

Welche Folgen hat die Beobachtung
einer politischen Partei durch den Verfassungsschutz
für Beamte und Angestellte im öffentlichen Dienst?

Kurzgutachten

erstellt

im Auftrag der Bundesgeschäftsstelle der AfD

von

Professor Dr. Dietrich Murswiek

November 2018

Abkürzungen

Abs.	Absatz
a.F.	alte Fassung
AllMBL.	Allgemeines Ministerialblatt
AP	Nachschlagewerk des Bundesarbeitsgerichts – Arbeitsrechtliche Praxis
Art.	Artikel
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BAT	Bundes-Angestelltentarifvertrag
BayVBl.	Bayerische Verwaltungsblätter
BayVerfSchG	Bayerisches Verfassungsschutzgesetz
BBG	Bundesbeamtengesetz
BDG	Bundesdisziplinargesetz
BG	Beamtengesetz
BW	Baden-Württemberg
Beschl.	Beschluss
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerfSchG	Bundesverfassungsschutzgesetz
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
DÖD	Der Öffentliche Dienst (Zeitschrift)
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
EzA	Entscheidungssammlung zum Arbeitsrecht
Fn.	Fußnote
GG	Grundgesetz
GKÖD	Gesamtkommentar Öffentliches Dienstrecht
HStR	Handbuch des Staatsrechts
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
LS	Leitsatz
m.E.	meines Erachtens
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NRW	Nordrhein-Westfalen
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
OVG	Oberverwaltungsgericht
REP	Die Republikaner
Rn.	Randnummer
SG	Soldatengesetz
StAnz.	Staatsanzeiger
std. Rspr.	ständige Rechtsprechung
TVöD	Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst
TV-L	Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst der Länder
Urt.	Urteil
VG	Verwaltungsgericht
VGH	Verwaltung
VS	Verfassungsschutzbericht
ZBR	Zeitschrift für Beamtenrecht
ZTR	Zeitschrift für Tarifrecht

Gliederung:

A. Fragestellung / Gutachtauftrag	4
B. Die Pflicht, jederzeit für die freiheitliche demokratische Grundordnung einzutreten (Verfassungstreuepflicht).....	5
C. Folgen der Mitgliedschaft in einer verfassungsfeindlichen Partei für Mitglieder im öffentlichen Dienst	6
I. Verfassungsfeindlichkeit und Parteienprivileg.....	6
II. Mitgliedschaft in einer verfassungsfeindlichen Partei als Kriterium für die fehlende Eignung für ein öffentliches Amt	7
1. Zugang zum öffentlichen Dienst – Beamte	7
2. Entscheidungen, die eine positive Eignungsbeurteilung von Beamten voraussetzen	12
a) Voraussetzungen für die Ernennung zum Beamten auf Lebenszeit / Entlassung von Beamten auf Probe und auf Widerruf	12
b) Eignung für einen Laufbahnaufstieg.....	14
c) Sonstige Entscheidungen, die von einer positiven Eignungsbeurteilung abhängen	14
3. Zugang zum öffentlichen Dienst – Angestellte	14
III. Mitgliedschaft in einer verfassungsfeindlichen Partei als Dienstpflichtverletzung?	15
1. Beamte.....	15
2. Angestellte.....	18
IV. Sanktionen (Disziplinarverfahren / Entlassung / Kündigung).....	22
1. Beamte.....	22
a) Disziplinarverfahren, insbesondere Entfernung aus dem Beamtenverhältnis.....	22
b) Entlassung von Beamten auf Probe oder auf Widerruf	24
2. Angestellte.....	24
D. Folgen der Mitgliedschaft in einer vom Verfassungsschutz verfassungsfeindlicher Bestrebungen verdächtigter Partei für Mitglieder im öffentlichen Dienst	25
I. Beobachtung durch den Verfassungsschutz disziplinarrechtlich irrelevant	25
II. Unterscheidung von Verdachtsfällen und Fällen erwiesener Verfassungsfeindlichkeit	26
III. Verdachtsfälle / Parteien mit teils verfassungsfeindlichen und teils verfassungsmäßigen Strömungen.....	27
1. Beamte.....	27
2. Angestellte.....	30
3. Zugang zum öffentlichen Dienst / Eignungsbeurteilung bei Beamten.....	31
a) Eignung von Bewerbern um eine Stelle im öffentlichen Dienst.....	31
b) Eignung von Beamten auf Probe und Beamten auf Widerruf	32
c) Eignung von Beamten für bestimmte Funktionen oder Laufbahnen	32
E. Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse	35

A. Fragestellung / Gutachtauftrag

Dieses Kurzgutachten soll die Frage beantworten, welche Folgen die Beobachtung einer politischen Partei durch den Verfassungsschutz¹ für ihre Mitglieder hat, die Beamte oder Angestellte im öffentlichen Dienst sind. Müssen Beamte mit Disziplinarmaßnahmen bis hin zur Entfernung aus dem Beamtenverhältnis beziehungsweise müssen Angestellte mit der Kündigung rechnen?

Ich werde diese Fragen anhand der Rechtsprechung beantworten, ohne im Rahmen dieses Kurzgutachtens eine eigene wissenschaftliche Position zu beziehen. Im Rahmen der zur Verfügung stehenden Zeit konnten Rechtsprechung und Literatur auch nicht vollständig erfasst und berücksichtigt werden. Der Schwerpunkt liegt auf der Darstellung der Rechtslage für Beamte.

Die Darstellung erfolgt anhand der für Bundesbeamte geltenden Vorschriften. Für Landesbeamte gelten Landesvorschriften, die aber wohl – das habe ich im einzelnen nicht geprüft – entsprechende Regeln enthalten, so dass alles, was hier für den Bund gesagt wird, für die Länder entsprechend gelten dürfte. – Auf die rechtlichen Regelungen für Soldaten wird hier nicht gesondert eingegangen. Im wesentlichen gilt für Soldaten aber entsprechend, was hier für Beamte gesagt wird. Gelegentlich werden Gerichtsurteile, die in bezug auf Soldaten ergangen sind, mit herangezogen.

Die Beantwortung der Gutachtenfragen anhand der Rechtsprechung wirft das Problem auf, dass die Rechtsprechung in den einschlägigen Entscheidungen regelmäßig darauf abstellt, ob die Partei, der ein Beamter oder Angestellter angehört, verfassungsfeindliche Bestrebungen – nämlich gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung gerichtete Bestrebungen – verfolgt, kurz: ob sie verfassungsfeindlich ist, ohne dass das Bundesverfassungsgericht die Verfassungswidrigkeit bereits festgestellt hat. Die Beobachtung durch den Verfassungsschutz bedeutet aber nicht ohne weiteres, dass die beobachtete Partei verfassungsfeindlich ist. Vielmehr dient die Beobachtung zunächst dazu zu ermitteln, ob die Partei verfassungsfeindliche Bestrebungen verfolgt oder nicht. Das Beobachtungsobjekt ist zunächst ein Verdachtsobjekt. Nach einer gewissen Zeit der Beobachtung kommt die Verfassungsschutzbehörde entweder zu der Überzeugung, dass die beobachtete Partei verfassungsfeindlich sei; dann wird die Beobachtung fortgeführt. Oder sie kommt zu der Erkenntnis, dass der Verdacht sich nicht bestätigt hat; dann wird die Beobachtung eingestellt.

Die Bewertung einer politischen Partei durch die Verfassungsschutzbehörden ist für die Behörden, die über Einstellung und Entlassung von Beamten und Angestellten beziehungsweise über Disziplinarverfahren gegen Beamte oder Soldaten entscheiden, nicht verbindlich. Diese entscheiden aufgrund ihrer eigenverantwortlichen Bewertung der politischen Partei, deren Mitglied der Beamte, Angestellte oder Soldat ist. Freilich orientieren sie sich dabei

¹ Mit „Verfassungsschutz“ sind hier die Verfassungsschutzbehörden des Bundes und der Länder gemeint, also das Bundesamt für Verfassungsschutz und die Landesämter beziehungsweise die Verfassungsschutzabteilungen der Landesinnenministerien.

regelmäßig an den Bewertungen der Verfassungsschutzbehörden. Rechtlich entscheidend für die Frage, ob ein Angehöriger des öffentlichen Dienstes durch die Mitgliedschaft in einer bestimmten Partei oder durch seine Betätigung für diese Partei seine Pflichten verletzt, ist nie unmittelbar der Umstand, dass diese Partei vom Verfassungsschutz beobachtet wird. Es kommt vielmehr darauf an, ob die Partei tatsächlich verfassungsfeindlich ist oder ob hinreichende Anhaltspunkte dafür gegeben sind, dass sie verfassungsfeindliche Bestrebungen verfolgt. Beides wird von den Gerichten, die über die Rechtmäßigkeit von Disziplinarmaßnahmen gegen Beamte oder Soldaten oder über die Kündigung von Angestellten entscheiden, eigenständig – ohne Bindung an die Auffassung der Verfassungsschutzbehörden – überprüft. Deshalb wird im folgenden – nach einer kurzen Darstellung der Pflicht zur Verfassungstreue (B.) – zunächst untersucht, welche Folgen die Mitgliedschaft in einer verfassungsfeindlichen Partei für Angehörige des öffentlichen Dienstes hat (C.), und sodann, welche Folgen die Mitgliedschaft in einer Partei, die aufgrund tatsächlicher Anhaltspunkte verfassungsfeindlicher Bestrebungen verdächtigt wird, für Angehörige des öffentlichen Dienstes hat (D.).

B. Die Pflicht, jederzeit für die freiheitliche demokratische Grundordnung einzutreten (Verfassungstreuepflicht)

Beamte sind zur Verfassungstreue verpflichtet; sie müssen sich durch ihr gesamtes Verhalten zu der freiheitlichen demokratischen Grundordnung im Sinne des Grundgesetzes bekennen und für deren Erhaltung eintreten (§ 60 Abs. 1 BBG)². Voraussetzung für die Berufung in das Beamtenverhältnis ist, dass der Bewerber die Gewähr dafür bietet, jederzeit für die freiheitliche demokratische Grundordnung im Sinne des Grundgesetzes einzutreten (§ 7 Abs. 1 Nr. 2 BBG). Hinsichtlich des Inhalts und des Umfangs der beamtenrechtlichen Treuepflicht gibt es keine Differenzierung für die verschiedenen Beamtenverhältnisse (auf Zeit, auf Probe, auf Widerruf oder auf Lebenszeit) und auch nicht je nach Art der dienstlichen Obliegenheiten³.

Beamte begehen ein Dienstvergehen, wenn sie schuldhaft die ihnen obliegenden Pflichten verletzen (§ 77 Abs. 1 Satz 1 BBG). Da zu den Dienstpflichten die Verfassungstreuepflicht gehört, ist die Verletzung dieser Pflicht ein Dienstvergehen, das im Disziplinarverfahren gehandelt werden kann. Eine Pflichtverletzung außerhalb des Dienstes ist nur dann ein Dienstvergehen, wenn die Pflichtverletzung nach den Umständen des Einzelfalls in besonderem Maße geeignet ist, das Vertrauen in einer für ihr Amt oder das Ansehen des Beamtentums bedeutsamen Weise zu beeinträchtigen (§ 77 Abs. 1 Satz 2 BBG). Dies wird man im Falle der Verletzung der Verfassungstreuepflicht regelmäßig annehmen können. Dass jedenfalls eine aktive Betätigung gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung ein besonders

² Zur Verfassungstreuepflicht näher z.B. *Ulrich Battis*, BBG, 5. Aufl. 2017, § 7 Rn. 10 ff.

³ *BVerfG*, Beschl. v. 22.5.1975 – 2 BvL 13/73 = *BVerfGE* 39, 334 (355) – „Radikalenbeschluss“; weitere Nachweise von Rspr. und Lit. bei *Battis* (Fn. 2), § 7 Rn. 13. – Für eine funktionsbezogene Differenzierung hinsichtlich des außerdienstlichen Verhaltens z.B. *Battis* (Fn. 2), § 7 Rn. 12 m.w.N.

schwerwiegendes Dienstvergehen ist, lässt sich auch daraus ablesen, dass dies auch für Ruhestandsbeamte als Dienstvergehen gilt (§ 77 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 BBG).

Angestellte im öffentlichen Dienst sind im Prinzip ebenso wie die Beamten zur Verfassungstreue verpflichtet⁴. Allerdings gibt es hier Abstufungen der Treuepflicht nach der Funktion des jeweiligen Angestellten⁵.

Auch Soldaten sind verpflichtet, die freiheitliche demokratische Grundordnung anzuerkennen und durch ihr gesamtes Verhalten für ihre Erhaltung einzutreten (§ 8 SG).

C. Folgen der Mitgliedschaft in einer verfassungsfeindlichen Partei für Mitglieder im öffentlichen Dienst

I. Verfassungsfeindlichkeit und Parteienprivileg

Wenn in diesem Gutachten von „verfassungsfeindlichen“ Parteien die Rede ist, sind damit politische Parteien gemeint, die verfassungsfeindliche Bestrebungen im Sinne des Verfassungsschutzrechts verfolgen, nämlich gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung gerichtete Bestrebungen⁶. Ob sie zugleich „verfassungswidrig“ im Sinne von Art. 21 Abs. 2 GG sind, also die zusätzlichen rechtlichen Voraussetzungen erfüllen, die für ein Verbot erfüllt sein müssen, spielt keine Rolle.

Mitgliedschaft und aktive Betätigung in einer verfassungsfeindlichen Partei sind Umstände, auf die Behörden, die über die Einstellung von Bewerbern für den öffentlichen Dienst oder über die Entfernung von Beamten aus dem Beamtenverhältnis beziehungsweise über die Kündigung von Angestellten entscheiden, ihre Entscheidung stützen. Im Hinblick auf das sogenannte Parteienprivileg ist fraglich, ob die Behörden sich bei ihrer Entscheidung überhaupt auf die von ihnen angenommene Verfassungsfeindlichkeit der Partei als Grund für die Disziplinarmaßnahme / Kündigung / Nichteinstellung beziehen können. Denn aus Art. 21 Abs. 4 GG (= Art. 21 Abs. 2 Satz 2 GG a.F.) ergibt sich, dass eine politische Partei in jeder Hinsicht mit anderen Parteien gleich behandelt werden muss und ihre Rechte und Freiheiten uneingeschränkt genießt, solange nicht das Bundesverfassungsgericht ihre Verfassungswidrigkeit (oder neuerdings auch ihren Ausschluss von der Parteienfinanzierung gemäß Art. 21 Abs. 3 GG) festgestellt hat.

In der staatsrechtlichen Literatur wird teilweise angenommen, dass das Grundgesetz jede rechtliche Anknüpfung an die Verfassungsfeindlichkeit einer Partei verbiete, solange diese

⁴ § 41 Satz 2 TVöD: Besonderer Teil Verwaltung (BT-V); *BVerfGE* 39, 334 (355 und LS 7.); *Helmut Lecheler*, *Der öffentliche Dienst*, in: *HStR V*, 3. Aufl. 2007, § 110 Rn. 109.

⁵ Vgl. *BAG*, Urt. v. 14.03.1990 – 7 AZR 345/88, juris; zuvor bereits *BAG*, *NJW* 1981, 71 u. 73; 1982, 2396; 1983, 779; 1987, 1100. – Dazu näher unten C.II.3. und C.III.2.

⁶ Statt von „verfassungsfeindlichen“ wird oft – insbesondere in den Verfassungsschutzberichten – von „extremistischen“ Parteien gesprochen.

nicht vom Bundesverfassungsgericht festgestellt worden ist⁷. Die Rechtsprechung geht hingegen davon aus, dass das Parteienprivileg nur für die jeweilige Partei selbst gilt, während die Verfassungsfeindlichkeit der Partei von der zuständigen Behörde auch ohne vorherige Feststellung durch das Bundesverfassungsgericht geltend gemacht werden dürfe, wenn es um die Beurteilung von Beamten oder Angestellten des öffentlichen Dienstes oder Bewerbern für den öffentlichen Dienst geht, die dieser Partei angehören⁸. Ob die Behauptung, die Partei, in welcher der Beamte / Angestellte / Bewerber Mitglied ist, verfolge verfassungsfeindliche Bestrebungen, richtig ist, könne von dem zuständigen Fachgericht (also dem Verwaltungsgericht oder Arbeitsgericht, das über die Klage des Beamten / Angestellten / Bewerbers entscheidet) überprüft werden; das Entscheidungsmonopol des Bundesverfassungsgerichts gelte hier nicht⁹. Auch wenn diese Rechtsprechung durchaus problematisch ist¹⁰, ist im folgenden von ihr auszugehen.

II. Mitgliedschaft in einer verfassungsfeindlichen Partei als Kriterium für die fehlende Eignung für ein öffentliches Amt

1. Zugang zum öffentlichen Dienst – Beamte

Jeder Deutsche hat nach seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt (Art. 32 Abs. 2 GG). Zur Eignung gehört die Bereitschaft, jederzeit für die freiheitliche demokratische Grundordnung einzutreten. Daher ist Voraussetzung für die Berufung in das Beamtenverhältnis, dass der Bewerber die Gewähr dafür bietet, jederzeit für die freiheitliche demokratische Grundordnung im Sinne des Grundgesetzes einzutreten (§ 7 Abs. 1 Nr. 2 BBG). Diese Voraussetzung ergibt sich nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts auch aus Art. 33 Abs. 5 GG¹¹. Die beamtenrechtliche Treuepflicht und das Gewährbieten als Einstellungsvoraussetzung gelten für alle Beamtenverhältnisse (Beamtenverhältnis auf Zeit, auf Probe, auf Widerruf und auf Lebenszeit)¹².

Die Einstellungsbehörde hat im Rahmen der Prüfung der Voraussetzung, ob der Bewerber die Gewähr dafür bietet, jederzeit für die freiheitliche demokratische Grundordnung einzutreten, ein Urteil über die Persönlichkeit des Bewerbers zu treffen, die ein prognostisches Element enthält. Dazu hat das Bundesverfassungsgericht festgestellt:

⁷ Z.B. *Rudolf Streinz*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG II, 6. Aufl. 2010, Art. 217 ff. m.w.N.; ebenso das Sondervotum des Richters *Rupp*, *BVerfGE* 39, 378 ff., insb. 380 ff.

⁸ Grundlegend *BVerfG*, Beschl. v. 22.5.1975 – 2 BvL 13/73 = *BVerfGE* 39, 334 (358-360) – „Radikalenbeschluss“; vgl. außerdem z.B. *BVerwG*, Urt. v. 7.7.2004 – 6 C 17/03, NJW 2005, 85 (87).

⁹ Vgl. z.B. *BVerwG*, 18.5.2001 – 2 WD 42.00, 43.00 – NJW 2002, 980 (983); *BVerwG*, Urt. v. 27.11.1980 – 2 C 38/79 = *BVerwGE* 61, 176 = juris Rn. 37; *BVerwG*, Urt. v. 20.5.1983 – 2 WD 11/82 = *BVerwGE* 83, 136 – juris Rn. 170 ff.; *BAG*, Urt. v. 12.5.2011 – 2 AZT 479/09 – juris Rn. 21.

¹⁰ Vgl. die Argumente von *Streinz* (Fn. 7) sowie die von ihm zitierte Lit.

¹¹ *BVerfGE* 39, 334 (351 f. und LS 4.).

¹² *BVerfGE* 39, 334 (355).

»Die Einstellungsbehörde entscheidet über den Antrag auf Übernahme in das Beamtenverhältnis, ohne verpflichtet zu sein, vorher den Bewerber zu ihren Zweifeln anzuhören. Bei dieser Entscheidung gibt es keine „Beweislast“, weder für den Bewerber daß er die geforderte Gewähr bietet, noch für die Einstellungsbehörde, daß der Bewerber diese Gewähr nicht bietet. „Zweifel an der Verfassungstreue“ hat hier nur den Sinn, daß der für die Einstellung Verantwortliche im Augenblick seiner Entscheidung nicht überzeugt ist, daß der Bewerber die Gewähr bietet, jederzeit für die freiheitliche demokratische Grundordnung einzutreten. Dieser Überzeugung liegt ein *Urteil* zugrunde, das zugleich eine Prognose enthält; es hat nur den Einzelfall im Auge und gründet sich jeweils auf eine von Fall zu Fall wechselnde *Vielzahl von Elementen* und deren Bewertung. Die Dinge liegen insofern im Grunde nicht anders als in den Fällen, in denen der Dienstvorgesetzte über die sonstige Eignung oder Befähigung oder Leistung eines Bewerbers für den öffentlichen Dienst zu entscheiden hat. Es handelt sich um ein prognostisches Urteil über die *Persönlichkeit* des Bewerbers, nicht lediglich um die Feststellung einzelner Beurteilungselemente (Äußerungen, Teilnahme an Demonstrationen, politische Aktivitäten, Zugehörigkeit zu irgendwelchen Gruppen, Vereinigungen oder politischen Parteien). [...] – Das geforderte Urteil über die Persönlichkeit des Bewerbers kann nicht selten vom *persönlichen Eindruck* abhängen. Deshalb haben Personalreferenten und Behördenleiter seit je Wert darauf gelegt, daß sich die Bewerber vorstellten oder zu einem Vorstellungsbuch eingeladen wurden, und zwar nicht nur, wenn Bedenken dagegen bestanden, ob der Bewerber die Gewähr bietet, jederzeit für die freiheitliche demokratische Grundordnung einzutreten. Mehr als dies kann auch nicht für den letztgenannten Fall gefordert werden.«¹³

»Wenn also nur für jeden Einzelfall entschieden werden kann, ob der Bewerber nach seiner Persönlichkeit die Gewähr bietet oder nicht bietet, jederzeit für die freiheitliche demokratische Grundordnung einzutreten, ist es offenbar verfassungsrechtlich bedenklich, wenn ein Gesetz allgemein zwingend vorschreibt, daß einzelne konkrete Verhaltensweisen die Gewähr des Bewerbers, er werde jederzeit für die freiheitliche demokratische Grundordnung eintreten, ausschließen. Entscheidend ist die Bewertung eines solchen Verhaltens im Zusammenhang mit anderen Gesichtspunkten, an deren Ende die Überzeugung steht, daß dieser Bewerber seiner Persönlichkeit nach die Gewähr bietet oder nicht bietet, daß er jederzeit für die freiheitliche demokratische Grundordnung eintreten werde.«¹⁴

»Ein Stück des Verhaltens, das für die hier geforderte Beurteilung der Persönlichkeit des Bewerbers erheblich sein kann, kann auch der Beitritt oder die Zugehörigkeit zu einer politischen Partei sein, die verfassungsfeindliche Ziele verfolgt.«¹⁵

Das Bundesverwaltungsgericht hat demgemäß entschieden:

»„Gewähr bieten“ [...] bedeutet nach der bereits angeführten höchstrichterlichen Rechtsprechung, daß keine Umstände vorliegen dürfen, die nach der Überzeugung der Ernennungsbehörde die künftige Erfüllung dieser Pflicht zur Verfassungstreue mit dem aufgezeigten Inhalt durch den Bewerber zweifelhaft erscheinen lassen. „Zweifel an der Verfassungstreue“ hat dabei nur den Sinn, daß der für die Einstellung Verantwortliche im Augenblick seiner Entscheidung nach den ihm zu

¹³ BVerfGE 39, 334 (352-354).

¹⁴ BVerfGE 39, 334 (354 f.).

¹⁵ BVerfGE 39, 334 (359 und LS 8.).

diesem Zeitpunkt zur Verfügung stehenden Erkenntnismitteln nicht überzeugt ist, daß der Bewerber seiner Persönlichkeit nach die Gewähr bietet, nach Begründung eines Beamtenverhältnisses jederzeit für die freiheitliche demokratische Grundordnung einzutreten (BVerfGE 39, 334 [353]; BVerwGE 47, 330 [338/340]; 47, 365 [375/377]). Die Feststellung, daß der Beamtenbewerber ein „Verfassungsfeind“ ist und daß er darauf ausgeht, die freiheitliche demokratische Grundordnung zu beeinträchtigen oder zu beseitigen (vgl. aber zu der andersartigen Rechtslage bei einem Vorbereitungsdienst außerhalb des Beamtenverhältnisses BVerfGE 46, 43), ist zur Verneinung der Gewähr der Verfassungstreue nicht erforderlich.«¹⁶

»Da bereits berechtigte Zweifel an der Verfassungstreue die Ablehnung eines Beamtenbewerbers rechtfertigen, reicht es in der Regel aus, daß der Dienstherr sie auf feststellbare und festgestellte äußere Verhaltensweisen eines Bewerbers stützt und wertend auf eine möglicherweise darin zum Ausdruck kommende innere Einstellung zur freiheitlichen demokratischen Grundordnung schließt. Ausdrückliche Feststellungen über die tatsächliche innere Einstellung des Bewerbers – etwa die Identifizierung mit der freiheitlichen demokratischen Grundordnung widersprechenden Zielsetzungen einer Partei, die unter Umständen die Zweifel an der künftigen Verfassungstreue eines Beamtenbewerbers sogar zur Gewißheit werden lassen – sind in der Regel nicht erforderlich (vgl. BVerwGE 52, 313 [335]). Die Feststellung einer im Einzelfall wesentlichen tatsächlichen subjektiven Einstellung (z.B. Nichtidentifizierung mit den der freiheitlichen demokratischen Grundordnung zuwiderlaufenden Zielsetzungen einer Organisation, Distanzierung von der Verfassungsordnung widerstreitenden Bestrebungen und die Motivation für das bisherige Verhalten) kann aber insbesondere im Zusammenhang mit der Frage, ob aus den festgestellten Fakten vom Dienstherrn hergeleitete Zweifel an der künftigen Verfassungstreue des Beamtenbewerbers zerstreut werden können, von ausschlaggebender Bedeutung sein.«¹⁷

»Die Zweifel des Dienstherrn an der Verfassungstreue des Beamtenbewerbers müssen allerdings auf Umständen beruhen, die von hinreichendem Gewicht und bei objektiver Betrachtungsweise geeignet sind, ernste Besorgnis an der künftigen Erfüllung seiner Verfassungstreuepflicht auszulösen. Sie müssen begründet sein (BVerwGE 47, 330 [338]). Ein – vielfach schon auf fehlender Gelegenheit beruhender – mangelnder Nachweis bisherigen aktiven Eintretens für die freiheitliche demokratische Grundordnung reicht hierfür nicht aus, zumal dem Bewerber auch noch keine gesteigerte Treuepflicht obliegt. Das bloße Haben einer Überzeugung, die bloße Mitteilung, daß man diese habe, das kritische Informieren, etwa das Lesen rechtsextremistischer oder kommunistischen Literatur, oder die Anwesenheit bei einer Demonstration für mit der Verfassung nicht ohne weiteres vereinbare Zielsetzungen und Kritik im Rahmen der Verfassung gehören für sich allein unter anderem ebenfalls nicht zu derartigen Umständen. Diese liegen erst vor, wenn der Beamtenbewerber Anlaß zu der ernsten Besorgnis gibt, daß er aus seiner politischen Überzeugung auch nach seiner Berufung in das Beamtenverhältnis Folgerungen für seine Einstellung gegenüber der verfassungsmäßigen Ordnung der Bundesrepublik Deutschland, für die Art der Erfüllung seiner Dienstplichten, für den Umgang mit seinen Mitarbeitern oder für politische Aktivitäten ziehen wird (vgl. BVerfGE 39, 334 [351]).
Auch die Mitgliedschaft in einer Partei mit Zielen, die mit der freiheitlichen demokratischen Grundordnung nicht vereinbar sind, schließt nicht zwingend ein verfassungstreues Verhalten

¹⁶ BVerwG, Urt. v. 27.11.1980 – 2 C 38/79 = BVerwGE 61, 176 = juris Rn. 30.

¹⁷ BVerwG, Urt. v. 27.11.1980 – 2 C 38/79 = BVerwGE 61, 176 = juris Rn. 31.

aus (BVerfGE 39, 334 [335, 359]; BVerwGE 52, 313 [336]; vgl. auch das zur Veröffentlichung in der Entscheidungssammlung vorgesehene Urteil vom 31. Januar 1980 – BVerwG 2 C 5.78 – NJW 1980, 2145 sowie Beschlüsse vom 29. Oktober 1979 – BVerwG 2 CB 30.77 – Buchholz 237.5 § 7 HessBG Nr. 1 und vom 11. März 1980 – BVerwG 2 B 50.79). **Sie kann aber bei der gebotenen Berücksichtigung der Einzelumstände des jeweils zu entscheidenden Falles gleichwohl Schlüsse auf eine fehlende Verfassungstreue rechtfertigen.** In diesem Zusammenhang kann das Bekenntnis des Beamtenbewerbers zu den mit der freiheitlichen demokratischen Grundordnung nicht zu vereinbarenden Zielen einer extremistischen politischen Partei linker oder rechter Prägung – unabhängig von der Feststellung ihrer Verfassungswidrigkeit durch Urteil des Bundesverfassungsgerichts – bedeutsam sein, insbesondere wenn der Parteibeitritt aufgrund freier Willensentschließung erfolgt ist und zu politischen Aktivitäten für die Ziele der Partei verpflichtet (vgl. BVerwGE 47, 330 [338 f.]; 52, 313 [336 ff.]; Urteil vom 31. Januar 1980 – BVerwG 2 C 5.78 – a.a.O.). **Beurteilungselemente können dabei auch weitere politische Aktivitäten in einer Partei oder anderen Organisationen mit der Verfassungsordnung widerstreitenden Zielsetzungen sein, etwa die Kandidatur im Bundestagswahlkampf für eine solche Partei oder auf anderer Ebene für deren Unterorganisationen** (Beschlüsse vom 29. Oktober 1979 – BVerwG 2 CB 30.77 – a.a.O. und vom 11. März 1980 – BVerwG 2 B 50.79 –) sowie die Herausgabe und Verteilung von Flugblättern mit eindeutig der Verfassungsordnung widerstreitendem Inhalt (vgl. u.a. Beschluß vom 21. Juli 1976 – BVerwG 6 B 1.76 – ZBR 1976, 312). Auch wer die dargestellten Grenzen einer sachlichen Kritik an Erscheinungen des Staates überschreitet, muß es sich gefallen lassen, daß an seiner Bereitschaft, jederzeit für die freiheitliche demokratische Grundordnung einzutreten, gezweifelt werden kann (BVerwGE 55, 232 [240]). Das aktive Eintreten für eine Vereinigung, die nicht nur der Verfassungsordnung widerstrebende, sondern in nicht nur untergeordnetem Maße auch politische Ziele verfolgt, die auf dem Boden der freiheitlichen demokratischen Grundordnung stehen, kann zunächst in der Regel nur Anlaß zu weiteren Ermittlungen des Dienstherrn geben, aber unter Berücksichtigung weiterer Verhaltensweisen des Beamtenbewerbers ebenfalls Zweifel rechtfertigen (vgl. hierzu Fürst, GKÖD I, K § 7 Rz 12 e). **In jedem Falle kommt es auf die Persönlichkeit des Beamtenbewerbers und auf die Umstände des jeweiligen Einzelfalles an. Ein schematisches Anknüpfen rechtserheblicher Zweifel an die Feststellung bestimmter Verhaltensweisen ist nicht zulässig** (vgl. BVerfGE 39, 334 [354 f.]). Die Frage, ob der Beamtenbewerber nach seiner Persönlichkeit die Gewähr dafür bietet, jederzeit für die freiheitliche demokratische Grundordnung einzutreten, gründet sich auf eine von Fall zu Fall wechselnde Vielzahl von Beurteilungselementen (BVerfGE 39, 334 [353]; BVerwGE 52, 313 [336]; Beschluß vom 29. Oktober 1979 – BVerwG 2 CB 30.77 – a.a.O.; BAG, Urteil vom 5. März 1980 – 5 AZR 604/78 – NJW 1981, 71) und ist weitgehend Tatfrage (vgl. u.a. Beschlüsse vom 5. Dezember 1977 – BVerwG 6 CB 41.77 –, vom 29. Oktober 1979 – BVerwG 2 CB 30.77 – a.a.O. und vom 11. März 1980 – BVerwG 2 B 50.79).¹⁸ (Hervorhebungen von mir, D.M.)

»Bestehen aufgrund der Ermittlungen des Dienstherrn Zweifel an der Verfassungstreue des Beamtenbewerbers, so stellt sich – spätestens im Widerspruchsverfahren und in einem anschließenden gerichtlichen Verfahren – die Frage, ob diese Zweifel zerstreut werden können. Die persönliche Anhörung des Bewerbers [...] ist dabei wichtig, weil sie Anlaß zu weiterer Sachverhaltsaufklärung sein kann. Der Bewerber hat in diesem Stadium eine besondere Mitwirkungslast. Ihm obliegt es in erster Linie – möglicherweise nur ihm bekannte – Umstände darzutun, die für die Beurteilung seiner

¹⁸ BVerwG, Urt. v. 27.11.1980 – 2 C 38/79 = BVerwGE 61, 176 = juris Rn. 32.

Verfassungstreue von Bedeutung sein können, d.h. die festgestellten Beurteilungselemente und die darauf gestützte Eignungsprognose des Dienstherrn in einem anderen Licht erscheinen lassen (vgl. hierzu BVerwGE 47, 330 [338]; 47, 365 [375]; BAG, Urteil vom 19. März 1980 – 5 AZR 794/78 – NJW 1981, 75). Zum Beispiel kann die Feststellung entscheidend sein, daß der Beamtenbewerber in einer Vereinigung mit überwiegend der Verfassungsordnung widerstreitenden Zielsetzungen für die verfassungskonformen Zielsetzungen eintritt, [...]«¹⁹

»Aufgrund des festgestellten Sachverhalts hat der Dienstherr nach der angeführten Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts zu prüfen, ob der Beamtenbewerber die geforderte Gewähr der Verfassungstreue bietet (BVerfGE 39, 334 [353]; BVerwGE 47, 330 [338]; 52, 313 [335]; Beschlüsse vom 11. Oktober 1979 – BVerwG 2 B 92.78 – ZBR 1980, 89 und vom 7. Januar 1980 – BVerwG 2 B 75.79 – DÖD 1980, 84). Seine Überzeugung ist maßgebend. Ihr liegt ein Urteil über die Persönlichkeit des Beamtenbewerbers zugrunde, das zugleich eine Prognose enthält. Gegenstand dieses Urteils sind nicht ein oder mehrere bestimmte Vorgänge, sondern die in einer zusammenfassenden Bewertung dieser Vorgänge offenbar werdende Persönlichkeit des Beamtenbewerbers in bezug auf die Gewähr der Verfassungstreue. Dieser auf die Persönlichkeit des Bewerbers bezogenen Eignungsprognose ist eine Beurteilungsermächtigung des Dienstherrn immanent. Sie unterliegt ähnlich wie andere persönlichkeitsbedingte Werturteile des Dienstherrn nicht in vollem Umfang der gerichtlichen Kontrolle.«²⁰

Hiernach ist die Mitgliedschaft in einer verfassungsfeindlichen Partei kein Umstand, der schematisch und ausnahmslos dazu führt, die Eignung eines Beamtenbewerbers zu verneinen. Es handelt sich jedoch um einen Umstand, der von der Einstellungsbehörde zu berücksichtigen ist und Zweifel an der Verfassungstreue auslöst, die zum Prognoseurteil, der Bewerber biete keine Gewähr für ein jederzeitiges Eintreten für die freiheitliche demokratische Grundordnung, jedenfalls dann berechtigen, wenn aktive Tätigkeit in der Partei (z.B. Übernahme von Funktionen, Kandidaturen) hinzukommt und wenn die Zweifel nicht durch andere Umstände des konkreten Falles zerstreut werden. Solche Umstände können darin liegen, dass der Bewerber sich innerhalb dieser Partei nachweislich für einen verfassungsmäßigen Kurs einsetzt²¹.

In Bayern werden Bewerber um eine Stelle im öffentlichen Dienst danach gefragt, ob sie einer extremistischen Organisation angehören. Ihnen wird ein Verzeichnis extremistischer oder extremistisch beeinflusster Organisationen²² vorgelegt, und sie müssen antworten, ob sie einer dieser Organisationen angehören. Wenn ja, bestehen Zweifel an der Verfassungstreue (VerfStDBek²³ Teil 1 Nr. 2.2.2). Wenn die Einstellungsbehörde diese Zweifel nicht

¹⁹ BVerwG, Urt. v. 27.11.1980 – 2 C 38/79 = BVerwGE 61, 176 = juris Rn. 33.

²⁰ BVerwG, Urt. v. 27.11.1980 – 2 C 38/79 = BVerwGE 61, 176 = juris Rn. 34.

²¹ Vgl. BVerwG, Urt. v. 28.11.1980 – 2 C 27.78 = BVerwGE 61, 194 (199 f.). Nach BVerwG, Urt. v. 18.5.2001 – 2 WD 42.00, 43.00 – BVerwGE 114, 258 (266) soll dies aber nur gelten, wenn die Partei nicht schon eindeutig verfassungsfeindlich ist, sondern noch Aussicht besteht, dass sich die verfassungsmäßigen Kräfte innerparteilich durchsetzen. – Weitere Nachweise der Rspr. bei *Battis* (Fn. 2), § 7 Rn. 20.

²² http://www.gesetze-bayern.de/Content/Document/BayVV_108268-0 (abgerufen am 27.10.2018).

²³ Bekanntmachung der Bayerischen Staatsregierung über die Pflicht zur Verfassungstreue im öffentlichen Dienst (Verfassungstreue-Bekanntmachung – VerfStDBek) v. 3.12.1991 (AllMBl. S. 895, StAnz. Nr. 49),

selbst ausräumen kann (VerföDBek Teil 2 Nr. 2), ist es dann Sache des Bewerbers, diese Zweifel auszuräumen. Dazu erhält er Gelegenheit, indem er eine schriftliche oder mündliche Stellungnahme abgeben kann (VerföDBek Teil 2 Nr. 5).

2. Entscheidungen, die eine positive Eignungsbeurteilung von Beamten voraussetzen

Nicht nur die Entscheidung über den Zugang zu einem Beamtenverhältnis erfordert die Beurteilung, ob der Bewerber die Gewähr bietet, jederzeit für die freiheitliche demokratische Grundordnung einzutreten. Auch Beamte, die bereits ernannt sind und somit bei ihrer Einstellung positiv auf ihr „Gewährbieten“ hinsichtlich der Verfassungstreue überprüft worden sind, können bei verschiedenen Anlässen erneut auf ihre Eignung überprüft werden. In Betracht kommen insofern insbesondere die Prüfung, ob ein Beamter auf Probe die Voraussetzungen für die Ernennung zum Beamten auf Lebenszeit erfüllt (a), die Entscheidung über einen Laufbahnaufstieg (b) oder die Entscheidung über die Eignung für eine bestimmte Funktion (c).

a) Voraussetzungen für die Ernennung zum Beamten auf Lebenszeit / Entlassung von Beamten auf Probe und auf Widerruf

Nach § 11 Abs. 1 Satz 1 BBG setzt die Ernennung zum Beamten auf Lebenszeit voraus, dass der Beamte die in § 7 BBG bezeichneten Einstellungsvoraussetzungen erfüllt (s.o. C.II.1.) und sich in der Probezeit in vollem Umfang bewährt hat.

Der Beamte auf Probe wird daher vor Ernennung zum Beamten auf Lebenszeit erneut daraufhin überprüft, ob er die Gewähr dafür bietet, jederzeit für die freiheitliche demokratische Grundordnung einzutreten. Insofern kommen die Grundsätze zur Anwendung, die auch für die Einstellung gelten (s.o. C.II.1.). Wenn sich bei der Bewährungsbeurteilung eines Probebeamten herausstellt, dass er nicht (mehr) die Gewähr der Verfassungstreue bietet, ist er nicht geeignet, Beamter auf Lebenszeit zu werden, und wird wegen mangelnder Bewährung entlassen (§ 34 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BBG).

Die Mitgliedschaft und aktive Mitarbeit in einer verfassungsfeindlichen Partei ist nach der Rechtsprechung ein Entlassungsgrund²⁴. Dazu hat das Bundesverwaltungsgericht ausgeführt: Wie beim Beamtenbewerber schließe die Mitgliedschaft eines Probebeamten in einer verfassungsfeindlichen Partei ein verfassungstreu Verhalten nicht zwingend aus. Die Mitgliedschaft könne aber bei der gebotenen Berücksichtigung der Einzelumstände des jeweils zu entscheidenden Falles gleichwohl Schlüsse auf eine mangelnde Gewähr der Verfassungstreue rechtfertigen.

zuletzt geändert durch Bekanntmachung v. 27.9.2016 (AllMBL. S. 2138), http://www.gesetze-bayern.de/Content/Document/BayVV_2030_3_F_111>true (abgerufen am 27.10.2018).

²⁴ BVerfG (Vorprüfungsausschuss), Beschl. v. 31.7.1981 – 2 BvR 321/81 – Kosiek, NJW 1981, 2683 f.

»Entscheidend ist auch hier, ob der Bewerber durch sein Verhalten zu der ernststen Besorgnis Anlaß gibt, er werde noch nach seiner Berufung in das Beamtenverhältnis entgegen der Treuepflicht eines Beamten die mit der Verfassungsordnung unvereinbaren Ziele der Partei unterstützen oder jedenfalls eine gebotene Distanzierung unterlassen. In diesem Zusammenhang kann einer fortbestehenden Mitgliedschaft in einer Partei besondere Bedeutung zukommen. – Erhält ein – im Gegensatz zu einem Bewerber bereits in besonderer Pflichtenbindung zum Dienstherrn stehender – Beamter auf Probe die Mitgliedschaft in einer derartigen Partei aufrecht, so wird regelmäßig schon darin zumindest eine außerdienstliche (möglicherweise sogar pflichtwidrige) Nichtdistanzierung und – bei objektiver Betrachtungsweise – eine ideelle und materielle Unterstützung auch der mit der Verfassungsordnung unvereinbaren Ziele der Partei liegen. Im übrigen kann ein derartiges Verhalten eines Beamten auf Probe auch Zweifel an der zuverlässigen Erfüllung der Verfassungstreuepflicht im täglichen Dienst begründen. Allerdings können andere Umstände des Einzelfalles einer derartigen Bewertung der Mitgliedschaft entgegenstehen, so wenn der Beamte auf Probe innerhalb der Partei aktiv und erkennbar, insbesondere öffentlich erkennbar, für eine mit der Verfassungsordnung vereinbare politische Linie und gegen die damit unvereinbaren Ziele eintritt. Ob dies unter Aufrechterhaltung der Mitgliedschaft tatsächlich möglich ist, wird nicht zuletzt von den inneren Verhältnissen der betreffenden Partei sowie von Stellung und Verhalten des Bewerbers selbst innerhalb deren politischen Kräftespiels abhängen.«²⁵

Das Bundesverwaltungsgericht stellt dann darauf ab, dass der Probebeamte sich von den verfassungsfeindlichen Zielsetzungen seiner Partei nicht distanziert habe. Voraussetzung für die Entlassung sei nicht der Nachweis, dass der Beamte aktiv selbst eine verfassungsfeindliche Haltung einnehme. Es reiche aus, dass der Dienstherr von dem vorbehaltlosen Eintreten des Beamten auf Probe für die freiheitliche demokratische Grundordnung nicht überzeugt sei. Dafür reiche die aktive Mitarbeit in einer verfassungsfeindlichen Partei aus²⁶.

Beamte auf Widerruf können aus jedem sachlichen Grund entlassen werden (§ 37 Abs. 1 BBG). Fehlende Verfassungstreue ist ein Eignungsmangel und daher ein ermessensgerechter sachlicher Grund²⁷. Da die Eignung bereits bei begründeten Zweifeln an der Verfassungstreue fehlt, kann in derselben Weise wie bei der Entscheidung über die Einstellung (s.o. C.II.1.) oder über die Entlassung eines Beamten auf Probe die Mitgliedschaft in einer verfassungsfeindlichen Partei als Kriterium herangezogen werden.

²⁵ BVerwG, Urt. v. 28.11.1980 – 2 C 24/78 – Kosiek, NJW 1981, 1390 (1391).

²⁶ BVerwG, Urt. v. 28.11.1980 – 2 C 24/78 – Kosiek, NJW 1981, 1390 (1391). – Der EGMR hat in diesem Fall einen Eingriff in die Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK) verneint und deshalb die Menschenrechtsbeschwerde des Betroffenen zurückgewiesen, Urt. v. 28.8.1986 – 5/1984/77/121 – Kosiek, NJW 1986, 3007. Anders später der EGMR im Fall Vogt (oben Fn. 44-46), wo es allerdings nicht um einen Probebeamten, sondern eine Beamtin auf Lebenszeit ging.

²⁷ Vgl. Battis (Fn. 2), § 37 Rn. 3.

b) Eignung für einen Laufbahnaufstieg

Die Grundsätze, nach denen über die Eignung eines Bewerbers für eine Beamtenstelle entschieden wird, gelten nach Auffassung des OVG Koblenz auch für den Laufbahnaufstieg von Beamten. Auch die Entscheidung über den Laufbahnaufstieg erfordere ein Prognoseurteil. Begründete Zweifel an der Verfassungstreue reichten daher aus, die Eignung zu verneinen, und diese Zweifel könnten auf die Mitgliedschaft in einer verfassungsfeindlichen Partei gestützt werden²⁸.

c) Sonstige Entscheidungen, die von einer positiven Eignungsbeurteilung abhängen

Entsprechendes gilt für andere dienstliche Entscheidungen, bei denen es um die Eignung eines Beamten oder Soldaten für eine bestimmte Funktion geht²⁹.

3. Zugang zum öffentlichen Dienst – Angestellte

Auch für Angestellte im öffentlichen Dienst ist die Verfassungstreue ein Eignungskriterium. Wenn bei der Entscheidung über die Einstellung Zweifel an der Verfassungstreue bestehen, wird der Bewerber abgelehnt³⁰. Insoweit kann die Mitgliedschaft in einer verfassungsfeindlichen Partei grundsätzlich in derselben Weise Zweifel an der Verfassungstreue wecken wie bei Beamtenbewerbern (s.o. C.II.1.).

Anders als bei Beamten differenziert die Rechtsprechung bei Angestellten aber hinsichtlich des inhaltlichen Umfangs der Verfassungstreuepflicht. Welches Maß an Loyalität von dem Angestellten verlangt wird, hängt von der konkret geschuldeten Arbeitsleistung ab (dazu näher unten C.III.2.).

Angestellte mit verminderter Loyalitätspflicht sind im Unterschied zu Beamten nicht verpflichtet, sich jederzeit aktiv für die freiheitliche demokratische Grundordnung einzusetzen; es reicht aus, wenn sie diese Ordnung nicht bekämpfen. Dementsprechend hängt ihre Eignung nicht davon ab, dass sie die Gewähr bieten, sich jederzeit für die freiheitliche demokratische Grundordnung einzusetzen. So genügt es beispielsweise, wenn ein Bewerber um die Einstellung in einen nichtbeamteten Vorbereitungsdienst für den Beruf des Lehrers „gegenüber Staat und Verfassung eine gleichsam neutrale Haltung einnimmt und nicht zu

²⁸ OVG Koblenz, Urt. v. 13.2.1998 – 2 A 10161/97 – NVwZ 1998, 874 f. – Zu diesem Fall ausführlicher unten D.III.3.c).

²⁹ Vgl. *BVerwG*, Beschl. v. 14.9.1999 – 1 WB 40, 41 und 42/99, NVwZ 2000, 80 (Eignungsmangel eines REP-Mitglieds für Verwendung als Redaktionsoffizier); *BVerwG*, Beschl. v. 13.10.1998 – 1 WB 86–97 – NVwZ 1999, 299 (Einstufung eines Soldaten als Sicherheitsrisiko wegen Betätigung bei den REP). – Zu diesen Fällen ausführlicher unten D.III.3.c).

³⁰ BAG, Urt. v. 12.5.2011 – 2 AZR 479/09 – juris Rn. 31 m. Hinw. auf BAG, 6.6.1984 – 7 AZR 456/82 – zu II 2 a aa der Gründe.

erwarten ist, dass er im Unterricht die Grundwerte der Verfassung in Zweifel ziehen wird“³¹. Daraus hat das Bundesarbeitsgericht gefolgert, dass die Wahrnehmung von Mitgliedschaftsrechten und Funktionärstätigkeiten (z.B. Kandidaturen bei Wahlen oder Übernahme von Parteiämtern) in einer verfassungsfeindlichen Partei (DKP) als solche nicht geeignet sind, gegenüber nichtbeamteten Lehramtsanwärtern ernsthafte Zweifel an ihrer geringeren Verfassungstreuepflicht zu begründen³².

Die Differenzierung zwischen unterschiedlichen Loyalitätspflichten wirkt sich auf die Entscheidung über die Einstellung eines Bewerbers auch insofern aus, als der öffentliche Arbeitgeber dem Bewerber auf die Verfassungstreue bezogene Fragen nur stellen darf, soweit die vorgesehene Funktion dies erfordert und rechtfertigt³³. Ein Bewerber um eine Stelle mit „einfacher“ (also im Vergleich zu Beamten geminderter) Loyalitätspflicht darf daher nicht nach seiner Parteizugehörigkeit gefragt werden.

III. Mitgliedschaft in einer verfassungsfeindlichen Partei als Dienstpflichtverletzung?

1. Beamte

Ein Beamter, der gegen die Pflicht zur Verfassungstreue (oben B.) verstößt, verletzt seine Dienstpflicht³⁴ und begeht ein Dienstvergehen (§ 77 BBG). Ein Dienstvergehen ist eine schuldhaft e Dienstpflichtverletzung. Außerhalb des Dienstes ist sie das nur dann, wenn die Pflichtverletzung in besonderem Maße geeignet ist, das Vertrauen in einer für das Amt oder das Ansehen des Beamtentums bedeutsamen Weise zu beeinträchtigen. Dies trifft für die Verletzung der Verfassungstreuepflicht jedenfalls dann zu, wenn der Beamte sich aktiv gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung betätigt, wie sich insbesondere auch aus § 77 Abs. 2 Nr. 1 BBG schließen lässt. Nach dieser Vorschrift gilt es für Ruhestandsbeamte als Dienstvergehen, wenn sie sich gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung betätigen³⁵.

31 BAG, Urt. v. 1.10.1986 – 7 AZR 383/85 – juris LS 1., Rn. 35 m. Hinw. auf BAGE 36, 344; 40, 1 = AP Nr. 16 zu Art. 33 Abs. 2 GG.

32 BAG, Urt. v. 1.10.1986 – 7 AZR 383/85 – juris LS 2., Rn. 41 f. m. Bezug auf BAG, Urt. v. 5.8.1982 – 2 AZR 1136/79 – BAGE 40, 1, 13 = AP Nr. 18 zu Art. 33 Abs. 2 GG, zu III 3 c bb der Gründe; vgl. auch BAG, Urt. v. 12.5.2011 – 2 AZR 479/09 – juris Rn. 61.

33 BAG, Urt. v. 12.5.2011 – 2 AZR 479/09 – juris Rn. 32, 34 m. Hinw. auf BAG, 16.12.2004 – 2 AZR 148/04 – zu B II 1 b und 2 a der Gründe, AP BGB § 123 Nr. 64 = EzA BGB 2002 § 123 Nr. 5; 31.3.1976 – 5 AZR 104/74 – BAGE 28, 62; 1.10.1986 – 7 AZR 383/85 – BAGE 53, 137; Conze, Fragerecht des öffentlichen Arbeitgebers und Offenbarungspflicht des Bewerbers bei der Vertragsanbahnung, ZTR 1991, 99, 106 m.w.N.

34 BVerfGE 39, 334 (349).

35 Dazu der Kommentar von Battis (Fn. 2), § 77 Rn. 18; § 77 Abs. 2 Nr. 1 BBG stelle keine so hohen Anforderungen an die Verfassungstreuepflicht wie die Pflicht des aktiven Beamten zum Bekennen und Eintreten für die freiheitliche demokratische Grundordnung. Erforderlich sei ein aktives Handeln gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung. Die bloße Mitgliedschaft in einer verfassungsfeindlichen Organisation reiche nicht aus.

Eine Dienstpflichtverletzung beziehungsweise ein Dienstvergehen ist nicht mit der Nichterfüllung der Einstellungsvoraussetzungen (oben C.I.1.) gleichzusetzen. Das Dienstvergehen besteht in diesem Kontext nicht schon in der mangelnden Gewähr des Beamten dafür, jederzeit für die freiheitliche demokratische Grundordnung einzutreten, sondern in der nachgewiesenen Verletzung der Pflicht, „sich durch sein gesamtes Verhalten zu der freiheitlich-demokratischen Grundordnung im Sinne des Grundgesetzes zu bekennen und für deren Erhaltung einzutreten“³⁶. Anders als bei der Entscheidung über die Einstellung reichen zur Annahme einer Dienstpflichtverletzung beziehungsweise eines Dienstvergehens Zweifel an der Verfassungstreue nicht aus.

Es stellt sich daher die Frage, ob ein Beamter, der Mitglied in einer verfassungsfeindlichen Partei ist, allein durch diese Mitgliedschaft ein Dienstvergehen begeht. Das Bundesverfassungsgericht hat dazu im Zusammenhang mit der Eignungsprognose – wie oben schon zitiert – gesagt:

»Ein Stück des Verhaltens, das für die hier geforderte Beurteilung der Persönlichkeit des Bewerbers erheblich sein kann, kann auch der Beitritt oder die Zugehörigkeit zu einer politischen Partei sein, die verfassungsfeindliche Ziele verfolgt.«³⁷

Diese Formulierung stellt darauf ab, dass es auf das gesamte Verhalten des Beamten ankommt. Die Zugehörigkeit zu einer politischen Partei ist ein Teil dieses Verhaltens. Wenn sich aus dem gesamten Verhalten des Beamten ergibt, dass er trotz Mitgliedschaft in einer verfassungsfeindlichen Partei keine verfassungsfeindlichen Ziele verfolgt, kann deshalb diese Mitgliedschaft als solche keine Dienstpflichtverletzung sein. Andererseits ist die fortgesetzte Mitgliedschaft in einer verfassungsfeindlichen Partei ein starkes Indiz dafür, dass der Beamte deren Ziele teilt und sich für sie einsetzt, so dass gegenteilige Bekundungen unglaubwürdig sein könnten. Außerdem gehört es nach der Formulierung des Bundesverfassungsgerichts zur Treuepflicht des Beamten, dass der Beamte sich eindeutig von Gruppen und Bestrebungen distanziert, die diesen Staat, seine verfassungsmäßigen Organe und die geltende Verfassungsordnung angreifen, bekämpfen und diffamieren³⁸. Deshalb meint das Bundesverwaltungsgericht, die Treuepflicht sei verletzt, wenn der Beamte sich in einer Partei engagiert, die im Sinne von Art. 21 Abs. 2 GG darauf ausgeht, die freiheitliche demokratische Grundordnung zu beeinträchtigen oder zu beseitigen³⁹. Die Bezugnahme auf Art. 21 Abs. 2 GG soll aber nicht an die Verbotsvoraussetzungen anknüpfen; es sei nicht erforderlich – so das Bundesverwaltungsgericht –, dass die Partei „in aktiv kämpferischer und aggressiver Haltung planvoll [...] die Beeinträchtigung oder Beseitigung der freiheitlichen demokratischen Grundordnung anstrebt“. Die Verfassungstreuepflicht verlange ein aktives

³⁶ *BVerfGE* 39, 334 (350); *BVerwG*, Urt. v. 27.11.1980 – 2 C 38/79 = *BVerwGE* 61, 176 = juris Rn. 29; *BVerwG*, Urt. v. 18.5.2001 – 2 WD 42.00, 43.00 – *BVerwGE* 114, 258 (262 f.); anders *BVerfG*, 2. Senat 3. Kammer, Beschl. v. 7.8.1990 – 2 BvR 2034/89, Rn. 4 mit unzutreffendem Hinweis auf *BVerfGE* 39, 334 (353).

³⁷ *BVerfGE* 39, 334 (359 und LS 8.).

³⁸ *BVerfGE* 39, 334 (348); ebenso z.B. *BVerwG*, Urt. v. 27.11.1980 – 2 C 38/79 = *BVerwGE* 61, 176 = juris Rn. 28; *BVerwG*, Urt. v. 18.5.2001 – 2 WD 42.00, 43.00 – *BVerwGE* 114, 258 (263).

³⁹ *BVerwG*, Urt. v. 18.5.2001 – 2 WD 42.00, 43.00 – *BVerwGE* 114, 258 (263).

Eintreten *für* die freiheitliche demokratische Grundordnung; daher verstoße der Soldat (bzw. der Beamte, D.M.) schon dann gegen diese Pflicht, wenn er sich für eine Partei einsetzt, die wesentliche Elemente dieser Ordnung nicht anerkennt und sie durch eine eigene anders konzipierte Ordnung zu ersetzen bestrebt ist⁴⁰. Andererseits sagt das Bundesverwaltungsgericht in derselben Entscheidung, die Mitgliedschaft in einer verfassungsfeindlichen Partei könne zwar für die Verletzung der Verfassungstreuepflicht erheblich sein, schließe aber nicht zwingend ein verfassungstreues Verhalten aus⁴¹. Vielleicht lässt sich dieser Widerspruch damit auflösen, dass nach Ansicht des Gerichts bei bloß passiver Mitgliedschaft ein verfassungstreues Verhalten nicht ausgeschlossen sei, während bei aktiver Betätigung durch Übernahme bedeutender Ämter in der Partei oder Kandidaturen zum Landtag oder zum Bundestag ein Einsatz für die Partei gegeben sei, der auf eine aktive Bekämpfung der freiheitlichen demokratischen Grundordnung hinauslaufe.

Im Fall einer Lehrerin, die als Beamtin auf Lebenszeit aus dem Schuldienst entlassen worden war, weil sie sich aktiv in der DKP betätigte (u.a. mit einer Landtagskandidatur sowie Vorstandsposten auf Kreis- und Bezirksebene) und sich ausdrücklich zu deren Programm bekannte, hat eine Kammer des Bundesverfassungsgerichts die Verfassungsbeschwerde der Betroffenen abgewiesen, weil die zugrunde liegende Entscheidung des Niedersächsischen Disziplinarhofs nachvollziehbar und nicht willkürlich sei⁴². Die Treuepflicht fordere, dass der Beamte sich stets eindeutig von Gruppen und Bestrebungen distanziert, die diesen Staat, seine verfassungsmäßigen Organe und die geltende Verfassungsordnung angreifen, bekämpfen und diffamieren⁴³. Die Kammer akzeptierte es als ausreichenden Entlassungsgrund, dass die Lehrerin sich uneingeschränkt zum „Mannheimer Programm“ der DKP bekannte, das eine verfassungsfeindliche Zielsetzung der Partei zum Ausdruck brachte.

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) hat dann der von der Lehrerin erhobenen Menschenrechtsbeschwerde stattgegeben. In diesem Verfahren argumentierte die Bundesregierung, Beamte dürften keine aktive Rolle in Parteien ausüben, die verfassungsfeindliche Ziele verfolgen. Die Beschwerdeführerin habe zwar im Dienst ihre Pflichten nicht verletzt. Doch habe sie trotz der an sie gerichteten Warnungen ihre Aktivitäten innerhalb der DKP kontinuierlich erweitert. Der EGMR hat zunächst Kritik daran geäußert, dass in Deutschland hinsichtlich der Verletzung der Treuepflicht nicht zwischen Dienstausübung und Privatleben⁴⁴ und auch nicht zwischen unterschiedlichen Funktionen unterschieden werde; als Lehrerin für Deutsch und Französisch habe die Beschwerdeführerin keine Stellung inne, die ein Sicherheitsrisiko mit sich bringt⁴⁵. Der Gerichtshof sah zwar den Schutz

⁴⁰ *BVerwG*, Urt. v. 18.5.2001 – 2 WD 42.00, 43.00 – *BVerwGE* 114, 258 (266) m. Hinw. auf *BVerwG*, Urt. v. 20.5.1983 – 2 WD 11/82 = *BVerwGE* 83, 136 (142 f.).

⁴¹ *BVerwG*, Urt. v. 18.5.2001 – 2 WD 42.00, 43.00 – *BVerwGE* 114, 258 (267) m. Hinw. auf *BVerwGE* 61, 176 (182).

⁴² *BVerfG*, 2. Senat 3. Kammer, Beschl. v. 7.8.1990 – 2 BvR 2034/89, Rn. 5 – Fall Vogt.

⁴³ M. Hinw. auf *BVerfGE* 39, 334 (348); ebenso z.B. *BVerwG*, Urt. v. 27.11.1980 – 2 C 38/79 = *BVerwGE* 61, 176 = juris Rn. 28.

⁴⁴ *EGMR*, Urt. v. 26.9.1995 – 7/1994/454/535 – NJW 1996, 375 (377) – Vogt.

⁴⁵ *EGMR*, Urt. v. 26.9.1995 – 7/1994/454/535 – NJW 1996, 375 (378) – Vogt.

der freiheitlichen demokratischen Grundordnung als legitimes Ziel an. Entscheidend war für ihn aber, dass im konkreten Fall der Eingriff in die Meinungs- und Vereinigungsfreiheit (Art. 10 und 11 EMRK) unverhältnismäßig sei, da die Lehrerin im Dienst einwandfrei gearbeitet hätte und die Entlassung ausschließlich auf ihre – aktive – Betätigung in der DKP erfolgt sei, während man ihr keine eigenen verfassungsfeindlichen Äußerungen habe nachweisen können, die ihre „emphatische Behauptung“ widerlegten, dass sie zu den Werten der deutschen Grundordnung stehe⁴⁶.

Nach Auffassung des EGMR lässt sich die Entlassung aus dem Beamtenverhältnis also nicht allein mit der Mitgliedschaft in einer verfassungsfeindlichen Partei noch mit erheblichen Aktivitäten in dieser Partei rechtfertigen, sondern es kommt auf eine Abwägung aller Umstände im Einzelfall an, wobei es eine erhebliche Rolle spielt, ob der Beamte eigene verfassungsfeindliche Äußerungen getan hat.

Demgegenüber hält die deutsche Rechtsprechung daran fest, dass ein Beamter oder Soldat, der sich in einer verfassungsfeindlichen Partei aktiv betätigt, grundsätzlich seine Treuepflicht verletzt⁴⁷. Dass im Einzelfall die Entfernung aus dem Beamtenverhältnis unverhältnismäßig sein und deshalb gegen Art. 10 und 11 EMRK verstoßen könne, stehe dieser Rechtsprechung nicht entgegen⁴⁸.

2. Angestellte

Wie für Beamte sind auch für Angestellte im öffentlichen Dienst begründete Zweifel an ihrer Verfassungstreue ein Eignungsmangel. Anders als bei Beamten differenziert die Rechtsprechung bei Angestellten aber hinsichtlich des inhaltlichen Umfangs der Verfassungstreuepflicht. Welches Maß an Loyalität von dem Angestellten verlangt wird, hängt von der konkret geschuldeten Arbeitsleistung ab („funktionsbezogene Treuepflicht“ / „Funktionstheorie“). Das Bundesarbeitsgericht unterscheidet Arbeitnehmer, die eine „Pflicht zu gesteigerter Loyalität“ haben – das heißt in demselben Maße wie Beamte zur Verfassungstreue verpflichtet sind –, und Arbeitnehmer, die „keine Pflicht zu gesteigerter Loyalität“ beziehungsweise „keine gesteigerte politische Treuepflicht“, sondern nur eine „einfache politische Treuepflicht“ haben⁴⁹. Erstere müssen wie die Beamten jederzeit für die freiheitliche demokratische Grundordnung eintreten. Bei letzteren kann es je nach Stellung und Aufgabenkreis

⁴⁶ EGMR, Urt. v. 26.9.1995 – 7/1994/454/535 – NJW 1996, 375 (378) – Vogt. – Die Große Kammer des EGMR hat diese Entscheidung knapp mit 10:9 Stimmen getroffen. Acht Richter haben in einem Sondervotum dargelegt, dass die Entlassung für verhältnismäßig und gerechtfertigt halten, ebd. S. 378 f. Dort auch zutreffende Kritik daran, dass die Mehrheit nicht den Widerspruch sieht, der darin liegt, dass die Beschwerdeführerin behauptet, die Verfassungsordnung zu bejahen und gleichzeitig sagt, sie unterstütze alle Punkte des DKP-Programms. Ein weiterer Richter hat ein eigenes Sondervotum abgegeben, ebd. S. 379 ff.

⁴⁷ Vgl. z.B. BVerwG, Urt. v. 18.5.2001 – 2 WD 42.00, 43.00 – BVerwGE 114, 258 (259 LS 4., 263, 266); VGH Kassel, Urt. v. 7.5.1998 – 24 DH 2498-96 – NVwZ 1999, 904 (906 f.).

⁴⁸ BVerwG, Urt. v. 18.5.2001 – 2 WD 42.00, 43.00 – BVerwGE 114, 258 (264).

⁴⁹ BAG, Urt. v. 12.5.2011 – 2 AZR 479/09 – juris Rn. 27-30, 58, 61.

schon ausreichen, dass sie die freiheitliche demokratische Grundordnung nicht aktiv bekämpfen⁵⁰.

Während beispielsweise angestellte Lehrer das gleiche Maß an Verfassungstreue schulden wie Beamte⁵¹, ist die Verfassungstreuepflicht beispielsweise für Angestellte im Vorbereitungsdienst als Teil der Lehrerausbildung⁵² oder für Verwaltungsangestellte, die mit Planung, Steuerung und Überwachung des Druck- und Versandverfahrens in der Finanzverwaltung beschäftigt sind⁵³, gemindert.

In seinem Urteil vom 12.5.2011⁵⁴ hat das Bundesarbeitsgericht die diesbezügliche Rechtsprechung wie folgt beschrieben:

»1. Danach kommt bei politischer Betätigung eines Beschäftigten des öffentlichen Dienstes für eine verfassungsfeindliche Partei oder Organisation, insbesondere bei einem Eintreten für deren verfassungsfeindliche Ziele eine Kündigung sowohl unter verhaltensbedingten als auch unter personenbedingten Gesichtspunkten in Betracht. Das gilt unabhängig davon, ob die Verfassungswidrigkeit der Partei durch das Bundesverfassungsgericht nach Art. 21 Abs. 2 Satz 2 GG festgestellt wurde. Auch das politische Engagement für eine nicht verbotene, gleichwohl verfassungsfeindliche Organisation kann kündigungsrechtlich beachtlich sein. Die dafür gegebenenfalls erforderlichen Feststellungen sind von dem zur Entscheidung berufenen Gericht eigenständig zu treffen (*BVerfG 22. Mai 1975 – 2 BvL 13/73 – zu B II der Gründe, BVerfGE 39, 334; BAG 31. März 1976 – 5 AZR 104/74 – zu IV der Gründe, BAGE 28, 62; zur Verfassungsfeindlichkeit der NPD vgl. BVerwG 7. Juli 2004 – 6 C 17/03 – NJW 2005, 85*). [Rn. 21]

2. Eine verhaltensbedingte – außerordentliche oder ordentliche – Kündigung eines Arbeitnehmers wegen Mitgliedschaft in einer verfassungsfeindlichen Partei oder Organisation oder wegen deren aktiver Unterstützung setzt voraus, dass durch einen darin liegenden Verstoß gegen die Treuepflicht eine konkrete Störung des Arbeitsverhältnisses eingetreten ist, sei es im Leistungsbereich, sei es im Bereich der betrieblichen Verbundenheit aller Mitarbeiter, im personalen Vertrauensbereich oder im behördlichen Aufgabenbereich (*BAG 20. Juli 1989 – 2 AZR 114/87 – BAGE 62, 256; 6. Juni 1984 – 7 AZR 456/82 – AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 11 = EzA KSchG § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 12*). [Rn. 22]

3. Eine personenbedingte Kündigung kommt unabhängig davon in Betracht, wenn dem Arbeitnehmer aufgrund seiner Aktivitäten jedenfalls die Eignung für die Ausübung der vertraglich geschuldeten Tätigkeit fehlt. Im öffentlichen Dienst kann sich ein Eignungsmangel aus begründeten Zweifeln an der Verfassungstreue des Arbeitnehmers ergeben. Diese ist Bestandteil des Begriffs „Eignung“ in Art. 33 Abs. 2 GG (*vgl. BVerfG 8. Juli 1997 – 1 BvR 2111/94 ua. – zu C I 1 b der Gründe, BVerfGE 96, 171*). Mitgliedschaft und aktives Eintreten des Arbeitnehmers für eine verfassungsfeindliche

⁵⁰ BAG, Urt. v. 12.5.2011 – 2 AZR 479/09 – juris Rn. 27-30.

⁵¹ BAG, Urt. v. 12.5.2011 – 2 AZR 479/09 – juris Rn. 31.

⁵² BAG, Urt. v. 1.10.1986 – 7 AZR 383/85 – juris LS 1., Rn. 35.

⁵³ BAG, Urt. v. 12.5.2011 – 2 AZR 479/09 – juris Rn. 58.

⁵⁴ BAG, Urt. v. 12.5.2011 – 2 AZR 479/09 – juris.

Organisation können entsprechende Zweifel erwecken. Sie führen aber nicht ohne Weiteres zur sozialen Rechtfertigung einer Kündigung des Arbeitsverhältnisses (*BAG 28. September 1989 – 2 AZR 317/86 – zu B I 1 der Gründe, BAGE 63, 72; 20. Juli 1989 – 2 AZR 114/87 – zu II 2 c der Gründe, BAGE 62, 256; 6. Juni 1984 – 7 AZR 456/82 – zu II 2 a bb der Gründe, AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 11 = EZA KSchG § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 12*). Entscheidend ist, inwieweit die außerdienstlichen politischen Aktivitäten in die Dienststelle hineinwirken und entweder die allgemeine Aufgabenstellung des öffentlichen Arbeitgebers oder das konkrete Aufgabengebiet des Arbeitnehmers berühren (*BAG 6. Juni 1984 – 7 AZR 456/82 – mwN, aaO*). Das wiederum hängt maßgeblich davon ab, welche staatlichen Aufgaben der Arbeitgeber wahrzunehmen hat, welche Verhaltenspflichten dem Arbeitnehmer obliegen und welches Aufgabengebiet innerhalb der Verwaltung er zu bearbeiten hat (*BAG 20. Juli 1989 – 2 AZR 114/87 – zu II 2 c aa der Gründe mwN, aaO*). [Rn. 23]

4. Verhaltenspflichten der Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes sind ua. in § 3 Abs. 1 Satz 2 TV-L (*zuvor: § 8 Abs. 1 Satz 2 BAT*) festgelegt. [Rn. 24]

a) Nach dieser Regelung, die aufgrund arbeitsvertraglicher Bezugnahme auf das Arbeitsverhältnis der Parteien zur Anwendung gelangt, sind die Beschäftigten des beklagten Landes verpflichtet, sich durch ihr gesamtes Verhalten zur freiheitlichen demokratischen Grundordnung im Sinne des Grundgesetzes zu bekennen. Eine entsprechende Verpflichtungserklärung hat der Kläger zudem im Zusammenhang mit seiner Einstellung abgegeben. [Rn. 25]

b) Allerdings können weder die auf der Grundlage von § 8 Abs. 1 Satz 2 BAT abgegebene Erklärung des Klägers vom 17. Juli 2003, noch die mit § 8 Abs. 1 Satz 2 BAT wörtlich übereinstimmende Regelung des § 3 Abs. 1 Satz 2 TV-L mit ihren allgemein gehaltenen Formulierungen dahin verstanden werden, dass allen Beschäftigten des beklagten Landes ohne Bezug zu der jeweils auszuübenden Tätigkeit – vergleichbar den Beamten – eine Pflicht zur Verfassungstreue obliegt (*grundlegend BAG 31. März 1976 – 5 AZR 104/74 – zu III 1 d der Gründe, BAGE 28, 62; seither st. Rspr. 20. Juli 1989 – 2 AZR 114/87 – zu II 2 c aa der Gründe, BAGE 62, 256; 6. Juni 1984 – 7 AZR 456/82 – zu II 2 a bb der Gründe, AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 11 = EZA KSchG § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 12*). [Rn. 26]

aa) Beamte unterliegen einer gesteigerten politischen Treuepflicht. Diese fordert ihre Bereitschaft, sich mit der Idee des Staates, dh. seiner freiheitlichen, demokratischen, rechts- und sozialstaatlichen Ordnung, zu identifizieren und dafür aktiv einzutreten. Beamte haben sich deshalb von Gruppen und Bestrebungen zu distanzieren, die den Staat, seine verfassungsmäßigen Organe und die geltende Verfassungsordnung angreifen, bekämpfen und diffamieren (*BVerfG 22. Mai 1975 – 2 BvL 13/73 („Radikalenerlass“) – zu C I 2 der Gründe, BVerfGE 39, 334*). [Rn. 27]

bb) Dieser – weite – Umfang der das Beamtenverhältnis prägenden Treuepflicht lässt sich nicht schematisch auf Beschäftigte übertragen, die in einem privatrechtlichen Dienstverhältnis zum öffentlichen Arbeitgeber stehen und denen in der Regel keine hoheitlichen Befugnisse übertragen sind (*BVerfG 22. Mai 1975 – 2 BvL 13/73 – zu C I 7 b der Gründe, BVerfGE 39, 334*). Bei der Fülle staatlicher Aufgaben gibt es durchaus Bereiche, bei denen es für die konkret geschuldete Arbeitsleistung im Rahmen von Arbeitsverhältnissen nicht auf die von Beamten verlangte besondere politische Loyalität ankommt. In diesen Bereichen können Arbeitnehmer auch dann beschäftigt werden, wenn

sie nur ein geringeres Maß an politischer Treue erfüllen. Würde man für alle Angehörigen des öffentlichen Dienstes gleichmäßig und unabhängig von ihrer Funktion das Bestehen einer besonderen politischen Treuepflicht annehmen, so würden damit politische Grundrechte der Arbeitnehmer – die Freiheit der Meinungsäußerung (*Art. 5 Abs. 1 GG*) und die Freiheit, sich in einer Partei politisch zu betätigen (*Art. 21 Abs. 1 GG*) – unnötig und unverhältnismäßig eingeschränkt (*BAG 5. August 1982 – 2 AZR 1136/79 – zu II 4 a und III 1 b der Gründe, BAGE 40, 1; 29. Juli 1982 – 2 AZR 1093/79 – zu B IV 2 c der Gründe, BAGE 39, 235*). [Rn. 28]

cc) Das Maß der einem Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes obliegenden Treuepflicht ergibt sich aus seiner Stellung und dem Aufgabenkreis, der ihm laut Arbeitsvertrag übertragen ist (*sog. Funktionstheorie, vgl. BAG 20. Juli 1989 – 2 AZR 114/87 – zu II 2 c aa der Gründe mwN, BAGE 62, 256*). Er schuldet (*nur*) diejenige politische Loyalität, die für die funktionsgerechte Amtsausübung unverzichtbar ist. [Rn. 29]

Trifft den Arbeitnehmer nach der ihm übertragenen Funktion keine Pflicht zu gesteigerter Loyalität, ist er arbeitsvertraglich nicht verpflichtet, jederzeit und auch außerdienstlich aktiv für den Bestand der politischen Ordnung des Grundgesetzes einzutreten. Je nach Stellung und Aufgabenkreis kann er die Verfassung schon dadurch „wahren“, dass er die freiheitliche demokratische Grundordnung jedenfalls nicht aktiv bekämpft (*BAG 20. Juli 1989 – 2 AZR 114/87 – zu II 2 c aa der Gründe, BAGE 62, 256; 12. März 1986 – 7 AZR 468/81 – zu II 2 c der Gründe, RzK I 1 Nr. 10*). [Rn. 30]

Aber auch für Beschäftigte, an deren Verfassungstreue wegen ihrer Tätigkeit – etwa als Lehrer, Erzieher oder Sozialarbeiter – die gleichen oder zumindest ähnliche Anforderungen zu stellen sind wie an die von in vergleichbarer Stellung beschäftigten Beamten, gilt, dass die Mitgliedschaft in einer verfassungsfeindlichen Organisation oder ein Tätigwerden für diese zwar Indizien für das Fehlen der Bereitschaft zur Verfassungstreue sind, für sich genommen aber als Eignungsmangel regelmäßig noch nicht ausreichen. Anders als bei der Einstellung, für deren Unterbleiben es grundsätzlich genügt, dass allgemeine Zweifel an der Verfassungstreue begründet sind (*BAG 6. Juni 1984 – 7 AZR 456/82 – zu II 2 a aa der Gründe, AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 11 = EzA KSchG § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 12*), obliegt es dem öffentlichen Arbeitgeber im Kündigungsschutzprozess, derartige Zweifel durch bestimmte, auf den Arbeitnehmer und seinen Aufgabenbereich bezogene Umstände zu konkretisieren und so zu verstärken. Aufschlussreich kann insoweit das dienstliche und außerdienstliche Verhalten des Arbeitnehmers sein, wenn es über die Verfolgung verfassungskonformer Ziele der betreffenden Organisation hinausgeht. Von Bedeutung kann auch das persönliche Verfassungsverständnis des Arbeitnehmers und das Fehlen der Bereitschaft sein, sich von verfassungsfeindlichen Zielen der Organisation, der er angehört oder für die er eintritt, zu distanzieren (*BAG 28. September 1989 – 2 AZR 317/86 – zu B I 4 c der Gründe, BAGE 63, 72*).« [Rn. 31]

Die Mitgliedschaft in einer verfassungsfeindlichen Partei und die Mitarbeit in dieser Partei, zum Beispiel in Form von Kandidaturen bei Wahlen, sind nach dieser Rechtsprechung zwar Indizien für eine fehlende Bereitschaft zur Verfassungstreue, reichen aber als personenbedingter Kündigungsgrund alleine selbst dann nicht aus, wenn im konkreten Fall dem Angestellten (z.B. als Lehrer) eine gesteigerte – beamtenähnliche – Loyalitätspflicht obliegt. Denn anders als bei der Entscheidung über die Einstellung reichen bei der Kündigung Zweifel an der Verfassungstreue nicht aus. Es obliege dem Dienstherrn, die sich aus der

Parteimitgliedschaft und dem Parteiengagement ergebenden allgemeinen Zweifel an der Verfassungstreue „durch konkrete, auf den jeweiligen Arbeitnehmer und seinen persönlichen Aufgabenbereich bezogene Umstände zu beziehen, zu personalisieren und zu verstärken“. Insoweit komme es auf das bisherige dienstliche und außerdienstliche Verhalten sowie ganz entscheidend auf die bestehende oder fehlende Bereitschaft des Arbeitnehmers an, sich von verfassungsfeindlichen Zielen der Partei zu distanzieren⁵⁵. Wenn nach diesen Grundsätzen keine fehlende Eignung festzustellen ist, kommt nach Auffassung des Bundesarbeitsgerichts eine verhaltensbedingte Kündigung wegen der Aktivität in einer verfassungsfeindlichen Partei nur dann in Betracht, wenn das Arbeitsverhältnis im Bereich der betrieblichen Verbundenheit konkret beeinträchtigt ist⁵⁶, wenn also etwa durch das politische Engagement des Arbeitnehmers der Betriebsfrieden konkret gestört ist.

Wenn der Angestellte nur der „einfachen“ Treuepflicht unterliegt, darf er – wie gesagt – nicht aktiv die freiheitliche demokratische Grundordnung bekämpfen. Ein Verstoß gegen diese „einfache“ Loyalitätspflicht kann nach der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung nicht aus der Mitgliedschaft in einer verfassungsfeindlichen Partei und auch nicht aus der Übernahme von Funktionen in dieser Partei abgeleitet werden⁵⁷.

»Diese Pflicht wird erst durch ein Verhalten verletzt, das in seinen konkreten Auswirkungen darauf gerichtet ist, verfassungsfeindliche Ziele der Organisation aktiv zu fördern oder zu verwirklichen (BAG 6. Juni 1984 – 7 AZR 456/82 – AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 11 = EzA KSchG § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 12; 12. März 1986 - 7 AZR 469/81 -). Dazu bedarf es der Darlegung konkreter, auf den Arbeitnehmer bezogener Umstände, die geeignet sind, ein aktives Eintreten für verfassungsfeindliche Ziele der Partei hinreichend zu individualisieren (vgl. BAG 15. Juli 1982 – 2 AZR 887/79 – zu C II 2 d aa der Gründe, BAGE 39, 180).«⁵⁸

IV. Sanktionen (Disziplinarverfahren / Entlassung / Kündigung)

1. Beamte

a) Disziplinarverfahren, insbesondere Entfernung aus dem Beamtenverhältnis

Da die schuldhaftige Verletzung der Verfassungstreuepflicht ein Dienstvergehen ist, kann sie mit einer Disziplinarmaßnahme geahndet werden (§ 77 Abs. 3 BBG i.V.m. dem Bundesdisziplinalgesetz). Das Bundesdisziplinalgesetz sieht fünf Arten von Disziplinarmaßnahmen

⁵⁵ Vgl. BAG, Urt. v. 28.9.1989 – 2 AZR 317/86 – juris Rn. 26-28.

⁵⁶ BAG, Urt. v. 28.9.1989 – 2 AZR 317/86 – juris LS 4. und Rn. 38-41.

⁵⁷ BAG, Urt. v. 5.8.1982 – 2 AZR 1136/79 – BAGE 40, 1, 13 = AP Nr. 18 zu Art. 33 Abs. 2 GG, zu III 3 c bb der Gründe; BAG, Urt. v. 1.10.1986 – 7 AZR 383/85 – juris LS 2., Rn. 41 f.; BAG, Urt. v. 12.5.2011 – 2 AZR 479/09 – juris Rn. 61.

⁵⁸ BAG, Urt. v. 12.5.2011 – 2 AZR 479/09 – juris Rn. 62.

vor (§ 5 BDG), als schwerste Maßnahme die Entfernung aus dem Beamtenverhältnis. Die Disziplinarmaßnahme wird nach der Schwere des Dienstvergehens bemessen:

§ 13 BDG

(1) Die Entscheidung über eine Disziplinarmaßnahme ergeht nach pflichtgemäßem Ermessen. Die Disziplinarmaßnahme ist nach der Schwere des Dienstvergehens zu bemessen. Das Persönlichkeitsbild des Beamten ist angemessen zu berücksichtigen. Ferner soll berücksichtigt werden, in welchem Umfang der Beamte das Vertrauen des Dienstherrn oder der Allgemeinheit beeinträchtigt hat.

(2) Ein Beamter, der durch ein schweres Dienstvergehen das Vertrauen des Dienstherrn oder der Allgemeinheit endgültig verloren hat, ist aus dem Beamtenverhältnis zu entfernen. Dem Ruhestandsbeamten wird das Ruhegehalt aberkannt, wenn er als noch im Dienst befindlicher Beamter aus dem Beamtenverhältnis hätte entfernt werden müssen.

Nach der Rechtsprechung ist die Verletzung der Verfassungstreuepflicht regelmäßig ein besonders schweres Dienstvergehen, das die Entfernung aus dem Dienst rechtfertigt.

»Bei Beamten auf Probe und bei Beamten auf Widerruf rechtfertigt die Verletzung der Treuepflicht regelmäßig die Entlassung aus dem Amt. Bei Beamten auf Lebenszeit kann wegen dieser Dienstpflichtverletzung im förmlichen Disziplinarverfahren auf Entfernung aus dem Dienst erkannt werden.«⁵⁹

Ein disziplinarisch zu ahndendes Vergehen setzt „ein Minimum an Gewicht und Evidenz“ voraus⁶⁰. Dies wird bei der aktiven Betätigung in einer verfassungsfeindlichen Partei von der Rechtsprechung bejaht. Die aktive Betätigung in einer solchen Partei führt somit regelmäßig zur schwersten Disziplinarmaßnahme, zur Entfernung aus dem Dienst⁶¹. Ob dies auch für die bloß passive Mitgliedschaft in jedem Einzelfall gelten kann, ist angesichts dessen, was oben (III.) zur Notwendigkeit der umfassenden Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls gesagt wurde, fraglich. Ein Beamter, der sich weigert, aus der Partei auszutreten und sich zu ihren Zielen uneingeschränkt bekennt, muss wohl auch dann, wenn er nicht aktiv in der Partei mitarbeitet, mit der Entfernung aus dem Dienst rechnen.

Eine mildere Disziplinarmaßnahme kommt in Betracht, wenn durch die Mitgliedschaft und Mitarbeit in einer verfassungsfeindlichen Partei die Verfassungstreuepflicht nicht vorsätzlich, sondern nur fahrlässig verletzt wird. Dies hat das Bundesverwaltungsgericht in einem Fall angenommen, in dem ein der NPD angehörender Offizier in den 1970er und 1980er Jahren angenommen hatte, die NPD verfolge keine verfassungsfeindlichen Bestrebungen. Das Bundesverwaltungsgericht hat dies als vorsatzausschließenden Tatbestandsirrtum gewertet⁶² und deshalb nur einen fahrlässigen Verstoß gegen die Treuepflicht angenommen –

⁵⁹ BVerfGE 39, 334 (350 und LS 3.).

⁶⁰ BVerfGE 39, 334 (350 f.).

⁶¹ Vgl. z.B. BVerwG, Urt. v. 20.5.1983 – 2 WD 11/82 = BVerwGE 83, 136 – juris Rn. 557; BVerwG, Urt. v. 18.5.2001 – 2 WD 42.00, 43.00 – BVerwGE 114, 258 (267).

⁶² BVerwG, Urt. v. 20.5.1983 – 2 WD 11/82 = BVerwGE 83, 136 – juris Rn. 500 ff.

mit der Folge eines befristeten Beförderungsverbots und Gehaltskürzung⁶³. Für diese Bemessung der Disziplinarstrafe spielte – neben besonderen Umständen in der Person des Offiziers – eine Rolle, dass die fahrlässige Verletzung der Treuepflicht nur von relativ kurzer Dauer war.

Nicht einmal fahrlässig ist die Verletzung der Treuepflicht, wenn der Irrtum des Beamten über die verfassungsfeindliche Zielsetzung der Partei, in der er Mitglied ist, unvermeidbar war. Die Unvermeidbarkeit des Irrtums wird vom Bundesverwaltungsgericht trotz Beobachtung der Partei durch den Verfassungsschutz und Einstufung als extremistisch im Verfassungsschutzbericht und trotz Belehrung durch den Dienstherrn bejaht, solange es noch keine Gerichtsentscheidung gibt, welche die Verfassungsfeindlichkeit der Partei feststellt⁶⁴. Mangels Vorsatzes ist dann kein Dienstvergehen gegeben.

b) Entlassung von Beamten auf Probe oder auf Widerruf

Die Entlassung eines Beamten auf Probe oder eines Beamten auf Widerruf setzt nicht notwendig ein Dienstvergehen voraus. Sie kann – wie oben (C.II.2.a) bereits dargelegt – bereits dann erfolgen, wenn wegen begründeter Zweifel an der Verfassungstreue (wegen mangelnder Gewähr des jederzeitigen Eintretens für die freiheitliche demokratische Grundordnung) die Eignung für das Beamtenverhältnis im Sinne von § 7 Abs. 1 Nr. 2 BBG nicht (mehr) gegeben ist.

2. Angestellte

Angestellte im öffentlichen Dienst müssen bei Verletzung ihrer Verfassungstreuepflicht mit Kündigung rechnen, die allerdings grundsätzlich nur möglich ist, wenn über die Mitgliedschaft und Mitarbeit in einer verfassungsfeindlichen Partei hinaus ein konkret verfassungsfeindliches Verhalten des Angestellten festgestellt werden kann (dazu im einzelnen bereits oben C.III.2.).

⁶³ *BVerwG*, Urt. v. 20.5.1983 – 2 WD 11/82 = *BVerwGE* 83, 136 – juris Rn. 558 ff., 565.

⁶⁴ So jedenfalls *BVerwG*, Urt. v. 20.5.1983 – 2 WD 11/82 = *BVerwGE* 83, 136 – juris Rn. 517 ff.; in diesem Fall konnte der Soldat allerdings der Belehrung verschiedene Gerichtsurteile entgegenhalten, die damals die Verfassungsfeindlichkeit der NPD verneinten, ebd. Rn. 511.

D. Folgen der Mitgliedschaft in einer vom Verfassungsschutz verfassungsfeindlicher Bestrebungen verdächtigter Partei für Mitglieder im öffentlichen Dienst

I. Beobachtung durch den Verfassungsschutz disziplinarrechtlich irrelevant

Eine politische Partei darf durch den Verfassungsschutz beobachtet werden, wenn hinreichend gewichtige tatsächliche Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass die Partei verfassungsfeindliche – also gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung gerichtete – Bestrebungen verfolgt. Wenn eine Verfassungsschutzbehörde entscheidet, eine politische Partei zu beobachten (sie zum Beobachtungsobjekt zu machen), hat sie in der Regel nicht bereits die Überzeugung, dass diese Partei verfassungsfeindliche Bestrebungen verfolgt, sondern sie hat einen entsprechenden Verdacht. Aus dem Umstand, dass eine politische Partei vom Verfassungsschutz beobachtet wird, lässt sich also nicht folgern, dass sie tatsächlich verfassungsfeindliche Bestrebungen verfolgt. Die Beobachtung sagt zunächst nur, dass der Verfassungsschutz hinreichend gewichtige Anhaltspunkte für den Verdacht hat, dass die Partei verfassungsfeindliche Bestrebungen verfolgt. Ob sie tatsächlich verfassungsfeindlich ist, will der Verfassungsschutz durch die Beobachtung erst herausfinden⁶⁵.

Demzufolge ist es nicht möglich, die Mitgliedschaft und die Mitarbeit eines Beamten in einer politischen Partei allein deshalb als Verstoß gegen die Verfassungstreuepflicht zu werten, weil die Partei vom Verfassungsschutz beobachtet wird. Solange nicht feststeht, dass die Partei verfassungsfeindliche Bestrebungen verfolgt, besteht immer die Möglichkeit, dass der Beamte mit seiner Mitgliedschaft und mit seinem Engagement in der Partei verfassungsmäßige Ziele verfolgt. Die Beobachtung als solche ist also disziplinarrechtlich irrelevant. Allerdings indiziert die Beobachtung, dass es innerhalb der Partei verfassungsfeindliche Kräfte gibt. Daraus können sich Distanzierungspflichten für beamtete Mitglieder ergeben (unten D.III.1.).

Weitergehende Auswirkungen kann die Beobachtung für Bewerber um eine Stelle im öffentlichen Dienst haben. Bei ihnen reichen ja bereits Zweifel an der künftigen Verfassungstreue aus, um die Einstellung abzulehnen (oben C.II.). Solche Zweifel können sich schon aus der Mitgliedschaft in einer vom Verfassungsschutz beobachteten Partei ergeben, doch werden sich diese Zweifel regelmäßig ausräumen lassen (unten D.III.3.a).

Das gilt auch für die Überprüfung der Eignung von Beamten auf Probe und Beamten auf Widerruf (unten D.III.3.b).

Relevant sein kann die Beobachtung einer politischen Partei außerdem für die Beurteilung von Beamten auf ihre Eignung für eine bestimmte Laufbahn oder für bestimmte Funktionen (unten D.III.3.c).

⁶⁵ Ebenso *VG Münster*, Urt. v. 10.1.2000 – 13 K 2301/97 – NVwZ 2000, 710.

II. Unterscheidung von Verdachtsfällen und Fällen erwiesener Verfassungsfeindlichkeit

Die Beobachtung durch den Verfassungsschutz als solche sagt wenig über den inneren Zustand der Partei und über ihre Zielsetzung aus. Es kommt vor, dass eine Partei beobachtet wird, obwohl der Verfassungsschutz nur einzelne Gruppen innerhalb der Partei für verfassungsfeindlich hält, so früher im Fall der Partei DIE LINKE wegen dreier Gruppierungen innerhalb der Partei (Kommunistische Plattform, Marxistisches Forum und Linksjugend [‘solid’])⁶⁶. Aussagekräftiger als der Umstand, dass eine Partei beobachtet wird, ist der Verfassungsschutzbericht. Denn aus ihm ergibt sich, ob die Beobachtung sich nur auf tatsächliche Anhaltspunkte (also auf einen Verdacht) stützt, oder ob die Verfassungsschutzbehörde bereits die Überzeugung gewonnen hat, dass die Partei verfassungsfeindlich ist⁶⁷.

Wie eingangs (A.) bereits gesagt, ist die Einstufung einer Partei durch die Verfassungsschutzbehörde als Verdachtsfall oder als Fall erwiesener Verfassungsfeindlichkeit für beamtenrechtliche Entscheidungen nicht maßgeblich. Vielmehr muss die beamtenrechtlich für die Einstellung oder für das Disziplinarverfahren zuständige Behörde (Einstellungsbehörde / Einleitungsbehörde) selbst beurteilen, ob die Partei verfassungsfeindliche Bestrebungen verfolgt. Entscheidend ist im beamtenrechtlichen Streitfall die Beurteilung durch das zuständige Gericht. Da allerdings die beamtenrechtlich zuständigen Behörden sich regelmäßig an den Bewertungen der Verfassungsschutzbehörden orientieren, haben diese de facto eine erhebliche Vorwirkung.

Solange jedenfalls eine politische Partei durch den Verfassungsschutz als Verdachtsfall – und nicht als Fall erwiesener Verfassungsfeindlichkeit – eingestuft ist (und hiervon wird man regelmäßig ausgehen können, wenn eine Partei gerade erst zum Beobachtungsobjekt gemacht worden ist und noch kein Verfassungsschutzbericht vorliegt, in dem über diese Partei berichtet wird), können Beamte noch davon ausgehen, dass sie in einer Partei Mitglied sind, die keine verfassungsfeindlichen Bestrebungen verfolgt.

⁶⁶ Vgl. z.B. *BVerwG*, Urt. v. 21.7.2010 – 6 C 22/09 = *BVerwGE* 137, 275 (Rn. 45) – Ramelow.

⁶⁷ So müsste es rechtlich jedenfalls sein, vgl. *Dietrich Murswiek*, Der Verfassungsschutzbericht. Funktionen und rechtliche Anforderungen, in: Janberd Oebbecke u.a. (Hg.), *Islam und Verfassungsschutz*, 2007, S. 73 (82 f.). Im Verfassungsschutzbericht des Bundes und z.B. Baden-Württembergs wird über Beobachtungsobjekte berichtet, „bei denen die vorliegenden tatsächlichen Anhaltspunkte in ihrer Gesamtschau zu der Bewertung geführt haben, dass die Gruppierung verfassungsfeindliche Ziele verfolgt, es sich mithin um ein extremistische Gruppierung handelt“ (VSB 2017, S. 345), sofern nicht ausdrücklich gesagt wird, dass es sich um einen Verdachtsfall handelt (vgl. VSB 2017, S. 7, 80, 334); ähnlich VSB BW 2017, S. 28. Unklar insoweit VSB Bayern 2017, S. 23; dort heißt es: „Eingang in den Verfassungsschutzbericht finden Bestrebungen, bei denen hinreichend gewichtige Anhaltspunkte für Extremismus vorliegen. Eine Verdachtsberichterstattung findet in Bayern nicht statt.“ Das wäre widersprüchlich, wenn mit „hinreichend gewichtigen Anhaltspunkten für Extremismus“ die diejenigen hinreichend gewichtigen tatsächlichen Anhaltspunkte gemeint sind, die gemäß Art. 5 Abs. 1 Satz 2 BayVerfSchG Voraussetzung für die Beobachtung sind. Denn diese begründen einen Verdacht und belegen noch nicht den extremistischen Charakter des Beobachtungsobjekts. Dass es in Bayern keine Verdachtsberichterstattung gibt, trifft also nur dann zu, wenn mit „hinreichend gewichtigen Anhaltspunkten für Extremismus“ nicht die Beobachtungsvoraussetzungen gemeint sind, sondern das, was der Verfassungsschutz des Bundes mit dem Zitat im VSB 2017, S. 345 meint oder was der VSB BW 2017, S. 28, so ausdrückt: „... Fälle, bei denen sich die tatsächlichen Anhaltspunkte ... zu einer festgestellten Verfassungsfeindlichkeit verdichtet haben“.

Wenn dagegen die Partei im Verfassungsschutzbericht als Fall erwiesener Verfassungsfeindlichkeit behandelt wird, wächst für Beamte das Risiko, dass sie wegen ihrer Mitgliedschaft und Betätigung in dieser Partei disziplinarisch belangt werden. Es ist immer noch möglich, dass die Bewertung der Verfassungsschutzbehörde falsch ist. Aber es ist wahrscheinlich, dass diese Bewertung von den beamtenrechtlich zuständigen Behörden übernommen wird. Und wie dann die Verwaltungsgerichte entscheiden, weiß man noch nicht.

Bis das erste Gerichtsurteil vorliegt, das die Verfassungsfeindlichkeit der Partei feststellt, ist freilich das Risiko, dass ein Beamter wegen seiner Mitgliedschaft in dieser Partei aus dem Dienst entfernt wird, gering. Denn bis dahin kann er sich darauf berufen, dass er davon überzeugt gewesen sei, dass die Partei verfassungsmäßige Ziele verfolgt und dass er mit seiner Mitarbeit in dieser Partei nichts tut, was sich gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung richtet⁶⁸. Anders wäre es nur, wenn auch ohne eine solche Gerichtsentscheidung evident wäre, dass die Partei verfassungsfeindliche Ziele verfolgt. Evident ist die Verfassungsfeindlichkeit aber nicht, wenn nicht klar gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung gerichtete Ziele von der Partei beschlossen worden sind und wenn es unterschiedliche Kräfte in der Partei gibt, von denen nur einige verfassungsfeindlich sind.

III. Verdachtsfälle / Parteien mit teils verfassungsfeindlichen und teils verfassungsmäßigen Strömungen

1. Beamte

Wie schon gesagt, ist allein der Umstand, dass der Verfassungsschutz eine politische Partei als Verdachtsfall einstuft, für ihre Mitglieder disziplinarrechtlich irrelevant. Kein Beamter oder Angestellter darf allein wegen seiner Mitgliedschaft in einer solchen Partei entlassen werden, auch dann nicht, wenn er sich aktiv in der Partei betätigt – vorausgesetzt natürlich, dass er nicht persönlich verfassungsfeindliche Äußerungen abgibt oder andere verfassungsfeindliche Handlungen vornimmt.

Das bedeutet freilich nicht, dass Beamte, die Mitglieder in einer vom Verfassungsschutz aufgrund von Anhaltspunkten für verfassungsfeindliche Bestrebungen beobachteten Partei sind, mit ihrem Dienstherrn keine Schwierigkeiten bekommen können. Es ist möglich, dass ein Beamter bereits wegen seiner Mitgliedschaft in einer lediglich als Verdachtsfall eingestuften Partei disziplinarisch belangt wird. Das ist zwar rechtswidrig, aber der Beamte muss sich dann im Disziplinarverfahren verteidigen, was nicht nur zeitraubend, sondern meistens auch psychisch belastend ist.

Allen Beamten, die Mitglied einer vom Verfassungsschutz beobachteten Partei sind, ist dringend zu raten, dass sie sich innerparteilich klar gegen Tendenzen abgrenzen, die sie als verfassungsfeindlich erkennen. Was die Verfassungsschutzbehörde als verfassungsfeindliche Tendenzen in der Partei ansieht, wird sich in der Regel aus dem Verfassungsschutzbericht

⁶⁸ S.o. Fn. 62, 64.

ergeben. Ein Beamter, der innerhalb einer solchen Partei sich für einen verfassungsmäßigen Kurs einsetzt, braucht im Ergebnis nicht seine Entfernung aus dem Dienst (oder andere Disziplinarmaßnahmen) zu befürchten (zu anderen möglichen Nachteilen s.u. D.III.3.).

Das ist, soweit ich sehe, auch der Stand der Rechtsprechung.

In einem Verfahren, in dem es darum ging, dass zwei Soldaten angeschuldigt wurden, durch Betätigung in der Partei DIE REPUBLIKANER (REP) ihre Pflicht zur Verfassungstreue verletzt zu haben, entschied das Bundesverwaltungsgericht, dass die Soldaten ihre Treuepflicht nicht verletzt hätten, obwohl die REP damals vom Verfassungsschutz beobachtet und im Verfassungsschutzbericht als rechtsextremistisch bezeichnet wurden. Entgegen der Wertung des Verfassungsschutzes kam das Bundesverwaltungsgericht zu der Auffassung, dass eine verfassungsfeindliche Grundtendenz der REP nicht erwiesen sei. Es gebe innerhalb der REP zwar Personen, deren Äußerungen Anhaltspunkte für verfassungsfeindliche Bestrebungen böten. Jedoch sei eine verfassungsfeindliche Grundtendenz der Gesamtpartei nicht nachzuweisen⁶⁹. Ein Leitsatz der Entscheidung lautet:

»Gibt es in einer politischen Partei zwei unterschiedliche Hauptströmungen, von denen die eine Richtung durch die Bundesführung der Partei einschließlich ihres Vorsitzenden bestimmt wird und die im angeschuldigten Zeitraum in ihrem Kern eher gemäßigt, jedenfalls nicht als rechtsextremistisch einzustufen ist, so kann noch nicht von einer verfassungsfeindlichen Zielsetzung der Gesamtpartei ausgegangen werden.«⁷⁰

Wenn eine Partei im ganzen verfassungsfeindliche Bestrebungen verfolgt, dann – so das Bundesverwaltungsgericht – sei es disziplinarrechtlich unerheblich, ob der Soldat selbst innerhalb dieser Partei verfassungskonforme Ziele verfolgt. Anders sei es aber dann, wenn ein Soldat sich in einer Partei, in der sich Anhaltspunkte für verfassungsfeindliche Tendenzen zeigen, noch mit Aussicht auf Erfolg dafür einsetzt, dass diese ernsthaft und nachhaltig unterbunden werden⁷¹.

Ebenso hatte dies zuvor schon der Verwaltungsgerichtshof Kassel beurteilt:

»Setzt sich ein Beamter in einer Partei, die in der Gefahr steht, insgesamt in die Verfassungsfeindlichkeit abzugleiten, dafür ein, daß die verfassungsfeindlichen Tendenzen auf Dauer nachhaltig unterbunden werden, so stellt das Verbleiben des Beamten in dieser Partei dann keinen Verstoß gegen die politische Treuepflicht des Beamten i.S. von § 67 II HessBG dar, wenn seine Bemühungen noch Aussicht auf Erfolg haben und der sich verfassungstreu gebende Flügel der Partei nicht lediglich als Tarnung für überwiegende verfassungsfeindliche Tendenzen in der Partei dient. Angesichts der grundgesetzlich (Art. 5, 9 GG) verbürgten Grundrechte der Meinungsäußerungs- und Vereinigungsfreiheit, die auch den Schutz von Art. 10 und Art. 11 EMRK genießen, gebietet die dem Beamten obliegende politische Treuepflicht nicht, eine politische Partei bereits beim Auftreten erheblicher

⁶⁹ BVerwG, Urt. v. 18.5.2001 – 2 WD 42.00, 43.00 – BVerwGE 114, 258 (262, 268 ff., 289).

⁷⁰ BVerwG, Urt. v. 18.5.2001 – 2 WD 42.00, 43.00 – BVerwGE 114, 258 (259 LS 6.).

⁷¹ BVerwG, Urt. v. 18.5.2001 – 2 WD 42.00, 43.00 – BVerwGE 114, 258 (266 f.) m. Hinw. auf HessVGH, Beschl. v. 7.5.1998 – 24 DH 2498/96 – NVwZ 1999, 904.

verfassungsfeindlicher Tendenzen zu verlassen. Vielmehr hat der Beamte das Recht, für den Erhalt der freiheitlich-demokratischen Grundordnung innerhalb der Partei, der er angehört, zu kämpfen, solange greifbare Aussicht auf durchgreifenden Erfolg besteht. Abgesehen von der grundrechtlichen Verbürgung der Meinungsäußerungs- und Vereinigungsfreiheit entspricht dies auch in institutioneller Hinsicht dem Gemeinwohl. Denn es liegt im Interesse des freiheitlichen und demokratischen Gemeinwesens, daß die für den Bestand der freiheitlichen und demokratischen Grundordnung eintretenden Kräfte in einer politischen Partei diese Partei bei Auftreten verfassungsfeindlicher Tendenzen nicht kampflös ihren verfassungsfeindlich gesinnten Widersachern überlassen, sondern die Partei insgesamt für das demokratische Gemeinwesen zurückgewinnen.«⁷²

Dass die REP damals vom Hessischen Verfassungsschutz beobachtet und im Verfassungsschutzbericht als rechtsextremistisch eingeordnet wurden, war für den VGH kein Grund, ein Dienstvergehen des Beamten, der in den REP als Landesvorsitzender tätig war, zu bejahen⁷³.

Wenn jedoch die Verfassungsfeindlichkeit einer Partei höchstrichterlich – allgemein oder jedenfalls für die überwiegenden Teile der Partei – festgestellt worden sei, stelle das bewusste Verbleiben des Beamten in dieser Partei in der Regel einen disziplinarrechtlich zu ahndenden Treueverstoß dar, der auch nicht durch ein dann wenig aussichtsreiches Eintreten für die freiheitliche demokratische Grundordnung innerhalb der Partei gerechtfertigt werden könne⁷⁴.

Im Sinne der zitierten Entscheidungen auch das Verwaltungsgericht Münster:

»Zwar verletzt ein Beamter seine politische Treuepflicht, wenn er sich durch die Übernahme von Parteiämtern und Kandidaturen in einer Partei aktiv bestätigt, die diesen Staat, seine verfassungsmäßigen Organe oder die geltende Verfassungsordnung angreift, bekämpft und diffamiert. Dies gilt auch dann, wenn er das Programm und die Ziele der Partei nur insoweit billigt, als er sie für verfassungskonform hält (vgl. *BVerfGE* 39, 334 = *NJW* 1975, 1641 = *ZBR* 1975, 251; *BVerwGE* 76, 157 = *NJW* 1985, 503 = *NVwZ* 1985, 199 = *ZBR* 1984, 270; *OVG Münster*, Urt. v. 9.6.1988 – 3 V 6/86). Dies setzt aber voraus, dass die Verfassungsfeindlichkeit einer Partei feststeht, der Beamte dies erkannt und sich dessen ungeachtet nicht von ihr distanziert hat.«⁷⁵

Für die REP habe die Verfassungsfeindlichkeit noch nicht festgestanden. Auch für das VG Münster kam es darauf an, dass keine gerichtlichen Erkenntnisse über die Verfassungsfeindlichkeit der REP vorlagen und dass deren Verfassungsfeindlichkeit nicht offensichtlich war⁷⁶.

⁷² *VGH Kassel*, Urt. v. 7.5.1998 – 24 DH 2498-96 – *NVwZ* 1999, 904 (906).

⁷³ Vgl. *VGH Kassel*, Urt. v. 7.5.1998 – 24 DH 2498-96 – *NVwZ* 1999, 904 ff.

⁷⁴ Vgl. *VGH Kassel*, Urt. v. 7.5.1998 – 24 DH 2498-96 – *NVwZ* 1999, 904 (906 f.).

⁷⁵ *VG Münster*, Urt. v. 10.1.2000 – 13 K 2301/97 – *NVwZ* 2000, 709 f.; ebenso *VG Münster*, Beschl. v. 24.2.1995 – 15 K 4889/94 – *DVBl.* 1995, 630 (631).

⁷⁶ *VG Münster*, Urt. v. 10.1.2000 – 13 K 2301/97 – *NVwZ* 2000, 710; ebenso schon *VG Münster*, 24.2.1995 – 15 K 4889/94, *DVBl.* 1995, 630 (631).

Das Bundesverfassungsgericht hat in anderem Kontext darauf hingewiesen, dass „ein parteipolitisches Engagement, das seinerseits auf dem Boden der freiheitlichen demokratischen Grundordnung steht, diese stärkt“. Dies gelte „auch und gerade dann, wenn es in einer Partei stattfindet, in der unterschiedliche Kräfte und Strömungen miteinander um Einfluss ringen.“ Mit „unterschiedlichen Kräften und Strömungen“ waren verfassungskonforme und verfassungsfeindliche gemeint⁷⁷. Wenn dies so richtig ist, muss es auch für das parteipolitische Engagement von Beamten gelten.

Solange also sich eine verfassungsfeindliche Grundtendenz in einer Partei noch nicht eindeutig durchgesetzt hat und Mitglieder mit Aussicht auf Erfolg für eine verfassungsmäßige Ausrichtung der Partei kämpfen können, ist die Mitgliedschaft und Betätigung innerhalb dieser Partei für Beamte und Soldaten nach dieser Rechtsprechung kein Dienstvergehen. Wenn es aber relevante Kräfte innerhalb dieser Partei gibt, die verfassungsfeindliche Bestrebungen verfolgen, müssen Beamte und Soldaten sich von diesen Tendenzen abgrenzen und innerparteilich sich dafür einsetzen, dass die Partei auf einem verfassungsmäßigen Kurs bleibt beziehungsweise wieder dahin zurückfindet⁷⁸. Sie sollten ihre diesbezüglichen Bemühungen dokumentieren, um in einem eventuellen Disziplinarverfahren den Beweis führen zu können, dass sie sich innerparteilich für die freiheitliche demokratische Grundordnung engagiert haben. Funktionsträger sollten auch bei öffentlichen Auftritten deutlich für einen verfassungsmäßigen Kurs und gegen verfassungsfeindliche Tendenzen Stellung nehmen.

2. Angestellte

Angestellte können – wie oben (C.III.2.) gezeigt – wegen Mitgliedschaft in einer verfassungsfeindlichen Partei nicht ohne weiteres entlassen werden. Ihre mangelnde Verfassungstreue muss vielmehr durch zusätzliche persönliche Umstände festgestellt werden. Wenn die Verfassungsfeindlichkeit einer Partei nicht feststeht, sondern lediglich Anhaltspunkte für den Verdacht bestehen, dass die Partei verfassungsfeindliche Ziele verfolgt, beziehungsweise wenn es in der Partei unterschiedliche Strömungen gibt, von denen jedenfalls eine relevante Strömung verfassungsmäßig ist, dann ist eine Kündigung erst recht nicht allein wegen Mitgliedschaft und Betätigung in dieser Partei zulässig. Eine Kündigung wegen mangelnder Verfassungstreue kommt in dieser Konstellation nur in Betracht, wenn dem Angestellten nachgewiesen werden kann, dass er gerade eine verfassungsfeindliche Strömung innerhalb dieser Partei unterstützt⁷⁹.

⁷⁷ BVerfG, Beschl. v. 17.9.2013 – 2 BvR 2436/10 u.a. – Rn. 141 – Ramelow.

⁷⁸ Vgl. auch *Battis* (Fn. 2), § 7 Rn. 19 m.w.N.; *VG Münster*, 24.2.1995 – 15 K 4889/94, DVBl. 1995, 630 (631).

⁷⁹ Sogar im Falle der Mitgliedschaft in einer Partei, die eindeutig verfassungsfeindliche Bestrebungen verfolgt (DKP), hat das BAG entschieden, dass es im Falle einer Kündigung dem öffentlichen Arbeitgeber obliege, darzulegen, dass der dieser Partei angehörende Arbeitnehmer nicht lediglich verfassungsmäßige tagespolitische Aktivitäten in der Partei entfalte, sondern sich für die langfristigen verfassungsfeindlichen Ziele der Partei einsetze oder persönlich die freiheitliche demokratische Grundordnung angegriffen oder in Frage gestellt habe, Urt. v. 28.9.1989 – 2 AZR 317/86 – AP KSchG 1969 § 1 Nr. 24 B.I.4.c) bb).

3. Zugang zum öffentlichen Dienst / Eignungsbeurteilung bei Beamten

a) Eignung von Bewerbern um eine Stelle im öffentlichen Dienst

Wie oben schon dargelegt (C.I.), unterscheiden sich die rechtlichen Maßstäbe, nach denen entschieden wird, ob ein Bewerber die Voraussetzung für den Zugang zum öffentlichen Dienst erfüllt, von den Maßstäben, nach denen ein Dienstvergehen festgestellt wird. Während ein Dienstvergehen in unserem Zusammenhang eine konkrete Verletzung der Verfassungstreuepflicht voraussetzt, genügen für die Ablehnung eines Bewerbers um eine Stelle im öffentlichen Dienst begründete Zweifel an seiner Verfassungstreue. Daher fragt sich, ob sich solche Zweifel bereits daraus ergeben können, dass der Bewerber Mitglied einer Partei ist, die vom Verfassungsschutz beobachtet wird.

Die Beobachtung einer Partei durch den Verfassungsschutz setzt voraus, dass es hinreichend gewichtige tatsächliche Anhaltspunkte dafür gibt, dass diese Partei verfassungsfeindliche Bestrebungen verfolgt (z.B. § 8 Abs. 1 i.V.m. §§ 3, 4 Abs. 1 Satz 3 BVerfSchG). Wenn es innerhalb einer Partei solche Bestrebungen gibt, erscheint es als möglich, dass der Beamte beziehungsweise der Angestellte als Mitglied dieser Partei diese Bestrebungen fördert. Dies kann Zweifel an seiner Verfassungstreue begründen⁸⁰. Das Bundesverwaltungsgericht hat allerdings gesagt, das aktive Eintreten für eine Partei, die nicht nur verfassungsfeindliche, sondern „in nicht nur untergeordnetem Maße“ auch verfassungsmäßige Ziele verfolgt, könne zunächst in der Regel nur Anlass zu weiteren Ermittlungen des Dienstherrn geben und nur unter Berücksichtigung weiterer Verhaltensweisen des Beamtenbewerbers Zweifel rechtfertigen⁸¹. Wie immer man dies sieht – auf jeden Fall darf, wie oben dargelegt (C.II.1.), die Einstellungsbehörde ihre Beurteilung nicht allein auf die Mitgliedschaft in der Partei stützen, sondern diese darf nur ein Beurteilungselement unter anderen sein. Der Bewerber hat es also selbst in der Hand, die Zweifel auszuräumen. Dies kann er insbesondere dadurch tun, dass er darlegt, er setze sich innerhalb der Partei für einen verfassungskonformen Kurs ein und kritisiere die verfassungsfeindlichen Tendenzen. Wenn er dies tut, ist die Mitgliedschaft und Mitarbeit in der Partei kein Einstellungshindernis.

Dies gilt entsprechend auch für Angestellte, die einer „gesteigerten Loyalitätspflicht“ unterliegen. Für Angestellte mit „einfacher Loyalitätspflicht“⁸² ist sogar die Mitgliedschaft in einer erwiesenermaßen verfassungsfeindlichen Partei irrelevant. Bewerber um eine solche Stelle dürfen hiernach gar nicht gefragt werden. Sind sie Mitglied in einer Partei, deren Verfassungsfeindlichkeit nach Einschätzung des Verfassungsschutzes nicht erwiesen ist, sondern die aufgrund tatsächlicher Anhaltspunkte für verfassungsfeindliche Bestrebungen beobachtet wird, ist dies erst recht kein Grund, die Bewerbung abzulehnen.

⁸⁰ Vgl. z.B. *OVG Koblenz*, Urt. v. 13.2.1998 – 2 A 10161/97 – NVwZ 1998, 874 f.

⁸¹ *BVerwG*, Urt. v. 27.11.1980 – 2 C 38/79 = BVerwGE 61, 176 = juris Rn. 32.

⁸² Zur funktionsbezogenen Differenzierung der Loyalitätspflicht von Angestellten und den daraus von der Rspr. gezogenen Folgerungen s.o. C.II.3., C.III.2.

b) Eignung von Beamten auf Probe und Beamten auf Widerruf

Beamte auf Probe dürfen nicht in das Beamtenverhältnis auf Lebenszeit berufen werden, wenn sie nicht die Voraussetzungen des § 7 BBG erfüllen, insbesondere nicht (mehr) die Gewähr dafür bieten, jederzeit für die freiheitliche demokratische Grundordnung einzutreten. Sie sind dann zu entlassen. Die Entlassung setzt nicht voraus, dass sie ein Dienstvergehen begangen haben; es reicht aus, dass der Dienstherr begründete Zweifel an der Eignung hat. Diese Zweifel können sich nach der Rechtsprechung bereits daraus ergeben, dass der Beamte Mitglied einer Partei ist, die vom Verfassungsschutz beobachtet wird (s.o. C.II.2.a).

Wie bei der Beurteilung von Beamtenbewerbern darf die Behörde, die über die Bewährungsbeurteilung eines Probebeamten entscheidet oder aus anderen Gründen die Eignung des Probebeamten überprüft, ihre Beurteilung aber nicht allein auf die Mitgliedschaft in der Partei stützen, sondern diese darf nur ein Beurteilungselement unter anderen sein. Der Probebeamte hat es daher selbst in der Hand, die Zweifel an seiner Verfassungstreue auszuräumen. Dies kann er insbesondere dadurch tun, dass er darlegt, er setze sich innerhalb der Partei für einen verfassungskonformen Kurs ein und kritisiere die verfassungsfeindlichen Tendenzen, die es in dieser Partei gibt.

Entsprechendes gilt für Beamte auf Widerruf: Sie können bei begründeten Zweifeln an ihrer Verfassungstreue entlassen werden, können diese Zweifel aber ebenso wie Probebeamte ausräumen.

c) Eignung von Beamten für bestimmte Funktionen oder Laufbahnen

Die Mitgliedschaft in einer vom Verfassungsschutz beobachteten Partei kann sich auch auf Lebenszeitbeamte (die durch ihre Mitgliedschaft kein Dienstvergehen begehen, s.o. D.III.1.), nachteilig auswirken, nämlich zum Beispiel dann, wenn sie sich um den Laufbahnaufstieg bewerben. Auch dort reichen nach der Rechtsprechung Zweifel an der Verfassungstreue aus, um die Eignung zu verneinen⁸³. Das OVG Koblenz hat solche Zweifel allein darauf gegründet, dass das Bundesamt für Verfassungsschutz der Auffassung war, Anhaltspunkte für rechtsextremistische Bestrebungen in der Partei „Die Republikaner“ hätten sich 1994 „verdichtet“⁸⁴. Mit dieser Formulierung behandelte der Verfassungsschutz die REP immer noch als Verdachtsfall und nicht als Fall erwiesener Verfassungsfeindlichkeit, auch wenn sich aufgrund vieler Anhaltspunkte der Verdacht verfestigt hatte. Das reichte dem OVG, um die Eignung eines REP-Mitglieds für den Laufbahnaufstieg zu verneinen, da dieser sich gegen verfassungsfeindliche Äußerungen, wie sie im Verfassungsschutzbericht als

⁸³ Vgl. *OVG Koblenz*, Urt. v. 13.2.1998 – 2 A 10161/97 – NVwZ 1998, 874 f.; dazu bereits oben C.II.2.b).

⁸⁴ VSB 1994, S. 136.

Anhaltspunkte für die Verfassungsfeindlichkeit der REP genannt wurden, „nicht nach außen erkennbar klar abgegrenzt“ habe⁸⁵.

Auch wenn es um die Verwendung eines Beamten oder Soldaten für eine bestimmte Funktion geht, reichen Zweifel an der Verfassungstreue aus, um die Eignung zu verneinen. So wurde ein Offizier wegen seiner Mitgliedschaft bei den REP von seiner Tätigkeit in der Hörfunkredaktion einer Rundfunkkompanie entbunden und versetzt. Das Bundesverwaltungsgericht sah dies als rechtmäßig an:

»Wird eine Partei [...] von Verfassungsschutzämtern nachrichtendienstlich beobachtet, reicht dies bei entsprechenden Feststellungen aus, um für den militärischen Vorgesetzten Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit dieser Partei zu begründen. Nach insoweit nahezu einhelliger Auffassung der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung liegen in Bezug auf die Partei Die Republikaner tatsächliche Anhaltspunkte für Bestrebungen gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung im Sinne des Grundgesetzes vor⁸⁶. Allein aus der Tatsache der Beobachtung der Partei durch Verfassungsschutzämter ergeben sich hinreichende Anhaltspunkte für Zweifel an ihrem uneingeschränkten Eintreten für die freiheitliche demokratische Grundordnung. Dies durfte der Bundesminister der Verteidigung bei seiner Entscheidung berücksichtigen, wobei es keines Nachweises bedarf, dass der Antragsteller selbst Bestrebungen gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung mitgetragen oder unterstützt hat.«⁸⁷

Der Soldat hätte bei Zugrundelegung der sonstigen Rechtsprechung diese Zweifel an seiner Verfassungstreue zerstreuen können, wenn er dargelegt hätte, dass er sich von verfassungsfeindlichen Bestrebungen innerhalb der REP distanziert und für eine verfassungsmäßige Ausrichtung der Partei eintritt. Dies hat er anscheinend nicht getan⁸⁸.

Nur kurz hingewiesen sei darauf, dass die Einstufung eines Soldaten als Sicherheitsrisiko nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts auf den Umstand gestützt werden kann, dass er Mitglied einer Partei ist, die vom Verfassungsschutz beobachtet wird. Die Einstufung als Sicherheitsrisiko erfolge, wenn tatsächliche Anhaltspunkte Zweifel am Bekenntnis des Soldaten zur freiheitlichen demokratischen Grundordnung begründen. Solche Zweifel ergeben sich nach Ansicht des Gerichts aus der Mitgliedschaft in einer vom Verfassungsschutz beobachteten Partei „nicht gleichsam zwangsläufig“, aber sie ergeben sich dann, wenn die Tätigkeit des Soldaten in dieser Partei „von solchem Gewicht ist, dass die Zweifel an der betreffenden Partei [...] zugleich Zweifel in bezug auf die Person des Soldaten begründen“. Dies hat das Bundesverwaltungsgericht im konkreten Fall bejaht, weil der Soldat in der Partei (REP) „in herausgehobener Funktion“ – nämlich als Kreisvorsitzender (!) – tätig war. Die

⁸⁵ OVG Koblenz, Urt. v. 13.2.1998 – 2 A 10161/97 – NVwZ 1998, 875.

⁸⁶ M. Hinw. auf VGH München, NJW 1994, 748; OVG Münster, NVwZ 1994, 588; VGH Mannheim, NVwZ 1994, 794; OVG Koblenz, Beschl. v. 4. 7. 1995 – 12 B 10367/94 und NVwZ 1998, 874 (875); OVG Lüneburg, Urt. v. 26. 6. 1997 - 13 L 838/95 und VGH Kassel, NVwZ 1999, 904 (905) m.w.N.

⁸⁷ BVerwG, Beschl. v. 14.9.1999 – 1 WB 40, 41 und 42/99, NVwZ 2000, 80 f.

⁸⁸ Das BVerwG stellt nur fest, der Soldat habe es „ausdrücklich abgelehnt, sich inhaltlich von den Zielen der Partei zu distanzieren“, ohne zwischen verfassungsmäßigen und verfassungsfeindlichen Zielen zu unterscheiden, NVwZ 2000, 80 (81).

Zweifel an der Verfassungsfeindlichkeit der REP entnimmt das Bundesverwaltungsgericht dem Umstand, dass die Partei vom Verfassungsschutz beobachtet wird⁸⁹, und auf diese Zweifel stützt es die Zweifel an der Verfassungstreue des Parteimitglieds⁹⁰. Auch in diesem Fall hatte der Soldat sich anscheinend nicht klar von verfassungsfeindlichen Bestrebungen innerhalb der REP distanziert⁹¹.

Diese Rechtsprechung erscheint mir als höchst problematisch. Auch bei derartigen Eignungsentscheidungen darf nicht schematisch auf die Parteizugehörigkeit und die Betätigung innerhalb der Partei abgestellt werden. Dies gilt ganz besonders dann, wenn nicht die Partei im ganzen verfassungsfeindlich ist, sondern nur einige Kräfte innerhalb der Partei als verfassungsfeindlich anzusehen sind. In diesem Fall müsste es ausreichen, dass der Beamte darlegt, sich nur mit verfassungsmäßigen Zielen der Partei – wie sie im Parteiprogramm formuliert sind – und nicht mit verfassungsfeindlichen Äußerungen von Parteimitgliedern und -funktionären zu identifizieren. Die Eignungsprognose ohne Rücksicht auf das individuelle Verhalten des Soldaten beziehungsweise des Beamten abzugeben, ist mit seinen Grundrechten nicht vereinbar.

⁸⁹ Freilich mit dem Hinweis, dass die Rechtmäßigkeit der Beobachtung bereits durch mehrere Oberverwaltungsgerichte beziehungsweise Verwaltungsgerichtshöfe für rechtmäßig erachtet worden sei.

⁹⁰ *BVerwG*, Beschl. v. 13.10.1998 – 1 WB 86–97 – NVwZ 1999, 299.

⁹¹ Das *BVerwG* sagt dazu lediglich, dass der Offizier sich durch die REP vertreten sehe und sich auch im wesentlichen mit den Zielen dieser Partei identifiziere, ohne darzulegen, ob mit den Zielen die im Parteiprogramm ausgedrückten Ziele gemeint sind, oder auch all das, was im Verfassungsschutzbericht als Anhaltspunkte für verfassungsfeindliche Ziele genannt ist, NVwZ 1999, 299 (300).

E. Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse

1. Allein aus dem Grund, dass die politische Partei, der sie angehören, vom Verfassungsschutz beobachtet wird, können Beamte, Soldaten und Angestellte des öffentlichen Dienstes nicht entlassen beziehungsweise aus dem Beamtenverhältnis oder aus dem Dienst entfernt oder gekündigt werden.
2. Wird eine politische Partei vom Verfassungsschutz beobachtet, ist sie zunächst ein „Verdachtsfall“: Die Verfassungsschutzbehörde sieht tatsächliche Anhaltspunkte für verfassungsfeindlichen Bestrebungen. In einer solchen Situation gilt für Beamte und Angestellte folgendes: Ein Beamter verletzt nicht seine Verfassungstreuepflicht, wenn er als Mitglied in der Partei tätig bleibt, sofern er sich für eine verfassungsmäßige Ausrichtung der Partei einsetzt und sich von den verfassungsfeindlichen Bestrebungen innerhalb der Partei distanziert. Disziplinarmaßnahmen wegen aktiver Betätigung in einer solchen Partei hat ein Beamter dann nicht zu befürchten. Dies gilt jedenfalls, solange verfassungsmäßige Kräfte innerhalb der Partei die Oberhand haben oder sich jedenfalls noch mit Aussicht auf Erfolg für einen verfassungsmäßigen Kurs der Partei einsetzen können.
3. Erst wenn sich herausstellt, dass eine Partei tatsächlich verfassungsfeindliche Bestrebungen verfolgt und dies durch Gerichtsurteil festgestellt worden ist, müssen Beamte die Partei verlassen, wenn sie Disziplinarmaßnahmen vermeiden wollen. Dies setzt voraus, dass sich in der Partei eine verfassungsfeindliche Grundtendenz so klar durchgesetzt hat, dass es als aussichtslos erscheint, sich innerhalb der Partei für einen verfassungsmäßigen Kurs einzusetzen.
4. Falls eine Partei, in der es zunächst noch relevante verfassungsmäßige Kräfte gegeben hat, sich dahin entwickelt, dass sie insgesamt verfassungsfeindliche Bestrebungen verfolgt, sind Disziplinarmaßnahmen gegen Beamte möglich, wenn die Verfassungsfeindlichkeit der Partei (nicht lediglich die Rechtmäßigkeit ihrer Beobachtung durch den Verfassungsschutz) gerichtlich festgestellt worden ist (und nicht lediglich vom Verfassungsschutz behauptet wird). Wenn es zu einer gerichtlichen Feststellung der Verfassungsfeindlichkeit der Partei kommt, ist das Engagement des Beamten in der Partei *vor* dieser gerichtlichen Feststellung ist kein Dienstvergehen, sofern der Beamte von der Verfassungsmäßigkeit der Partei überzeugt war und sich selbst nur für verfassungsmäßige Ziele eingesetzt hat.
5. Entsprechendes gilt für Angestellte. Eine Kündigung wegen Mitgliedschaft in einer vom Verfassungsschutz beobachteten Partei ist bei solchen Angestellten, für die nicht die „gesteigerte“, sondern nur die sogenannte „einfache“ Loyalitätspflicht gilt, sogar noch schwerer möglich als die Entfernung von Beamten aus dem Beamtenverhältnis. Für alle Angestellten gilt, dass sie jedenfalls dann keine Kündigung zu befürchten brauchen, wenn sie sich innerhalb der Partei für verfassungsmäßige Ziele einsetzen und sich von verfassungsfeindlichen Bestrebungen distanzieren.

6. Schon die Beobachtung einer Partei durch den Verfassungsschutz kann sich nachteilig in bezug auf alle Eignungsbeurteilungen auswirken. Aus der Beobachtung einer Partei durch den Verfassungsschutz kann die Behörde, die über die Einstellung von Beamten, über die Berufung in das Beamtenverhältnis auf Lebenszeit, über einen Laufbahnaufstieg oder z.B. über die Verwendung des Beamten für eine bestimmte Funktion entscheidet, Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit der Partei und deshalb indirekt Zweifel an der Verfassungstreue des Beamten ableiten – so jedenfalls die (nicht ganz einheitliche) Rechtsprechung. Der Beamte beziehungsweise der Beamtenbewerber hat aber die Möglichkeit, diese Zweifel auszuräumen, indem er zeigt, dass er sich innerhalb der Partei für einen verfassungsmäßigen Kurs einsetzt und sich von verfassungsfeindlichen Kräften distanziert. Können die Zweifel nicht aufgrund solcher individuellen Umstände ausgeräumt werden, fehlt es an der Eignung für das jeweilige Amt oder die jeweilige Funktion mit der Folge, dass
 - der Bewerber um eine Stelle im öffentlichen Dienst abgelehnt wird,
 - ein Probebeamter nicht zum Beamten auf Lebenszeit ernannt, sondern entlassen wird,
 - einem Beamten der Laufbahnaufstieg versagt wird,
 - oder z.B. ein Offizier versetzt wird.

7. Jedem Beamten, Soldaten oder Angestellten im öffentlichen Dienst muss daher dringend geraten werden, sich im Falle der Beobachtung seiner Partei durch den Verfassungsschutz von verfassungsfeindlichen Kräften innerhalb der Partei entschieden abzugrenzen und sich für eine verfassungsmäßige Ausrichtung der Partei einzusetzen. Die entsprechenden Bemühungen (Anträge, Redebeiträge, Eingaben an den Vorstand usw.) sollten möglichst dokumentiert werden, so dass gegebenenfalls ein Nachweis gegenüber dem Dienstherrn oder gegenüber Gerichten möglich ist. Funktionsträger sollten auch bei öffentlichen Auftritten deutlich für einen verfassungsmäßigen Kurs und gegen verfassungsfeindliche Tendenzen Stellung nehmen.