

VERA SCHÜRMANN

Verfassungstreue

Beiträge zum Verwaltungsrecht

39

Mohr Siebeck

Beiträge zum Verwaltungsrecht

herausgegeben von

Wolfgang Kahl, Jens-Peter Schneider
und Ferdinand Wollenschläger

39



Vera Schürmann

Verfassungstreue

Im Dienst der freiheitlichen demokratischen
Grundordnung

Mohr Siebeck

Vera Schürmann, geboren 1990; Studium der Rechtswissenschaften in Freiburg und Montpellier; 2016 Erstes Staatsexamen; Referendariat beim Kammergericht Berlin; 2019 Zweites Staatsexamen; Wissenschaftliche Mitarbeit am Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Grundlagen des Rechts der Humboldt-Universität zu Berlin; seit 2023 Rechtsanwältin in Berlin; 2024 Promotion.

orcid.org/0009-0001-1160-4585



Die Veröffentlichung wurde gefördert aus dem Open-Access-Publikationsfonds der Humboldt-Universität zu Berlin.

Zugl.: Berlin, Humboldt-Universität zu Berlin, Juristische Fakultät, Dissertation 2024.

ISBN 978-3-16-164234-0 / eISBN 978-3-16-164235-7

DOI 10.1628/978-3-16-164235-7

ISSN 2509-9272 / eISSN 2569-3859 (Beiträge zum Verwaltungsrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <https://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2025 Vera Schürmann

Publiziert von Mohr Siebeck, Tübingen.



Dieses Werk ist lizenziert unter der Lizenz „Creative Commons Namensnennung 4.0 International“ (CC BY 4.0). Eine vollständige Version des Lizenztextes findet sich unter: <https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>.

Jede Verwendung, die nicht von der oben genannten Lizenz umfasst ist, ist ohne Zustimmung des Urhebers unzulässig und strafbar.

Gedruckt auf alterungsbeständiges Papier.

Mohr Siebeck GmbH & Co. KG, Wilhelmstraße 18, 72074 Tübingen, Deutschland
www.mohrsiebeck.com, info@mohrsiebeck.com

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2024 an der Juristischen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin als Dissertation angenommen. Sie befindet sich grundsätzlich auf dem Rechtsstand von März 2024; einige wenige jüngere Entwicklungen habe ich für die Veröffentlichung noch berücksichtigt.

Prof. Dr. Anna-Bettina Kaiser, LL.M. (Cambridge), hat mich im Winter 2019/2020 auf den Fall des tätowierten Polizisten aufmerksam gemacht und damit den Grundstein für diese Arbeit gelegt. Die Verfassungstreue hat mich seither nicht mehr losgelassen und fasziniert mich bis heute. Für diesen Anstoß, die Betreuung der Arbeit und die lehrreiche Zeit an ihrem Lehrstuhl danke ich ihr! Bei Prof. Dr. Christian Waldhoff bedanke ich mich nicht nur für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens, sondern auch für die Empfehlung an die Freiherr-vom-Stein-Gesellschaft. Über dieses Vertrauen habe ich mich ausgesprochen gefreut. Dem Verlag Mohr Siebeck und den Herausgebenden der Reihe Beiträge zum Verwaltungsrecht, insbesondere Prof. Dr. Jens-Peter Schneider, danke ich für die Aufnahme in die Reihe und die gute Zusammenarbeit. Die Veröffentlichung wird mit Mitteln des Publikationsfonds für Open-Access-Bücher der Humboldt-Universität zu Berlin großzügig gefördert.

Die Arbeit wäre ohne Dr. Roman Hensel und Dr. Nora Wienfort nicht in dieser Form entstanden. Mit ihnen konnte ich jeden meiner Gedanken (kritisch) diskutieren, jeden Zweifel besprechen und tatsächlich Freude am Schreiben entwickeln. Sie haben außerdem jedes Wort, das ich während des Prozesses zu Papier gebracht habe, gelesen. Für diese Unterstützung und ihre Freundschaft danke ich ihnen von ganzem Herzen. Dr. Maximilian Schneider gilt für die wertvollen Hinweise und Anregungen zur gesamten Arbeit sowie den positivistischen Touch, den jede rechtswissenschaftliche Arbeit verdient, mein besonderer Dank.

Jenseits der Unterstützung durch die Arbeit am Text danke ich Franz Hahn. Er ist das Glück meines Lebens. Während der für mich zuweilen herausfordernden Promotionszeit hat er mir außerdem bedingungslos den Rücken freigehalten und nennt sich nun noch nicht einmal Herr Dr. Schürmann. Meiner Mutter Marie-Luise Schürmann danke ich für ihre unerschöpfliche Liebe, meinem Vater Jochen Schürmann für den unbeirrten Glauben an meine Fähigkeiten, meinem Bruder Jan Schlaak für den kraftvollen Zuspruch und meiner Patin Andrea Dutine für die Geduld und den klugen Rat in jeder Lebenslage.

Gewidmet ist diese Arbeit meiner Großmutter Inge Dutine, die ich mit der Promotion so gern stolz gemacht hätte.

Berlin, im Dezember 2024

Vera Schürmann

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
Inhaltsverzeichnis	XI
Einleitung	1
I. Die Bürde des Krisenmoments	2
II. Gang und Methode der Untersuchung	4
III. Potential und Grenzen dieser Arbeit	9
Teil I: Die Verfassungstreue im Grundgesetz	11
§ 1 Der hergebrachte Grundsatz der Verfassungstreue	13
I. Der verfassungsrechtliche Rahmen	13
II. Auf den Spuren des hergebrachten Grundsatzes: Historische Antworten auf die Forschungsfragen	26
III. Zwischenfazit: Begrenzter historischer Kern des hergebrachten Grundsatzes	38
§ 2 Die Verfassungstreue im Extremistenbeschluss	39
I. Der dem Extremistenbeschluss zugrunde liegende Sachverhalt	39
II. Die inhaltliche Ausgestaltung der Verfassungstreue – dargestellt anhand der Forschungsfragen	40
III. Der hergebrachte Grundsatz im System des Grundgesetzes	45
IV. Zwischenfazit	48
§ 3 Die rechtliche Bedeutung des Extremistenbeschlusses heute	51
I. Normative Bindung an den Extremistenbeschluss?	52
II. Faktische Bindungswirkung des Extremistenbeschlusses aufgrund argumentativer Überzeugungskraft?	57

III. Relativierung des Extremistenbeschlusses durch eine Kontextualisierung?	62
IV. Relativierung des Extremistenbeschlusses durch das Europarecht? ...	71
V. Relativierung des Extremistenbeschlusses durch die Neuausrichtung der freiheitlichen demokratischen Grundordnung?	81
VI. Zwischenfazit: Was von der verfassungsgerichtlichen Auslegung bleibt	86
Teil II: Die Verfassungstreue im einfachen Recht	89
§ 4 Die einfachgesetzliche Konkretisierung der Verfassungstreue	91
I. Die Verfassungstreue umsetzende Normen für Beamtinnen, Richterinnen und Soldatinnen	92
II. Der durch den Gesetzgeber vorgegebene Inhalt und Umfang der einfachgesetzlichen Verfassungstreue	94
III. Zwischenfazit	100
§ 5 Die Dogmatik der Kernverfassungstreuepflicht	101
I. Die Konkretisierung der Kernverfassungstreuepflicht anhand der Forschungsfragen	101
II. Der Pflichtverstoß	116
III. Die disziplinare Ahndung des Pflichtverstoßes	130
IV. Die Verfassungstreue als einfachgesetzliche Eignungsvoraussetzung	136
V. Zwischenfazit: Eng begrenztes Schutzgut und differenzierte Reaktionsmöglichkeiten	142
§ 6 Die Rechtsprechung in Fallgruppen	145
I. Reichsbürgerideologie	146
II. Parteimitgliedschaften	153
III. Verstöße gegen die Verfassungstreue jenseits parteipolitischer Aktivitäten	177
IV. Zukunftsthemen?	197
V. Zwischenfazit	200

§ 7 Die übrigen einfachgesetzlichen Treuepflichten	201
I. Überschneidungen und Differenzen	202
II. Der Vorzug des abwägungsfesten Schutzguts	215
III. Zwischenfazit: Der Vorzug der Verfassungstreue bei der Beurteilung politischer Betätigung der Beamtin	216
Fazit: Verfassungskonforme einfachgesetzliche Konkretisierung des hergebrachten Grundsatzes	219
I. Beantwortung der Forschungsfragen anhand der einfachgesetzlichen Konkretisierung der Verfassungstreue	219
II. Die Wahrung der Verhältnismäßigkeit auf der Ebene des einfachen Rechts: Differenzierungsmöglichkeiten angesichts eines abwägungsfesten Schutzguts	221
III. Einfachgesetzliche Lösung verfassungsrechtlicher Spannungen	228
Literaturverzeichnis	229
Entscheidungsübersicht	247
Register	251

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	VII
Einleitung	1
<i>I. Die Bürde des Krisenmoments</i>	2
<i>II. Gang und Methode der Untersuchung</i>	4
1. Die Aufarbeitung der verfassungsgerichtlichen Auslegung der Verfassungstreue	5
2. Die Auslegung der einfachgesetzlichen Verfassungstreuepflicht	7
3. Der Abgleich zwischen der Verfassungstreue des Grundgesetzes und des einfachen Rechts	9
<i>III. Potential und Grenzen dieser Arbeit</i>	9
Teil I: Die Verfassungstreue im Grundgesetz	11
§ 1 Der hergebrachte Grundsatz der Verfassungstreue	13
<i>I. Der verfassungsrechtliche Rahmen</i>	13
1. Der Schutz hergebrachter Grundsätze des Berufsbeamtentums durch Art. 33 Abs. 5 GG	15
a) Die Funktionen des Art. 33 Abs. 5 GG	16
b) Die Ermittlung der hergebrachten Grundsätze: der Transformationsprozess des Art. 33 Abs. 5 GG	17
aa) Die Analyse des Transformationsprozesses des Art. 33 Abs. 5 GG nach Frank Rottmann	17
bb) Der Abgleich mit den Kriterien des Bundesverfassungsgerichts	19
2. Die Zugangseignung nach Art. 33 Abs. 2 GG	23
3. Zentrales Strukturmerkmal des öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnisses nach Art. 33 Abs. 4 GG	24
4. Zwischenergebnis	25
<i>II. Auf den Spuren des hergebrachten Grundsatzes: Historische Antworten auf die Forschungsfragen</i>	26

1. Kaiserreich	27
2. Weimarer Republik	28
3. Nationalsozialismus	31
4. Frühe Bundesrepublik	32
5. Die Zeit des Radikalenerlasses	34
6. Zwischenergebnis	37
<i>III. Zwischenfazit: Begrenzter historischer Kern des hergebrachten Grundsatzes</i>	38
§ 2 Die Verfassungstreue im Extremistenbeschluss	39
<i>I. Der dem Extremistenbeschluss zugrunde liegende Sachverhalt</i>	39
<i>II. Die inhaltliche Ausgestaltung der Verfassungstreue – dargestellt anhand der Forschungsfragen</i>	40
1. Gesinnung – Verhalten	41
2. Dienstlich – außerdienstlich	43
3. Positives oder negatives Pflichtverständnis	44
<i>III. Der hergebrachte Grundsatz im System des Grundgesetzes</i>	45
1. Die Verfassungstreue als hergebrachter Grundsatz und als Eignungsvoraussetzung: die Konsequenzen im einfachen Recht	45
2. Die Verfassungstreue als Grundrechtsschranke und ihr Verhältnis zum Parteienprivileg	46
3. Die Verfassungstreue als Bestandteil der wehrhaften Demokratie	48
<i>IV. Zwischenfazit</i>	48
§ 3 Die rechtliche Bedeutung des Extremistenbeschlusses heute	51
<i>I. Normative Bindung an den Extremistenbeschluss?</i>	52
<i>II. Faktische Bindungswirkung des Extremistenbeschlusses aufgrund argumentativer Überzeugungskraft?</i>	57
1. Die Lücken des Beschlusses	57
2. Mangelhafte Differenzierung zwischen hergebrachtem Grundsatz und einfachgesetzlicher Ausgestaltung	61
<i>III. Relativierung des Extremistenbeschlusses durch eine Kontextualisierung?</i>	62
1. Das Resultat des zeithistorischen Kontextes: Wellennarrativ entlang staatsrechtlicher Brüche	63
2. Sinn und Unsinn des Modelldenkens	67
3. Bilanz des Modelldenkens – Krisenerzählung ohne Ende?	69
<i>IV. Relativierung des Extremistenbeschlusses durch das Europarecht?</i> ...	71

1.	Ein funktionsbezogenes Verständnis der Verfassungstreue aufgrund der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte?	72
2.	Ein funktionales Verständnis der Verfassungstreue aufgrund des Unionsrechts?	75
3.	Exkurs: Der Funktionsbezug der Verfassungstreue in der Rechtsprechung anderer Gerichte und internationaler Organisationen	78
4.	Konsequenzen für die Ausgestaltung auf einfachgesetzlicher Ebene	80
V.	<i>Relativierung des Extremistenbeschlusses durch die Neuausrichtung der freiheitlichen demokratischen Grundordnung?</i>	81
1.	Das Dilemma der (wehrhaften) Demokratie	82
2.	Die Eingriffsschwelle der wehrhaften Demokratie	84
3.	Die Neuausrichtung des Schutzguts der wehrhaften Demokratie im zweiten NPD-Verbotsverfahren	85
VI.	<i>Zwischenfazit: Was von der verfassungsgerichtlichen Auslegung bleibt</i>	86
Teil II: Die Verfassungstreue im einfachen Recht		89
§ 4 Die einfachgesetzliche Konkretisierung der Verfassungstreue		91
I.	<i>Die Verfassungstreue umsetzende Normen für Beamtinnen, Richterinnen und Soldatinnen</i>	92
II.	<i>Der durch den Gesetzgeber vorgegebene Inhalt und Umfang der einfachgesetzlichen Verfassungstreue</i>	94
1.	Gesinnung – Verhalten	94
2.	Dienstlich – außerdienstlich	97
3.	Positives oder negatives Pflichtverständnis	98
III.	<i>Zwischenfazit</i>	100
§ 5 Die Dogmatik der Kernverfassungstreuepflicht		101
I.	<i>Die Konkretisierung der Kernverfassungstreuepflicht anhand der Forschungsfragen</i>	101
1.	Gesinnung – Verhalten	102
a)	Verfassungsfeindliche Gesinnung als Pflichtverstoß?	103
b)	Verfassungsfeindliches Verhalten ohne den Nachweis einer verfassungsfeindlichen Gesinnung	108
c)	Das kumulative Pflichtenverständnis	110

2.	Dienstlich – außerdienstlich	112
3.	Positives oder negatives Pflichtverständnis	114
4.	Zwischenergebnis: Kumulatives Pflichtenverständnis und alternative Verletzbarkeit	115
<i>II.</i>	<i>Der Pflichtverstoß</i>	116
1.	Das Schutzgut der Verfassungstreue: die freiheitliche demokratische Grundordnung	116
2.	Die Beeinträchtigung der freiheitlichen demokratischen Grundordnung durch die einzelne Beamtin	119
a)	Keine Übertragbarkeit der Eingriffsschwelle des aggressiv- kämpferischen Verhaltens	120
b)	Überschneidungen zwischen der beamtenrechtlichen Verfassungstreue und dem Strafrecht	122
c)	Die Schwelle der Pflichtverletzung der beamtenrechtlichen Verfassungstreue	124
aa)	Bekennenspflicht (§ 60 Abs. 1 S. 3 Alt. 1 BBG)	124
bb)	Eintretenspflicht (§ 60 Abs. 1 S. 3 Alt. 2 BBG)	126
cc)	Betätigung gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung durch Ruhestandsbeamtinnen	129
3.	Zwischenergebnis	130
<i>III.</i>	<i>Die disziplinare Ahndung des Pflichtverstoßes</i>	130
1.	Der Rahmen des Disziplinarrechts	131
-2.	Die Bemessung der Disziplinarmaßnahme im Rahmen des kumulativen Pflichtenverständnisses	134
3.	Zwischenergebnis	135
<i>IV.</i>	<i>Die Verfassungstreue als einfachgesetzliche Eignungsvoraussetzung</i>	136
1.	Die Grundlage der Prognoseentscheidung	137
2.	Die Anhörung	140
3.	Die Verteilung der Beweislast	141
4.	Zwischenergebnis	142
<i>V.</i>	<i>Zwischenfazit: Eng begrenztes Schutzgut und differenzierte Reaktionsmöglichkeiten</i>	142
§ 6	Die Rechtsprechung in Fallgruppen	145
<i>I.</i>	<i>Reichsbürgerideologie</i>	146
1.	Die Negierung der Rechtsordnung der Bundesrepublik Deutschlands als Verstoß gegen die Verfassungstreuepflicht	147
2.	Die angemessene Disziplinarmaßnahme	150
<i>II.</i>	<i>Parteimitgliedschaften</i>	153
1.	Verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Berücksichtigung von Parteimitgliedschaften	154

2.	Lektionen aus der Vergangenheit	157
	a) DKP-Mitgliedschaften: Politisch motivierte Berufsverbote?	158
	b) NPD-Mitgliedschaften: Unterschätzte Gefahr von rechts in den 1970er und 1980er Jahren?	161
	c) Differenzierte Rechtsprechung der 1990er und 2000er Jahre	164
3.	Lehren für den Umgang mit Mitgliedern neuer rechter Parteien	167
	a) Parteipolitisches Engagement in der AfD als Verstoß gegen die Verfassungstreue	169
	b) Das Rückkehrrecht von Mandatsträgerinnen	171
4.	Zwischenergebnis	176
<i>III. Verstöße gegen die Verfassungstreue jenseits</i>		
<i>parteilichter Aktivitäten</i>		
	<i>177</i>	
1.	Die objektive Beeinträchtigung der Prinzipien der freiheitlichen demokratischen Grundordnung durch recht(sextrem)es Verhalten oder Äußerungen	178
	a) Eindeutige Missachtung: Nationalsozialistisches Gedankengut und Holocaust-Leugnung	180
	b) Die Berücksichtigung der Meinungsfreiheit der Beamtin bei der Deutung einer Meinungsäußerung	182
2.	Differenzierung der Pflichtverstoßvarianten	183
	a) Verstoß gegen die Eintretensvariante bei Verwendung eindeutiger Symbolik	184
	b) Der Nachweis rechtsextremer verfassungsfeindlicher Gesinnung	186
3.	Digitale Kommunikation im Rahmen von Chatgruppen	187
	a) Der Ausdruck verfassungsfeindlicher Gesinnung in Chatgruppen	188
	b) Die Pflicht zur Distanzierung bei von Dritten geteilten Inhalten	191
4.	Verstoß gegen die Wohlverhaltenspflicht als Alternative?	193
5.	Die Konsequenz von Verstößen gegen die Kernverfassungstreuepflicht von rechts	195
<i>IV. Zukunftsthemen?</i>		
	<i>197</i>	
1.	Linkes Spektrum und Klimaaktivistinnen	197
2.	Religiöse Gesinnung als Widerspruch zur freiheitlichen demokratischen Grundordnung	198
<i>V. Zwischenfazit</i>		
	<i>200</i>	
§ 7	Die übrigen einfachgesetzlichen Treuepflichten	201
<i>I. Überschneidungen und Differenzen</i>		
	<i>202</i>	
1.	Neutralität als Vermeidung des bösen Scheins	203
2.	Die beamtenrechtliche Grenze politischer Betätigung jenseits der freiheitlichen demokratischen Grundordnung: die Mäßigungspflicht	205

3. Überschneidungen im Auffangtatbestand der Wohlverhaltenspflicht	209
4. Das Erscheinungsbild der Beamtin	212
<i>II. Der Vorzug des abwägungsfesten Schutzguts</i>	215
<i>III. Zwischenfazit: Der Vorzug der Verfassungstreue bei der Beurteilung politischer Betätigung der Beamtin</i>	216
Fazit: Verfassungskonforme einfachgesetzliche Konkretisierung des hergebrachten Grundsatzes	219
<i>I. Beantwortung der Forschungsfragen anhand der einfachgesetzlichen Konkretisierung der Verfassungstreue</i>	219
<i>II. Die Wahrung der Verhältnismäßigkeit auf der Ebene des einfachen Rechts: Differenzierungsmöglichkeiten angesichts eines abwägungsfesten Schutzguts</i>	221
1. Funktionsunabhängige Verpflichtung auf ein abwägungsfestes Schutzgut	221
a) Grundsätzliche Funktionsunabhängigkeit von Verfassungstreue und Beamtenstatus	222
b) Die engen und abwägungsfesten Grenzen des Schutzgutes der freiheitlichen demokratischen Grundordnung	224
2. Differenzierungspotential im Rahmen der einfachgesetzlichen Ausgestaltung	225
<i>III. Einfachgesetzliche Lösung verfassungsrechtlicher Spannungen</i>	228
Literaturverzeichnis	229
Entscheidungsübersicht	247
Register	251

Einleitung

„Beamtinnen und Beamte müssen sich durch ihr gesamtes Verhalten zu der freiheitlichen demokratischen Grundordnung im Sinne des Grundgesetzes bekennen und für deren Erhaltung eintreten.“¹

So hat der Gesetzgeber die Pflicht zur Verfassungstreue, einen hergebrachten Grundsatz des Berufsbeamtentums im Sinne von Art. 33 Abs. 5 GG, für alle Beamtinnen einfachgesetzlich ausgestaltet.² Angesichts des Wortlauts der einfachgesetzlichen Pflicht überrascht es, dass das Bundesverwaltungsgericht im Jahr 2017 klarstellen musste, dass ein Polizist, der sich verfassungsfeindliche Symbole in Form von SS-Runen tätowieren lässt, gegen die einfachgesetzliche Verfassungstreuepflicht verstößt und wegen dieses Verstoßes aus dem Beamtenverhältnis zu entfernen ist.³ Sowohl das Verwaltungsgericht Berlin als auch das Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg hatten die auf die Entfernung des Polizisten gerichtete Disziplinaranzeige des Landes Berlin zuvor abgewiesen.⁴ Eine Verletzung der einfachgesetzlichen Verfassungstreuepflicht lehnten sie ab, weil sie sich an eine Passage der einzigen Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, die sich mit der Verfassungstreue bislang maßgeblich auseinandergesetzt hat und die im Rahmen dieser Arbeit als *Extremistenbeschluss* bezeichnet wird, gebunden sahen. Diese besagte, dass „[d]as bloße Haben einer Überzeugung und die bloße Mitteilung, daß man diese habe, [...] niemals eine Verletzung der Treuepflicht, die dem Beamten auferlegt ist“, sein könne.⁵ Die Verwaltungsgerichte meinten, dass nach diesem Maßstab das bloße Anbringen und Tragen verfassungsfeindlicher Tätowierungssymbole an Stellen des Körpers, die nicht öffentlich zur Schau getragen werden, nicht für eine Verletzung der Verfassungstreuepflicht ausreiche. Der beklagte Polizist habe sich hierdurch weder in nach außen ersichtlicher Weise zu einer verfassungsfeindlichen Gesinnung bekannt noch versucht habe, politisch auf seine Umgebung einzuwirken.⁶

¹ § 60 Abs. 1 S. 3 BBG; § 33 Abs. 1 S. 3 BeamtStG.

² Zur Herleitung des hergebrachten Grundsatzes der Verfassungstreue siehe § 1. Aufgrund der besseren Lesbarkeit wird im Text grundsätzlich das generische Femininum verwendet. Gemeint sind jedoch immer alle Geschlechter. Eine Ausnahme bildet § 1 II., in dem ich aufgrund der historischen Gegebenheiten von Beamten spreche.

³ BVerwGE 160, 370 (377, Rn. 26) – *Verfassungsfeindliche Tätowierungen* [2017].

⁴ OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 4.5.2017 – OVG 80 D 6.13, BeckRS 2017, 142186; zuvor bereits VG Berlin, Urt. v. 9.4.2013 – 80 K 22.12 OL, juris.

⁵ BVerfGE 39, 334 (350) – *Extremistenbeschluss* [1975].

⁶ VG Berlin, Urt. v. 9.4.2013 – 80 K 22.12 OL, Rn. 60, juris; OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 4.5.2017, BeckRS 2017, 142186, Rn. 37 f.

I. Die Bürde des Krisenmoments

Der Extremistenbeschluss, an den sich die beiden Verwaltungsgerichte aufgrund von § 31 BVerfGG gebunden sahen, erging im Jahr 1975; er ist bislang die einzige Entscheidung, in der das Bundesverfassungsgericht den Rechtsbegriff der Verfassungstreue ausgiebig behandelt hat.⁷ Im Jahr 1972 hatten sich die Regierungen des Bundes und der Länder in Reaktion auf die Studentenbewegung und der damit verbundenen Angst vor einem linksextremen „Marsch durch die Institutionen“⁸ auf Grundsätze für eine vereinheitlichte Anwendungspraxis der einfachgesetzlichen Vorschriften zur Verfassungstreue verständigt, die seitdem als *Radikalenerlass* bezeichnet wurden.⁹ Auf Grundlage des Radikalenerlasses wurden Beamtenbewerberinnen regelmäßig allein wegen ihrer Mitgliedschaft in der bis heute nicht verbotenen DKP oder sogar nur der Teilnahme an DKP-nahen Veranstaltungen abgelehnt.¹⁰ Vor diesem Hintergrund erfuhr die Verfassungstreue als Rechtsbegriff der Rechtsordnung des Grundgesetzes erstmalig breitere Aufmerksamkeit seitens der Rechtswissenschaft.¹¹ Das Bundesverfassungs-

⁷ BVerfGE 39, 334 (350) – *Extremistenbeschluss* [1975]; zur Auslegung der Verfassungstreue in dieser Entscheidung siehe § 2.

⁸ Dieser Ausdruck geht zurück auf Rudi Dutschke, eine zentrale Figur der Studentenbewegung, s. *Hofmann/Wolfrum*, Zur Einführung. Der „Radikalenerlass“ – zeitgenössische Wahrnehmungen und gegenwärtige Forschungen, in: *Wolfrum* (Hrsg.), *Verfassungsfeinde im Land?*, 2022, S. 14 (Fn. 7).

⁹ Vom Bundeskanzler und den Regierungschefs verabschiedete Grundsätze über die Mitgliedschaft von Beamten in extremen Organisationen vom 28.1.1972, Presse- und Informationsamt der Bundesregierung, Bulletin Nr. 15 vom 3.2.1972, S. 142; abgedruckt bei *Brandt*, Die politische Treuepflicht, 1976, S. 162; die Bezeichnung als Radikalenerlass ist der teilweise synonym verwendeten Bezeichnung als Extremistenbeschluss vorzuziehen, da sich der Extremismusbegriff erst später etablierte, *Rigoll*, Fünf Möglichkeiten, den Radikalenerlass zu historisieren, in: *Wolfrum* (Hrsg.), *Verfassungsfeinde im Land?*, 2022, S. 532 (Fn. 9).

¹⁰ *Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. 4, 2012, S. 314 f.; in den Bundesländern wurde die Umsetzung des Radikalenerlasses und damit auch der Umgang mit DKP-Mitgliedschaften jedoch unterschiedlich streng gehandhabt, s. *Rigoll*, Staatschutz in Westdeutschland, 2013, S. 360 ff.

¹¹ Ohne den Anspruch auf Vollständigkeit: *Böttcher*, Die politische Treuepflicht der Beamten und Soldaten und die Grundrechte der Kommunikation, 1967; *Kriele*, ZRP 1971, 273; *Battis*, JZ 1972, 384; *Azzola/Lautner*, ZRP 6 (1973), 243; *Weiß*, ZBR 1974, 81; *Stern*, Zur Verfassungstreue der Beamten, 1974; *Schweiger*, JZ 1974, 743; *Schick*, ZBR 1975, 1; *Kriele*, ZRP 1975, 201; *Goerlich*, ZBR 1975, 100; *Schlink*, Der Staat 15 (1976), 335; *Menger*, VerwArch 67 (1976), 105; *Brandt*, Die politische Treuepflicht, 1976; *K. Lange*, NJW 1976, 1809; *Damkowski*, RiA 1976, 1; *R. Dreier*, Verfassung und Ideologie, in: FS Klein, 1977; *Laubinger*, Die beamtenrechtliche Treuepflicht im Wandel der Zeiten, in: FS Ule, 1977; *Majer*, RiA 1978, 161; *Kriele*, Die Gewähr der Verfassungstreue, in: Koschnick (Hrsg.), Der Abschied vom Extremistenbeschluss, 1979; *Böckenförde*, Verhaltensgewähr oder Gesinnungstreue?, in: Koschnick (Hrsg.), Der Abschied vom Extremistenbeschluss, 1979; *Claußen*, ZBR 1980, 8; *Rottmann*, Der Beamte als Staatsbürger, 1981; *Böckenförde*, Rechtsstaatliche politische Selbstverteidigung als Problem, in: Böckenförde/Tomuschat/Umbach (Hrsg.), Ex-

gericht legte sie im Jahr 1975 im Extremistenbeschluss als verfassungsrechtlichen Begriff und hergebrachten Grundsatz des Berufsbeamtentums aus, ohne die auf dem Radikalenerlass beruhende Verwaltungspraxis verfassungsrechtlich in bedeutsamer Weise zu begrenzen.¹²

Angesichts der zuvor erwähnten, notwendig gewordenen Klarstellung durch das Bundesverwaltungsgericht noch im Jahr 2017 scheint die Auslegung der Verfassungstreue im Extremistenbeschluss keine belastbare Grundlage für den Umgang mit der den verfassungsrechtlichen Begriff konkretisierenden einfachgesetzlichen Pflicht zu bilden. Angesichts von Staatsstreichplänen unter Beteiligung einer Richterin im Dienst des Landes Berlin¹³ sowie rassistischen und antisemitischen Beiträgen in Chatgruppen von Polizeibeamtinnen¹⁴ ist die Frage danach, welches Verhalten die Aufnahme in das Beamtenverhältnis ausschließt¹⁵ und welches Verhalten von Beamtinnen aufgrund der Verfassungstreuepflicht mit der Entfernung aus dem Beamtenverhältnis zu sanktionieren ist, zuletzt jedoch wieder hochaktuell.¹⁶ Gerichte stehen vor der Herausforderung, dieses Problem in Echtzeit zu behandeln, während die mediale Berichterstattung zunehmend vor der Gefahr von Rechtsextremen im öffentlichen Dienst warnt.¹⁷ Auch die Bundesregierung legte im Jahr 2022 einen Gesetzentwurf zur Beschleunigung von Disziplinarverfahren vor, um „Verfassungsfeinde“ schneller aus dem Beamtenverhältnis entfernen zu können.¹⁸ So sind es nicht zuletzt die sich aktuell häufen-

tremlisten und öffentlicher Dienst, 1981; *Scholz*, ZBR 1982, 129; *Schick*, NVwZ 1982, 161; *Kröger*, ZRP 1982, 161; *Brüggemann*, KJ 1982, 280; *Rottmann*, ZRP 1984, 97; *Schrader*, Rechtsbegriff und Rechtsentwicklung der Verfassungstreue im öffentlichen Dienst, 1985; *Cuntz*, Verfassungstreue der Soldaten, 1985; *Simon/Mommsehl/Becker*, ZRP 1989, 175.

¹² *Jachmann-Michell/Kaiser*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 72018, Art. 33, Rn. 47; allein die Praxis der Regelanfragen vor Aufnahme in den Vorbereitungsdienst stuft das BVerfG in der „liberalen Passage“ des Beschlusses als unverhältnismäßig ein, dazu *R. Dreier*, Verfassung und Ideologie, in: FS Klein, 1977, S. 91.

¹³ Dazu bspw. *Balsler/Heidtmann/B. Herrmann*, Süddeutsche Zeitung vom 8.12.2022, S. 6.

¹⁴ Im Februar 2023 ließ das LG Frankfurt eine strafrechtliche Anklage gegen Polizeibeamtinnen wegen rechter Chatinhalte nicht zu, dazu *Niewel*, Süddeutsche Zeitung vom 2.3.2023, S. 5.

¹⁵ Gem. § 7 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BBG und § 7 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BeamtStG darf in das Beamtenverhältnis nur berufen werden, wer „die Gewähr dafür bietet, jederzeit für die freiheitliche demokratische Grundordnung im Sinne des Grundgesetzes einzutreten“.

¹⁶ Beispiele aus der aktuellen Gerichtspraxis siehe § 6 I, II.3., III.

¹⁷ Zur Gefahr durch rechtsextreme Polizistinnen bspw. *Ramelsberger*, Süddeutsche Zeitung vom 2.3.2023, S. 4; zur Gefahr durch Reichsbürgerinnen im Staatsdienst *Bubrowski*, F.A.Z. vom 12.12.2022, S. 1.

¹⁸ PM des Bundesinnenministeriums v. 15.2.2023 zur Reform des Disziplinarrechts, abrufbar unter <https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/pressemitteilungen/DE/2023/02/reform-disziplinarrecht.html>, zuletzt abgerufen am 8.9.2024; ähnlich zum Anlass der Gesetzesreform auch die Begründung des Kabinettsentwurfs eines Gesetzes zur Beschleunigung von Disziplinarverfahren in der Bundesverwaltung und zur Änderung weiterer dienstrechtlicher Vorschriften, S. 1, abrufbar unter https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/gesetzgebungsverfahren/n/DE/GE-Reform-BDG.html;jsessionid=E64F307B91E836D3896F505D76E09EAA_2_cid

den Anwendungsfälle, die eine rechtswissenschaftliche Auseinandersetzung mit der immerhin 70 Jahre alten einfachgesetzlichen Formulierung¹⁹ erneut erforderlich machen.

II. Gang und Methode der Untersuchung

Mit der vorliegenden Untersuchung will ich deswegen zur Beantwortung konkreter Anwendungsfragen der einfachgesetzlichen Verfassungstreuepflicht beitragen. Nach welchen Maßstäben richtet sich, ob die Beamtin durch ein bestimmtes Verhalten gegen die einfachgesetzliche Pflicht zur Verfassungstreue verstoßen hat und wie dieser Verstoß zu sanktionieren ist? Nach welchen, ob die Ablehnung einer Beamtenbewerberin aufgrund von Zweifeln an der Gewähr ihrer Verfassungstreue gerechtfertigt ist? Zur Beantwortung dieser Anwendungsfragen soll der vorhandene Rechtsstoff, bestehend aus den Normen des einfachen Rechts und des Verfassungsrechts sowie den korrespondierenden Gesetzgebungsmaterialien und Gerichtsentscheidungen, gesichtet und unter Einbeziehung bisheriger rechtswissenschaftlicher Ausarbeitungen systematisiert werden. Da eine meiner zentralen Thesen lautet, dass eine konstruktive dogmatische Bearbeitung der einfachgesetzlichen Normen bislang insbesondere durch die Auslegung der Verfassungstreue durch das Bundesverfassungsgericht im Extremistenbeschluss von 1975 und deren (vermeintlich) bestehenden Bindungswirkung erschwert wird, trenne ich zwischen einem verfassungsrechtlichen (§ 1 bis § 3) und einem einfachgesetzlichen Teil (§ 4 bis § 7) dieser Untersuchung.

Die beiden Teile der Darstellung verbinden drei Forschungsfragen,²⁰ anhand derer das Verständnis der Verfassungstreue auf der verfassungsrechtlichen und auf der einfachrechtlichen Ebene rekonstruiert wird: Verpflichtet die Verfassungstreue die Beamtin nur in ihrem Verhalten oder adressiert sie auch die innere

287, zuletzt abgerufen am 8.9.2024. Die vorgeschlagenen Änderungen des BDG sind durch das Gesetz zur Beschleunigung von Disziplinarverfahren in der Bundesverwaltung und zur Änderung weiterer dienstrechtlicher Vorschriften vom 20.12.2023, BGBl. I Nr. 389, eingeführt worden und zum 1.4.2024 in Kraft getreten. Noch zum Gesetzesvorschlag *Roetteken*, ZBR 2023, 217; zu den Ursprüngen des Begriffs der Verfassungsfeindschaft in der Weimarer Republik *Meinel*, „Verfassungsfeinde“, in: Gosewinkel/Lepsius/Oestmann (Hrsg.), *Der Staat*. Beiheft 27, 2021, S. 250 ff.

¹⁹ § 52 Abs. 2 BBG a.F. (1953) lautete: „Der Beamte muss sich durch sein gesamtes Verhalten zu der freiheitlichen demokratischen Grundordnung im Sinne des Grundgesetzes bekennen und für deren Erhaltung eintreten.“; § 7 Abs. 1 Nr. 2 BBG a.F. (1953) lautete: „In das Beamtenverhältnis darf nur berufen werden, wer [...] die Gewähr dafür bietet, daß er jederzeit für die freiheitliche demokratische Grundordnung im Sinne des Grundgesetzes eintritt“, Bundesbeamtengesetz vom 14.7.1953, BGBl. I S. 551.

²⁰ Diese Forschungsfragen stellte in ähnlicher Form bereits *Schrader*, Rechtsbegriff und Rechtsentwicklung der Verfassungstreue im öffentlichen Dienst, 1985, S. 17, der allerdings zu anderen Ergebnissen bei ihrer Beantwortung kam, ebd., S. 404 f.

Einstellung der Beamtin (*Gesinnung/Verhalten*)? Beschränkt sich die Pflicht der Beamtin zur Verfassungstreue auf ihre Amtserfüllung sowie diese begleitendes Verhalten oder erstreckt sie sich auch auf den außerdienstlichen Bereich (*dienstlich/außerdienstlich*)?²¹ Und zuletzt: Lassen sich aus der Verfassungstreue nur negative Pflichten zur Unterlassung eines bestimmten Verhaltens ableiten oder erlegt sie der Beamtin auch positive, aktive Verhaltenspflichten auf (*positiv/negativ*)?

1. Die Aufarbeitung der verfassungsgerichtlichen Auslegung der Verfassungstreue

Die Grundlage des verfassungsrechtlichen Teils der Untersuchung bildet § 1, in dem der grundgesetzliche Rahmen des Rechtsbegriffs der Verfassungstreue abgesteckt wird. Da das Bundesverfassungsgericht die Verfassungstreue im Extremistenbeschluss primär als hergebrachten Grundsatz des Berufsbeamtentums verstand, will ich analysieren, wie die von Art. 33 Abs. 5 GG geschützten hergebrachten Grundsätze ermittelt werden und an welche historischen Vorbilder der wechselhaften Geschichte des deutschen Staatsrechts die Verfassungstreue unter dem Grundgesetz anknüpft. Im Extremistenbeschluss nutzte das Bundesverfassungsgericht bei der Auslegung des hergebrachten Grundsatzes der Verfassungstreue noch vorrangig den Begriff der *politischen Treuepflicht*, die es aus dem Grundsatz der *allgemeinen Treuepflicht* der Beamtinnen ableitete. Ich verwende – genauso wie inzwischen auch das Bundesverfassungsgericht – in dieser Untersuchung grundsätzlich die Bezeichnung Verfassungstreue, außer wenn ich über die historische Herleitung der Verfassungstreue spreche oder wörtlich zitiere.

Anschließend wird in § 2 dargestellt, wie das Bundesverfassungsgericht die Verfassungstreue im Rahmen des Extremistenbeschlusses ausgelegt hat und inwieweit sich anhand des Extremistenbeschlusses die drei vorgestellten Forschungsfragen zum Inhalt und Umfang der Verfassungstreue bereits eindeutig beantworten lassen.

Verwaltungsgerichte begründen ihre Einzelfallentscheidungen bei der Anwendung der einfachgesetzlichen Verfassungstreuepflicht bis heute mit der nach § 31

²¹ Die Unterscheidung zwischen dienstlichem und außerdienstlichem Verhalten ist ungenügend, um zu bestimmen, ob das Verhalten der Beamtin grundrechtlich geschützt wird oder nicht. Denn allein bei der reinen Amtserfüllung handelt die Beamtin nicht in Ausübung grundrechtlich geschützter Freiheit, sondern in Wahrnehmung staatlicher Befugnisse, s. *Kielmannsegg*, Grundrechte im Eingliederungsverhältnis, in: Kahl/Ludwigs (Hrsg.), HVwR III, 2022, § 70, Rn. 38; die Amtserfüllung nur begleitendes Verhalten wird vom Grundrechtsschutz erfasst, wenn sich auch die Rechtfertigungslasten für Grundrechtsbeeinträchtigung hinsichtlich dienstlichen und außerdienstlichen Verhaltens unterscheiden. Eine ähnliche Unterscheidung zwischen drei Sphären (Amt/Dienst/Bürgerin), wenn auch mit anderen Konsequenzen im Detail, nimmt *Isensee*, Amtswalter und Grundrechtsträger in Personalunion: der Beamte, in: FS Battis, 2014, S. 560 f., vor.

BVerfGG bestehenden Bindungswirkung an die Auslegung der Verfassungstreue im Extremistenbeschluss im Jahr 1975. Ob eine solche Bindungswirkung normativ begründet ist, wird deswegen in § 3 untersucht. Auch wenn eine Bindung an die Auslegung der Verfassungstreue im Extremistenbeschluss nicht normativ zu begründen ist, zeigt die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechungspraxis, dass sie zumindest faktisch besteht. Ist diese faktische Bindungswirkung mit der argumentativen Überzeugungskraft der verfassungsgerichtlichen Entscheidung zu rechtfertigen? Die angesprochenen Argumentationsschwierigkeiten der Verwaltungsgerichte sprechen prima facie dagegen.

Schon aufgrund der sprachlichen Formulierungen, die im Extremistenbeschluss verwendet wurden, ist davon auszugehen, dass das Moment der innenpolitischen Krise die verfassungsgerichtliche Entscheidung und deren Aufarbeitung durch die zeitgenössische Rechtswissenschaft beeinflusst hat.²² Diesen Einfluss gilt es, zu identifizieren, um einen belastbaren Rahmen für eine Auslegung der einfachgesetzlichen Verfassungstreuepflicht jenseits des Moments der Staatskrise zu schaffen.

Die Frage, inwieweit jüngere verfassungsrechtliche Entwicklungen seit 1975 die Bedeutung des Extremistenbeschlusses für die Auslegung der einfachgesetzlichen Verfassungstreue relativieren, soll § 3 und damit den verfassungsrechtlichen Teil dieser Untersuchung abschließen: Das Bundesverfassungsgericht betonte im Extremistenbeschluss, dass die Verfassungstreuepflicht für jedes Beamtenverhältnis gelte und „einer Differenzierung je nach der Art der dienstlichen Obliegenheiten“ nicht zugänglich sei.²³ Diese (absolute) Auslegung der Verfassungstreue, die keinen Raum für die Berücksichtigung der konkreten Funktion der Beamtin zu lassen scheint, hat seither unter anderem der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte kritisiert, weil sie einer verhältnismäßigen Anwendung der einfachgesetzlichen Pflicht im Einzelfall entgegenstehe.²⁴ Welche Bedeutung hat die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte für die Auslegung der einfachgesetzlichen Pflicht?

Das Bundesverfassungsgericht ordnete die Verfassungstreue im Extremistenbeschluss zudem als Instrument der wehrhaften Demokratie ein, um ihre besondere Bedeutung im Gefüge des Grundgesetzes zu betonen. Dies überrascht angesichts des Schutzgutes der einfachgesetzlichen Verfassungstreuepflicht – der freiheitlichen demokratischen Grundordnung – wenig. Seither hat das Bundesver-

²² Als Beispiel an dieser Stelle: „Politische Treuepflicht bewährt sich in Krisenzeiten und in ernsthaften Konfliktsituationen, in denen der Staat darauf angewiesen ist, daß der Beamte Partei für ihn ergreift.“, „Der freiheitliche demokratische Rechtsstaat kann und darf sich nicht in die Hand seiner Zerstörer geben.“, „Das politische Schlag- und Reizwort vom ‚Berufsverbot‘ für Radikale ist völlig fehl am Platz und soll offensichtlich nur politische Emotionen wecken.“, BVerfGE 39, 334 (348 f., 370) – *Extremistenbeschluss* [1975].

²³ BVerfGE 39, 334 (355) – *Extremistenbeschluss* [1975].

²⁴ EGMR, Urt. v. 26.9.1995, Nr. 17851/91, Rn. 59 ff. – *Vogt/Deutschland*; dazu ausführlich § 3 IV.1.

fassungsgericht dieses Schutzgut in seiner Entscheidung im zweiten NPD-Par-teiverbotsverfahren neu ausgerichtet.²⁵ Inwiefern beseitigt diese neuere verfas-sungsgerichtliche Entscheidung auch Schwierigkeiten bei der Bestimmung von Inhalt und Umfang der Verfassungstreuepflicht, die der Extremistenbeschluss aufgeworfen hat?

2. Die Auslegung der einfachgesetzlichen Verfassungstreuepflicht

Das Herzstück dieser Arbeit bildet schließlich die (wissenschaftlich bislang ver-nachlässigte) Analyse der einfachgesetzlichen Ausgestaltung der Verfassungstreue als Dienstpflicht und Voraussetzung der Ernennung, wie sie der Bundes-gesetzgeber einheitlich für Beamtinnen des Bundes und der Länder normiert hat. Dabei gehe ich wiederum schrittweise vor: Zunächst nähere ich mich in § 4 den drei Forschungsfragen allein auf Grundlage des Gesetzeswortlauts, der Gesetz-gebungsgeschichte und der Systematik der Verfassungstreue als Amtspflicht und Voraussetzung der Einstellung in den Beamten-, Richter- und Soldatengesetzen²⁶. So lege ich den einfachgesetzlichen Rahmen fest, innerhalb dessen sich ein Aus-legungsvorschlag bewegen muss.

§ 5, der schwerpunktmäßig auf der Auswertung aktueller verwaltungsgericht-licher Rechtsprechung beruht, soll eine kohärente Dogmatik für die Anwendung der einfachgesetzlichen Verfassungstreuepflicht zur Verfügung stellen, welche sich im zuvor festgelegten verfassungs- und einfachrechtlichen Rahmen bewegt. Die Anwendung der beamtenrechtlichen Pflicht stellt die Verwaltungsgerichte, wie am Beispiel des tätowierten Polizisten bereits angedeutet, vor Probleme, wenn sie die (bloße) Kundgabe einer verfassungsfeindlichen Gesinnung bewerten müssen. Dieser Unsicherheit soll die in § 5 vorgeschlagene Auslegung der einfach-gesetzlichen Verfassungstreuepflicht begegnen, indem sie – in Anlehnung an jün-gere Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zur soldatenrechtlichen Verfassungstreuepflicht – die Möglichkeit eines kumulativen Pflichtenverständ-nisses der einfachgesetzlichen Verfassungstreue aufzeigt. Danach wird die Be-amtin von der (subjektiven) Bekennensvariante nach § 60 Abs. 1 S. 3 Alt. 1 BBG verpflichtet, jedes Verhalten zu unterlassen, das eine verfassungsfeindliche Ge-sinnung – im Sinne einer gelebten Identifikation – ausdrückt. § 60 Abs. 1. S. 3 Alt. 2 BBG verbietet als (objektive) Eintretensvariante solches Verhalten, das – ohne notwendigerweise auch Ausdruck einer subjektiv verfassungsfeindli-chen Überzeugung zu sein – bereits objektiv gegen das Schutzgut der einfach-gesetzlichen Verfassungstreue verstößt. Der objektive Verstoß kann in einem ak-tiven Verhalten oder einem Unterlassen bestehen, sofern sich angesichts der

²⁵ BVerfGE 144, 20 (205 ff., Rn. 535 ff.) – *NPD-Verbotsverfahren II* [2017].

²⁶ Das Soldatenrecht fällt anders als das Beamten- und Richterrecht nicht in den Anwen-dungsbereich von Art. 33 Abs. 5 GG. Dennoch liefert seine Gesetzgebungssystematik sowie die dazu ergangene Rechtsprechung wertvolles Anschauungsmaterial für die Auslegung der einfachgesetzlichen Verfassungstreue, dazu noch ausführlich unten § 4 I, II. 1.; § 5 I. 1. c).

Missachtung der freiheitlichen demokratischen Grundordnung durch Dritte im Einzelfall eine Pflicht zur Distanzierung für die Beamtin ergibt.

Voraussetzung für die Bestimmung eines Verstoßes gegen die einfachgesetzliche Verfassungstreuepflicht ist ein klares Verständnis ihres Schutzguts – der freiheitlichen demokratischen Grundordnung. Diese wird in der vorliegenden Untersuchung im Anschluss an die Auslegung des Bundesverfassungsgerichts im zweiten NPD-Verbotsverfahren aus dem Jahr 2017 verstanden. Die freiheitliche demokratische Grundordnung im Sinne von § 60 Abs. 1 S. 3 BBG umfasst danach jene drei zentralen Grundprinzipien, „die für den freiheitlichen Verfassungsstaat schlechthin unentbehrlich sind“: das Prinzip der Menschenwürde, das Demokratieprinzip und das Rechtsstaatlichkeitsprinzip.²⁷ Ein Verstoß gegen die Verfassungstreuepflicht setzt somit voraus, dass der Beamtin ein individueller Verstoß gegen eines dieser Prinzipien nachgewiesen werden kann.

Bislang wird die Auslegung der Verfassungstreue durch das Bundesverfassungsgericht so verstanden, als ob sie jeder Differenzierung der einfachgesetzlichen Pflicht in Relation zur konkreten Funktion der Beamtin entgegenstehe. Diese Annahme soll kritisch hinterfragt werden. Denn die Ebene des einfachen Rechts bietet jenseits der Feststellung des Pflichtinhalts und -umfangs Differenzierungspotential, zum Beispiel im Rahmen der Disziplinierung eines festgestellten Pflichtverstoßes. Auf diese Weise lässt sich den Vorgaben des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte nach einer im Einzelfall verhältnismäßigen Anwendung der Verfassungstreuepflicht möglicherweise entsprechen, ohne dabei die Grenzen des Schutzgutes der Verfassungstreuepflicht zu relativieren.

Die Leistungsfähigkeit der vorgeschlagenen Auslegung soll im Anschluss bei ihrer Anwendung auf die in der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung zuletzt regelmäßig auftretenden Fallgruppen („Reichsbürgerinnen“, Parteimitgliedschaften, andere Ausdrucksformen rechtsextremer Gesinnung wie Holocaustleugnungen)²⁸ in § 6 dargelegt werden. Die in der Praxis auftretenden Schwierigkeiten sollen bei der Anwendung der einfachgesetzlichen Verfassungstreuepflicht kohärent gelöst werden.

Die einfachgesetzliche Verfassungstreuepflicht steht neben weiteren einfachgesetzlichen Treuepflichten, die als Ausgestaltung verschiedener anderer Ausprägungen des hergebrachten Grundsatzes der allgemeinen Treuepflicht verstan-

²⁷ BVerfGE 144, 20 (205 ff., Rn. 535 ff.) – *NPD-Verbotsverfahren II* [2017].

²⁸ Ähnliche Fallgruppen auch in den FAQ zum Regierungsentwurf der Reform des Bundesdisziplinargesetzes: „Typische Fälle aus der disziplinarrechtlichen Praxis sind: Teilen rechtsextremistischer Inhalte in Chatgruppen, Verherrlichung/Verharmlosung des Nationalsozialismus, Verwendung des Hitlergrüßes und Kennzeichen des NS-Ideologie, Holocaustleugnung, Mitgliedschaft in einer verbotenen extremistischen Partei oder Organisation, Leugnung der Existenz und der Legitimation der Bundesrepublik Deutschland (Reichsbürgerideologie).“, abrufbar unter: https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/faqs/DE/themen/oeffentlicher-dienst/beamte/bundesdisziplinargesetz/faq-reform-bundesdisziplinargesetz.html;jsessionid=96B7E569727BDC5161E62B93A0DCFBE2.1_cid295, zuletzt abgerufen am 8.9.2024.

den werden. Dazu zählen die Neutralitätspflicht, die Mäßigungspflicht und die (allgemeine) Wohlverhaltenspflicht, die der Bundesgesetzgeber im Jahr 2021 um Pflichten mit Bezug zum Erscheinungsbild der Beamtin ergänzt hat. Diese werden von den Verwaltungsgerichten teilweise neben der einfachgesetzlichen Verfassungstreuepflicht geprüft. In § 7 sollen diese übrigen Treuepflichten deswegen von der einfachgesetzlichen Verfassungstreuepflicht abgegrenzt werden. So sollen einerseits Inhalt und Umfang der einfachgesetzlichen Verfassungstreuepflicht abschließend verdeutlicht und andererseits mögliche Vorzüge der Verfassungstreuepflicht gegenüber den übrigen Treuepflichten bei der Disziplinierung des Ausdrucks von Meinungsinhalten herausgearbeitet werden.

3. Der Abgleich zwischen der Verfassungstreue des Grundgesetzes und des einfachen Rechts

Das Fazit fasst schließlich die Ergebnisse dieser Untersuchung zusammen und schlägt den Bogen zwischen der Verfassungstreue des Grundgesetzes und der einfachgesetzlichen Pflicht des Beamtenrechts: Können die Forschungsfragen über Inhalt und Umfang der einfachgesetzlichen Verfassungstreuepflicht beantwortet werden und ermöglicht die vorgeschlagene Auslegung der einfachgesetzlichen Pflicht eine verhältnismäßige Anwendung im Einzelfall?

III. Potential und Grenzen dieser Arbeit

Die Festlegung dessen, was gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung verstößt, ist kein neutraler Akt, sondern bewegt sich stets in einem spezifischen historisch-politischen Kontext.²⁹ Welches Verhalten von Staatsdienerinnen innerhalb der freiheitlichen demokratischen Grundordnung tragbar ist, ist in einem fortdauernden gesellschaftlichen Prozess auszuhandeln. Über die Ergebnisse der Anwendung der einfachgesetzlichen Verfassungstreuepflicht wird es deswegen weiterhin Dissens geben. Dies wird auch die dichteste dogmatische Durchdringung nicht verhindern. Die dogmatische Aufarbeitung kann aber die Anwendungsmodalitäten und Begrifflichkeiten einer Norm klären. So ermöglicht sie Verwaltung und Gerichten eine kohärente und nachvollziehbare Begründung der Normanwendung im Einzelfall. Es ist die Nachvollziehbarkeit der Normanwendung, die das Moment der Krise zumindest aus der Rechtsanwendung fernhält. Die in dieser Untersuchung vorgeschlagene Auslegung soll hierfür eine Grundlage bieten und so einerseits der Instrumentalisierung der Verfassungstreue gegen von der Mehrheit lediglich unerwünschte Mindermeinungen in

²⁹ So auch *Hidalgo*, Hans Kelsen und das Paradox der wehrhaften Demokratie, in: Özmen (Hrsg.), Hans Kelsens politische Philosophie, 2017, S. 108.

der Beamtenschaft entgegenzutreten und andererseits ihre effektive Anwendung ermöglichen.

Die Pflicht zur Verfassungstreue ist Teil jener demokratischen Bestandspflege, die dafür sorgen soll, dass die Fundamente der Staatsgewalt nicht von innen erodieren. Unabhängig von dem Grad seiner dogmatischen Erschließung hat der Normenkomplex jedoch keinen Einfluss auf die innere Einstellung von Beamtinnen und Beamtenbewerberinnen gegenüber der freiheitlichen demokratischen Grundordnung, sondern stellt nur eine Reaktionsmöglichkeit auf nach außen tretendes Verhalten dar. So fasste es bereits *Hermannjosef Schmahl* in seiner Dissertationsschrift aus dem Jahr 1977 zusammen:

„Das Disziplinarrecht kann lediglich ein Maßstab sein, um in Extremfällen vom äußeren Verhalten eines Beamten auf seine innere Einstellung zur Verfassung und seine daraus folgende fehlende dienstliche Eignung zu schließen. Es kann Symptome bekämpfen und krasse Mißstände abstellen, nicht aber die wirklichen Gefahren beseitigen, die einem demokratischen Staat aus seiner eigenen Bürokratie drohen. Diese sind vielmehr in aller Regel Reflexe gesellschaftlicher Entwicklungen.“³⁰

Somit kann diese Untersuchung nur eine Hilfestellung beim dienstrechtlichen Umgang mit Beamtinnen und Bewerberinnen leisten, die nicht auf dem Boden der freiheitlichen demokratischen Grundordnung stehen. Auch jenseits der Überprüfung in der Einstellungssituation und des reaktiven Disziplinarrechts kann der Gesetzgeber präventiv zum Schutz des demokratischen Geists innerhalb der Beamtenschaft tätig werden. Erforderlich ist zumindest eine strukturiertere Datenerhebung bezüglich extremistischer Einstellungen in der Beamtenschaft, erstrebenswert eine Stärkung der politischen Bildungsangebote für Beamtinnen.³¹

Verantwortung für die Wertschätzung und für den Erhalt von Freiheit und Demokratie muss jedoch jenseits des Berufsbeamtentums die gesamte Gesellschaft übernehmen.

³⁰ *Schmahl*, Disziplinarrecht und politische Betätigung der Beamten in der Weimarer Republik, 1977, S. 199.

³¹ So forderte *Voßkuhle*, NVwZ 2022, 1841, 1845 ff., eine weitere Intensivierung der Datenerhebung zu verfassungsfeindlichen Strukturen im öffentlichen Dienst, die Einrichtung von unabhängigen Beschwerdeeinrichtungen und die Stärkung von demokratiefördernden Bildungsangeboten für den öffentlichen Dienst.

Register

III. Weg 167

§ 31 BVerfGG 2, 52 ff., 105

Adolf Julius Merkl 29

AfD 168, 169 ff.

aggressiv-kämpferisches Verhalten 59,
84 f., 105, 120 ff.

allgemeine Treuepflicht 5, 8, 15, 27,
40 f., 48, 201 f.

Anhörung 140 f.

Anscheinsvermeidungspflicht 204 ff.

Arbeitnehmerfreizügigkeit 75

Art. 131 GG 33

Auffangtatbestand 110, 202, 209

Auslegung 7, 40 ff. *siehe auch* Konkreti-
sierung

Beamtenstatus 24, 83, 130, 222 f.

Bekennenspflicht 111, 114 ff., 124 ff.,
148, 152 f., 191

Berufsbeamtentum 20 ff., 222 f.

Berufsverbot 47, 63, 158 f.

Beurteilungsspielraum 46, 136 ff., 226

Beweislast 141 f.

Bindung 6, 52 ff., 219

– faktische Bindung 6, 57 ff., 219
– normative Bindung 6, 52 ff.

Chatgruppen 114, 177 f., 187 ff.

DDR 70

Demokratieprinzip 85, 117 f., 122,
124 f., 148 ff., 177 f., 205, 224 f.

Deutsches Beamtengesetz von 1937 96

Deutsches Kaiserreich 27 f., 37, 58, 65

Die Republikaner 164

Differenzierungspotential 8, 140, 142,
225 ff.

– funktionsbezogenes Differenzierungs-
potential 140, 142, 225 ff.

Dilemma der wehrhaften Demokratie 68,
81, 82 f.

Diskriminierungsverbot 76, 79, 118,
179, 199

Disziplinarmaßnahme 73, 128, 130 ff.,
134 ff., 150 ff., 156, 164, 196, 200,
216

– angemessene Disziplinarmaß-
nahme 128, 130 ff., 134 ff., 150 ff.,
196, 200, 216

Disziplinarrecht 130, 131 ff.

DKP 2, 72 f., 153 ff., 158 ff.

Eignungsvoraussetzung 45, 81, 136 ff.

– einfachgesetzliche Eignungsvoraus-
setzung 136 ff.

– verfassungsrechtliche Eignungsvor-
aussetzung 45

Eingriffsschwelle 84, 120, 123 f.

Einigungsvertrag 70

Eintretenspflicht 102, 111, 115 ff.,
126 ff., 134 f., 183 ff., 192 f.

Einzelfallabhängigkeit 145, 157, 180,
196

Entfernung aus dem Beamtenverhält-
nis 46, 130 ff., 150 ff., 156, 159, 173,
195, 226

Ernst-Wolfgang Böckenförde 64 ff.

Erscheinungsbild 9, 92, 201, 212 ff.

Europäische Grundrechtecharta (GRCh)
76

Europäische Menschenrechtskonvention
(EMRK) 71 ff.

Europäischer Gerichtshof (EuGH) 77

Europäischer Gerichtshof für Menschen-
rechte (EGMR) 6, 80, 152, 225 ff.

Extremistenbeschluss 39 ff., *passim*

- Fall *Vogt* 72 ff., 152, 225
 Forschungsfragen 26 ff., 40 ff., 94 ff., 101 ff.
Frank Rottmann 17 ff.
 freiheitliche demokratische Grundordnung 116 ff., 216, 221, 224
 Frühe Bundesrepublik 32
 Funktionsbezug der Verfassungstreue 24, 71, 72 ff., 78, 80, 99, 140 ff., 205 ff.
 Funktionsunabhängigkeit des Schutzgutes der Verfassungstreue 221 ff.
- gelebte Identifikation 7, 108, 116, 157, 187, 220
 Gesetzesmaterialien 94 ff.
 Gesetzmäßigkeitsmodell 64 ff.
 Gesinnung 76, 103 ff., 124 f., 135, 151, 198 ff.
 – religiöse Gesinnung 76, 125, 198 ff.
 – verfassungsfeindliche Gesinnung 103 ff., 124, 135, 151
 Gesinnungspflicht 29, 41 ff., 103
 Gleichbehandlungs-Rahmen-Richtlinie 76 f.
 Grundrechtsschranke 46, 58, 83 f.
- Hakenkreuz 122, 186, 191 f.
 Hergebrachter Grundsatz des Berufsbeamtentums 13 ff., 26 ff., 45 ff., 58 ff., 201 ff., 219 ff.
Hermannjosef Schmahl 10
 Hitlergruß 53, 105 f., 122, 181 ff., 188
 Holocaust-Leugnung 177, 180 ff.
- Identitäre Bewegung 169
 Internationale Arbeitsorganisation (ILO) 78
- Kernverfassungstreuepflicht 92 ff.
 Klimaaktivismus 197 f.
 kohärente Dogmatik der Verfassungstreue 7 f., 41, 57, 100, 115, 220
 Kommunikation 187
 – digitale Kommunikation 187
 Konkretisierung 18 ff., 40 ff., 91 ff., 101 ff.
 – einfachgesetzliche Konkretisierung 91 ff., 101 ff.
- Konkretisierung von Art. 33 Abs. 5 GG 18 ff., 40 ff.
 Kontextualisierung 62 ff., 107
 KPD 30
 Krise 6, 9, 44, 51, 63 ff.
 Kumulatives Pflichtenverständnis 7, 110 ff., 115 f., 134, 147 ff., 183 ff., 220
- Loyalität 14, 78
- Mandatsträgerinnen 171 ff.
 Mäßigungspflicht 92, 171, 205 ff.
 Materialien zum Grundgesetz 13 ff.
Matthias Erzberger 28, 65
 Meinungsfreiheit 47, 59, 76, 179, 182 f., 224 f.
 Menschenwürde 85, 117 f., 122, 125 f., 162, 166 ff., 177 ff., 205, 225
 Modelldenken 67 ff.
- Nationalsozialismus 20, 31 f., 68, 110, 123, 164, 181 ff., 196
 Negierung der Rechtsordnung 147, 178
 Neutralitätspflicht 92, 171, 203 ff.
 NPD 161 ff.
 – Zweites NPD-Verbotsverfahren 85 f., 117 ff.
 NSDAP 30
- Öffentlicher Dienst 78
 – nicht verbeamteter öffentlicher Dienst 78
- Parteienprivileg 46, 154 ff.
 Parteimitgliedschaft 153 ff.
 politische Treuepflicht 15, 26 ff., 41 ff.
 Prognoseentscheidung 46, 137 ff., 226
- Radikalenerlass 2 f., 34 ff., 63, 70, 72, 138
 Rechtsstaatlichkeit *siehe* Rechtsstaatsprinzip
 Rechtsstaatsprinzip 85, 117 f., 122, 124 f., 148 ff., 177 f., 205, 224 f.
 Referendariat 39, 55, 168, 214
 Regelanfragen 36, 46, 102, 137 ff.
 Reichsbürgerin 8, 124, 146 ff.
 Richterin 16, 92 f., 138, 177

- Ruhestandsbeamtin 43 f., 98, 129
- Schuldprinzip 132
- Schutzbereich 21
- Schutzgut der Verfassungstreue 60, 68, 81 ff., 85 ff., 116 ff., 142 f., 215 f., 221 f.
- Schutzgut der einfachgesetzlichen Verfassungstreue 116 ff., 142 f., 215 f., 221 f.
- soldatenrechtliche Verfassungstreuepflicht 93 ff., 110 ff., 151
- Strafrecht, Verbindungen der Verfassungstreue zum Strafrecht 122ff., 130 ff., 180 ff., 200
- Substantialität 19 ff., 49
- Symbolik 52, 105, 111 f., 135, 184 f.
- verfassungsfeindliche Symbolik 52, 105, 111 f., 135, 184 f.
- Traditionalität 19 ff., 49, 58
- traditionsbildender Zeitraum 19, 27
- Treueklausel 14
- Treueverhältnis-Modell 64 ff.
- Verfassungsfeindliche Tätowierungen* (BVerwGE 160, 370) 1 ff., 52 ff., 105 ff.
- Versammlungsfreiheit 72, 206
- Walther Rathenau* 28, 65
- wehrhafte Demokratie *siehe* Dilemma der wehrhaften Demokratie
- Weimarer Republik 23, 28 ff., 68 f.
- Wohlverhaltenspflicht 92, 109 f., 149, 185, 193 ff., 209 ff.