

Bedarf es einer Kodifizierung des materiellen Disziplinarrechts?

Dr. Andreas Trupp, Fachhochschule der Polizei des Landes Brandenburg

I. Der Begriff des „materiellen Disziplinarrechts“

Unter dem Begriff „materielles Disziplinarrecht“ sollen diejenigen Rechtssätze zusammengefasst werden, die auf der Tatbestandsseite die schuldhafte Verletzung einer ganz bestimmten Dienstpflicht, auf der Rechtsfolgeseite den Rahmen der (vom Dienstvorgesetzten bzw. vom Disziplinargericht) festzusetzenden Disziplinarmaßnahme enthalten. Das geltende Beamten- und Disziplinarrecht des Bundes und der Länder verfügt bekanntlich über keinen einzigen positivierten Rechtssatz dieser Art. Statt dessen finden sich in den Beamtenetzen einige wenige, generalklauselmäßig formulierte Dienstpflichtenregelungen (wie z.B. die Pflicht zum innerdienstlichen und außerdienstlichen Wohlverhalten), die zudem darauf verzichten, eine Rechtsfolge für den Fall der Zuwiderhandlung zu normieren.

II. Das Verhältnis von Disziplinarrecht und Strafrecht

Dieser Zustand hat in der Vergangenheit erstaunlich wenig Kritik hervorgerufen. Dabei müsste man sich lediglich einen Moment lang vorstellen, das Strafgesetzbuch wäre durch eine einzige Rechtsnorm ersetzt, die vom Bürger innerhalb und außerhalb seiner Wohnung „Wohlverhalten“ verlangt und es dabei dem Strafgericht überlässt, einerseits das „Wohlverhalten“ zu konkretisieren, andererseits die Rechtsfolge einer Zuwiderhandlung aus dem Gesamtkatalog der zur Verfügung stehenden Strafen frei zu bestimmen. Es bedürfte keiner umfänglichen rechtlichen Ausführungen, um einen solchen Zustand als nicht rechtsstaatsgemäß zu qualifizieren.

1. Gibt es einen maßgeblichen Unterschied zwischen dem Strafrecht und dem Disziplinarrecht? In jedem Fall gäbe es einen solchen Unterschied dann nicht, wenn das Disziplinarrecht bei materieller Betrachtung nichts anderes als ein Sonderstrafrecht für Amtsträger wäre. Dies wird bekanntlich von Rechtsprechung und Literatur bestritten. Ein maßgeblicher Unterschied soll darin liegen, dass die Disziplinarmaßnahme nicht Ausdruck der Verletzung eines ethischen Mindestbestandes gesellschaftlicher Verhaltensnormen sei und somit nicht auf ein künftig „besseres“ Verhalten in der Gesellschaft insgesamt, sondern allein im dienstlichen Bereich abziele.¹

Nach diesem Kriterium wäre -entgegen der tatsächlichen Rechtslage- auch das Ordnungswidrigkeitenrecht (und nicht bloß das Disziplinarrecht) vom Straf- und Strafverfahrensrecht völlig losgelöst, da im Bußgeldverfahren -genauso wenig wie im Disziplinarverfahren- keineswegs der Vorwurf der Nichtbeachtung ethischer Mindeststandards erhoben wird. Die erstrebte Verhaltensänderung ist im Ordnungswidrigkeitenverfahren zwar -im scheinbaren Gegensatz zum Disziplinarrecht- vordergründig auf das Verhalten in der Gesellschaft *insgesamt* bezogen, aber eben nur vordergründig. In Wahrheit sind die erstrebten Verhaltensänderungen sowohl im Strafrecht als auch im Ordnungswidrigkeitenrecht und im Disziplinarrecht immer jeweils auf ein

¹ Siehe BVerfG NJW 1967, 1651, 1652; BVerfGE 32, 40, 48

Segment des Verhaltens in der Gesellschaft gerichtet. Der Dieb soll nicht mehr stehlen, der Temposünder nicht mehr zu schnell fahren, der betrunken zum Dienst erscheinende Beamte soll künftig nüchtern sein. Eine solche Zurückhaltung hat ihren Grund in folgendem: Dem überführten Ladendieb kann im Strafverfahren nicht unterstellt werden, er habe durch sein Verhalten gleichzeitig eine Propensität zur Begehung von Morden, Körperverletzungen oder zu Tätigkeiten für ausländische Geheimdienste offenbart. Die festzusetzende Strafe und Nebenfolge hat sich demnach allein daran zu orientieren, welche Mittel erforderlich sind, *die Wiederholung von Taten der begangenen Art* zu verhindern.

Für das Ordnungswidrigkeitenrecht und das Disziplinarrecht gilt nichts anderes, selbst wenn das Institut der „Einheit des Dienstvergehens“ mehrere selbständige Handlungen zu einem einzigen Dienstvergehen zusammenfasst. Denn eine solche Zusammenfassung unterstellt die Existenz relevanter Gemeinsamkeiten der verschiedenen Handlungen, so z.B. Unbeherrschtheit, Labilität oder Gewinnsucht als einheitliche Grundlage der verschiedenen Pflichtverletzungen. Nicht *sämtliche denkbaren* Persönlichkeitsdefizite sollen durch die Disziplinarmaßnahme behoben werden, sondern nur diejenigen, die sich durch pflichtwidrige Handlungen offenbart haben.

Die Unzulänglichkeit des von der Rechtsprechung aufgestellten Unterscheidungskriteriums wird besonders deutlich, wenn es um die Einordnung der im StGB zu findenden *Amtsdelikte* geht. Obwohl diese ebenso auf eine Verhaltensmodifikation allein im Bereich des öffentlichen Dienstes zugeschnitten sind wie die klassischen, dem materiellen Disziplinarrecht angehörenden Dienstvergehen, besitzen sie dennoch unbestritten den Charakter von Normen des *Strafrechts*.

2. Lehnt man die beschriebene (materielle) Unterscheidung zwischen Strafrecht und Disziplinarrecht allein schon wegen der genannten Unzulänglichkeit ab - und sieht man statt dessen das begriffliche Wesen einer Strafe im materiellen Sinne in der Zufügung eines Übels zur Bekämpfung der *abstrakten* Gefahr eines künftigen Regelverstoßes (die durch ein früheres, schuldhaftes Verhalten des Betroffenen geschaffen worden ist), so ist auch das Disziplinarrecht Teil des Strafrechts im materiellen Sinne.

Nach dieser Sicht der Dinge ist die Festsetzung und Beitreibung eines *Zwangsgeldes* gegenüber einem Ruhestörer (der einer Unterlassungspflicht nicht nachgekommen ist) durch die Ordnungsbehörde deshalb *keine* Bestrafung im materiellen Sinne, weil die *konkrete*, d.h. auf Grund bestimmter Tatsachen in nächster Zukunft (in einem polizeirechtsspezifischen Zeitraum von höchstens mehreren Wochen) zu befürchtende Wiederholung der Ruhestörung verhindert werden soll. Mit dem *Bußgeld* wird demgegenüber die bloß *abstrakte* Gefahr einer Wiederholung bekämpft, die zu irgendeinem Zeitpunkt in der Zukunft stattfinden könnte. Aus diesem Grunde stellt das Bußgeld eine Strafe im materiellen Sinne dar.

Für das Disziplinarrecht gilt nichts anderes. Es geht darum, eine *zu einem beliebigen Zeitpunkt* stattfindende Wiederholung von Pflichtverletzungen durch Übelzufügung zu verhindern.

3. In der Möglichkeit des Staates, nicht bloß konkrete, sondern auch abstrakte Gefahren durch Zufügung eines Übels bekämpfen zu können, liegt aber für die Betroffenen eine erhöhte

Gefahr, Opfer einer staatlichen Überreaktion zu werden. Daher sind die prozessualen Anforderungen solcher Verfahren gegenüber regulären Verwaltungsverfahren zu verschärfen. Dies ist in der StPO geschehen. Während das Ordnungswidrigkeitengesetz völlig berechtigt die entsprechende Anwendung der StPO vorsieht, verortet das neue Disziplinarrecht des Bundes und des Landes Brandenburg das Disziplinarverfahren in der Nähe des regulären Verwaltungsverfahrens, wodurch es dem strafprozessualen Verfahren entrückt wird. Dies ist - wie gerade gezeigt wurde- sachlich nicht gerechtfertigt. Vielmehr muss das Disziplinarrecht in der Tat als ein Sonderstrafrecht für Amtsträger angesehen werden und bedarf schon aus diesem Grunde einer Kodifizierung nach den Maßstäben des StGB.

III. Die Problematik von Generalklauseln bei der Normierung von Dienstpflichten

Selbst wenn man an der kategorischen Trennung zwischen Strafrecht und Disziplinarrecht festhielte, würde sich dennoch die Frage stellen, ob bei der Anordnung einer Disziplinarmaßnahme durch den Dienstvorgesetzten oder das Disziplinargericht -angesichts der bloß generalklauselartig festgelegten Dienstpflichten- die Beachtung des Prinzips des Gesetzesvorbehaltes gewahrt wird.

1. a) Während der überwiegende Teil der Literatur und Rechtsprechung die im „Strafgefängenenurteil“ des BVerfG entwickelten Grundsätze zur Anwendbarkeit des Prinzips des Gesetzesvorbehalts (Nichtanerkennung eines „besonderen Gewaltverhältnisses“) auch auf das Beamtenverhältnis überträgt, will eine Minderheit diesen Schritt nicht vollziehen - und folglich den Bereich der Dienstpflichten selbst dann nicht dem Prinzip des Gesetzesvorbehaltes unterwerfen (so dass sich die Frage der Zulässigkeit generalklauselartig formulierter Dienstpflichten gar nicht stellt), wenn der Beamte *persönlich* von einer bestimmten Regelung betroffen wird.

Wie schon in früherer Zeit, wird dies mit zwei Argumenten begründet: Zum einen sei der Eintritt in das Beamtenverhältnis dem Betreffenden nicht aufgezwungen, sondern von ihm erstrebt worden. Daher liege insoweit keine Belastung des Beamten vor, wie die getroffenen Regelungen sich lediglich im Rahmen dessen bewegen, was nach herkömmlicher Sicht nun mal eben die dienstliche Tätigkeit des Beamten ausmacht (siehe das Votum der bei der Entscheidung BvR 1436/02 vom 24.09.2003 -“Kopftuchurteil“- unterlegenen Verfassungsrichter: *„Wer Beamter wird, stellt sich in freier Willensentschließung auf die Seite des Staates. Der Beamte kann sich deshalb nicht in gleicher Weise auf die freiheitssichernde Wirkung der Grundrechte berufen wie jemand, der nicht in die Staatsorganisation eingegliedert ist. In Ausübung seines öffentlichen Amtes kommt ihm deshalb das durch die Grundrechte verbürgte Freiheitsversprechen gegen den Staat nur insoweit zu, als sich aus dem besonderen Funktionsvorbehalt des öffentlichen Dienstes keine Einschränkungen ergeben.“*). Eine Belastung -die eine besondere Ermächtigungsgrundlage benötige- liege nur dann vor, wenn die Anordnung keinen Bezug zum Amt aufweise (z.B. die Anordnung, auf der privaten Geburtstagsparty des Vorgesetzten Getränke auszuschenken).

Zum anderen könne der Beamte sich jedenfalls dann nicht auf das Fehlen einer seine Freiheitsrechte einschränkenden Rechtsgrundlage berufen, wenn die Betätigung seiner Handlungsfreiheit gleichzeitig einen -dem Dienstherrn zuzurechnenden- Eingriff in Rechte

eines Dritten (Bürger) darstellt.

b) Nur das letztere Argument vermag zu überzeugen, ohne dass dadurch eine Ausnahme vom genannten Prinzip (wonach für Regelungen, die den Beamten persönlich treffen, eine besondere Ermächtigungsgrundlage vonnöten ist) zugestanden werden müsste oder sogar die vollständige Rückkehr zum „besonderen Gewaltverhältnis“ aufgenötigt würde: Erstens ist die Berufung des Beamten auf seine speziellen Freiheitsrechte nur in Einzelfällen gleichzeitig mit der Forderung verbunden, ohne Gesetzesgrundlage in Rechte eines Bürgers eingreifen zu dürfen. Zweitens ist der Rechtssatz: „Der Beamte darf bei seiner dienstlichen Tätigkeit keine Rechte Dritter verletzen“ bereits hinreichend präzisiert und stellt somit -egal ob als positivierte Norm oder als ungeschriebener Rechtsgrundsatz- eine rechtliche Grundlage für eine vom Dienstherrn im Einzelfall getroffene Unterlassensanordnung dar. Hinreichend präzisiert ist dieser Rechtssatz deshalb, weil er -der Natur der Sache nach- keiner weiteren Präzisierung fähig ist. Die konkreten Möglichkeiten, rechtswidrige Eingriffe vorzunehmen, sind theoretisch unbegrenzt und können nicht im voraus beschrieben werden.

Das erstere Argument ist hingegen mit aller Entschiedenheit zurückzuweisen. Seine Essenz liegt darin, den Eintritt in das Beamtenverhältnis über das Instrument der Unterwerfung im Ergebnis dem Abschluss eines Arbeitsvertrages gleichzustellen. Dies ist unzulässig. Die Rechte und Pflichten des Beamtenverhältnisses werden -wie jeder weiß- einseitig gestaltet. Sinn und Zweck dieser Einseitigkeit würden -wie sofort gezeigt werden wird- vereitelt, bezöge man das Einverständnis des Bewerbers nicht nur auf den statusbegründenden Akt der Ernennung, sondern auch auf den *Inhalt* des Dienstverhältnisses: Will man das Beamtenverhältnis (wieder) als „besonderes Gewaltverhältnis“ behandeln, verhält man sich ganz so, als ob der „Einlass Begehrende“ Zutritt zu einem Bereich erstrebe, in dem er bislang keinerlei Gestaltungsrecht besessen hätte, der ihm demnach genauso fremd gegenübersteht wie der Bereich eines ihm nicht gehörenden Unternehmens der Privatwirtschaft. Eine solche Sicht wird dem Wesen des demokratischen Staates jedoch nicht gerecht. Beschließt die Mitgliederversammlung eines Sportvereins, dass ein nicht unerheblicher Prozentsatz der Vereinsmitglieder künftig gegen Entgelt beim Verein Beschäftigung finden solle, so ist kaum anzunehmen, die Mitgliederversammlung werde die Inhaltsbestimmung der abzuschließenden Verträge allein dem Vorstand überlassen. Statt dessen werden die Mitglieder dies als eine Angelegenheit betrachten, die alle angeht. Sie werden ihren Einfluss nicht auf die Möglichkeit der Abwahl des Vorstandes beschränken, sondern werden in der Mitgliederversammlung Regeln festsetzen, die vom Vorstand auf den Einzelfall anzuwenden sind.

Nichts anderes kann für den öffentlichen Dienst gelten. Seine Ausgestaltung ist Sache aller. Die einseitige Regelungsmacht des Dienstherrn ist vor diesem Hintergrund kein Nachteil für die Gesamtheit der Bewerber, sondern deren Privileg, solange diese Regelungsmacht der Legislativen -und nicht der Exekutiven- zusteht. Nicht die einseitige Regelungsmacht des Dienstherrn beim Beamten-, Soldaten- und Richterverhältnis ist dem Grunde nach problematisch, sondern die Zurückhaltung des Gesetzgebers bei der Ausgestaltung *privatrechtlicher* Arbeitsverhältnisse im öffentlichen Dienst.

c) Ein Blick in die Vergangenheit bestätigt das gefundene Resultat. Die Preußische Verfassungsurkunde vom 31.01.1850, durch die der vordemokratische Staat Zugeständnisse

an den demokratischen Zeitgeist machen musste, bestimmt in Artikel 4 Satz 3: *„Die öffentlichen Ämter sind, unter Einhaltung der von den Gesetzen festgestellten Bedingungen, für alle dazu Befähigten gleich zugänglich.“* Die „Bedingungen“ des Eintritts in den öffentlichen Dienst sollten demnach -so der demokratische Gedanke- nicht mit dem Gutdünken der Exekutive, sondern der Legislative überlassen sein. Dies verdeutlicht die demokratische Auffassung vom öffentlichen Dienst als Domäne der *gesamten* Gesellschaft, mit der Konsequenz, auch die Ausgestaltung des Dienstrechts soweit wie möglich in den Zuständigkeitsbereich des Gesetzgebers zu legen. Folglich verlangte Artikel 98 der Preußischen Verfassungsurkunde: *„Die besonderen Rechtsverhältnisse der nicht zum Richterstand gehörenden Staatsbeamten, einschließlich der Staatsanwälte, sollen durch ein Gesetz geregelt werden, welches, ohne die Regierung in der Wahl der ausführenden Organe zweckwidrig zu beschränken, den Staatsbeamten gegen willkürliche Entziehung von Amt und Einkommen angemessenen Schutz gewährt.“* Das Ziel, den Beamten vor willkürlicher Entziehung von Amt und Einkommen zu schützen, verlangt aber nicht nur die Einhaltung eines förmliche Verfahrens bei der Entfernung aus dem Dienst, sondern auch eine Festlegung der Dienstpflichten durch den *Gesetzgeber*, da ja der Vorwurf, Dienstpflichten verletzt zu haben, regelmäßig zur Grundlage einer von der „Regierung“ angestrebten Entfernung aus dem Dienst gemacht wird.

Freilich war der Einfluss der Exekutive damals groß genug, um die demokratische Forderung in der gelebten Verfassungswirklichkeit zurückzudrängen. So schreibt Anschütz in seiner Kommentierung aus dem Jahre 1912: *„Das Wort ‚Gesetze‘ darf hier, so wenig wie im ersten Satze im Sinne des formellen Gesetzesbegriffes verstanden werden. Satz 3 enthält mithin nicht die Vorschrift, dass die Bedingungen für den Eintritt in den öffentlichen Dienst, insbesondere die auf Befähigungsnachweis und Prüfungswesen bezüglichen, nur im Wege der formellen Gesetzgebung geregelt werden dürfen. Man wollte lediglich ‚dem Staate das Recht wahren, die Formen des Nachweises der erforderlichen Befähigung zu bestimmen‘; - von welchem Staatsorgan aber solches zu bestimmen sei, darüber sollte eine besondere Anordnung an dieser Stelle nicht getroffen werden. Der Ton des Satzgefüges liegt nicht auf ‚Gesetzen‘, sondern auf ‚festgestellte Bedingungen‘. ‚Gesetz‘ ist hierbei soviel wie ‚Regel‘, ‚allgemeine Norm‘ (der Ausdruck Rechtsnorm ist zu eng, da es sich bei der hier in Rede stehenden Materie meist nicht um eigentliche Rechtsnormen, d.h. um Normen, welche in Freiheit und Eigentum eingreifen, sondern um Verwaltungsvorschriften handelt, deren Zustandekommen und Gültigkeit sich nach den einschlägigen allgemeinen Grundsätzen richtet).“²*

d) Während die Bestimmungsmacht der Exekutiven seinerzeit durch das „Gottesgnadentum“ der Monarchie und die ausdrückliche Ablehnung des Prinzips der Volkssouveränität legitimiert wurde, wird die Forderung nach Rückzug der Legislativen aus dem Bereich des Beamtenrechts heutzutage mit anderen -jedoch ebenso wenig dem Geist der Aufklärung entsprechenden- Argumenten begründet. Eine starke Exekutive sei nicht nur im Beamtenrecht, sondern ganz allgemein erforderlich, um die Effizienz staatlichen Handels zu sichern und damit im globalen wirtschaftlichen Wettbewerb der Nationen zu bestehen. Demokratische und daher „umständliche“ Verfahren der Entscheidungsfindung seien deshalb in weiten Bereichen -und eben auch im Beamtenrecht- durch eine „Entscheiderkultur“ zu

² G. Anschütz: Die Verfassungs-Urkunde für den Preußischen Staat, Erster Band, Berlin 1912, S. 131/132

ersetzen. Der marktfundamentalistische Zeitgeist klopft an die Pforte des Verfassungsrechts, indem er die Forderung nach einer möglichst durch keine lästigen Regeln des Wirtschaftsverwaltungsrechts behinderten unternehmerischen Entscheidungsfreiheit intuitiv auf den staatlichen Bereich überträgt und dort verlangt, „Expertenerkenntnisse“ schnurstracks im Maßstab eins zu eins umzusetzen („Expert Republic“). Ging es in den siebziger Jahren um die Suche nach Wegen, um die den staatlichen Bereich charakterisierenden demokratischen Regeln auf den Bereich der Wirtschaft zu übertragen, so ist der Zeitgeist nunmehr umgekehrt bestrebt, die Regeln der Wirtschaft in den staatlichen Bereich zu exportieren.³ Als ein besonderes Beispiel dieser „Bewegung“ soll erneut das Votum der bei der Entscheidung im „Kopftuchfall“ unterlegenen Minderheit der Richter des 2. Senats des BVerfG⁴ zitiert werden: *„Ein Gesetzesvorbehalt mit Nachweispflichten des Gesetzgebers für die bloße Konkretisierung und Anordnung dienstlicher Pflichten ist nicht nur systemfremd, sondern führt den freiheitlichen Verfassungsstaat auch weiter in eine seine Wirksamkeit blockierende Unbeweglichkeit.“*

e) Dabei hat bereits die Monarchie versucht, sich u.a. mit dem „Effizienzargument“ gegenüber der Demokratie als überlegen darzustellen, indem behauptet wurde, die Regentschaft des Monarchen biete -in weit besserer Weise als die unberechenbare und zudem mittels umständlicher Verfahren ausgeübte Herrschaft des „Pöbels“- Gewähr für die Förderung des Gemeinwohls. Damals wie heute gibt die Aufklärung darauf die folgende Antwort: Effizient ist nur derjenige Staat, der sicherstellt, dass seine Bürger nach dem Prinzip der Freiheit, Gleichheit und Brüderlichkeit leben, da nur auf diese Weise die in ihnen vorhandenen Anlagen zur vollen Geltung gebracht werden können. Die Aufklärung glaubt daran, dass eine Kultur des „aufrechten Ganges“ aller Bürger in allen Bereichen des gesellschaftlichen Lebens bessere Resultate liefert als eine Gesellschaft, in der die Mehrzahl der Individuen vor der Obrigkeit kuscht und von der Beteiligung an Entscheidungsfindungen ausgeschlossen ist. Der folgende Auszug aus den im Jahre 1796 erschienenen „Untersuchungen aus dem Natur-, Staats- und Völkerrecht“ von Johann Adam Bergk bringt diesen zentralen Gedanken der Aufklärung auf den Punkt:⁵

„Wären aber auch die Vorwürfe gegen die Demokratie, dass sie ein Heerd aller Leidenschaften und Unruhen sey, gegründet, so dürfte sie doch nicht aus der Welt verbannt werden, weil sie ihrer Form nach die gerechteste Staatseinrichtung ist, und weil sie die Ausbildung des Menschen am sorgfältigsten nährt und am besten begünstigt. Das Recht und nicht die Hoffnung oder Furcht, die das Prinzipium aller andern Regierungsformen sind, soll herrschen.“

Jede Einschränkung des Demokratieprinzips, sei sie auch scheinbar unbedeutend, schwächt

³ Siehe dazu Herbert Schui, Stephanie Blankenburg, Neoliberalismus: Theorie, Gegner, Praxis, Hamburg 2002, S. 79: *„Hierin unterscheidet sich der Neoliberalismus von klassisch-liberalen Positionen der Wirtschaftstheorie: Der Geltungsbereich des Marktprinzips soll über seinen originären, rein ökonomischen Wirkungszusammenhang hinaus auf die Sphäre der politischen Entscheidungen ausgedehnt werden.“*

⁴ 2 BvR 1436/02 v. 24.09.2003

⁵ S. 103

die so verstandene Effizienz des Staates: Die durch keinen Sachzwang begründete Verlagerung von Kompetenzen auf den Dienstvorgesetzten führt zwangsläufig zu einer ungünstigen Veränderung des geistigen Klimas in der Behördenwelt, indem -angesichts der offenkundigen Machtfülle des Dienstvorgesetzten- der Geist des vorausseilenden Gehorsams kultiviert wird..

2. a) Steht die Einbeziehung des Beamtenverhältnisses in das Prinzip des Gesetzesvorbehaltes fest, bleibt die Frage der rechtlichen Zulässigkeit *generalklauselartiger* Dienstpflichtenregelungen zu klären. Im Hinblick auf die allgemeine Zulässigkeit von Generalklauseln zur Ausfüllung des Prinzips des Gesetzesvorbehaltes hat die Aufklärung einen klaren und einfachen Standpunkt, der nichts weiter verkörpert als die Konsequenz des Gewaltenteilungsprinzips: Das positive Recht hat das Verhalten der Exekutive so weit wie nur irgend möglich zu determinieren; Grenzen hat dieses Bestreben nur dort zu finden, wo der Normgeber -gewollt oder ungewollt- *Einzelfallregelungen* treffen würde (wodurch er -ähnlich wie der berichtigte, der Legislativen zuzuordnende „Wohlfahrtsausschuss“ während der Französischen Revolution- zugleich die Rolle der Exekutiven übernehme) bzw. die getroffenen Regelungen ihre „Geschmeidigkeit“ verlören und daher in sachlich unangemessener Weise alles „über einen Kamm scheren“ würden.

Erneut soll Johann Adam Bergk zu Worte kommen:⁶ *“Der Zweck des Staates ist also in Beziehung auf den Zweck der Menschen auf dieser Erde, negativ: ungehinderte und freye Wirksamkeit aller Kräfte des Menschen unter rechtlichen Gesetzen; positiv: Schutz der unveräußerlichen und veräußerlichen Rechte und ihres Gebrauchs durch Gewaltausübung gegen jeden Störer derselben. Alles aber, was der Staat thut, muss sich als ein allgemeines und nothwendiges Gesetz mit dem Bewußtseyn der Achtung gegen die Menschheit ankündigen, das Gegentheil ist rechtswidrig.“*

b) Rechtsprechung und Literatur haben diesen Gedanken der Aufklärung bislang nicht vollständig übernommen. Generalklauselartige Regelungen als Grundlage des Handelns der Exekutive genügen nach herrschender Meinung jedenfalls dann dem Prinzip des Gesetzesvorbehalts, wenn auf ihrer Grundlage lediglich ein Eingriff in die *allgemeine Handlungsfreiheit* erfolgt. Dies soll insbesondere dann gelten, wenn die Rechtsprechung die Vielzahl möglicher Deutungen bereits eingeengt hat. Hier soll es grundsätzlich nicht darauf ankommen, ob eine präzisere Fassung -in Gestalt formeller Gesetze oder auch bloß von Rechtsverordnungen- an sich möglich gewesen wäre⁷. Allein die *speziellen* Grundrechte werden als „generalklauselfest“ angesehen, weil ansonsten das Anliegen des Verfassungsgebers, einzelne Grundrechte durch besondere Erwähnung in besonderer Weise zu schützen, durch einen „Federschnörkel“ des einfachen Gesetzgebers (in Form einer einfachen Generalklausel) zunichte gemacht werden könnte.

c) Der Ursprung der heute herrschenden Auffassung muss in der vordemokratischen Rechtsdogmatik verortet werden. In der preußischen Monarchie wurde offen diskutiert, ob

⁶ AaO, S. 30/31

⁷ Siehe speziell zu den Dienstpflichten des Beamten: BVerfGE 39, 334, 347

das seit dem Jahre 1850 verfassungsrechtlich verankerte Prinzip des Gesetzesvorbehalts tatsächlich auf das gesamte Verwaltungshandeln bezogen werden könne. Statt dessen dürfe es, so wurde gefordert, nur im strafverfahrensrechtlichen Ermittlungsverfahren Geltung beanspruchen oder könne ganz allgemein nur auf solche Eingriffe angewandt werden, die die Freiheit der Person oder das Eigentum betreffen. Eine so weitgehende Einschränkung des Prinzips des Gesetzesvorbehalts war jedoch zu Beginn des 20. Jahrhunderts nicht mehr zu rechtfertigen. Deshalb bot sich zur Sicherung der Macht der Exekutive an, das Prinzip des Gesetzesvorbehalts zwar auf das gesamte Verwaltungshandeln auszudehnen, dabei aber die Verwendung von Generalklauseln ohne besondere Einschränkungen als zulässig zu betrachten:

„Denn der Grundsatz, dass jeder administrative Eingriff in die Freiheit der Untertanen auf einer gesetzlichen Ermächtigung beruhen muß, enthält nicht das Postulat größtmöglicher Spezialisierung dieser Ermächtigungen Es beruht auf einem Mißverständnis, wenn in der Literatur vereinzelt (G. Meyer, v. Sarwey) behauptet worden ist, dass das Prinzip der gesetzmäßigen Verwaltung nicht sowohl nicht für die Polizei, sondern grundsätzlich überhaupt nicht gelte.“⁸

d) Es ist an der Zeit, die Verbindung zur vordemokratischen Rechtsdogmatik zu kappen. Anders als die Aufklärer dies vorausgesehen haben, ist der moderne Gesetzgeber angesichts der Komplexität der zu regelnden Materien allerdings immer weniger in Lage, alle Wechselfälle des Lebens vorauszusehen und entsprechende Regelungen zu schaffen. Dennoch liegt darin noch kein zwingendes Argument zugunsten von Generalklauseln. Man würde ansonsten die Bedeutung und die Funktion von *Rechtsverordnungen* ignorieren. Diese haben gerade dort ihre Existenzberechtigung, wo schnelles und den besonderen bzw. veränderten Umständen angepasstes Handeln eines Normgebers vonnöten ist. Überall dort, wo die Exekutive im Rahmen eines ihr vom formellen Gesetz eingeräumten Ermessensspielraums ermessenslenkende Verwaltungsvorschriften mit *mittelbarer* Außenwirkung zu schaffen in der Lage ist, wäre sie genauso gut fähig, Rechtsverordnungen mit *unmittelbarer* Außenwirkung zu erzeugen.

Dadurch würde nicht bloß ein Etikett ausgetauscht werden. Ob ein Ministerium als Schöpfer von Verwaltungsvorschriften oder von Rechtsverordnungen (aufgrund einer hinreichend bestimmten formell-gesetzlichen Ermächtigung) tätig wird, macht vom Rollenverständnis des Akteurs her gesehen einen großen Unterschied. Das Parlament widmet den bereits erlassenen Rechtsverordnungen regelmäßig größere Aufmerksamkeit als den Verwaltungsvorschriften, weil die Gegenstände der Rechtsverordnungen prinzipiell dem eigenen, parlamentarischen Regelungsbereich angehören und als „Auftragsarbeit“ -deren Ausführung zu kontrollieren ist- der Exekutive überlassen wurden. Dies ist dem Schöpfer einer Rechtsverordnung regelmäßig bewusst.

Ermessens- oder Beurteilungsspielräume der Exekutive -insbesondere auch solche in Generalklauseln- sollten demnach erst dort geschaffen werden, wo die Komplexität der Lebenswelt nicht einmal Rechtsverordnungen zulässt, sondern *dem einzelnen Beamten vor*

⁸ Anschütz, aaO, S. 141

Ort (bzw. dem Dienstvorgesetzten) notgedrungen die Entscheidung zu überlassen ist, welche Rechtsfolge dem Ziel des Gesetzes im Einzelfall am ehesten entspricht.

e) In diesem Zusammenhang wird häufig behauptet, die Festlegung von Dienstpflichten sei eine solche Angelegenheit, die aufgrund ihrer Situationsbezogenheit gar nicht durch Gesetz oder Rechtsverordnung normiert werden könne. So urteilte das BVerfG im Jahre 1969, also noch vor Aufgabe der Lehre vom besonderen Gewaltverhältnis:⁹ *“In den Disziplingesetzen finden sich seit jeher nicht wie im allgemeinen Strafrecht einzelne Straftatbestände mit entsprechenden Strafandrohungen, sondern Generalklauseln, wonach die schuldhaft Verletzung von Berufspflichten mit einer der gesetzlich vorgesehenen Disziplinarstrafen geahndet wird. Diese Generalklauseln sind deshalb gerechtfertigt, weil eine vollständige Aufzählung der mit einem Beruf verbundenen Pflichten nicht möglich ist. Eine Einzelnormierung ist hier -anders als im allgemeinen Strafrecht- in der Regel auch nicht nötig; denn es handelt sich um Normen, die nur den Kreis der Berufsangehörigen betreffen, sich aus der ihnen gestellten Aufgabe ergeben und daher für sie im allgemeinen leicht erkennbar sind.“*

Zum Verständnis dieser Ausführungen muss daran erinnert werden, dass die damals vertretene Lehre vom besonderen Gewaltverhältnis eine Normierung einzelner Beamtenpflichten selbst dann nicht erforderlich machte, wenn diese Pflichten die private Lebensgestaltung betrafen (Außenwirkung). Die Problematik der Zulässigkeit von Generalklauseln tauchte überhaupt nur deshalb auf, weil das BVerfG die eigenwillige Auffassung vertrat, Art 103 Abs. 2 GG (nulla poena sine lege) sei -anders als Art 103 Abs. 3 GG (ne bis in idem)- auch auf Disziplinarmaßnahmen anwendbar (Disziplinarrecht sei demnach zwar in einem *weiten*, aber nicht in einem *engen* Sinne Strafrecht). Die zitierten Ausführungen können aber schon deshalb nicht überzeugen, weil sie widersprüchlich sind: Wenn dem betroffenen Personenkreis in der Regel von vornherein klar ist, welche ihre Dienstpflichten sind, ist nicht einzusehen, warum eine explizite Formulierung *unmöglich* sein soll. Leichte Erkennbarkeit der Dienstpflichten und Unmöglichkeit ihrer Aufzählung schließen sich aus. Im übrigen beweist die Realität, dass eine solche Aufzählung *durchaus* möglich ist: In einschlägigen Lehrbüchern des Disziplinarrechts sind nicht nur Aufreihungen recht konkreter Dienstpflichten zu finden, sondern darüber hinaus grobe Einschätzungen, welche Disziplinarmaßnahme im Regelfall jeweils als angemessen erscheinen. Wäre es anders, so könnte das Ergebnis nur eine völlig divergierende Praxis der verschiedenen Dienstvorgesetzten bzw. Disziplinargerichte sein. Ein solcher Zustand ist -trotz etlicher nicht hinnehmbarer Unschärfen- jedoch nicht festzustellen.

Aber selbst wenn eine mehr als nur generalklauselartige Formulierung der Dienstpflichten einschließlich der Rechtsfolgen ihrer Verletzung unmöglich wäre, könnte -vor dem Hintergrund der auch vom BVerfG zugestandenen Anwendbarkeit des Grundsatzes „nulla poena sine lege“ (Art 103 Abs. 2 GG)- daraus keineswegs der Schluss der Zulässigkeit von Generalklauseln, sondern vielmehr allein der Schluss der *Unzulässigkeit jeglicher Disziplinarmaßnahmen* gezogen werden: Eine Unmöglichkeit der Aufzählung von Dienstpflichten wäre -ganz im Gegensatz zur Auffassung des BVerfG- zwangsläufig mit

⁹ NJW 1969, 2192, 2195

deren „Nichtkennkönnen“ verbunden (hierbei ist zu berücksichtigen, dass -gerade wegen der auch vom BVerfG postulierten Geltung des Art 103 Abs. 2 GG- die Erkennbarkeit eindeutiger sein muss, als dies etwa im Bereich vorvertraglicher Schutzpflichten im Zivilrecht zu fordern ist). Die Zielsetzung des Art. 103 Abs. 2 GG liegt aber nun einmal darin, jedem zu garantieren, durch rechtskonformes Verhalten vor einer Bestrafung sicher zu sein; daher ist eine klare Erkennbarkeit strafbewehrter Verhaltensnormen (wenigstens durch eine Parallelwertung in der Laiensphäre) unerlässlich.

IV. Die Rechtsprechung zum Gesetzesvorbehalt bei Dienstpflichten und ihre Konsequenzen

1. Die immer noch mit vordemokratischen Spuren versehene Rechtsprechung zum Gesetzesvorbehalt bei Dienstpflichten ist in ihrer Gesamtheit nicht frei von Brüchen und Verwerfungen. Während für die Anordnung, eine bestimmte Dienstkleidung zu tragen, eine besondere gesetzliche Grundlage als unerlässlich angesehen wird¹⁰, wird die bereits in preußischen Zeiten bekannte Pflicht des Beamten, im privaten Bereich keine ihn finanziell überfordernden Verbindlichkeiten einzugehen, allein aus der Pflicht zum außerdienstlichen Wohlverhalten abgeleitet. In *beiden* Fällen findet -wegen der persönlichkeitsbestimmenden Funktion der unterdrückten Verhaltensweisen- ein Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht und nicht bloß eine Beschränkung der allgemeinen Handlungsfreiheit statt¹¹. Ohne spezielle Rechtsgrundlage ist ferner die von der Rechtsprechung postulierte Pflicht des Beamten, in öffentlichen Diskursen den Beamtenstatus nicht von sich aus ins Spiel zu bringen¹². Ähnliches gilt für das Verbot, im Dienst „Meinungsknöpfe“ zu tragen. Solche Pflichten wurden bislang entweder direkt aus der Verfassung (Art 33 Abs. 5 GG) oder aus dem in den Beamtengesetzen normierten Gebot zur Mäßigung und Zurückhaltung entnommen, obwohl auch sie den privaten Lebensbereich betreffen und dabei nicht bloß in die allgemeine Handlungsfreiheit, sondern in spezielle Grundrechte eingreifen.

2. Das „Kopftuchurteil“ des BVerfG trägt erfreulicherweise dazu bei, diese Verwerfungen zu glätten. In ihm wird nicht nur die Geltung des Prinzips des Gesetzesvorbehalts im Bereich des Beamtenrechts bestätigt, sondern darüber hinaus ein Schritt in Richtung einer Zurückdrängung generalklauselartiger Dienstpflichtenregelungen unternommen. Bislang existierte in der Verfassungsrechtsdogmatik das folgende Dilemma: Stehen spezielle Grundrechte unter keinem Gesetzesvorbehalt, so sind sie nur durch immanente Schranken

¹⁰ Siehe BVerwG, NJW 1999, 1985: „Die durch Art. 83 BayBG begründete Pflicht zum Tragen von Dienstkleidung schränkt das Grundrecht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 1 GG) ein.“

¹¹ Siehe dazu BVerfG BvR 2039/99 v. 3.11.99: „Im vorliegenden Fall ist es jedenfalls möglich, dass der Beschwerdeführer durch die Ablehnung der Vorführung zu Gericht in eigener Kleidung in seinem allgemeinen Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG verletzt ist. aa) Das allgemeine Persönlichkeitsrecht gewährleistet auch die Selbstbestimmung des Einzelnen über die Darstellung der eigenen Person. Der Einzelne soll selbst darüber befinden dürfen, wie er sich gegenüber Dritten oder der Öffentlichkeit darstellen will und was seinen sozialen Geltungsanspruch ausmachen soll (BVerfGE 35, 202 <220>; 54, 148 <155 f.>; 63, 131 <142>).“

¹² Siehe BVerwG ZBR 1988, 128

begrenzt. Als immanente Schranke werden u.a. die Grundrechte Dritter anerkannt. Kommt der Dienstherr zum Ergebnis, ein bestimmtes Verhalten des Beamten liege -gerade wegen der Betroffenheit von Rechten Dritter oder anderer Rechtsgüter von Verfassungsrang- außerhalb der immanenten Schranken des Grundrechts, so greift ein Verbot des Dienstherrn konsequenterweise nicht in das spezielle Grundrecht des Beamten, sondern nur in dessen allgemeine Handlungsfreiheit ein. Ein solcher Eingriff kann nach h.M. jedoch prinzipiell auch aufgrund einer generalklauselartigen Dienstpflichtenregelung (z.B. das allgemeine Treueprinzip) erfolgen oder kann sich sogar -bei Betroffenheit von Grundrechten Dritter, die als immanente Schranke fungieren- auf die Pflicht des Beamten stützen, rechtswidrige Eingriffe in Rechte Dritter zu unterlassen. Der Dienstherr kann aber durch die Dynamik eines Konflikts zwischen ihm und einzelnen Beamten leicht dazu verleitet werden, den Grundrechten Dritter ein zu großes Gewicht zuzumessen: Die „Verschiebung“ immanenter Schranken stellt für den Dienstvorgesetzten ein bequemes Mittel dar, das angestrebte Ziel der Verhaltensmodifikation des Beamten zu erreichen. Auf diese Weise wird -im Ergebnis- ein vorbehaltlos gewährtes Grundrecht des Beamten weniger stark geschützt als ein unter Gesetzesvorbehalt gestelltes. Das kann vom Verfassungsgeber nicht gewollt sein.

Die vom BVerfG gefundene (und zu begrüßende) Lösung besteht darin, die immanenten Schranken jedenfalls innerhalb eines Grenzbereichs nicht als dem einfachen Gesetzgeber *vorgegeben*, sondern als von ihm selbst zu gestalten anzusehen. Dies kommt einem (ungeschriebenen) Gesetzesvorbehalt nahe, ohne freilich mit ihm völlig identisch zu sein: Während der einfache Gesetzgeber von einem „regulären“ Gesetzesvorbehalt immer dann Gebrauch machen darf, wenn er *irgendein* von ihm als erstrebenswert erachtetes rechtspolitisches Ziel verfolgt, und dabei nur durch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit eingeengt wird, darf er bei der Festlegung immanenter Schranken eines vorbehaltlos gewährten Grundrechts nur den Schutz der Grundrechte Dritter oder anderer Werte von Verfassungsrang (z.B. die weltanschauliche Neutralität des Staates) im Auge haben.

3. Für die Beschränkung der *Meinungsfreiheit* durch das Dienstrecht muss dann Ähnliches gelten. Die Meinungsfreiheit steht unter dem besonderen Vorbehalt der „allgemeinen Gesetze“. Das in den Beamtengesetzen normierte Mäßigungsgebot kann in Grenzbereichen genauso wenig „allgemeines Gesetz“ im Sinne von Art 5 GG sein, wie das Gebot der weltanschaulichen Neutralität des Staates und seiner Beamten in Grenzfällen immanente Schranke des Grundrechts der Religionsfreiheit nach Art. 4 GG sein kann. Nach der Rechtsprechung des BVerfG ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ein Bestandteil des Begriffs der „allgemeinen Gesetze“, indem gefordert wird, der Eingriff in die Meinungsfreiheit (der nicht aufgrund des besonderen Inhalts der geäußerten Meinung erfolgen darf) müsse zum Schutz hochrangiger Rechtsgüter nicht nur unerlässlich, sondern mit Bezug auf diese Rechtsgüter auch angemessen sein; nur unter dieser Voraussetzung sei das einschränkende Gesetz „allgemein“¹³. Dadurch wird die besondere Bedeutung der Meinungsfreiheit in der Demokratie hervorgehoben. Dann aber muss die Meinungsfreiheit mindestens ebenso „generalklauselfest“ wie andere spezielle Grundrechte sein. Daher können generalklauselartige Regelungen, selbst wenn sie keine Meinungen speziellen Inhalts verbieten wollen, nur in denjenigen Fällen die Grundlage einer Begrenzung der

¹³ BVerfGE 7, 198

Meinungsfreiheit bilden, wo der auf diese Generalklausel gestützte Eingriff den Adressaten nicht wegen des Vorgangs der Meinungsäußerung, sondern allein wegen seiner mit der Meinungsäußerung verbundenen körperlichen Anwesenheit anspricht. Berühmtes Beispiel: Die Polizei unterbricht einen Vortrag und räumt den Saal, weil dort eine Bombe gefunden wurde. Die auf die polizeiliche Generalklausel gestützte Verfügung der Polizei erfolgt hier weder wegen des besonderen Inhalts der Meinung, noch wegen der Tätigkeit des (vom *Inhalt* losgelöst zu betrachtenden) Meinung-von-sich-Gebens. Nur aus diesem Grund kann die Generalklausel als Ermächtigungsgrundlage für den Eingriff in die Meinungsfreiheit dienen.

Diese Voraussetzungen einer ausnahmsweise zulässigen Beschränkung der Meinungsfreiheit durch Generalklauseln sind im Beamtenrecht jedoch gerade *nicht* vorhanden. Vielmehr spricht der Dienstherr, der dem Beamten auf Grundlage einer im Beamtenrecht enthaltenen generalklauselartigen Regelung (Mäßigungsgebot) eine Meinungsäußerung verbieten will, diesen als Meinungsträger und nicht bloß „Körperbesitzer“ an. Zwar will er -inhaltlich gesehen- keine *bestimmte* Meinungsäußerung verbieten, sondern nur eine solche, die mit dem *jeweiligen* politischen Ziel, das der Dienstherr als besonderen Zweck des behördlichen Wirkens ansieht, unvereinbar ist (in dem besonderen Kontext des Beamtenrecht muss die der *jeweiligen* Zielsetzung des Dienstherrn dienende Beschränkung der Meinungsfreiheit -anders als im allgemeinen gesellschaftlichen Diskurs- noch als *allgemein* im Sinne der Schranken der Meinungsfreiheit angesehen werden; ansonsten könnte kein Botschafter verpflichtet werden, seine ablehnende Haltung gegenüber der Politik der Bundesregierung und des Bundestages offen zum Ausdruck zu bringen, wodurch die nicht zuletzt auch von der Verfassung gewollte Umsetzung des politischen Willens des Parlamentes vereitelt würde). Nichtsdestotrotz erfolgt die Anordnung wegen eines Vorgangs des Meinung-von-sich-Gebens. Gerade deshalb aber kann eine Generalklausel als Rechtsgrundlage für die Beschränkung der Meinungsfreiheit des Beamten nicht ausreichen.