. Wenn die Angehörigen des öffentlichen Dienstes erst einmal ohne subjektive Schuldgefühle, wie selbstverständlich sich nicht mehr um Gesetz und Recht kümmern, dann werden auch Verwaltungsgerichte, Verwaltungsverfahrensgesetze und vielerlei Beteiligungsvorschriften den „Rechtsstaat“ nicht mehr retten können, weil die Verfahren massenhaft auftreten und die rechtlich geordneten Wege heillos verstopft sein werden.

Ich habe versucht, ein differenziertes Bild der Lage zu zeichnen und dieses Bild in die Zukunft auszuziehen, also eine geradlinige Trendprognose zu liefern. Geradlinige Zukunftsentwicklungen gibt es nun erfreulicherweise so gut wie nie. Solche Prognose dient auch nur dazu, den Betrachter zu beunruhigen, ihn zu veranlassen, gegenzusteuern und damit keine geradlinige Entwicklung in die Zukunft zuzulassen. Die Probleme müssen soweit abgemildert werden, daß man damit leben kann. Ich bin selbstverständlich nicht davon überzeugt, daß die drei von mir genannten Milderungsmittel ausreichen werden, um den geradlinigen Trend abzulenken. Nach weiteren Milderungsmöglichkeiten muß also gesucht werden.

Ich habe irgendwo gelesen, daß es Tagungen und Diskussionen gibt, die unter struktureller Unordnung leiden. Dies ist etwa der Fall, wenn erstklassige Köpfe sich mit zweitklassigen Problemen beschäftigen (oder umgekehrt). Hier gab es selbstverständlich nur erstklassige Köpfe. Am Schluß dieses Tages dürfte aber auch wohl feststehen, daß sich diese Köpfe mit einem erstklassigen Problem beschäftigt haben.

Rudolf: Herr Vorsitzender, lassen Sie mich an die Immobilität anknüpfen. Immobilität und Treue hängen insoweit zusammen, als jemand, der einem Arbeitgeber sein Leben lang treu ist, jedenfalls insoweit immobil ist, als er von diesem Arbeitgeber nicht wekommt, und er wird dafür in unserer Gesellschaft mit einem Orden bedacht. Diese Immobilität ist nichts Negatives. Sie wird es aber dann, wenn innerhalb einer Organisation Personalbewegungen kaum noch möglich werden. Die Verhältnisse sind insoweit im öffentlichen Dienst nicht anders als in der gesamten Arbeitswelt. Sie haben gesagt, Herr Zacher, auch in der Arbeitswelt käme es — wie beim öffentlichen

Dienst — auf die Motivierung mehr an als auf den Befehl. Man hätte hier auch noch auf die Information hinweisen können. Sie werden nicht leugnen, daß auch der Befehl eine Motivierung sein kann und manches Mal auch die einzige Information; das eine und das andere bedingen sich gegenseitig. Ich stimme vollkommen mit Ihnen darin überein, daß man den öffentlichen Dienst in einem Gesamtzusammenhang sehen muß; und mir ist auch die Aussage sympathisch, daß man den öffentlichen Dienst so gestalten sollte, daß möglichst wenige Personen im öffentlichen Dienst aus dieser Arbeitswelt stärker herausgenommen werden, daß also die Zahl der Beamten möglichst kleingehalten wird. Nun meine ich aber nicht, daß die Beamten Privilegierte sind und daß wir eine elitäre Betrachtungsweise haben, wenn wir die Beamten aus dieser allgemeinen Arbeitswelt herausnehmen, indem Tarifautonomie und Streikrecht für sie nicht gelten. Ich meine auch, daß der Begriff des Berufsbeamtentums durchaus neuen Restriktionen gegenüber offen ist, und die letzte Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Kindergeld, die so sehr angegriffen worden ist, läßt ja erkennen, daß solche Restriktionen möglich sind. Herr Isensee hat bereits darauf hingewiesen, daß das Alimentationsprinzip hinsichtlich seiner Rechtsqualität der Abschirmung gegen die Souveränität des Gesetzgebers dient. Was den Inhalt der Besoldungsregelung angeht, so ist in der Tat, jedenfalls bisher, der Gesetzgeber immer hinter den Tarifverträgen hinterhergehinkt. Aber ich darf vielleicht doch einmal daran erinnern, daß nach den Tarifabschlüssen in Stuttgart im Frühjahr dieses Jahres die Frage erörtert worden ist, ob das so weitergehen soll. Und wir haben bisher auch noch gar keine Besoldungsneuregelungen, und die erhöhten Bezüge werden unter Vorbehalt gezahlt, weil diese Frage offensichtlich noch nicht ausdiskutiert ist. Die Beamtengehälter müssen also nicht von vornherein an die Tarifabschlüsse gebunden sein. Es kann sein, daß hier tatsächlich eine Wende eintritt. Ich meine weiterhin, daß eine geringere Zahl von Beamten auch wesentlich stärker in Pflicht genommen werden und auch wesentlich stärker staatsfixiert sein kann, als das heute der Fall ist.

Damit komme ich auf den nächsten Punkt, die Zweispurigkeit. In der Diskussion ist heute die Zweispurigkeit etwas stark unter dem Gesichtspunkt der inhaltlichen Regelungen gesehen worden und nicht so sehr unter dem Aspekt einiger grundsätzlicher Unterschiede, die hier doch wohl etwas stark minimisiert worden sind. Die Zweispurigkeit ist einmal durch Art. 33 Abs. 4 und 5 GG vorgegeben. Solange das nicht geändert wird, müssen wir uns an diese Norm halten. Das bedeutet, daß wir grund-

legende Unterschiede zwischen Beamten auf der einen Seite und Arbeitnehmern auf der anderen haben, auch wenn die inhaltliche Ausgestaltung des Beamtenrechts der des Arbeitnehmerrechts bzw. umgekehrt, weitgehend gleicht. Diese wesentlichen Unterschiede sind, daß bei den Beamten allein der Gesetzgeber, also allein der Staat, über die Besoldung bestimmt, und der Streik ausgeschlossen ist, daß aber im Fall der Arbeitnehmer neben dem Gesetzgeber noch die gewerkschaftlichen Organisationen der öffentlichen Dienstnehmer als Tarifpartner mitwirken. Nun werden Sie sagen: Die spielen doch auch bei der Besoldung eine Rolle; gewiß, sie spielen bei der Besoldung eine Rolle; aber der Gesetzgeber kann sich darüber hinwegsetzen, und er scheint es jetzt wohl auch zu erwägen, ob er das tun soll. Es ist ein Unterschied, ob wir einen Tarifvertrag aushandeln, oder ob eine dienstrechtliche Regelung von Gesetzes wegen eingeführt wird, obwohl ich zugeben muß, daß bisher in der Praxis diese Unterschiede stark eingeebnet worden sind. Aber der prinzipielle Unterschied bleibt nach meinem Dafürhalten. Auf der anderen Seite ist es sicher richtig, daß unentbehrliche Verrechtlichungen, die in der privaten Wirtschaft vorhanden sind, auch hinsichtlich der tarifrechtlichen Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes notwendig sind. Wenn wir von Auswirkungen auf die Gesellschaft ausgehen, dann ist in der Tat manchmal nicht ganz einzusehen, warum nun eigentlich Müllabfuhr privatrechtlich und Lehrtätigkeit öffentlich-rechtlich läuft; denn wenn die Müllabfuhr nicht funktioniert, kann der Schaden wesentlich höher sein, als wenn beispielsweise in pädagogischen Hochschul-Instituten ein auf Jahrzehnte festgesetzter Streik praktiziert würde. Trotzdem ist bisher noch niemand auf die Idee gekommen, auch das Personal der Müllabfuhr zu verbeamten. Wir sehen, daß es hinsichtlich der öffentlichen Dienstnehmer Restriktionen gibt, die auch im Bereiche der privaten Wirtschaft vorhanden sind. Jedenfalls waren bisher bei den Streiks in der privaten Wirtschaft immerhin solche Bremsen vorhanden, daß große Schäden für die Allgemeinheit verhindert worden sind.

Nun ein vorletzter Punkt: Wie weit darf die Politisierung eigentlich gehen? Wir haben Hoheitsverwaltungen in der Bundesrepublik, die hochpolitische Tätigkeiten ausüben, die aber trotzdem politisch neutral arbeiten können; Beispiel: der auswärtige Dienst. Der auswärtige Dienst ist — wie die Erfahrung zeigt — unter jeder Regierung erfolgreich einzusetzen trotz politischer Bindungen einzelner seiner Angehörigen, die vorhanden sind. Nun kann man sich wohl kaum eine Hoheitsverwaltung vorstellen, die stärker auf den Staat fixiert wäre, als

gerade der auswärtige Dienst, die aber auch andererseits stärker auf die Durchsetzung von Zielen der jeweiligen Regierungsparteien fixiert wird; trotzdem funktioniert sie. Ich möchte die Frage, wie weit die Politisierung gehen darf, schlagwortartig so beantworten, daß Gesetz, Befehl und Gehorsam, die das öffentliche Dienstrecht kennzeichnen, gegenüber allen parteipolitischen Abhängigkeiten für den Bediensteten im Dienst den Vorrang haben, daß der gesetzliche oder dienstliche Befehl der staatlichen Instanz, die natürlich gleichzeitig auch eine politisch besetzte sein kann, befolgt werden muß, daß aber — um ein Zitat aus dem Bereiche des auswärtigen Dienstes zu nehmen — der Beamte den Gehorsam verweigern muß, wenn er die Schreie der Gefolterten aus dem Keller hört. Das Beispiel des auswärtigen Dienstes zeigt auch, daß je homogener ein Zweig des öffentlichen Dienstes ist, desto mehr die Frage der Politisierung, die gestern von Herrn *Schlaich* gestellt wurde, in der Praxis ihre Bedeutung verliert.

Eine letzte Bemerkung noch zum Funktionsvorbehalt. Ich muß gestehen, daß ich trotz der beachtlichen Argumente, die hier vorgetragen wurden, noch immer nicht überzeugt worden bin. Der Bürger, Herr *Ossenbühl*, fragt nicht „Wer hat entschieden?“, sondern fragt „Was kann ich dagegen tun?“. Und da sind wir wieder bei der Form; denn danach richtet sich das Rechtsmittel. Den edukatorischen Effekt möchte ich eher anders sehen, daß für die Verwaltung nämlich vorher überlegt werden muß, in welchen Formen sie tätig wird. Ich wollte jedenfalls nicht dogmatische Erkenntnisse der letzten 40 Jahre in Frage stellen.

Zum Schluß bleibt mir nur noch, Ihnen für Ihre Diskussionsbeiträge zu danken, aus denen ich als bisheriger Outsider auf diesem Gebiet gelernt habe, und dem Vorstand insbesondere zu danken, weil er mir Gelegenheit gegeben hat, mich mit dieser, für mich bisher etwas fernliegenden Materie intensiv zu beschäftigen. Um in dem Bild vom Hämatologen-Kongreß zu bleiben: Der öffentliche Dienst ist gleichsam das Blut im Körper des Staates und man muß alles tun, daß der Blutkreislauf ungestört funktioniert, um den Staat als unsere verfaßte und organisierte Gesellschaft am Leben zu erhalten.

Scholz: Meine sehr verehrten Herren, mit herzlichstem Dank an alle Referenten und Diskussionsredner darf ich die Aussprache des zweiten Tages unserer wissenschaftlichen Beratungen schließen.

Verzeichnis der Redner

von Arnim S. 318
Badura S. 282
Bartlsperger S. 309
Bockenförde S. 138
Breuer S. 312
Bull S. 151, 303, 317
Burmeister S. 303
Delbrück S. 149
Denninger S. 7, 129, 132, 136, 143, 148, 149, 170
Doehring S. 145, 149
Dürig S. 296, 297, 301, 302, 321
Fromont S. 155
Grabitz S. 132
Häberle S. 126, 288
Haller S. 114
Ipsen, Hans Peter S. 129, 299
Isensee S. 130, 319
Kisker S. 317
Klein S. 53, 128, 144, 150, 153, 166
Kriele S. 160
Kröger S. 311
Küchenhoff, Erich S. 163, 314
Lange S. 310
Meyer S. 153
Morscher S. 118
Mußgnug S. 161
v. Mutius S. 307
Oppermann S. 114, 118, 124, 134, 148, 153, 155, 166, 172
Ossenbühl S. 305
Partsch S. 294
Quaritsch S. 141, 285
Roellecke S. 134
Rudolf S. 175, 301, 302, 303, 324
Schäffer S. 265
Schindler S. 279
Schlaich S. 156
Schneider, Hans-Peter S. 136
Scholz S. 267, 282, 321, 322, 327
Soell S. 315

Starck S. 141

Stein S. 143

Tomuschat S. 135

Wagener S. 215, 296, 299, 301, 322

Wilke S. 297

Zacher S. 124, 289

Zuleeg S. 158

Verzeichnis der Mitglieder der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer

Stand: Januar 1979

Vorstand

1. *Stern*, Dr. Klaus, o. Professor, Am Stockberger Busch, 5067 Kürten, Tel. (02283) 61 67
2. *Oppermann*, Dr. Dr. h. c. Thomas, o. Professor, Burgholzweg 122, 7400 Tübingen, Tel. (07071) 2 37 62
3. *Scholz*, Dr. Rupert, o. Professor, Prof.-Huber-Platz 2, 8000 München 22, Tel. (089) 21 80 21 13

Mitglieder

1. *Abelein*, Dr. Manfred, o. Professor, Rheinweg 12, 5300 Bonn, Tel. (02221) 2 56 92
(Universität Regensburg)
2. *Abendroth*, Dr. Wolfgang, Professor, Neuhauss Str. 5, 6000 Frankfurt/M.
3. *Achterberg*, Dr. Norbert, o. Professor, Schweriner Str. 15, 4400 Münster, Tel. (02534) 74 22
4. *Adamovich*, Dr. Ludwig, o. Professor a. D., Universitätsdozent, Roosevelt-Platz 4, A 1090 Wien, Tel. (0222) 42 73 95
(Universität Graz)
5. *Antoniolli*, Dr. Dr. h. c. Walter, o. Universitätsprofessor, Ottensteinstr. 35, A 2344 Maria Enzersdorf, Tel. (02236) 45 09 (Universität Wien)
6. *Armbruster*, Dr. Hubert, o. Professor, An der Allee 69, 6500 Mainz, Tel. (06131) 3 19 50
7. *Arndt*, Dr. Hans-Wolfgang, Privatdozent, Theodor-Haubach-Str. 4, 6200 Wiesbaden, Tel. (06121) 46 49 74
(Universität Mainz)
8. *v. Arnim*, Dr. Hans Herbert, Professor, Emser Str. 39, 6200 Wiesbaden, Tel. (06121) 40 42 13
(Universität Marburg)
9. *Arnold*, Dr. Rainer, o. Professor, Wolfsteinerstr. 14, 8400 Regensburg, Tel. (0941) 9 96 70
10. *Baade*, Dr. Hans W., Professor, 6002 Mountain Climb Drive, Austin/Texas, USA. 78 731, Tel. (512) 452-5071 und 471-5151 (University of Texas)

11. *Bachof*, Dr. Dr. h. c. Otto, o. Professor, Auf dem Kreuz 3, 7400 Tübingen, Tel. (07071) 6 11 44
12. *Badura*, Dr. Peter, o. Professor, Habsburger Str. 2, 8000 München 40, Tel. (089) 34 24 57
13. *Barbey*, Dr. Günther, Privatdozent, Stallupöner Allee 22, 1000 Berlin 19, Tel. (030) 3 05 57 03
14. *Barfuß*, Dr. jur. Dr. rer. pol. Walter, ao. Professor, Tegetthoffstr. 3, A 1010 Wien, Tel. (0222) 51 68 41
15. *Bartlsperger*, Dr. Richard, o. Professor, Schleifweg 55, 8521 Uttenreuth, Tel. (09131) 5 99 16
(Universität Erlangen)
16. *Bäumlin*, Dr. Richard, o. Professor, Riedmaad, CH 3765 Oberwil i. S. (Universität Bern)
17. *Battis*, Dr. Ulrich, Wiss. Rat und Professor, Dorfstr. 16, 2059 Wangelau, Tel. (04155) 39 35
(Universität Hamburg)
18. *Bayer*, Dr. Hermann-Wilfried, Wiss. Rat und Professor, Nußbaumweg 25, 4630 Bochum 7, Tel. (0234) 71 57 24
19. *Becker*, Dr. jur. Dr. phil. Erich, o. Professor, Philipp-Melanchthon-Str. 10, 6720 Speyer, Tel. (06232) 7 64 39
20. *Berchtold*, Dr. Klaus, Universitätsdozent, Bräunerstr. 4—6/22, A 1010 Wien, Tel. (0222) 53 14 34
21. *Berg*, Dr. Wilfried, Wiss. Rat und Professor, Südostring 101, 4401 Havixbeck, Tel. (02507) 77 01
(Universität Münster)
22. *Bernhardt*, Dr. Rudolf, Professor, Gustav-Kirchhoff-Str. 2a, 6900 Heidelberg, Tel. (06221) 4 36 99
23. *Bethge*, Dr. Herbert, o. Professor, Am Seidenhof 10, 8390 Passau, Tel. (0851) 4 16 97
24. *Bettermann*, Dr. Karl August, o. Professor, Alte Landstr. 173, 2000 Hamburg 63, Tel. (040) 5 38 40 64
25. *Bleckmann*, Dr. Dr. Albert, o. Professor, Krummer Timpen 20, 4403 Nordwalde, Tel. (02573) 704
(Universität Münster)
26. *Blümel*, Dr. Willi, o. Professor, Angelhofweg 65, 6901 Wilhelmsfeld, Tel. (06220) 18 80
(Hochschule Speyer)
27. *Blumenwitz*, Dr. Dieter, o. Professor, Herzog-Albrecht-Str. 26, 8011 Zorneding, Tel. (08106) 26 82 (Universität Würzburg)

28. *Böckenförde*, Dr. jur. Dr. phil. Ernst-Wolfgang,
o. Professor, Türkheimstr. 1, 7801 Au bei Freiburg,
Tel. (0761) 40 56 23
29. *Böckstiegel*, Dr. Karl-Heinz, o. Professor,
Thywissenstr. 27, 4040 Neuss, Tel. (02101) 40 02 79
(Universität Köln)
30. *Bogs*, Dr. Harald, o. Professor, Dresdener Str. 7,
3406 Bovenden, Tel. (0551) 8 15 95
(Universität Göttingen)
31. *Bothe*, Dr. Michael, apl. Professor, Kurlandstr. 1,
6906 Leimen 3, Tel. (06224) 35 60
(Universität Heidelberg)
32. *Breuer*, Dr. Rüdiger, Wiss. Rat und Professor,
Stegeisen 6, 4800 Bielefeld 15, Tel. (05206) 36 51
33. *Brohm*, Dr. Winfried, o. Professor, Wydenmöslistr. 11,
CH 8280 Kreuzlingen, Tel. (072) 75 15 25
(Universität Konstanz)
34. *Brünner*, Dr. Christian, ao. Universitätsprofessor,
Rosengasse 10, A 8042 Graz, Tel. (03122) 41 85 73
35. *Brunner*, Dr. Georg, o. Professor, Sonnleite 3,
8702 Lengfeld ü. Würzburg, Tel. (0931) 27 16 36
(Universität Göttingen)
36. *Bülck*, Dr. Hartwig, o. Professor, Hohe Roth,
6121 Schöllnbach (Hochschule Speyer)
37. *Bull*, Dr. Hans Peter, o. Professor, Stephan-Lochner-Str. 2,
5300 Bonn 2, Tel. (02221) 37 50 91-98
(Universität Hamburg)
38. *Bullinger*, Dr. Martin, o. Professor, Altschlößleweg 4,
7801 Au bei Freiburg, Tel. (0761) 40 23 89
39. *Burmeister*, Dr. Joachim, o. Professor, Am Hügel 11,
6600 Saarbrücken, Tel. (0681) 3 73 28
40. *Frhr. v. Campenhausen*, Dr. Axel, o. Professor,
Grünwaldstr. 6, 3000 Hannover 1, Tel. (0511) 69 15 81
41. *Carstens*, Dr. Karl, o. Professor, Dechant-Kreiten-Str. 43,
5309 Meckenheim, Tel. (02225) 24 55
42. *Dagtolou*, Dr. Prodromos, o. Professor,
Hippokrates Str. 33, Athen 144 (dienstl.)
43. *Delbrück*, Dr. Jost, o. Professor, Schoolredder 20,
2300 Kiel 16, Tel. (0431) 32 25 58

44. *Denninger*, Dr. Erhard, o. Professor, Am Wiesenhof 1, 6240 Königstein 3, Tel. (06173) 7 89 32 (Universität Frankfurt)
45. *Dicke*, Dr. Detlev Christian, Professor, Alpenstr. 919, CH 3178 Bödingen (Universität Freiburg/Schweiz)
46. *Doehring*, Dr. Karl, o. Professor, Bergstr. 58, 6900 Heidelberg, Tel. (06221) 4 58 80
47. *Dreier*, Dr. Ralf, o. Professor, Wilhelm-Weber-Str. 4—6, 3400 Göttingen, Tel. (0551) 5 91 14
48. *Dürig*, Dr. Günter, o. Professor, Staufenstr. 9, 7400 Tübingen 9, Tel. (07071) 8 25 08
49. *Ehmke*, Dr. Horst, o. Professor, Konrad-Adenauer-Str. 19, 5340 Rhöndorf/Rhein, Tel. (02224) 61 08
50. *Eichenberger*, Dr. Kurt, o. Professor, Bärenbrunnenweg 4, CH 4144 Arlesheim bei Basel, Tel. (061) 72 33 86
51. *Erbel*, Dr. Günter, Professor, Endenicher Allee 5, 5300 Bonn, Tel. (02221) 63 51 24
52. *Erichsen*, Dr. Hans-Uwe, o. Professor, Frans-Hals-Str. 37 4630 Bochum 1, Tel. (0234) 43 29 70
53. *Erlner*, Dr. Georg, o. Professor, Charlottenburger Str. 19, 3400 Göttingen-Geismar
54. *Ermacora*, Dr. Felix, o. Universitätsprofessor, Karl-Lueger-Ring, A 1010 Wien I, Universität, Tel. (0222) 42 76 11
55. *Evers*, Dr. Hans-Ulrich, o. Universitätsprofessor, Wolfsgartenweg 30, A 5020 Salzburg, Tel. (06222) 26 02 03
56. *Faber*, Dr. Heiko, o. Professor, Wunstorfer Str. 1, 3007 Gehrden 1, Tel. (0511) 7 62 82 06 (Technische Universität Hannover)
57. *Fiedler*, Dr. Wilfried, Professor, Schillerstr. 16, 2300 Kiel, Tel. (0431) 8 80-21 89 (dienstl.)
58. *Fleiner*, Dr. Thomas, o. Professor, Le Riedelet 9, CH 1723 Marly FR, Tel. (037) 46 12 61 (Universität Freiburg/Schweiz)
59. *Folz*, Dr. Hans-Ernst, o. Universitätsprofessor, Wolf-Huber-Str. 2, A 4020 Linz, Tel. (07222) 34 85 94
60. *Friauf*, Dr. Karl Heinrich, o. Professor, Eichenhainallee 17, 5060 Bensberg-Frankenforst, Tel. (02204) 6 19 84 (Universität Köln)

61. *Friesenhahn*, Dr. Dr. h. c. Ernst, o. Professor,
Wegeler Str. 2, 5300 Bonn, Tel. (02221) 65 75 38
62. *Fröhler*, Dr. Ludwig, o. Universitätsprofessor,
Altenberger Str. 39, A 4010 Linz-Urfahr
63. *Fromont*, Dr. Michel, Professeur de droit public,
9, Impasse Henri Bouchard, F 21000 Dijon, Tel. (80) 43 48 08
64. *Frotscher*, Dr. Werner, o. Professor, Hundesinger Str. 11,
7000 Stuttgart 70, Tel. (0711) 45 57 11
(Universität Hohenheim)
65. *Frowein*, Dr. Jochen A., o. Professor, Hobergerfeld 9,
4800 Bielefeld 1, Tel. (0521) 10 23 11
66. *Funk*, Dr. Bernd-Christian, o. Professor,
Ramperstorffer Gasse 2/12, A 1050 Wien,
Tel. (0222) 57 52 26 (Universität Graz)
67. *Fuß*, Dr. Ernst-Werner, o. Professor, Küsterbergstr. 8,
8702 Zell am Main, Tel. (0931) 46 31 16
(Universität Würzburg)
68. *Gallwas*, Dr. Hans-Ulrich, Wiss. Rat und Professor,
Hans-Leipelt-Str. 16, 8000 München 40, Tel. (089) 32 83 66
69. *Geck*, Dr. Wilhelm Karl, M. A., o. Professor,
6671 Oberwürzbach-Reichenbrunn, Tel. (06894) 73 26
(Universität des Saarlandes)
70. *Gerber*, D. Dr. Hans, o. Professor, In der Röte 5,
7800 Freiburg/Br., Tel. (0761) 5 33 06
71. *Göldner*, Dr. Detlef, Privatdozent, Melanchthonstr. 21,
7400 Tübingen, Tel. (07071) 29 25 45 (dienstl.)
72. *Görg*, Dr. Hubert, Professor, 5062 Hoffnungsthal-
Ellersberg, Tel. (02205) 25 40 (Universität Marburg)
73. *Götz*, Dr. Volkmar, o. Professor, Nikolausberger Weg 56,
3400 Göttingen, Tel. (0551) 4 31 19
74. *Grabitz*, Dr. Eberhard, o. Professor, Up de Schanz 30,
2000 Hamburg 52, Tel. (040) 82 80 60
(Freie Universität Berlin)
75. *Grawert*, Dr. Rolf, o. Professor, Aloysiusstr. 28,
4630 Bochum 1, Tel. (0234) 47 36 92
76. *Grewe*, Dr. Wilhelm G., o. Professor,
Zum Kleinen Ölberg 28, 5330 Königswinter 41 — Thomas-
berg, Tel. (02244) 68 74
77. *Gröll*, Dr. Florian, ao. Universitätsprofessor,
Babenberger Str. 10, A 9020 Klagenfurt

78. *Gygi*, Dr. Fritz, o. Professor, Beatusstr. 28,
CH 3006 Bern, Tel. (031) 44 86 38
79. *Hüberle*, Dr. Peter, o. Professor, Eichleitnerstr. 30,
8900 Augsburg, Tel. (0821) 599-441 (dienstl.)
80. *Häfelin*, Dr. Ulrich, o. Professor, Müseliweg 1,
CH 8049 Zürich, Tel. (051) 58 84 60
81. *Hahn*, Dr. LL. M. Hugo J., o. Professor, Am Weinberg 7,
8700 Würzburg 25, Tel. (0931) 27 19 04
82. *Hailbronner*, Dr. Kay, Professor, Am Mantelbach 6,
6901 Dossenheim, Tel. (06221) 8 59 74
(Universität Konstanz)
83. *Haller*, Dr. Walter, ao. Professor, Gättenhusenstr. 8,
CH 8122 Pfaffhausen-Zürich, Tel. (01) 8 25 36 71
84. *Hamel*, Dr. Walter, Professor, Calvinstr. 21,
3550 Marburg/Lahn, Tel. (06421) 28 62
85. *Heckel*, Dr. Martin, o. Professor, Lieschingstr. 3,
7400 Tübingen, Tel. (07071) 6 14 27
86. *Hellbling*, Dr. Ernst C., o. Universitätsprofessor,
Volksgasse 12, A 1130 Wien 13
87. *Hengstschläger*, Dr. Johann, Universitätsdozent,
Auf der Halde 16, A 4020 Linz, Tel. (00437222) 3 13 81
88. *Henke*, Dr. Wilhelm, o. Professor, Laufer Str. 5,
8501 Rückersdorf, Tel. (09123) 27 85
(Universität Erlangen-Nürnberg)
89. *Herrmann*, Dr. Günter, Professor, Gregor-Vosen-Str. 8,
5042 Erftstadt-Bliesheim, Tel. (02235) 4 16 33
(Universität Mainz)
90. *Herzog*, Dr. Roman, o. Professor, Ludwigstr. 35,
7024 Filderstadt 1 (Bernhausen), Tel. (0711) 70 56 82
(Hochschule Speyer)
91. *Hesse*, Dr. Konrad, o. Professor, Schloßweg 29,
7802 Merzhausen ü. Freiburg/Br., Tel. (0761) 40 38 11
92. *Hettlage*, Dr. Karl Maria, o. Professor,
Friedrich-Ebert-Str. 83, 5320 Bad Godesberg,
Tel. (02221) 36 43 61
93. *Frhr. v. d. Heydte*, Dr. Friedrich August, o. Professor,
Hagschneiderweg 1, 8311 Aham-Vils/Niederbayern
(Universität Würzburg)
94. *v. Hippel*, Dr. Ernst, o. Professor,
6531 Perscheid ü. Bingen, Tel. (06744) 5 20
(Universität Köln)

95. *Hoegner*, Dr. Wilhelm, Honorarprofessor,
Am Blumengarten 17, 8000 München 9, Tel. (089) 43 42 41
96. *Hoffmann*, Dr. Gerhard, Professor, Ernst-Lemmer-Str. 10/I,
3550 Marburg 6, Tel. (06421) 8 16 45
97. *Hoffmann-Riem*, Dr. Wolfgang, o. Professor,
Kätnerweg 24, 2000 Hamburg 65, Tel. (040) 6 40 24 78
98. *Hofmann*, Dr. Hasso, Wiss. Rat und Professor,
Breslauer Str. 6/B, 8521 Uttenreuth, Tel. (09131) 5 26 43
(Universität Erlangen-Nürnberg)
99. *Hollerbach*, Dr. Alexander, o. Professor, Parkstr. 8,
7801 March-Hugstetten üb. Freiburg/Br., Tel. (07665) 22 51
100. *Hoppe*, Dr. Werner, o. Professor, Von-Ossietzky-Str. 41,
4400 Münster, Tel. (0251) 79 55 00
101. *Huber*, Dr. Ernst Rudolf, o. Professor, In der Röte 2,
7800 Freiburg-Zähringen, Tel. (0761) 5 37 13
102. *Huber*, Dr. Dr. h. c. Hans, o. Professor, Mannenriedstr. 5,
CH 3074 Muri b. Bern, Tel. (031) 52 09 25
103. *Ipsen*, Dr. Hans Peter, o. Professor, Haus Opferberg,
2121 Raven Post Soderstorf, Tel. (04172) 6 70
(Universität Hamburg)
104. *Ipsen*, Dr. Knut, o. Professor, Nevelstr. 59,
4630 Bochum-Weitmar, Tel. (0234) 43 12 66
105. *Isensee*, Dr. Josef, o. Professor, Meckenheimer Allee 112,
5300 Bonn, Tel. (02221) 63 79 93
106. *Jaenicke*, Dr. Günther, Professor, Waldstr. 13,
6906 Leimen, Tel. (06224) 35 71 (Universität Frankfurt/M.)
107. *Jahrreis*, Dr. jur. Dr. h. c. Dr. h. c. Dr. h. c. LL. D. h. c.
Hermann, o. Professor, Nasse-Str. 30, 5000 Köln 41,
Tel. (0221) 41 35 53
108. *Jakob*, Dr. Wolfgang, o. Professor, Wilhelmstr. 25,
8000 München 40, Tel. (089) 39 05 06
(Universität Augsburg)
109. *Jarass*, Dr. Hans D., Professor, Boltzmannstr. 1,
1000 Berlin 33, Tel. (030) 8 38 26 09
110. *Kaiser*, Dr. jur. Dr. rer. pol. h. c. Joseph H., o. Professor,
Rothofweg, 7813 Staufen, Tel. (07633) 57 28
(Universität Freiburg)
111. *Kewenig*, Dr. Wilhelm, o. Professor, Bismarckallee 9,
2300 Kiel 1, Tel. (0431) 33 23 22

112. *Khol*, Dr. Andreas, Universitätsdozent, Jacquingasse 43, A 1030 Wien, Politische Akademie, Tel. (0222) 72 51 86
113. *Kimminich*, Dr. Otto, o. Professor, Killermannstr. 6, 8400 Regensburg, Tel. (0941) 2 41 75
114. *Kipp*, Dr. Heinrich, o. Universitätsprofessor, Lanserstr. 61, A 6080 Kurort Igls, Tel. (05222) 72 09 (Universität Innsbruck)
115. *Kirchhof*, Dr. Paul, o. Professor, Südostring 37, 4401 Havixbeck, Tel. (02507) 75 48 (Universität Münster)
116. *Kirn*, Dr. Michael, o. Professor, Rummelsburger Str. 5, 2000 Hamburg 73, Tel. (040) 6 47 38 43 (Hochschule der Bundeswehr Hamburg)
117. *Kisker*, Dr. Gunter, o. Professor, Waldstr. 74, 6301 Linden-Am Mühlberg, Tel. (06403) 6 10 30 (Universität Gießen)
118. *Klecatsky*, Dr. Hans R., o. Universitätsprofessor, Reithmannstr. 20, A 6020 Innsbruck, Tel. (05222) 52 21 44
119. *Klein*, Dr. Hans H., o. Professor, Kolberger Str. 8, 3406 Bovenden, Tel. (0551) 8 17 04 (Universität Göttingen)
120. *Kloepfer*, Dr. Michael, o. Professor, Südallee 37a, 5500 Trier, Tel. (0651) 4 19 32
121. *Knemeyer*, Dr. Franz-Ludwig, o. Professor, Unterdürnbacher Str. 353, 8700 Würzburg 7, Tel. (0931) 5 91 18
122. *Knies*, Dr. Wolfgang, o. Professor, Sonnenweg 4, 6600 Saarbrücken 1, Tel. (0681) 5 41 80
123. *Knöpfle*, Dr. Franz, o. Professor, Höhenweg 22, 8901 Leitershofen (Universität Augsburg)
124. *Koch*, Dr. Hans Joachim, Wiss. Rat und Professor, Wendlohstr. 80, 2000 Hamburg 61, Tel. (040) 5 51 88 04
125. *Koja*, D. Dr. Friedrich, o. Universitätsprofessor, Lederwaschgasse 22, A 5020 Salzburg, Tel. (06222) 22 27 12
126. *König*, Dr. jur. Dr. rer. pol. Klaus, o. Professor, Wimpfelingstr. 5, 6720 Speyer, Tel. (06232) 59 01
127. *Kopp*, Dr. Ferdinand O., o. Professor, Liesel-Karlstadt-Straße 24, 8033 Planegg, Tel. (089) 8 59 96 75 (Universität Passau)
128. *Korinek*, Dr. Karl, o. Universitätsprofessor, Auhofstr. 225—227, A 1130 Wien, Tel. (0222) 8 20 91 53
129. *Krause*, Dr. Peter, o. Professor, Weinbergstr. 12, 5501 Korlingen, Tel. (06588) 73 33 (Universität Trier)

130. *Krawietz*, Dr. Dr. Werner, Wiss. Rat und Professor,
Nienbergweg 29, 4400 Münster, Tel. (0251) 5 38 46
131. *Kriele*, Dr. Martin, o. Professor, Richard-Wagner-Str. 10,
5090 Leverkusen-Wald, Tel. (02172) 5 15 64
(Universität Köln)
132. *Kröger*, Dr. Klaus, Professor, Hölderlinweg 14,
6300 Gießen-Wieseck, Tel. (0641) 5 22 40
133. *Krüger*, Dr. Herbert, o. Professor, Philosophenweg 14,
2000 Hamburg 50
134. *Küchenhoff*, Dr. Erich, Wiss. Rat und Professor,
Dachsleite 65, 4400 Münster, Tel. (0251) 24 72 71
135. *Küchenhoff*, Dr. Günther, o. Professor,
Seinsheimer Str. 13, 8700 Würzburg, Tel. (0931) 7 83 34
136. *Lange*, Dr. Klaus, Professor, Klosterweg 31,
6302 Lich 6, Tel. (06404) 56 81 (Universität Gießen)
137. *Laubinger*, Dr. Hans-Werner, Professor, Kleine Gailer-
gasse 1, 6720 Speyer, Tel. (06232) 7 96 78
(Universität Mannheim)
138. *Lecheler*, Dr. Helmut, Privatdozent, Langemarckplatz 9,
8520 Erlangen, Tel. (09131) 2 17 89
139. *Leibholz*, Dr. jur. Dr. phil. Gerhard, o. Professor,
Herzberger Landstr. 57, 3400 Göttingen, Tel. (0551) 5 70 40
140. *Leisner*, Dr. Walter, o. Professor, Kochstr. 2,
8520 Erlangen, Tel. (09131) 8 70 71 — 356
141. *Lerche*, Dr. Peter, o. Professor, Junkersstr. 13,
8035 Gauting b. München, Tel. (089) 8 50 20 88
142. *Link*, Dr. Heinz-Christoph, o. Universitätsprofessor,
Mönchsberg 17, A 5020 Salzburg, Tel. (06222) 4 41 79
143. *Lipphardt*, Dr. Hanns-Rudolf, Privatdozent,
Zur Forstquelle 3, 6900 Heidelberg, Tel. (06221) 38 23 12
144. *Listl*, Dr. Joseph, o. Professor, Alter Postweg 120,
8900 Augsburg, Tel. (0821) 598 — 720/730 (dienstl.)
145. *Lorenz*, Dr. Dieter, o. Professor, Sonneneck 9,
7751 Dettingen, Tel. (07533) 68 22
(Universität Konstanz)
146. *Magiera*, Dr. Siegfried, Privatdozent, Waitzstr. 46,
2300 Kiel, Tel. (0431) 56 18 36
147. *Mallmann*, Dr. Walter, Professor, Arndtstr. 14,
6300 Gießen, Tel. (0641) 2 37 88

148. *v. Mangoldt*, Dr. Hans, Wiss. Rat und Professor,
Goetheweg 1/1, 7401 Nehren, Tel. (07473) 79 08
(Universität Tübingen)
149. *Mantl*, Dr. Wolfgang, ao. Universitätsprofessor,
Wiener Str. 256/XI/33, A 8051 Graz XIII,
Tel. (03122) 6 13 06
150. *Martens*, Dr. Wolfgang, o. Professor,
Hohenzollernring 23, 2000 Hamburg 50,
Tel. (040) 8 80 68 00
151. *Marti*, Dr. Hans, ao. Professor, Schwanengasse 9,
CH 3000 Bern, Tel. (031) 22 16 83
152. *Maunz*, Dr. Theodor, o. Professor, Hartnagelstr. 3,
8032 Gräfelfing b. München, Tel. (089) 85 16 30
153. *Maurer*, Dr. Hartmut, o. Professor, Säntisblick 7,
7750 Konstanz 19, Tel. (07533) 13 12
154. *Mayer-Tasch*, Dr. Peter Cornelius, Professor,
Am Seeberg 11, 8919 Schondorf am Ammersee,
Tel. (08192) 6 68 (Universität München)
155. *Meder*, Dr. Walter, o. Professor, Buchsweilerstr. 20,
1000 Berlin 33, Tel. (030) 8 31 12 89
156. *Meessen*, Dr. Karl Matthias, o. Professor,
Schillerstr. 30, 8900 Augsburg-Spickel, Tel. (0821) 55 59 89
157. *Meissner*, Dr. Boris, o. Professor, Kleine Budengasse 1,
5000 Köln, Tel. (0221) 23 97 54
158. *Melichar*, Dr. Dr. h. c. Erwin, o. Universitätsprofessor,
Schulerstr. 20, A 1010 Wien I, Tel. (0222) 52 88 83
159. *Menger*, Dr. Christian-Friedrich, o. Professor,
Vredenweg 14, 4400 Münster, Tel. (0251) 8 65 20
160. *Menzel*, Dr. Eberhard, o. Professor, Am See 8,
2300 Kiel-Schulensee, Tel. (0431) 6 52 51
161. *Merten*, Dr. Dr. Detlef, o. Professor, Karl-Leiling-Allee 3,
6720 Speyer, Tel. (06232) 7 43 00
162. *Meyer*, Dr. Hans, Professor, Klettenbergstr. 1,
6000 Frankfurt/M. 1, Tel. (0611) 55 23 17
163. *Morscher*, Dr. Siegbert, Universitätsprofessor,
Karl-Innerebner-Str. 88, A 6020 Innsbruck,
Tel. (05222) 83 83 33
164. *Mosler*, Dr. jur. Dr. jur. h. c. Hermann, o. Professor,
Mühltalstr. 117, 6900 Heidelberg, Tel. (06221) 4 00 82

165. *Müller*, Dr. Friedrich, o. Professor, Von-der-Tann-Str. 15, 6900 Heidelberg 1, Tel. (06221) 3 16 47
166. *Müller*, Dr. Georg, Privatdozent, Sugenreben 356, CH 5015 Untererlinsbach (Universität Basel)
167. *Müller*, Dr. Jörg P., o. Professor, Kappelenring 42a, CH 3032 Hinterkappelen, Tel. (031) 36 05 70 (Universität Bern)
168. *Müller-Volbehr*, Dr. Jörg, Privatdozent, Zweigstr. 170, 8031 Gröbenzell b. München, Tel. (08142) 79 73
169. *Münch*, Dr. Fritz, apl. Professor, Zur Forstquelle 2, 6900 Heidelberg, Tel. (06221) 3 35 99
170. *v. Münch*, Dr. Ingo, o. Professor, Hochrad 9, 2000 Hamburg 52, Tel. (040) 82 96 24
171. *Mußnug*, Dr. Reinhard, o. Professor, Keplerstr. 40, 6900 Heidelberg, Tel. (06221) 4 62 22
172. *v. Mutius*, Dr. Albert, o. Professor, An der Krimm 10a, 6500 Mainz-Gonsenheim, Tel. (06131) 4 32 33
173. *Nicolaysen*, Dr. Gert, Professor, Bockhorst 68a, 2000 Hamburg 55, Tel. (040) 8 70 17 47
174. *Novak*, Dr. Richard, o. Universitätsprofessor, Thadd.-Stammel-Str. 8/4, A 8020 Graz
175. *Obermayer*, Dr. Klaus, o. Professor, Niendorfstr. 25, 8520 Erlangen, Tel. (09131) 8 76 06
176. *Oberndorfer*, Dr. Peter, o. Universitätsprofessor, Wolfauerstr. 94, A 4045 Linz, Tel. (07222) 34 96 94
177. *Öhlinger*, Dr. Theo, o. Universitätsprofessor, Grenzgasse 15/16, A 1130 Wien 13
178. *Oldiges*, Dr. Martin, Privatdozent, Eichendorffstr. 7, 5000 Köln 30, Tel. (0221) 55 10 82
179. *v. Olshausen*, Dr. Henning, Privatdozent, Am Hechenberg 22, 6500 Mainz 42, Tel. (06131) 5 07 67
180. *Oppermann*, Dr. Dr. h. c. Thomas, o. Professor, Burgholzweg 122, 7400 Tübingen 1, Tel. (07071) 2 37 62
181. *Ossenbühl*, Dr. Fritz, o. Professor, Im Wingert 12, 5309 Meckenheim, Tel. (02225) 26 28 (Universität Bonn)
182. *Papier*, Dr. Hans-Jürgen, o. Professor, Neusiedler Weg 14, 4904 Enger, Tel. (05224) 52 02 (Universität Bielefeld)
183. *Partsch*, Dr. Karl Josef, o. Professor, Lennéstr. 53 (Gartenhaus), 5300 Bonn, Tel. (02221) 65 54 53

184. *Pernthaler*, Dr. Peter, o. Universitätsprofessor,
Philippine-Welser-Str. 27, A 6020 Innsbruck,
Tel. (05222) 93 22 83
185. *Graf v. Pestalozza*, Dr. Christian, o. Professor,
Postfach 3008, 8580 Bayreuth, Tel. (0921) 60 82 54
186. *Pietzcker*, Dr. Jost, Wiss. Rat und Professor,
Hausdorffstr. 95, 5300 Bonn 1,
Tel. (02221) 73 55 74 / 73 91 50 (dienstl.)
187. *Pirson*, Dr. jur. Dr. theol. Dietrich, o. Professor,
Moritz-von-Schwind-Str. 1, 5038 Rodenkirchen (Bez. Köln),
Tel. (0221) 35 33 28
188. *Podlech*, Dr. phil. Dr. jur. Adalbert, Professor,
Vorm Heiligenkreuz 2, 6101 Weiterstadt,
Tel. (06150) 43 44 (Technische Hochschule Darmstadt)
189. *Püttner*, Dr. Günter, o. Professor, Georg-Hufnagel-Weg 5,
6720 Speyer, Tel. (06232) 7 19 97
190. *Quaritsch*, Dr. Helmut, o. Professor, Otterstadter Weg 139,
6720 Speyer, Tel. (06232) 3 26 37
191. *Rack*, Dr. Reinhard, Universitätsdozent,
Obere Teichstr. 19, A 8010 Graz, Tel. (0316) 43 88 42
192. *Randelzhofer*, Dr. Albrecht, o. Professor, Wulffstr. 12,
1000 Berlin 41, Tel. (030) 7 92 60 85
193. *Rasenack*, Dr. Christian, Professor, Dahlemer Weg 63a,
1000 Berlin 37, Tel. (030) 8 17 37 96
194. *Rauschning*, Dr. Dietrich, o. Professor, Rodetal 1,
3406 Bovenden, Tel. (05594) 3 31
(Universität Göttingen)
195. *Rengeling*, Dr. Hans-Werner, Wiss. Rat und Professor,
Brüningheide 192, 4400 Münster, Tel. (0251) 21 20 38
(Universität Bonn)
196. *Ress*, Dr. jur. Dr. rer. pol. Georg, o. Professor,
Am Botanischen Garten 6, 6000 Saarbrücken,
Tel. (0681) 302-3055
197. *Rhinow*, Dr. René A., Privatdozent, Jurastr. 48,
CH 4411 Seltisberg
(Universität Basel)
198. *Ridder*, Dr. Helmut, Professor, Krofdorfer Str. 43,
6301 Biebertal I — Ortsteil Vetzberg, Tel. (06409) 5 23
(Universität Gießen)
199. *Rill*, Dr. Heinz Peter, o. Universitätsprofessor,
Peter-Jordan-Str. 145/2, A 1180 Wien, Tel. (0222) 4 75 76 15

200. *Ringhofer*, Dr. Kurt, o. Universitätsprofessor,
Eduard-Macheiner-Str. 23, A 5020 Salzburg,
Tel. (06222) 4 47 67
201. *Roellecke*, Dr. Gerd, o. Professor, Kreuzackerstr. 8,
7500 Karlsruhe 41, Tel. (0721) 49 17 39
(Universität Mannheim)
202. *Rudolf*, Dr. Walter, o. Professor, Rubensallee 55 a,
6500 Mainz-Lerchenberg, Tel. (06131) 74 21
203. *Rüfner*, Dr. Wolfgang, o. Professor, Dreieangel 21,
2300 Altenholz ü. Kiel, Tel. (0431) 32 12 22
204. *Rühländ*, Dr. Curt, o. Professor, Dürerstr. 26,
3300 Braunschweig, Tel. (0531) 33 21 16
205. *Rumpf*, Dr. Helmut, Honorarprofessor,
Bismarckallee 27, 5300 Bonn-Bad Godesberg,
Tel. (02221) 35 31 31
206. *Rupp*, Dr. Hans Heinrich, o. Professor,
Am Marienpfad 29, 6500 Mainz-Bretzenheim,
Tel. (06131) 3 45 88
207. *Saladin*, Dr. Peter, o. Professor, Forrerstr. 26,
CH 3006 Bern, Tel. (031) 44 80 06
208. *Salzwedel*, Dr. Jürgen, o. Professor, Siebengebirgsstr. 11,
5300 Bonn-Holzlar, Tel. (02221) 48 17 10
209. *Sasse* (†), Dr. Christoph, o. Professor,
3141 Echem ü. Lüneburg, Nr. 16,
Tel. (040) 41 23 45 71 (dienstl.) (Universität Hamburg)
210. *Sattler*, Dr. Andreas, Wiss. Rat und Professor,
Ludwig-Beck-Str. 17, 3400 Göttingen, Tel. (0551) 2 23 40
211. *Schäffer*, Dr. Heinz, o. Universitätsprofessor,
Linzer Str. 352/6/3, A 1140 Wien, Tel. (0222) 9 42 86 02
(Universität Salzburg)
212. *Schenke*, Dr. Wolf-Rüdiger, Wiss. Rat und Professor,
Roomersheide 71, 4630 Bochum-Weitmar,
Tel. (0234) 47 08 24
213. *Scheuing*, Dr. Dieter H., Wiss. Rat und Professor,
Meister-Johannstr. 10, 5000 Köln 41, Tel. (0221) 49 33 99
214. *Scheuner*, Dr. Ulrich, o. Professor, Römerstr. 118,
Appt. 2628, 5300 Bonn, Tel. (02221) 556/2628
215. *Schick*, Dr. Walter, o. Professor, Strindbergstr. 27,
8500 Nürnberg, Tel. (0911) 50 14 22
216. *Schiedermaier*, Dr. Hartmut, o. Professor,
6600 Saarbrücken, Tel. (0681) 302-3200
(Universität des Saarlandes)

217. *Schindler*, Dr. Dietrich, o. Professor, Alte Landstr. 44,
CH 8702 Zollikon ZH, Tel. (01) 65 41 40
(Universität Zürich)
218. *Schlaich*, Dr. Klaus, o. Professor, Wolkenburgstr. 2,
5205 St. Augustin 2, Tel. (02241) 2 75 09
(Universität Bonn)
219. *Schlochauer*, Dr. Hans-Jürgen, Professor, Blauenstr. 18,
6000 Frankfurt/M.-Niederrad
220. *Schmid*, Dr. Carlo, Professor, Raiffeisenstr. 5,
5300 Bonn (Universität Frankfurt)
221. *Schmidt*, Dr. Reiner, o. Professor, Bachwiesenstr. 4,
8901 Gessertshausen, Tel. (08238) 71 31
(Universität Augsburg)
222. *Schmidt*, Dr. Walter, Professor, Senckenberganlage 31,
6000 Frankfurt/M., Tel. (0611) 7 98 21 89 (dienstl.)
223. *Schmidt-Aßmann*, Dr. Eberhard, o. Professor,
Königsallee 63, 4630 Bochum, Tel. (0234) 3 44 21
224. *Schmidt-Jortzig*, Dr. Edzard, Wiss. Rat und Professor,
Maria-Montessori-Weg 11, 3400 Göttingen,
Tel. (0551) 5 85 09 (Universität Münster)
225. *Schmitt Glaeser*, Dr. Walter, o. Professor,
Rübezahlweg 9 A, 8580 Bayreuth, Tel. (0921) 3 20 70
226. *Schnapp*, Dr. Friedrich E., Wiss. Rat und Professor,
Alfersheide 45, 4400 Münster, Tel. (0251) 32 48 14
227. *Schneider*, Dr. Hans, o. Professor, Ludolf-Krehl-Str. 44,
6900 Heidelberg, Tel. (06221) 4 03 81
228. *Schneider*, Dr. Hans-Peter, o. Professor, Delpweg 16,
3000 Hannover 91, Tel. (0511) 46 71 66
229. *Schneider*, Dr. Peter, o. Professor, Goldenluftgasse 23/10,
6500 Mainz, Tel. (06131) 2 32 73
230. *Schnorr*, Dr. Gerhard, o. Universitätsprofessor,
Hauptstr. 10, A 6074 Rinn/Tirol
(Universität Innsbruck)
231. *Schnur*, Dr. Roman, o. Professor, Lindenstr. 49,
7407 Rottenburg 5, Tel. (07472) 2 22 24
(Universität Tübingen)
232. *Scholler*, Dr. Heinrich, apl. Professor, Zwengauer Weg 5,
8000 München 71, Tel. (089) 79 64 24
233. *Scholz*, Dr. Rupert, o. Professor, Furtwänglerstr. 4,
1000 Berlin 33, Tel. (030) 8 26 37 10
dienstl.: Prof.-Huber-Platz 2, 8000 München 22,
Tel. (089) 21 80 21 13

- 234. *Schröder*, Dr. Meinhard, o. Professor, Bonner Weg 13,
5300 Bonn-Beuel 1, Tel. (02221) 44 01 05
(Universität Trier)
- 235. *Schwarze*, Dr. Jürgen, Wiss. Rat und Professor,
Ruhr-Universität Bochum, 4630 Bochum,
Tel. (0234) 7 00 52 63
- 236. *Schweitzer*, Dr. Michael, Wiss. Rat und Professor,
Wiesenstr. 39, 6229 Eltville — Martinthal,
Tel. (06123) 7 26 06 (Universität Mainz)
- 237. *Schwerdtfeger*, Dr. Gunther, o. Professor, Gussau 99,
2000 Hamburg 67, Tel. (040) 6 03 87 91
(Freie Universität Berlin)
- 238. *Scupin*, Dr. Hans Ulrich, o. Professor, Robert-Koch-Str. 46,
4400 Münster, Tel. (0251) 49 07 09
- 239. *Seidl-Hohenveldern*, Dr. Ignaz, o. Professor, Klutstein, 31,
5060 Bergisch-Gladbach, Tel. (02202) 89 10
(Universität Köln)
- 240. *Selmer*, Dr. Peter, o. Professor, Nibelungenring 21,
2200 Elmshorn, Tel. (04121) 7 41 41
(Universität Hamburg)
- 241. *Siedentopf*, Dr. Heinrich, o. Professor, Hauptstr. 170,
6741 Landau-Godramstein, Tel. (06341) 47 57
(Hochschule Speyer)
- 242. *v. Simson*, Dr. Werner, o. Professor, Luisenstr. 3,
7800 Freiburg/Br., Tel. (0761) 3 58 63
- 243. *Skouris*, Dr. Wassilios, Professor, Agio Sofias 4,
Thessaloniki, Tel. (003031) 27 96 69
- 244. *Söhn*, Dr. Hartmut, Professor, Rheinstr. 39/VI,
8000 München 40, Tel. (089) 33 55 48
(Technische Hochschule Darmstadt)
- 245. *Soell*, Dr. Hermann, o. Professor, Domspatzenstr. 34,
8411 Etterzhausen/Nittendorf, Tel. (09404) 21 25
(Universität Regensburg)
- 246. *Spanner*, Dr. Hans, o. Professor, Candidstr. 24/VII,
8000 München 90, Tel. (089) 65 21 41
- 247. *Staff*, Dr. Ilse, Professorin, Am Forum 4,
6233 Kelkheim, Tel. (06195) 33 08
(Universität Frankfurt)
- 248. *Starck*, Dr. Christian, o. Professor, Unter den Linden 20,
3400 Göttingen-Geismar, Tel. (0551) 79 26 44
- 249. *Steiger*, Dr. Heinhard, Professor, Oberhof 16,
6300 Gießen, Tel. (0641) 7 42 52

250. *Stein, Dr. Ekkehart*, o. Professor,
Jakob-Burckhardt-Str. 49, 7750 Konstanz,
Tel. (07531) 6 32 57
251. *Steinberg, Dr. Rudolf*, Wiss. Rat und Professor,
Sextrostr. 14 B, 3000 Hannover 1, Tel. (0511) 88 28 45
252. *Steinberger, Dr. Helmut*, o. Professor, Schloß West 140,
6800 Mannheim, Tel. (06221) 3 69 54
253. *Steiner, Dr. Udo*, o. Professor, Trakehner Weg 8,
4800 Bielefeld 1, (0521) 10 31 68
254. *Stern, Dr. Klaus*, o. Professor, Am Stockberger Busch,
5067 Kürten, Tel. (02283) 61 67
(Universität Köln)
255. *Stock, Dr. Martin*, Wiss. Rat und Professor, Am Knick 22,
4800 Bielefeld 1, Tel. (0521) 87 46 43
256. *Stödter, Dr. Rolf*, Professor, Golfstr. 7,
2057 Wentorf b. Hamburg, Tel. (040) 7 20 26 46
257. *Stolleis, Dr. Michael*, o. Professor, Waldstr. 15,
6242 Kronberg 2, (Universität Frankfurt)
258. *Suhr, Dr. Dieter*, Wiss. Rat und Professor, Birkenstr. 39,
8900 Augsburg 22, Tel. (0821) 9 76 46
259. *Thieme, Dr. Werner*, o. Professor, Am Karpfenteich 58,
2000 Hamburg 63, Tel. (040) 5 38 49 92
260. *Tomuschat, Dr. Christian*, o. Professor,
Drachenfelsstr. 51, 5205 St. Augustin 2-Hangelar,
Tel. (02241) 2 75 41 (Universität Bonn)
261. *Trzaskalik, Dr. Christoph*, Privatdozent, Kisterstr. 27,
8706 Höchberg, Tel. (0931) 4 01 24 (Universität Würzburg)
262. *Tsatsos, Dr. Dimitris*, o. Professor, Akademiestr. 37,
Athen (Universität Thessaloniki)
263. *Uber, Dr. Giesbert*, o. Professor, Roseneck 5,
4400 Münster-Hiltrup, Tel. (02501) 31 59
264. *Ule, Dr. Carl Hermann*, o. Professor,
Oberer Gaisbergweg 9, 6900 Heidelberg,
Tel. (06221) 2 78 32 (Hochschule Speyer)
265. *v. Unruh, Dr. Georg Christoph*, o. Professor,
Steenkamp 2, 2305 Kiel-Kitzeberg, Tel. (0431) 23 14 59
266. *Graf Vitzthum, Dr. Wolfgang*, Professor,
Prinzeneiche 11, 8130 Starnberg, Tel. (08151) 64 09
(Hochschule der Bundeswehr München)
267. *Vogel, Dr. Klaus*, o. Professor, Ottostr. 12,
8130 Starnberg, Tel. (08151) 1 32 21
(Universität München)

- 268. *Voigt*, Dr. Alfred, o. Professor, Burgbergstr. 58,
8520 Erlangen, Tel. (09131) 8 82 99
- 269. *Wagener*, Dr. Frido, o. Professor, Otto-Mayer-Str. 7,
6720 Speyer, Tel. (06232) 7 91 65
- 270. *Wagner*, Dr. Heinz, o. Professor, Tietzenweg 54,
1000 Berlin 45
- 271. *Wahl*, Dr. Rainer, o. Professor, Sundgaullee 46,
7800 Freiburg, Tel. (0761) 8 58 71
- 272. *Walter*, D. Dr. Robert, o. Universitätsprofessor,
Iglaseegasse 72/1-2, A 1190 Wien 19, Tel. (0222) 32 14 13
- 273. *Wehrhahn*, Dr. Herbert, o. Professor, St.-Johannes-
Stadtwald, 6600 Saarbrücken 15, Tel. (0681) 3 02 31 88
- 274. *Weides*, Dr. Peter, o. Professor, Albertus-Magnus-Platz 1,
5000 Köln-Lindenthal 41, Tel. (0221) 47 01
- 275. *Wenger*, Dr. jur. Dr. phil. Karl, o. Universitätsprofessor,
Meytengasse 18, A 1130 Wien, Tel. (0222) 8 22 72 44
- 276. *Wengler*, Dr. jur. Dr. rer. pol. Dr. jur. h. c. mult. Wilhelm,
o. Professor, Werderstr. 15, 1000 Berlin 37,
Tel. (030) 8 01 65 35
- 277. *Wertenbruch*, Dr. Wilhelm, o. Professor,
An der Rodung 44, 5353 Katzvey (Post Mechernich),
Tel. (02256) 3 18 (Universität Bochum)
- 278. *Wielinger*, Dr. Gerhard, Universitätsdozent,
Hochsteingasse 19/29, A 8010 Graz, Tel. (03122) 64 83 75
- 279. *Wildhaber*, Dr. Luzius, o. Professor, Gerenstr. 14,
CH 3065 Bollingen/Bern, Tel. (031) 58 55 49
(Universität Basel)
- 280. *Wilke*, Dr. Dieter, o. Professor, Thielallee 52,
1000 Berlin 33, Tel. (030) 8 38 30 11 (dienstl.)
- 281. *Wimmer*, Dr. Norbert, Universitätsprofessor,
Anton-Rauch-Str. 1, A 6020 Innsbruck
- 282. *Winkler*, Dr. Günther, o. Universitätsprofessor,
Reisnerstr. 22/5/11, A 1030 Wien
- 283. *Würtenberger*, Dr. Thomas, Professor, Schenkstr. 67,
8520 Erlangen, Tel. (09131) 3 63 08
(Universität Augsburg)
- 284. *Zacher*, Dr. Hans F., o. Professor, Starnberger Weg 7,
8134 Pöcking (Universität München)
- 285. *v. Zezschwitz*, Dr. Friedrich, Professor, Petersweiher 66,
6300 Gießen, Tel. (0641) 7 61 52

- 286. *Zieger*, Dr. Gottfried, Professor, Leuschnerweg 10,
3400 Göttingen, Tel. (0551) 2 22 55
- 287. *Zimmer*, Dr. Gerhard, Privatdozent, Bamberger Str. 22,
1000 Berlin 30, Tel. (030) 8 54 46 56
- 288. *Zippelius*, Dr. Reinhold, o. Professor, Niendorfstr. 5,
8520 Erlangen, Tel. (09131) 5 80 53
- 289. *Zuleeg*, Dr. Manfred, o. Professor, Kaiser-Sigmund-Str. 32,
6000 Frankfurt 1, Tel. (0611) 56 43 93

Satzung

(Nach den Beschlüssen vom 21. Oktober 1949, 19. Oktober 1951,
14. Oktober 1954, 10. Oktober 1956, 13. Oktober 1960,
5. Oktober 1962, 1. Oktober 1971 und 6. Oktober 1976)

§ 1

Die Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer stellt sich die Aufgabe:

1. wissenschaftliche und Gesetzgebungsfragen aus dem Gebiete des öffentlichen Rechts durch Aussprache in Versammlungen der Mitglieder zu klären;
2. auf die ausreichende Berücksichtigung des öffentlichen Rechts im Hochschulunterricht und bei staatlichen und akademischen Prüfungen hinzuwirken;
3. in wichtigen Fällen zu Fragen des öffentlichen Rechts durch Eingaben an Regierungen oder Volksvertretungen oder durch öffentliche Kundgebungen Stellung zu nehmen.

§ 2

Mitglied der Vereinigung kann werden, wer auf dem Gebiet des Staatsrechts und mindestens eines weiteren öffentlich-rechtlichen Fachs

- a) seine Befähigung zu Forschung und Lehre durch hervorragende wissenschaftliche Leistung nachgewiesen hat* und
- b) an einer deutschen oder deutschsprachigen Universität oder an der Hochschule für Verwaltungswissenschaften in Speyer als Forscher und Lehrer tätig ist oder gewesen ist.

Das Aufnahmeverfahren wird durch schriftlichen Vorschlag von drei Mitgliedern der Vereinigung eingeleitet. Ist der Vorstand einstimmig der Auffassung, daß die Voraussetzungen für den Erwerb der Mitgliedschaft erfüllt sind, so verständigt er in einem Rundschreiben die Mitglieder von seiner Absicht, dem Vorgeschlagenen die Mitgliedschaft anzutragen. Erheben mindestens fünf Mitglieder binnen Monatsfrist gegen die Ab-

* Mit der oben abgedruckten, am 1. 10. 1971 in Regensburg beschlossenen Fassung des § 2 hat die Mitgliederversammlung den folgenden erläuternden Zusatz angenommen:

„Eine hervorragende wissenschaftliche Leistung im Sinne dieser Vorschrift ist eine den bisher üblichen Anforderungen an die Habilitation entsprechende Leistung.“

sicht des Vorstandes Einspruch oder beantragen sie mündliche Erörterung, so beschließt die Mitgliederversammlung über die Aufnahme. Die Mitgliederversammlung beschließt ferner, wenn sich im Vorstand Zweifel erheben, ob die Voraussetzungen der Mitgliedschaft erfüllt sind. Von jeder Neuaufnahme außerhalb einer Mitgliederversammlung sind die Mitglieder zu unterrichten.

§ 3

Eine Mitgliederversammlung soll regelmäßig einmal in jedem Jahre an einem vom Vorstand zu bestimmenden Orte stattfinden. In dringenden Fällen können außerordentliche Versammlungen einberufen werden. Die Tagesordnung wird durch den Vorstand bestimmt. Auf jeder ordentlichen Mitgliederversammlung muß mindestens ein wissenschaftlicher Vortrag mit anschließender Aussprache gehalten werden.

§ 4

Der Vorstand der Vereinigung besteht aus einem Vorsitzenden und zwei Stellvertretern. Die Vorstandsmitglieder teilen die Geschäfte untereinander nach eigenem Ermessen. Der Vorstand wird am Schluß jeder ordentlichen Mitgliederversammlung neu gewählt. Zur Vorbereitung der Mitgliederversammlung kann sich der Vorstand durch Zuwahl anderer Mitglieder verstärken. Auch ist Selbstergänzung zulässig, wenn ein Mitglied des Vorstandes in der Zeit zwischen zwei Mitgliederversammlungen ausscheidet.

§ 5

Zur Vorbereitung ihrer Beratungen kann die Mitgliederversammlung, in eiligen Fällen auch der Vorstand, besondere Ausschüsse bestellen.

§ 6

Über Eingaben in den Fällen des § 1 Ziffer 2 und 3 und über öffentliche Kundgebungen kann nach Vorbereitung durch den Vorstand oder einen Ausschuß im Wege schriftlicher Abstimmung der Mitglieder beschlossen werden. Ein solcher Beschluß bedarf der Zustimmung von zwei Dritteln der Mitgliederzahl; die Namen der Zustimmenden müssen unter das Schriftstück gesetzt werden.

§ 7

Der Mitgliedsbeitrag wird von der Mitgliederversammlung festgesetzt. Der Vorstand kann den Beitrag aus Billigkeitsgründen erlassen.

