

Die Veröffentlichung des Werkes

„Die Grundrechte im Beamtenverhältnis“

erfolgt mit freundlicher Genehmigung des Autors.

DIE GRUNDRECHTE IM BEAMTENVERTRIEBEN

Inaugural - Dissertation

zur Erlangung des Rechtswissenschaft-  
lichen Doktorgrades der Rechts- und  
Staatswissenschaftlichen Fakultät der  
Westfälischen Wilhelms-Universität zu  
Münster

vorgelegt von

Hans Windmann aus Bielefeld

1958

1. Berichterstatter: Prof. Dr. G. Hoff.  
2. Berichterstatter: Prof. Dr. G. Klein.  
Doktor: Prof. Dr. Brockhoff.



Teil I. Einleitung:		1
1. Abschnitt	Das Problem der Grundrechte im Beamtenverhältnis und seine Abgrenzung.	1
2. Abschnitt	Begriff der Grundrechte und der Beamtenverhältnisse.	3
Teil II. Die Grundrechtstellung des Beamten im öffentlichen Dienst:		5
1. Abschnitt	Seiner Wirkung der Grundrechte im Beamtenverhältnis.	5
2. Abschnitt	Eingeschränkte Grundrechtstellung der Beamten - Einschränkungsöglichkeiten.	6
1. Kap.	Grundsätzlicher Vorrang der Beamtenpflichten auf Grund der Beamtengesetze vor den Grundrechten.	9
2. Kap.	Grundrechtseinschränkung auf Grund gewohnheitsrechtlichen Fortgeltens beamtenrechtlicher Grundrechtsschranken.	10
§ 1	Fortdauernde, gleichmäßig beschränkte Grundrechtstellung des Beamten in der Vergangenheit.	11
A.	Grundrechtstellung des Beamten in der konstitutionellen Monarchie.	11
B.	Grundrechtstellung des Beamten in der Weimarer Republik.	13
C.	"Grundrechtstellung" in der antikonstitutional-sozialistischen Diktatur?	16
D.	Fortdauernde Übung?	16
§ 2	Ausschluss der gewohnheitsrechtlichen Einschränkung der Grundrechte durch das Grundgesetz.	17
3. Kap.	Grundrechtseinschränkungen für Beamte auf Grund von Grundrechtsschranken des Grundgesetzes.	18
§ 3	Einschränkung auf Grund eines im Grundgesetz enthaltenen Vorbehalts zugunsten eines Gesetzes oder sonstigen Verwaltungsakts.	19
§ 4	Eingeschränkte Grundrechtstellung des Beamten auf Grund der beamtenrechtlichen Bestimmungen des Grundgesetzes.	21

## Inhaltsübersicht

<u>Teil I. Einleitung.</u>		1
<u>1. Abschnitt</u>	Das Problem der Grundrechte im Be-	1
	amtenverhältnis und seine Abgren-	
	zung.	
<u>2. Abschnitt</u>	Begriff der Grundrechte und des	3
	Beamtenverhältnisses.	
<u>Teil II. Die Grundrechtsstellung des Beamten im all-</u>		5
<u>          Gemeinen.</u>		
<u>1. Abschnitt</u>	Keine Wirkung der Grundrechte im	5
	Beamtenverhältnis.	
<u>2. Abschnitt</u>	Eingeschränkte Grundrechtsstellung	8
	der Beamten - Einschränkungsmög-	
	lichkeiten.	
<u>1. Kap. Grundsätzlicher Vorrang der Beamtenpflich-</u>		9
<u>          ten auf Grund der Beamtengesetze vor den</u>		
<u>          Grundrechten.</u>		
<u>2. Kap. Grundrechtseinschränkung auf Grund ge-</u>		10
<u>          wohnheitsrechtlichen Fortgeltens beam-</u>		
<u>          tenrechtlicher Grundrechtschranken.</u>		
<u>§ 1 Fortdauernde, gleichmässig beschränk-</u>		11
<u>          te Grundrechtsstellung des Beamten in</u>		
<u>          der Vergangenheit.</u>		
A. Grundrechtsstellung des Beamten in		11
der konstitutionellen Monarchie.		
B. Grundrechtsstellung des Beamten in		13
der Weimarer Republik.		
C. "Grundrechtsstellung" in der nati-		16
onalsozialistischen Diktatur?		
D. Fortdauernde Übung?		16
<u>§ 2 Ausschluss der gewohnheitsrechtli-</u>		17
<u>          chen Einschränkung der Grundrechte</u>		
<u>        durch das Grundgesetz.</u>		
<u>3. Kap. Grundrechtseinschränkungen für Beamte</u>		18
<u>        auf Grund von Grundrechtschranken des</u>		
<u>        Grundgesetzes.</u>		
<u>§ 3 Einschränkung auf Grund eines im</u>		19
<u>        Grundgesetz enthaltenen Vorbehalts</u>		
<u>        zugunsten eines Gesetzes oder gesetz-</u>		
<u>        sgleichen Verwaltungsakts.</u>		
<u>§ 4 Eingeschränkte Grundrechtsstellung</u>		21
<u>        des Beamten auf Grund der beamten-</u>		
<u>        rechtlichen Bestimmungen des Grund-</u>		
<u>        gesetzes.</u>		

A.	Überblick über die Grundgesetzbestimmungen beamtensrechtlichen Inhalts.	21
B.	Einschränkung auf Grund des Art.33 Abs.4 und 5 GG.	22
I.	Abgeschwächte Grundrechtsstellung als her- gebrachter Grundsatz des Berufsbeamtentums.	22
a)	Begriff des hergebrachten Grundsatzes des Berufsbeamtentums in Art.33 Abs.5 GG.	23
b)	Die hergebrachten Grundsätze des Berufsbe- amtentums in Art.33 Abs.4 und 5 GG als Schranke des Grundrechtsgebrauchs für den Beamten.	25
II.	Die institutionelle Garantie des Berufs- beamtentums in Art.33 Abs.4 und 5 GG als Schranke des Grundrechtsgebrauchs für den Beamten.	29
§ 5	<u>Die Einschränkung der Grundrechte für den Beamten auf Grund der Lehre vom besonderen Gewaltverhält- nis:</u>	32
A.	Die These von der eingeschränkten Wirkung der Grundrechte im besonderen Gewaltverhältnis.	32
I.	Hinweis auf diese These der beschränkten Grundrechtsstellung des Betroffenen im be- sonderen Gewaltverhältnis.	32
II.	Die Lehre vom besonderen Gewaltverhältnis.	34
a)	Die besondere Pflichtenbindung des Ge- waltunterworfenen.	34
b)	Das Absehen vom Erfordernis der Gesetz- mässigkeit der Verwaltung im besonderen Gewaltverhältnis.	34
c)	Der Begriff des besonderen Gewaltver- hältnisses.	35
III.	Die Übertragung der Lehre vom besonderen Gewaltverhältnis auch auf die Grundrechts- stellung des Betroffenen.	36
B.	Das Verhältnis der Lehre vom besonderen Ge- waltverhältnis zum Rechtsstaat und zum Grund- rechtssystem des Grundgesetzes.	38
I.	Die Reichweite der Ausnahme vom Rechts- staat durch das besondere Gewaltverhältnis.	38
II.	Die Überwindung des Grundsatzes der Gesetz- mässigkeit der Verwaltung und der Rechtsstaat.	39
a)	Die Forderung nach gesetzlicher Begrün- dung eines jeden Verwaltungsakts inner- halb eines besonderen Gewaltverhältnisses.	39
b)	Die Forderung nach gesetzlicher Begrün- dung bei Einordnung des Betroffenen in ein besonderes Gewaltverhältnis.	42

1. Die Bedeutung der Befugnis der Polizei man schon, weil Absätze in dem Besondere des Gewaltverhältnisses.	42
2. Bedeutung des Grundgesetzes für die Rechtfertigung der Verfassung als Grundlage einer gesetzmäßigen Regelung des Besonderen Gewaltverhältnisses.	43
a) Die Begründung, insbesondere Gewaltverhältnisse auf die Ermessung dieser Gewaltverhältnisse abzielt.	45
1) Die durch Gesetz begründeten besonderen Gewaltverhältnisse.	46
2. Die durch freiwillige Unterwerfung begründeten besonderen Gewaltverhältnisse.	46
α) Unterwerfungswillen.	46
β) Bruch des Gesetzes durch freiwillige Unterwerfung.	47
3. Die gewohnheitsrechtlich begründeten besonderen Gewaltverhältnisse.	49
III. Die in besonderen Gewaltverhältnis behauptete eingeschränkte Grundrechtswirkung und die Grundrechte des Grundgesetzes.	51
a) Die Notwendigkeit einer inhaltlich bestimmten Grenze für die Begründung neuer besonderer Gewaltverhältnisse.	51
b) Das besondere Gewaltverhältnis als grundsätzliche Ausnahme von Grundrechtsschutz?	52
c) Die Beschränkungen der besonderen Gewaltverhältnisse als Grundrechtsschranken.	54
1. Die Lehre von den Pflichten der besonderen Gewaltverhältnisse als immanente Grundrechtsschranken.	54
2. Die Lehre Kleins von besonderen Gewaltverhältnis als Sonderfall der persönlichen Gewährleistungsschranken der Grundrechte.	61
e) Die freiwillige Unterwerfung unter die Pflichten eines besonderen Gewaltverhältnisses als Schranke des Grundrechtsgebrauchs.	62
1. Anwendungsgebiet des Grundrechtsverzichtes.	62
2. Zulässigkeit des Verzichts auf den Grundrechtsgebrauch.	65
α) Recht des Einzelnen zum Verzicht auf Grundrechte.	67
β) Recht des Staates, einen Grundrechtsverzicht des Einzelnen zuzulassen.	69

### III.

1. Die Belastung der Freiheit des Einzelnen schon bei Eintritt in das besondere Gewaltverhältnis. 42
2. Wahrung des Grundsatzes der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung bei gesetzsmäßiger Begründung des besonderen Gewaltverhältnisses. 43
- c) Die Begründung besonderer Gewaltverhältnisse und die Forderung ihrer Gesetzmäßigkeit. 45
  - 1) Die durch Gesetz begründeten besonderen Gewaltverhältnisse. 46
  2. Die durch freiwillige Unterwerfung begründeten besonderen Gewaltverhältnisse. 46
    - α) Unterwerfungswillen. 46
    - β) Ersatz des Gesetzes durch freiwillige Unterwerfung. 47
  3. Die gewohnheitsrechtlich begründeten besonderen Gewaltverhältnisse. 49
- III. Die im besonderen Gewaltverhältnis behauptete eingeschränkte Grundrechtswirkung und die Grundrechte des Grundgesetzes. 51
  - a) Die Notwendigkeit einer inhaltlich bestimmten Grenze für die Begründung neuer besonderer Gewaltverhältnisse. 51
  - b) Das besondere Gewaltverhältnis als grundsätzliche Ausnahme vom Grundrechtsschutz? 52
  - c) Die Beschränkungen der besonderen Gewaltverhältnisse als Grundrechtsschranken. 54
    1. Die Lehre von den Pflichten der besonderen Gewaltverhältnisse als immanente Grundrechtsschranken. 54
    2. Die Lehre Kleins vom besonderen Gewaltverhältnis als Sonderfall der persönlichen Gewährleistungsschranken der Grundrechte. 61
  - e) Die freiwillige Unterwerfung unter die Pflichten eines besonderen Gewaltverhältnisses als Schranke des Grundrechtsgebrauchs. 62
    1. Anwendungsgebiet des Grundrechtsverzichts. 62
    2. Zulässigkeit des Verzichts auf den Grundrechtsgebrauch. 65
      - α) Recht des Einzelnen zum Verzicht auf Grundrechte. 67
      - β) Recht des Staates, einen Grundrechtsverzichts des Einzelnen zuzulassen. 69

IV. Zusammenfassung der Lehre von besonderem Gewaltverhältnis im Verhältnis zu den Grundrechten des Grundgesetzes.	70
§ 6. Einschränkung der Grundrechtswirkung für Beamte auf Grund der Schranken des Art.2 Abs.1, 2. Halbsatz GG.	71
A. Die Stellung des Art.2 Abs.1, 2. Halbsatz GG im Grundrechtssystem.	71
I. Zusammenhang zwischen staatlicher Ordnung und Grundrechtsgewährleistung.	71
II. Art.2 Abs.1, 2. Halbsatz GG als verfassungsrechtliche Entscheidung des Spannungsverhältnisses zwischen staatlicher Ordnung und Freiheitsrechtsgewährleistung.	73
a) Art.2 Abs.1 GG als allgemeiner Grundsatz der Freiheitsrechtsgewährleistung.	74
b) Die Wirkung des Art.2 Abs.1, 2. Halbsatz GG auf die ihn verwirklichenden Einzelfreiheitsrechte.	77
c) Die Wirkung des Art.2 Abs.1, 2. Halbsatz GG als Schranke des Gleichheitssatzes.	81
d) Der Begriff der in Art.2 Abs.1, 2. Halbsatz GG geschützten Rechtsgüter.	82
1. Der Begriff der verfassungsmässigen Ordnung in Art.2 Abs.1, 2. Halbsatz GG.	82
2. Der Begriff der Rechte anderer in Art.2 Abs.1, 2. Halbsatz GG.	86
3. Der Begriff des Sittengesetzes in Art.2 Abs.1, 2. Halbsatz GG.	87
e) Anwendungsgebiet und Reichweite der Schranke des Art.2 Abs.1, 2. Halbsatz GG.	87
B. Die Schranke des Art.2 Abs.1, 2. Halbsatz GG und das besondere Gewaltverhältnis.	88
I. Die Stellung des Gewaltunterworfenen im besonderen Gewaltverhältnis zu den Freiheits- und Gleichheitsrechten.	88
II. Art.2 Abs.1, 2. Halbsatz GG als Masstab für die Einschränkung von Grundrechten im besonderen Gewaltverhältnis.	90
a) Unmittelbare Wirkung des Art.2 Abs.1, 2. Halbsatz GG.	90
b) Mittelbare Wirkung des Art.2 Abs.1, 2. Halbsatz GG zugunsten besonderer Gewaltverhältnisse.	91
C. Die Schranke des Art.2 Abs.1, 2. Halbsatz GG und die Grundrechte im Beamtenverhältnis.	94
I. Die Notwendigkeit des Beamtenverhältnisses zur Sicherung der verfassungsmässigen Ordnung des Grundgesetzes.	94

a) Die Unentbehrlichkeit von Staatsdienern überhaupt.	95
b) Das Berufsbeamtentum und der Rechtsstaat.	96
c) Das Berufsbeamtentum und der Sozialstaat.	97
II. Art. 2 Abs. 1, 2. Halbsatz GG als Schranke für den Grundrechtegebrauch des Beamten.	98
4. Kap. Zusammenfassende Skizze der Grundrechtsschranken für Beamte.	99
5. Kap. Ausmass der Grundrechtseinschränkung für Beamte.	101
§ 7. Grenzen der Grundrechtseinschränkung an dem Umfang der Beamtenpflichten des Beamtengesetzes.	101
§ 8. Grenzen der Grundrechtseinschränkung am Grundrechtssystem des Grundgesetzes.	103
I. Grenzen am Ausmass der Grundrechtsschranken.	103
II. Grenzen am Leitbild der Menschenwürde und freien Entfaltung der Persönlichkeit.	103
III. Ausschluss der Einschränkung bei vorstaatlichen Grundrechten?	104
IV. Grenze am Wesensgehalt des Grundrechts	104
V. Keine Bindung an Art. 19 Abs. 1, S. 2 GG.	104
3. Abschnitt. Unbeschränkte Wirkung der Grundrechte im Beamtenverhältnis?	105
Teil III. Die Beamtenpflichten und die Einzelgrundrechte des Grundgesetzes. Die Grundrechtsstellung des Beamten im besonderen.	106
1. Abschnitt. Der Weg der Lösung im Konflikt von Grundrechtsgewährleistung und Beamtenpflicht.	106
1. Kap. Das Recht der freien Meinungsäusserung (Art. 5 GG).	107
§ 9. Umfang der Grundrechtsgewährleistung und mögliche Zusammenstösse mit Beamtenpflichten.	107
§ 10. Die Beamtenpflichten auf Grund der Beamtengesetze und der Vorbehalt zugunsten allgemeiner Gesetze in Art. 5 Abs. 2 GG.	108
I. Die Pflicht zur Amtsverschwiegenheit (§ 61 Abs. 1 BBG) und Art. 5 GG.	109

II.	Die Pflicht zur Genehmigung für Aussagen vor Gericht (§ 61 Abs.2 BBG) und Art. 5 GG.	109
III.	Die Pflicht zum achtungswürdigen Verhalten (§ 54 S.2 BBG) und Art.5 GG.	109
IV.	Die Pflicht zur Mässigung und Zurückhaltung bei politischer Betätigung (§ 53 BBG) und Art.5 GG.	110
V.	Die Pflicht zum Eintreten für die freiheitlich demokratische Grundordnung (§ 52 Abs.2 BBG) und Art.5 GG.	113
2.Kap.	<u>Die Vereinigungsfreiheit (Art.9 GG).</u>	115
§11.	<u>Anmass der Gewährleistung der Vereinigungsfreiheit.</u>	115
§12.	<u>Vereinigungsfreiheit und Beamtenpflichten.</u>	115
I.	Die Pflicht zum achtungswürdigen Verhalten und Art.9 GG.	115
II.	Die Pflicht zur Zurückhaltung und Mässigung und Art.9 GG.	116
III.	Die Pflicht zum Eintreten für die freiheitlich demokratische Grundordnung und Art.9 GG.	117
IV.	Koalitionsfreiheit und Streikrecht.	120
3.Kap.	<u>Die Versammlungsfreiheit (Art.8 GG).</u>	120
4.Kap.	<u>Die Freiheit des Glaubens-, des Gewissens und des religiösen und weltanschaulichen Bekenntnisses (Art.4 GG).</u>	122
5.Kap.	<u>Das Recht der Freizügigkeit (Art.11 GG).</u>	122
6.Kap.	<u>Das Recht der freien Entfaltung der Persönlichkeit (Art.2 Abs.1 GG).</u>	124
7.Kap.	<u>Das Petitionsrecht (Art.17 GG).</u>	126
8.Kap.	<u>Das Recht der freien Berufswahl (Art.12 Abs.1 GG).</u>	127
9.Kap.	<u>Die Gleichheit vor dem Gesetz (Art.3 GG).</u>	128
§13.	<u>Widerstreit des Art.3 GG mit den Beamtenpflichten.</u>	128
§14.	<u>Verletzung des Gleichheitssatzes wegen geminderter Rechtsstellung des Beamten gegenüber anderen Staatsbürgern.</u>	129
I.	Verletzung des Art.3 Abs.3 GG.	129
II.	Verletzung des Art.3 Abs.1 GG.	132
§15.	<u>Wirkung des Gleichheitssatzes innerhalb des Beamtenverhältnisses.</u>	133

Verzeichnis der benutzten Literatur

Ambrosius, L. Das Petitionsrecht der Beamten, in: Der öffentliche Dienst 1955, S.22 ff.

Anschütz, Gerhard Die Verfassungsurkunde für den preussischen Staat vom 31.1.1850, 1.Band, Berlin 1912.

" " Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11.8.1919, 13.Auflage, Berlin 1930, 14. Auflage, Berlin 1933.

Apel, Willibald Geschichte der Weimarer Verfassung, München 1946.

Arndt, Adolf Muss der Beamte seine Zugehörigkeit zu einer politischen Partei offenbaren?, in: Juristenzeitung 1956, S.80 ff.

Bachmann, J.U. Wohlerworbene Beamtenrechte und institutionelle Garantie des Berufsbeamtentums, in: Zeitschrift für Beamtenrecht 1954, S. 363 ff.

Bachof, Otto Verwaltungsakt und innerdienstliche Weisung, in: Verfassung und Verwaltung in Theorie und Wirklichkeit (Laforet-festschrift), Veröffentlichungen des Instituts für Staatslehre und Politik, Mainz, Heft 3, München 1952, S.285 ff.

" " Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaats, in: Veröffentlichungen der Vereinigung Deutscher Staatsrechtslehrer Heft 12, S.37 ff.

" " Buchbesprechung, in: Die öffentliche Verwaltung 1954, S.351.

" " Rechtsnatur, zulässiger Inhalt und gerichtliche Anfechtung von Friedhofsordnungen (dargestellt am Kunststeinverbot), in: Archiv des öffentlichen Rechts 78, S. 82 ff.

Becker, Hans-Joachim Zum Grundrecht der freien Berufswahl. Eine Zwischenbilanz zu Art.12 Abs.1 GG, in: Neue Juristische Wochenschrift 1955, S.1737 ff.

Behnke, Kurt Bundesdisziplinarordnung, Stuttgart und Köln 1955.

" " Ansprache zur Eröffnung des Bundesdisziplinarhofs, in: Deutsches Verwaltungsblatt 1953, S.390 ff.

Berner, D. Darf der Beamte einer revolutionären Partei angehören?, in: Reichs- und Preussisches Verwaltungsblatt 1930, S,667 ff.

- Sieyer Staatsbürgerrechte und Beamtenpflichten, in: Deutsche Juristenzeitung 1930, Spalte 13 ff.
- Bschalli, Alfred Bundesbeamtengesetz, Handkommentar, München und Berlin 1954.
- Bonner Kommentar Kommentar zum Bonner Grundgesetz, bearbeitet von H.J. Abraham u.z., Hamburg 1950.
- Bornhak, Conrad Preussisches Staatsrecht, 2. Band, Freiburg 1889.
- Brand, A. Ohne Titelangabe, bei v. Brauchitsch, Verwaltungsgesetze für Preussen, 21. Auflage, Berlin 1930, Band VIII.
- " , " Das Beamtenrecht. Die Rechtsverhältnisse der preussischen mittelbaren und unmittelbaren Staatsbeamten, Berlin 1914.
- " , " Art. 128-131, Rechte und Pflichten des Beamten, in: Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, herausgegeben von Hans-Carl Nipperdey, 2. Band, Berlin 1930, S. 210 ff.
- Brecht, Arnold Vereins- und Versammlungsrecht, in: v. Brauchitsch, Verwaltungsgesetze für Preussen, 21. Auflage, Berlin 1928, 2. Band, S. 167 ff.
- Buelck, Hartwig Die Bedürfnisprüfung bei der Genehmigung von Luftverkehrsunternehmungen, in: Zeitschrift für Luftrecht 1954, S. 124 ff.
- Burckhardt, W. Kommentar der Schweizerischen Bundesverfassung vom 29.5.1874, 3. Aufl., Bern 1951.
- Coing, Helmut Grundsätzliches zur Rückwirkung von Gesetzen, in: Betriebsberater 1954, S. 137 ff.
- Daniels, Heinrich Pflichten und Rechte des Beamten, in: Handbuch des Deutschen Staatsrechts, 2. Band, S. 41 ff.
- Deist, Heinrich Die politischen Pflichten des Beamten, in: Der Beamte 1932, S. 7 ff!
- Deiting, Gerhardt Freie Entfaltung der Persönlichkeit, Rechtssicherheit und Rückwirkung von Steuergesetzen, in: Steuer und Wirtschaft 1955, Spalte 21 ff.
- Dernedde Anmerkung zu Badischem Verwaltungsgerichtshof, in: Deutsches Verwaltungsblatt 1951, S. 313 ff (S. 316).
- Deutschmann, Willi Beamtenverhältnis und politische Freiheit Diss. Erlangen 1927.
- Deutscher Beamtentag Änderungs- und Ergänzungsvorschläge zum Entwurf des Bundesbeamtengesetzes, o.J.

- Dipper Bedürfnisprüfung nach dem Bonner Grundgesetz, in: Neue Juristische Wochenschrift 1952, S.601 ff.
- Dürig, Günter Art.2 des Grundgesetzes und die Generalermächtigung zu allgemeinpolizeilichen Massnahmen, in: Archiv des öffentlichen Rechts 79, S.57 ff.
- " " Das Eigentum als Menschenrecht, in: Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft 109, S.326.
- " " Freizügigkeit, in: Die Grundrechte, herausgegeben von Franz L. Neumann, Hans-Carl Nipperdey und Ulrich Scheuner, 2. Band, S.507 ff.
- " " Nochmals zur Problematik des Art.2 Abs.1 des Grundgesetzes, in: Neue Juristische Wochenschrift 1954, S.1394 f.
- " " Art.9 Grundgesetz in der Kartellproblematik, in: Neue Juristische Wochenschrift 1955, S.729 ff.
- " " Verfassung und Verwaltung im Wohlfahrtsstaat, in: Juristenzeitung 1953, S.193 ff.
- Echterhölter, Rudolf Die europäische Menschenrechtskonvention im Rahmen der verfassungsmässigen Ordnung, in: Juristenzeitung 1955, S.689 ff.
- Erler, Georg Freiheit und Grenze berufsständischer Selbstverwaltung, Göttingen 1952.
- Ermacora, Felix Das besondere Gewaltverhältnis in der österreichischen Rechtsordnung, in: Die Öffentliche Verwaltung 1956, S.529 ff.
- Eschenburg, Theodor Der Beamte in Partei und Parlament, Frankfurt a.M. 1952.
- Etienne Unparteiisches Berufsbeamtentum, in: Die Selbstverwaltung 1948, S.18 ff.
- Falck, C. Volksbegehren und Beamtenpflicht, in: Reichs- und Preussisches Verwaltungsblatt 50, S.709 ff.
- Fischbach, Oskar-Georg Deutsches Beamtengesetz nebst Bundespersonalgesetz, 1.Band, Detmold-Köln-Berlin-München 1951.
- " " " " Zur Neugestaltung des Beamtenrechts, in: Die Öffentliche Verwaltung 1951, S.453ff.
- " " " " Die Bochumer beamtenrechtliche Tagung, in: Deutsches Verwaltungsblatt 1951, S.274 ff und 307 ff.
- " " " " Die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums, in: Deutsches Verwaltungsblatt 1951, S.99 ff.
- " " " " Bundesbeamtengesetz, Köln und Berlin 1954.

- Fischbach, Oskar-Georg Inwieweit lässt Art. 33 Abs. 5 des Grundgesetzes eine Reform des Beamtenrechts zu?, in: Verhandlungen des 39. all. Deutschen Juristentages in Stuttgart 1951, Teil D-Öffentlich-rechtliche Abteilung, D 32 ff ( Referate 39.DJT ).
- Fleiner, Fritz Schweizerisches Bundesstaatsrecht, herausgegeben von Giacometti, Zürich o.J.
- " " Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 8. Auflage, Tübingen 1928.
- Forsthoff, Ernst Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 1. Band, 3. Aufl., München und Berlin 1953.
- " " Zur verfassungsgerechten Problematik der Investitionshilfe, in: Der Betriebsberater 1953, S. 421 ff.
- Freudenthal, B. Der Strafvollzug als Rechtsverhältnis des öffentlichen Rechts, in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 32, S. 222 ff.
- " " Strafrecht und Strafvollzug im modernen Rechtsstaat, in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 39, S. 493 ff.
- Friesenhahn, Ernst Der Rechtsschutz im öffentlichen Recht nach dem Bonner Grundgesetz, in: Deutsche Verwaltung 1949, S. 476 ff.
- Füsslein, Rudolf-Karner Versammlungsgesetz, Frankfurt a.M. und Berlin 1954.
- " " " " Vereins- und Versammlungsfreiheit, in: Die Grundrechte, herausgegeben von Franz L. Neumann, Hans-Carl Nipperdey und Ulrich Scheuner, 2. Band, S. 426 ff.
- " " " " Rechtliche Probleme des Versammlungsgesetzes, in: Deutsches Verwaltungsblatt 1954, S. 553 ff.
- Gaul, Dieter Muss der Unterhaltspflichtige bei Arbeitslosigkeit auch eine berufsfremde Tätigkeit aufnehmen? Über das Verhältnis von § 170 StGB zu den Grundrechten, in: Monatschrift für Deutsches Recht 1955, S. 329 ff.
- Geiger, Willi Gesetz über das Bundesverfassungsgericht vom 12.3.1951, Berlin und Frankfurt a.M. 1952.
- " " Die Verfassungsbeschwerde nach dem Gesetz über das Bundesverfassungsgericht vom 12.3.1951, in: Bundesanzeiger 1952, Nr. 30, S. 6.
- Gerber, Hans Vom Begriff und Wesen des Beamtentums, in: Archiv des öffentlichen Rechts 18(NF), S. 1 ff.

- Gerber, Hans      Entwicklung und Reform des Beamtentums,  
in: Veröffentlichungen der Vereinigung  
Deutscher Staatsrechtslehrer, Heft 7, Ber-  
lin und Leipzig 1932, S.2 ff.
- "                    "      Anmerkung zum Schleswig-Holsteinischen  
Dienststrafhof, in: Deutsches Verwaltungs-  
blatt 1952, S.211 ff und in: Die öffent-  
liche Verwaltung 1953, S.60 ff.
- "                    "      Das Berufsbeamtentum vor der Schicksals-  
frage, in: Zeitschrift für Beamtenrecht  
und Beamtenpolitik 1951, S.122 ff.
- "                    "      Besprechung zu den Referaten der öffent-  
lich-rechtlichen Abteilung des 39.Deut-  
schen Juristentages, in: Archiv des Öffent-  
lichen Rechts 79, S.258 ff.
- "                    "      Grundfragen des akademischen Disziplinar-  
rechts, in: Deutsches Verwaltungsblatt  
1955, S.480 ff.
- "                    "      Studentisches Disziplinarrecht, in: Deut-  
sches Verwaltungsblatt 1954, S.657 ff.
- Gericke, Werner      Die Einschränkung der Grundrechte durch  
das Beamtenrecht, in: Recht im Amt 1955,  
S.209 ff.
- Gernandt, Otto      Die negative Koalitionsfreiheit, in: Der  
Arbeitgeber 1954, S.154 ff.
- Giese, Friedrich      Die Verfassung des Deutschen Reiches,  
8.Auflage, Berlin 1931.
- "                    "      Reichspräsident und Reichsverfassung, in:  
Deutsche Juristenzeitung 1927, Sp.275 ff.
- "                    "      Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutsch-  
land, 4.Aufl., Frankfurt a.M. 1955.
- "                    "      Zur verfassungsrechtlichen Problematik  
des Beförderungsschnitts, in: Deutsches  
Verwaltungsblatt 1953, 595 ff.
- Grabendorff, Walter      Ist die Beschränkung des staatsbürgerli-  
chen Rechte der Bundesbeamten rechtsgül-  
tig?, in: Die öffentliche Verwaltung 1951  
S.550 ff.
- "                    "      Ist die Frage nach der Parteizugehörig-  
keit eines Beamten zulässig?, in: Zeit-  
schrift für Beamtenrecht 1955, S.48 f.
- "                    "      Diskussionsbeiträge, in: Neues Beamen-  
tum S.84 und Referate 39.DJT D 111 und  
183.
- "                    "      Aufgabe und Problematik eines Personal-  
vertretungsgesetzes für den öffentlichen  
Dienst, in: Zeitschrift für Beamtenrecht  
1953, S.29 ff.

- Grabendorff, Werner Die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums, in: Der Beamtenbund 1953, S.166 ff.
- " " " Der Anspruch des Beamten auf Beamtenvertretungen = ein hergebrachter Grundsatz des Berufsbeamtentums, in: Der Beamtenbund 1953, S.182.
- Grewe, Wilhelm Die politischen Treupflichten des Angehörigen des öffentlichen Dienstes, in: Politische Treupflichten im öffentlichen Dienst, Frankfurt a.M. o.J., S.35 ff ( Gutachten ).
- " " " Inwieweit lässt Art.33 Abs.5 des Grundgesetzes eine Reform des Beamtenrechts zu?, in: Referate 39.DJT, D 32f.
- W. G. Die politische Treupflicht im öffentlichen Dienst, in: Archiv des öffentlichen Rechts 76, S.335 ff.
- " " " Der Fall Hedler, in: Archiv des öffentlichen Rechts 76, S.85 ff.
- Haas, Diether Freie Entfaltung der Persönlichkeit. Art. 2 Abs.1 GG, in: Die Öffentliche Verwaltung 1954, S.70 ff.
- Haentzschel, Kurt Das Recht der freien Meinungsäußerung, in: Handbuch des Deutschen Staatsrechts 2.Band, S.651 ff.
- " " " Darf der Beante einer revolutionären Partei angehören?, in: Reichs- und Preussisches Verwaltungsblatt 51, S.509 ff.
- " " " Das Grundrecht der freien Meinungsäußerung und die Schranken der allgemeinen Gesetze des Art. 118 Abs.1 der Reichsverfassung, in: Archiv des öffentlichen Rechts 10 (NF), S.228 ff.
- Hamann, Andreas Rechtsstaat und Wirtschaftslenkung, Heidelberg 1953.
- " " " Rechtsprechung zu den Art.2 und 3 des Bonner Grundgesetzes, in: Die öffentliche Verwaltung 1952, S.132 ff.
- " " " Anmerkung zu Bundesverwaltungsgericht, in: Neue Juristische Wochenschrift 1954, S. 614 ff.
- " " " Über die verfassungsrechtlichen Grenzen einer künftigen Wehrgesetzgebung der Bundesrepublik, in: Recht im Amt 1955, S.145 ff und 161 ff.
- " " " Rechtssicherheit als rechtsstaatliche Forderung und ihre Bedeutung für das Beamtenrecht, in: Recht im Amt 1954, S.25 ff.
- " " " Zur Freiheit der Persönlichkeitsentfaltung im wirtschaftlichen Bereich, in: Der Betriebsberater 1955, S.105 ff.



- Ipsen, Hans Peter Gleichheit, in: Die Grundrechte, herausgegeben von Franz L. Neumann, Hans-Carl Nipperdey und Ulrich Scheuner, 2. Band, S. 110 ff.
- Jacobi, Erwin Die Verwaltungsverordnungen, in: Handbuch des Deutschen Staatsrechts, 2. Band, S. 255 ff.
- " , " Die Rechtestellung des Strafgefangenen, in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 50, S. 376 ff.
- Jadesohn-Potthoff Rechtsprechung zum Beamtenrecht 1924-1926, Berlin 1928.
- Jellinek, Walter Verwaltungsrecht, 3. Aufl., 1931.
- Jess, E. Das Bundesgesetz zu Art. 131 GG, in: Zeitschrift für Beamtenrecht und Beamtenpolitik 1950, S. 4 ff.
- Jüsgen, Werner Die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums als Grundlage der Beamtengesetzgebung, in: Die Öffentliche Verwaltung 1951, S. 474 ff.
- Kahn, Paul Das besondere Gewaltverhältnis im öffentlichen Recht, Diss. Heidelberg 1912.
- Kalisch, Werner Grundrechte und Berufsbeamtentum nach dem Bonner Grundgesetz, in: Archiv des öffentlichen Rechts 78, S. 334 ff.
- Kaufmann, E. Rechtsgutachten zum Vertrag über die Gründung der Europäischen Verteidigungsgemeinschaft und zum Deutschlandvertrag, in: Kampf um den Wehrbeitrag, Veröffentlichungen des Instituts für Staatslehre und Politik in Mainz, 2. Band, 2. Halbband, München 1953, S. 42 ff.
- Kern, Ernst Die Institution des Berufsbeamtentums im kontinentaleuropäischen Staat, in: Verwaltung und Wirtschaft, Schriftenreihe der Westfälischen Verwaltungs- und Wirtschaftsakademien, Heft 5, Dortmund 1952.
- " , " Die Wählbarkeit von Bundesbeamten nach geltendem Bundesbeamtenrecht, in: Die Öffentliche Verwaltung 1953, S. 107 ff.
- " , " Die Verfassungsfunktion des Berufsbeamtentums, in: Die Öffentliche Verwaltung 1951, S. 432 ff.
- Kirchner, Erich Die Grenzen der Betätigung eines Beamten am politischen Leben, Diss. Berlin 1933.
- Klein, Friedrich Institutionelle Garantien und Rechtstitelgarantien, Breslau 1954.
- " , " Bonner Grundgesetz und Rechtsstaat, in: Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft 106, S. 390 ff.

- Klein, Friedrich      Erfordert der Beschluss der Vertragsgesetze, mit denen die Gesetzgebungsorgane der Bundesrepublik Deutschland dem Vertrag über die Gründung der EWG vom 27.5.1952 zustimmen müssen, die Aufnahme von Bestimmungen einer Wehrverfassung in das Grundgesetz, in: Kampf um den Wehrbeitrag, 2.Halbband, S.501 ff.
- "                      "      Tragweite der Generalklausel in Art.19 Abs.4 des Bonner Grundgesetzes, in: Veröffentlichungen der Vereinigung Deutscher Staatsrechtslehrer, Heft 8, S.67 ff.
- "                      "      Von der Zulässigkeit zur Unzulässigkeit rückwirkender Steuergesetze. Eine Zwischenbilanz zum steuerlichen Rückwirkungsverbot, in: Steuer und Wirtschaft 1954, Sp.1 ff.
- Klein, Günther      Politische Pflichten der Beamten nach der Rechtsprechung der höchsten Disziplinargerichte, in: Die Justiz, Bd.7, 373 ff und 447 ff.
- Kleinrahn, Kurt      Bedürfnisprüfung und Grundgesetz, in: Deutsche Verwaltung 1949, S.537 ff.
- Kley, Gisbert      Die Freiheit der Meinungsäußerung im Beamtenrecht, Diss. Heidelberg 1928.
- Klinger, Hans      Die Verordnung über die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Britischen Zone, 2.Auflage, Göttingen 1953.
- Klüber, Hans      Die Grundsätze des Beamtenrechts in der Rechtsprechung des OVG, in: Verwaltungsarchiv 31, S.136 ff.
- Koellreutter, Otto      Deutsches Verfassungsrecht, 2.Aufl., Berlin 1936.
- "                      "      Deutsches Staatsrecht, Stuttgart und Köln (ohne Jahresangabe).
- "                      "      Politische Treupflicht und Berufsbeamtentum, in: Die öffentliche Verwaltung 1951, S.467 ff.
- Koertge, H.R.      Das Leitbild des Berufsbeamtentums im heutigen Staat, in: Recht im Amt 1955, S.33 ff.
- Köttgen, Arnold      Das deutsche Berufsbeamtentum und die parlamentarische Demokratie, Berlin und Leipzig 1928.
- "                      "      Beamtenrecht, Breslau 1928.
- "                      "      Das Beamtenurteil des Bundesverfassungsgerichts, in: Archiv des öffentlichen Rechts, Bd.79, S.350 ff.

- Köttgen, Arnold Abgeordnete und Minister als Statusinhaber, in: Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht. Veröffentlichungen des Instituts für Staatslehre und Politik, Mainz, 6. Band (Gedächtnisschrift für Walter Jellinek), München 1955, S. 195 ff.
- " " Zum Entwurf eines Bundesbeamtengesetzes, in: Deutsches Verwaltungsblatt 1951, S. 651 ff.
- " " Vom Recht des Studenten, in: Deutsche Universitätszeitung 1954, Heft 13, S. 3 ff.
- " " Die Freiheit der Wissenschaft und die Selbstverwaltung der Universität, in: Die Grundrechte, Herausgegeben von Neumann-Nipperdey-Scheuner, 2. Band, S. 291 ff.
- " " Grundgesetz und Beamtenrecht, in: Recht, Staat, Wirtschaft, Schriftenreihe des Innenministers des Landes Nordrhein-Westfalen für staatswissenschaftliche Fortbildung, 4. Band, Düsseldorf 1953, S. 227 ff.
- " " Die politische Betätigung der Beamtenschaft, in: Verwaltungsarchiv 37, S. 247 ff.
- Kollmann, Ottmar Petitionsrecht und Bundesverwaltungsgericht, in: Die öffentliche Verwaltung 1952, S. 264 ff.
- Kotzur, Theodor Beamter und Beamtenpolitik unter veränderten Staatsformen, in: Der Beamte 1928, S. 89 ff.
- v. Krauss, Rupprecht Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit, Abhandlungen aus dem Seminar für öffentliches Recht der Universität Hamburg, Heft 44, Hamburg 1955.
- Krüger, Herbert Grundgesetz und Kartellgesetzgebung, Göttingen 1950.
- " " Rechtsverordnung und Verwaltungsanweisung in: Rechtsprobleme in Staat und Kirche (Festgabe für Smend), Göttingen 1952, S. 211 ff.
- " " Die Einschränkung von Grundrechten nach dem Grundgesetz, in: Deutsches Verwaltungsblatt 1950, S. 625 ff.
- " " Der Verwaltungsschutz im besonderen Gewaltverhältnis, in: Neue Juristische Wochenschrift 1953, S. 1369 ff.
- " " Neues zur Persönlichkeitsentfaltung und deren Schranken, in: Neue Juristische Wochenschrift 1955, S. 201 ff.
- " " Die Grundrechte im Beamtenverhältnis, in: Bayrische Beamtenzeitung 1950, S. 237 ff.

- Krüger, Herbert      Wirtschaftsverfassung, Wirtschaftsverwaltung, Rechtsstaat, in: Der Betriebsberater 1953, S.565 ff.
- "                      "                      Grundrechte im besonderen Gewaltverhältnis, in: Zeitschrift für Beamtenrecht 1956, S.309 ff.
- Kübel                      Politische Betätigung der Richter, in: Deutsche Richterzeitung 1925, Spalte 272 ff.
- Küster, Otto              Diskussionsbeitrag, in: Referate zum 39. DJT, öffentlich-rechtliche Abteilung, D 100.
- Kulemann                  Das Koalitionsrecht der Beamten, in: Deutsche Juristenzeitung 1909, Sp.689 ff.
- Laband, Paul              Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, 1.Bd., 4.Aufl. Tübingen und Leipzig 1901, 2.Bd., Tübingen 1911.
- Labs                          Anmerkung zu BVerwG v.10.3.1954, in: Die öffentliche Verwaltung 1954, S.532 ff.
- Lassally, Oswald          Schranken der Grundrechte, in: Monatschrift für Deutsches Recht 1953, S.76 f.
- Lehr                          Rede vom 15.1.1952, in: Beamtenbund 1952, S.18.
- Lerche, Peter              Wahrrecht und Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: Deutsches Verwaltungsblatt 1954, S. 626 ff.
- Lindgen, Erich              Bundesdisziplinarrecht, in: Post- und Fernmeldewesen, Schriften für Wissenschaft und Praxis, 2.Bd, Hamburg, Berlin, Bonn (o.J.)
- "                          "                          Nochmals Stellungnahme zur Weitergeltung von §§ 63 DBG und 17 TO A, in: Zeitschrift für das Post- und Fernmeldewesen 1952, S.269 ff.
- "                          "                          Teilnahme an der sog. Volksbefragung als schwereres Dienstvergehen, in: Zeitschrift für das Post- und Fernmeldewesen 1953, S.249 ff.
- Loppuch, Siegfried          Zur Freiheit der Berufswahl und Beschränkung der Berufsausübung, in: Deutsches Verwaltungsblatt 1951, S.123 ff.
- Lucas                          Zu den Fragen der Geltung der Eigentums-  
garantie (Art.14 GG) für Beamte und die  
Grenzen der Bindungswirkung von Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts,  
in: Neue Juristische Wochenschrift 1954,  
S.1273 ff.
- v.Mangoldt, Hermann      Das Bonner Grundgesetz, Berlin und Frankfurt 1953.

- v.Mangoldt, Hermann Das Bonner Grundgesetz, 2.Auflage, bearbeitet von Friedrich Klein, Berlin und Frankfurt 1955 (v.Mangoldt-Klein).
- " " Die Grundrechte, in: Die öffentliche Verwaltung 1949, S.261 ff.
- Mannheimer, Ludwig Die Rechtsprechung des Bundesdisziplinarhofs, in: Juristenzeitung 1956, S.86 ff und 1955, S.78 ff.
- Mattern, Karl-Heinz Petitionsrecht, in: Die Grundrechte, herausgegeben von Neumann-Ripperdey-Scheuner 2.Ed, S.623 ff.
- Mayer, Otto Deutsches Verwaltungsrecht, 1.Band, (3. Aufl.), München und Leipzig 1924; 2.Bd, (3.Aufl.), München und Leipzig 1924.
- Maunz, Theodor Deutsches Staatsrecht, 4.Auflage, München und Berlin 1955.
- Menzel, Eberhard Gutachten über die Notwendigkeit eines verfassungsändernden Gesetzes zur Errichtung bewaffneter deutscher Streitkräfte im Rahmen der EVG, in: Kampf um den Wehrbeitrag, 1.Halbband, S.280 ff.
- Mercker, Reinhold Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: Bundesanzeiger v.14.2.1954, Nr.24, S.8 ff.
- Merk, Wilhelm Volksbegehren und Volksentscheid, in: Archiv des öffentlichen Rechts, Bd.19 (NF), S.83 ff.
- Merkl, Adolf Entwicklung und Reform des Beamtenrechts, in: Veröffentlichungen der Vereinigung Deutscher Staatsrechtslehrer, Heft 7, S.55 ff.
- Meyer, Georg und Anschütz, Gerhard Lehrbuch des deutschen Staatsrechts, 7.Aufl., München und Leipzig 1919.
- Meyer, Alex Ist die in der deutschen Luftverkehrs-gesetzgebung vorgesehene Genehmigung von Luftfahrtunternehmen und die bei der Genehmigung vorgesehene Prüfung der Bedürfnisfrage mit dem Grundgesetz vereinbar? in: Zeitschrift für Luftrecht 1954, S. 23 ff.
- Meyer, Karl Der Rechtsschutz der Grundrechte im Wehrdienst, in: Die öffentliche Verwaltung 1954, S.66 ff.
- Meyer-Cording, Ulrich Die Rückwirkung von Gesetzen, in: Juristenzeitung 1952, S.161 ff.
- Mittermaier, Wolfgang Gefängnis-kunde, Berlin und Frankfurt 1954
- Naumann, Richard Das Berufsbeamtentum und die Staatskri-sen, in: Veröffentlichungen der Vereini-gung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 13, S.88 ff.

- Naumann, Richard Grundlagen und Grenzen der Berufsfreiheit  
in: Juristenzeitung 1951, S.423 ff.
- " , " Diskussionsbeitrag, in: Referate zum 39.  
DJT, Öffentlich-rechtliche Abteilung,  
D 101 f.
- Nawiasky, Hans Forderungs- und Gewaltverhältnis, ein  
Beitrag zum allgemeinen und privaten Teil  
des öffentlichen Rechts, in: Festschrift  
für Ernst Zitelmann, München und Leipzig  
1913 (ohne bes. Seitenzahl).
- Neis, K. Das vorläufige Polizeivollzugsbeamtenge-  
setz des Bundes, in: Zeitschrift für Be-  
amtenrecht 1955, S.157 ff.
- Nieland, Helmut Parlamentarische Beamteninkompatibilität,  
Münster, Diss.1954.
- Nipperdey, Hans-Carl Die Würde des Menschen, in: Die Grund-  
rechte, herausgegeben von Neumann- Nip-  
perdey-Scheuner, 2.Bd., S.1 ff.
- " , " Gewerbefreiheit der öffentlichen Hand,  
in: Der Betriebsberater 1951, S.593 ff.
- " , " Die soziale Marktwirtschaft in der Ver-  
fassung der Bundesrepublik, in: Wirt-  
schaft und Wettbewerb 1954, S.209 ff.
- Nischk, Kurt Das Bundesbeamtengesetz nebst vorläufi-  
gem Bundespolizeivollzugsbeamtengesetz,  
Braunschweig 1953.
- MdN. Die Laufbahnrichtlinien der Polizei in  
Nordrhein-Westfalen und das Grundgesetz,  
in: Die öffentliche Verwaltung 1955, S.  
18.
- Obermayer, Klaus Verwaltungsakt und innerdienstlicher  
Rechtsakt, Stuttgart-München-Hannover  
1956.
- Otto, W. Der Vorrang des beamtenrechtlichen Ent-  
lassungsantrags, in: Zeitschrift für  
Beamtenrecht 1955, S.65 ff.
- " , " Diskussionsbeitrag, in: Referate zum  
39. DJT D 140 und 161.
- Pasquay, Hans Die Vereins- und Versammlungsfreiheit  
der Beamten nach deutschem Vereins- und  
Beamtenrecht, in: Annalen des Deutschen  
Reichs, 1914, S.401 ff, 541 ff, 781 ff.
- Peters, Hans Die freie Entfaltung der Persönlichkeit  
als Verfassungsziel, in: Gegenwartspro-  
bleme des internationalen Rechts und der  
Rechtsphilosophie (Launfestgabe), Ham-  
burg 1953, S.669 ff.
- " , " Der deutsche Beamte in der Verwaltung,  
in: Der Deutsche Beamte 1952, S.66 f.

- Peters, Hans                    Buchbesprechung, in: Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft 110, S.563 ff.
- Poetzsch-Heffter, Fritz        Handkommentar der Reichsverfassung, 3. Aufl., Berlin 1928.
- Piloty, Robert                 Streitfragen aus dem Beamtenrecht-Das Recht der Meinungsäußerung insbesondere im Bereich des Bayrischen Staatsdienstes, in: Archiv des öffentlichen Rechts 33, S.3 ff.
- Redelberger, Oskar             Der Eid des Beamten, in: Die öffentliche Verwaltung 1954, S.397 ff.
- Redeker, Konrad                Gegenwartsfragen der berufständischen Selbstverwaltung, in: Juristenzeitung 1954, S.625 ff.
- "      "                     Grenzen des staatlichen Inquisitionsrechts, in: Die öffentliche Verwaltung 1954, S.109 ff.
- Reuss, W.                        Der "numerus clausus" im Gewerberecht und für freie Berufe, in: Neue Juristische Wochenschrift 1951, S.777 ff.
- Reuter, Albert                 Schulordnung und Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: Die öffentliche Verwaltung 1954, S.305 ff.
- Von Rheinbaben, Paul         Die preussischen Disziplinalgesetze, 2. Aufl., Berlin 1911.
- Richner, Erich                 Umfang und Grenzen der Freiheitsrechte der Beamten nach Schweizerischem Recht, Diss. Zürich 1954.
- Ridder, Helmut K.J.            Meinungsfreiheit, in: Die Grundrechte, herausgegeben von Neumann, Nipperdey, Scheuner, 2.Band, S.243 ff.
- Roach, J.O.                     Politische Betätigung der Beamten, in: Neues Beamtentum S.258.
- Roehl, Hellmut                 Der Rechtsschutz des Gefangenen, in: Juristenzeitung 1954, S.65 ff.
- Roehlke, Erich                 Die rechtlichen Grenzen für die politische Betätigung der Beamten des Reichs und Preussens, Diss. Halle-Wittenberg 1933.
- Roemer, Curt                  Bundesdisziplinarordnung, Handkommentar, München und Berlin 1954.
- Von Rönne, Ludwig             Das Staatsrecht der preussischen Monarchie, 5.Aufl., bearbeitet von Philipp Zorn, 1.Band, Leipzig 1899.
- Rothenbücher, Karl            Das Recht der freien Meinungsäußerung, in: Veröffentlichungen der Vereinigung Deutscher Staatsrechtslehrer, Heft 4, S. 6 ff.

- Schätzel, Walter      Rechtsgutachten betreffend Rechtsfragen einer Wiederaufrüstung Deutschlands, in: Kampf um den Lehrbeitrag, 1. Halbband, S. 323 ff.
- Scheffler, Erna u. Krüger, Hildegard      Die beamtenrechtliche Stellung der Frau, in: Neues Beamtentum, S. 136 ff.
- Scheuner, Ulrich      Die institutionellen Garantien des Grundgesetzes, in: Recht, Staat, Wirtschaft, 4. Band, S. 88 ff.
- "                    "      Grundfragen des modernen Staates, in: Recht, Staat, Wirtschaft, 3. Band, S. 126 ff.
- "                    "      Die staatliche Intervention im Bereich der Wirtschaft, in: Veröffentlichungen der Vereinigung Deutscher Staatsrechtslehrer, Heft 11, S. 1 ff.
- "                    "      Politische Betätigung von Beamten gegen die freiheitliche Grundordnung, in: Politische Neupflicht im öffentlichen Dienst, S. 65 ff. (Gutachten).
- Schierholt      Numerus clausus und Grundgesetz, in: Deutsches Verwaltungsblatt 1950, S. 69 ff.
- Schmidt-Brücken, Georg      Gedanken zur Neuregelung des Beamtenrechts, in: Zeitschrift für Beamtenrecht und Beamtenpolitik 1951, S. 6 ff.
- Schmitt, Carl      Verfassungslehre, München und Berlin 1928 (Neudruck 1954).
- "                    "      Inhalt und Bedeutung des zweiten Hauptteils der Reichsverfassung, in: Handbuch des deutschen Staatsrechts, 2. Bd., S. 572 ff.
- Schneeberger      Zur Frage der Rechtswidrigkeit der Zölibatsklausel für Polizeivollzugsbeamte, in: Zeitschrift für Beamtenrecht 1956, S. 33 ff.
- Schoenborn, Walter      Die Berechtigung der Beamten zur Teilnahme an den Volksbegehren mit dem Kennwort "Freiheitsgesetz", in: Festschrift für Max Pappenheim, Veröffentlichungen der Schleswig-Holsteinischen Universitätsgesellschaft, Nr. 32, Breslau 1931, S. 305 ff.
- Scholtissek, Herbert      Das Recht des Beamten auf freie Meinungsäußerung, in: Beamtenbund 1955, S. 62 ff.
- "                    "      Innere Grenzen der Freiheitsrechte, in: Neue Juristische Wochenschrift 1952, S. 561 ff.
- Schroeder, Gerhard      Rede, in: Beamtenbund 1955, S. 105.
- Schulze, Hermann      Lehrbuch des deutschen Staatsrechts, 1. Band, Leipzig 1884.
- Schunck      Beamtenrechtliche Bestimmungen des Grundgesetzes, in: Die neue Verwaltung 1949, S. 201 f.

- Schwarz Anmerkung zu OVG Münster v.12.1.1954, in: Neue Juristische Wochenschrift 1954, S. 1742 f.
- Sieg, Harald Das Recht der Gewerbezulassung und Art. 12 des Grundgesetzes, in: Deutsches Verwaltungsblatt 1950, S.197 ff.
- Silberberg, Helmut Beamte und Volksbegehren, Diss. Frankfurt 1931.
- Smend, Rudolf Verfassung und Verfassungsrecht, München und Leipzig 1928.
- " , " Das Recht der freien Meinungsäußerung, in: Veröffentlichungen der Vereinigung Deutscher Staatsrechtler, Heft 4, S.451.
- Spanner, Hans Der verwaltungsgerichtliche Schutz der Beamten in Oesterreich, in: Die öffentliche Verwaltung 1954, S.577 ff.
- Steiniger, Alfons Das Blocksystem, Berlin 1949.
- Stock Das Recht der Beamten zur freien Meinungsäußerung und seine Begrenzung, in: Deutsche Juristenzeitung 1925, Sp.1330 ff.
- Thieme, Werner Deutsches Hochschulrecht, Berlin-Köln 191956.
- " , " Die besonderen Gewaltverhältnisse, in: Die öffentliche Verwaltung 1956, S.521 ff.
- Thoma, Richard Der Polizeibefehl im Badischen Recht, 1.Teil, Tübingen 1906.
- " , " Die Lehrfreiheit der Hochschullehrer und ihre Begrenzung durch das Bonner Grundgesetz, Tübingen 1952.
- " , " Die juristische Bedeutung der grundrechtlichen Sätze der deutschen Reichsverfassung im allgemeinen, in: Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, herausgegeben von Nipperdey, 1.Band, Berlin 1929, S.1 ff.
- " , " Grundrechte und Polizeigewalt, in: Verwaltungsrechtliche Abhandlungen, Festgabe zur Feier des fünfzigjährigen Bestehens des Preussischen Oberverwaltungsgerichts, Berlin 1925, S.183 ff.
- Über, Giesbert Freiheit des Berufs - Art.12 des Grundgesetzes. Abhandlungen aus dem Seminar für öffentliches Recht der Universität Hamburg, Heft 42, Hamburg 1952.
- Ule, Carl Hermann Gerichtlicher Rechtsschutz im Beamtenrecht, Berlin-Köln-Detmold-München 1951.
- " , " Politische Treupflicht im öffentlichen Dienst, in: Deutsches Verwaltungsblatt 1951, S.340 ff.

- Ule, Carl Hermann Das besondere Pflichtenverhältnis und der Wandel der Staatsidee, in: Reichsverwaltungsblatt 1934, S.649 ff.
- Vervier, Heinrich Meinungsausserungsfreiheit und Beamtenrecht, in: Archiv des öffentlichen Rechts 6 (NF), S.1 ff.
- Verwaltungsrechtsordnung für Württemberg-Entwurf eines Gesetzes mit Begründung, Stuttgart 1931.
- Wacke, Gerhard Entstehungsgeschichte und Inhalt des Art. 33 Abs.5 des Grundgesetzes, in: Neues Beamtentum S.179 ff.
- " , " Zur Neugestaltung des Beamtenrechts, in: Archiv des öffentlichen Rechts, Bd.76, S.385 ff.
- Weber, Werner Struktur und Aufgabe des Beamtentums, in: Staat und Selbstverwaltung in der Gegenwart - Göttinger rechtswissenschaftliche Studien, Heft 9, Göttingen 1953, S.87 ff.
- " , " Das Berufsbeamtentum im demokratischen Rechtsstaat (Vortrag), Beamtenbund 1952, S.8.
- Wenzel, Max Das Gesetz zu Art.131 GG und die Hochschullehrer, Frankfurt a.M. 1953.
- " , " Die Rechtsstellung der entnazifizierten Beamten, Nürnberg 1949.
- Werner, Fritz Bemerkungen zum Verhältnis von Grundrechtsordnung, Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: Juristenzeitung 1954, S.557 ff.
- Winzer, Eduard Das Recht der freien Meinungsäußerung der Beamten insbesondere im Reich, Thüringen und in Preussen, Diss.Jena 1926.
- Woll, Erwin Verwaltungsakt auf Unterwerfung, Diss. Heidelberg 1927.
- Wolff, Grete Strafvollzug und Rechtsstaat, in: Strafrechtliche Abhandlungen, Heft 319, Breslau-Neukirch 1933.
- Wolff, Hans J. Verwaltungsrecht I, Ein Studienbuch, München und Berlin 1956.
- " , " Zum Urteil des StGH für das Deutsche Reich vom 19.12.1929 in Sachen Freiheitsgesetz (RGZ 127, Anh. 1 ff), in: Archiv des öffentlichen Rechts, Bd.57, S.411 ff.
- " , " Anmerkung zum VGH für Württemberg-Hohenzollern vom 26.6.1952, in: Juristenzeitung 1953, S.38 f.
- Zeidler, Karl Zur Problematik von Art.2 Abs.1 GG, in: Neue Juristische Wochenschrift 1954, S. 1068 ff.

- Zehe, Paul Arthur Grundrechte und Beamtenpflichten, Diss. Köln 1953.
- Zinn, Georg August u. Stein, Erwin Die Verfassung des Landes Hessen, Kommentar, 1. Band, Bad Homburg vor der Höhe und Berlin 1954.
- Zinser Anmerkung zu OVG Lüneburg, in: Die öffentliche Verwaltung 1952, S. 120 ff (123)
- Zweigert, Erich Der Beamte im neuen Deutschland, in: Volk und Reich der Deutschen (Vorlesungen gehalten in der Deutschen Vereinigung für staatswissenschaftliche Fortbildung, 2. Band, Berlin 1929, S. 460 ff.
- Zweigert, Konrad Auswüchse des studentischen Korporationswesens und die Verwaltungsgerichte, in: Juristenzeitung 1955, S. 533 ff.
- Der Kampf um den Wehrbeitrag, Veröffentlichungen des Instituts für Staatslehre und Politik in Mainz, 2. Band (Gesamtveröffentlichungen), München 1953, (Wehrbeitrag).
- Neues Beamtentum, Beiträge zur Neuordnung des öffentlichen Dienstes, herausgegeben vom Institut zur Förderung öffentlicher Angelegenheiten, Frankfurt a.M. 1951. (Neues Beamtentum).
- Verhandlungen des 39. ausserordentlichen Deutschen Juristentags in Stuttgart 1951, Öffentlich-rechtliche Abteilung, Tübingen 1952, Teil D, (Referate zum 39. DJT).
- Politische Treupflicht im öffentlichen Dienst, Frankfurt (OJ).
- Ohne Verfasserangabe: Verletzte Grundrechte, in: Beamtenbund 1951, S. 22 ff.

## Abkürzungsverzeichnis.

AP	-	Arbeitsrechtliche Praxis
ArbRSt	-	Arbeitsrecht in Stichworten
AS = E	-	Amtliche Entscheidungssammlung
BAG	-	Bundesarbeitsgericht
BBG	-	Bundesbeamtengesetz
BBZ	-	Bayrische Beamtenzeitung
BDH	-	Bundesdisziplinarhof
BK	-	Bonner Kommentar
DiszH n.r.B.	-	Preussischer Disziplinarhof für nichtrichterliche Beamte
DJZ	-	Deutsche Juristenzeitung
DRiZ	-	Deutsche Richterzeitung
DöD	-	Der öffentliche Dienst
DStrRZ	-	Deutsche Strafrechtszeitung
DUZ	-	Deutsche Universitätszeitung
DV	-	Deutsche Verwaltung
EVRO	-	Entwurf einer Verwaltungsrechtsordnung
FAZ	-	Frankfurter Allgemeine Zeitung
HdbStR	-	Handbuch des deutschen Staatsrechts
NV	-	Neue Verwaltung
Oppenhoff	-	Rechtsprechung des kgl. Obertribunals in Strafsachen, herausgeg. v. Oppenhoff
PrMBli.V.	-	Preussisches Ministerialblatt für die innere Verwaltung
PrVBl	-	Preussisches Verwaltungsblatt
RDH	-	Reichsdisziplinarhof
RiA	-	Recht im Amt
RStW	-	Recht-Staat-Wirtschaft (Schriftenreihe des Innenministers des Landes Nordrhein-Westfalen für staatswissenschaftliche Fortbildung).
RuPrVBl	-	Reichs- und Preussisches Verwaltungsblatt
StuW	-	Steuer und Wirtschaft
VerwA	-	Verwaltungsarchiv
VVStL	-	Veröffentlichungen der Vereinigung Deutscher Staatsrechtslehrer
WV = WRV	-	Weimarer Reichsverfassung
WuW	-	Wirtschaft und Wettbewerb
ZBR	-	Zeitschrift für Beamtenrecht
ZBP	-	Zeitschrift für Beamtenrecht und Beamtenpolitik
ZLR	-	Zeitschrift für Luftrecht
ZgesStW	-	Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft

## Teil I. Einleitung

### 1. Abschnitt. Das Problem der Grundrechte im Beamtenverhältnis und seine Verwirklichung.

In der Sitzung vom 11.5.1955 stellte eine Anfrage der CSU die Abgeordneten des Bayrischen Landtages vor die Frage, ob man es Ministerialbeamten verwehren könne, sich in der Öffentlichkeit über Ziele und Politik der Staatsregierung zu äussern<sup>1)</sup>. Die CSU wandte sich gegen einen Beschluss des Bayrischen Ministerrats vom 29.3.1955, der die Ministerialbeamten verpflichtete, geplante öffentliche Ausserungen über dienstliche, die Zielsetzung der Landesregierung berührende Angelegenheiten vorher dem vorgesetzten Minister mitzuteilen. Sie sah in dem Beschluss einen Verstoß gegen die Freiheit der Meinungsäusserung auch für die Beamten<sup>2)</sup>.

Die Anfrage der CSU deckt in dem weiten Bereich des Widerstreits zwischen Staatsmacht und individuellem Freiheitsstreben einen weiteren Konfliktsstoff auf: den des Verhältnisses zwischen Grundrechtsgewährleistung und den Pflichten, die sich aus der Bindung des Beamten an den Staat im Beamtenverhältnis ergeben. Diese Frage taucht immer dann auf, wenn von einem Beamten ein Verhalten verlangt wird, das seine Freiheit, sein Vermögen oder seine Person berührt, und dieses Ansinnen dann darauf gestützt wird, er habe damit nur seine Beamtenpflichten zu erfüllen. Wo die Freiheitssphäre oder das Vermögen des Beamten nicht angetastet wird, kann auch kein Grundrecht des Beamten verletzt worden sein. Wo hier die Grenze zwischen belastendem Eingriff und Anordnungen, die den Beamten in diesen Rechtsgütern nicht treffen, zu ziehen ist, kann im Einzelfall sehr schwer zu bestimmen sein. Die Diskussion um den Rechtsschutz im besonderen Gewaltverhältnis<sup>3)</sup> hat die wohl brauchbare Lösung gebracht,

---

1) Stenographischer Bericht der 18. Sitzung der 3. Legislaturperiode v. 11.5.1955, S.433 ff.

2) Abg. Dr. Schedl (Sten.Bericht,S.433); Abg. Dr.Heubl (Sten.Bericht,S.447 ff).

3) Statt Vieler: Bachof, Laforet-Festg. S.235 ff; Ule, Gerichtl. Rechtsschutz, S.26 ff; HJ.Wolff, Anm.zum VGH für Württ.Hohenzollern v. 26.6.52, JZ 1953, S.38 ff, und die Übersicht über den Stand der Meinungen bei Obermayer, VA, S.148 ff.

dass Freiheit und Vermögen und damit die Grundrechte des Beamten nicht beschnitten werden, wenn der Beamte als selbstständiges Glied der Staatsverwaltung in seiner weisungsgebundenen Anstellung angesprochen wird - wie etwa durch den Dienstbefehl, einen Antrag ablehnend zu bescheiden. Demgegenüber treffen Massnahmen den Beamten dann in seiner Freiheit und seinem Vermögen, wenn sie sich gegen ihn als Partner des ihr als selbständige Rechtspersönlichkeit mit dem Staat verbindenden Beamtenverhältnisses wenden. Sie berühren dann den Beamten in seinem Status. In der Regel greifen Anordnungen in den persönlichen Rechtskreis des Beamten ein, wenn sie nur mittelbar den Verwaltungszweck fördern, um den Beamten in die Staatsorganisation einzuordnen (zB Versetzungen, Anordnungen über Dienstzeit und -kleidung). Nur von dieser Gruppe von Anordnungen, die eine Dienstpflicht zu erfüllen gebieten, können Grundrechtsverletzungen herrühren<sup>1)</sup>.

Die Möglichkeit eines Zusammenstosses mit den Grundrechten deckt ein Pflichtenkatalog etwa des Bundesbeamtengesetzes vom 14.7.1955 auf<sup>2)</sup>. Die Pflicht zur dienstortnahen Wohnungnahme (§ 74 Abs.1BBG), das Recht zur Abordnung und zur Versetzung (§§ 26, 27 BBG) scheinen beispielsweise das Grundrecht der Freizügigkeit (Art.11 GG), die Pflicht zur Amtsverschwiegenheit (§ 61 Abs.1BBG) und die Genehmigungspflicht für Zeugenaussagen (§§ 61 Abs.1 Satz 2; 62 BBG) die freie Meinungsäusserung (Art.5 GG) zu beschränken. Die Bindung des Beamten an die freiheitlich-demokratische Grundordnung (§ 52 Abs.2 BBG) und die Pflicht zur Mässigung in politischen Angelegenheiten (§53 BBG) verstossen möglicherweise gegen Art.3 Abs.3 GG (Benachteiligungsverbot wegen politischer Anschauungen) und Art. 5 GG. Die Genehmigungspflicht für Nebenbeschäftigungen (§ 65 Abs.1 BBG) könnte die Freiheit der Berufswahl antasten (Art.12 Abs.1 Satz1 GG). Dennoch hat die wissenschaftliche Erörterung

1) Diese doch wohl durchführbare Abgrenzung zwischen innerdienstlichem Rechtsakt und Verwaltungsakt scheint klarer und praktischer zu sein als der Vorschlag Obermayers (VA. S.161 ff), grundsätzlich jede im Beamtenverhältnis ergehende Massnahme als Verwaltungsakt anzusehen und dann mit Hilfe einer angesichts Art.19 Abs.4 GG fragwürdigen Abwägung nach dem Schutzwürdigkeitsgesichtspunkt den Rechtsschutz von Fall zu Fall zu gewähren oder zu versagen.

2) Vgl. auch die Zusammenstellung bei Gericke, RiA 1955, 209 ff (209/210).

diesen Konfliktsstoff für das Grundgesetz bisher kaum aufgegriffen und ist nur selten über Ansätze und gelegentliche Bemerkungen hinausgelangt<sup>1)</sup>. Sie stößt auch ziemlich rasch auf eine ernste Schwierigkeit: Die schon samt oft sehr schwierige Abwägung zwischen Individualinteresse und Staatsmacht ist hier noch dadurch erschwert, dass der Einzelne, der sich mit den Grundrechten gegen den Staat wehren will, als Beamter in seinem Beamtenverhältnis noch vielfach an den Staat gebunden ist. Bei dieser Doppelstellung des Beamten als gewaltunterworfenem Staatsdiener und als Staatsbürger hat man zwei geistesgeschichtliche Welten zu versöhnen: die aus der christlichen und liberalen Gedankenwelt stammende Forderung nach Menschenwürde und Freiheit für jeden Menschen mit der letztlich aus der absoluten Monarchie rührenden Tradition des deutschen Beamtenrechts, den Beamten mit seinen Pflichten dem Staat zu unterwerfen. Diesen Ausgleich zu finden, gibt gerade das Grundgesetz auf, das neben den Grundrechten auch das Berufsbeamtentum in die Verfassungsordnung der Bundesrepublik Deutschland einbringt.

## 2. Abschnitt. Begriff der Grundrechte und des Beamtenverhältnisses.

Eine solche Untersuchung hat sich mit dem Rechtszustand unserer Zeit auseinanderzusetzen. Da diese Arbeit mehr auf eine grundsätzliche Untersuchung des Verhältnisses von Grundrechten und Beamtenverhältnis angelegt ist, kann sie auf das Verhältnis der Grundrechte des Grundgesetzes der Bundesrepublik Deutschland vom 23.5.1949 zu dem Beamtenverhältnis der Beamten des Bundes beschränkt werden<sup>2)</sup>. Die Grundrechte der Landesverfassungen und die Pflichten der Landesbeamten sollen also unberücksichtigt bleiben. Dies kann umso eher geschehen, als sowohl die Grundrechte der Landesverfassungen (vgl. Art. 142 GG) als auch

1) v. Mangoldt-Klein, GG (2. Aufl.) Vorbem. B XVI = S. 134:  
"eine weitgehend noch unerforschte und ungeklärte Frage", ...  
"einzelne sporadische Stellungnahmen der Rechtslehre und Rechtsprechung"; auch: Werner, JZ 1954, 557 ff (560 f).

2.) Bundesbeamtengesetz v. 14.7.1953 (BGBl I, 551) = BBG.

die Landesbeamtengesetze sich weitgehend an das Vorbild des Bundesrechts anlehnen.

Demgemäss sollen verstanden werden:

Als Grundrechte die in das Grundgesetz vor allem in dessen Grundrechtsteil (Abschnitt 1, Art. 1 -19) aufgenommenen subjektiv öffentlichen Rechte eines Individuums oder einer juristischen Person gegenüber dem Staat<sup>1)</sup>. Der Begriff des Grundrechts ist derart formal unschwer zu bestimmen. Eine materielle Ergänzung dieser an sich unbefriedigenden formalen Bestimmungsweise leidet an nicht sehr klaren und nicht allgemein anerkannten Massstäben: der Herkunft aus einem Wertesystem, dem die Würde des Menschen zugrundeliegt<sup>2)</sup>, das mit überpositiver Geltungskraft<sup>3)</sup> eine staatsfreie Sphäre, die Beteiligung am staatlichen Leben oder eine menschenwürdige Existenz zu sichern sucht. Für die Zwecke dieser Arbeit dürfte die gegebene formale Grundrechtsbestimmung genügen.

Dabei ist der allerdings nur für die Eingeschliessungsfreiheit der Beamten spürbare Einfluss der Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4.11.1950 (BGBl 1952, II S. 686) zu berücksichtigen, die die Grundrechtsstellung des Einzelnen über das im Grundgesetz gegebene Ausmass erweitern kann<sup>4)</sup>.

Um den Umfang der Arbeit nicht zu sehr anschwellen zu lassen, wird das aktive und passive Wahlrecht trotz seines Grundrechtscharakters<sup>5)</sup> nicht berücksichtigt, und damit der Fragenkreis der Inkompatibilität zwischen Beamtenstellung und Abgeordnetenmandat (Art.137 Abs.1 GG) unerörtert gelassen<sup>6)</sup>.

Als Beamtungsverhältnis gemäss § 2 Abs.1 BBG das öffentlich-rechtliche Dienst- und Treueverhältnis des Einzelnen zu einer mit Dienstherrenfähigkeit ausgestatteten Person des öffentlichen Rechts, das auf die Ausübung eines Amtes gerichtet ist,

1) Ähnlich: Klein, VVStL 8,67 ff(85); Thoma bei Nipperdey I, 1 ff (19) und ProVG Festg.S.183 ff.

2) VGH Freiburg v.12.9.1955, JZ 1956, 18 ff (23).

3) C.Schmitt, Verf.L., S.163.

4) Echterhölter, JZ 1955, 689 ff (692) mit Nachweis.S.689 Fussn2

5) Kern, DÖV 1953, 107 ff (107); Maunz(3.Aufl.),S.71, 73.

6) Dazu die Diss. von Helmut Wieland.

und dessen Inhaber eine Ernennungsurkunde erhalten hat, in der die Worte "unter Berufung in das Beamtenverhältnis" enthalten sein müssen (§ 6 Abs. 1 BBG). Damit sind ausgeschlossen die Angestellten des öffentlichen Dienstes, für die jedoch manche Beamtenverhältnisse Grundsätze ebenfalls gelten<sup>1)</sup>, die Minister, die kirchlichen Amtsträger und die Notare. Dem sehr grundsätzlichen Charakter der Untersuchung entsprechend sei es gestattet, mit den politischen Beamten, den Richtern (vgl. Art. 98 GG), den Ehrenbeamten (§ 5 Abs. 3 BBG) und den Hochschullehrern Sondergruppen unerörtert zu lassen, die für das Beamtenverhältnis nicht typisch sind.

## Teil II. Die Grundrechtstellung des Beamten im allgemeinen.

Diese Arbeit hat sich mit dem Verhältnis der Grundrechte zu dem Beamtenverhältnis auseinanderzusetzen. Denkbar sind drei Möglichkeiten, dieses Verhältnis zu bestimmen:

- (1.) Die Grundrechte können vom Beamten allgemein wegen seiner Bindung an die Pflichten des Beamtenverhältnisses nicht in Anspruch genommen werden (allgemeiner Ausschluss der Grundrechtswirkung im Beamtenverhältnis) oder
- (2.) Die Grundrechte stehen im allgemeinen auch dem Beamten zu, dessen Bindungen im Beamtenverhältnis schränken jedoch seine Grundrechtsausübung in gewissen Ausmass ein (eingeschränkte Wirkung der Grundrechte im Beamtenverhältnis) oder
- (3.) Die Grundrechtsausübung des Beamten wird durch die Pflichtenstellung des Beamten überhaupt nicht berührt (unbeschränkte Wirkung der Grundrechte im Beamtenverhältnis).

### 1. Abschnitt: Keine Wirkung der Grundrechte im Beamtenverhältnis.

Zu erwägen wäre zunächst die Möglichkeit, dass demjenigen, der die Bindungen des Beamtenverhältnisses auf sich nimmt, die Berufung auf sämtliche Grundrechte damit überhaupt und allgemein versagt ist. Der These der mangelnden Wirkung der Grundrechte im Beamtenverhältnis entsprechend, könnte sich der Beamte

1) Dazu Wacke, Neues Beamtentum, S. 152 ff (165).

gegen das Machen seiner Dienstverpflichtungen weder auf den Schutz der Würde des Menschen (Art.1 Abs.1 GG), die Gleichheit vor dem Gesetz (Art.3 Abs.1 GG), die Gewissensfreiheit (Art.4 Abs.1 GG) noch etwa auf die Versammlungs- oder Meinungsfreiheit (Art.5, Art.9 GG) berufen.

Diese Folgerung ist gegenüber dem vom Grundgesetz angestrebten Menschenbild und der Geltungskraft seiner Grundrechte nicht zu halten.

Die Erfahrungen der Vergangenheit haben den Verfassungsrechtgeber bewogen, dem Staat die Eigenschaft als höchstem Wert im menschlichen Zusammenleben abzusprechen. Dafür stellt er - vor allem mit Hilfe der Grundrechte - den Menschen in seiner Eigenheit über den Staat und seine Anforderungen. Ausdruck dieser Rangordnung ist Art.1 Abs.1 GG, der als "Leit-satz für den Grundrechtsabschnitt"<sup>1)</sup> die Würde des Menschen für unantastbar erklärt. Er entzieht damit den Eigenwert des Menschen der staatlichen Verfügungsgewalt, sichert es jedem Menschen zu, als Mensch und Träger höchster geistiger und sittlicher Werte zu leben<sup>2)</sup>. Daran schliesst Art.2 Abs.1 GG das Recht der als frei gedachten Persönlichkeit auf einen staatsfreien Raum in den Grenzen der verfassungsmässigen Ordnung, des Sittengesetzes und der Rechte anderer. Art.2 Abs.1 GG gibt dem Einzelnen das Recht zur freien Selbstbestimmung seines Schicksals<sup>3)</sup>.

Um dieses Menschenbild auch in der Verfassungswirklichkeit durchzusetzen, ist den Grundrechten in der Verfassungsordnung des Grundgesetzes eine starke Stellung eingeräumt. Über die Ausserlichkeit hinweg, dass man die Grundrechte bewusst an die Spitze des Grundrechtstextes gestellt hat, deutet sich mit Art.1 Abs.2 GG eine in manchen neue und verstärkte Stellung der Grundrechte an. Das Grundgesetz erkennt dort ihrem Geltungsgrund nach Grundrechte an, die dem staatlichen Recht vorgegeben

1) v.Mangoldt-Klein, Ann.II, 9 zu Art.1 = S.154.

2) Dem Sinne nach ebenso: v.Mangoldt-Klein, Ann.III 3b zu Art.1 (S.149); Nipperdey bei Neumann-Nipperdey-Scheuner II, 1 und 9; Bayr. VerfGH v.12.4.49, E II (NF) 85 ff (91) und v. 13.1.1955, DOV 1955, 508.

3) Den Zusammenhang zwischen Art.1 Abs.1 und 2 Abs.1 GG als einheitliche Aussage über die Stellung des Menschen im Staat betonen v.Mangoldt-Klein, Ann.III 3b zu Art.2 (S.163 ff).

ding. Dem entspreche es, dass Art. 1 Abs. 3 GG die Grundrechte allgemein über die staatliche Gewalt stellt, Gesetze also nur noch im Rahmen der Grundrechte bestehen dürfen. In dieses Bild einer sehr ausgeprägten Grundrechtswirkung fügt es sich auch ein, dass das Grundgesetz gegenüber den notwendigen Einschränkungen den Wesensgehalt der Grundrechte rettet (Art. 19 Abs. 2 GG) und die Einschränkungen durch den Wesensgehalt bestimmt (Art. 19 Abs. 1 GG).

Dem so durch Art. 1 Abs. 1 und 2 Abs. 1 GG als durch Eigenart und freie Selbstbestimmung der Persönlichkeit bestimmten Menschenbild des Grundgesetzes würde es widersprechen, wenn man den Beamten generell von jedem Grundrechtsgebrauch ausschließen würde. Man würde dem Menschen, dem man etwa die Gewissensfreiheit (Art. 4 Abs. 1 GG), die Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 GG), die Gleichheit vor dem Gesetz (Art. 3 Abs. 1 GG) oder die Freiheit der Berufswahl (Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG) abspricht, jede Selbstbestimmung seines Schicksals nehmen, würde ihn als Objekt der staatlichen Gewalt der Würde seines Menschseins entleeren<sup>1)</sup>. Dem Beamten die Grundrechtsausübung allgemein vorzagen, heisst also ihn "seines Menschseins berauben"<sup>2)</sup>.

Ein völliger Entzug der Grundrechte widerspricht auch dem in Art. 1 Abs. 2 u. 3 und 19 Abs. 2 GG niedergelegten Geltungsanspruch<sup>an</sup> der Grundrechte. Vorstaatlich aufgefasste Grundrechte können vom Staat nicht generell entzogen werden, der ausserdem gerade noch an diese Grundrechte gebunden ist (Art. 1 Abs. 3 GG).

Wie sehr gerade das Grundgesetz einen völligen Anschluss verhindern will, zeigt die Wesensgehaltssperre des Art. 19 Abs. 1 GG. Selbst bei zugelassenen Einschränkungen muss stets ein Restbestand des Grundrechts beachtet werden. Die Anerkennung der Würde und der freien Persönlichkeitsentfaltung und die

1) Es ist zumindest missverständlich formuliert, wenn Meyer (DOV 1954, 66 ff (68)) dem besonderen Gewaltverhältnis die Kraft zuschreibt, den Beamten als "Objekt des von seinem Vorgesetzten ausgeübten Gesamtwillens" hinzustellen.

2) Krüger, BBZ 1950, 237 ff (238), daran anschliessend: Heidelberger Gutachten S. 13; Scholtissek, Beamtenbund 1955, 62 ff (63); Köttgen, DVBl 1951, 651 ff (653) und RStW IV, 227 ff (237).

Stellung der Grundrechte im Grundgesetz lassen es danach nicht zu, die Grundrechte aus dem Verhältnis des Beamten zum Staat vollkommen zu verbannen<sup>1)</sup>.

2. Abschnitt. Eingeschränkte Grundrechtsstellung des Beamten  
- Einschränkungsgründe und -lichkeiten.

Lehnt man den uneingeschränkten Ausschluss der Grundrechte als dem Grundgesetz widersprechend ab, so läge es nahe, sich nun dem Gegenpol zuzuwenden: der Frage, ob die Grundrechte allgemein unbeschränkt im Beamtenverhältnis wirken. Das würde bedeuten, dass sich die Grundrechtsstellung des Beamten nicht von der des nicht im öffentlichen Dienst stehenden Staatsbürgers unterscheiden würde. Die Mannigfaltigkeit der Lebensverhältnisse, in denen Grundrechte wirken, schliesst es jedoch aus, in der Vielzahl der möglichen Anwendungsfälle positiv zu bestimmen, ob hier auch die Grundrechte dem Beamten zustehen könnten. Da die Freiheit nach der Grundrechtsauffassung des Grundgesetzes die Regel ist, lässt sich die Reichweite der Grundrechte auch im Beamtenverhältnis besser von den selteneren Einschränkungen her bestimmen, also von den Fällen, in denen Beamte sich nicht auf Grundrechte in der Reichweite berufen können, die das Grundgesetz in seinem Text ihnen gegeben hat. Wo durch die Einordnung in den Staatsdienst der Grundrechtsgebrauch nicht beschränkt wird, gelten die Grundrechte für den Beamten wie für den Staatsbürger.

Das Grundgesetz gibt es auf, nach Einschränkungsgrundlagen zu suchen, auf Grund deren die Grundrechte dem Beamten nur im eingeschränkten Umfange gewährleistet sind. Zu der Suche nach einer solchen Einschränkungsgrundlage für die Beschränkung der Grundrechte im Beamtenverhältnis zwingt die Bindung jeder staatlichen Gewalt - also auch der des Staates gegenüber dem Beamten an die Grundrechte (Art. 1 Abs. 3 GG). Damit scheint ausgesprochen zu sein, dass auch dem Beamten die Grundrechte in

-----  
1) So ausdrücklich: Wenzel Gesetz zu Art. 131 und Hochschullehrer S. 32; Kultusminister Dr. Schütz vor dem Landtag von NRW, 22. Sitzung v. 12.7.1955, Prot. 3. Wahlper. I, 680 ff (693); Fischbach, DBG, Ann. II, 4 zu § 1 (S. 144); Jüsgen, DOV 1951, 474 ff (475); Bachof, VVStL 12, 37 ff (60); Köttgen, RStW IV, 227 ff (231) und Gedächtnisschrift für Walter Jellinek S. 195 ff (203).

vollen Umfange zustehen sollen, wenn sich nicht aus der Art der Grundrechtsgewährleistung oder der Stellung der Grundrechte in Verfassungszusammenhang etwas anderes ergibt.

1. Kap. Grundsätzlicher Vorrang der Beamtenpflichten auf Grund der Beamtengesetze vor den Grundrechten.

Die Sonderstellung des Beamten, wie sie für den Grundrechtsgebrauch auch nachzuweisen wäre, ergibt sich daraus, dass die Beamten verpflichtet sind, die in den Beamtengesetzen niedergelegten Pflichten zu erfüllen. Man gelangt nun sehr rasch zu einer Lösung des Spannungsverhältnisses zwischen Grundrechtsgewährleistung und Pflichtenstellung des Beamten, wenn man die Grundrechte als nur im Rahmen der allgemeinen Rechtsordnung, der bestehenden Gesetze, geltend ansieht. Denn dann würde sich die durch Unterwerfung unter den Pflichtenkatalog der Beamtengesetze begründete Sonderstellung des Beamten gegenüber dem Staatsbürger ohne weiteres auch auf seine Grundrechtsstellung übertragen. Wenn die Pflichten des Beamtengesetzes den Beamten binden, die Grundrechte aber nur im Rahmen der allgemeinen Rechtsordnung, also auch aller formell einwandfrei zustandgekommener Gesetze wirken, könnten Beamte sich nur insoweit auf Grundrechte berufen, als es ihnen der Pflichtekatalog der Beamtengesetze gestattet. Damit wären die Grundrechte des Beamten den Pflichten des Beamten untergeordnet. Die Frage des Verhältnisses zwischen Grundrechten und Beamtenverhältnis liefe nur noch darauf hinaus, den Umfang der Beamtenpflichten zu bestimmen, ohne dass dabei die Grundrechtsdeklamationen beachtet zu werden brauchten.

Die teilweise für die Grundrechtsauffassung der Weimarer Republik<sup>1)</sup> geltende und abgeschwächt noch in Art. 2 Abs. 4 Herrenchiemses-Entwurf vorgeschlagene Geltung der Grundrechte nur im Rahmen der einfachen Gesetze ist für das Grundgesetz durch die Bindung auch des Gesetzgebers an die Grundrechte (Art. 1 Abs. 3 GG) ausgeschlossen worden. Auch stehen die Bezeichnung

1) Anschütz, 13. Aufl., Anm. 7 zu Art. 114 (S. 487); Thema bei Ripperdey I, 1ff (38); v. Mangoldt-Klein, Vorbem. B IV, 1 (S. 93).

der Grundrechte als vorstaatliche Rechte (Art.1 Abs.2 GG), die Wesensgehaltssperre des Art.19 Abs.2 GG und die Gewährleistung der Menschenwürde (Art.1 Abs.1 GG) einer Auslieferung der Grundrechte an den Gesetzgeber entgegen<sup>1)</sup>. Das Mühen den Versuch scheitern, die Beamtenpflichten allein deswegen gegenüber dem Geltungsanspruch der Grundrechte aufrechterhalten, weil die Grundrechte nur im Rahmen der für die Beamten verpflichtenden Beamtengesetze wirken.

2.Kap. Grundrechtseinschränkung auf Grund gewohnheitsrechtlicher Fortgeltens beamtenrechtlicher Grundrechtsschranken.

Um eine Einschränkungsgrundlage für den Grundrechtsgebrauch des Beamten zu finden, liesse sich möglicherweise ein Gewohnheitsrecht mit Verfassungsrang herleiten, dass den Beamten die Grundrechte stets nur in eingeschränktem Umfange zugestanden hätten und dies gewohnheitsrechtlich auch für die Grundrechtsstellung des Beamten unter der Herrschaft des Grundgesetzes zu gelten hätte<sup>2)</sup>. Gewohnheitsrecht entsteht als fortdauernde gleichmässige Übung, die von der Überzeugung getragen wird, sie sei rechtlich geboten<sup>3)</sup>. Die damit nachzuweisende gleichmässige Übung der Grundrechtsbeschränkung für Beamte ist zunächst in der Verfassungswirklichkeit der Vergangenheit aufzuspielen, um erst dann zu prüfen, ob eine solche Übung auch für die Grundrechte des Grundgesetzes angenommen werden darf. Damit ist zunächst einem kurzen historischen Rückblick auf das Verhältnis von Grundrechten und Beamtenverhältnis Raum zu geben.

---

1) v. Mangoldt-Klein, Vorbem.B III,4 und B IV,1 (S.93) und B XV,1a (S.121); Kalisch, AÖR 78, 334 ff (334); v.Krauss, aaO, S.23 ff(25); v.Mangoldt, DÖV 1949, 261 ff (262); Krüger, DVBl 1950, 625 ff (626) und NJW 1955, 201 ff.

2) Andeutungsweise: Scheuner, RStW IV, 88 ff (110).

3) H.J.Wolff, Verw.R.I S.84; Koellreutter, DStR.S. 97 f : auch Gewohnheitsrecht mit Verfassungsrang.

§ 1. Fortdauernde gleichmäßige beschränkte Grundrechtsstellung des Beamten in der Vergangenheit.

A. Grundrechtsstellung des Beamten in der konstitutionellen Monarchie.

Die Frage nach den Grundrechten im Beamtenverhältnis entstand in Deutschland erst zu Anfang des 19. Jahrhunderts, als die Verfassungen der deutschen Länder den aufklärerisch-liberalen Gedanken von der Freiheit des Individuums aufnahmen und dem Einzelnen Grundrechte gewährten<sup>1)</sup>. Das Beamtenum der anbrechenden konstitutionellen Monarchie fühlte sich zwar schon nicht mehr allein als Fürstendiener, sondern an das Gemeinwohl gebunden, hatte aber dennoch die Bindung an den Willen des Monarchen als des Trägers der Exekutive nicht abstreifen können. Wie die Beamten es verstanden hatten, ihre Rechtsstellung durch Beamtengesetze zu sichern<sup>2)</sup>, begannen sie sich auch gegenüber dem Willen des Monarchen auf die Grundrechte der Verfassungsurkunden zu berufen. Ein Erfolg blieb ihnen versagt. Die Staatspraxis und Lehre der Monarchie betonten gegenüber der Berufung auf Grundrechte die Sonderstellung des Beamten. Ein Grundrecht dürfe nicht vom Beamten in Anspruch genommen werden, wenn der Beamte dabei seine Dienstpflichten verletzen würde. Gegenüber dem Zwang, die Dienstpflichten zu erfüllen, gebe es keine Berufung auf Grundrechte<sup>3)</sup>. So gehen die Treupflicht gegenüber

1) Titel IV der Verfassungsurkunde für das Königreich Bayern v.26.5.1818; Kap.3 der Verfassungsurkunde für das Königreich Württemberg v.25.9.1819; 3.Abschnitt der Verfassungsurkunde für das Königreich Sachsen v.4.9.1831; Titel II der Verfassungsurkunde für den Preussischen Staat v.31.1.1850.

2) PrALR v.5.2.1794, Titel 10 Teil II; Pr. Disziplinargesetz für die nicht-richterlichen Beamten v.21.7.1852 (GS S.465); Reichsbeamtengesetz v.31.3.1873 (RGBl S.73).

3) Brand, Beamtenrecht (1914) S.554; Meyer-Anschütz, D.StaatsR., S.599; v.Rheinbaben, Pr.Disz.Ges., S. 82 ff; Piletz, AÖR 33, 3 ff (10, 22); Pasquay, Annalen des Dt.Reiches 1914, 402 ff (404); Pr.Obertribunal v.14.9.1863, Oppenhoff IV, 38; v. 3.11.1864, Oppenhoff V, 150 und vom 6.11.1865, Oppenhoff VI, 441; Pr OVG v.11.1.1888, PrMB1 i.v.1888, 33 ff (35); v.20.12.1896, E 14, 404 ff (407); v.24.9.1909, E 55, 467 und vom 15.11.1912, E 63, 468.

den Monarchen, die Pflicht zum achtungswürdigen Verhalten (§ 2 Nr.2 DiszG.v.21.7.52) jeden Grundrechtsgebrauch vor. Das Recht der freien Meinungsäußerung (Art.27,28 Pr.Verfassungsurkunde) und das Petitionsrecht gestatten keine Angriffe auf Monarch und Staatsregierung<sup>1)</sup> und gegen die Grundlagen der bestehenden Staatsordnung<sup>2)</sup>, das Versammlungs- und Vereinigungsrecht (Art.29,30 Pr.Verfassungsurkunde) keine regierungsfeindlichen Zusammenschlüsse<sup>3)</sup>. Das verlangt die besondere Stellung des Beamten im Vergleich zu anderen Untertanen. Gelegentlich wird auch darauf verwiesen, dass mit dem freiwilligen Eintritt in das Beamtenverhältnis der Beamte in gewissem Umfang auf die Ausübung der Grundrechte verzichte<sup>4)</sup>. Kennzeichnend für die Grundrechtstellung des Beamten in der konstitutionellen Monarchie ist demnach die Einschränkung des Grundrechtsgebrauchs durch die Beamtenpflichten.

- 
- 1) Königl.Pr.Staatsministerium v.18.4.1896 (nach Kotsur, Der Beamte 1929,90) und v.16.5.02 (nach v.Rheinbaben, Pr.DiszGes S.84); Allerhöchster Erlass v.4.1.1882: "Keine Agitation gegen Meine Politik" (nach v.Rönne-Zorn, Pr.StaatsR.I, 459 Fussn.4(S.460)); Anschütz, Verf.Urk.I, 507; Bornhak, Pr.StaatsR.II, 55; Laband, StR.I, 444; Gegen die liberalere Praxis des ProVG, das auch oppositionelle Äusserungen im Rahmen der Achtungspflicht zuließ: ProVG v.11.1.88, PrMBL i.V. 1888, 33 ff (35); v.24.9.09, E 55, 467; Brand, Beamtenrecht, S.555 und v.Rheinbaben, Pr.DiszGes S.82. Ähnlich aber wegen des Zwangs der Verhältnisse nicht mehr typisch: Pr.Staatsministerium v.21.10.1918, Pr.VBl.40, 82 f.
  - 2) Absolut herrschende Praxis: ProVG v.11.1.1888, PrMBL i.V. 88, 33 ff (35); v.29.1.1897, PrMBL i.V.1897, 92; v.20.12.1896, E 14, 404 ff (407); v.13.12.1895, DJZ 1896, Sp.224 ff; v.4.6.1907 (nach v.Rheinbaben, Pr.DiszGes S.83); v.29.4.10, E 56, 230; v.15.11.1912, E 63, 468 ff; v.30.9.1910, E 58, 447 ff; v.10.3.1914, E 66, 437 ff; Pr.Staatsministerium v.29.10.04 (nach Rheinbaben, S.83) und v.21.10.1918, PrVBl 40, 82; Brand, Beamtenrecht, S.555; v.Rönne-Zorn, Pr.StaatsR.I, 459, Fussn.4 (S.460); Piloty, AOR 33, 3 ff (23).
  - 3) v.Rheinbaben, Pr.DiszGes, S.85; Kulemann, DJZ 1909 Sp.689 ff ProVG v.24.9.09, E 55, 467 ff (470); v.29.4.10, E 56, 230 ff v. 10.3.1914, E 66, 437 ff; Brand, BeamtenR., S. 554.
  - 4) Piloty, AOR 33, 3 ff; Pasquay, Annalen des Dt. Reiches, 1914 402 ff (542); Auch wenn sie nicht ausdrücklich sich auf die Grundrechte bezieht, dürfte die in dieser Zeit entwickelte Lehre vom besonderen Gewaltverhältnis die Beamtenpflichten gegenüber den Grundrechten aufrechterhalten: Otto Mayer, Dt. VerwR I, 101 f und II, 182 ff; Laband, Dt.StaatsR I, 406 ff; H.Schulze, D.StaatsR I, 330.

3. Grundrechtstellung des Beamten in der Weimarer Republik.

Im Ergebnis änderte sich die Grundrechtstellung des Beamten kaum, als mit der Monarchie der scheinbar tragende Pfeiler des Beamtentums zusammenbrach. Die Erhaltung der Staatsfunktionen hatte die Kräfte der Revolution des Spätherbstes 1918 dazu veranlassen, ihr Ideal des gereinigten Funktionärs aufzugeben<sup>1)</sup> und sich wieder auf das Beamtentum monarchischer Ausprägung zu stützen (Art. 128 ff. WV). Damit änderte sich die Rechtsstellung des Beamten nur insoweit, als an die Stelle des Monarchen das souverän gewordene Volk trat (Art. 1 Abs.; und 130 Abs. 1 WV) und man versucht hatte, dem übernommenen Dienst- und Treuverhältnis einige demokratische Lichter aufzusetzen: so die Gesinnungs- und die Vereinigungsfreiheit des Beamten in Art. 130 Abs. 2 WV. Als die Staatspraxis der Weimarer Republik von den Grundlagen der parlamentarischen Demokratie aus wieder auf die Frage nach der Wirkung der Grundrechte im Beamtenverhältnis stieß, gelangte sie zu kaum anderen Ergebnissen als die monarchistische Lehre. Schon vor der Weimarer Nationalversammlung hatte der Reichsinnenminister Dr. Preuss betont, dass die Grundrechte die beamtenrechtlichen Bindungen nicht beseitigen dürften<sup>2)</sup>. Dem schließt sich auch angesichts des Art. 130 Abs. 2 WV die fast völlig herrschende Ansicht in Rechtsprechung und Literatur an. Die Grundrechte gelten nur im Rahmen der Beamtenpflichten<sup>3)</sup>.

- 
- 1) Die "Koexistenz" von Demokratie und traditionellem Berufsbeamtentum bejahen: MerkL, VVStL 7, 55 ff (57); Gerber, VVStL 7, 2 ff; Köttgen, Berufsbeamtentum, S. 121.
  - 2) 41. Sitzung des 3. Ausschusses der Nationalversammlung vom 17.6. 1919, Berichte des 3. Ausschusses über den Entwurf einer Verfassung des Deutschen Reiches Berlin (O.J.) S. 504.
  - 3) Anschütz, RV Anm. 1 zu Art. 130 (S. 603); C. Schmitt, Verf. L. S. 18; Thoma bei Nipperdey GrdR. I, 1 ff (24) und ProVG Festg. S. 183 ff (204): jedoch mit Beschränkung auf bestimmte Grundrechte; Giese, RV Anm. 2 zu Art. 130 (S. 278 f); Poetzsch-Heffter, Anm. 2 zu Art. 130 (S. 438); Jellinek, VR S. 370 f, 484; Smend, VVStL 7, 45 ff (54 Fussn. 2, 73); Daniels, Hdb dStR II, 41 ff (42, 47 ff); Haentzschel, Hdb dStR II, 651 ff (664); Brand bei Nipperdey II, 210 ff (235) und bei v. Brauchitsch VIII, 125; Brecht bei v. Brauchitsch II, 210; Hatschek, D u. Pr StaatsR I, 192; Merk, AÖR 19 (N.F.), 83 ff (117); Holstein, AÖR 13 (N.F.), 135 ff (199); Apelt, Geschichte der WV, S. 315; Schoenborn, Pappenheimfestg. S. 305 ff (307); Hofacker, Grundrechte S. 24 ff; H. J. Wolff, AÖR 18 (N.F.), 411 ff (425, 430); Bleyer, DJZ 1930 Sp. 13 ff;

Forts. folgende Seite

Kennzeichnend ist etwa die Formulierung des Preussischen Staatsministeriums<sup>1)</sup>: "Das Recht der freien Meinungsäußerung und der politischen Betätigung findet für jeden Staatsbürger in den allgemeinen Gesetzen..... seine Grenzen, für den Beamten besonders in den Pflichten, die das Amt ihm auferlegt, nämlich in der Treu- und Gehorsamspflicht gegenüber dem Staat, die es ihm verbieten, von diesen Rechten einen gleich weiten Gebrauch zu machen als Staatsbürger, die nicht unter dem Zwang der im öffentlichen Interesse unerlässlichen Disziplin stehen." Das soll auch für die ausdrücklich den Beamten gewährte Gesinnungs- und Vereinigungsfreiheit des Art.130 Abs.2WV gelten<sup>2)</sup>, wenn sich auch in mancher Hinsicht gegenüber der Monarchie eine

-----  
Forts. Fussn.3 von S.13: Kübel, D Ritzg 1925, Sp.272 ff; Klüber,

VerwA 31, 136 ff; Falck, RuPrVBl 50, 709 (709f); Hellwig bei Nipperdey II, 1 ff (14, 28 f); Deist, Der Beamte 1932, 7; Deutmann, Diss.S.93 ff; Roehlke, Diss.S.49; Winzer, Diss. S.26; Kirchner, Diss.S.10; Silberberg, Diss.S.10; StGH, Urt. v.17./19.12.1929, RGZ 127 Anh.1 ff (18); RDH Urt.v.22.4.1931, DJZ 1931, 1339 f; v.5.12.1921, DJZ 1922 Sp.196; v.21.10.1924, JW 1925, 372 ff(373) mit Anm.v.Görres; v.28.4.1930, Der Beamte 1930, 367; ProVG v.26.9.1921, E 77, 512 ff (516); v.17.1.24, E 78, 443 ff(457); v.20.5.27, JW 1927, 2867; v.7.6.23, PrVBl 45, 32 ff; v.5.23, ProVG JW 1924, 341 ff mit Anm. v. Arndt; v.10.1.1930, E 85, 451ff (452); ProVG v.10.10.1932, JW 1932, 3542 ff mit Anm.v. Görres; DiszH n.v.B.v.6.4.1925, PrVBl 47, 69; v.12.12.1927, PrVBl 49, 464; v.18.11.29, RuPrVBl 51, 183 ff (184); v.2.11.1926 bei Deist, Der Beamte 1932 7 ff (8); v.22.11.1926 (nach Klein Justiz 7, 373 ff (376)); v.2.12.1929 und v.29.12.1930 (7,S.383).

- 1) Beschluss v.24.9.1925, PrVBl 47, 481; wörtlich übernommen von : ProVG (20.5.27), JW 1927, 2867; DiszH,n.v.B.v.18.11.29, RuPrVBl 51, 183; Falck, RuPrVBl 50, 709 ff (710); Roehlke, Diss. S.62.
- 2) Anschütz, Anm.2 zu Art.130 (S.605) und weitere Nachweise bei Klein, Die Justiz 7, 384 ff gegen Smend, VVStL4, 45 ff (54); Kötting, Beamtenrecht S.58.

Freiere Stellung des Beamten durchsetzt: Freiheit zur Äußerung auch oppositioneller Äußerungen im Rahmen des achtungsgelblichen Verhaltens<sup>1)</sup>, Freiheit zur Betätigung in verfassungsfreundlichen, aber nicht in Unsturzparteien<sup>2)</sup>. Ingesamt kann auch der Beamte der Weimarer Republik die beamtenrechtlichen Bindungen nicht abstreifen. Die Begründung der herrschenden Lehre der Weimarer Republik beruft sich gelegentlich auf das besondere Gewaltverhältnis, in dem der Beamte stehe<sup>3)</sup>, häufiger auf ausdrücklich in der Verfassung niedergelegte Vorbehalte zugunsten des Gesetzgebers: die Freiheit der Meinungsäußerung (Art 118 Abs. 1 NV) lasse die allgemeinen Gesetze und damit auch die auf den Beamten gesetzten beruhenden Pflichten der Beamten un-

- 1) Haentzschel, RuPrVBl 51, 509 ff (511); Brand bei Nipperdey II, 210 ff (238); Daniels, Hdb dStR II, 41 ff (42); Rothenbücher, VVStL 4, 6 ff (29f); RDH v. 24.1.33 bei Schulze-Simon-Foerster, Espr des RDH, Jan.-Dez. 1933, S. 58 ff (60); ProVG v. 7.5.23, JW 1924, 341 ff mit Anm. v. Arndt.
- 2) Jellinek, VR, S. 488 f; Haentzschel, Hdb dStR II, 651 ff (664) und RuPrVBl 51, 509 ff (512); Brand bei Nipperdey II, 210 ff (238) und bei v. Brauchitsch VIII, 127; Holstein, AÖR 13, (NF) 135 ff (199); Berner, RuPrVBl 51, 667 ff (668); Kübel, DRiZ 1925, Sp. 272 ff (278); Klüber, VerwA 31, 135 ff (177); Daniels, Hdb dStR II, 41 ff (42); Rothenbücher, VVStL 4, 6 ff (29); Giese, RV Anm. 2 zu Art. 130 (S. 278 f); Poetzsch-Hefftor, RV Anm. 2 zu Art. 130 (S. 438 f); ProVG v. 17.10.1921, E 77, 493 ff (495); v. 18.6.23, E 18, 445 ff (446); v. 2.4.22, DStRZ 1922, Sp. 246; DisZ n.r.B. v. 9.3.31, DJZ 1931, Sp. 713 ff (713); v. 15.1.23, DJZ 1924, Sp. 823; v. 17.6.29, DJZ 1929, Sp. 1349; v. 24.11.1930 nach Deist, Der Beamte 1931, 7 ff (10); OLG Frankfurt a.M. v. 2.11.1931 Beilage zur ZBR 1932, 13; Thür. OVG v. 25.5.1931; v. 25.6.1931 und v. 20.6.1931 (alle nach Beilage zur ZBR 1931, S. 280); RDH v. 22. 3. 1932, Der Beamte 1932, 168.
- 3) Thoma, ProVGFestg. S. 183 ff (204 ff); wegen des nur polizeibegrenzenden Charakters der Grundrechte; Merkl, VVStL 7, 56 ff (57 f, 97); Jellinek, VR, S. 488; Jacobi, Hdb dStR II, 255 ff (256).

berührt<sup>1)</sup>. Dass die Weimarer Praxis die Grundrechte ohne weiteres durch die Beamtenpflichten relativiert, erklärt sich wohl aus der geringen Durchschlagskraft der Grundrechte der Weimarer Reichsverfassung, die wegen der zahlreichen Vorbehalte zugunsten des Gesetzgebers oder auf Gesetz gestützter Verwaltungskräfte nicht viel mehr bieten, als den Grundsatz der Gesetzeshoheit der Verwaltung<sup>2)</sup>.

### C. Grundrechtsstellung des Beamten in der nationalsozialistischen Diktatur.

Die Frage des Verhältnisses von Grundrechten zu den Beamtenpflichten wurde im autoritären Führerstaat des Nationalsozialismus auf seine eigene Weise beantwortet: man entzog den Grundrechten einfach ihre Geltungskraft<sup>3)</sup>.

### D. Fortdauernde Übung?

Der historische Rückblick auf das Verhältnis von Grundrechten und Beamtenpflichten hat demnach zu dem Ergebnis geführt, dass sowohl in der konstitutionellen Monarchie als auch in der Weimarer Republik der Grundrechtsgebrauch den Beamten nur im Rahmen der Beamtenpflichten zustand. Die Sonderstellung des Beamten mit seinem Dienst- und Treuverhältnis zum Staat verdrängt insoweit seine Rechte als Staatsbürger. Da diese Praxis auch der Disziplinargerichte sich bis zum Ende der Weimarer Republik behauptete, lässt sich dieser beschränkten Grundrechtsstellung des Beamten bis zum Jahre 1933 gewohnheitsrechtlicher Rang zuerkennen.

---

1) Brand bei Nipperdey II, 210 ff (237); Jellinek, VR, S.371; Hellwig bei Nipperdey II, 1 ff (28 ff); PrOVG v.26.9.1921, E 77, 512 ff (519); v.20.5.1927, JW 1927, 286 f; Bad.VGH v.14.5.28, JW 1929, 2398 ff mit Anm.v.v.Bonin; DiszH n.r.B. v.9.3.1931, DJZ 1931, Sp.713 ff; DiszH n.r.B.v.18.11.29, RuPrVBl 31, 133 ff (184); Haentzschel, RuPrVBl 31, 509 ff (511) und Hdb dStR II, 651 ff (670 f); Anschütz, RV, Anm. 3 zu Art.118 (S.533).

2) Anschütz, WV, Ziffer 7 der Vorbem. vor Art.109 (S.518); Thoma bei Nipperdey I, 1 ff (33); C.Schmitt, Hdb dStR II, 527 ff und Verfl S.176 f (mit Beschränkungen); Thoma, PrOVG Festg. S.183 ff (194 f).

3) E.R.Huber, VerfR. S.38, 52; Koellreutter, D VerfR. S.84 ff.

§ 2. Ausschluss der gewohnheitsrechtlichen Einschränkung der Grundrechte durch das Grundgesetz.

Da das Grundgesetz in manchen an die Lösungen der Weimarer Republik anknüpft, würde es naheliegen, dass diese beschränkte Grundrechtsstellung des Beamten kraft Gewohnheitsrecht auch für die Verfassungsordnung des Grundgesetzes zu gelten habe. Gewohnheitsrecht setzt Fortdauernde gleichmäßige Übung voraus. Diese lässt sich jedoch nicht mehr behaupten, wenn der Verfassungsgesetzgeber die Geltung von Gewohnheitsrecht für die Einschränkung der Grundrechtswirkung überhaupt ausgeschlossen hat. Denn damit prägt sich der Wille der Rechtsgemeinschaft aus, die fortdauernde Übung aufzugeben.

In der Tat lässt sich eine gewohnheitsrechtliche Einschränkung von Grundrechten gegenüber dem Geltungsanspruch der Grundrechte des Grundgesetzes nicht mehr behaupten. Sowohl die Landesverfassungen der konstitutionellen Monarchie als auch die Weimarer Verfassung fassten die Grundrechte als staatlich gesetztes Recht auf<sup>1)</sup> und stellten die Grundrechte durch weitgefasste Gesetzesvorbehalte sehr weitgehend zur Verfügung des Gesetzgebers. Von diesem Standpunkt aus lässt sich eine gewohnheitsrechtliche Grundrechtseinschränkung sehr wohl denken. Demgegenüber sieht das Grundgesetz seine Grundrechte als jedem Gesetzgeber vorgegeben an (Art.1 Abs.2 GG), wie sich auch in der Unantastbarkeit der Würde des Menschen zeigt (Art.1 Abs.1 GG). Die Grundrechte des Grundgesetzes binden Rechtsprechung, Verwaltung und Gesetzgebung (Art.1 Abs.3GG<sup>2)</sup>. Eng umgrenzte und sparsam verwendete Gesetzesvorbehalte lassen den Einfluss des einfachen Gesetzgebers auf die Grundrechtswirkung nicht zu stark werden. Aus allen diesen Bestimmungen lässt sich schliessen, dass das Grundgesetz mit seinem Grundrechtssystem der in seiner Menschenwürde und in der freien Entfaltung seiner Anlagen anerkannten Persönlichkeit einen staatsfreien Raum einräumen wollte, der dem einfachen Gesetzgeber entzogen sein sollte. Die staatliche Gewalt soll nur so weit reichen,

1) v.Mangoldt-Klein, Vorbem.B IV, 1 (S.93).

als das Grundrechtssystem es zulässt. Die Bindung jeder staatlichen Gewalt an die von Menschenwürde und freier Entfaltung der Persönlichkeit ausgehenden Grundrechte verlangt es, dass jede Einschränkung der Grundrechtswirkung aus dem übergeordneten Grundrechtssystem des Grundgesetzes selbst abgeleitet wird<sup>1)</sup>. Denn der Grundgesetzgeber wollte die Grundrechte so, wie er sie in ihrer Reichweite im Grundgesetz ausgestaltet hat, jeder staatlichen Gewalt überordnen. Nur so können denn auch die Grundrechte ihre Funktionen erfüllen, dem Staatsbürger das Bewusstsein des Rechtsstaates zu geben, wenn der Bürger sich auf die Gewährleistungen im Verfassungstext verlassen kann. Die im Grundgesetz grundsätzlich neue<sup>2)</sup> Überordnung der Grundrechte über jede staatliche Gewalt schließt es dann aus, eine in früherer Verfassungsordnung zugelassene Einschränkung der Grundrechtswirkung für Beamte kraft Gewohnheitsrecht auch für die Herrschaft des Grundgesetzes unmittelbar zu übernehmen. Denn die verstärkte Geltungskraft der Grundrechte des Grundgesetzes hat einige früher begehbare Wege zur Grundrechtseinschränkung versperrt<sup>3)</sup> und damit insoweit eine fortdauernde Übung abgebrochen.

### 3. Kap. Grundrechtseinschränkungen für Beamte auf Grund von Grundrechtsschranken des Grundgesetzes.

Wenn nun eine beschränkte Grundrechtstellung des Beamten durch ausserhalb des Grundrechtssystems des Grundgesetzes liegende Faktoren wie die allgemeine Rechtsordnung oder Gewohnheitsrecht nicht zu gewinnen ist, muss in diesem System selbst

- 1) v. Mangoldt-Klein, Vorbem. B XV 1c (S. 123); Lucas, NJW 1954, 1273 ff (1274); BVerwG v. 21. 12. 1954, JZ 1955, 345 ff (346) Fraktion der SPD v. 3. 10. 52, Kampf um den Wehrbeitrag II, 2 S. 244 ff (273); Dürig, AOR 79, 57 ff (63); Krüger, ZBR 1956, 309 ff (310).
- 2) v. Mangoldt-Klein, Vorbem. B III, 4 (S. 93) sprechen von der verstärkten Geltungskraft der Grundrechte des GG gegenüber der WRV als von einem prinzipiellen, nicht graduellen Unterschied.
- 3) Das empfanden wohl auch die Parteien, wenn sie für die Rechtsstellung des Soldaten in Art. 17 a GG eine ausdrückliche Einschränkunggrundlage geschaffen haben.

eine Grundlage gefunden werden, die die Einschränkung von Grundrechten im Beamtenverhältnis ermöglicht - also dem Beamten wegen seiner Beamtenpflichten nicht in den vollen Genuss der Grundrechte kommen zu lassen erlaubt.

§ 3. Einschränkung auf Grund eines im Grundgesetz enthaltenen Vorbehalts zugunsten eines Gesetzes oder gesetz-gegründeten Verwaltungsaktes.

Eine solche Einschränkungsgrundlage auch nach dem Wortlaut des Grundgesetzes ist offenbar dort gegeben, wo das Grundgesetz selbst die Einschränkung durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes gestattet (verfassungsmittelbare Vorbehaltsschranken<sup>1)</sup>): Art.2 S.3, 5 Abs.2, 8 Abs.2, 10 S.2, 11 Abs.2, 12 Abs.1 S.2, 15 Abs.5. Sofern diese Vorbehaltsschranken die Einschränkung durch Gesetz zulassen, ohne dies an weitere Voraussetzungen (wie etwa der Schutz der Lebensgrundlage der Volksgesundheit - Art.11 Abs.2) zu binden, kann der Grundrechtsinhalt auch durch das dem Beamten verpflichtende Beamtengesetz oder auf seine Pflichten gestützte Verwaltungsakte und Gerichtsentscheidungen gegenüber dem Beamten beschränkt werden. Denn das Beamtengesetz, dessen Pflichtenkatalog sich der Beamte bei Eintritt in den öffentlichen Dienst unterworfen hat, ist ein formelles Gesetz, auf Grund dessen die mit einer mittelbaren Vorbehaltsschranke versehenen Grundrechte eingeschränkt werden können. Deswegen kann der Beamte sich auf das Recht der freien Meinungsäußerung nur insoweit berufen, als er nicht seine Beamtenpflichten verletzt; denn die <sup>stehen</sup> auf Grund der Beamtengesetze als allgemeine Gesetze der freien Meinungsäußerung im Wege (Art.5 Abs.2 GG)<sup>2)</sup>. Wo die Vorbehaltsschranke zum Schutz bestimmter Rechtsgüter erlassen ist (Volksgesundheit - Art.11 Abs.2 GG), muss geprüft werden, ob die Beamtenpflicht im Beamtengesetz auch diesem Rechtsgut dient.

Das gilt auch dort, wo die Verfassung selbst ausdrücklich den Grundrechten Schranken zieht - wie in Art.9 Abs.2 GG-

1) v.Mangoldt-Klein, Verben.B XV, 3b (S.130).

2) OVG Lüneburg v. 26.9.1950, AS 3, 138 ff (144).

mit dem Verbot strafgesetzwidriger oder verfassungswidriger Vereinigungen (verfassungsunmittelbare Vorbehaltsschranken<sup>1)</sup>).

Die Frage der Grundrechtsstellung des Beamten wäre damit erschöpfend beantwortet, wenn man für sämtliche Konfliktmöglichkeiten zwischen Grundrechtsverbürgung und Beamtenpflicht die Lösung in einer solchen Vorbehaltsschranke fände. Denn dann wären von Verfassungen wegen sämtlicher Beamtengesetze mit ihren Pflichtenkatalogen geeignet, die Grundrechtsausübung bis zur Grenze des Wesensgehalts (Art.19 Abs.2 ) des Grundrechts einzuzengen. Das grundsätzliche Grundrechtsproblem wandelte sich zu einer Frage der Auslegung der Beamtengesetze und ihrer Pflichtenkataloge. Ein Blick in den Grundrechtskatalog zeigt jedoch, dass das Problem so allein nicht gelöst werden kann. Denn der Grundgesetzgeber hat die Zahl derartiger Vorbehaltsschranken bewusst knapp bemessen. Zwar enthalten die von den Beamtenpflichten berührten Art.5 und 9 GG Vorbehaltsschranken. Sie fehlen aber in der allgemeinen Form bei Art.11 GG, so dass man allgemein von den Vorbehaltsschranken nicht zu sagen wüsste, wie etwa die Pflicht zur dienstortnahen Wohnung (§§ 74,75 BBG) mit dem Recht der Freizügigkeit vereinbar sein soll. Dasselbe gilt in Verhältnis der Genehmigungspflicht für Nebenbeschäftigungen (§§ 64 ff BBG) zur Freiheit der Berufswahl (Art.12 Abs.1 s.1 GG), der Pflicht zum Eintreten für die freiheitlich-demokratische Grundordnung (§52 Abs.2 BBG) zum Benachteiligungsverbot wegen politischer Anschauungen (Art.3 Abs.3). Sollten diese Pflichtenbestimmungen in den Beamtengesetzen verfassungswidrig und damit nichtig sein, so wäre die Rechtsstellung des Beamten damit in einem Masse verändert, dass es Zweifelhafte wäre, ob ein so geartetes Beamtentum noch fähig wäre, seine staatstragenden und -erhaltenden Aufgaben zu erfüllen. Dies drängt zu dem Versuch, die Vereinbarkeit der Beamtenpflichten mit der Grundrechtsgewährleistung des Grundgesetzes auf andere Weise nachzuweisen. Immerhin bleibt festzuhalten, dass in der Reichweite von Vorbehaltsschranken auch die Grundrechte nur

1) V. Mangoldt-Klein, Vorbem. BXVI,3 (S.129); zu Art.2 GG s. unten S.73 ff.

im Rahmen der in Beamtengesetzen festgelegten Beamtenpflichten wirken, denen sich der Beamte bei Eintritt in den öffentlichen Dienst unterworfen hat.

§ 4. Eingeschränkte Grundrechtsstellung des Beamten auf Grund der beamtenrechtlichen Bestimmungen des Grundgesetzes.

Sucht man im Grundgesetz nach einer Grundlage für die Einschränkung der Grundrechtsstellung des Beamten und ergibt auf den ersten Blick der Grundrechtsteil der Verfassung keine vollständige Lösung, so liegt es nahe, die Bestimmungen des Grundgesetzes daraufhin zu untersuchen, ob in ihnen, da sie sich mit der Stellung des Beamten befassen, eine solche Einschränkunggrundlage zu finden sei.

A. Überblick über die Grundgesetzbestimmungen beamtenrechtlichen Inhalts.

Schon ein flüchtiger Überblick über die Grundgesetzbestimmungen, die Beamte betreffen, zeigt, dass bei der Mehrzahl von ihnen als blossen organisatorischen Regelungen oder der Normierung von Teilaspekten der Beamtenstellung jeder Zusammenhang mit der Grundrechtsstellung des Beamten fehlt: Art. 36 (landmannschaftliche Personalpolitik), Art. 60 Abs. 1 (Ernennung der Bundesbeamten), Art. 85 Abs. 2 S. 2 (Ausbildung der Beamten der Auftragsverwaltung), Art. 73 Ziffer 8 und 75 Ziffer 1 (Gesetzgebungskompetenz des Bundes im Beamtenrecht), Art. 131 (verdrängte Beamte) und Art. 132 (Sparmassnahmen). So sagt allein die Gesetzgebungskompetenz der Art. 73, 75 GG noch nichts über den Inhalt der möglichen Bundesgesetze, werden die Grundrechte durch Art. 131 und 132 GG nur indirekt berührt, aber nicht ausdrücklich und dazu für alle Beamte eingeschränkt. Das gilt auch für Art. 137 Abs. 1 GG. Dass die Wählbarkeit von Beamten durch Gesetz eingeschränkt werden kann, sagt noch nichts darüber aus, dass sämtliche anderen Grundrechte dem Beamten nur eingeschränkt zustehen sollen. Demnach geben die erwähnten beamtenrechtlichen Bestimmungen des Grundgesetzes zwar Übergangs- und Spezialregelungen, zeigen aber keinen Weg auf, auf dem sich die Einschränkungen von Grundrechten für

die Beamten begründen liesse.

B. Einschränkung auf Grund des Art. 33 Abs. 4 und 5 GG.

Sehr viel allgemeiner schneidet die Stellung des Beamtentums in der freiheitlichen Verfassungsordnung des Grundgesetzes Art. 33 GG in den Absätzen 4 und 5 an. In der sehr verwickelt aufgebauten Bestimmung findet sich eine allgemeine Aussage über das Beamtenverhältnis und damit vielleicht auch über seine Stellung zu den Grundrechten nur in den Absätzen 4 und 5. Betrachtet man diese beiden Absätze unter dem Blickwinkel der Grundrechtsstellung des Beamten, so liesse sich eine Grundlage für die Einschränkung von Grundrechten im Beamtenverhältnis in doppelter Hinsicht vermuten:

1. Wenn Art. 33 Abs. 5 GG im Recht des öffentlichen Dienstes die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums berücksichtigt sehen will, so muss eine beschränkte Grundrechtsstellung des Beamten dann im Recht des öffentlichen Dienstes festgelegt werden, wenn eine solche Beschränkung der Grundrechtsausübung ein hergebrachter Grundsatz des Berufsbeamtentums ist. Der Gesetzgeber des Beamtengesetzes wäre durch Art. 33 Abs. 5 GG daran gebunden, den Grundrechtsstatus des Beamten zu mindern.
2. Wenn weiterhin in Art. 33 Abs. 4 und 5 GG das Berufsbeamtentum verfassungsrechtlich und als Institution gesichert worden ist, liesse sich schliessen, dass die Grundrechte dem Beamten nur in dem Masse zustehen dürfen, als nicht das Berufsbeamtentum als Institution angetastet sein würde.

I. Abgeschwächte Grundrechtsstellung als hergebrachter Grundsatz des Berufsbeamtentums.

Verfolgt man zunächst den ersten Weg, so wäre zunächst nachzuweisen, dass die Grundrechtseinschränkung für Beamte ein hergebrachter Grundsatz des Beamtenrechts ist. Dann erst taucht die Frage auf, inwieweit Art. 33 Abs. 5 GG es gestattet oder vorschreibt, diese Einschränkung der Grundrechte als hergebrachten Grundsatz auch für die Rechtsstellung des Beamten unter dem Grundgesetz zu übernehmen.

a) Begriff des hergebrachten Grundsatzes des Berufsbeamtentums in Art. 33 Abs. 5.

Der Begriff des hergebrachten Grundsatzes des Berufsbeamtentums deutet auf die Vergangenheit. Das Grundgesetz meint damit alle grundlegenden Leitsätze des Beamtensrechts, die für das Berufsbeamtentum der konstitutionellen Monarchie und der Weimarer Republik wesensbestimmend waren, die man nicht besichtigen konnte, ohne das Berufsbeamtentum an der Wurzel zu treffen<sup>1)</sup>. Eine Inhaltsbestimmung dieser Grundsätze ist in einer allgemeinen Aussage nicht leicht. Meist gelangt man dann zu einer mehr oder weniger ausführlichen Aufzählung von Grundsätzen, Einrichtungen und Merkmalen, die dem Beamtenverhältnis der früheren Zeit seine Züge gaben<sup>2)</sup>: Anstellung auf Lebenszeit, Bestehen eines öffentlich rechtlichen Dienst- und Treuverhältnisses, Anspruch auf Ruhegehalt, Entlassung nur durch Disziplinarurteil u.a.

Die Fülle dieser Merkmale versucht in einer allgemeinen Formel die Auffassung zusammenzufassen, die als hergebrachte Grundsätze des Berufsbeamtentums im Sinne des Art. 33 Abs. 5 GG die beamtenrechtlichen Grundsätze der Verfassungs- und Rechtsordnung der Weimarer Republik ansieht. Dem liegt der Gedanke zugrunde, dass ein solcher für die Gesetzgebung richtungweisender hergebrachter Grundsatz nur in der Verfassungsordnung einer demokratischen Staatsordnung ähnlich der des Grundgesetzes gefunden werden könne. Da das Grundgesetz seine wenigstens in der Struktur ähnliche parlamentarische Demokratie aufbaue wie die Weimarer Reichsverfassung, sei ein hergebrachter Grundsatz dann für die Bundesrepublik tragbar, wenn er sich unter der Herrschaft der Weimarer Republik behauptet habe. Sonst gelange man zu dem widersinnigen Ergebnis, die wenig fortschrittlichen Züge des Beamtentums der Monarchie übernehmen zu müssen. Als hergebrachte Grundsätze seien die anzusehen, die entweder vor dem Jahre 1919 galten und durch das Verfassungsrecht

1) Heyland, DÖV 1951, 462 ff (466).

2) S. die Aufstellungen bei Grabendorff, Beamtensbund 1953, 166 ff; Scheuner, RStW IV, 88 ff (109); Jess, BK, Anm. II, 7 zu Art. 33; Wacke, Neues Beamtentum, S. 152 ff (168 ff).

der Weimarer Republik übernommen worden sind oder wenn sie unter der Herrschaft der Weimarer Verfassung als Bestandteile der freiheitlich demokratischen Ordnung in das Beamtenrecht eingedrungen waren<sup>1)</sup>. In dieser allgemeinen Form scheint die Inhaltsbestimmung nicht zutreffend. Hergebracht ist ein Grundsatz nur dann, wenn er in der Vergangenheit als für das Beamtenrecht wesensbestimmend andauernd galt. Auch wenn sie in die Weimarer Verfassung aufgenommen worden sind, beruhen die Gesinnungs- und die Vereinigungsfreiheit des Beamten (Art. 130 Abs. 2 WV) nicht auf einer wesensbestimmten Anlage des Berufsbeamtentums, sondern verdanken ihre Aufnahme in den Verfassungstext dem aus dem revolutionären Drang erklärbareren Bestreben, die Freiheit der politischen Gesinnung in das Beamtenrecht hineinzutragen. Auch wenn sie in den Verfassungsrecht der Weimarer Republik des Beamten zustanden, erfüllen die Gesinnungs- und die Vereinigungsfreiheit nicht die Merkmale eines hergebrachten Grundsatzes des Berufsbeamtentums<sup>2)</sup>. Nicht jede beamtenrechtliche Regelung der Weimarer Zeit erfüllt die Merkmale des für die traditionellen Werte des Berufsbeamtentums wesensbestimmenden Leitsatzes, dessen Geltung in der Vergangenheit nicht bestritten war.

Diesem Erfordernis eines hergebrachten Grundsatzes des Berufsbeamtentums genügt aber - im Gegensatz zur politischen Stellung des Beamten in der Weimarer Republik - die beschränkte Grundrechtsstellung des Beamten. Dass dem Beamten die Ausübung seiner Grundrechte nur im Rahmen seiner Beamtenpflichten zugestanden werden könne, ist Gedankengut des Beamtenrechts sowohl der Monarchie als auch der Weimarer Republik<sup>3)</sup> - kann also insoweit als hergebracht gelten. Weil diese Auffassung ganz allgemein über die Wirkung der Grundrechte hinaus die

1) Boehlert, BEG, Einl. II (S. 3); v. Mangoldt, GG (1. Aufl.), Anm. 7 zu Art. 33 (S. 211); Grabendorff, ZBR 1953, 29 ff (31); Neues Beamtentum, S. 84, Beamtenbund 1953, 182 ff und 1953, 166 ff (167); Referate zum 39. DJT, D 111 (mit Einschränkungen), offenbar auch ZBR 1955, 48 f; Grewe, Referate zum 39. DJT, D 14; Köttgen, RStW IV, 227 ff (238); Jüsgen, DÖV 1951, 474 ff; Schunck, NV 1949, 201 f; Bachmann, ZBR 1954, 363 ff (367).

2) Peters, Neues Beamtentum S. 79; a. A. Bundesvorstand des Deutschen Beamtenbundes, Änderungs- und Ergänzungsvorschläge zum Entwurf des BEG, S. 32.

3) S. oben S. 13 ff.

Stellung des Beamten im Staat und als Staatsbürger kennzeichnet, ist sie für das Berufsbeamtentum der vergangenen Zeit auch wesensbestimmend. In der hier allein massgebenden Verfassungswirklichkeit bestand ein für die Stellung des Beamten kennzeichnender Grundsatz, dass er die Grundrechte nur bis zur Grenze seiner Beamtenpflichten in Anspruch nehmen dürfe.

b) Die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums in Art. 33 Abs. 5 GG als Grundrechtsschränke?

1. Als hergebrachter Grundsatz des Berufsbeamtentums wäre die Beschränkung der Grundrechtstellung des Beamten nach Art. 33 Abs. 5 GG bei der Neufassung des Rechts des öffentlichen Dienstes zu berücksichtigen. Es fragt sich, ob allein die Einordnung als hergebrachter Grundsatz des Berufsbeamtentums wegen des Art. 33 Abs. 5 GG ausreicht, um dem Gesetzgeber der Beamtengesetze ein Recht dazu zu geben, die Grundrechtswirkung für Beamte zu beschränken. Dann wäre im Grundgesetz selbst eine Einschränkunggrundlage in Art. 33 Abs. 5 GG mit dem dazugehörigen hergebrachten Grundsatz gefunden.

Das ist gelegentlich bejaht worden. Das OVG für Rheinland-Pfalz<sup>1)</sup> schliesst die Berufung eines Beamten auf die Grundrechte denn aus, wenn die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums eine mit dem Wesen des öffentlichen Dienstes notwendigerweise verbundene Einschränkung der allgemeinen Grundrechte enthalten, da die fortdauernde Wirkung dieses Grundsatzes in Art. 33 Abs. 5 GG verfassungsrechtlich anerkannt sei. Wenn Fischbach<sup>2)</sup> in der Unterwerfung der Staatsdiener unter ein besonderes Gewaltverhältnis, das dem Beamten gegenüber dem Staatsbürger vermehrte Pflichten auferlegt, einen hergebrachten Grundsatz des Berufsbeamtentums sieht, so dürfte er damit

1) Urt. v. 11.12.1951, AS 1, 23 ff. (23, LS Nr. 8 und 35);  
zustimmend: Bächli, BBG, Anm. 1 zu § 74 (S. 218);  
ähnlich: Gericke, RIA 1955, 209 ff (211); Jüsgen, DÖV 1951,  
474 ff (475).

2) BBG, Einl. B, I, 2 (S. 7).

auch die Grundrechtseinschränkung für den Beamten aus Art. 33 Abs. 5 GG herleiten wollen<sup>1)</sup>. Diese Auffassung dürfte auch von denen geteilt werden, die das Bestehen eines Treuverhältnisses oder die Pflicht des Beamten, die Interessen der Gesamtheit wahrzunehmen (Art. 130 Abs. 1 BV), als hergebrachte Grundsätze auch für das Beamtenrecht der Bundesrepublik Deutschland massgebend halten, auch wenn nach Sachlage bei Erfüllung dieser Pflichten Grundrechte eingeschränkt werden könnten<sup>2)</sup>.

2. Der Schluss, dass mit Hilfe des Art. 33 Abs. 5 GG die hergebrachte eingeschränkte Grundrechtsstellung des Beamten auch auf das Beamtenrecht der Bundesrepublik übertragen werden könne, ist aus mehreren Gründen anfechtbar.

Zwar ist Art. 33 Abs. 5 GG unmittelbar geltendes Recht und kein Programmsatz<sup>3)</sup>. Es ist jedoch fraglich, ob die mit Art. 33 Abs. 5 GG gegebene Anweisung an den Gesetzgeber bestimmt und klar abgegrenzt genug ist, um in ihm auch eine Ermächtigung zu sehen, dem Beamten Grundrechte nur eingeschränkt zuzugestehen. Jede Einschränkung einer Grundrechtswirkung muss als Ausnahme von der Regel der persönlichen Freiheit genau ungrenzt und bestimmt im Grundgesetz festgelegt sein. Es hat sich aber gezeigt, dass der Begriff des hergebrachten Grundsatzes des

- 
- 1) Das geht jedoch nicht hervor aus der Bemerkung des BVerfG v. 17.12.1953, BVerfGE 3, 58 ff (153)-(Beamtenurteil) und v. 26.2.1954, NJW 1954, 456 ff (469)-(Soldatenurteil), dass die vermögensrechtlichen Ansprüche der Beamten ihren Grund in dem öffentlich rechtlichen Dienstverhältnis hätten, so dass die Eigentumsgarantie des Art. 14 GG durch Art. 33 Abs. 5 GG ausgeschlossen sei. Es ist äusserst zweifelhaft, ob über diese Ablehnung des Art. 14 GG für vermögensrechtliche Ansprüche des Beamten hinaus allgemein etwas über das Verhältnis von Grundrechten und Beamtenpflichten ausgesagt worden ist. Die in diese Richtung zielende Kritik von Lucas (NJW 1954, 1273 FF) stösst insoweit ins Leere. Vgl. v. Mangoldt-Klein, Vorbem. B XVI, 3 (S. 136); Mercker, Bundesanzeiger Nr. 24 v. 4.2.1954, S. 3 ff.
- 2) Wacke, Neues Beamtentum S. 152 ff (170); Scheuner, Gutachten S. 65 ff (73) (Treupflicht); Jess, BK Anm. 7 i zu Art. 33; v. Mangoldt, BEG 1. Aufl., Anm. 7 zu Art. 33 (S. 211); Helfritz, VVStL 13, 157.
- 3) OVG Münster v. 21.7.1954, DÖV 1954, 31; BGR v. 30.4.1953, ZBR 1953, 88 ff mit Lit.; Gutachten v. 6.10.1952, JZ 1954, 92 ff; LG Wiesbaden v. 14.4.52, ZBR 1953, 21 mit Anm. v. Wenzel.

Berufsbeamtentum nicht genau fassbar ist, jedenfalls auch dem Gesetzgeber einen weiten Spielraum einräumen sollte. Annehmbar dessen er abfügen konnte, welche Merkmale des Beamtenverhältnisses er als wesentlich für das Berufsbeamtentum ansehen sollte<sup>1)</sup>. Das dürfte kaum das Erfordernis der klaren Veranschaulichung erfüllen, die jeder Rechtsnorm eigen sein muss, die die Einschränkung von Grundrechten zulässt. Dass der Gesetzgeber die hergebrachten Grundsätze - also auch die früher gegebene beschränkte Grundrechtsstellung - nur berücksichtigen, nicht aber unbedingt beachten muss, gibt der Regelung des Art. 33 Abs. 5 GG noch einen Zug der Unsicherheit. Auf derart unsichere Grundlagen lässt sich kaum eine Einschränkung von Grundrechten gründen<sup>2)</sup>.

Gegen die Funktion des Art. 33 Abs. 5 GG als Grundlage zur Einschränkung von Grundrechten für Beamte spricht auch seine Stellung. Der Verfassungsgesetzgeber stellte ihn nicht zu den Grundrechten, sondern in den organisatorischen Teil des Grundgesetzes. Schon räumlich besteht keine Beziehung zu den Grundrechten.

Mit der Wendung "berücksichtigen" lässt das Grundgesetz dem Gesetzgeber der Beamtengesetze Raum zu Reformen<sup>3)</sup>. Sofern das Berufsbeamtentum als Institution nicht in seiner Wurzel getroffen wird, können auch hergebrachte Grundsätze unbeachtet bleiben. Dabei ist daran gedacht, die Beamtengesetzgebung an die Erfordernisse der freiheitlich demokratischen Grundordnung anzupassen<sup>4)</sup>.

1) Grewe, Ref. 39. DJT D 16: "Schwierige rechtspolitische Abwägungen", Jüsgen, DOV 1951, 474 ff (475).

2) Hammer, ZBR 1953, 216 ff (217); Kaufmann, Wehrbeitrag II, 2 S. 42 ff (62).

3) Wacke, Neues Beamtentum S. 152 ff (174); Grewe, Referate zum 39. DJT D 16; Fischbach, Ref. 39. DJT D 36, 96; Wenzel, Grundgesetz und Hochschullehrer S. 32; Fischbach, DOV 1951, 453 ff; BVerfG v. 17. 12. 1953, JZ 1954, 76 ff (84 f) (Beamtenurteil).

4) Grewe, Ref. 39. DJT D 29: "Gestaltungsform des öffentlichen Dienstes, die einerseits durch gewisse überlieferte Wesenszüge, andererseits durch ihre Einordnung in den gegenwärtigen deutschen Staat als freiheitliches, demokratisches, rechtsstaatliches, soziales und föderatives Gemeinwesen geprägt ist."; Grabendorff, Ref. 39. DJT D 113: "Wenn die Notwendigkeit hierzu aus zwingenden Erfordernissen sich ergibt"; Scheuner, RStW IV, 88 ff; Küster, Ref. 39. DJT D 100 f; zweifelsd.: Köttgen, RStW IV, 227 ff (238).

Für das Verhältnis von Grundrechten zu den Beamtenepflichten besteht nicht nur ein Recht des Gesetzgebers, sondern die Pflicht, dieses Verhältnis von der grundsätzlich neuen Grundrechtsauffassung des Grundgesetzes her neu zu durchdenken. Denn das Grundgesetz fasst die Grundrechte als dem Gesetzgeber vorgeordnet auf. Es hat sich damit eine gegenüber der Weimarer Verfassung oder gar der Monarchie verstärkte Grundrechtsstellung durchgesetzt<sup>1)</sup>. Das schliesst es aus, den bisher hergebrachten Grundsatz vom Vorrang der Beamtenepflichten vor dem Grundrechtsgebrauch ohne Auseinandersetzung mit dem Grundrechtssystem des Grundgesetzes einfach zu übernehmen<sup>2)</sup>. Die starke Stellung der Grundrechte im Verfassungssystem des Grundgesetzes zwingt dazu, die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums daraufhin zu überprüfen, ob sie noch mit den Grundrechtsgewährleistungen vereinbar sind. Denn die hergebrachten Grundsätze können die Grundrechte nicht verdrängen, sondern sie müssen sich in ihren Rahmen einpassen. Das schliesst es aus, in Art.33 Abs.5 GG eine Einschränkunggrundlage für den Grundrechtsgebrauch des Beamten deswegen zu sehen, weil als hergebrachter Grundsatz eine beschränkte Grundrechtsstellung des Beamten in der Vergangenheit ermittelt werden kann<sup>3)</sup>.

---

1) S. oben S. 10.

2) Köttgen, Jellinekfestg. S. 195 ff (199): das Grundgesetz wehrt sich viel stärker als die WV gegen den Versuch, durch Statusverleihungen die Grundrechte zu relativieren.

3) Hammer, ZBR 1953, 216 ff (217); Jüsgen, DÖV 1951, 474 ff: Der Beamtenstatus wandle sich insofern, als der verstärkte Grundrechtsschutz sich auch hier auswirkt; Kaufmann, Wehrbeitrag II, 2 S. 42 ff (62); Lucas, NJW 1954, 1273 f, im Ergebnis, die Begründung, die Gesetze zu Art.33 Abs.5 GG müssten sich als einfache Gesetze an die Grundrechte halten (Art.1 Abs.3 GG), überzeugt so nicht. Dabei ist nicht geprüft, ob nicht der Gesetzgeber, der sich an hergebrachte Grundsätze hält, von den Bindungen der Grundrechte überhaupt befreit ist.

II. Die institutionelle Garantie des Berufsbeamtentums in Art. 33 Abs. 4 und 5 GG als Schranke des Grundrechtsgebrauchs für den Beamten.

Über die unbefohlene Übernahme der hergebrachten Grundsätze hinaus hat das Grundgesetz in den Art. 33 Abs. 4 und 5 GG die gesamte Institution eines neutralen, in sachlicher Unbefangenheit die Staatsinteressen und das Gemeinwohl währenden Berufsbeamtentums auf die Ebene des Verfassungsrechts gehoben. Als institutionelle Garantie<sup>1)</sup>, d.h. als eine verfassungsrechtliche Gewährleistung bestimmter objektiver Rechtsrichtungen in der Verfassung, so dass sie gegen Unterhöhlung und Beseitigung geschützt werden<sup>2)</sup>, enthalten Art. 33 Abs. 4 und 5 GG eine Gewährleistung des Berufsbeamtentums gegenüber allen Eingriffen des einfachen Gesetzgebers<sup>3)</sup>. In diesen Bestimmungen drückt sich der Wille des Parlamentarischen Rats aus, das Berufsbeamtentum der Verfassungsordnung der Bundesrepublik zu erhalten.

Sieht man diese institutionelle Garantie des Berufsbeamtentums unter dem Blickwinkel des Verhältnisses von Grundrechten und Beamtenpflichten, so drängt sich die Frage auf, ob man dem Beamten auch einen Grundrechtsgebrauch zugestehen könne, der mit dem Beamtenverhältnis auch das ausdrücklich in Art. 33 Abs. 4 und 5 GG konservierte Berufsbeamtentum treffen würde. Denn das Berufsbeamtentum gründet sich auf das Dienst- und Treuverhältnis der Beamten. Dieses Beamtenverhältnis schloss es ein, dass die Beamten auf die Ausübung von Grundrechten in gewissem Umfang verzichten müssen. Wenn diese Grundrechtseinschränkung nicht mehr aus dem Grundgesetz belegt werden kann, so könnte das Beamtenverhältnis deswegen ausgehöhlt und aufgehoben sein, weil seine wesentlichsten Pflichten den

1) Die Lehre stammt von Carl Schmitt, Verf.L.S. 170 ff.

2) Klein, Institutionelle Garantien, S. 165; v. Mangoldt-Klein, Vorbem. A VI, 3 (S. 83).

3) Als institutionelle Garantie sehen Art. 33 Abs. 4 und 5 an: Scheuner, RStW IV, 88 ff und Gutachten S. 65 ff; Boehlke, BBG, Einl. II (S. 3); Jess, EK, Anm. II, 6 zu Art. 33 und ZBR 1950, 4 ff; Wenzel, Ges. zu Art. 131 und die Hochschullehrer, S. 32; Grabendorff, Beamtenbund 1955, 66; Fischbach, DÖV 1951, 453 ff und Ref. 39. DJT, D 33 ff; Naumann, Ref. 39. DJT D 101/102; Grewo, Ref. 39. DJT, D 3 ff; Wacke, Neues Beamtentum, S. 175; Kalisch, AÖR 78, 334 ff; Heyland, DÖV 1951, 462 ff; BGH, Gutachten, ZBR 54, 52 ff; OVG Koblenz, RIA 55, 222 ff.

Grundrechten widersprechen und daher nicht sehr erfüllt zu werden brauchen. Ohne die Beschränkung der Grundrechtswirkung für Beamte ließe sich mit dem Dienst- und Treuverhältnis des Berufsbeamtentum aus dem Angeln heben. Das widerspricht aber der verfassungsrechtlichen Gewährleistung in Art.33 Abs.4 und 5 GG. Wenn man das Grundgesetz nicht widerspruchsvoll auslegen wollte, müsse man in dem Fällen, in denen die Gewährung von Grundrechten auch für Beamte das Beamtenverhältnis und damit das Berufsbeamtentum Schaden nehmen würde, die Gewährung auf Grundrechte dem Beamten versagen<sup>1)</sup>. Dazu scheint würde man dem Willen des Verfassungsgesetzgebers missechten, der das Berufsbeamtentum gerade dem demokratischen Staat erhalten wollte. Insoweit wäre also die Einschränkung des Grundrechtsgebrauchs für Beamte durch die institutionelle Garantie des Art.33 Abs.4 und 5 GG gedeckt<sup>2)</sup>.

Es läßt sich in dem Fall nicht denken, daß die in Art.33 Abs.4 und 5 GG niedergelegte Gewährleistung des Berufsbeamtentums als Institution eine Grenze des Grundrechtsgebrauchs des Beamten gezogen ist, will man nicht mit Hilfe der Grundrechtsgewährleistungen das Berufsbeamtentum aus dem Angeln heben. Denn es ist kaum denkbar, wie ohne eine Pflicht zur dienstertnahen Wohnung oder der Genehmigungspflicht für Nebenbeschäftigung, die beide gegen in dieser Richtung von Gesetzesvorbehalten freie Grundrechte (Art.11 Abs.1 und 12 Abs.1 S.1 GG) verstossen, ein Beamtenverhältnis noch bestehen

1) OVG Koblenz, Urt.v.11.12.1951, AS 1, 23 ff; ähnlich: OVG Koblenz v.19.4.1955, RiA 1955, 222 ff; zustimmend: Bechelli, BBG, Anm.1 zu § 74 (S.218); Lindgen, Zeitschrift für Post und Fernmeldewesen 1952, 269 ff.

2) Fischbach, DÖV 1951, 453 ff; in Art.33 Abs.5 GG sei das Beamtenverhältnis als Dienst- und Treuverhältnis aufrecht erhalten, daraus ergeben sich Grundrechtsbeschränkungen; Kötting, DÜZ 1954 Heft 13 S.3 ff; da das Grundgesetz in Art.33 Abs.5 mit dem Statusverhältnis einen Zustand verminderter Freiheit anerkannt habe, dürfe die in Grundgesetz gewährleistete Sphäre bürgerlicher Freiheit nur so weit ausgedehnt werden, dass damit das Statusrecht nicht grundsätzlich in Frage gestellt werde, obwohl eine auf dem Prinzip der Freiheit und Gleichheit aufgebaute Verfassung dies nahelegen würde.

kann, auf das sich wiederum das Berufsbeamtentum gründet.

Dennoch sollte man zögern, aus dem Bestehen einer institutionellen Garantie zu folgern, dass jeder Grundrechtsgebrauch an dem Wesen des Rechtsinstituts enden müsse, somit also in jeder institutionellen Garantie eine Einschränkunggrundlage für die Grundrechtswirkung gefunden sei. Man darf dabei nicht übersehen, dass neben dem Berufsbeamtentum auch den Grundrechten ein besonderer Raum im Grundgesetz gegeben worden ist. Das verlangt, zwischen den für die Existenz des Berufsbeamtentums unbedingt notwendigen Rechtsgütern und dem Streben des Grundgesetzes nach möglichst uneingeschränkter Grundrechtswirkung abzuwägen. Diese Abwägung ist naturgemäß deswegen nicht einfach, weil sie auf letzte Elemente der Verfassungsordnung zurückgreifen muss<sup>1)</sup>. Abgesehen davon, dass dabei für eine Grundrechtseinschränkung zu unsichere Maßstäbe entstehen könnten, wird dabei auch das System der Grundrechte und ihrer Schranken verlassen und die Einschränkung aus der Notwendigkeit eines anderen Verfassungselements: des Berufsbeamtentums begründet, ohne dass man auf die Schrankensystematik der Grundrechte überhaupt noch zurückgreift. Dem haftet auch noch der Nachteil an, dass die Grundrechtseinschränkung zum Schutz eines durch eine institutionelle Garantie geborgenen Rechtsgutes die Grundrechtswirkung nur in einer bestimmten Richtung und nicht nach allgemeinen Grundsätzen einengt: zum Schutze eben nur des Berufsbeamtentums.

Weil jedoch damit eine Grundrechtseinschränkung ausserhalb des Grundrechtssystems und seiner Schranken und nur nach Abwägen sehr unterschiedlich strukturierter Elemente wie des Grundrechtssystems und des Berufsbeamtentums gewonnen worden ist, sollte man m.E. zunächst prüfen, ob sich nicht die Erfordernisse des Berufsbeamtentums innerhalb des Systems der

---

1) Das belegen die Ergebnisse derartiger Abwägungen. So stellt Carl Schmitt (Verf.L. S.181) die Institution über die Grundrechte. Hamann (RIA 1954, 25 ff) gibt der Wirkung der Grundrechte hingegen den Vorzug vor dem Bestand der Institution.

Grundrechte und seiner Schranken selbst befriedigen lassen. Denn vielleicht hat der Verfassungsgesetzgeber dort schon selbst zwischen Grundrechtsanspruch und den Erfordernissen des Berufsbeamtentums sehr viel allgemeiner abgewogen und ist vielleicht zu einem sicheren und vor allem allgemeingültigen Masstab in dem Konflikt zwischen Grundrecht und institutioneller Garantie gelangt. Erst wenn dieser Masstab aus dem Grundrechtssystem des Grundgesetzes nicht abgeleitet werden kann, sollte man sich überlegen, wie man das Berufsbeamtentum mit Hilfe des Art.33 Abs.4 und 5 GG gegenüber dem Grundrechtsgebrauch der Beamten retten kann. Eine Einschränkunggrundlage ist zunächst immer erst einmal in den unmittelbaren Schranken der Grundrechte selbst zu suchen<sup>1)</sup>.

§ 5. Einschränkung der Grundrechte auf Grund der Lehre vom besonderen Gewaltverhältnis.

A. Die Lehre von der eingeschränkten Wirkung der Grundrechte im besonderen Gewaltverhältnis.

I. Hinweis auf die These von der beschränkten Grundrechtsstellung des Betroffenen im besonderen Gewaltverhältnis.

Wenn auch Art.33 Abs.4 und 5 GG nicht unmittelbar geeignet ist, eine Einschränkunggrundlage für den Grundrechtsgebrauch abzugeben, so ist damit doch eins aufgedeckt: das Grundgesetz scheut sich nicht, neben dem allgemeinen Verhältnis des Staatsbürgers zum Staat eine besondere Beziehung zwischen Staat und Bürger anzuerkennen. Denn Art.33 Abs.4 und 5 GG übernimmt auch für das Grundgesetz den Pflichtenkreis des Beamtenverhältnisses, der den Beamten über das jeden Staatsbürger treffende Mass hinaus noch besonders bindet. Das führt zu der Überlegung, ob nicht auch für den Grundrechtsgebrauch die Stellung des durch einen gesteigerten Pflichtenkreis Gebundenen eingeschränkter sein muss, als die jedes anderen Staatsbürgers und ob die Schrankensystematik der Grundrechte des Grundgesetzes eine solche Differenzierung zulässt. Das heisst zu fragen, ob die Grundrechtsstellung des Staatsbürgers sich auch unter der

1) Zur Methode die beiläufige Bemerkung Bachofs, Laferotfestg. S.285 ff (292 Fuson.28): die Einschränkungen ergeben sich aus der Natur der Sache und liessen sich schon aus Art.2 Abs.1, 2.Halbsatz GG rechtfertigen, ohne dass man auf Art.33 Abs.5 GG zurückzugreifen brauchte.

Herrschaft des Grundgesetzes dann abschwächt, wenn er in eine besondere Pflichtbeziehung zum Staat tritt.

Der Grundrechtsteil des Grundgesetzes schweigt sich zu der Frage aus. Es findet sich an keiner Stelle ein ausdrücklicher und allgemeiner Vorbehalt von der Grundrechtswirkung zugunsten besonderer Pflichtenbeziehungen einzelner Staatsbürger zum Staat (wie des Beamten, des Schülers, des Strafgefangenen, des Anstaltnutzers).

Dennoch nimmt die Überwiegende Meinung in Rechtsprechung und Rechtslehre an, dass der uneingeschränkte Grundrechtsschutz in diesen engeren Beziehungen versage, dort vielmehr die Grundrechte nur insoweit in Anspruch genommen werden dürften, als dies nicht dem Zweck des besonderen Verhältnisses widerspreche, in dem etwa der Beamte stehe. Sehr zugespitzt findet sich diese Auffassung etwa in einer Ausserung des Bayrischen Staatsministers der Finanzen v. 27.10.1950<sup>1)</sup>, der Staat könne in seinen Beamtengesetzen den in einem besonderen Gewaltverhältnis (der Ausdruck hat sich für diese bes. Beziehungen eingebürgert<sup>2)</sup>) stehenden Beamten Rechte geben oder nehmen, ohne dass

1) Mitgeteilt vom Bayr. VerfGH, AS II, 166 ff (171).

2) Die Bezeichnung "besonderes Gewaltverhältnis" für derartige Verhältnisse ist unstritten. Fischbach (DVBl 1951, 99 ff) bekennt, er müsse beim Lesen des Wortes immer "einen Anlauf nehmen". Gegen seine und Krügers (ZBR 1956, 309 ff) Bedenken gegen das Wort Gewalt (als der Macht, deren Willen man sich fügen muss), das auf eine unbeschränkte Macht des Gewaltherrn deute, ist zu sagen, dass im Begriff des besonderen Gewaltverhältnisses zugleich die Begränzung dieser Gewalt als rechtlich gebundene Macht mitgedacht oder mitzudenken ist. Köttgen (AÖR 79, 356 ff) möchte die Bezeichnung durch den Ausdruck "Status" ersetzen, da die Bezeichnung "besonderes Gewaltverhältnis" nicht erkennen lasse, dass etwa im Beamtenverhältnis die Treubindung und die historische Tradition mitschwingen. (Im Ergebnis ebenso: MdN, DÖV 1953, 18 ff; Gerber (DVBl 1955, 480 ff; AÖR 79, 258 ff (263, Fussn. 40)) lehnt sie deswegen ab, weil es nicht um die Dienstherrlichkeit des Staates, sondern darum gehe, dass dem Betroffenen im Staat eine Organposition anvertraut werde, die ihn verpflichte, sich so zu verhalten, dass der Organzusammenhang nicht gestört werde. Köttgen und Gerber muten dem Begriff zuviel zu. Die Bezeichnung besonderes Gewaltverhältnis entstammt einer Lehre, die aus der Sicht des Gewaltunterworfenen dieses Ergebnis untersucht und zu begründen versucht: das der Gewaltunterworfenheit des Betroffenen. Das schliesst nicht aus, dass etwa das Verhältnis durch ideale Bindungen oder durch Einordnung in den Organzusammenhang mitbestimmt sein kann. Die vorgebrachten Bedenken reizen nicht dazu, eine eingefahrene Terminologie aufzugeben, wenn m.E. auch der Ausdruck "besonderes Pflichten-

in Fall des Nehmens die allgemeinen Grundrechte verletzt sein würden.

## II. Die Lehre vom besonderen Gewaltverhältnis.

Diese These der eingeschränkten Wirkung der Grundrechte in diesen besonderen Pflichtenverhältnissen hat ihren Grund in der Lehre vom besonderen Gewaltverhältnis.

### a) Die besondere Pflichtenbindung des Gewaltunterworfenen.

Sie beruht zunächst darauf, dass das allgemeine Verhältnis des Bürgers zum Staat von der besonderen Pflichtenstellung des Bürgers, der als Schüler, Beamter oder Student in engere Beziehungen zum Staat tritt, geschieden wird. Unterscheidendes Merkmal ist die etwa dem Beamten oder Schüler über das im allgemeinen Verhältnis zwischen Staat und Bürger übliche Mass hinaus gesteigert treffende Pflichtenbindung des in eine besondere Beziehung zum Staat Gelangten. Wenn der Beamte neben seinen allgemeinen Untertanenpflichten auch noch die vermehrten Pflichten seines Beamtenverhältnisses zu erfüllen hat, zeigt sich als Kehrseite dieser für das besondere Gewaltverhältnis wesensbestimmenden vermehrten Pflichtenbindung für ihn ein Zustand vermindelter Freiheit. Erstes Merkmal des besonderen Gewaltverhältnisses ist danach der vermehrte Pflichtenkreis des Betroffenen.

### b) Das Absehen vom Erfordernis der Gesetzmässigkeit der Verwaltung im besonderen Gewaltverhältnis.

Darauf ist die Folgerung gestützt worden<sup>1)</sup>, dass für dieses besondere Pflichtenverhältnis der für das allgemeine Gewaltverhältnis erkämpfte Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung als der Pflicht, jede staatliche Massnahme, die in Vermögen und Freiheit eingreife, auf ein materielles Gesetz zu stützen, nicht passe. So könne der Schüler, der durch seinen Eintritt in die Schule erhöhte Pflichten auf sich genommen habe, nicht verlangen, dass in dem Schulverhältnis jede freiheitsbeschränkende Massnahme des Staates (Rauch- und Sprechverbote im Unterricht) auf ein materielles Gesetz zurückgeführt werden

-----  
Fests. der Fussen. von S. 33: verhältnis" (Ule, RVBl 1934, 649  
--- Anm. 3) oder mit Wolff (VerwR I, § 32 IV c 3 = S. 126) "öffent-  
liches Sonderverhältnis" vorzuziehen wäre.

1) Zur Geschichte der Theorie vom besonderen Gewaltverhältnis:  
Thieme, DÖV 1956, 52c ff.

müsse. Der im besonderen Pflichtenverhältnis Berechtigte (Gewaltherr) ist von der Pflicht befreit, für jede Anordnung im Rahmen des Zwecks des Verhältnisses ein materielles Gesetz zu suchen. Im Rahmen des Zwecks muss sich der Gewaltunterworfenen auch Massnahmen des Gewaltherrn fügen, die ohne ausdrückliche gesetzliche Grundlage ergehen<sup>1)</sup>.

c) Der Begriff des besonderen Gewaltverhältnisses.

Als besonderes Gewaltverhältnis wird man demnach das gegenüber allen Staatsbürgern gesteigerte Pflichtenverhältnis be- greifen können, das dem Gewaltunterworfenen zur Nimmahme von Freiheitsbegrenzenden<sup>2)</sup> allgemeinen oder Einzelmassnahmen auch ohne gesetzliche Grundlage<sup>3)</sup> zwingt<sup>4)</sup>.

1) H.J. Wolff, Verw.R. I § 52 IV c 3 (S. 126).

2) Nicht jeder Eingriff im Beamtenverhältnis berührt die Freiheit des Einzelnen, so nicht die Anordnung, eine Sache positiv oder negativ zu bescheiden (Dienstbefehl), wohl aber das Verbot, ein Lokal zu betreten. (vgl. oben S. 1)

3) Das besondere Gewaltverhältnis ist dennoch Rechtsverhältnis (H.J. Wolff, Verw.R. I § 25 VIII (S. 89) und § 52 IV c 3, S. 127). Daher verfehlt: Meyer, DÖV 1954, 66 ff mit der Ansicht, der Gewaltunterworfenen sei Objekt des übergeordneten Willens des Gewaltherrn. Das besondere Gewaltverhältnis findet seine Grenzen am Zweck des besonderen Gewaltverhältnisses und - wie noch zu zeigen sein wird - an den Grundrechten. Diese Grenzen rechtfertigen es auch, freiheitsbeschränkende (Abgrenzung schwierig) Massnahmen in besonderen Gewaltverhältnissen dem verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz zu unterstellen - im Ergebnis eine Ermessensprüfung, ob der Gewaltherr nicht über den Zweck des besonderen Gewaltverhältnisses hinausgegangen ist. Dann ist der Kläger in seinen Rechten verletzt (§ 23 Abs. 1 VO 165). Vgl. dazu u. a.: BVerwG v. 10. 12. 1954, VerwRspr. 7, 871 ff (Nr. 198); Bachof, Laforetfestg. S. 285 ff; Klinger (2. Aufl.), Ann. B 3 zu § 23 (S. 156) mit Nachw.; Ule, Gerichtlicher Rechtsschutz, S. 26 ff gegen Wacke, AöR 76, 385 ff; Krüger, NJW 1953, 1369 ff. Die Frage des Rechtsschutzes im besonderen Gewaltverhältnis hat als Frage nach dem Vorliegen eines belastenden Verwaltungsakts nichts damit zu tun, ob Massnahmen innerhalb besonderer Gewaltverhältnisse mit den Grundrechten übereinstimmen (richtig daher die Fragestellung bei Krüger, ZBR 1956, 309 ff). Das letztere steht hier allein in Frage.

4) Ähnlich die Begriffsbestimmung der bisher h.L.: Laband, (D. Staatsrecht I, 4c5): Verhältnis der Über- und Unterordnung öffentlich rechtlicher Natur, in dem das Interesse des Staates durch eine besondere Gehorsampflicht gesichert wird; Otto Mayer (VerwR I, 101 f; II, 182 und 285): verschärfte Abhängigkeit, die zugunsten eines bestimmten Zwecks öffentlicher Verwaltung begründet wird für alle Einzelnen, die in den besonderen Zusammenhang treten, mit einem Zustand ver-

Beispiele für ein besonderes Gewaltverhältnis sind etwa das Schulverhältnis, die Rechtsstellung des Soldaten, Studenten, Schülers, Anstaltsnutzers, Strafgefangenen, das Beamtungsverhältnis<sup>1)</sup>.

III. Die Übertragung der Lehre vom besonderen Gewaltverhältnis auch auf die Grundrechtsstellung des Betroffenen.

Diese Lehre wird nun - und das leitet zu der Themafrage über - auch für die Antwort auf die Frage übernommen, inwieweit Grundrechte in besonderen Pflichtbeziehungen gelten sollen. Wenn im besonderen Gewaltverhältnis der Gewaltunterworfenen dem Willen des Gewaltherrn ohne den Schutz des Gesetzes unterwor-

-----  
Forts. Fussn. 4 von S. 35: mindertor Freiheit, der bestimmt wird durch den Gewaltherrn, dessen Anweisungen dem Betroffenen rechtlich bindend bestimmen, was er zu tun oder zu lassen habe; ähnlich: Kormann, Wörterbuch des Dt. Staats- und VerwR III, 2 ff; Jacobi, Zges. StrW. 50, 376 ff (386) und Hdb dStR II, 255 ff: Möglichkeit, den juristisch stärkeren Willen des Gewaltherrn dem Unterworfenen gegenüber durch diesen unbedingt bindende, formlose Anweisungen im Rahmen des Zwecks des Verhältnisses zur Geltung zu bringen, ohne dass es des Vorbehalts eines ermächtigenden Gesetzes bedürfe; G. Wolff, aaO S. 17 f; Thieme, DOV 1956, 520 ff; Erlor, aaO S. 36 f; Kahn, Diss. S. 13; Mawiasky, Zitelmannfestg. S. 34; Forsthoff, VR (3. Aufl.), S. 106 f; Köttgen, DUZ 1954 Heft 13 S. 3 ff; Heyland, Berufsbeamtentum, S. 22 ff; Art. 140 EVRO für Württemberg mit Begr. S. 428 f; gesteigertes Abhängigkeitsverhältnis bestimmter Personen; OVG Lüneburg v. 14. 8. 53, MDR 53, 760 f; BVerwG v. 10. 12. 1954, DVBl 1955, 261. Die Bestimmung Obermayers (VA S. 85) im Anschluss an Fleiner (Instit. S. 166), das entscheidende Kriterium sei es, dass der Gewaltunterworfenen als "integrierendes Glied" in die öffentliche Verwaltung eingefügt sei, versagt doch wohl gegenüber den Anstaltsverhältnissen und schon gegenüber dem Strafgefangenen, der sich wohl sehr dagegen wehren wird, als Glied der Verwaltung angesehen zu werden. Es bleibt dabei offen, wie man denn z. B. die Anstaltsverhältnisse behandeln soll, wenn man sie wie Obermayer (S. 86) aus dem Begriff des Besonderen Gewaltverhältnisses ausschaltet. - Auf die Art der Begründung - freiwillig (Beamter) oder durch Zwang (Strafgefangener) - kommt es nicht an (Fleiner, Inst. S. 166).

1) Otto Mayer, Dt. VerwR II, 182; H. Schulze, Dt. StaatsR I, 330; Laband, Dt. StaatsR I, 405; Forsthoff, VerwR, S. 107; Heyland, Berufsbeamtentum, S. 22; Merkl, VVStL 7, 56 ff; Jacobi, Hdb dStR II, 255 ff; Köttgen, BeamtenR, S. 46; Koellreutter, D. StaatsR, S. 48; H. J. Wolff, Anm. zum VGH für Württ. Hohenzollern, JZ 1953, 87 ff; Fleiner, Institutionen, S. 165; Meyer, DOV 1954, 66 ff; Thoma, Polizeibefehl I, 19; Otto, ZBR 1955, 66; Köttgen, DVBl 1951, 651 ff; BVerwG v. 10. 12. 54, DVBl 1955, 259 ff; OVG Lüneburg v. 26. 9. 1950, AS 3, 138 ff.

fen sei, könne er sich bis zur Grenze dieser Bindung auch nicht auf Grundrechte berufen. Der Gewaltherr sei an nichts anderes gebunden, als dass seine Massnahmen sich an den Zweck des besonderen Gewaltverhältnisses halten müssten. Dabei sei er nicht den Grundrechten verpflichtet<sup>1)</sup>. Dieser Schluss geht davon aus, dass der Betroffene dem Willen des Gewaltherrn unterworfen ist, nicht von dem Ausmass, in dem die Grundrechte im Grundgesetz gewährleistet sind. Die Grundrechtswirkung wird von Boden des besonderen Gewaltverhältnisses aus gewonnen. Über diesen Ansatz gelangen kaum jene hinaus, die die Grundrechte nur dem allgemeinen Gewaltverhältnis vorbehalten und meinen, sie liessen die Bindungen des besonderen Gewaltverhältnisses unberührt.<sup>2)</sup> Sie können sich dabei schon auf die Entstehungsgeschichte der Weimarer Reichsverfassung berufen, bei deren Beratung Reichsinnenminister Dr. Preuss die besonderen Pflichtverhältnisse von der Wirkung der Grundrechte ausschliessen wollte<sup>3)</sup>.

- 1) v. Mangoldt, BGG (1. Aufl.), Verben. I, 4 (S. 37); Begründung zum Entwurf einer Verwaltungsrechtsordnung für Württemberg S. 429; W.G., AOR 76, 335 ff; Reuter, DOV 1954, 305 ff; Roehl, JZ 1954, 65 ff; G. Wolff, Strafvollzug, S. 44; Lerche, DVBL 1954, 626 ff (629 Fussn. 41); Zweigert, JZ 1955, 533 ff; Grabendorff, ZBR 1955, 48 ff; M&N, DOV 1953, 18 ff; Erler, Freiheit und Grenze berufsständischer Selbstverwaltung, S. 36: "Inneres Hausrecht der Verwaltung im besonderen Gewaltverhältnis, gegen das eine Berufung auf allgemeine Grundrechte nicht zugänglich ist"; Bundesregierung vor dem Rechtsausschuss des Bundestages in der Sitzung vom 12./13.6.1952 (nach Wehrbeitrag II, 1 S. 242 ff; Eckert-Hölter, JZ 1956, 142 f; OVG Berlin v. 13.10.1954, JZ 1955, 272 ff; BDI (ohne weitere Angabe) nach Mannheim, JZ 1956, 86 ff;.
- 2) Pasquay, Annalen des Dt. Reiches 1914, 402 ff (418): die Vereinsfreiheit des Reichsvereinsgesetzes lasse die Beschränkungen des Beamtenrechts unberührt; Thoms bei Nipperdey I, 1 ff und ProVG Festg. S. 204 ff (207): Grundrechte wirken nur polizeibegreifend; Jellinek, VerwR S. 370 ff, 384 ff; Jacobi, Hdb dStR II, 255 ff; Geiger, Banz. 1952 Nr. 30, 6f und SVerfGG, Ann. 6c zu § 90 (S. 280); Kaufmann, Wehrbeitrag II, 2 S. 61; OVG Koblenz, JZ 1955, 16 ff; Füssel bei Neumann-Nipperdey-Scheuner II, 426 ff.
- 3) 41. Sitzg. des 8. Ausschusses der Nationalversammlung v. 17.6.1919 (Berichte und Protokolle des 8. Ausschusses über den Entwurf einer Verfassung des Deutschen Reiches, O.J., S. 504).

Eine Begrenzung der eingeschränkten Grundrechtswirkung innerhalb besonderer Gewaltverhältnisse von den Grundrechten her versuchen schon jene zu geben, die die Pflichten der besonderen Gewaltverhältnisse als Elemente oder inhärente Merkmale der Grundrechte sehen. Die Grundrechte seien von Verfassungsgesetzgeber schon mit dem stillschweigenden Vorbehalt versehen worden, dass sie in besonderen Gewaltverhältnissen nur eingeschränkt gelten sollen<sup>1)</sup>. Nach v. Mangoldt-Klein sei das Stehen in einem besonderen Gewaltverhältnis als eine persönliche Doppelleistungsschranke aufzufassen, die in der Normierung des Grundrechts selbst schon angelegt sei<sup>2)</sup>. Ebenfalls von den Grundrechten und nicht allein von dem Pflichtenverhältnis schließt die Lehre, die eine Einschränkung von Grundrechten in freiwillig begründeten besonderen Gewaltverhältnissen dort gewährt, wo der freiwillig Eintretende den vermehrten Pflichtenkreis ohne Zwang auf sich nehme. Dann verzichte er insoweit auf Grundrechte, die seiner Pflichterfüllung im Wege stehen könnten<sup>3)</sup>.

B. Das Verhältnis der Lehre von besonderem Gewaltverhältnis zum Rechtsstaat und zum Grundrechtssystem des Grundgesetzes.

I. Reichweite der Ausnahme vom Rechtsstaat durch die Lehre vom Gewaltverhältnis.

Die Lehre vom besonderem Gewaltverhältnis belastet den in ein besonderes Gewaltverhältnis Eingegliederten in doppelter Hinsicht. Einmal versagt sie ihm in dem einmal begründeten Pflichtenverhältnis das Recht, für jede ihn belastende Änderung eine gesetzliche Grundlage genannt zu erhalten. Sodann befreit sie den Gewaltherrn im Rahmen der Zweckrichtung des Verhältnisses von den Fesseln der Grundrechte: der Gewaltunter-

1) Scheuner, RStW IV, 159 ff (165 Fassen. 106) und 88 ff (110); Bayr. VerfGH v. 20.7.1951, VerwRspr 4, 261 ff (275) Nr. 61.

2) Vorben. B XVI, 2 c (S. 129) und Vorben. B XVI, 4 (S. 136); H. J. Wolff, VerwR I, § 32 IV c 3 = S. 127.

3) Krüger, DVBl 1950, 625 ff und BBE 1950, 237 ff (238), der seine ursprüngliche Ablehnung des besonderen Gewaltverhältnisses als Einschränkunggrundlage für Grundrechte aus praktischen Gründen wieder abschwächt. OVG Koblenz v. 11.12.1951, AS RhldPF. 1, 23 ff; Mauns, D. StaatsR, S. 105 mit Einschr.; Gerber, Ann. zu Schlesw. Kolst. Dienststrafhof, DÖV 1953, 60 ff; Grawo, Gutachten, S. 35 ff; Koellreutter, DÖV 1951, 467 ff; Neis, ZBR 1953, 157 ff.

worfene kann sich insoweit nicht auf Grundrechte berufen, als dies den besonderen Pflichten widersprechen würde, die ihm im besonderen Gewaltverhältnis auferlegt sind.

Damit sind offenbar zwei Pfeiler des im Rechtsstaat angestrebten Schutzes der Freiheit des Einzelnen gegenüber der staatlichen Gewalt hervorgezogen: der Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung und der Bindung der staatlichen Gewalt an die Grundrechte. Das besondere Gewaltverhältnis wird damit zum teilweise rechtsstaatsfreien Raum. Die besondere Betonung, die das Grundgesetz gerade den Grundsätzen des Rechtsstaats (Art. 20 Abs. 3 GG) und dem Geltungsanspruch der Grundrechte gibt (Art. 1, 2, 19 GG), weist, ja verpflichtet zur Kritik an dieser Theorie, inwieweit der Ausschluss des Grundsatzes der Gesetzmässigkeit der Verwaltung im bestimmten Rahmen und die Einschränkung der Grundrechte sich mit dem im Grundgesetz sich findenden Bekenntnis zur rechtsstaatlichen Ordnung und seiner Grundrechtsauffassung vereinbaren lassen<sup>1)</sup>.

Demgemäss hat die Kritik zwei Ansatzpunkte: Einmal, ob der Ausschluss der Gesetzmässigkeit der Verwaltung berechtigt ist, so dass im schon begünstigten besonderen Gewaltverhältnis auch ohne Gesetz beliebige Massnahmen den Gewaltunterworfenen verpflichten. Sollte diese (notwendig formale) Möglichkeit dem Gewaltherrn auch im Rechtsstaat zugestanden werden können, so bleibt noch zu prüfen, ob diese Massnahmen - wenn sie schon an ein Gesetz nicht unbedingt gebunden zu sein brauchen<sup>2)</sup>, ihren Inhalt nach die Grundrechte uneingeschränkt achten müssen.

## II. Die Überwindung des Grundsatzes der Gesetzmässigkeit der Verwaltung und der Rechtsstaat.

### a) Die Forderung nach gesetzlicher Begründung eines jeden Verwaltungsaktes innerhalb eines besonderen Gewaltverhältnisses.

Der in einem besonderen Gewaltverhältnis stehende Staats-

1) Zur Notwendigkeit, den Rechtsstaat auch über ein besonderes Gewaltverhältnis - wie das Militärdienstverhältnis - zu stellen: Kammer, RIA 1955, 148 ff.

2) Damit ist nicht gesagt, dass der Gesetzgeber gehindert ist, auch das besondere Gewaltverhältnis gesetzlich zu regeln - etwa durch Beamtengesetze. Es ist nur vorausgesetzt, dass ein materielles Gesetz nicht erforderlich ist.

Bürger ist innerhalb des Rahmens des Zwecks (Aufrechterhaltung der Dienstordnung, der Schulpflicht u. dgl.) den Anordnungen des Gewaltherrn insoweit unterworfen, als dies erforderlich ist, um das Gewaltverhältnis aufrechtzuerhalten. Dabei soll der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung nicht mehr gelten<sup>1)</sup>. Damit scheint der Rechtsstaat an einer sehr wichtigen Stelle durchbrechen<sup>2)</sup>. Denn es ist eine grundlegende Forderung des Rechtsstaates, jedes staatliche Handeln an ein materielles Gesetz zu binden. Das ist solange erträglich, als das allgemeine Gewaltverhältnis, das durch den Grundsatz der Rechtsmäßigkeit der Verwaltung und der Achtung vor den Grundrechten der Menschen gekennzeichnet ist, die Regel, das besondere Gewaltverhältnis die Ausnahme ist. Es besteht aber die Gefahr, dass der Staat das allgemeine Gewaltverhältnis allmählich in eine Vielzahl besonderer Gewaltverhältnisse auflöst und so den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung als Fessel jeder Staatsgewalt abstreift. Das kann etwa dadurch geschehen, dass der Staatsbürger in vom Staate getragene Organisationen (wie z.B. Militär, Betriebsverbände, Staatsjugend, Staatsparteien, Körperschaftlich organisierte Wirtschaftskammern, berufsständische Organisationen oder Rechtsanwalts- oder Ärztekammern<sup>3)</sup>) eingegliedert wird und so allmählich wegen der damit verbundenen gesteigerten Pflichten vom allgemeinen Gewaltverhältnis

1) Für das Thema Grundrechte im Beamtenverhältnis scheint das unerheblich, da doch die Beamtengesetze das Beamtenverhältnis gesetzlich geregelt haben. Der Versuch, die Grundrechte von der Lehre des besonderen Gewaltverhältnisses aus einzuschränken, fordert es jedoch, die gesamte Lehre an den Anforderungen des Rechtsstaates zu überprüfen. Andererseits füllen die in den Beamtengesetzen niedergelegten speziellen Pflichten (zur Verfassungstreue, achtungswürdigem Verhalten) den Raum des einmal entstandenen Beamtenverhältnisses nicht aus. Weil der Gesetzgeber nicht alle Anordnungen an Beamte normieren kann, nimmt er Zuflucht zu einer inhaltlich nicht-sagenden, allgemeinen Gehorsamspflicht gegenüber Vorgesetzten (§ 55 BBG). Es gibt keinen erschöpfenden Pflichtenkatalog des Beamten (Behrke, BDD Einl. III c (S.99)). Daher bleibt auch hier für Anordnungen der Vorgesetzten ausserhalb des Beamtengesetzes ein Spielraum: den, den jedes besondere Gewaltverhältnis im Rahmen seines Zwecks dem Gewaltherrn einräumt, Bachof, VVStL 12, 37 ff (58).

2) Über den Zusammenhang zwischen dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und dem Rechtsstaat: H.J. Wolff, VerwR I, S. 109 f.

3) Bayr. VerfGH v. 10.3.1951, Bayr. GVBl 1951, 43 ff; Ermacore, DÖV 1956, 529 ff nennt derartige Verhältnisse mit deutlicher Abneigung "moderne besondere Gewaltverhältnisse".

und dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit jeden Staatsbediensteten nicht mehr viel bleibt. Das läßt auf der Linie des Wandels unserer Verfassungsgeschichte<sup>1)</sup> von bürgerlich-liberalen Rechtsstaat zum Wohlfahrtsstaat, von der Sorge um die Existenzsicherung der Volksmassen zu dem Einbruch in bürgerlich-rechtsstaatliche Positionen treibt.

Angesichts dieser Gefahr des Verlusts des rechtsstaatlichen Grundsatzes der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung wäre es verständlich, dem Rechtsstaat jenen die besonderen Gewaltverhältnisse zu opfern. Dann das wäre die Folge, forderte man für jede freiheitsbeschränkende Massnahme innerhalb eines besonderen Gewaltverhältnisses (Dienstzeitenordnung, Rauchverbote) die Stütze in einem Gesetz. Dann wäre der Betroffene wie jeder andere Staatsbürger nur noch dem gesetzbezogenen Staatshandeln unterworfen. Mit dem Merkmal der Unterwerfung unter den Willen des Gewaltherrn, der nur an die Zweckrichtung des besonderen Gewaltverhältnisses, nicht aber unbedingt an ein Gesetz gebunden ist, schwindet das besondere Gewaltverhältnis selbst.

Dennoch ist die Forderung nach der gesetzlichen Stütze jeder einzelnen freiheitsbegrenzenden Massnahme innerhalb eines besonderen Gewaltverhältnisses kaum erfüllbar. Die vielen an einen Beamten gerichteten Dienstbefehle (Weisungen über Dienstkleidung, Dienstzeit, Verhalten innerhalb und ausserhalb des Dienstes), die Anordnung zur Einhaltung der Schulordnung (Rauch-, Tanzverbote, Verbot, gewisse Räume zu betreten), der Zwang der Anstaltsordnung in Gefängnissen, die vielgestaltigen Anordnungen, Gebote und Verbote etwa einer Schlachthofordnung greifen in die Freiheit und das Vermögen des betroffenen Staatsbürgers ein, entziehen sich aber gerade wegen ihrer Vielgestaltigkeit der einzelnen Eingriffe der gesetzgeberischen Regelung<sup>2)</sup>. Nicht umsonst verzichten gerade die Beamtengesetze, die sich bis zu einem gewissen Grade erfolgreich bemühen, den Rahmen eines besonderen Gewaltverhältnisses mit gesetzlichen Maßstäben zu füllen, etwa Einzelanweisungen wie Dienstzeit und -ort gesetzlich zu untermauern. Sie begnügen sich damit, eine allgemeine Gehorsamspflicht einzuführen (§ 55 BBG, § 66 LBB v. NRW

---

1) Zum Gegensatz von Verfassungstext und -wirklichkeit: Klein, ZGesStW 106, 390 ff (405).

2) Anders: Freudenthal, ZGesStrW 39, 493 ff; Mittermaier, Gefängniskunde, S. 11; Meyer, DOV 1954, 66 ff; Hamann, RIA, 1954, 25 ff mit der Forderung nach dem Rechtssatz im besonderen Gewaltverhältnis.

1953, 1954 (StR 1, 237)) und lassen insoweit dem Discretionär-  
gesetzten freien Raum zu Einzelentscheidungen. Darin liegt  
das Ringstedt'sche, dass die Vielgestaltigkeit der Lebensver-  
hältnisse innerhalb dieser besonderen Gewaltverhältnisse dem  
Gesetzgeber dazu zwingt, auf eine bis zum Einzelnen gehende Re-  
gelung der Rechtsstellung des Betroffenen in besonderen Ge-  
waltverhältnis zu verzichten<sup>1)</sup>. Diese Schwierigkeit scheint  
auch der Anstoss gewesen zu sein, der die Lehre seit Laband<sup>2)</sup>  
dann geführt hat, mit Hilfe des besonderen Gewaltverhältnisses  
diese vielgestaltigen und undurchdringlich engen Beziehungen  
zwischen Staatsbürger und Staat von dem Grundsatz der Gesetzmässigkeit jeder  
Einschmähnahme freizustellen. Daran hat sich  
bis heute nichts geändert. Auch heute dürfte der Gesetzgeber  
nicht in der Lage sein, in ständigen einmal begründeten be-  
sonderen Gewaltverhältnissen den Herrscher an gesetzliche  
Einzelregelungen zu binden. Ist die Forderung nach gesetzli-  
cher Stütze jeder einzelnen Massnahme - auch in der Form der  
Generalklausel, wenn sie nicht den Tatbestand zu unbestimmt  
umschreibt, um noch als materielles Gesetz zu gelten - kaum  
erfüllbar, scheinen nur zwei Möglichkeiten zu bleiben: Entwe-  
der man gibt mit der Theorie des besonderen Gewaltverhältnis-  
ses die Möglichkeit des Staates auf, den Einzelnen in eine sol-  
che enge Beziehung zu stellen. Das würde bedeuten, dass selbst  
im Grundgesetz erwähnte besondere Gewaltverhältnisse (Beamten-  
verhältnisse (Art. 33 Abs. 4 und 5 GG), Hochschul- oder Schul-  
verhältnis (Art. 5 Abs. 2, 7 GG)) nicht mehr bestehen würden.  
Oder man müsste das besondere Gewaltverhältnis schweren Her-  
zens als rechtsstaatsfreien Raum ansehen.

b) Die Forderung nach der gesetzlichen Grundlage bei Ein-  
ordnung des Betroffenen in ein besonderes Gewaltverhältnis

1. Die Belastung der Freiheit des Einzelnen bei Eintritt  
in das besondere Gewaltverhältnis.

Die Alternative zwischen Rechtsstaat und besonderem Gewalt-  
verhältnis scheint mir jedoch nicht zu bestehen. Die Forderung  
der Gesetzmässigkeit der Verwaltung setzt an bei den in bereits  
begründeten besonderen Gewaltverhältnis ergehenden Anordnungen.

1) Ähnlich: Köttgen, DZ 1954, Heft 13 S. 3 ff; Bachof, VVStL  
12, 37 ff; Thieme, DÖV 1956, 520 ff. Das hält Ermacora (DÖV  
1956, 529 ff) mit Recht dem österreichischen VerfGE entge-  
gen, der die Existenz besonderer Gewaltverhältnisse mit ih-  
ren Folgen der besonderen rechtl. Abhängigkeit leugnet.

2) D.StaatsR I, 405.

Hier scheint der Rechtszustand zu verlangen, dass für die Dienstverhältnisse eine gesetzliche Grundlage nachzuweisen sei, eine Forderung, die kaum zu erfüllen ist. Keines Ansehens liegt der Freiheitsbeschränkende Eingriff zeitlich viel früher. Er ist, während des Bestehens des Gewaltverhältnisses, die Einschränkung der Freiheit des Bürgers bereits mit dem Eintritt in das besondere Gewaltverhältnis ein. Denn dem besonderen Gewaltverhältnis ist es eigen, dass dem Gewaltunterworfenen ein gegenüber allen anderen Staatsbürgern vermehrter Pflichtenkreis überbürdet wird. Erst diese Pflichten, deren Ausgestaltung im einzelnen dem Gesetzgeber wegen der Vielgestaltigkeit der Lebensverhältnisse nicht möglich ist, geben dem Gewaltherrn die Macht, im Einzelfall zu bestimmen, was Rechtens sein soll<sup>1)</sup>. Dass in die Freiheit des Einzelnen im besonderen Gewaltverhältnis auch ohne gesetzliche Grundlage eingegriffen werden kann, beruht letztlich darauf, dass mit der Überbürdung des vermehrten Pflichtenkreises solche kaum zu vermeidende Eingriffe innerhalb des bereits begründeten besonderen Gewaltverhältnisses auch ohne gesetzliche Grundlage ermöglicht werden. Die Belastung der Freiheitssphäre des Einzelnen tritt bereits bei Eintritt in das besondere Gewaltverhältnis ein. Denn von diesem Zeitpunkt an wirken die vermehrten Pflichten. Damit verschiebt sich der Ansatzpunkt der am Rechtsstaat ausgerichteten Kritik von den im besonderen Gewaltverhältnis ergehenden Massnahmen auf die Art der Begründung des besonderen Gewaltverhältnisses<sup>2)</sup>.

## 2. Wahrung des Grundsatzes der Gesetzmässigkeit der Verwaltung bei gesetzmässiger Begründung des besonderen Gewaltverhältnisses.

Das besondere Gewaltverhältnis wäre dann mit dem Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung vereinbar, wenn man für die Begründung des besonderen Gewaltverhältnisses - also die Über-

1) Der Bayr. VerfGH v. 10.3.1951, Bayr. GVBl 1951, 43 ff. trennt richtig die Frage der Einschränkung von Grundrechten von der Begründung des besonderen Gewaltverhältnisses durch Gesetz oder Unterwerfung.

2) Obermayer, VA S. 84: Es müsse der allzu beliebte Rückzug aus dem durch strengere Rechtsgrundsätze erfüllten Raum des allgemeinen Gewaltverhältnisses verhindert werden.

Hier scheint der Rechtsstaatsgedanke zu verlangen, dass für die Dienstzeitanordnungen etwa eine gesetzliche Grundlage nachzuweisen sei, eine Forderung, die kaum zu erfüllen ist. Meines Erachtens liegt der freiheitsbeschränkende Eingriff zeitlich viel früher. Entsprechend dem Wesen des besonderen Gewaltverhältnisses tritt die Einschränkung der Freiheit des Bürgers bereits mit dem Eintritt in das besondere Gewaltverhältnis ein. Denn dem besonderen Gewaltverhältnis ist es eigen, dass dem Gewaltunterworfenen ein gegenüber allen anderen Staatsbürgern vermehrter Pflichtenkreis überbürdet wird. Erst diese Pflichten, deren Ausgestaltung im einzelnen dem Gesetzgeber wegen der Vielgestaltigkeit der Lebensverhältnisse nicht möglich ist, geben dem Herrscher die Macht, in Einzelfall zu bestimmen, was Rechtens sein soll<sup>1)</sup>. Dass in die Freiheit des Einzelnen im besonderen Gewaltverhältnis auch ohne gesetzliche Grundlage eingegriffen werden kann, beruht letztlich darauf, dass mit der Überbürdung des vermehrten Pflichtenkreises solche kaum zu vermeidende Eingriffe innerhalb des bereits begründeten besonderen Gewaltverhältnisses auch ohne gesetzliche Grundlage ermöglicht werden. Die Belastung der Freiheitssphäre des Einzelnen tritt bereits bei Eintritt in das besondere Gewaltverhältnis ein. Denn von diesem Zeitpunkt an wirken die vermehrten Pflichten. Damit verschiebt sich der Ansatzpunkt der am Rechtsstaat ausgerichteten Kritik von den im besonderen Gewaltverhältnis ergehenden Massnahmen auf die Art der Begründung des besonderen Gewaltverhältnisses<sup>2)</sup>.

2. Wahrung des Grundsatzes der Gesetzmässigkeit der Verwaltung bei gesetzmässiger Begründung des besonderen Gewaltverhältnisses.

Das besondere Gewaltverhältnis wäre dann mit dem Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung vereinbar, wenn man für die Begründung des besonderen Gewaltverhältnisses - also die Über-

1) Der Bayr. VerfGH v. 10.3.1951, Bayr. GVBl 1951, 43 ff trennt richtig die Frage der Einschränkung von Grundrechten von der Begründung des besonderen Gewaltverhältnisses durch Gesetz oder Unterwerfung.

2) Obermayer, VA S. 84: Es müsse der allzu beliebte Rückzug aus dem durch strengere Rechtsgrundsätze erfüllten Raum des allgemeinen Gewaltverhältnisses verhindert werden.

bürdung des vermehrten Pflichtenkreises - die Form des Rechts-  
satzes gewahrt sehen würde. Denn dann wären mit dem vermehrten  
Pflichtenkreis auch alle auf diese Pflichten gestützten Ein-  
zelanordnungen gesetzesmäßig abgestützt. Hier liegt der Ein-  
wand nahe, dass das Gesetz, das mit der Überbürdung der ver-  
mehrten Pflichten auch das besondere Gewaltverhältnis gesetz-  
lich macht, nur sehr allgemein die Pflichten bestimmen kann,  
die den Einzelnen innerhalb des besonderen Gewaltverhältnisses  
in seiner Freiheit beschränken. So ist es oft nur möglich,  
allgemeine Richtlinien in den Pflichtenkatalogen zu geben. Dann  
wäre dem Gewaltherrn noch ein weiter Spielraum eingeräumt,  
freiheitsbegrenzende Massnahmen anzuordnen, die nicht auf die  
nun gesetzesmäßigen Pflichtenkataloge unmittelbar gestützt wer-  
den können. Es fehlte dann für diese Lücken innerhalb der  
Pflichtenkataloge noch an einer gesetzlichen Grundlage für alle  
Massnahmen, die nicht unmittelbar auf eine Beamtenpflicht in  
einem Beamtengesetz gestützt werden können. Dennoch scheint mir  
zu genügen, dass allein die Begründung des besonderen Gewalt-  
verhältnisses gesetzlich gestützt werden muss. Die Gefahr, dass  
der Staat die Rechtsstellung des Einzelnen dadurch untergräbt,  
dass er ihn in eine Reihe von besonderen Gewaltverhältnissen  
einspannt, droht weniger von den Einzelmassnahmen innerhalb  
eines besonderen Gewaltverhältnisses als vielmehr von der un-  
gehemmten Begründung immer neuer Pflichtenbeziehungen. Der  
Grundsatz der Gesetzesmäßigkeit der Verwaltung ist auch für Ein-  
zelmassnahmen im besonderen Gewaltverhältnis damit geachtet,  
wenn der Einzelne unter Beachtung dieses Grundsatzes in das  
besondere Gewaltverhältnis eingespannt worden ist. Damit ist  
ein überschaubarer Pflichtenkreis auf ihn überbürdet, der an dem  
Zweck des besonderen Gewaltverhältnisses ausgerichtet ist und  
durch ihn wohl ausreichend begrenzt wird. So darf im Rahmen  
eines Beamtenverhältnisses von dem Beamten nur so viel gefor-  
dert werden, als erforderlich<sup>1)</sup> ist, um die Funktionen des Be-

1) Thieme, DÖV 1956, 520 ff will bei gesetzesmäßig begründeten  
besonderen Gewaltverhältnissen auch nur zweckmässige Mass-  
nahmen genügen lassen. Sie sind jedoch nicht nur auf An-  
ordnungen zur Aufrechterhaltung von Sicherheit und Ordnung  
im besonderen Gewaltverhältnis beschränkt, wie Thieme (S.  
525 f) anzunehmen scheint: die Anordnung an einen Schüler,  
eine Hausaufgabe anzufertigen, dient doch wohl nicht der  
Gefahrenabwehr.

anerkennung zu erfüllen. Schon wenn der Einzelne unter Wahrung des Grundsatzes der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung dem besonderen Gewaltverhältnis unterworfen worden ist, trifft ihn ein durch den Zweck des besonderen Gewaltverhältnisses hinreichend bestimmter Pflichtenkreis als notwendige Folge der Begründung des Verhältnisses. Die so gerechtfertigten Pflichten gestatten eine Verletzung des Grundsatzes der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung auch Einzelmaßnahmen im Rahmen des Zweckes des Verhältnisses. Demnach ist das besondere Gewaltverhältnis auch im Rechtsstaat denkbar, wenn seine Begründung den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung verstößt.

c) Die Begründung besonderer Gewaltverhältnisse und die Forderung nach ihrer Gesetzmäßigkeit.

Die Aufgabe lautet dahin, eine materiell-gestaltliche Grundlage dafür aufzuspielen, dass bei Begründung eines besonderen Gewaltverhältnisses dem Betroffenen ein gegenüber anderen Staatsbürgern gesteigerter Pflichtenkreis aufgebürdet wird<sup>1)</sup>. Das setzt voraus, dass auf die Art eingegangen wird, in der besondere Gewaltverhältnisse begründet werden können.

Dabei sind zu unterscheiden<sup>2)</sup>:

- (1.) Besondere Gewaltverhältnisse, die durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes durch Verwaltungsakt oder Richterspruch begründet werden (Begründung des Schulverhältnisses durch die allgemeine Schulpflicht<sup>3)</sup> oder die Verurteilung zur Strafkraft auf Grund der Tatbestände eines Strafgesetzes, die Wehrpflicht)
- (2.) Besondere Gewaltverhältnisse, die wenigstens auch durch freiwillige Übernahme der besonderen Pflichten des Gewaltverhältnisses begründet werden (Beamtinnenverhältnis, Einbeziehung der Studenten in den Universitätszusammenhang)
- (3.) Besondere Gewaltverhältnisse, die durch den tatsächlichen Eintritt in den Machtkreis einer Anstalt entstehen.

---

1) Die inhaltliche Bindung dieser Pflichten an den Grundrechtsinhalt oder gemäss Art. 20 Abs. 3 GG "Gesetz und Recht" an überpositive Rechtsätze, wie "den im Bewusstsein aller zivilisierten Völker lebendigen Kernbereich des Rechts" (BGRSt E 2, 234 ff) steht hier nicht in Frage.

2) Das im Anschluss an Forsthoft, VerwR S. 106.

3) § 1 Reichsschulpflichtgesetz v. 6.7.1958 (RGBl I, 199).

1. Die durch Gesetz begründeten besonderen Gewaltverhältnisse

Untersucht man diese Spielarten der Begründung eines besonderen Gewaltverhältnisses daraufhin, ob sie dem Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung genügen, so ist dies offenbar für die erste Gruppe ohne weiteres gegeben. Wo ein materielles Gesetz (etwa das Schul- oder Wehrpflichtgesetz) den Betroffenen einen erhöhten Pflichtenkreis überbürdet, ist der Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung gewahrt. Die Verwaltung hat sich hier der Gesetzgebung bewusst untergeordnet, wie es der Grundsatz der Gewaltentziehung vorschreibt. Demgemäss sind hier - abgesehen von Einfluss der Grundrechte - die Freiheitsbeschränkungen des besonderen Gewaltverhältnisses als im Einklang mit den Forderungen des Rechtsstaats aufgelegt<sup>1)</sup>.

2. Die durch freiwillige Unterwerfung begründeten besonderen Gewaltverhältnisse.

Schwieriger ist der Nachweis zu führen, dass die Begründung eines besonderen Gewaltverhältnisses durch freiwillige Unterwerfung unter einen gesteigerten Pflichtenkreis dem Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung genügt. Der Beamte tritt offenbar in den Staatsdienst, der Student in den Universitätsverband ein, ohne dass irgendwo ein Gesetz diesen Personenkreis dazu zwingt, gerade die Pflichten eines Beamten oder Studenten auf sich zu nehmen. Da jedoch der Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung die Stütze jeder staatlichen Massnahme in einem materiellen Gesetz verlangt, kann eine Pflichtenbegründung dieser Art nur so vor dem Grundsatz gerechtfertigt werden, dass diese Personen sich freiwillig dem gesteigerten Pflichtenkreis unterwerfen<sup>2)</sup>, und dass diese Unterwerfung es ersetzt kann, dass die gesetzliche Ermächtigung fehlt.

α) Unterwerfungswillen.

Nach der Lebenserfahrung kann man wohl annehmen, dass ein

1) Entgegen der Meinung Fleiners (Inst.S.168) und Obermeyers (VA S.121) fällt das Beamtenverhältnis nicht unter diese Kategorie. Es wird nicht durch Gesetz begründet, sondern durch das Zusammenspiel von Einwilligung des Anwärters und Einstellungsakt des Staates. Kein Gesetz stellt den Staatsbürger ohne weiteres in den öffentlichen Dienst, sieht man von manchen Ehrenbesitzen (§ 5 Abs.3 BBG) ab, deren Rechtsverhältnis für das Beamtenverhältnis nicht typisch ist.

2) Das ist hier einseitig vom Unterwerfenden her gesehen, es darf dabei nicht übersehen werden, dass etwa der Eintritt in den Staatsdienst auch einen Einstellungsakt des Staates voraussetzt (einen zweiseitigen, mitstimmungsbedürftigen Verw.akt)

Beamtenwärter, der einen Antrag auf Übernahme in den Staatsdienst stellt, sich damit bereit erklärt, die gesteigerten Pflichten eines Beamten zu erfüllen. Denn, es dürfte ihm bekannt sein, dass der Dienst an der Allgemeinheit zunächst Verzicht bedeutet, Verzicht auf manche Freiheiten, die dem Staatsbürger sonst zustehen (Freiheit, Nebentätigkeiten, Freiheit der Lebensführung).

β) Ersatz des Gesetzes durch die freiwillige Unterwerfung.

Damit ist noch nicht gesagt, ob nach den Grundsätzen des Verwaltungsrechts diese tatsächlich bestehende Bereitschaft rechtserheblich ist. Es bleibt immer noch die Frage, ob die damit unterstellte Bereitschaft, sich den gesteigerten Pflichtenkreis des besonderen Gewaltverhältnisses zu unterwerfen, dazu ausreicht, um das Fehlen des materiellen Gesetzes zu überwinden. Diese Fragestellung legt die Überlegung nahe, dass der Eintritt in den Staatsdienst nicht allein einseitig auf dem Willen des Antragstellers beruht, die Pflichten eines Beamten auf sich zu nehmen. Die Beamtenernennung ist ihrem Wesen nach zweiseitig. Der Verwaltungsakt der Einstellungsbehörde und die Übergabe der Ernennungsurkunde müssen inhaltlich zusammenfallen mit der Willensäußerung des Betroffenen, in den Staatsdienst einzutreten<sup>1)</sup> (zustimmungsbedürftiger Verwaltungsakt). Da die Beamtenernennung auch einen Verwaltungsakt enthält, müsste gemäß dem Grundsatz, dass jeder Verwaltungsakt einer gesetzlichen Grundlage bedarf, auch für diesen Einstellungsakt ein materielles Gesetz gesucht werden. Die Beamtengesetze etwa können eine solche Grundlage nicht bieten, da sie keine Pflicht des Staatsbürgers statuieren, Beamter zu werden und sich unter dessen vermehrten Pflichtenkreis zu stellen.

Schon eine praktische Erwägung führt dazu, auf die Stütze in einem Gesetz bei zustimmungsbedürftigen Verwaltungsakten dann zu verzichten, wenn der Betroffene dem Verwaltungsakt inhaltlich zugestimmt hat. Es hiesse den Gesetzgeber überfordern, etwa eine Pflicht, in den Staatsdienst einzutreten, nur deswegen gesetzlich niederzulegen, weil man den freiwillig gestellten

1) Hetschek-Kurtsig, Dt. und Pr. VerwR S. 8; Sochalla, BEG Ann. 1 zu § 1c (S. 108) mit Nachweisen.

Antrag allein nicht genügen lassen will, um dem Grundsatze der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung zu erfüllen. Man folgt der Ver-  
samt, dem Willen eines beschränkten Personenkreises auf Über-  
nahme in den Staatsdienst als ausreichend anzusehen, um die  
Pflichten des Beamten ihm zu überbürden.

Dieser praktischen Erwägung entsprechend kann auch in einem  
Rechtsstaat die fehlende Ermächtigung durch ein materielles  
Gesetz, das die Beamtenpflichten auferlegt, durch die Einwilli-  
gung des Betroffenen ersetzt werden, der die Beamtenpflichten  
freiwillig übernimmt. Sinn und Aufgabe des materiellen Gesetzes  
ist es, die Freiheitssphäre des Staatsbürgers gegenüber der  
Verwaltung zu sichern. Da das materielle Gesetz allein dem  
Schutz des Staatsbürgers dient, ist kein Grund ersichtlich,  
es dem Staatsbürger zu verwehren, freiwillig auf das Erforder-  
nis der Pflichtenbegründung allein durch Gesetz zu verzichten  
und seine Freiheitssphäre durch Übernahme vermehrter Pflichten  
einzuzengen<sup>1)</sup>. Der Entwurf zur Verwaltungsrechtsordnung für  
Württemberg fasst denn auch die für diesen Punkt herrschende  
Auffassung zusammen (Art.64 Abs.2): "Der Mangel einer Ermäch-  
tigung wird geheilt, wenn der Betroffene den Verwaltungsakt  
ausdrücklich oder stillschweigend zustimmt. Das gilt nicht  
für Verwaltungsakte, die im Widerspruch mit einer gebietenden  
Rechtsvorschrift stehen oder einen gegen die guten Sitten ver-  
stossenden Erfolg herbeizuführen geeignet sind." Danach ist es  
dem Staatsbürger auch unter den Anforderungen des Rechtsstaats  
nicht verwehrt, gegenüber dem Staat auch dann erhöhte Pflich-  
ten auf sich zu nehmen, wenn kein Gesetz dem Staat berechtigt,  
diese Pflichten einseitig aufzuerlegen. Der damit verbundene  
Verzicht auf die Freiheitssphäre findet nur dort seine Gren-  
zen, wo die Ausübung des Freiheitsrechts im Interesse der Rechts-  
ordnung dem Betroffenen zur Pflicht wird oder wo gesetzwidrige  
oder unsittliche Bindungen eingegangen werden. Insoweit liegt  
es im Wesen der Freiheit, dass man in Grenzen auf sie verzich-  
ten kann: die mangelnde Gesetzmäßigkeit der Pflichtenüber-

1) Art.14 EVRO für Württemberg: Auf Rechte kann nur insoweit  
verzichtet werden, als sie dem Einzelnen ausschliesslich  
seines Vorteils wegen eingeräumt seien und die Ausübung des  
Rechts nicht gleichzeitig dem Verzichtenden als Pflicht auf-  
erlegt worden ist. Ähnlich die Begründung zu Art.64 Abs.2  
EVRO für Württemberg, S.226.

Bündung ist durch die Unterwerfung des Betroffenen ersetzbar<sup>1)</sup>. Für das besondere Gewaltverhältnis heisst das, dass der Gewaltunterwerfene sich auch dann freiwillig dem verkehrten Pflichtenkreis des Verhältnisses mit Erfolg unterwerfen kann, wenn er gesetzlich nicht verpflichtet ist, diese Pflichten auf sich zu nehmen<sup>2)</sup>. Praktisch bedeutet das, dass der Betroffene sich verpflichtet, den Einzelanordnungen des Gewaltherrn im Rahmen des Zwecks<sup>3)</sup> des besonderen Gewaltverhältnisses zu gehorchen. Bei freiwillig eingegangenen besonderen Gewaltverhältnissen besteht damit aber kein Widerspruch zu dem Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung und damit insoweit auch nicht zu den Anforderungen des Rechtsstaats.

### 3. Die gewohnheitsrechtlich begründeten besonderen Gewaltverhältnisse.

Als "Lücke des Rechtsstaates" sieht Forsthoff<sup>4)</sup> die Fälle, in denen ein besonderes Gewaltverhältnis mit seinen gesteigerten Pflichten für einen begrenzten Personenkreis nicht durch Gesetz oder durch freiwillige Unterwerfung begründet wird. Es handelt sich dabei im wesentlichen um den tatsächlichen oder durch die Kraft der Verhältnisse erzwungenen Eintritt in eine öffentlich-rechtliche Anstalt, die den Anstaltsnutzer ohne

- 1) H.J. Wolff, VerwR I, § 48 III a 2 (S.207): durch Unterwerfung könne auch ein sonst rechtswidriger Verwaltungsakt unanfechtbar werden, sofern nicht gesetzliche Verbote, zwingende Verfahrens- oder Formvorschriften sowie Rechtsätze zum Schutz anderer oder der Allgemeinheit umgangen oder die Zwangslage oder der Irrtum des Betroffenen ausgenutzt werden. Ferner: Otto Mayer, I, 98; Jellinek, VerwR, S.123; Matschek-Kurtzig, Pr. und Lt. VerwR, S.7 ff; Fleiner, Instit., S.161 ff; Laband, Dt.StaatsR, II, 495; Thoma, Hdb dStR II, 220; Ule, Gerichtl.Rechtsschutz, S.46 m.E.mit Verwechslung von Begründung und Inhalt des besonderen Gewaltverhältnisses; Thieme, DVV 1956, 520 ff.
- 2) Jellinek, VerwR, S.122; Forsthoff, VerwR, S.108, 175: volunti non fit iniuria; Köttgen, BeamtenR, S.46; Thoma bei Nipperdey GrdR I, 1 ff; Nawiascky, Zitelmannfestg. S.34 mit anzutreffender Deutung als Unterwerfungsvertrag; Gerber, DVBl 1955, 480 ff; Bachof, VVSt 12, 37 ff und AÖR 78, 82 ff; Otto, ZBR 1955, 65 ff; EVerwG v.10.12.54, DVBl 1955, 261; Bayr.VerwGH v.18.8.49, DVBl 1950, 305 ff; LVG Münster v.6.7.1951, DVBl 1953, 27 f; Bayr.VerwGH v.10.3.51, Bayr.DVBl 1951, 43 ff.
- 3) Dass die freiwillige Unterwerfung unter den Pflichtenkreis des besonderen Gewaltverhältnisses nur zu Massnahmen im Rahmen seines Zwecks und nicht zu willkürlichen Massnahmen berechtigt, übersieht Obermayer (VA S.88) bei seiner Kritik an der "Unterwerfungstheorie".
- 4) VerwR. I, S.109.

weiteres dem Pflichtenkreis des Anstaltsnutzers unterliegt und der Anstaltsgewalt ausliefert. Im Rahmen des Anstaltszwecks schuldet er dann dem Gewaltherrn Gehorsam. Der mit der Eingliederung in den Anstaltsbereich verbundene Eingriff läßt sich nicht auf ein materielles Gebot stützen, noch läßt sich eine stillschweigende Unterwerfung unter die Anstaltsgewalt behaupten, vor allem dann nicht, wenn die Anstalt allein das Monopol auf existenzwichtige Leistungen hat (Versorgungsbetriebe)<sup>1)</sup>. Diese Unterordnung des Anstaltsbenutzers unter die Anstaltsgewalt liegt im Zuge der Entwicklung zum Sozialstaat, der das menschliche Dasein gegen Not und Gefahr weitgehend abzusichern versucht<sup>2)</sup>. Dieser Tendenz des modernen gesellschaftlichen Lebens dürfte mit den Mitteln des Verwaltungsrechts allein kaum abzuhelfen sein. Es bleibt daher nichts anderes übrig, als diese herkömmlichen Einschränkungen durch den unfreiwilligen Eintritt als gewohnheitsrechtlich begründet anzusehen<sup>3)</sup>.

Auch wenn der Staat mit Hilfe dieser existenznotwendigen besonderen Gewaltverhältnisse auf gewohnheitsrechtlicher Grundlage den Einzelnen sehr weitgehend in ein System besonderer Gewaltverhältnisse einspannen kann<sup>1)</sup>, spricht doch die Erwägung, dass ohne die Unterordnung unter eine nicht gesetzbegründete Anstaltsgewalt die Leistungen dieser lebensnotwendigen Anstalten (Gas, Wasser) nicht erbracht werden könnten, dafür, hier eine Gewohnheitsrechtliche Grundlage genügen zu lassen<sup>4)</sup>. Der

1) Bachof, VVStL 12, 37 ff (58).

2) Vgl. Forsthoff, VerwR I, S. 109.

3) Bachof, VVStL 12, 37 ff; Scheuner, RStW IV, 88 ff; das OVG Koblenz v. 9.9.1954, AS 3, 123 ff (126) unterstellt auch bei Benutzungszwang die Anstaltsgewalt einer Gemeinde über Friedhofsbenutzer als gegeben, ebenso: Schwarz, Ann. zu OVG Minister v. 12.1.1954, NJW 1954, 1742 f.

4) Redeker's Anregung (JE 1954, 625 ff), die Anstaltsverhältnisse aus dem besonderen Gewaltverhältnis überhaupt auszuscheiden, setzt an der Oberfläche an und kann die Unterwerfung unter den Anstaltswillen nicht beseitigen, die gerade hier als bedenklich angesehen wird. Thieme (DOV 1956, 520 ff) will die Beschränkungen des Anstaltsnutzers aus dem "Sachnutzungsverhältnis" und seiner Öffentlichkeit ableiten. Es ist jedoch zweifelhaft, ob ein solches Verhältnis als Rechtsquelle bestimmt genug ist.

Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung ist demnach kein geeignetes Mittel, um die Gefahren dieser vermehrten besonderer Gewaltverhältnisse für die Freiheitsstellung des Staatsbürgers abzuwehren. Möglicherweise können das nur die Grundrechte leisten.

III. Die im besonderen Gewaltverhältnis behauptete beschränkte Grundrechtswirkung und die Grundrechte des Grundgesetzes.

a) Notwendigkeit einer inhaltlich bestimmten Grenze bei Begründung besonderer Gewaltverhältnisse.

Die Prüfung des besonderen Gewaltverhältnisses am Massstab der Gesetzmässigkeit der Verwaltung hat demnach ergeben, dass das besondere Gewaltverhältnis als Überbürdung eines vermehrten Pflichtenkreises sich mit dem Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung verträgt.

Damit ist die Frage, wie man die Gefahr bannen kann, dass der Staat mittels immer wieder neu geschaffener besonderer Gewaltverhältnisse den Staatsbürger in eine gesteigerte Abhängigkeit zu ziehen vermag, nicht gelöst. Denn es besteht insofern ein Recht des Gesetzgebers, neue besondere Gewaltverhältnisse zu begründen, ein Recht der Verwaltung auf Unterwerfung und Gewohnheitsrecht neue besondere Gewaltverhältnisse zu stützen. Damit wäre die Allmacht des Gesetzgebers rechtlich anerkannt. Es würde jedes inhaltlich begrenzte Kriterium fehlen, wie weit es dem Staat und vor allem dem im Grundgesetz misstrauisch angesehenen Gesetzgeber gestattet werden darf, immer neue besondere Gewaltverhältnisse zu schaffen. Die Gefahr der vermehrten Abhängigkeit des Menschen in besonderen Gewaltverhältnissen, in denen er Einzelmassnahmen auch ohne gesetzliche Grundlage dulden muss, wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass formal für die Begründung ein Gesetz oder die Einwilligung des Betroffenen verlangt wird. Das kann nur eine Bindung des Staates an inhaltliche Grundsätze für die Fälle erreichen, in denen die Pflichten eines besonderen Gewaltverhältnisses erst einmal auferlegt werden sollen. Da es hier wiederum um das Verhältnis zwischen staatlichem Machtanspruch und der Freiheit des Individuums geht, ist dabei die Entscheidung der Verfassung heranzuziehen, die dieses Verhältnis zu klären unternommen hat. Sie

ist in den Grundrechtsgewährleistungen gedeckelt.

b) Das besondere Gewaltverhältnis als grundsätzliche Ausprägung von Grundrechtsschutz.

Von der Frage der Gesetzmäßigkeit des besonderen Gewaltverhältnisses ist getrennt zu behandeln, welche Wirkung den Grundrechten im besonderen Gewaltverhältnis insofern die herrschende Auffassung nicht in dem besonderen Gewaltverhältnis auch das Recht der Gewalttheren einbeschlossen, sich über Grundrechte hinwegzusetzen, da der Gewalttherer im Rahmen der Verwaltungszwecke an nichts mehr gebunden sei. Wer im besonderen Gewaltverhältnis steht, könne sich nicht auf Grundrechte berufen<sup>1)</sup>. Die bisherige Erörterung dieser Frage scheint mir zu sehr davon ausgegangen zu sein, dass das besondere Gewaltverhältnis anerkanntermaßen in der Verfassungsordnung sich durchgesetzt habe und daher auch für die Grundrechte wirken müsse. Durchgesetzt hat es sich aber nur insoweit, als das besondere Gewaltverhältnis auch gegenüber dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung aufrechterhalten werden kann. Wer diese Lösung ohne weiteres auch für die Grundrechte für anwendbar hält, verwischt den Rangunterschied in den Rechtsquellen, aus denen die Maßstäbe stammen, an denen das besondere Gewaltverhältnis im Interesse des Rechtsschutzes gemessen wird. Der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung sagt nicht mehr aus, als dass für jedes besondere Gewaltverhältnis ein ermächtigendes einfaches Gesetz gefunden werden muss. Er entstammt und wirkt nur in der Ebene des einfachen Gesetzgebers und steht doch dem besonderen Gewaltverhältnis nicht im Wege. Dagegen führt die Frage, ob die Pflichten eines besonderen Gewaltverhältnisses auch mit den Grundrechten vereinbar sind, in den Raum des dem einfachen Gesetzgeber übergeordneten (Vgl. Art. 1 Abs. 3 GG) Verfassungsrechts und seines Grundrechtssystems. Der Rangunterschied der Prüfungsmassstäbe muss beachtet werden, er schliesst es aus, Lösungen, die von Erfordernis des einfachen Gesetzgebers her gefunden worden sind, wie die Vereinbarkeit des besonderen Gewaltverhältnisses mit dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, ohne weiteres auch für die Grundrechte zu

1) S. die Nachweise oben Seite 37 Fussn. 1.

übernehmen, wie dies die herrschende Lehre tut. Das Verhältnis von Staatspflichten und Grundrechten zu bestimmen ist schon allein deswegen aufgegeben, weil das Grundgesetz eine neue Grundrechtsauffassung zugrundeliegt<sup>1)</sup>.

Kann nun für das Verhältnis von Grundrecht und besonderem Gewaltverhältnis noch nichts daraus zu gewinnen ist, dass ein besonderes Gewaltverhältnis sich mit dem Prinzip der Gesetzmässigkeit der Verwaltung verträgt, so kann dieses Verhältnis offenbar nicht von besonderen Gewaltverhältnissen her begründet werden. Denn dieses besondere Gewaltverhältnis kann höchstens von einem einfachen Gesetzgeber begründet worden sein<sup>2)</sup>, entsprecht also einem Rechtsbereich, der bewusst den Grundrechten untergeordnet ist, die als Verfassungsgrecht auch den einfachen Gesetzgeber binden. Weil die Pflichtenbegründung vom einfachen Gesetzgeber angeordnet oder das einfache Gesetz durch eine Einwilligung des Betroffenen ersetzt worden ist, bleibt für sie immer der Grundrechtsteil des Grundgesetzes zu beachten (Art. 1 Abs. 3 GG). Demzufolge muss jeder Versuch scheitern, vom besonderen Gewaltverhältnis her die Grundrechtswirkung einzuschränken, ohne dies dem Grundrechtssystem des Grundgesetzes selbst abzugewinnen. Man kann daher nicht mit der herrschenden Lehre schliessen, dass, wenn der Herrscher von Gesetz befreit sei, er auch die Grundrechte nicht zu beachten brauche. Auch gegenüber dem besonderen Gewaltverhältnis setzt sich die Forderung durch, dass jede Einschränkung einer Grundrechtswirkung aus dem Grundgesetz selbst begründet werden muss<sup>3)</sup>. Das System der Grundrechte allein bestimmt Reichweite und Schranken der Grundrechtsgewährleistungen.

c) Ausdrücklicher Vorbehalt zugunsten besonderer Gewaltverhältnisse im Grundgesetz?

Ein allgemeiner Vorbehalt für die Einschränkung von Grundrechten in besonderen Gewaltverhältnissen fehlt im Grundgesetz<sup>4)</sup>.

1) Vgl. oben S. 17 f.

2) Wird ein besonderes Gewaltverhältnis im Range der Grundrechte geschaffen, so enthält das Grundgesetz wie in Art. 17 a eine besondere Einschränkunggrundlage für durch dieses Verhältnis berührte Grundrechte.

3) Vgl. oben S. 18.

4) Schon die Weimarer Nationalversammlung hatte darauf verzichtet - vgl. Berichte und Protokolle des 8. Ausschusses, S. 504.

Dass Art. 33 Abs. 4 und 5 GG das Problem nicht grundsätzlich lösen, ist oben schon dargelegt. - Auch in Verbindung mit dem besonderen Gewaltverhältnis gibt es zwischen Art. 33 Abs. 4 und 5 GG und dem Grundrechtsteil des Grundgesetzes keine unmittelbare Beziehung. Vielmehr spricht manches für den Ausschluss jeder grundrechtseinschränkenden Wirkung des besonderen Gewaltverhältnisses, wenn Art. 19 Abs. 1 S. 1 GG offenbar eine Einschränkung von Grundrechten nur auf Grund von Vorbehaltschranken vorzusehen scheint, sofern sich nicht aus der Art und Weise der Gewährleistung bestimmte Schranken ergeben. Aus dem Grundgesetz selbst ergeben sich keine Anhaltspunkte dafür, dass es die besonderen Gewaltverhältnisse auf die Ebene des Verfassungsrechts gehoben und neben die Grundrechte gestellt hat, mit der Folge, dass in besonderen Gewaltverhältnis die Grundrechte nicht gelten sollen. Daher ist es nicht möglich, mit der herrschenden Lehre die Grundrechte allein mit der Begründung auszuschließen, dass in besonderen Gewaltverhältnis eine Berufung auf Grundrechte nicht gestattet sei.

d) Die Beschränkungen des besonderen Gewaltverhältnisses als Grundrechtschranken.

Die Einschränkung von Grundrechten in besonderen Gewaltverhältnissen ließe sich nach alledem vielleicht so begründen, dass man das besondere Gewaltverhältnis als schon in der Gewährleistung des Grundrechts einschränkend enthaltend mitdenkt. Damit würde die Grundrechtseinschränkung aus dem Grundrechtssystem selbst abgeleitet sein.

1. Die Lehre von den Pflichten der besonderen Gewaltverhältnisse als immanente Grundrechtschranken.

Diesen Weg geht die Lehre, die das besondere Gewaltverhältnis mit seinen Pflichten als Einschränkung der Grundrechtswirkung "immanent oder inhärent" in jeder Einzelgrundrechtsgewährleistung mitverkörpert sieht<sup>1)</sup>. Dieser Auffassung steht auch die

1) Scheuner, RStW III, 159 ff (165, Fusan. 106) und RStW IV, 88 ff; Scheltissek, NJW 1952, 561 ff; OVG Koblenz v. 8.6.1954, JZ 1955, 16 ff; für Art. 19 Abs. 4 GG: Friesenhahn, DVBl 1949, 478 ff. Ähnlich ist die Auffassung v. Mangoldt's, BGG, Verbes. S. 36; inhärent seien die hergebrachten Beschränkungen der Grundrechte. Damit dürfte die neuartige Grundrechtsauffassung des Grundgesetzes übersehen sein.

Lehre sehr nahe, dass die Grundrechte einem Schutz nur im allgemeinen Gewaltverhältnisse gewährleistet sind, wohl schon in der Art der Gewährleistung ausgesprochen sei, dass sie für das besondere Gewaltverhältnis nicht passen<sup>1)</sup>.

Diese Lehre von der Annahmer der Lehren des besonderen Gewaltverhältnisses ist offenbar von dem Verfasser geleitet, die Pflichten der besonderen Gewaltverhältnisse nach gegenüber der Tendenz der Grundrechtsaufgabe, der besonderen Pflichtenverhältnisse einzuweichen und in ein allgemeines Staatsbürgerverhältnis zu überführen, zu verteidigen. Das liegt der Gedanke zugrunde, dass die besondere Gewaltverhältnisse als notwendiges Übel nicht zu vermeiden und darüber hinaus als verwehrten Pflichten nicht ausreicht zu erfüllen seien. Aber müssten diese gestärkten Pflichten auch nicht der Herrschaft der Grundrechte als deren Elemente Schwächen ausgesetzt erhalten bleiben.

Wenn man auch den Beweggrund dieser Lehre als berechtigt anerkennen kann, lässt sich doch nicht übersehen, dass die Gedanken gegen die Überlegen. Wie mit den Erkenntnis zur Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG), zur freien Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 1 GG) und zu verstaatlichten Grundrechten (Art. 1 Abs. 2 GG), der Überordnung der Grundrechte über Gesetzgebung, Rechtsprechung und Verwaltung (Art. 1 Abs. 3 GG) und dem umfangreichen Rechtsschutz vor Verfassungsverstößen (Art. 19 Abs. 2 GG) vorgewiesene übertragene Stellung der Grundrechte fordert, dass die damit gezogene Grenze jeder staatlichen Gewalt genau festgelegt und bestimmt ist. Man wird dieser Stellung entsprechend die Grundrechte als Grenze jeder staatlichen Gewalt so hinzunehmen haben, wie sie in Grundgesetztext stehen. Eine nur durch Aufnahme der Einschränkunggrundlage in die Grundrechtsgewährleistung erreichbare fest bestimmte Grenze der staatlichen Gewalt gilt allein dem Staatsbürger den Vertrauen,

1) Vgl. oben S. 37, Fußnote 2. Hierin ist auch die Bemerkung Bachofe (VStZL 12, 37 ff (51 und 52)) zu rechnen, die Grundrechte seien zwar im besonderen Gewaltverhältnis nicht eingeschränkt, aber die Berufung auf sie könne bei Widerspruch mit den besonderen Pflichten und Bindungen missbräuchlich sein und Reaktionen im besonderen Gewaltverhältnis auslösen.

Lehre sehr nahe, dass die Grundrechte einen Schutz nur im allgemeinen Gewaltverhältnis gewährleisten, weil schon in der Art der Gewährleistung ausgesprochen sei, dass sie für das besondere Gewaltverhältnis nicht passen<sup>1)</sup>.

Diese Lehre von der immanenten Schranke des besonderen Gewaltverhältnisses ist offenbar von dem Bestreben geleitet, die Pflichten der besonderen Gewaltverhältnisse auch gegenüber der Tendenz der Grundrechtshatologe, die besonderen Pflichtenverhältnisse einzuschmelzen und in ein allgemeines Staatsbürgerverhältnis zu überführen, zu verteidigen. Dem liegt der Gedanke zugrunde, dass die besonderen Gewaltverhältnisse als notwendiges Übel nicht zu entbehren und ihrerseits ohne die vermehrten Pflichten nicht aufrecht zu erhalten seien. Daher müssten diese gesteigerten Pflichten auch unter der Herrschaft der Grundrechte als deren immanente Schranken aufrecht erhalten bleiben.

Wenn man auch den Beweggrund dieser Lehre als berechtigt anerkennen kann, lässt sich doch nicht übersehen, dass die Bedenken gegen sie überwiegen. Die mit dem Bekenntnis zur Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG), zur freien Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 1 GG) und zu verstaatlichten Grundrechten (Art. 1 Abs. 2 GG), der Überordnung der Grundrechte über Gesetzgebung, Rechtsprechung und Verwaltung (Art. 1 Abs. 3 GG) und dem umfangreichen Rechtsschutz vor Wesensgehaltserstörungen (Art. 19 Abs. 2 GG) vorgemeichnete überragende Stellung der Grundrechte fordert, dass die damit gezogene Grenze jeder staatlichen Gewalt genau festgelegt und bestimmt ist. Man wird dieser Stellung entsprechend die Grundrechte als Grenze jeder staatlichen Gewalt so hinzunehmen haben, wie sie im Grundgesetztext stehen. Eine nur durch Aufnahme der Minschränkungsgrundlage in die Grundrechtsgewährleistung erreichbare fest bestimmte Grenze der staatlichen Gewalt gibt allein dem Staatsbürger das Vertrauen.

1) Vgl. oben S. 37, Fussn. 2. Hierin ist auch die Bemerkung Bachofs (VVStL 12, 37 ff (61 und 85)) zu rechnen, die Grundrechte seien zwar im besonderen Gewaltverhältnis nicht eingeschränkt, aber die Berufung auf sie könne bei Widerspruch mit den besonderen Pflichten und Bindungen missbräuchlich sein und Reaktionen im besonderen Gewaltverhältnis auslösen.

dass er sich gegenüber dem Staat auf die Grundrechtsgewährleistung im Verfassungstext berufen kann. Der Staatsbürger muss sich darauf verlassen können, dass ihm die Grundrechte in der Form gegenüber dem Staat zustehen, wie er sie im Verfassungstext vorfindet. Nur so können auch die Grundrechte neben ihrer Schutzfunktion auch die weitere Aufgabe erfüllen: dem Staatsbürger das Bewusstsein zu geben, dass er in einer freiheitlich-demokratischen Ordnung lebt, die sich in den Grundrechten an die Menschenwürde und die Freiheit der Persönlichkeitsentfaltung gebunden fühlt<sup>1)</sup>. Dass die Grundrechte als Schutzschild gegen die staatliche Gewalt und Grundlage des Vertrauens in eine freiheitlich-rechtsstaatliche Ordnung nur bei Aufnahme in den Verfassungstext die notwendige feste Umgrenzung erhalten, führt dazu, jede Grundrechtseinschränkung, die nicht aus dem Wortlaut des Grundgesetzes selbst erschlossen werden kann, als mit dem Grundgesetz unvereinbar abzulehnen. Eine Grundrechtsschranke darf nur dort gesucht werden, wo der Wortlaut der Grundrechtsbestimmungen zumindest in der Begriffsbestimmung des gewährleisteten Objekts eine solche Schranke zulässt. Sonst würde man letztlich der Gefahr erliegen, das kunstvolle System der Grundrechtsgewährleistungen ohne jeden verfassungsrechtlichen Anhalt von innen her auszuhöhlen, wenn man nach Zweckmäßigkeitserwägungen überall immanente Schranken aufspürt. Ohne jeden verfassungsgesetzlichen Anhalt eine immanente Schranke der Grundrechte anzunehmen, heisst letztlich, die in den Grundrechten gewollte Grenze der staatlichen Gewalt zu Ungunsten des Staatsbürgers zu verwischen<sup>2)</sup>.

Für die Behauptung, die Pflichten der besonderen Gewaltverhältnisse setzten sich wegen einer immanenten Grundrechtsschranke auch gegenüber den Grundrechten durch, fehlt im Grundgesetz

1) Die Rolle der Grundrechte als Ausdruck eines Wertsystems als "Integrationsfaktoren" hat Rudolf Smend (Verf. und VerwR S. 158 ff., VVStL 4, 45 ff.) ins Bewusstsein gehoben. Vgl. auch Hamann, RIA 1955, 145 ff. (148) und Krüger, DVBl 1950, 625 ff. (629).

2) Krüger, NJW 1955, 201 ff. (202) und NJW 1953, 1369 ff. (1373).

der Anhalt. Die Voraussetzung, dass die Schranke des besonderen Gewaltverhältnisses im Grundgesetztext erwähnt sein muss<sup>1)</sup>, ist nicht erfüllt. Zwar lässt sich in diesem Zusammenhang für das Schulverhältnis auf Art. 7 GG, für das Hochschulverhältnis auf Art. 5 Abs. 3 GG und für das Beamtenverhältnis auf Art. 33 Abs. 4 und 5 GG hinweisen<sup>2)</sup> und hinzufügen, dass diese besonderen Gewaltverhältnisse mit ihren Pflichtenüberbürdungen jedenfalls vom Grundgesetz vorausgesetzt würden. Dazu ist für das Beamtenverhältnis schon gesagt<sup>3)</sup>, dass aus dem Wortlaut des Art. 33 Abs. 4 und 5 GG unmittelbar eine solche Grundlage nicht gewonnen werden kann. Sie sagen nichts ausdrücklich darüber aus, dass hier die vollziehende Gewalt zum Eingriff in Grundrechte ermächtigt werden soll. Aus ihnen lässt sich nur folgern, dass die Erhaltung dieser Einrichtungen möglicherweise eine Einschränkung des Grundrechtsschutzes erfordern kann, wenn dies nicht schon aus dem Grundrechtssystem abgeleitet werden kann. Die Erwähnung des Beamtenverhältnisses oder des Schul- und Hochschulverhältnisses im Grundgesetz dürfte nur bedeuten, dass sie als Bestandteile der Verfassungsordnung anerkannt werden sollen. Eine Grundrechtseinschränkung ergibt sich daraus auch im Zusammenhang mit der Lehre vom besonderen Gewaltverhältnis nicht unmittelbar. Sie kann nur im Grundrechtssystem des Grundgesetzes selbst gesucht werden<sup>4)</sup>. Die Art. 33 Abs. 4 und 5 und Art. 7, sowie Art. 5 Abs. 3 GG gestatten eine Einschränkung erst dann, wenn das Dasein etwa des Berufsbeamten-tums durch einen Grundrechtsgebrauch des Beamten gefährdet werden würde, der im Verhältnis zum Wert des Berufsbeamtentums

- .....
- 1) Dieses Erfordernis wird von Klein für das Wehrverhältnis noch einmal betont (Wehrbeitrag II, 2, S. 501 ff.).
  - 2) Antragsteller im Wehrstreit (Wehrbeitrag II, 1, S. 242 ff); für das Schulverhältnis: OVG Hamburg v. 16.4.1953, DVBl 1953, 506 ff.
  - 3) Oben S. 22 ff.
  - 4) Krüger, ZBR 1956, 309 ff; Thieme, Deutsches Hochschulrecht, S. 58.

nicht schutzwürdig ist und eine solche Einschränkung aus dem Grundrechtssystem des Grundgesetzes selbst nicht begründet werden kann. Es darf nicht übersehen werden, dass sie ausserhalb des eigentlichen Grundrechtsteils des Grundgesetzes geregelt sind und mit keinem Wort andeuten, dass damit eine Einschränkung von Grundrechten auch nur zugelassen ist. Das reicht nicht aus, um in den Art. 33 Abs. 4 und 5, 7 und 5 Abs. 3 GG eine unmittelbare verfassungsgesetzliche Grundlage dafür zu sehen, dass derjenige, der in ein Beamten- oder Schulverhältnis eintritt, seine Grundrechte nur eingeschränkt gebrauchen darf. Im Übrigen kann der Hinweis auf einzelne verfassungsgesetzlich begründete besondere Gewaltverhältnisse das Problem nicht grundsätzlich lösen. Denn dann fehlt für die Übrigen besonderen Gewaltverhältnisse immer noch jeder verfassungsgesetzliche Anhalt innerhalb des Grundrechtssystems, der allein die Annahme einer immanenten Grundrechtsschranke zu ihrem Schutz vor dem Geltungsanspruch der Grundrechte rechtfertigen kann. Dass dieser verfassungsrechtliche Anhalt für die Übrigen besonderen Gewaltverhältnisse mittelbar im Grundgesetz oder ihm vorgeordneten rechtlichen Ordnung zu suchen sei<sup>1)</sup>, dürfte kaum genügen. Die Einschränkung von Grundrechten muss auf einer klaren Ermächtigung im Verfassungstext beruhen. Dazu die dem Grundgesetz vorausliegende rechtliche Ordnung heranzuziehen, heisst auf einen sehr unbestimmten Massstab verweisen. Es liegt auch die Gefahr nahe, dass darunter auch die vom einfachen Gesetzgeber aufgebaute Ordnung verstanden werden könnte, die jedoch gerade an die Grundrechte gebunden sein soll (Art. 1 Abs. 3 GG). Die rechtliche Ordnung muss sich den Grundrechten anpassen, nicht die Grundrechte der rechtlichen Ordnung.

1) Dieser von Klein zur Begründung seiner Lehre von den persönlichen Gewährleistungsschranken der Grundrechte für die im besonderen Gewaltverhältnis stehenden Zivilpersonen angeführte Gedanke (v. Mangoldt-Klein, Vorbes. B XVI, 4 (S. 137)) liesse sich auch zur Stütze der Lehre von den immanenten Schranken der Grundrechte im besonderen Gewaltverhältnis heranziehen.

Dennach fehlt für die Auffassung, dass die Unterwerfung unter ein besonderes Gewaltverhältnis als immanente Grundrechtsschranke anzusehen sei, die notwendige verfassungsrechtliche Grundlage. Deren Notwendigkeit folgt aus der Aufwertung der Grundrechte im Grundgesetz. Wollte man mit Hilfe einer derartigen immanenten Schranke die besonderen Gewaltverhältnisse dem Grundrechtsschutz ohne weiteres entziehen, würde man im Ergebnis einer Grundrechtsauffassung anhängen, die das Grundgesetz gerade überwinden wollte<sup>1)</sup>. Hier beim besonderen Gewaltverhältnis zeigt sich denn auch besonders deutlich die bedenkliche Seite der Lehre von den immanenten Schranken der Grundrechte. Da das besondere Gewaltverhältnis den Einzelnen ohne den Schutz des materiellen Gesetzes dem Gewaltkeren überliefert, darf er in ein derartiges Verhältnis nur auf Grund eines Gesetzes oder einer freiwilligen Unterwerfung gestellt werden. Das hindert den Gesetzgeber noch nicht, mit Hilfe immer neuer besonderer Gewaltverhältnisse die Fesseln des Zwangs zur Gesetzmässigkeit jedes Staatshandelns abzustreifen. Diese Gefahr lässt sich nur so beseitigen, dass man die Begründung neuer Gewaltverhältnisse beschränkt. Das kann in unserer Verfassungsordnung nur ein dem einfachen Gesetzgeber übergeordneter Rechtssatz leisten: die Verfassungsbestimmung, insbesondere das Grundrecht. Unterstellt man nun die Lehre von der immanenten Schranke der Grundrechte auf Grund von besonderen Gewaltverhältnissen als richtig, so bietet diese Auffassung keinen Schutz dagegen, dass der einfache Gesetzgeber immer neue besondere Gewaltverhältnisse schafft und so neben dem Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung sich auch über den Geltungsanspruch der Grundrechte hinwegsetzt. Dann danach genügt es, ein bereits begründetes besonderes Gewaltverhältnis nachzuweisen, um für alle Gewaltunterworfenen die Berufung auf Grundrechte einzuschränken oder ganz zu verwahren. Es ist damit nichts darüber ausgesagt, in welchen Fällen ein besonderes Gewaltverhältnis begründet werden darf. Ermächtigt man den Gesetzgeber dazu, immer neue besondere Gewaltverhältnisse auf Grund einer unterstellten immanenten Schranke zu begründen, liefert man ausserdem die Grundrechte immer dann dem einfachen Gesetzgeber aus, wenn er sich anschickt, den Einzelnen in ein besonderes Gewaltverhältnis zu stellen. Im Rahmen

1) Krüger, NJW 1953, 1369 ff.

des Zwecks dieses Verhältnisses braucht er auf Grundrechte nicht zu achten. Damit räumt man dem Gesetzgeber wieder eine Befugnis ein, die vom Verfassungsgesetzgeber dem einfachen Gesetzgeber entzogen worden ist. Es ist also in dieser Allgemeinheit die Auffassung nicht haltbar, einzelne Grundrechte gelten als etwa nur polizeibegrenzend lediglich im all. gemeinen Gewaltverhältnis und die Minordnung in ein besonderes Gewaltverhältnis führe dazu, dass der Betroffene in seiner Grundrechtsstellung so weit persönlich beschränkt ist, als die Pflichten des besonderen Gewaltverhältnisses reichen<sup>1)</sup>.

1) Bachof, Laforettestgabe, S.285 ff: der Geltungsanspruch der Grundrechte schliesse es aus, die Grundrechte vom besonderen Gewaltverhältnis fernzuhalten; Krüger, Smendfestgabe, S.211 ff, NJW 1953, 1369 ff, BBE 1950, 237 ff und DVBl 1950, 625 ff; Heidelberger Gutachten, S.13; Püßlein in Neumann-Wipperdey-Scheuner II, 426 ff und Versammlungsgesetz, Anm.1 zu § 1 (S.21): die Lehre von den nur polizeibegrenzenden Grundrechten sei angesichts der grösseren Widerstandskraft der Grundrechte (Art.1 Abs.3 GG) nicht mehr haltbar; Jürgen, DÖV 1951, 474 ff: der Beamtenstatus werde heute durch den verstärkten Grundrechtsschutz modifiziert; Antragsteller im Wehrstreit, Wehrbeitrag II, 1 S.242 ff: das Grundgesetz lasse die Einschränkung der Grundrechte durch besondere Gewaltverhältnisse nicht zu; Forsthoff, VerWR, S.108: der Einbruch in unbeschränkt gewährleistete Grundrechte im Rahmen des besonderen Gewaltverhältnisses sei unzulässig; Schwarz, NJW 1954, 1742 f; Zeihe, Diss. S.55 ff; OVG Hamburg v.16.4.1953, DVBl 1953, 506 ff; LVG Hamburg v.23.6.1952, MdR 1953, 125 ff. Menzel, Wehrbeitrag II, 1, S.288 ff hält eine Einführung der Wehrpflicht ohne "Verankerungsvorschrift" im Grundgesetz für verfassungswidrig, da sonst das durch Art.19 GG allein bestimmte System der Grundrechte in Unordnung gerate (ähnlich; Schätzel, Wehrbeitrag II, 1, S.323 ff). Werner, JZ 1954, 557 ff sieht in der Lehre vom besonderen Gewaltverhältnis keine Lösung der Spannung zwischen bürgerlicher Freiheit und dem Statusverhältnis. Hammer, ZBR 1953, 216 ff lässt das besondere Gewaltverhältnis als Einschränkunggrundlage nur insoweit zu, als es einen Gesetzesvorbehalt im Grundgesetz selbst ausfüllt, verweigert also über diesen schon im Grundgesetz niedergelegten Einschränkungsspielraum dem besonderen Gewaltverhältnis im Anschluss an Krüger jede Wirkung auf Grundrechte. Das LVG Hannover (Kammer Hildesheim) v.25.3.1954, DVBl 1954, 680 ff zieht der Disziplinargewalt der Universität ganz allgemein durch die Grundrechte eine Grenze, wobei das Problem der Einschränkungbarkeit offenbar überhaupt übersehen ist. Fischbach, BBG, Einleitung B V, 4 (S.19) meint, es sei bedenklich, neben Art.19 GG noch das besondere Gewaltverhältnis als Rechtsgrundlage der Einschränkung von Grundrechten heranzuziehen, fügt jedoch hinzu, daher (?) müssten alle Einschränkungen anerkannt werden, die aus Natur und Zweck des besonderen Gewaltverhältnisses folgten.

2. Die Lehre Kleins vom besonderen Gewaltverhältnis als Sonderfall der persönlichen Gewährleistungsschranken der Grundrechte.

Als Grundrechtsschranken sieht auch Klein<sup>1)</sup> die Bindungen der Zivilpersonen an, die ihnen beim Eintritt in ein besonderes Gewaltverhältnis auferlegt werden. Das Stehen im besonderen Gewaltverhältnis sei ein besonderer Grund für die Einschränkung von Grundrechten. Dabei sei das besondere Gewaltverhältnis als ein Sonderfall der persönlichen Gewährleistungsschranken der Grundrechte aufzufassen<sup>2)</sup>; als der Grundrechtsschranken, die in der Art und Weise der verfassungsrechtlichen Gewährleistung selbst enthalten seien und die die aus den Grundrechten Berechtigten bestimmen sollen<sup>3)</sup>. Diese persönlichen Gewährleistungsschranken könnten sich aus dem Wesen (Sinn und Zweck) des besonderen Gewaltverhältnisses ergeben.

Dagegen lässt sich wiederum der Einwand erheben, dass dieser Sonderfall der persönlichen Gewährleistungsschranke nicht den notwendigen Anhalt im Verfassungstext findet. Es kann noch hinzugefügt werden, dass die Gefahr nicht ausgeschlossen werden kann, dass der Anwendungsbereich dieser persönlichen Gewährleistungsschranke deswegen zu weit ausgedehnt werden könne, weil es im Verfassungstext für diese Schranken an hinreichend bestimmt formulierten Voraussetzungen fehlt. Klein<sup>4)</sup> verweist für die grundgesetzliche Grundlage dieser persönlichen Gewährleistungsschranken bei Eintritt in ein besonderes Gewaltverhältnis zwar auf die Anerkennung mancher besonderen Gewaltverhältnisse im Grundgesetz (Art. 33 Abs. 4 und 5, 7 und 5 Abs. 3 GG) und meint, für die übrigen ergebe sich die Grundlage mittelbar aus dem Grundgesetz und der von ihm vorgeschriebenen und vorausgesetzten Ordnung. Auch demgegenüber ist meines Er-

1) v. Mangoldt-Klein, Vorbem. B XV, 2 e (S. 128) und Vorbem. B XVI (S. 134 ff).

2) v. Mangoldt-Klein, Vorbem. B XVI, 4 (S. 136 f).

3) v. Mangoldt-Klein, Vorbem. B XV, 2 (S. 123).

4) v. Mangoldt-Klein, Vorbem. B XVI, 4 (S. 137).

sachtens erneut <sup>1)</sup> daran festzuhalten, dass die Erwähnung einzelner besonderer Gewaltverhältnisse im Grundgesetz keine hinreichende Grundlage für eine Grundrechtseinschränkung bietet. Lamit sind diese Rechtsverhältnisse zwar als Bestandteile der Verfassungsordnung anerkannt. Jedoch deutet ihre Erwähnung im Verfassungstext nicht darauf hin, dass mit ihr eine Grundrechtseinschränkung zugelassen werden sollte, zumal sie im Zusammenhang des Grundgesetzes nicht zu den Grundrechtsgewährleistungen gestellt sind. Grundrechtsschranken sind vielmehr zunächst aus dem Grundrechtssystem des Grundgesetzes selbst abzuleiten <sup>1)</sup>. Das gilt insbesondere auch für die im Grundgesetz nicht erwähnten besonderen Gewaltverhältnisse. Die Ableitung einer Grundrechtsschranke mittelbar aus dem Grundgesetz oder der von ihm geschaffenen oder vorausgesetzten Ordnung bietet keinen hinreichend bestimmten Masstab, um mit Hilfe einer persönlichen Gewährleistungsschranke den Gewaltunterworfenen in diesen besonderen Gewaltverhältnissen die Berufung auf Grundrechte ganz oder teilweise zu versagen <sup>1)</sup>.

e) Die freiwillige Unterwerfung unter die Pflichten eines besonderen Gewaltverhältnisses als Schranke des Grundrechtsgebrauchs.

Nachdem der Versuch, das Stehen im besonderen Gewaltverhältnis als immanente Schranke oder persönliche Gewährleistungsschranke der Grundrechte anzusehen, aufgegeben werden muss, da es eine allgemeine Schranke zugunsten besonderer Gewaltverhältnisse nicht gibt, könnte eine solche abgeschwächte Grundrechtswirkung wenigstens in freiwillig begründeten besonderen Gewaltverhältnissen wegen der Freiwilligkeit des Eintritts angenommen werden. Das ist gelegentlich geschehen <sup>2)</sup>.

1. Anwendungsgebiet des Verzichts auf Grundrechte.

Die freiwillig begründeten besonderen Gewaltverhältnisse sind dadurch gekennzeichnet, dass die Unterwerfung unter die nicht gesetzmässig begründete besondere Gewalt des Gewaltherrn auf die freiwillige Übernahme eines vermehrten Pflichtenkreises zurückgeht. Wer eine Pflicht übernimmt, verzichtet damit auf ein Stück Freiheit. Die Begründung eines besonderen Gewalt-

1) Vgl. oben S. 57 f.

2) S. Die Nachweise oben S. 38, Fussn. 3.

verhältnisses berührt zwei Rangordnungen der betroffenen Rechtsätze. Die Überbürdung eines für das besondere Gewaltverhältnis wesensbestimmenden vermehrten Pflichtenkreises ist nur möglich, wenn zwei Hürden genommen sind: die rein formale, dass für diese Pflichtenüberbürdung ein einfaches ermächtigendes Gesetz, eine freiwillige Übernahme oder eine gewohnheitsrechtliche Grundlage vorliegen muss, und die inhaltlich bestimmte, dass diese Pflichtenüberbürdung nicht dem Grundrechtssystem des Grundgesetzes widersprechen darf. Demgemäss gliedert sich auch das Problem, ob die Freiwilligkeit des Eintritts in das besondere Gewaltverhältnis eine Grundrechtseinschränkung Rechters macht. Es genügt nicht, einfach zu behaupten, dass der freiwillig in ein besonderes Gewaltverhältnis eingetretene auf die Ausübung der Grundrechte im Rahmen des Zweckes des besonderen Gewaltverhältnisses verzichtet habe. Damit wird ein doppeltes behauptet: dass einmal die freiwillige Unterwerfung unter den Pflichtenkreis eines besonderen Gewaltverhältnisses das materielle Gesetz entbehrlich macht, das das Prinzip der Gesetzmässigkeit der Verwaltung auch für die Begründung besonderer Gewaltverhältnisse fordert. Zum anderen, dass die freiwillige Übernahme der Pflichten es gestattet, entgegen Art. 1 Abs. 3 GG darauf zu verzichten, die Übereinstimmung dieser Pflichtenübernahme mit dem Grundgesetz zu überprüfen. Denn das würde auch die Möglichkeit ausschliessen, die rein formale Ermächtigung auf der Ebene des einfachen Gesetzes noch daraufhin zu untersuchen, ob sie mit der in den Grundrechten vorgezeichneten Auffassung von Menschenwürde und Persönlichkeitsentfaltung vereinbar ist, um so die Begründung besonderer Gewaltverhältnisse an inhaltlich bestimmte Werte zu binden.

Dass die freiwillige Übernahme des Pflichtenkreises des Beamten die an sich notwendige gesetzliche Grundlage ersetzen kann, ist schon dargelegt<sup>1)</sup>. Damit ist jedoch noch nichts darüber ausgesagt, ob dieser Verzicht auf Teile der Freiheits-sphäre sich auch auf die Grundrechte erstreckt und erstrecken kann. Der Verzicht auf die Gesetzmässigkeit der Begründung des besonderen Gewaltverhältnisses wirkt nur in der Rangordnung des einfachen Gesetzes. Daraus, dass auf diesen Grundsatz bei Übernahme der vermehrten Pflichten verzichtet worden ist, darf nicht

1) S. oben S. 47 ff.

geschlossen werden, damit habe der Betroffene auch auf den Grundrechtsschutz verzichtet. Ob dies unter der Herrschaft des Grundgesetzes möglich ist, ist immer noch gesondert zu prüfen.

Die Wirkungsweite eines derart vielleicht zulässigen Verzichts auf Grundrechte ist noch einzuengen. Sie taucht als Problem nur dort auf, wo es die freiwillige Übernahme von Pflichten Grundrechte allein als Verfassungsrecht betrifft. Wo ein Grundrecht bereits die Einschränkungen durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes zulässt, ist ein Verzicht auf ein Grundrecht nicht mehr erforderlich. Die freiwillige Übernahme der vermehrten Pflichten des Beamten bedeutet dann nur einen Verzicht auf die Forderung nach gesetzlicher Stütze der Beamtenpflichten. Diese Beamtenpflichten gehen wegen des Gesetzesvorbehalts schon dem Grundrechtgebrauch vor und füllen den durch den Gesetzesvorbehalt dem Gesetzgeber eingeräumten Raum nur aus. Ein Verzicht auf ein Grundrecht ist in diesen Fällen mit der freiwilligen Übernahme von Pflichten nicht verbunden. Die Einschränkung rührt vom Gesetzesvorbehalt, nicht vom Verzicht. Ein konstitutiv wirkender Verzicht auf ein Grundrecht kann demnach nur dort angenommen werden, wo das Grundrecht nicht schon anderweitig eingeschränkt werden kann.

Gegenstand des Verzichts ist allein die Wirkung des unbeschränkbaren Grundrechts. Der mit der Übernahme einer gesteigerten Pflichtenstellung in Widerspruch zu einem uneinschränk-  
baren Grundrecht<sup>1)</sup> wohl üblicherweise verbundene freiwillige Verzicht auf Freiheitsrechte kann einmal dahin gehen, das subjektiv öffentliche Recht des Grundrechts überhaupt aufzugeben, oder nicht auf das subjektiv öffentliche Recht an sich, wohl aber auf dessen Ausübung zu verzichten. Weitgehend wird so unterschieden und angenommen, dass ein allgemeiner Verzicht auf das gesamte Grundrecht unzulässig sei, es jedoch niemandem verwehrt sei, zeitweise auf die Ausübung, den Gebrauch des Grundrechts zu verzichten<sup>2)</sup>. Diese Unterscheidung ist für das Problem der Grundrechtseinschränkung nicht brauchbar. Wo die Einschrän-

1) Vgl. etwa die Freizügigkeit (Art. 11 Abs. 1 GG).

2) Maunz, Dt.StR, S. 105 mit Einschränkung auf staatsgesetzte Grundrechte; Koellreutter, DÖV 1951, 467 ff; Krüger, BBZ 1950, 237 ff; Koellreutter, D.StR, S. 52; Krüger, DVBl 1950, 625 ff; Stein bei Zinn-Stein I, Vorbem. IV, 1 vor Art. 1 (S. 94); Dürig, ZGesStW 109, 327 ff; v. Mangoldt-Klein, Vorbem. B XVI, 5 (S. 138).

kung von Grundrechten in Frage steht, kommt es immer auf das Ergebnis an. Auch der nur zeitweise Verzicht auf den Grundrechtsgebrauch bedeutet, dass der Staatsbürger sich nicht auf den Grundrechtsgebrauch berufen kann<sup>1)</sup>. Mit der Ausübungsmöglichkeit nimmt man dem Grundrecht jede praktische Wirkung. Im Ergebnis führt also sowohl der Verzicht auf das Grundrecht als auch nur auf seinen Gebrauch dazu, dass der Staat nicht mehr gehindert ist, den Einzelnen in Anspruch zu nehmen. Wenn man die Gewährleistung von Grundrechten im Grundgesetz ernst nimmt, muss jede Einschränkung der Grundrechtswirkung, die sich in Ergebnis als solche darstellt, aus dem Grundgesetz abgeleitet werden. Dabei kommt es nicht darauf an, ob diese Einschränkung nur zeitweise erfolgt. Dann ist auch die Annahme nicht richtig, dass ein Verzicht auf ein Grundrecht nicht, ein blosser Verzicht auf die Ausübung des Grundrechts jedoch zulässig sei.

## 2. Zulässigkeit des Verzichts auf den Grundrechtsgebrauch.

Der Verzicht auf Grundrechte in freiwillig eingegangenen besonderen Gewaltverhältnissen bedeutet demnach das Aufgeben eines Teils oder des ganzen Grundrechtsschutzes, das den Staat zu Eingriffen in die Grundrechtsstellung des Einzelnen auch dort ermächtigt, wo ein Grundrecht durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes nicht eingeschränkt werden darf. Die Frage ist nun, ob ein solcher Verzicht unter der Herrschaft des Grundgesetzes zulässig ist, ob er die mangelnde verfassungsgesetzliche Einschränkungsmöglichkeit ersetzen kann.

Das Grundgesetz lässt einen Verzicht auf die Grundrechtsstellung des Einzelnen ausdrücklich nicht zu. Eine solche Möglichkeit kann sich dann nur noch aus allgemeinen Grundsätzen des öffentlichen Rechts ergeben. Dabei lässt sich daran anknüpfen, dass die Grundrechte subjektiv-öffentliche Rechte des Einzelnen gegen den Staat sind. Wenn subjektive öffentliche Rechte verzichtbar sind, kann dies auch für Grundrechte gelten.

1) Eine Pflicht zum Grundrechtsgebrauch besteht rechtlich nicht, daher kann der Staatsbürger es unterlassen, sich gegen Grundrechtsverletzungen zu wehren. Das ist jedoch kein Verzicht auf die Ausübung des Grundrechts in unserem Sinne, die den Staat gegenüber dem Verzichtenden ausdrücklich zu Eingriffen in die Grundrechte ermächtigt. Zum Problem der moralischen Verpflichtung der Rechtsausübung wohl mit zu grosser Schärfe: Rudolf v. Jhering, Kampf ums Recht, Berlin 1925.

Eine allgemeine Aussage über den Verzicht auf subjektiv öffentliche Rechte scheint kaum möglich zu sein. Der Verzicht auf subjektiv öffentliche Rechte ist nur in den Grenzen zulässig, die Art. 14 EWG für Württemberg zieht: auf Rechte können nur insoweit verzichtet werden, als sie dem Einzelnen nicht gleichzeitig als Pflicht auferlegt sind. Diese Beschränkung des Verzichts auf subjektiv öffentliche Rechte gewinnt für Grundrechte noch ein besonderes Gesicht. Allgemein werden subjektiv öffentliche Rechte durch einfaches Gesetz eingeräumt. Sieht man von der Bindung an Grundrechte oder möglicherweise ungeschriebenes Recht ab, ist es dem Gesetzgeber nicht verwehrt, solche Rechte durch materielles Gesetz zu gewähren oder zu entziehen. Der einfache Gesetzgeber kann dann auch den Verzicht auf subjektiv öffentliche Rechte ausdrücklich zulassen, aber auch ausschließen, wenn er dies ausdrücklich ausspricht oder den Einzelnen verpflichtet, das subjektiv öffentliche Recht auch zu nutzen. Es gehört nicht zum Wesen der durch einfaches Gesetz eingeräumten subjektiv öffentlichen Rechte, dass der Staat einen Verzicht auf sie ausschließen muss. Demgegenüber kennzeichnet es gerade die Grundrechte, dass sie die staatliche Gewalt verpflichten (Art. 1 Abs. 3 GG). Das scheidet unter diesem Gesichtspunkt die Grundrechte von den übrigen subjektiv öffentlichen Rechten: dass sie nicht nur dem einfachen Gesetzgeber untergeordnete Rechtspositionen, sondern verpflichtende Grenze jeder staatlichen Machtausübung sind. Daher kann es bei jeder freiwilligen Übernahme von Pflichten hier nicht darauf ankommen, ob die Ausübung der damit aufgegebenen Rechte dem Staatsbürger als Pflicht auferlegt ist. Die die staatliche Gewalt bindenden Grundrechte können durch freiwillige Übernahme ihnen widersprechender Pflichten nur dann aufgegeben werden, wenn man dem Staat ein Recht zuerkennen kann, einen Verzicht auf Grundrechte überhaupt zuzulassen. Denn der Staat ist, obwohl er an die Grundrechte gebunden ist, auch verpflichtet, den Grundrechten ihre Wirkung zu erhalten. Die Grundrechte formen den Rechtsstaat und die freiheitlich-demokratische Ordnung, sie geben dem Einzelnen die Sicherheit eines menschenwürdigen Daseins. Das zu erhalten, ist die staat-

liche Macht verpflichtet (vgl. Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG)<sup>1)</sup>. Da ein Verzicht des Einzelnen auf die Grundrechtswirkung geeignet ist, jeden Grundrechtsschutz aus den Angeln zu heben, muss hier ernstlich gefragt werden, ob der Staat einen solchen Verzicht überhaupt zulassen darf. Denn ihm ist es aufgegeben, diese Grundrechte in ihrer Wirkung zu erhalten.

Wer einen auch nur zeitweisen Verzicht auf ein Grundrecht von Rechts wegen zulassen will, hat demnach zwei Hürden zu nehmen: Die Ausübung des Rechts darf dem Einzelnen nicht als Pflicht auferlegt sein, und die Bindung des Staates an den Bestand der Grundrechte erfordert es, dass man ein Recht des Staates nachweisen muss, einen Grundrechtsverzicht überhaupt zuzulassen.

#### α) Recht des Einzelnen zum Verzicht auf Grundrechte.

Der Verzicht auf subjektiv öffentliche Rechte ist dann unzulässig, wenn der Berechtigte im Gemeininteresse verpflichtet ist, das Recht wenigstens nicht aufzugeben. Mir scheint, dass das Grundgesetz von der Anschauung ausgeht, dass die Grundrechte nicht allein dem Staatsbürger nützen sollen, sondern auch im Allgemeininteresse geschaffen sind. Wie vielen Regelungen des Grundgesetzes liegt vor allem den Grundrechten der Gedanke zu runde, sich durch eine freiheitlich-demokratische Ordnung von der Staatsordnung des nationalsozialistischen Führerstaates abzusetzen. Dem dienen vor allem die Grundrechte. Der Staat, der dem Einzelnen als vorstaatlich aufgefasste, an der Menschenwürde ausgerichtete Grundrechte gewährt, kennzeichnet sich selbst als Rechtsstaat, der die Freiheitssphäre des Einzelnen achtet. Dass die Grundrechte dem Einzelnen zugestanden werden, baut die staatliche Ordnung der Bundesrepublik Deutschland mit auf und gibt ihr einen sehr wesentlichen Zug, der sie gerade in diesem Punkt von der nationalsozialistischen

---

1) Zur Rolle des Beamten als Diener und Erhalter der in den Grundrechten angelegten Werte der menschlichen Gemeinschaft: Kalisch, AÖR 78, 334 ff.

Herrschaftsordnung unterscheidet. Die Grundrechte sind demnach nicht nur dem Einzelnen verliehene subjektiv öffentliche Rechte, sondern auch Bausteine einer freiheitlichen demokratischen Ordnung, in denen der Staat die Werte schützen will, auf die er sich gründen will<sup>1)</sup>. Im Sinne Brandt liesse sich noch hinzufügen, dass die Grundrechte durch das gemeinsame Bewusstsein, in einem Rechtsstaat zu leben, als "Integrationsfaktoren" das Staatsbewusstsein heben können. Die Verfassungsform der freiheitlich demokratischen Grundordnung würde letztlich untergehen, wenn breite Volksmassen freiwillig auf den Schutz der Grundrechte verzichten würden. Da aber jeder Deutsche zur Achtung der Verfassung verpflichtet ist, ist er auch verpflichtet, die Grundrechte in ihrem Bestand zu achten, die gerade für die freiheitlich demokratische Ordnung des Grundgesetzes unerlässlich und wesensbestimmend sind. Dass also Grundrechte ein Pfeiler jedes Rechtsstaates sind, verpflichtet den Staatsbürger, diese Grundrechte nicht aufzugeben oder auf sie zu verzichten<sup>2)</sup>. Nur so kann der Gefahr begegnet werden, dass der Einzelne durch immer weiter greifende Grundrechtsversichte sich langsam in die Abhängigkeit von der staatlichen Gewalt be gibt, die dann besonders schwer wiegt, wenn dies in dem nicht vom Gesetz beherrschten besonderen Gewaltverhältnis sich vollzieht. Im Ergebnis kann also auf Grundrechte deswegen auch nicht zeitweise verzichtet werden, weil ihre Stellung den Staatsbürger nicht nur berechtigen, sondern es ihm wegen des Bestandes der freiheitlich demokratischen Grundordnung auferlegen, sie nicht aufzugeben.

---

1) Hamann, RiA 1955, 148 ff: Grundrechte sind nicht nur individuelle Rechte, sondern auch Konkretisierung der Rechtsidee und des Rechtsstaates.

Kalisch, AÖR 78, 354 ff: Grundrechte wie Meinungsfreiheit, Versammlungsfreiheit seien in einem als Wortgefüge aufgefassten Staat "materielle Bestandteile" einer freiheitlich demokratischen Grundordnung.

2) Verzicht hier in dem Sinne, dass der Verzicht dem Staat ein Eingriffsrecht einräumt, nicht ein blosses Unterlassen einer Abwehr gegen bereits geschene Grundrechtsverletzungen. Einer derartigen Gleichgültigkeit gegen die Gefahren der Staatsallmacht lässt sich mit Mitteln des Verfassungsrechts kaum begegnen.

5) Recht des Staates, einen Grundrechtsverzicht des Einzelnen zuzulassen.

Das ergibt sich auch dann, wenn man der Frage nachgeht, ob der Staat einen konstitutiven Verzicht auf Grundrechte überhaupt zulassen darf. Das Grundgesetz gibt dem Staat ausdrücklich ein solches Recht nicht. Aus allgemeinen Gesichtspunkten muss ein solches Recht dem Staat versagt werden. Wenn Art. 1 Abs. 3 GG die vollziehende Gewalt unter die Herrschaft der Grundrechte stellt, so entzieht er damit die Grundrechte in ihrer grundgesetzlichen Reichweite dem Verfügungsbereich der staatlichen Gewalt. Aus eigener Gewalt kann danach etwa der Gesetzgeber einen Verzicht auf Grundrechte nicht gestatten. Wenn die Grundrechte nicht nur Rechte des Einzelnen sind, sondern Wesen und Aufbau der Bundesrepublik Deutschland mitbestimmen, so muss es dem Staat obliegen, diesen Pfeiler jeder rechtsstaatlichen Ordnung zu erhalten, auch wenn der Einzelne auf dieses Element der freiheitlich demokratischen Grundordnung verzichten zu können glaubt. Denn es ist Aufgabe jeder staatlichen Gewalt, mit den Grundrechten die freiheitlich demokratische Ordnung aufrecht zu erhalten und die Menschenwürde zu achten<sup>1)</sup>. Nicht umsonst gebietet Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG, die Würde des Menschen zu schützen. Als Ausprägung dieses Leitbildes muss diese Pflicht auch für die Grundrechte gelten. Mit den Grundrechten schützt der Staat die Werte, auf die sich seine Verfassungsordnung aufbaut<sup>2)</sup>. Diese Pflicht verlangt es, dem Staat das Recht abzuerkennen, einen Grundrechtsverzicht auch nur zu dulden. Liesse er es zu, dass der Einzelne auf seinen Grundrechtsschutz verzichten würde, so bliebe von der praktischen Wirkung der Grundrechte nicht viel. Dieses Ergebnis widerspricht seiner Aufgabe, dem Einzelnen auch dann seinen Grundrechtsschutz zu erhalten, wenn dieser ihn gar nicht einmal wünscht. Es gibt demnach kein Recht des Staates, Grundrechtsverzicht des Einzelnen zuzulassen. Dies allein wird auch der Stellung gerecht, die das Grund-

1) Vgl. auch den Amtseid des Bundespräsidenten (Art. 56 Abs. 1 S. 1 GG).

2) Ähnlich: Kalisch, AÖR 78, 334 ff.

gesetz den Grundrechten einräumt. Wenigstens bei den vorstaatlich begründeten Grundrechten ist ein Verzicht zugunsten des Staates sehr bedenklich.

Die besondere Stellung der Grundrechte, die sowohl den Einzelnen als auch den Staat verpflichtet, die Ausübung der Grundrechte nicht zu gefährden, schliesst es danach aus, die Einschränkung von Grundrechten in ihrer Reichweite daraus zu begründen, dass der Einzelne freiwillig auf ein Grundrecht verzichtet. Das heisst für das freiwillig eingegangene besondere Gewaltverhältnis, dass über die im Grundgesetz schon enthaltene Einschränkungsmöglichkeit hinaus der mit der Übernahme der gesteigerten Pflichten des besonderen Gewaltverhältnisses möglicherweise verbundene Verzicht auf Grundrechte eine weitere Einschränkungsmöglichkeit nicht begründen kann<sup>1)</sup>. Auf einen freiwilligen Verzicht allein kann die vollziehende Gewalt sich dann nicht berufen, wenn nicht anderweitig eine Einschränkungsmöglichkeit gefunden werden kann.

#### IV. Zusammenfassung der Lehre vom besonderen Gewaltverhältnis im Verhältnis zu den Grundrechten.

Der Lehre vom besonderen Gewaltverhältnis ist nach alledem für die Grundrechte jede Wirkung abzusprechen. Soweit im Ergebnis Grundrechte deswegen in ihrer Wirkung eingeschränkt werden sollen, weil der Betroffene in einem gegenüber dem Staatsbürger gesteigerten Pflichtenverhältnis den Anordnungen des Gewaltherrn unterworfen ist, findet diese Lehre im Grundgesetz nicht die notwendige Stütze. Zwar verträgt sich dieses Unterworfensein mit dem Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung. Soweit aber im besonderen Gewaltverhältnis Grundrechte berührt werden, können Einschränkungen der Grundrechtswirkung nicht deswegen behauptet werden, weil der Betroffene in ein besonderes Gewaltverhältnis eingeordnet ist oder weil er mit der Übernahme der Pflichten auf den Grundrechtsschutz verzichtet hat. Dazu muss im Grundgesetz eine Einschränkung von Grundrechten durch Gesetzesvorbehalt oder in der Art der Gewährleistung ausdrücklich zugelassen sein.

-----  
1) Thieme, Dt. Hochschulrecht, S. 58.

§ 6. Einschränkung der Grundrechtswirkung für Beamte auf Grund der Schranken des Art. 2 Abs. 1, 2. Halbs. GG.

A. Die Stellung des Art. 2 Abs. 1, 2. Halbs. im Grundrechtssystem.

I. Zusammenhang zwischen Grundrechtsgewährleistung und staatlicher Ordnung.

Auf der Suche nach der notwendigen Einschränkunggrundlage im Grundgesetz, die den Pflichtenkreis der besonderen Gewaltverhältnisse in Einklang mit den Grundrechten zu bringen gestattet, hat sich weder Art. 33 Abs. 4 und 5 GG noch die Lehre vom besonderen Gewaltverhältnis als tragfähige Grundlage herausgestellt. Es scheint danach, als müssten alle diejenigen Pflichten innerhalb besonderer Gewaltverhältnisse, die im Widerspruch zu sonst uneinschränkbar Grundrechten stehen, der höherrangigen Grundrechtswirkung weichen<sup>1)</sup>. Damit müsste auch das Dasein einer Reihe von besonderen Gewaltverhältnissen dem Grundrechtsanspruch geopfert werden. Es lässt sich schlecht denken, wie das Beamtenverhältnis ohne die Forderung nach dienstortnaher Wohnung, der Bindung an die freiheitlich demokratische Ordnung oder der Genehmigungspflicht für Nebenbeschäftigungen aufrechterhalten werden soll<sup>2)</sup>, wie man etwa die Strafhaft gegenüber dem Grundrecht der Freizügigkeit (Art. 11 Abs. 1 GG) rechtfertigen will. Schaltet man jedoch etwa das Beamtenverhältnis und die Strafhaft aus dem staatlichen Leben aus, so darf man ernsthaft fragen, ob die staatliche Ordnung überhaupt ohne das Dasein besonderer Gewaltverhältnisse noch denkbar ist. Diese mit dem Ausschluss der besonderen Gewaltverhältnisse möglicherweise verbundene Gefahr für die staatliche Ordnung überhaupt wirft die Frage auf, inwiefern Grundrechte ausgeübt werden dürfen, wenn der Grundrechtsgebrauch die staatliche Ordnung mit den besonderen Gewaltverhältnissen antastet. Das führt auf das Verhältnis

1) Das Ergebnis lässt sich jedoch mit Krüger, ZBR 1956, 309 ff nicht damit stützen, dass die Grundrechte in besonderen Gewaltverhältnissen deswegen allgemein wirken müssten, weil der Grundgesetzgeber in Art. 17a GG für das Wehrdienstverhältnis Einschränkungen ausdrücklich zugelassen und damit zu erkennen gegeben habe, dass sonst in besonderen Gewaltverhältnissen solche Einschränkungen unzulässig seien. Dieser Gegenschluss aus Art. 17a GG leidet daran, dass die Aufnahme des Art. 17a GG nur daraus zu erklären ist, dass der Bundestag die Grundrechtsstellung des Soldaten verdeutlichen wollte, Art. 17a GG nicht aber als grunds. Lösung des Problems des besond. Gewaltverhältnisses und der Grundrechte zu verstehen ist.

von Staatsordnung und Grundrechten. Möglicherweise lassen sich von hier aus die Grundrechtseinschränkungen in besonderen Gewaltverhältnissen rechtfertigen.

Auch wenn man sämtliche Grundrechte des Grundgesetzes nach Art.1 Abs.2 GG als schon vorstaatlich geltend auffasst, dürften doch die Grundrechte zu ihrer Wirksamkeit die staatliche Ordnung voraussetzen.<sup>1)</sup> Eine Grundrechtsgewährleistung wäre dann sinnlos, wenn man sie einem isolierten und beziehungslosen Individuum zudenkt. Darüber hinaus liegt es im Sinne des Grundrechts als eines subjektiv öffentlichen Rechts, dass es als Recht allein von einer Ordnung der Gemeinschaft gesichert und durchgesetzt werden kann. In einer Anarchie würde die Berufung auf Grundrechte wenig nützen. Daraus würde folgen, dass die Grundrechtsausübung dort endet, wo sie die staatliche Gemeinschaft gefährdet und mit ihr die Grundlage der Grundrechtsausübung hinwegzuschieben droht.

Diesen Gedanken der Grenze des Grundrechtsgebrauchs am Bestand der staatlichen Ordnung hat das Bundesverwaltungsgericht aufgenommen. Es gehöre zum Inbegriff der Grundrechte, dass sie nicht in Anspruch genommen werden dürften, wenn dadurch die für den Bestand der Rechtsordnung notwendigen Rechtsgüter gefährdet werden, denn jedes Grundrecht setze den Bestand der staatlichen Ordnung voraus, durch die es gewährleistet werde<sup>2)</sup>.

Dieser im Kern richtige Gedanke von der Begrenzung jedes

-----  
Fussn. 2 v. S. 71: Die entsprechenden Grundrechte (Art. 11 Abs. 1, 3 Abs. 3, 12 Abs. 1 S. 1 GG) enthalten keine Gesetzesvorbehalte

- 1) Kalisch, AÖR 78, 334 ff sieht hier keinen Konflikt. Der Beamte stehe im Dienste der höchsten Werte des Staates - auch der Grundrechte, die er zu verwirklichen habe. Daher könne er sich nicht auf ein Grundrecht berufen, wenn er seine Pflicht erfüllen müsse, die Grundrechte im ganzen zu wahren. Daraus, dass der Beamte in seiner Amtsstellung die Grundrechte in ihrem Bestand zu schützen hat, folgt jedoch für das Beamtenverhältnis zu seinem Dienstherrn noch nicht, dass ihm daher die Berufung auf Grundrechte überhaupt versagt werden müsse. Diese Frage ist nicht unmittelbar von der Aufgabe des Beamtentums, sondern von der Grundrechtsgewährleistung her zu beantworten.
- 2) BVerwG v. 15.12.53, JZ 1954, 573 ff; v. 10.3.54, JZ 1954, 575 ff; v. 1.7.1954, NJW 1954, 1661 f; v. 26.9.1954, NJW 1954, 1661 f; v. 14.12.1954, NJW 1955, 763 f; v. 21.12.1954, JZ 1955, 345 ff; v. 10.5.1955, NJW 1955, 1534 ff mit Anm. v. Reuss; v. 18.5.55, NJW 1955, 1773 f; OVG Münster v. 6.5.54, DVBl 1954, 647 ff; Gaul, MDR 1955, 329 ff; Labs, Anm. zu BVerwG, DOV 54, 533 ff. Ähnlich: BGH, Gutachten v. 28.4.52, DVBl 53, 471 ff; Die Schranken des Art. 2 Abs. 1 GG gelten schon aus allgemein rechtsstaatl. Gründen. Krüger, BB 1953, 565 ff; Scheuner, Gutachten, S. 70.

Grundrechtsgebrauchs durch die staatliche Ordnung kann in dieser Form allerdings nicht dazu ausreichen, als Grundlage einer Grundrechtseinschränkung anerkannt zu werden. Es fehlt in der Formel des BVerwG einmal jeder Hinweis darauf, welche staatliche Ordnung gegenüber einem übertriebenen Grundrechtsgebrauch verteidigt werden soll. Überspitzt man die mit der Formel des BVerwG gegebenen Möglichkeiten, so liesse sich damit auch eine Gemeinschaftsordnung gegen den Anspruch der Grundrechte verteidigen, die etwa als autoritärer Führerstaat sich nicht an Grundrechte gebunden fühlt.

Der Hinweis auf die Begrenzung jeder Grundrechtsausübung durch den Bestand der staatlichen Ordnung lässt das Schutzgut zu unbestimmt, um eine Grundrechtseinschränkung zu rechtfertigen<sup>1)</sup>. Die grosse Bedeutung, die das Grundgesetz den Grundrechten beimisst, hatte zu dem Schluss geführt, dass jede Einschränkung der Grundrechtswirkung im Grundgesetz selbst zugelassen sein muss. Denn sonst würde man dem Staatsbürger heimlich nehmen, was ihm an auffallender Stelle des Grundgesetzes eingeräumt worden ist - letztlich auch ein Angriff auf das Rechts- und Staatsbewusstsein des Bürgers. Auch verführt eine ungeschriebene Ermächtigung mit nicht wörtlich festgelegten Grenzen der Grundrechtseinschränkung dazu, sie immer weiter auszuweihen. Auch die Begrenzung des Grundrechtsgebrauchs durch die Existenz der staatlichen Ordnung wird man mit bestimmter formulierten Einschränkungstatbeständen im Grundgesetz selbst suchen müssen. Wo sich eine solche Einschränkunggrundlage, die die Abhängigkeit von Grundrechtsgebrauch und staatlicher Ordnung aufgreift, im Grundgesetz selbst finden lässt, kann auf eine Einschränkung kraft Wesens der Grundrechte oder nach im Grundgesetz nicht erwähnten Formeln verzichtet werden.

II. Art. 2 Abs. 1, 2. Halbs. GG als verfassungsrechtliche Entscheidung des Spannungsverhältnisses zwischen staatlicher Ordnung und Freiheitsrechtsgewährleistung.

Es hat den Vorteil der Aufnahme in den Grundrechtstext und

1 ) Allgemein gegen derartige, im Grundrechtssystem nicht verankerte Schranken: Krüger, NJW 1955, 201 ff; besonders gegen die Formel des BVerwG : Maunz, DStR, S. 87.

der im Spannungsverhältnis Individuum-Staat überhaupt erreichbaren festen Grenzen der Einschränkungsmöglichkeit für sich, wenn man das Verhältnis von staatlicher Ordnung und Grundrechtgebrauch in Art.2 Abs.1 GG entschieden sieht. Wenn man Art.2 Abs.1 GG als Einschränkungsgrundlage für Eingriffe wenigstens in die Freiheitsgrundrechte des Grundgesetzes anerkennen will, so ist damit nachzuweisen, dass die Freiheit der Persönlichkeitsentfaltung des Art.2 Abs.1, 1. Halbsatz GG Grundlage und Leitbild der Freiheitsrechte und möglicherweise auch der Gleichheitsrechte des Grundrechtsteils ist. Dann käme man dazu, die für die Freiheit der Persönlichkeitsentfaltung in Art.2 Abs.1, 2. Halbsatz GG aufgezählten Schranken an der verfassungsmässigen Ordnung, den Rechten anderer und dem Sittengesetz für jeden Gebrauch der Freiheits- und Gleichheitsrechte ausser Acht zu halten. Damit könnte eine Lösung in den gerade für die besonderen Gewaltverhältnisse wichtigen Streit um Grundrechte und Staatsexistenz gefunden sein.

a) Art.2 Abs.1 GG als allgemeiner Grundsatz der Freiheitsrechtsgewährleistung.

Wenn Art.2 Abs.1, 2. Halbsatz GG die freie Entfaltung der Persönlichkeit an der verfassungsmässigen Ordnung, dem Sittengesetz und den Rechten anderer enden lässt, so kann diese Entscheidung zunächst für die Freiheitsrechte des Grundgesetzes nur verbindlich sein, wenn diese ihrem Wesen nach aus der freien Entfaltung der Persönlichkeit abzuleiten sind. Nur dann können die für die Stellung der Individualfreiheit im Staatsverband in Art.2 Abs.1, 2. Halbsatz GG offenbar für wesentlich gehaltenen Schranken auch für die einzelnen Freiheitsrechte (Meinungsfreiheit, Versammlungsfreiheit u.a.) gelten. Das setzt voraus, dass in Art.2 Abs.1 GG ein diesen Einzelgrundrechten übergeordnetes allgemeines Prinzip ausgesprochen worden ist.

Aus dem etwas verwickelt aufgebauten Art.2 GG lässt sich soviel entnehmen, dass mit der Freiheit der Persönlichkeitsentfaltung (Art.2 Abs.1 GG) nicht oder nicht allein die Freiheit vor ungesetzlichem räumlichen Freiheitsentzug gemeint sein kann, da diese Frage in Art.2 Abs.2 GG angeschnitten wird. Es mag hier dahingestellt bleiben, ob mit der Freiheit der Persönlichkeitsentfaltung überhaupt ein Grundrecht aufgestellt werden soll-

te<sup>1)</sup>. Denn für die Frage, ob in Art. 2 Abs. 1 GG allgemein über die Freiheit des Menschen und losgelöst von den Grundrechten etwas ausgesagt wird, ist es gleichgültig, ob man in ihm positiv ein Grundrecht sieht. Auch scheint jenseits des Streites, ob mit der Freiheit der Entfaltung der Persönlichkeit in Art. 2 Abs. 1, 1. Halbsatz GG die Freiheit des Handelns in allen Lebensbereichen<sup>2)</sup> oder nur das Recht, die von der Würde des Menschen (Art. 1 Abs. 1 GG) geprägte Persönlichkeit als Persönlichkeit im Staatsverband durchzusetzen<sup>3)</sup>, gemeint ist, der Inhalt des Begriffs der freien Entfaltung der Persönlichkeit dahin zu gehen, dass hier ganz allgemein die Stellung der Persönlichkeit gegenüber der Staatsmacht festgelegt worden ist - das Masses an Freiheit, das er der Staatsgewalt gegenüber als Mindestmass haben soll. Demgegenüber sind alle Ausprägungen der Freiheitsrechte des Grundgesetzes - wie der Glaubens- und Gewissensfreiheit (Art. 4 Abs. 1 GG), der Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 GG), der Versammlungsfreiheit (Art. 8 GG), der Vereinigungsfreiheit (Art. 9 GG), der Freizügigkeit (Art. 11 Abs. 1 GG), der Freiheit der Berufswahl (Art. 12 Abs. 1, S. 1 GG) - nur nähere Ausführungen des allgemeinen Grundsatzes von der freien Entfaltung der Persönlichkeit. Denn sie zielen in die gleiche Richtung. Sie knüpfen an das Handeln in besonderen Lebensbereichen an (Meinungsäußerung, Vereinigungs- und Versammlungstreben usw.), sichern aber gleichzeitig, dass sich Wert und Würde der Persönlichkeit in diesen besonderen Lebensbereichen durchsetzen können. Wie man auch die Freiheit der Persönlichkeitsentfaltung in Art. 2

- 
- 1) Verneinend: v. Mangoldt-Klein, Anm. II, 1 zu Art. 2 (S. 161); Klein, StuW 1954, Sp. 1 ff (32); Naas, DÖV 1954, 70 ff; Deiting, StuW 1955, 21 ff (34); bejahend: Erüger, NJW 1955, 201 ff; Dürig, NJW 1955, 729 ff und weitere Zitate bei von Mangoldt-Klein, Anm. II, 1 zu Art. 2 (S. 161).
  - 2) So unter anderen v. Mangoldt, BGG, 1. Aufl., Anm. 2 zu Art. 2 GG; Wernicke, BK, Anm. II, 1a zu Art. 2; Hamann, Rechtsstaat und Wirtschaftslenkung S. 63; Coing, BB 1954 137 ff (141); Meyer-Cording, JZ 1952 161 ff; Rüdger bei Neumann-Nipperdey-Scheuner, II, 243 ff.
  - 3) Peters Launfestgabe, S. 669 ff (673); v. Mangoldt-Klein, Anm. 6c zu Art. 2 (S. 172); Klein, StuW 1954, Sp. 1 ff (31); Deiting, StuW 1955, Sp. 21 ff (30); VGH Freiburg v. 12.9.1955, JZ 1956, 181 ff (24).

Abs.1 GG inhaltlich bestimmen mag, die besonderen Ausprägungen in den Freiheitsrechten des Art.2 Abs.2 ff GG dienen immer dazu, diese allgemeine Entscheidung im einzelnen durchzusetzen<sup>1)</sup>. Dann ist aber Art. 2 Abs. 1 GG nur so zu verstehen, dass hier ein allen Freiheitsrechten zugrundeliegendes allgemeines Prinzip gewonnen worden ist. Gegen die Auffassung, Art 2 Abs.1GG enthalte eine allgemeine Entscheidung über die Freiheitssphäre des Einzelnen und damit auch über seine Grundrechtsstellung innerhalb des besonderen Gewaltverhältnisses, ist nun einwandt worden, Art. 2 Abs.1 GG sei zu allgemein gehalten, um in ihm ein allgemein für die Freiheitsrechte geltendes Prinzip zu sehen<sup>2)</sup>. Diese Behauptung ist durch nichts belegt. Die Überragende Rolle, die das Grundgesetz den Grundrechten zugebracht hat, verlangt es gerade, die in Art.1 Abs. 1 und 2 Abs.1 GG angedeutete Grundrechtsauffassung ernst zu nehmen. Es geht nicht an, sich wegen angeblich mangelhafter Bestimmtheit einfach über grundlegende Artikel der Verfassung hinwegzusetzen. Wenn man dem Art.2 Abs.1 GG Inhalt und Sinn geben will, muss man ihn schon als allgemeinen Freiheitsrechtsleitsatz auffassen. Wenn man dies anerkennt, kommt es für die Frage, ob die einzelnen Freiheitsrechte auch den in Art.2 Abs.1, 2. Halbsatz GG niedergelegten Schranken unterworfen sind. Überdies nicht mehr darauf an, welchen positiven und bestimmbareren Inhalt die freie Entfaltung der Persönlichkeit des Art.2 Abs.1, 1. Halbsatz haben kann. Denn es geht hier nur um die Schranken, und es genügt nachzuweisen, dass die Einzelfreiheitsrechte die freie Entfaltung der Persönlichkeit im Einzelnen durchsetzen,

-----

1) Ausdrücklich u.a.: Hamann, Rechtsstaat und Wirtschaftslenkung, S.63 (anders aber Anm. zu BVerwG v. 15.12.53, NJW 1954, 614 ff); Kaufmann, JZ 1951, 423 ff (426); Scheuner, VVStL 11, 1 ff (60); Peters, Launfestg., S. 669 ff (677); v. Mangoldt-Klein, Anm. III,1 zu Art. 2 (S. 163) und Anm. II, 5c zu Art. 2 (S. 170); Ipsen bei Kaufmann-Nipperdey-Scheuner, II, 129 ff; Wernicke, BK, Anm. II, 1b zu Art. 2; Gernandt, Der Arbeitgeber 1954, 155 ff; OVG Münster v. 20.9.1950, Verw,Rspr. 3, 737 ff(742), Nr. 171.

2) BGH, Gutachten v. 28.4.1952, DVBl 1953, 471 ff; OVG Lüneburg v. 19.1.1955, DÖV 1955, 218 ff.

um diese Schranken dann auch dort anzunehmen. Es genügt daher für diese Ableitung schon, wenn Art. 2 Abs. 1, 1. Halbsatz GG eine allgemeine Vorstellung über die Freiheit der Persönlichkeit formuliert, da es für die Übernahme der Schranken nur auf diese allgemeine Vorstellung und nicht auf einen genau abgrenzbaren positiven Grundrechtsinhalt ankommt. Insofern ist in Art. 2 Abs. 1, 1. Halbsatz GG die allgemeine Vorstellung von der freien Persönlichkeitsentfaltung klar genug formuliert.

Sie geht dahin, dass Art. 2 Abs. 1 GG als oberste und all-reinste Freiheitsnorm (Bürg<sup>1)</sup>), als generelle Entscheidung des Grundgesetzes im Spannungsverhältnis zwischen dem Einzelnen und der Gemeinschaft, als allgemeines Prinzip für die Entfaltung der Persönlichkeit aufgestellt ist. Die nachfolgenden Freiheitsrechte nehmen in derselben Zielrichtung in besonderen Lebensbereichen den Freiheitsgedanken des Art. 2 Abs. 1 GG auf und suchen ihn dort durchzusetzen.

b) Die Wirkung des Art. 2 Abs. 1, 2. Halbsatz GG auf die ihn verwirklichenden Einzelfreiheitsrechte.

Wenn die Einzelfreiheitsrechte der Art. 2 Abs. 2 ff GG nur Ausprägungen der allgemeinen Freiheitsnorm des Art. 2 Abs. 1 GG sind, so liegt der Schluss nahe, dass diese Einzelgrundrechte nur insoweit beansprucht werden dürfen, als nach Art. 2 Abs. 1 GG die freie Entfaltung der Persönlichkeit reichen darf: bis zur Grenze des Bestandes der verfassungsmässigen Ordnung, des Sittengesetzes und der Rechte anderer. Dagegen wird regelmässig eingewandt, dass es dann sinnlos sei, über die Entscheidung des Art. 2 Abs. 1 GG hinaus noch weitere Freiheitsrechte in das Grundgesetz aufzunehmen. Dass dies aber geschehen sei, deutet darauf

---

1) AOR 79, 57 ff; ähnlich: Krüger, GG und Kartellgesetzgebung, S. 13 f; Naumann, JZ 1951, 423 ff; tragende Entscheidung für die rechtliche Stellung des Einzelnen; Scheuner, WVStL 11, 1 ff: Vorrangstellung grundsätzlicher Art; E. R. Huber, WVR I, S. 660: Generalklausel der Freiheitssicherung; Lassally, MDR 1953, 76 f; Peters, ZgesStW 110, 564; Haas, DOV 1954, 70 ff; Redeker, DOV 1954, 109 ff: Generalklausel zur Lösung der latenten Spannung zwischen Staat und Individuum; v. Mangoldt-Klein, Anm. III, 1 zu Art. 2 (S. 163) mit Nachweisen: in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG übergeordneter Grundgedanke eines Systems von Grundrechten, Anm. III, 5b zu Art. 2 (S. 164f): Formulierung des allgemeinen Begriffs der staatsbürgerlichen Freiheit in seiner Abgrenzung gegen die Interessen der Gemeinschaft; Klein, StuW 54, Sp. 1 ff: Generalklausel der staatsbürgerlichen Freiheit.

hin, dass die Grundrechtsauslegung allein von diesen Einzelfreiheitsrechten auszugehen habe, die als die speziellere Lösung den allgemeinen Satz des Art. 2 Abs. 1 GG verdrängten. Die Einzelfreiheitsrechte und nicht Art. 2 Abs. 1 GG bestimmten Umfang und Grenzen der Freiheitsrechte in einzelnen Lebensbereichen (Meinungsausserung, Versammlung, Freizügigkeit<sup>1)</sup>). Dahin deute auch, dass das Grundgesetz zwischen durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes einschränkbar und so uneinschränkbar Grundrechten unterscheidet (Art. 19 Abs. 1 GG)<sup>2)</sup>.

Der Einwand rührt an das Verhältnis von Art. 2 Abs. 1 GG zu den den Freiheitsrechtsleitsatz des Art. 2 Abs. 1 GG konkretisierenden Einzelfreiheitsrechten. Positiv entspricht z.B. auf dem Gebiet der Meinungsausserung Art. 2 Abs. 1, 1. Halbsatz GG dem Inhalt des Art. 5 GG, wenn man in Art. 2 Abs. 1, 1. Halbsatz GG die Freiheit des Handelns in allen Lebensbereichen verwirklicht sieht<sup>3)</sup>. Negativ wird diese Freiheit in Art. 5 Abs. 2 GG insofern stärker beschränkt, als die als Einschränkunggrundlage dort zugelassenen allgemeinen Gesetze nicht unbedingt zum Schutz etwa der verfassungsmässigen Ordnung ergangen sein müssen. Sieht man Art. 2 Abs. 1, 1. Halbsatz GG darauf beschränkt, die Persönlichkeitswürde im Handeln durchsetzen zu können, so kann Art. 5 GG schon dem positiven Gehalt nach weitergehen, als nicht jede nach Art. 5 Abs. 1 GG freie Meinungsausserung gleichzeitig Ausdruck der in Art. 2 Abs. 1 GG dann geschützten Persönlichkeitsentfaltung ist. Sowohl der positiven Gewährleistung als auch den Schranken nach enthalten die Einzelfreiheitsrechte des Art.

- 
- 1) Hamann, Anm. zu BVerwG NJW 1954, 614 f, der trotzdem meint, dass die Schutzgüter des Art. 2 Abs. 1, 2. Halbsatz GG Schranken der Grundrechtsausübung seien; ohne Begründung: BGH Gutachten v. 28.4.1952, DVBl 1953, 471 ff; die oben, S. 72 Fussn. 2 zitierte Rechtsprechung des BVerwG; OVG Lüneburg v. 19.1.1955, DOV 1955, 218 ff; OVG Hamburg v. 26.1.1955, Mdr 1955, 441 ff.
  - 2) Zinser, Anm. zu OVG Lüneburg v. 9.2.1951, DOV 1952, 120 ff.
  - 3) Eine andere Frage ist es, ob Art. 2 Abs. 1 GG noch die Fälle als Generalklausel erfasst, die in den Einzelfreiheitsrechten nicht geregelt sind - eine Frage der Grundrechtsqualität des Art. 2 Abs. 1 GG; vgl. Dürig, NJW 1955, 729 ff (730 Fussn. 17); Redeker, DOV 1954, 109 ff.

2 Abs.2 ff GG im Fern immer auch die Gewährleistung und Schranken des Art.2 Abs.1 GG, sie können in positiver Gewährleistung wie im Ausmass der zugelassenen Einschränkung jedoch über die in Art.2 Abs.1, 2.Halbsatz GG abgesteckten Grenzen hinausgehen. Für diese Annahme spricht n.B. entscheidend, dass nur so dem Art.2 Abs.1 GG ein Sinn beigelegt werden kann. Die Lehre von der isolierten Auslegung der Einzelfreiheitsrechte ohne Rückgriff auf Art.2 Abs.1 GG wüsste im Grundrechtssystem für Art.2 Abs.1 GG keinen Platz. Es geht aber nicht an, den Art.2 Abs.1 GG einfach zu übersehen<sup>1)</sup>. Für den Rückgriff auf die Schranken des Art.2 Abs.1, 2.Halbsatz GG auch bei den Einzelfreiheitsrechten spricht auch, dass Verfassungsbestimmungen aus dem Gesamtzusammenhang der Verfassung auszulegen sind. Dann dürfen die der freien Persönlichkeitsentfaltung entzogenen Schutzgüter des Art.2 Abs.1, 1.Halbsatz GG bei jeder Freiheitsrechtsausübung nicht unterschlagen werden. Dem allgemeinen Charakter des Art.2 Abs.1 GG entsprechend müssen dessen Schranken bei sämtlichen gleichgerichteten Freiheitsgrundrechten beachtet werden. Die Schranken des Art.2 Abs.1, 2.Halbsatz GG reichen über Art.2 GG hinaus.

In Art.2 Abs.1 GG ist also eine allgemeine für alle Freiheitsgrundrechte massgebende Entscheidung im Spannungsverhältnis zwischen Staat und Einzelnem gefunden. Da in den einzelnen Freiheitsrechten sich nur die Grundentscheidung des Art.2 Abs.1 GG ausprägt, liegt zumindest den einzelnen Freiheitsrechten des Grundgesetzes die in Art.2 Abs.1 GG gezogene Grenze jeder Freiheitsrechtsausübung zugrunde: der Bestand der verfassungsmässigen Ordnung, der Rechte anderer und des Sittengesetzes<sup>2)</sup>.

---

1) Wie dies der BGH, Gutachten v.28.4.52, DVBl 1953, 471 ff tut: Art.2 Abs.1 GG sei eine unbestimmte, zeitgebundene Vorstellung von dem Recht auf Entfalten (Ausleben) der Person.

2) S. nächste Seite.

2) Fortsetzung von S. 79, Fussnote 21:

- Krüger, GG und Kartellgesetzgebung, S. 13 f.; Hamann, Rechtsstaat und Wirtschaftlenkung, S. 63 f.; Hamann, Anm. zu BVerwG v. 25.12.53, NJW 1954, 619 f.; Manzmann, JB 1951, 423 ff (426); Scheuner, WStL 11, 11f (61); S.R. HUBER, LVR 1, 661; Scheuner, BStW III, 126 ff (159); Ziegler, DÖV 1955, 173 ff; Krüger, NJW 1955, 261 ff; Dürig, AOR 79, 57 ff und NJW 1955, 230 f; Lassally, MDR 1953, 76 ff; v. Krause, aZO, S. 36; Peters, BStW 110, 563 ff; Haas, DÖV 1954, 70 ff; Peters, Leunfestg., S. 669 ff; Redeker, DÖV 1954, 110 ff; Nipperdey, WuW 1954, 269 ff (213); v. Mangoldt-Klein, Anm. IV zu Art. 2 (S. 176); Ipsen bei Neumann-Nipperdey-Scheuner II, 129 ff; Gernandt, Der Arbeitgeber 1954, 154 ff; Becker, NJW 1955, 1737 ff; Gaul, Mdr 1955, 330 ff; Manz, DStR, S. 85 (in der 4. Auflage); Dipper, NJW 1952, 601 ff; Nipperdey, BB 1951, 593 ff; Meyer, Z LR 1954, 23 ff; Kleinrahm, DV 1949, 537 ff (540); v. d. Heide, BB 1950, 485 ff; Sieg, DVBl 1950, 197 ff; Schierholt, DVBl 1950, 69 ff; Ziegler, DÖV 1955, 173 ff; Dürig, NJW 1954, 1394 f; Hamann, DÖV 1952, 132 ff; Köttingen in Neumann-Nipperdey-Scheuner II, 291 ff (310); Reuss, NJW 1951, 777; Wernicke, BK, Anm. II, 1b zu Art. 2; H.J. Wolff, VerwR, I, § 33, V a (S. 129).  
OVG Hamburg, v. 5.9.1951, VerwRspr. 4, 380 ff (Nr. 77); v. 30.3.1951, VerwRspr. 3, 724 ff (Nr. 170); v. 13.10.1950, DVBl 1951, 317 ff; v. 11.5.1950, VerwRspr. 3, 105 ff (Nr. 24); v. 6.6.1950, VerwRspr. 3, 225 ff (Nr. 49); v. 16.10.1950, VerwRspr. 3, 499 ff (Nr. 108); v. 8.6.1951, VerwRspr. 4, 510 ff (Nr. 107); v. 14.6.1951, VerwRspr. 4, 94 ff (Nr. 19);  
WübaVGH (Stuttgarter Senat) v. 13.12.1951, VerwRspr. 4, 486 ff (Nr. 101);  
LVG (jetzt OVG) Koblenz, v. 11.9.1951, DVBl 1952, 187 ff; v. 29.5.1952, DÖV 1952, 665; v. 1.2.1955, DÖV 1955, 216 ff; v. 17.1.1952, DAR 1952, 64; v. 4.6.1954, DVBl 1954, 709; v. 8.12.1953, DÖV, 1954, 279 ff;  
OLG Koblenz v. 21.7.1953 ( 1 W 584/52 ), zit. nach OVG Koblenz, DÖV 1954, 279;  
OVG Münster v. 9.11.1951, AS 5, 152 (155); v. 25.11.1952, DÖV 1953, 186; v. 20.9.1950, VerwRspr. 3, 737 ff (Nr. 17); v. 20. 2. 1952, DVBl 1952, 572 ff; v. 12.5.1953, DVBl 1953, 761 ff  
OVG Lüneburg, v. 12.12.1951, AS 5, 412 ff (417); v. 13.2. 1952, AS 5, 439 ff; v. 27.2.1952, AS 5, 456 ff; v. 5.5.1953, AS 6, 476 ff;  
Bad.VGH, v. 6.8.1952, DÖV 1953, 186; v. 5.7. 1951, DVBl 1951, 635 ff;  
OVG Berlin, v. 18.3.1953, JR 1953, 313;  
OLG Köln, v. 18.11.1952, NJW 1953, 78 f;  
KG (WEST), v. 20.3.1953, NJE 1953, 1317;  
OLG Tübingen, v. 24.12.1948, DVBl 1950, 212 ff mit Anm. von Kleinrahm;  
LVG Minden, v. 3.7.1951, DVBl 1951, 637 ff;  
BGH, NJW 1954, 713 ff mit Anm. von Beyer;  
LVG Hamburg ( IV a VG 1029- 1133/52 ), v. 17.10.1952, nach Lassally, Mdr 1953, 76, Fussnote 17.

c) Die Wirkung des Art. 2 Abs. 1, 2. Halbsatz GG als Schranke des Gleichheitssatzes ( Art. 3 GG).

Eine allgemeine Entscheidung in dem Spannungsverhältnis von Grundrechtsgebrauch und staatlicher Ordnung lässt sich in Art. 2 Abs. 1, GG nur finden, wenn man dessen Schranken nicht nur als Grenze des Freiheits- sondern auch des Gleichheitsrechtsgebrauchs ansieht. Eine solche Annahme liegt nicht nahe, weil Art. 3 GG als Gleichheitsrecht nicht Ausfluss der freien Entfaltung der Persönlichkeit zu sein scheint. Denn man unterscheidet von jeher Freiheits- und Gleichheitsrechte. Dennoch ist m.E. die Berufung auf den Gleichheitssatz dann zu versagen, wenn dabei Schutzgüter des Art. 2 Abs. 1, 2. Halbsatz GG - etwa die verfassungsmässige Ordnung - angetastet würden. Zwar besteht eine notwendige Spannung zwischen dem Gleichheitssatz des Art. 3 GG und der Freiheit der Persönlichkeitsentfaltung<sup>1)</sup>: unbegrenzte Freiheit kann die Gleichheit aller vor dem Gesetz, unbegrenzte Gleichheit die Freiheit des Einzelnen gefährden. Wo aber mit Hilfe des Gleichheitssatzes oder seines Mindestinhaltes in Art. 3 Abs. 3 GG die Freiheitsstellung des Einzelnen gegenüber dem Staat beeinflusst werden kann<sup>2)</sup>, darf an den Schutzgütern des Art. 2 Abs. 1, 2. Halbsatz GG nicht vorbeigegangen werden. Denn mit Hilfe des Gleichheitssatzes lässt sich eine gleiche Rechtsstellung innerhalb des Bereichs der persönlichen Freiheit nur soweit herstellen, als dieser Freiheitsbereich reicht, Gerade weil man mit Hilfe des Gleichheitssatzes auch eine extreme Freiheit über die Grenzen des Art. 2 Abs. 1, 2. Halbsatz GG herstellen und damit die notwendige Schranke der Freiheitsphäre ausschalten könnte, muss man die Anwendung des Gleichheitssatzes, soweit sie eine gleiche Rechtsstellung in der persönlichen Freiheit der Staatsbürger anstrebt, an die Schranken des Art. 2 Abs. 1, 2. Halbsatz GG binden. Insoweit erfasst der Gleichheitssatz die freie Entfaltung der Persönlichkeit und ist daher in seiner Anwendung auch an den Bereich gebunden, den Art. 2 Abs. 1, 2. Halbsatz GG dieser Entfaltung lässt<sup>3)</sup>. Daher lässt

1) v. Mangoldt- Klein, Vorbemerkung B IV, 2b ( S. 216 ).

2) So scheint es nach dem Verbot des Art. 3 Abs. 3 GG unmöglich, eine Betätigung gegen die verfassungsmässige Ordnung zu unterbinden.

3) Ipsen bei Neumann- Nipperdey- Scheuner II, 110 ff (129 f); anders: v. Mangoldt- Klein, Anm. VI, 5 zu Art. 3 GG ( S. 213 ).

sich annehmen, dass neben den Freiheitsrechten auch die Gleichheitsrechte des Grundgesetzes wenigstens in ihrer Ausstrahlung auf die Freiheitssphäre des Einzelnen durch den Bestand der verfassungsmässigen Ordnung, des Sittengesetzes und der Rechte anderer in ihrer Wirkungsweite beschränkt werden. Auch für die Gleichheitsrechte enthält daher Art.2 Abs.1, 2.Halbsatz GG die grundsätzliche Abwägung im Spannungsverhältnis zwischen Grundrechtsgebrauch und staatlicher Ordnung.

Sieht man diese Frage unter dem Blickpunkt der Fragestellung der Grundrechte im Beamtenverhältnis, lässt sich sagen, dass wenigstens für diese Frage die Berufung auf Grundrechte dann zu versagen ist, wenn die verfassungsmässige Ordnung, das Sittengesetz oder die Rechte anderer dadurch angegriffen würden. Denn die Frage der Grundrechte im Beamtenverhältnis taucht nur für die Freiheits- und Gleichheitsrechte auf<sup>1)</sup>.

d) Der Begriff der in Art.2 Abs.1, 2.Halbsatz GG geschützten Rechtsgüter.

Wenn nun die Ausübung der Freiheits- und Gleichheitsrechte des Grundgesetzes an die Schranken des Art.2 Abs.1, 2.Halbsatz GG gebunden ist, muss diese Grenze des Grundrechtsgebrauchs noch dadurch genau bestimmt werden, dass man die Schutzgüter der verfassungsmässigen Ordnung, des Sittengesetzes und der Rechte anderer, an denen die freie Entfaltung der Persönlichkeit endet, inhaltlich erläutert. Dabei spielt die Frage hinein ob mit der Einschränkung durch Art.2 Abs.1, 2.Halbsatz GG ein genügend bestimmter Massstab gewonnen ist, der mit der oben angeführten Formel des BVerwG nicht erreicht worden ist.

1. Begriff der verfassungsmässigen Ordnung.

Grenze jeder Entfaltung der Persönlichkeit ist zunächst die verfassungsmässige Ordnung. Deren Begriffsbestimmung hat von der Funktion des Art.2 Abs.1 GG auszugehen: die Grenze zwischen staatlicher Gewalt und der Freiheit des Individuums zu ziehen.

Das schliesst es aus, in der verfassungsmässigen Ordnung die von der Verfassung gesicherte und auf Grund der Verfassung entwickelte Rechtsordnung zu verstehen. Diese Annahme würde im Ergebnis dazu führen, jedes formell einwandfrei ergangene Ge-

1) Vgl. unten S. 107 ff.-.

setz als Grenze der Grundrechtsausübung zu behaupten<sup>1)</sup>. Diese Gleichsetzung von verfassungsmässiger Ordnung und verfassungsmässig einwandfrei zustande gekommenem einfachen Gesetz liegt dem Grundgesetz nicht zugrunde. Art. 9 Abs. 2 GG etwa unterscheidet ausdrücklich zwischen Gesetz und verfassungsmässiger Ordnung. Überdies hat das Grundgesetz die Grundrechte über die Gesetzgebung gestellt. Diese Entscheidung würde man umgehen, wenn man mit Hilfe der allgemein geltenden Schranke des Art. 2 Abs. 1, 2. Halbsatz GG wenigstens die Freiheitsrechte wieder dem einfachen Gesetzgeber unterstellen wollte. Setzt man die verfassungsmässige Ordnung gleich Rechtsordnung, so verflüchtigt sich der vom Grundgesetz bewusst als wertbetont aufgefasste Grundrechtsschutz zum lediglich formalen Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung<sup>2)</sup>. Nicht sehr weit entfernt davon ist die Auffassung, die die verfassungsmässige Ordnung dann durch Grundrechtsausübung gefährdet sieht, wenn "übertragende Forderungen des Gemeinwohls" nicht erfüllt seien<sup>3)</sup>. Da diese Forderungen des Gemeinwohls inhaltlich zu unbestimmt sind, räumen sie dem einfachen Gesetzgeber einen zu weiten Spielraum ein Grundrechte auf dem Wege über die Schranken des Art. 2 Abs. 1, 2. Halbsatz GG zu beschränken.

1) So aber v. Mangoldt, BGG, 1. Auflage, Anm. 2 zu Art. 2 (S. 47) und BB 1951, 621 ff; Coing, BB 1954, 137 ff (141); Schwarz, Anm. zu OVG Münster v. 12.1.1954, NJW 1954, 1742 ff; Lassally, Mdr 1954, 76 ff; OLG Hamburg v. 3.1.1950, Mdr 1950, 301 ff; OVG Münster v. 18.12.1954 (VII A 38/54), zit. nach der Leitsatzkartei des Kommunalwissenschaftlichen Instituts der Universität Münster; OLG Tübingen, DVBl 1950, 212; LVG Hannover, v. 21.8.1952, DVBl 1953, 347 f; LVG Hamburg, Mdr 1950, 301 mit Anm. von Schack.

2) v. Mangoldt-Klein, Anm. IV, 2 zu Art. 2 GG (S. 181 f); Forsthoff, BB 1953, 421 ff; Hamann, BB 1955, 105; Füsslein bei Neumann-Nipperdey-Scheuner II, 434 ff; Haas, DöV 1954, 170 f; Meyer-Cording, JZ 1952, 161 ff (164); Krüger, GG und Kartellgesetzgebung, S. 22; Naumann, JZ 1951, 423 ff (429); Hube WVR, I, 662; Scheuner, VVStL 11, 1 ff (21); Darnedde, Anm. zu Bad. VGH, DVBl 1951, 316; Bad. VGH v. 5.7.1951, DVBl 1951, 635 ff; v. 6.8.1952, DöV 1953, 186; Über, aaO, S. 52.

3) Huber, WVR, I, 663; ähnlich auch Redeker, DöV 1954, 109 ff; (allgemein tragende Rechtsätze und Gegebenheiten, die zur Verwirklichung der dem Staat und der Verfassung gestellten Aufgaben erforderlich sind); Bülck, ZLR 1954, 124 ff (127); Gegen eine Umwandlung des Art. 2 Abs. 1, 2. Halbsatz GG in Eine Gemeinwohlklausel: Dürig, NJW 1955, 729 ff; Reuss, NJW 1951, 777.

Es entspricht danach einem richtigen Gefühl für die Stellung der Grundrechte im Verwaltungsstaat, wenn die herrschende Lehre die Einschränkung der Freiheitsrechte zum Schutz der verfassungsmässigen Ordnung nur gestattet, wenn elementare Verfassungsgrundsätze und Grundentscheidungen in Gefahr stehen, Grundsätze, von denen das Grundgesetz ausgeht<sup>1)</sup>. Damit ist gemeint, dass nicht alle Forderungen des sozialen Lebens zu einer auf Art.2 Abs.1 GG gestützten Einschränkung der Grundrechte führen dürfen. Damit sind die von der herrschenden Lehre herangezogenen elementaren Verfassungsgrundsätze zwar deutlich von der allgemeinen Rechtsordnung abgesetzt, ein hinreichend bestimmter Begriff der in Art.2 Abs.1, 2.Halbsatz GG gemeinten verfassungsmässigen Ordnung jedoch nicht gewonnen. Bei der Begriffsbestimmung der verfassungsmässigen Ordnung in Art.2 Abs.1 GG hat man weniger von dem objektiven Bestand der Verfassungsordnung<sup>2)</sup> auszugehen als vielmehr von der Funktion des Art.2 Abs.1 GG: die Grenzen des Grundrechtsgebrauchs dort festzulegen, wo er, zu weit ausgeübt, die Grundrechte selbst wieder gefährden würde. Dass Art.2 Abs.1, 2.Halbsatz GG das Sittengesetz und die Rechte anderer als Grenzen der freien Persönlichkeitsentfaltung

1) So dem Sinne nach die Begriffsbestimmungen von: Maunz, DStR S.89: allgemein tragende Strukturprinzipien und die staatliche Grundordnung in den wesentlichen Rechtssätzen; v.Mangoldt-Klein, Anm.IV,2b zu Art.2 (S.183): elementare Verfassungsgrundsätze und Grundentscheidungen des Verfassungsgebers einschliesslich des Bestandes des Staates; Meyer-Cording, JZ 52, 161 ff (164): tragende Entscheidung des Verfassungsrechts; Nipperdey, WuW 1954, 209 ff (221): massgebende Grundprinzipien des menschlichen Zusammenlebens, die sich aus dem Bekenntnis zum demokratischen, freiheitlichen und sozialen Rechtsstaat ergeben; Peters, Launfestg. S.669 ff (676): Ordnung, auf der die Freiheit der Persönlichkeit beruht; Krüger, GG und Kartellgesetzgebung, S.22 f und BB 1953, 565 ff: Grundsätze des Grundgesetzes; Hamann, Recht sstaat, S.63; Maumann, JZ 1951, 423 ff; Scheuner, VVStL 11, 1 ff(21): wesentliche Verfassungsgrundsätze; Hamann, BB 1955, 105: elementare Verfassungsgrundsätze und DÖV 1952, 132 ff: Grundsätze des GG; OVG Münster, v.12.5.1953, DVBl 1953, 761 ff: elementare Verfassungsgrundsätze; OVG Koblenz v.8.12.1953, DÖV 1954, 279 ff und v.23.5.1952, DÖV 1952, 665 ff; Bad.VGH v.5.7.1951, DÖV 1953, 186 und v.6.8.1952, DÖV 1953, 186; Derrnedde, Anm. zu Bad.VGH, DVBl 1951, 316.

Fussn.2 siehe nächste Seite.

erwähnt, deutet darauf hin, dass in Art.2 Abs.1, 2.Halbsatz GG die in dem Wesen des Grundrechts liegenden Schranken aufgezeigt werden. Denn ein Grundrechtsgebrauch muss dem Wesen jeder Freiheit entsprechend die Grundrechte des anderen achten. Und das Wesen einer Rechtsordnung duldet keinen unsittlichen Grundrechtsgebrauch. Darin zeigt sich das Bestreben des Grundgesetzgebers in Art.2 Abs.1, 2.Halbsatz GG nicht so sehr die objektive Verfassungsordnung oder gar die Interessen der Allgemeinheit zu schützen, als vielmehr die Grundrechtswirkung nur insoweit zu begrenzen, als dies notwendig ist, um jedem den Genuss der Grundrechte zu erhalten, ein Genuss, der durch übersteigerte Grundrechtsgewährleistungen mit dem Bestand der verfassungsmässigen Ordnung verlorenzugehen droht. Dem hat die Auslegung des Begriffs der verfassungsmässigen Ordnung zu entsprechen. Nur soweit sie erforderlich ist, um überhaupt den Grundrechtsgebrauch zu gewährleisten und zu sichern, ist sie in Art.2 Abs.1, 2.Halbsatz GG - um der Grundrechte willen - als Grenze jedes Grundrechtsgebrauchs erklärt. Denn die Wirkung der Grundrechte setzt eine verfassungsmässige Ordnung voraus, die es dem Einzelnen erst ermöglicht, die Grundrechte überhaupt durchzusetzen. Insoweit nimmt Art.2 Abs.1, 2.Halbsatz GG auch diese Voraussetzung jeden Grundrechtsgebrauchs auf. Demnach gelten als verfassungsmässige Ordnung in Art.2 Abs.1, 2.Halbsatz GG die Verfassungselemente, die erforderlich sind, um den Gebrauch der Grundrechte zu sichern. Jeder Freiheits- und Gleichheitsrechtsgebrauch darf ausgeschlossen werden, der Rechtsgüter angreift, die dieser Ordnung wesentlich sind<sup>1)</sup>.

-----  
Fussn. 2 von Seite 84: Die Gleichsetzung des Begriffs "verfassungsmässige Ordnung" in Art.20 Abs.3, 9 Abs.2, 2 Abs.1 und 98 Abs.2, S.1 GG (Ziegler, DÖV 1955, 173 ff; Füsslein bei Neumann-Nipperdey-Scheuner, II, 426 ff (436); Hamann, DÖV 1952, 132 ff; Maunz, DStR, S.86; OVG Münster v.20.9.1950, VerwRspr 3,342 ff) übersieht die verschiedene Funktion und Zielrichtung der einzelnen Grundgesetzbestimmungen (vgl. v.Mangoldt-Klein, Anm.IV, 2b zu Art.2 (S.182)).

1) Im Ergebnis: Krüger, NJW 1955, 201 ff, dessen Ableitung allerdings offenlässt, ob neben den existenzwichtigen Rechtsgütern noch andere von Art.2 Abs.1 GG umfasst werden.

Damit ist ein wesentlicher Unterschied von der vom BVerwG angenommenen Grenze: der für den Bestand der Gemeinschaft notwendigen Rechtsgüter, nicht festzustellen<sup>1)</sup>. Immerhin ist die hier gegebene Begriffsbestimmung insoweit enger, als hier auf eine bestimmte Ordnung verwiesen wird: die des Grundgesetzes. Kennzeichnend für sie ist, dass sie nicht von der Allmacht der Staatsgewalt ausgeht, sondern sie auf bestimmte Zwecke beschränkt: auf die Wahrung des demokratischen Rechtsstaats und des Sozialstaats (Art.28 Abs.1, S.1 und 20 Abs.1 GG), der Freiheitssphäre (Art.1 ff GG). Nur soweit diese Rechtsgüter gefährdet sind, ist die verfassungsmässige Ordnung gefährdet und ein Freiheits- und Gleichheitsrechtsgebrauch durch Art.2 Abs.1, 2.Halbsatz GG ausgeschlossen<sup>2)</sup>. Es genügt nicht, dass der Freiheits- und Gleichheitsrechtsgebrauch sich gegen staatliche Massnahmen wendet, die der verfassungsmässigen Ordnung mit dem aufgezeigten Inhalt bloss entsprechen oder sie nur fördern. Die Freiheits- und Gleichheitsrechte dürfen nicht gegen staatliche Anforderungen eingewandt werden, die die für die Grundrechte notwendige verfassungsmässige Ordnung erhalten wollen. Das entspricht dem Gedanken, dass Grundrechte nur wirken können, wenn sie von einer staatlichen Ordnung gesichert werden, und drückt die Gemeinschaftsbezogenheit der Grundrechte aus.

2. Begriff der Rechte anderer in Art.2 Abs.1, 2.Halbsatz GG.

Da es im Sinne unserer Fragestellung auf die Rechte anderer als eines dem Freiheitsrechtsgebrauch entzogenen Schutzguts nicht so sehr ankommt, sei nur darauf verwiesen, dass es sich

1) Becker, NJW 1955, 1737 ff; Hamann, Anm. zu BVerwG, NJW 1954, 614; Dipper, BB 1954, 296 ff; OVG Münster v.6.5.1954, DVBl 1954, 647 ff.

2) Die Einschränkung nach Art.2 Abs.1, 2.Halbsatz GG grenzt sich von der Verwirkung von nur bestimmten Grundrechten nach Art.18 GG wegen Missbrauchs so ab, dass mit Hilfe des Art.2 Abs.1 GG die Grenze der Reichweite der Freiheits- und Gleichheitsrechte festgelegt wird, darüber hinaus mit Art.18 GG die so begrenzten Grundrechte wegen Verwirkung darüber hinaus ganz aufgehoben werden können.

hier nur um Individualrechte<sup>1)</sup>, nicht um Kollektivrechte anderer<sup>2)</sup> handeln kann. Denn sonst würde man die Grundrechte immer dann der staatlichen Gewalt unterworfen können, wenn man ein Kollektivrecht zu sichern behauptet. Der Staat steht auch nicht auf einer Ebene mit dem Individuum. Mit den Rechten anderer als vor dem Grundrechtsgebrauch geschütztes Gut ist der Gedanke verwirklicht, dass jeder Grundrechtsgebrauch seinem Wesen nach Grundrechte anderer achten muss.

3. Begriff des Sittengesetzes in Art.2 Abs.1, 2.Halbsatz GG.

Das in Art.2 Abs.1, 2.Halbsatz GG auch genannte Sittengesetz als Schranke der Grundrechtsausübung dürfte durch die guten Sitten sowie durch Treu und Glauben bestimmt sein<sup>3)</sup>.

e) Anwendungsgebiet und Wirkungsweite der Schranke des Art. 2 Abs.1, 2.Halbsatz GG.

Da der Gebrauch von Grundrechten eine verfassungsmässige Ordnung voraussetzt und die Rechte anderer zu achten hat, hat das Grundgesetz in Art.2 Abs.1, 2.Halbsatz GG den Gebrauch der Freiheits- und Gleichheitsrechte des Grundgesetzes zum Schutz der verfassungsmässigen Ordnung und der Freiheitssphäre des anderen beschränkt. Daher darf ein Grundrecht dann nicht ausgeübt werden, wenn damit der Bestand der durch die Begriffe Rechtsstaat, Sozialstaat und Grundrechtsgewährleistung gekennzeichneten staatlichen Ordnung der Bundesrepublik Deutschland gefährdet sein würde. Gesetze, auf ein materielles Gesetz gestützte Verwaltungsakte und Gerichtsentscheidungen können dann Freiheits- oder Gleichheitsrechte nicht verletzen, wenn diese Gesetze, Verwaltungsakte und Gerichtsentscheidungen den Bestand dieser Ordnung aufrechtzuerhalten geeignet sind. Dieser Masstab scheint bestimmt genug zu sein, um das Verhältnis von

1) v.Mangoldt-Klein, Anm.IV, 1a zu Art.2 GG (S.177); Peters, Launfestg. S.669 ff (675); Krüger, NJW 1955, 201 ff; Dürig, AÖR 79, 57 ff; BGE v.28.4.1952, DVBl 1953, 471 ff; OVG Münster v.12.5.1953, DVBl 1953, 761 ff.

2) Ziegler, DÖV 1955, 173 ff; Naumann, JZ 1951, 423 ff; Dipper, NJW 1952, 601 ff; OLG Hamm, v.19.3.1953, BB 1953, 1013; OVG Koblenz v.8.12.1953, DÖV 1954, 279 ff; Bad. VGH v.26.3.1953, VerwRepr 6, 92 ff und v.5.7.1951, DVBl 1951, 635 ff.

3) Dürig, AÖR 79, 57 ff (63).

Individuum und Staat zu regeln und weit genug, um zwischen Staatsinteresse und Freiheitssphäre des Einzelnen abwägen zu können, wobei im Zweifel zugunsten der Freiheit zu entscheiden ist.

Diese Schranke der Grundrechtsgewährleistung greift nur dann ein, wenn nicht das einzelne Grundrecht eine Einschränkung durch Gesetz oder gesetzgegründeten Verwaltungsakt und Gerichtsentscheidungen kennt (verfassungsmittelbare Vorbehaltsschranken, vgl. Art. 12 Abs. 1, S. 2; 5 Abs. 2 GG), soweit diese Vorbehaltsschranken reichen und weitergehen, als die aus Art. 2 Abs. 1, 2. Halbsatz GG gewonnene Schranke jeder Freiheits- und Gleichheitsrechtsgewährleistung. Für die aus Art. 2 Abs. 1, 2. Halbsatz GG ermittelte Schranke gilt nicht der Zwang des Art. 19 Abs. 1, S. 2 GG, dass auf Art. 2 Abs. 1, 2. Halbsatz GG gestützte Gesetze den betroffenen Grundrechtsartikel benennen müssen<sup>1)</sup>. Denn sie beruht als lediglich schrankenverweisend nicht auf einem in Art. 19 Abs. 1, S. 2 GG allein gemeinten Gesetzesvorbehalt. Dagegen muss sie den Wesensgehalt des Grundrechts achten. Die Sperre des Wesensgehalts in Art. 19 Abs. 2 GG schützt die Grundrechte gegen jede das Grundrecht verzehrende Einschränkung. Da nach Art. 2 Abs. 1, 2. Halbsatz GG mit dem Schutz der verfassungsmässigen Ordnung gerade die Grundrechte in ihrer Wirkung erhalten werden sollen, darf er nicht dazu verwandt werden, ein Grundrecht gänzlich seiner Wirkung zu berauben. Die Schranke aus Art. 2 Abs. 1, 2. Halbsatz GG soll Übersteigerungen des Grundrechtsgebrauchs ausschliessen, nicht aber Grundrechte gänzlich beseitigen. Der Wesensgehalt des Grundrechts nach Art. 19 Abs. 2 GG ist dabei die äusserste Grenze jeder auf Art. 2 Abs. 1, 2. Halbsatz GG gestützten Einschränkung der Grundrechtswirkung.

B. Die Schranke des Art. 2 Abs. 1, 2. Halbsatz GG und das besondere Gewaltverhältnis.

I. Die Stellung des Gewaltunterworfenen im besonderen Gewaltverhältnis zu den Freiheits- und Gleichheitsrechten.

Diese Grenzziehung zwischen Grundrechtsausübung und den Anfor-

1) Dürig, AOR 79, 57 ff (80); Haas, DÖV 1954, 70ff; Nipperdey, WuW 1954, 209ff (215).

derungen der staatlichen Ordnung kann auch für den Bürger bedeutsam sein, der in ein besonderes Gewaltverhältnis einbezogen ist. Wenn man wie v.Mangoldt-Klein<sup>1)</sup> die Frage stellt, dass man prüft, inwieweit sich die Grundrechtsstellung des Betroffenen verschlechtert, wenn er in ein besonderes Gewaltverhältnis eintritt, wird man zugeben müssen, dass es hier um die Wirkung von Grundrechten für den Staatsbürger geht. Betroffen wird hier der Staatsbürger in seiner Stellung zur Staatsgewalt. Soweit etwa der Beamte nicht als Glied der Staatsorganisation, sondern als Persönlichkeit angesprochen wird (Verhalten ausser Dienst, Versetzung u.a.),<sup>2)</sup> begegnet man ihm als Staatsbürger. Umgekehrt bleibt die Staatsgewalt auch Staatsgewalt, wenn sie im Kleid des Gewaltherrn im besonderen Gewaltverhältnis auftritt. Der Betroffene im besonderen Gewaltverhältnis (etwa als Beamter, Schüler, Strafgefangener) ist bei Eingriffen in seine Freiheitsphäre einbezogen in die Spannung zwischen Staat und Individuum. Wenn der Bürger im besonderen Gewaltverhältnis ebenso wie im allgemeinen im Spannungsverhältnis zwischen Staat und Individuum steht, muss auch die diese Spannung lösende Grundentscheidung zwischen Freiheit und Zwang des Art.2 Abs.1 GG für ihn gelten. Dem könnte man sich nur entziehen, wenn man den Betroffenen im besonderen Gewaltverhältnis überhaupt diesem allgemeinen Verhältnis zwischen Staat und Bürger entfremden könnte. Das kann unter der Herrschaft des Grundgesetzes zwar für den Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung zutreffen, nicht mehr jedoch für die Grundrechtsstellung des Betroffenen. Die im besonderen Gewaltverhältnis dem Gewaltherrn eingeräumte Befugnis auch zu nicht gesetzmässigen Eingriffen in die Freiheitssphäre des Gewaltunterworfenen versagt auf der Stufe der Grundrechte. Hier gilt allein das allgemeine Gewaltverhältnis und damit auch für den Gewaltunterworfenen das Grundrechtssystem mit allen dort zugelassenen Einschränkungsmöglichkeiten. Wenn auch nur für einen beschränkten Personenkreis gilt auch für die Grundrechtsstellung des Gewaltunterworfenen im besonderen Gewaltverhältnis der Freiheitsrechtsleitsatz des Art.2 Abs.1 GG.

1) Vorbem. BXVI, 4 (S.136).

2) Vgl. dazu oben S.1 f.

II. Art. 2 Abs. 1, 2. Halbsatz GG als Beispiel für die Einschränkung von Grundrechten in besonderen Gewaltverhältnissen.

Inhalt des Art. 2 Abs. 1 GG innerhalb des Grundrechtensystems ist es, dass der Staatsbürger die Freiheits- und Gleichheitsrechte insoweit nicht in Anspruch nehmen darf, als die für den Bestand der verfassungsmässigen Ordnung des Grundgesetzes notwendigen Rechtsgüter gefährdet sein würden. Daraus ist auch der Staatsbürger in besonderen Gewaltverhältnissen gebunden<sup>1)</sup>. Umgekehrt kann die Staatsgewalt durch Gesetz und Verwaltungsakt dann in Freiheits- und Gleichheitsrechte eingreifen, wenn sie diese Rechtsgüter des Art. 2 Abs. 1, 2. Halbsatz GG schützen will und kann.

Es ist schon darauf hingewiesen worden, dass im besonderen Gewaltverhältnis der die Freiheit des Gewaltunterworfenen belastende Eingriff mit der Pflichtenüberbürdung eintritt, die den Betroffenen dem Gewaltherrn auch ohne den Schutz eines materiellen Gesetzes unterstellt. Gerade diese Pflichtenüberbürdung muss mit dem Grundrechtssystem vereinbar sein.

a) Unmittelbare Wirkung des Art. 2 Abs. 1, 2. Halbsatz GG.

Diese Voraussetzung ist erfüllt, wenn sich diese besondere Pflichtenüberbürdung auf eine verfassungsmittelbare Vorbehaltsschranke stützen kann. So kann eine auf einem allgemeinen Gesetz beruhende Pflicht die Freiheit der Meinungsäusserung beschränken (Art. 5 Abs. 2 GG). Da für die Grundrechte, die die freie Entfaltung der Persönlichkeit konkretisieren, und den Gleichheitssatz (Art. 3 GG) auch die Schranken des Art. 2 Abs. 1, 2. Halbsatz GG innerhalb eines besonderen Gewaltverhältnisses gelten, verstösst dort eine Pflicht nicht mehr gegen das Grundgesetz, wo sie unmittelbar die verfassungsmässige Ordnung in ihrer Existenz zu wahren sucht: etwa eine Pflicht, die verfassungsmässige Ordnung zu wahren. Hier wirkt die Schranke des Art. 2 Abs. 1, 2. Halbsatz GG unmittelbar zugunsten einer dem Gewaltunterworfenen im besonderen Gewaltverhältnis auferlegten Pflicht (unmittelbare Wirkung der Schranke des Art. 2 Abs. 1, 2. Halbsatz GG im besonderen Gewaltverhältnis).

---

1) Krüger, NJW 1953, 1369 ff (1372): wenn die Einschränkung der Grundrechte für die Staatsgewalt nur im bestimmten Rahmen zulässig sei, dann gelte das auch für das bes. Gewaltverhältnis.

b) Mittelbare Wirkung von Art. 2 Abs. 1, 2. Halbsatz GG auf  
gunsten besonderer Gewaltverhältnisse.

Wenn es der Sinn des Art. 2 Abs. 1, 2. Halbsatz GG ist, mit der verfassungsmässigen Ordnung des Grundgesetzes den Grundrechten eine wesentliche Voraussetzung ihrer Wirkung auch gegenüber dem Freiheits- und Gleichheitsrechtsgebrauch zu erhalten, bekommt diese Schranke für die besonderen Gewaltverhältnisse darüber hinaus noch eine weitere, mittelbare Wirkung. Die besonderen Gewaltverhältnisse haben sich gegenüber den Anforderungen des Rechtsstaats deswegen behauptet, weil sie etwa als Schul-, Anstalts- oder Strafgefangenenverhältnis für den Bestand des Staates unentbehrlich sind. Wenn Art. 2 Abs. 1, 2. Halbsatz GG die verfassungsmässige Ordnung des Grundgesetzes gegen einen übersteigerten Grundrechtsgebrauch verteidigt, so muss dem Sinn dieser Schranke entsprechend der Freiheits- und Gleichheitsrechtsgebrauch auch dann ein Ende finden, wenn er einem besonderen Gewaltverhältnis den Boden entzieht, das für die Erhaltung der freiheitlich-demokratischen Ordnung des Grundgesetzes unentbehrlich ist. Da ein besonderes Gewaltverhältnis seine Aufgaben nur erfüllen kann, wenn dem Gewaltunterworfenen vermehrte Pflichten obliegen, darf gegenüber Massnahmen des Staates, die im besonderen Gewaltverhältnis die Erfüllung dieser Pflichten verlangen, dann nicht eingewandt werden, diese Massnahmen versties- sen gegen Freiheits- oder Gleichheitsgrundrechte, wenn ohne diese Pflichten das besondere Gewaltverhältnis seine Funktion nicht erfüllen und ohne das besondere Gewaltverhältnis die verfassungsmässige Ordnung des Grundgesetzes nicht aufrechterhalten werden kann. Demnach ergibt sich folgende Reihe: die die Freiheit des Gewaltunterworfenen beschränkende Massnahme des Gewaltherrn stützt sich auf eine vom Gesetz oder Gewohnheitsrecht angeordnete oder freiwillig übernommene Pflicht - diese Pflicht ist erforderlich, um die Funktion des besonderen Gewaltverhältnisses zu erfüllen; das besondere Gewaltverhältnis ist seinerseits notwendiger Baustein der verfassungsmässigen Ordnung. Da Art. 2 Abs. 1, 2. Halbsatz GG die Existenz der verfassungsmässigen Ordnung über jeden Freiheits- oder Gleichheitsrechtsgebrauch stellt, darf umgekehrt ein derartiges Grundrecht nicht gegen ein solcherart notwendiges besonderes Gewaltverhältnis, damit auch nicht gegen eine für dieses erforderliche besondere

Pflicht und dann auch nicht gegen eine auf diese Pflicht gestützte Einzelmassnahme gegen die Freiheit des Gewaltunterworfenen ausgespielt werden. Auf dem Umweg über die Daseinsnotwendigkeit des besonderen Gewaltverhältnisses für die verfassungsmässige Ordnung vermag also die Schranke des Art.2 Abs.1, 2.Halbsatz GG noch weiter zu wirken als unmittelbar zum Schutz der verfassungsmässigen Ordnung. Auch da, wo eine Pflicht im besonderen Gewaltverhältnis nicht unmittelbar dem Schutz der verfassungsmässigen Ordnung, dem Sittengesetz oder den Rechten anderer dient, verstösst sie dann nicht gegen ein Freiheits- oder Gleichheitsrecht, wenn sie ein notwendiges besonderes Gewaltverhältnis aufrechterhält. Denn dann wirkt zwar nicht unmittelbar die Pflicht des Gewaltunterworfenen, aber dafür das notwendige besondere Gewaltverhältnis als Ganzes direkt für die verfassungsmässige Ordnung oder zum Schutz der Rechte anderer oder des Sittengesetzes. Und das genügt, um jeden Freiheits- oder Gleichheitsrechtsgebrauch gegen diese Pflicht auszuschliessen, die auf dem Umweg über das von ihr gestützte besondere Gewaltverhältnis die verfassungsmässige Ordnung aufrechterhalten hilft. Wenn Art.2 Abs.1, 2.Halbsatz GG die für die verfassungsmässige Ordnung notwendigen besonderen Gewaltverhältnisse aufrechterhält, dann wirkt diese Schranke mittelbar auch für die besonderen Pflichten des Gewaltunterworfenen (mittelbare Wirkung des Art.2 Abs.1, 2.Halbsatz GG im besonderen Gewaltverhältnis). Dieser Vorschlag, die Frage der Grundrechte im besonderen Gewaltverhältnis durch Rückgriff auf Art.2 Abs.1 GG zu lösen, kann sich, soweit ersichtlich, auf keine bisher vertretenen Lehrmeinung stützen. Andeutungen finden sich bei Bachof<sup>1)</sup> und bei Kaufmann<sup>2)</sup>.

- 
- 1) Laforetfestg. S. 285 ff (S.292, Fussn.28): die Einschränkungen der Grundrechte im Beamtenverhältnis folgten aus der Natur der Sache und liessen sich schon aus Art.2 Abs.1, 2. Halbsatz GG rechtfertigen, ohne dass auf Art.33 Abs.5 GG zurückgegriffen werden müsse.
- 2) Wehrbeitrag II, 2, S. 25: Grundrechtseinschränkungen des Soldaten rührten daher, dass die Wehrordnung zur verfassungsmässigen Ordnung gehöre; dazu ohne Begründung ablehnend: Hamann, RiA 1955, 148 ff.

Die Notwendigkeit, die Grundrechtseinschränkungen in besonderen Gewaltverhältnissen damit zu begründen, dass das besondere Gewaltverhältnis erforderlich und geeignet sei, den Bestand der freiheitlich-demokratischen Ordnung, die Rechte anderer oder das Sittengesetz zu sichern, kann einen Einwand gegen die Lehre vom besonderen Gewaltverhältnis ausräumen. Nicht so sehr der Verzicht auf den Grundsatz der Gesetzmässigkeit bei den freiheitsbeschränkenden Einzelmassnahmen im Rahmen eines bereits begründeten besonderen Gewaltverhältnisses, die sich ja an dessen Zweck halten müssen, gefährdet den Rechtsstaat. Die Gefahr droht vielmehr von der Allmacht des Gesetzgebers, die bisher geringe Zahl dieser Beziehungen zu erhöhen, um so schliesslich das allgemeine Gewaltverhältnis mit seinen rechtsstaatlichen Bindungen des Staates in eine Reihe von besonderen Gewaltverhältnissen aufzulösen. So liess sich der Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung ganz umgehen (etwa durch Eingliederung in Berufsorganisationen, Staatsgliederungen und Massenorganisationen). Dieser Allmacht des Gesetzgebers kann mit dem Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung nicht begegnet werden. Hier helfen nur die Grundrechte (vgl. Art. 1 Abs. 3 GG). Sie schliessen die besonderen Pflichten der Gewaltverhältnisse aus, wenn sie sich nicht auf einen besonderen Gesetzesvorbehalt oder auf Art. 2 Abs. 1, 2. Halbsatz GG unmittelbar stützen lassen. Die im besonderen Gewaltverhältnis wesentlichen Pflichten sind auch dann mit den Freiheits- und Gleichheitsrechten des Grundgesetzes vereinbar, wenn sie in einem besonderen Gewaltverhältnis erforderlich sind, das für die verfassungsmässige Ordnung, die Rechte anderer, oder das Sittengesetz notwendig ist. Es scheint mir gerade in dieser letzten Begrenzung ein Riegel dagegen vorgeschoben zu sein, dass der Gesetzgeber mit immer neuen besonderen Gewaltverhältnissen die Garantien des allgemeinen Gewaltverhältnisses auflöst. Es dürfte z.B. nicht anzunehmen sein, dass etwa die Unterwerfung von Kleinhändlern unter die Befehlsgewalt einer Berufsorganisation oder -kammer erforderlich wäre, um den Bestand der freiheitlich-demokratischen Ordnung zu sichern. Auch ohne eingehendere Untersuchung dürfte etwa das Strafgefangenenverhältnis als in einer gesicherten Staatsordnung unentbehrlich anzusehen sein. Auch kann ein zivilisierter Massenstaat wie die Bundesrepublik

Deutschland ohne Schulzwang und -ordnung nicht auskommen. Die Anstaltsordnung einer Badeanstalt vermag sich weitgehend auf das Bestreben, das Sittengesetz zu verwirklichen, berufen. Es zeigt sich also, dass auch das besondere Gewaltverhältnis als auf der Stufe des einfachen Gesetzes entstanden, sich den Grundrechten unterordnen muss (Art.1 Abs.3 GG) und dass der Notwendigkeit der besonderen Gewaltverhältnisse mit einer Auslegung der Schranken des Art.2 Abs.1, 2.Halbsatz GG Rechnung getragen werden kann. Auch unter den strengen Anforderungen des Grundrechtsteils des Grundgesetzes lässt sich durchaus ein Weg finden, die begrenzte, aber unentbehrliche Zahl der besonderen Gewaltverhältnisse aufrechtzuerhalten.

### C. Die Schranke des Art.2 Abs.1, 2.Halbsatz GG und die Grundrechte im Beamtenverhältnis.

Dieses für das besondere Gewaltverhältnis ermittelte Ergebnis ist für das Beamtenverhältnis zu übernehmen. Ausgangspunkt ist die Frage, ob die Beamtenpflichten mit den Grundrechten vereinbar sind. Das verlangt zunächst zu fragen, ob sich die Pflichten auf einen Gesetzesvorbehalt oder auf die für die Freiheits- und Gleichheitsrechte geltenden Schranken des Art.2 Abs. 1, 2.Halbsatz GG unmittelbar stützen lassen. Das ist ein Problem der Gegenüberstellung von Beamtenpflicht und Einzelgrundrecht und kaum grundsätzlich und allgemein zu lösen.

#### I. Die Notwendigkeit des Beamtenverhältnisses zur Sicherung der verfassungsmässigen Ordnung des Grundgesetzes.

Die mittelbare Schranke der Grundrechte im besonderen Gewaltverhältnis zwingt für das Beamtenverhältnis eine allgemeine Entscheidung ab: dass die Pflichten des besonderen Gewaltverhältnisses erforderlich sein müssen, um das besondere Gewaltverhältnis aufrechtzuerhalten, und dies wieder für die verfassungsmässige Ordnung des Grundgesetzes unentbehrlich sein muss (Art.2 Abs.1, 2.Halbsatz GG). Diese Schranke ist nur dann geeignet, Beamtenpflichten gegenüber dem Geltungsanspruch sonst uneinschränkbarer Grundrechte zu halten, wenn das Beamtenverhältnis geeignet und erforderlich ist, um die verfassungsmässige Ordnung des Grundgesetzes aufrechtzuerhalten.

Die verfassungsmässige Ordnung des Grundgesetzes umschliesst im wesentlichen die Begriffe der Demokratie, der Freiheit und des Rechts- und Sozialstaats. Insoweit unreisst das Grundgesetz das Ziel der für die Übergangszeit gedachten "neuen Ordnung" (Präambel des Grundgesetzes).

Als für diese neue Ordnung notwendig ist das Beamtenverhältnis nachzuweisen, und zwar das Beamtenverhältnis, wie es in den Beamtengesetzen des Bundes und der Länder ausgeformt ist. Das Beamtenverhältnis ist gekennzeichnet als öffentlich-rechtliches Dienst- und Treuverhältnis (§ 2, Abs.1 BBG), das auf die Verwaltung eines Amtes gerichtet ist. Darin ist der Beamte einem umfangreichen Pflichtenkreis unterworfen (§§ 52 ff BBG), kraft dessen er unter anderem dem Vorgesetzten zum Gehorsam verpflichtet ist (§ 55 S.2 BBG). Das Treuverhältnis, das ihn gegenüber seinem Volk und dessen Staatsordnung bindet, verpflichtet ihn, auf das Wohl der Allgemeinheit und auf die freiheitlich demokratische Grundordnung des Grundgesetzes (§ 52 Abs.1 und 2 BBG). Das Beamtenverhältnis beruht also auf der in der Regel lebenslangen Übertragung eines Amtes zur sachlichen und gerechten Wahrnehmung der Belange der Allgemeinheit, der Bindung an die freiheitlich demokratische Grundordnung des Grundgesetzes. Dadurch, dass das Grundgesetz in Art.33 Abs.4 die Ausübung öffentlich-rechtlicher Befugnisse Organwaltern vorbehält, die in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treuverhältnis stehen, und sie in Art.33 Abs.5 als Berufsbeamte auffasst, erhebt es die Anzahl der einzelnen Beamtenverhältnisse zu einer Institution der Verfassung - dem Berufsbeamtentum. Da nun das Berufsbeamtentum durch den Charakter des Verhältnisses der Beamten zum Staat - dem Beamtenverhältnis - bestimmt wird, kann die Frage, ob das Beamtenverhältnis für die verfassungsmässige Ordnung notwendig ist, auch so gestellt werden, ob das Berufsbeamtentum für die verfassungsmässige Ordnung unentbehrlich ist.

a) Die Unentbehrlichkeit von Staatsdienern überhaupt.

Wenn der Staat - auch eine Demokratie<sup>1)</sup> - seine Aufgaben erfüllen will, benötigt er eine Anzahl von Organwaltern, die in

1) Eschenburg, Beamte in Partei und Parlament, S.43; Schmidt-Brücken, ZBP 1951, 64 ff.

einem Gewaltverhältnis sich den Anordnungen ihrer Vorgesetzten unterwerfen. Damit ist nur gesagt, dass Staatsdiener notwendig sind, noch nicht aber, dass das Berufsbeamtentum der traditionellen Form erforderlich ist, um die verfassungsmässige Ordnung des Grundgesetzes aufrechtzuerhalten.

b) Das Berufsbeamtentum und der Rechtsstaat.

Die Bundesrepublik Deutschland sucht in ihrer verfassungsmässigen Ordnung den Rechtsstaat zu verwirklichen (Art.20 Abs. 3, 28 Abs.1, S.1 GG). Die damit vollzogene Bindung der staatlichen Gewalt an die Gerechtigkeit und an das Recht setzt ein Berufsbeamtentum und ein entsprechend geartetes Beamtenverhältnis voraus. Denn ein rechtsstaatlicher Gesetzesvollzug verlangt einmal die nur in dauerhafter Anstellung zu gewinnende Gesetzeskenntnis und Verwaltungserfahrung. Wenn Staatsfunktionäre ohne Bindung an ihren Dienstherrn nicht auf Lebenszeit als Organwalter bestellt werden, lässt es sich aber nicht vermeiden, dass diese Personen ihre Amtsstelle nur als jederzeit kurzfristig wechselbaren Arbeitsplatz ansehen oder andererseits, dass diese Funktionäre etwa bei Wechsel der politischen Staatsführung kurzfristig entlassen werden. Ausserdem verlangen die Bindung der Verwaltung an Gesetz und Recht (Art.20 Abs.3 GG) und der Vorrang der Grundrechte vor dem einfachen Gesetz, dass zumindest die Organwalter unabhängig sind, die mit der Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben befasst werden. Diese Unabhängigkeit fordert, dass der Organwalter sich nur an das Gemeinwohl und an die Gerechtigkeit, nicht aber an den Willen einzelner sozialer Gruppen oder Verbände gebunden fühlt.<sup>1)</sup> Sie ist jedoch nur gewährleistet, wenn der Organwalter wirtschaftlich durch ausreichende Bezahlung und Altersversorgung gesichert und ihm eine Einstellung auf Lebenszeit gewährt wird. Diese Gewähr bietet allein das Berufsbeamtentum. Der Rechtsstaat in der Prägung des Grundgesetzes ist ohne Berufsbeamtentum und danach geartetem

1) Barth, Referat, nach Fischbach, DVBl 1951, 274 ff; Schmidt-Brücken, ZBP 1951, 6 ff; Kern, DVBl 1951, 432 ff.

Beamtinnenverhältnis nicht vollziehbar<sup>1)</sup>, das "Hüter und Garant der Objektivität des staatlichen Willensvollzugs" ist (Beamtinnenbund 1954, 18).

c) Das Berufsbeamtentum und der Sozialstaat.

Es entspricht dem Zusammenhang zwischen dem Rechts- und dem Sozialstaat, dem offenbar die Gewährleistung eines würdigen menschlichen Daseins vorschwebt (Art.1 Abs.1 GG), dass aus ähnlichen Gründen allein ein Berufsbeamtentum fähig ist, den Massen- und sozialen Verwaltungsstaat sinnvoll zu erhalten. Allein die dauerhafte, lange Anstellung gibt dem Organwalter die Kenntnisse und Erfahrung, die die komplizierten Lebensverhältnisse im Industrie und Massenstaat dem sozial-gestalteten Funktionär abverlangen<sup>2)</sup>. Die soziale, auf die Gewährleistung menschenwürdigen Daseins abgestellte Staatspolitik verlangt für die Ausführung ihrer Massnahmen ein allein dem Gemeinwohl verpflichtetes Beamtentum. Es ist oft genug auf die Aufgabe des Beamtentums hingewiesen worden, ausgleichender und beständiger Faktor im Kräftespiel der einander widerstreitenden Parteien und Interessengruppen zu sein<sup>3)</sup>. Gerade die Gefahr, dass die staatswillensbildenden Faktoren immer mehr unter den Einfluss sich nicht immer gerade am Gemeinwohl ausrichtender pressure groups

- 1) W. Weber, Staats- und Selbstverwaltung, S.95; Kalisch, AOR 78, 334 ff; Fischbach, BBG, Einl.B I, 1(S.6); Kern, DOV 1951, 432 f, DOV 1953, 107 ff und Inst.S.3 ff; Behrke, Ansprache, DVBl 1953, 390; Naumann, VVStL 13, 88 ff; Schröder, Rede, Beamtenbund 1955, 106; ohne Verfasserangabe, Beamtenbund 1954, 18. Die DDR, die nicht den Typ des Rechtsstaates in der Prägung des Grundgesetzes verwirklichen will, verzichtet demnach auch auf ein Berufsbeamtentum; vgl. Steiniger, Blocksystem, S.51 ff.
- 2) W. Weber, Staats- und Selbstverwaltung, S.94 und Beamtenbund, Sonderausgabe, Mai 1952, S.10; Lehr, Rede, Beamtenbund, 1952, 18; Etienne, Selbstverwaltung 1948, 19;
- 3) Forsthoff, DOV 1951, 460 ff; Köttgen, RStW IV, 227 ff; Fischbach, Ref.39.DJT, D 40 ff; Koertge, RIA 1955, 33 ff; Hammer, ZBP 1951, 64 ff; Krüger, Beamtenbund 1950, 4; Gerber, VVStL 7, 2 ff, 16 f mit Nachweisen; Köttgen, Beamtentum, S.123 ff; Naumann, VVStL 13, 88 ff; W. Weber, Staats- und Selbstverwaltung, S.94. Ob dies rechtliche oder politische Repräsentation einschliesst (Gerber, AOR 79, 258 ff und ZBP 1951, 122 f; Fischbach, Ref. 39. DJT, D 40 ff), mag dahingestellt bleiben.

geraten, macht im staatlichen Zusammenhang ein Gegengewicht erforderlich, das dem Gemeinwohl und damit einem sozialen und menschenwürdigen Dasein für jedermann dienen kann und will. Wenn auch die Bindung der Verwaltung an das Gesetz dieser Rolle des Beamtentums Grenzen setzt, vermag doch der Spielraum der Gesetzesauslegung vor allem bei aus einem Kompromiss der Parteien geborenen Gesetzen dem Beamtentum genügend Möglichkeiten zu geben, gegenüber dem Kräftespiel der gesellschaftlichen Kräfte die staatlichen Eingriffe und Leistungen am Gemeinwohl und nicht am Willen einer Partei oder einer Interessengruppe zu messen. Das vermag allein ein unabhängiges Berufsbeamtentum zu leisten, das als wirtschaftlich unabhängiges und allein dem Gemeinwohl verpflichtetes Staatsdienertum stabilisierend wirken kann.

II. Art.2 Abs.1, 2.Halbsatz GG als Schranke für den Grundrechtsgebrauch für den Beamten.

Die Schulung des Berufsbeamtentums in der Anwendung des Rechts und zu sozialgestaltenden Massnahmen, die Unabhängigkeit gegenüber dem Kräftespiel der Parteien und Interessengruppen und seine Bindung allein an das Gemeinwohl sind demnach notwendig, um den Rechts- und Sozialstaat zu sichern. Das Berufsbeamtentum und mit ihm das im Bundesbeamtengesetz vorgezeichnete Beamtenverhältnis sind daher notwendiger Faktor des Rechts- und Sozialstaates mit eigener verfassungsrechtlicher Funktion<sup>1)</sup>. Das ist schon immer empfunden worden. Schon nach dem Zusammenbruch des Kaiserreichs im November 1918 verzichtete nach kurzem Schwanken die junge Republik darauf, mit dem Berufsbeamtentum eine der Stützen der Monarchie abzuschaffen. Das geschah aus dem Gefühl heraus, dass auch die Weimarer Republik dieses Beamtentum brauchte, um ihre Staatsordnung gegen die in der Frühzeit zahlreichen inneren und äusseren Feinde zu verteidigen (Art.130 Abs.1 WRV). Aus derselben Erkenntnis heraus beeilte sich auch der Parlamen-

1) Damit sichert das Berufsbeamtentum auch die Verwirklichung der Grundrechte: Kalisch, AOR 78, 334 ff. Dessen Auffassung, die Pflicht zur Grundrechtswahrung verbiete es dem Beamten, sich gegenüber Beamtenpflichten auf Grundrechte zu berufen, lässt sich mit Art.2 Abs.1, 2.Halbsatz GG besser begründen, denn zunächst haben die Beamten die verfassungsmässige Ordnung zu wahren. Damit sind auch die Grundrechte gesichert.

tarische Rat, das Berufsbeamtentum der freiheitlich demokratischen Ordnung der Bundesrepublik zu erhalten. In Art. 33 Abs. 4 und 5 GG sicherte er den Bestand dieser Einrichtung, die er offenbar nicht so sehr wegen der auch sonst stiefmütterlich behandelten Individualrechte der Beamten als vielmehr wegen des Wertes der Institution für die staatliche Ordnung als unerlässlich ansah<sup>1)</sup>. Es kann hier noch darauf hingewiesen werden, dass auch die angelsächsischen Länder wohl unter dem Zwang der industriestaatlichen Anforderungen und der um sich greifenden Korruption die nach dem spoil system in die Ämter gestiegenen Parteifunktionäre durch Berufsbeamte zu ersetzen beginnen, obwohl die Denkart dieser Länder sich gegen ein Berufsbeamtentum sträubt.

Wenn das Berufsbeamtentum und damit auch das auf der Grundlage des Berufsbeamtentums stehende Beamtenverhältnis des Bundesbeamtengesetzes notwendiger Baustein der verfassungsmässigen Ordnung des Grundgesetzes sind, so rechtfertigt dies die Einschränkung von Freiheits- und Gleichheitsrechten um der verfassungsmässigen Ordnung willen (Art. 2 Abs. 1, 2. Halbsatz GG).

#### 4. Kap. Zusammenfassende Skizze der Grundrechtsschranken für Beamte.

Die Grundrechtsstellung des Beamten kennzeichnet sich nach alledem dadurch, dass für den Beamten von dem allgemeinen Grundsatz der allgemeinen Wirkung der Grundrechte Ausnahmen bestehen können. Bestimmte Grundrechte stehen ihm nur eingeschränkt zu.

Dass Grundrechte für den Beamten nur eingeschränkt gelten, ist auf folgendem Wege zu rechtfertigen:

Wenn der Beamte in den öffentlichen Dienst eintritt, unterwirft er sich dem in den Beamtengesetzen umrissenen Pflichtenkreis, kraft dessen der Staat von ihm ein pflichtgemässes Ver-

---

1) Es scheint mir hier die einzige Bedeutung des Art. 33 Abs. 4 und 5 GG im Verhältnis zu den Grundrechten zu liegen: dass das Grundgesetz das Beamtentum als notwendig ansieht. Das reicht nur im Notfall zu einer Grundrechtseinschränkung aus, genügt aber als Beleg dafür, dass auch die Verfassung das Berufsbeamtentum als notwendig empfindet. Es gilt auch gegenüber dem Versuch von Krüger, ZBR 1956, 309 ff, Grundrechtseinschränkungen nur dann innerhalb eines besonderen Gewaltverhältnisses zuzulassen, wenn dieses im Grundgesetz institutionalisiert sei.

halten erwarten darf. Gestützt auf diese Pflichten darf dieser von dem Beamten ein seine Freiheit beschränkendes Verhalten verlangen.

Gegenüber diesen Massnahmen kann der Beamte behaupten, dass sie ihn in seinen Grundrechten beeinträchtigen. Dann sind die Pflichten des Beamten, auf Grund deren die Einzelmassnahmen ergehen, daraufhin zu überprüfen, ob sie mit den Grundrechten vereinbar sind. Das kann dann bejaht werden, wenn die Pflichten des Beamten eine im Grundrechtssystem des Grundgesetzes selbst angelegte Einschränkung eines Grundrechts ausnutzen. Einschränkungsgrundlage für den Grundrechtsgebrauch sind einmal die Vorbehaltsschranken zugunsten von Gesetzen oder gesetzesebegründeten Verwaltungsakten (etwa die allgemeinen Gesetze in Art.5 Abs.2 GG), dann für die Freiheits- und Gleichheitsrechte unmittelbar die Schranken des Art.2 Abs.1, 2.Halbsatz GG: Pflichten, die unmittelbar der Erhaltung der verfassungsmässigen Ordnung, dem Sittengesetz und den Rechten anderer dienen, können ohne Widerspruch zu den Freiheits- und Gleichheitsrechten dem Beamten auferlegt werden. Da das Beamtenverhältnis notwendiger Baustein der Verfassungsordnung des Grundgesetzes ist, sind wegen Art.2 Abs.1, 2.Halbsatz GG auch alle dem Beamtenverhältnis wesensnotwendigen Beamtenpflichten mit diesen Grundrechten vereinbar. Kennzeichnend für die Grundrechtsstellung des Beamten ist der wohl allgemein, aber nur eingeschränkt geltende Grundrechtsgebrauch des Beamten, den auf Grund der Verfassung mittelbare Vorbehaltsschranken und unmittelbar wie mittelbar aus Art. 2 Abs.1, 2.Halbsatz GG Schranken gezogen werden können<sup>1)</sup>. Dass dieses Ergebnis richtig und notwendig ist, zeigt ein vergleichender Blick auf die Grundrechtsstellung der Staatsdiener im Ausland. Soweit ersichtlich, dürfen auch dort Grundrechte nicht in Anspruch genommen werden, wenn der Beamte seine Beamten-

1) Das ist im Ergebnis der Sieg der Beamtenpflichten über die Grundrechte. Aber dieses Ergebnis ist vom Grundrechtssystem selbst zugelassen. Dieses Ergebnis verstösst nicht gegen den Gleichheitsgrundsatz, da es aus der unvergleichbar engen Bindung des Beamten an den Staat folgt, der der gewöhnliche Staatsbürger nicht unterworfen ist. Vgl. Zehe, S.25 f; Scheuner, Gutachten, S.38; OVG Lüneburg v.26.9.1950, AS 3, 138 ff (144).

pflichten gegenüber dem Grundrechtsgebrauch vernachlässigen würde<sup>1)</sup>. Überall zeigt sich, dass Grundrechtseinschränkungen für Beamte zulässig sind.

5. Kap. Ausmass der Grundrechtseinschränkung für Beamte.  
Sind demnach Grundrechtseinschränkungen zulässig, so ist damit noch nichts über das Ausmass der als zulässig erkannten Grundrechtseinschränkungen ausgesagt. Es ist dies die Frage, wie weit dem Beamten eine Einschränkung seiner Grundrechtsstellung zuzutet werden kann. Da Beschränkungen seiner Freiheit nicht zu vermuten sind, muss jede Ausnahme von der allgemeinen Grundrechtsstellung feste Grenzen haben. Das Mass der Grundrechtseinschränkung hängt davon ab, wie weit der Rechtsstaat auf den beiden Stufen der Rangordnung von Rechtsquellen es zulässt, die Freiheit des Beamten zu belasten: in der Ebene des einfachen Gesetzes und des Verfassungsrechts.

§ 7. Grenzen der Grundrechtseinschränkung aus dem Umfang der Beamtenpflichten des Beamtengesetzes.

Auf der Stufe des einfachen Gesetzgebers wird die Freiheit des Beamten belastet, wenn der Beamte Beamtenpflichten freiwillig übernimmt und der Dienstvorgesetzte sich auf diese Dienstpflichten beruft und ein Tun oder Unterlassen verlangt. Er kann dies nur soweit tun, als die Dienstpflichten den Beamten zwingen, diesen Anordnungen nachzukommen. Jede Begrenzung der Dienstpflichten lässt schon auf der Stufe des einfachen Gesetzgebers alle diejenigen möglichen Grundrechtsverstösse ausscheiden, bei denen eine einzelne Massnahme gegen einen Beamten noch nicht einmal mangels einer Beamtenpflicht von ihm verlangt werden kann. Dann taucht die Frage der Vereinbarkeit mit den Grund-

1) Für Österreich: Spanner, DVBl 1954, 577 ff (unter Hinweis auf die Rechtsprechung des Österreichischen Verfassungsgerichtshof).

Für die Schweiz: Fleiner-Giacometti, Schw. Bundesstaatsrecht, S. 673 ff; Burckhardt, Komm., Anm. II, 1 b zu Art. 31 (S. 231).

Für England: die Beispiele bei Eschenburg, Der Beamte in Partei und Parlament, S. 24 ff und bei Roach, Neues Beamtentum, S. 258: Vgl. auch allgemein: Grewe, Gutachten, S. 51; Art. 13 der Menschenrechtskonvention vom 4. 11. 1950.

rechten garnicht auf, die eine gültige Beamtspflicht, auf die die Einzelanordnung gestützt ist, voraussetzt.

Im besonderen Gewaltverhältnis unterwirft sich der Gewaltunterworfenene freiwillig nur insoweit dem besonderen Pflichtenkreis, der dann Einzelanordnungen auch ohne besondere Stütze im Gesetz zulässt, als es der Zweck des besonderen Gewaltverhältnisses erfordert<sup>1)</sup>. Sieht man von der Vereinbarkeit mit den Grundrechten ab, ist auf der Stufe des einfachen Gesetzgebers dem Gesetzgeber, der abschliessend die innerhalb eines besonderen Gewaltverhältnisses eingreifenden Pflichten regelt, keine Grenze gesetzt. Er braucht sich nur an den Zweck des besonderen Gewaltverhältnisses zu halten. Wenn aber wie beim Beamtenverhältnis der Raum dieser engen Pflichtenbeziehung abschliessend durch Beamtengesetze mit ihren Pflichtenkatalogen ausgefüllt worden ist, darf von Beamten nicht mehr verlangt werden, als inhaltlich in diesem gesetzlich festgelegten Pflichtenkreis dem Beamten zugemutet wird oder zumindest sich im Rahmen des Zwecks des Beamtenverhältnisses hält. Wenn also eine Einzelmassnahme gegen den Beamten nicht einmal auf eine im Beamtengesetz festgelegte Beamtspflicht gestützt werden kann oder, wenn sie nicht im Rahmen des Zwecks des besonderen Gewaltverhältnisses ergeht, ist sie schon deswegen fehlerhaft, ohne dass es noch darauf ankommt, ob ausserdem noch Grundrechte verletzt sind<sup>2)</sup>.

- 
- 1) Herrschende Lehre: Fischbach, DBG, Einl.F (S.15), BBG, Einl. B V, 4 (S.19) und DVBl 1951, 99ff; Otto Mayer, aaO, I, 102 und II, 286; Jacobi, ZGesStrW 50, 383 ff und HdbdStR II, 255 ff; Forsthoff, VerwR, S.394; Art.140 EVRO für Württemberg; Fleiner, Inst., S.166 ff; W.Jellinek, VerwR, S.370 ff, 484 und 493, Fussen.5; Merk, VVStL 12, 103 ff; Grabendorff, ZBR 1955, 49: sachliche Notwendigkeit des Berufsbeamtentum; Meyer, DOV 1954, 66 ff; Bachof, VVStL 12, 37 ff (61); Geiger, BVerfGG, Anm. 6c zu § 90: "sachgerecht"; Krüger, NJW 1953, 1369 ff (1373); Scheuner, DVBl 1955, 139; VGH Freiburg, ZBR 1954, 154: ordnungsmässiger Ablauf des Dienstbetriebs und Erfüllung der öffentlichen Aufgaben; Bayr.VGH v.20.7.1951, VerwRspr. 4, 261 ff(274); OVG Berlin v.13.10.1954, JZ 1955, 272 ff; VGH Freiburg v.12.9.1955, JZ 1956, 18ff (21).
  - 2) Die Frage, ob sich die Beamtengesetze an die Grundsätze des B Berufsbeamtentums halten müssen, kann hier dahingestellt bleiben. Der Kasstab dafür ist aus Art. 33 Abs. 3 GG zu entnehmen.

§ 8 Grenzen der Grundrechtseinschränkung am Grundrechtssystem des Grundgesetzes.

Grenze am Ausmass der Grundrechtsschranke.

In der Stufe des Verfassungsrechts müssen die Beamtenpflichten auf Einschränkungsgrundlagen innerhalb des Grundrechtssystems<sup>3</sup> zurückgreifen, wenn sie den Grundrechten zu widersprechen scheinen. Das Ausmass der Grundrechtseinschränkung hängt von der Reichweite der zulässigen Grundrechtseinschränkung ab, etwa von dem Ausmass des Gesetzesvorbehalts oder Schranke des Art.2 Abs. 1, 2. Halbsatz GG.

II. Grenze am Leitbild der Menschenwürde und der freien Entfaltung der Persönlichkeit.

Allgemein gilt darüber hinaus als materielle Grenze jeder Grundrechtseinschränkung, dass sie nicht das Leitbild der menschlichen Existenz zerstören darf, das das Grundgesetz mit allen Grundrechten verwirklichen will. Denn sonst würden die Grundrechte aus ihrem eigenen System heraus aus den Angeln gehoben. Als "Grundsatznorm für die gesamte Rechtsordnung" <sup>1)</sup> und Massstab und Auslegungsgrundsatz für die übrigen Grundrechte <sup>2)</sup> ist die Menschenwürde des Art.1 Abs.1 GG auch in besonderen Gewaltverhältnis zu beachten <sup>3)</sup>. Jede Grundrechtsbeschränkung endet dort, wo sie Eigenwert und Eigenständigkeit des Menschen in seiner Wesenheit schlechthin gefährden würde. Das gilt auch für den im Anschluss an Art.1 Abs.1 GG ausgesprochenen Grundsatz der freien Entfaltung der Persönlichkeit. Wo der Mensch infolge einer beschränkten Grundrechtswirkung nicht mehr das Mindestmass menschlicher Handlungsfreiheit haben würde, ohne dass er seine Wesensanlage als gekstigt sittliche Person nicht entfalten kann, <sup>4)</sup> hört jede Grundrechtseinschränkung auf.

1) v.Mangoldt-Klein, Anm.III, 1b zu Art.1 (S.147);

2) v.Mangoldt-Klein, Anm.III, 1b zu Art.1; Wernicke, BK Anm.II 3b zu Art.1; Nipperdey bei Neumann-Nipperdey-Scheuner, II, 1 ff (S.2, 9, 23).

3) v.Mangoldt-Klein, Anm.III, 8 zu Art.1 (S.149); Nipperdey bei Neumann-Nipperdey-Scheuner, II, 1 ff (3); Merkl, VVStL 12, 103 ff; Köttgen, Jellinekfestg.S.195 ff(203), RStW 4, 227 ff (237) und DVBl 1951, 651 ff.

4) v.Mangoldt-Klein, Anm.III, 5c zu Art.2 GG (S.173).

III. Ausschluss der Einschränkung bei vorstaatlichen Grundrechten?

Dagegen zwingt der vorstaatliche Ursprung eines Grundrechts nicht zu der Annahme, dass dieses Recht nicht eingeschränkt werden dürfe<sup>1)</sup>. Aus der vorstaatlichen Herkunft folgt noch nicht, dass jede Einschränkung der Grundrechtswirkung ausgeschlossen sei.

IV. Grenze am Wesensgehalt des Grundrechts.

Mit der Gewährleistung der Menschenwürde und der ihr entsprechenden Persönlichkeitsentfaltung hängt es jedoch zusammen, dass Grundrechtseinschränkungen auf Grund eines Vorbehalts zugunsten eines Gesetzes oder gesetzesgegründeten Verwaltungsakts den Wesensgehalt des Grundrechts nicht antasten dürfen (Art. 19 Abs. 2 GG). Damit findet eine Grundrechtseinschränkung dann ein Ende, wenn von dem eingeschränkten Grundrecht nichts mehr bleibt, es als Grundrecht nicht mehr angesprochen werden kann<sup>2)</sup>. Da die Wesensgehaltssperre des Art. 19 Abs. 2 GG ebenso wie die Einzelgrundrechte der Art. 2 Abs. 2 ff GG der Menschenwürde dient, ist eine völlige Ausschaltung eines Grundrechts durch Gesetz nicht möglich. Das gilt auch, wenn eine Einschränkung auf die Schranke des Art. 2 Abs. 1, 2. Halbsatz GG gestützt wird. Bei jeder Einschränkung eines Grundrechts ist über den Wortlaut des Art. 19 Abs. 2 GG hinaus der Wesensgehalt des eingeschränkten Grundrechts zu achten<sup>3)</sup>.

V. Keine Bindung an Art. 19 Abs. 1, S. 2 GG.

Dagegen braucht ein Gesetz, das den Raum einer Grundrechtseinschränkung ausfüllt und die Grundrechtsstellung des Beamten

- 
- 1) v. Mangoldt-Klein, Vorbem. D IV, 4 (S. 96); BVerfG v. 18.1.1953 AS 3, 225 ff (233); aa. für das besondere Gewaltverhältnis: Maunz, DStR, S. 105.
  - 2) Die Gleichsetzung der Wesensgehaltssperre mit dem Verbot unverhältnismässiger Eingriffe (BVerfG v. 20.7.1954, NJW 1954, 1235 f; BGH v. 25.1.1952, DVBl 1953, 370 f; OVG Lüneburg v. 19.1.1955, DVBl 1955, 187 ff und v. 18.5.1955, DVBl 1955, 539 f) gibt keine absoluten Grenzen, auf die es in Art. 19 Abs. 2 GG aber gerade ankommt. Vgl. BVerwG, Gutachten v. 18.5.1955, NJW 1955, 1773 f und Wernicke, BK Anm. IV, 2a zu Art. 19.
  - 3) Für das besondere Gewaltverhältnis: Köttgen, Jellinekfestg. S. 195 ff (203); OVG Hamburg v. 16.4.1953, DVBl 1953, 56 ff (50); H. J. Wolff, VerwR, I, § 32, IV c 3 (S. 127).

abschließt, auch dann nicht die formellen Voraussetzungen des Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG (Anführung des betroffenen Grundrechts in Gesetz) zu erfüllen, wenn es auf einen Vorbehalt zugunsten von Gesetzen oder gesetzessgegründeten Verwaltungsakten beruht. Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG gilt nicht für Einschränkungen auf Grund des Art. 2 Abs. 1, 2. Halbsatz GG<sup>1)</sup> und für auf verfassungsmittelbare Vorbehaltsschranken (z.B. Art. 5 Abs. 2 GG) gestützte grundrechtsbeschränkende Gesetze nur insoweit, als diese Gesetze allein darauf ausgehen, den Grundrechtseinhalt zu beschränken und andere Regelungen nicht vorsehen<sup>2)</sup>.

Auf der Stufe des Verfassungsrechts bestehen für Beschränkungen der Grundrechtswirkung danach folgende Grenzen: einmal ist eine Grundrechtseinschränkung nur soweit zulässig, als die von ihr herangezogene Grundrechtsschranke reicht (so in Art. 2 Abs. 1 GG nur zum Schutz der dort aufgeführten Rechtsgüter). Darüberhinaus hat jede Grundrechtseinschränkung die Würde der sich seiner Eigenart entsprechend frei entfaltenden Persönlichkeit und den Wesensgehalt eines jeden Grundrechts zu achten. Die Grundrechte stehen den Beamten nur soweit zu, als nicht die in diesem Ausmass begrenzten Grundrechtsschranken einen Eingriff in seine Freiheit, gestützt auf seine Beamtenpflichten, gestatten.

### 3. Abschnitt. Unbeschränkte Wirkung der Grundrechte im Beamtenverhältnis.

Mit dem Nachweis, dass Einschränkungen der Grundrechte im Beamtenverhältnis in bestimmten Grenzen auf Grund der Beamtenpflichten zulässig sind, scheidet die Möglichkeit aus, dass dem Beamten die Grundrechte unbeschränkt zustehen.

1) v. Mangoldt-Klein, Vorbem. B XVI, 5 (S. 137).

2) v. Mangoldt-Klein, Vorbem. B XV, 3b (S. 132).

Teil III. Die Beamtenpflichten und die Einzelgrundrechte  
des Grundgesetzes. Die Grundrechtsstellung des  
Beamten im besonderen.

1. Abschnitt. Der Weg der Lösung im Konflikt von Grundrechts-  
gewährleistung und Beamtenpflicht.

Das allgemein gewonnene Bild von der Grundrechtsstellung des Beamten ist nun noch für die einzelnen Grundrechte in einen kurzen Überblick zu skizzieren. Methodisch hatte man dabei die Beamtenpflichten den einzelnen Grundrechten gegenüber zu stellen und bei Widerspruch den Konflikt anhand der ermittelten Lösung der Spannung zwischen Grundrechtsanspruch und Beamtenpflichten zu entscheiden. Da die Pflichten des Beamten kaum erschöpfend aufzuzählen sind, sei dieser Überblick auf die im Bundesbeamtengesetz niedergelegten Beamtenpflichten beschränkt.

Gemäss dem oben abgeleiteten Massstab hat man dabei folgenden Weg zu verfolgen, um unzulässige Massnahmen gegen einen Beamten nacheinander wie bei nacheinander geschalteten Sieben mit abnehmendem Lochdurchmesser auszuschalten: das dem Beamten aufgegebene Handeln ist auf eine Beamtenpflicht zurückzuführen, die sich entweder im Beamtengesetz findet oder wenigstens im Rahmen des Zwecks des Beamtenverhältnisses hält (d.h., ob es notwendig ist, um die sozialgestaltenden Aufgaben des Beamten-tums zu erfüllen). Steht dieses verlangt Verhalten im Widerspruch zu einer Grundrechtsgewährleistung, ist die Beamtenpflicht in Verhältnis zu den Einschränkungsmöglichkeiten zu setzen, die die Grundrechte dem Beamten nur eingeschränkt zuzugestehen erlauben. Wo die Beamtenpflicht auf einen Vorbehalt zugunsten von Gesetzen oder gesetzessgegründeten Verwaltungsakten gestützt werden kann, dürfen nicht die Würde, die freie Entfaltung der Persönlichkeit und der Wesensgehalt eines Grundrechts angetastet werden. Diese Grenzen gelten auch für die Einschränkungen von Freiheits- oder Gleichheitsrechten entweder unmittelbar zum Schutz der verfassungsmässigen Ordnung, des Sittengesetzes oder der Rechte anderer oder mittelbar, weil die Beamtenpflicht erforderlich ist, um den Bestand des für die verfassungsmässige Ordnung notwendigen Beamtenverhältnisses zu sichern.

1. Kap. Das Recht der freien Meinungsäußerung (Art. 5 Abs. 1 und 2 GG).

§ 9. Umfang der Grundrechtsgewährleistung und mögliche Zusammenstöße mit Beamtenpflichten.

Das Grundgesetz gewährleistet in Art. 5 Abs. 1 die Freiheit, seine Werturteile zu äussern und zu verbreiten, und es verbietet die Zensur. Darunter fällt jede Kundgabe von vorhandenem Gedankeninhalt auch auf politischem Gebiet. Auszuscheiden aus dem Zusammenhang des Art. 5 GG sind alle Meinungsäußerungen, die in anderen Grundrechten besonders geregelt sind: wie der Beitritt zu politischen Vereinigungen (Art. 9 GG).

Gegen diese Meinungsäußerungsfreiheit können Massnahmen des Staates verstossen, die sich auf folgende Beamtenpflichten stützen:

- (1) die Pflicht zu Amtsverschwiegenheit (§ 61 Abs. 1 BBG).

Die Pflicht, über gewisse Kenntnisse und dienstliche Erfahrungen zu schweigen, verwehrt es dem Beamten, an diese von ihm geheimzuhaltenden Tatsachen Werturteile zu knüpfen und zu äussern<sup>1)</sup>.

- (2) die Genehmigungspflicht für gerichtliche oder aussergerichtliche Erklärungen und Aussagen über dienstliche Angelegenheiten (§ 61 Abs. 2 BBG) und die Pflicht zu Amtsverschwiegenheit (§ 61 Abs. 1 BBG).

- (3) die Pflicht, sein Verhalten innerhalb des Dienstes nach der erforderlichen Achtung und dem Vertrauen einzurichten (§ 54 S. 2 BBG), die die freie Äusserung der Form nach begrenzt.

- (4) die Pflicht zur Mässigung und Zurückhaltung bei der politischen Betätigung (§ 53 BBG).

- (5) die Pflicht, sich zur freiheitlich demokratischen Grundordnung zu bekennen und für sie einzustehen (§ 52 Abs. 2 BBG).

---

1) Diese Möglichkeit übersieht Zeihl, Diss., S. 75, wenn er in der Schweigepflicht keinen Verstoß gegen Art. 5 GG sieht.

108

§ 10. Die Beamtenpflichten auf Grund der Beamtengesetze und  
der Vorbehalt zugunsten allgemeiner Gesetze in Art.5  
Abs.2 GG.

Warden Massnahmen auf diese im Bundesbeamtengesetz festge-  
legten Beamtenpflichten, denen sich der Beamte unterworfen hat,  
im Widerspruch mit der Freiheit der Meinungsäusserung gestützt,  
so ist dies zunächst nur möglich, wenn die Unterwerfung unter  
die gesetzlich festgelegten Beamtenpflichten mittels einer Vor-  
behaltsschranke zugunsten eines Gesetzes oder gesetzessgegrün-  
deten Verwaltungsaktes die Freiheit der Meinungsäusserung ein-  
engen kann. Eine solche Schranke ist dem Art.5 GG in Abs.2 zu-  
gunsten der allgemeinen Gesetzes beigegeben<sup>1)</sup>. So die Beamten-  
pflichten auf ein allgemeines Gesetz gestützt werden können,  
ist im Rahmen des Wesensgehalts des Grundrechts (Art.19 Abs.2  
GG) ein Grundrechtsverstoss nicht festzustellen. Als allgemei-  
nes Gesetz gilt ein Gesetz, das sich nicht gerade nur gegen die  
Meinungsäusserung an sich wendet, sondern ein bestimmtes Rechts-  
gut ohne Rücksicht auf eine bestimmte Meinung schützen und  
nicht allein die Meinungsäusserung ausschliessen will<sup>2)</sup>. Da die  
Beamtengesetze mit ihren Beamtenpflichten nicht allein die Mei-  
nungsfreiheit ausschliessen wollen, haben sie als allgemeine  
Gesetze im Sinne des Art.5 Abs.2 GG zu gelten. Demgemäss kön-  
nen insoweit bis zur Grenze des Wesensgehalts des Grundrechts  
Freiheits- oder Vermögenseinschränkungen für Beamte sich auf  
Beamtengesetze stützen. Die Freiheit der Meinungsäusserung gilt  
nur im Rahmen der Beamtenpflichten. Der hergebrachten Tradition  
des Beamtenverhältnisses und seiner gleichgebliebenen Struktur  
(Art.33 Abs.5 GG) entsprechend, beruht der Pflichtenkreis des

1) Schon Art.118 Abs.1, S.1 WRV kannte diese Schranke und gab  
damit die lapidare Kürze der Ziffer 4 des gesetzeskräftigen  
Aufrufs des Rats der Volksbeauftragten vom 12.11.1918 (Kirch-  
ner, Diss., S.17): "Die Meinungsäusserung in Wort und Schrift  
ist frei" wieder auf.

2) v. Mangoldt-Klein, Anm. IV, 3a zu Art.5 (S.250) mit Nachweisen;  
Hellwig, bei Nipperdey II, 7 ff (56); Anschütz, Bem.3 zu  
Art.118 (S.554 f); Haentzschel, Handbuch des DStR II, 657 ff;  
Ridder bei Neumann-Nipperdey-Scheuner II, 244 ff (282); BAG  
v.3.12.1954, JZ 1955, 117 ff; VGH Freiburg v.12.9.1955, JZ  
1956, 19 ff;

Bundesbeamtengesetzess weitgehend auf den Regelungen der Weimarer Republik. Mit kaum spürbaren Abweichungen gelangt man daher zu ähnlichen Ergebnissen, wenn man heute wie damals die Freiheit der Meinungsäußerung durch die genannten Beamtenpflichten zu relativieren versucht <sup>1)</sup>.

I. Die Pflicht zu Amtsverschwiegenheit (§ 61 Abs.1 BBG) und Art.5 GG.

Die Pflicht zur Amtsverschwiegenheit (§ 61 Abs.1 BBG) verbietet es dem Beamten, in der Öffentlichkeit über ihm dienstlich bekannt gewordene Vorgänge zu sprechen und Wertungen daran zu knüpfen. Das verstößt nicht gegen den Wesensgehalt der freien Meinungsäußerung und beruht im Sinne des Art.5 Abs.2 GG auf einem allgemeinen Gesetz. Gegenüber dieser Schweigepflicht kann sich der Beamte auf Art.5 Abs.1 GG nicht berufen <sup>2)</sup>. Ohne sie wäre auch das Postgeheimnis des Art.10 GG kaum aufrechtzuerhalten.

II. Die Genehmigungspflicht für Aussagen vor Gericht und Art.5 GG.

Dieses Ergebnis der Einschränkunggrundlage in Art.5 Abs.2 GG gilt auch für die Genehmigungspflicht für Aussagen vor Gericht oder für aussergerichtliche Erklärungen (§ 61 Abs.2 BBG).

III. Die Pflicht zum achtungswürdigen Verhalten (§ 54 S.2 BBG) und Art.5 GG.

Als allgemeinem Gesetz ist dem Bundesbeamtengesetz auch die Möglichkeit gegeben, mit der Pflicht zum achtungswürdigen Verhalten, die der Beamte freiwillig übernommen hat, die Freiheit der Meinungsäußerung einzuschränken. Das bezieht sich offenbar

1) Für die Praxis der Weimarer Republik s. die Nachweise oben S.13 Anm.3. Für Art.5 GG: BVERGG v.18.12.1953, JZ 1954, 573 ff; OVG Lüneburg v.26.9.1950, AS 3, 138 ff und v.27.1.1954, DVBl 1954, 255 ff; OVG Koblenz v.11.12.1951, AS 1, 23 ff (35) und v.19.4.1955, RIA 1955, 222 ff; VGH Freiburg v.12.9.1955, JZ 1956, 19 ff (24); Maunz, DStR, S.105; Grewe, Gutachten, S.44; Stein in Zinn-Stein I, Anm.6 zu Art.11 (S.129); im Ergebnis auch v.Mangoldt-Klein, Anm.IX,1e zu Art.5 (S 249).

2) Kern, DOV 1953, 107 ff; Fischbach, BBG, Einl.B V,4 (S.19); Bochalli, BBG, Vorbem.1a vor § 52 (S.180); Nieland, Diss., S.69; OVG Koblenz v.19.4.1955, RIA 1955, 222 ff.

nicht auf die politische Betätigung, die in § 53 BBG besonders und abschliessend geregelt ist. Mit der Pflicht zum achtungswürdigen Verhalten kann für den Bereich der Meinungsäusserung nur gemeint sein, dass der Beamte alles zu vermeiden hat, was dem Ansehen und Vertrauen seiner Amtsstellung, vor allem seiner Unparteilichkeit schaden könnte. Da ein disziplinarrechtlicher Unrechtskatalog kaum abschliessend aufgestellt werden kann<sup>1)</sup>, können nur Beispiele gegeben werden: Beleidigungen gegenüber Dritten, Angriffe auf Anhänger der Kirchen<sup>2)</sup> und auf die Gewerkschaften als staatstragende Organisationen an sich<sup>3)</sup>, Rassenwahnpropaganda<sup>4)</sup>. Hauptanwendungsfall scheint mir zu sein, dass der Beamte in der Kritik an seinen Vorgesetzten und der Staatsregierung sachlich und zurückhaltend bleiben muss. Schon die Praxis der Weimarer Zeit hatte sich von dem monarchistischen Grundsatz entfernt, dass dem Beamten keine Kritik an der Staatsregierung und am Monarchen erlaubt sein solle<sup>5)</sup>. Es steht dem Beamten innerhalb und ausserhalb des Dienstes das Recht zur massvollen und sachlichen Kritik zu, sofern er sich nicht in Gehässigkeiten und Beleidigungen verliert<sup>6)</sup>. Dem Beamten ist es jedoch im Interesse der Unparteilichkeit verwehrt, sich zu Angelegenheiten zu äussern, mit denen er dienstlich befasst ist, und den Anschein zu erwecken, als spreche er in amtlicher Eigenschaft<sup>7)</sup>.

#### IV. Die Pflicht zur Mässigung und Zurückhaltung bei politischer Betätigung (§ 53 BBG) und Art. 5 GG.

In § 53 BBG sind der politischen Betätigung Schranken gesetzt. Der Beamte hat dabei die Mässigung und Zurückhaltung zu

-----

1) Behnke, BDO, Einf. III C (S. 99).

2) Behnke, BDO, Einf. III C, Nr. 23 (S. 118).

3) Bayr, Finanzminister v. 1. 10. 1952, Beamtenbund 1952, 168.

4) Hess, Dienststrafhof v. 19. 5. 1953, AS des BDH 1, 212 ff.

5) Vgl. die Nachweise oben S. 15 Anm. 2.

6) Vgl. folgende Seite (111).

7) Vgl. folgende Seite (111).

bewahren, die sich aus seiner Stellung gegenüber der Gesamtheit und aus der Rücksicht auf die Pflichten seines Amtes ergibt. Der Gesetzgeber hat damit dem Druck der Beamtenverbände und dem Einspruch des Bundesrats (Sitzung vom 6.9.1951) nach-

Fussnote 6) von S.110: a) Für die Weimarer Republik: Haentzschel, RuPrVBl 51, 509 ff; Kübel, DRiZ 1925, Sp.272 ff (278); Klüber, VerWA 38, 136 ff (176); Brand bei Nipperdey II, 210 ff; und bei v.Brauchitsch VIII, 128; Daniels, RdStR II, 41 ff; Kirchner, Diss., S.29; Giese, RV, Anm.2 zu Art.130 (S.278 f); H.J.Wolff, AOR 57, 411 ff(430); Bleyer, DJZ 1930, Sp.13 ff(18); RDH v.24.1.1933 bei Schulze-Simons-Foerster(Jan.-Dez.1933), S.58; PrOVG v.7.5.1923, JW 1924, 341 ff mit Anm. v. Arndt, v.7.12.1928, AS 83, 398: Vorwurf der Parteilichkeit und wenig gefestigter Rechtskenntnisse gegenüber Vorgesetzten, v.26.8.1921, AS 77, 512, v.20.5.1927, RuPrVBl 1928,247; RDH v.21.10.1924, JW 1925, 372 ff mit Anm. v. Görres, v.22.4.1931, DJZ 1931, 1389 f: Beamter tritt als Versammlungsleiter wüsten Beschimpfungen eines Ministers nicht entgegen, nach Behnke, BDO, S.119: Haltlose Angriffe gegen die Ehre eines Vorgesetzten und S.120: beleidigende und herabsetzende Angriffe in amtlichen Berichten und Beschwerden, v.28.4.1930, Der Beamte 1930, 367: Vorwurf der Parteilichkeit, v.23.3.1932, Der Beamte 1932, 168: Beschimpfungen eines Ministers; Thüringischer Dienststrafhof v.16.5.1931, Beilage zur ZBR 1931, 279 Nr.27: Misstrauenskundgebung gegen einen Minister; Pr. Dienststrafhof v.1.7.1932, JW 1927, 3547: Kritik an der Ernennung eines Vorgesetzten; NDiszk Potsdam nach Hatschek, DuPrStR I, 192: abfällige Kritik an einem Minister; Kley, Diss., S.180 ff mit weiteren Nachweisen; Richner, Diss., S.180 ff mit der Schweizer Praxis.

b) Für das Grundgesetz: Bayr.VGH v.5.8.1949, DOV 1950,629 f: Bürgermeister dürfe den Standpunkt der Gemeinde gegenüber der Aufsichtsbehörde nicht in beleidigenden Wendungen vertreten; BDH, Beschluss v.28.7.1954, nach Mannheimer, JZ 1955, 78 ff: kein Recht, in der Presse erunglimpfende Artikel über Vorgesetzte zu schreiben, v.30.1.1954, AS 1, 25 ff (28) und vom 21.8.1953, AS 1, 32 ff: Verstoss, wenn der Beamte bei der Kritik an Übelständen den Dienstweg nicht ausgenutzt hat und sich mit unrichtigen und beleidigenden Darstellungen an die Öffentlichkeit wendet; BVerwG v.10.12.1954, RIA 1955, 92 ff; BDH v.1.10.1953, AS 1,24 f; Kalisch, AOR 78, 334 ff (347).

Fussnote 7) von S.110: Vgl. den Beschluss des Bayerischen Ministerrats v.29.3.1955, der es den Ministerialbeamten mE. zu Recht verbot, dienstliche Angelegenheiten in der Öffentlichkeit zu erörtern, und dazu die Debatte des Bayerischen Landtages über die Anfrage der CSU, die hierin einen Verstoss gegen Art.5 Abs.1 GG sah ( Stenografische Berichte, 3.Legislaturperiode, S.433 ff); ähnlich auch: Erlass des Niedersächsischen Ministerpräsidenten v. 24.11.1948, nach Eschenburg, aaO, S.206.

gegeben und das noch in Nr. 1 Satz 2 der Durchführungsverordnung zu § 3 DBG und im Entwurf zu § 53 BBG <sup>1)</sup> festgelegte Verbot, in der Öffentlichkeit als Anhänger einer politischen Partei aktiv aufzutreten, fallengelassen <sup>2)</sup>. Den Bestrebungen für eine parteipolitische Neutralisierung des Berufsbeamtentums <sup>3)</sup> ist damit einmal mehr der Erfolg versagt geblieben. Vom Recht der freien Meinungsäußerung her lässt sich gegen ein Verbot aktiver politischer Betätigung nichts aussagen, eine derartige Beamtenpflicht wäre als auf ein allgemeines Gesetz gestützt verfassungsmässig <sup>4)</sup>. Es kann auch wohl kaum behauptet werden, dass damit die Würde des Menschen beeinträchtigt oder das Grundrecht der Meinungsfreiheit dem Beamten so restlos genommen worden wäre, dass es in seinem Wesensgehalt angetastet sein würde. Es entspricht diesem Ergebnis auch, dass das Grundgesetz die Gewissungsfreiheit der Beamten aus der Weimarer Verfassung (Art. 130 Abs. 2) nicht übernommen hat. Als mindere Beschränkung der Meinungsfreiheit ist dann auch die Zurückhaltungspflicht des § 53 BBG verfassungsmässig. Sie dient dazu, vor allem den Grundsatz durchzusetzen, dass der Beamte der Allgemeinheit und nicht einer Partei dient (§ 52 Abs. 1 BBG), und will das Vertrauen in eine unparteiische Amtsführung bewahren helfen. Für das Gebiet der freien Meinungsäußerung ergibt sich daraus, dass der Beamte etwa als Redner in einer politischen Versammlung sich bei allen Werturteilen Zurückhaltung auferlegen muss, um das Anse-

---

1) Bundestagsdrucksache Nr. 2846.

2) Für völlige Freiheit: Beamtenprogramm der Deutschnationalen Volkspartei in: Der Beamte 1930, 39 ff; für den Soldaten: Meyer, DOV 1954, 66 ff.

3) Köttgen, Berufsbeamtentum, S. 112 ff; Eschenburg, Der Beamte in Partei und Parlament, S. 24 ff und 135 ff; § 26 Abs. 1, S. 1 MRG Nr. 15, Kern, Inst., S. 44 und DOV 1951, 496 ff.

4) Anderer Ansicht: Fischbach, BBG, Einl. B V, 4 (S. 19 Fussn. 31) und DVBl 1951, 99 ff; Änderungs- und Ergänzungsvorschläge des Deutschen Beamtenbundes zum Entwurf des BBG, S. 32 und Vorschlag des DGB vom August 1951, nach Eschenburg S. 75; Otto, Neues Beamtentum, S. 41; Ohne Verfasserangabe, Beamtenbund 1951, 22 ff. Zutreffend: Grewe, Gutachten, S. 44; Scheuner, RStW IV, 88 ff (111): keine Verfassungsgarantie für politische Betätigung; Kalisch, AOR 78, 334 ff (349); OVG Koblenz v. 19. 4. 1955, RIA 1955, 222 ff; Etienne, Selbstverwaltung 1948, 18 ff.

nen eines Berufs und seiner Unparteilichkeit nicht zu schaden<sup>1)</sup>. Das schliesst zunächst einmal diffamierende und unsachliche politische Kritik an Fachvorgesetzten und der Regierung aus. Die Pflicht zum achtungswürdigen Verhalten des § 54 Abs. 2 BBG ist im Interesse der Unparteilichkeit des Beamten für den politischen Bereich zu einer Zurückhaltungspflicht gesteigert, aber auch die Zurückhaltungspflicht schliesst die unsachliche politische Kritik an Vorgesetzten und an der Politik von Behörden und der Staatsregierung aus.

V. Die Pflicht zum Eintreten für die freiheitlich-demokratische Grundordnung und Art. 5 GG.

Dass das Grundgesetz den Grundsatz der wertfreien Demokratie verlassen hat und etwa in den Art. 18, 20, 21 Abs. 2, 79 Abs. 2, 98 Abs. 2 den Typus einer "militanten"<sup>2)</sup>, auf Selbstverteidigung angelegten, "wachsamen"<sup>3)</sup> Demokratie verwirklichen will, die mit der freiheitlich-demokratischen Grundordnung und der Menschenwürde sich bewusst an Werte bindet<sup>4)</sup>, färbt auch auf das Beamtenverhältnis ab. Dass nach dem Vorläufer des Entwurfs eines Geset-

1) Für die Weimarer Republik: PrOVG v. 15.6.1928 nach Roehlke; Bad.VGH v. 14.5.1928, JW 1929, 2398 mit Anm. v. Bonin: Beifall für einen Redner, der zur Vernichtung von Gemeindeeigentum aufforderte; Erlass des Preussischen Staatsministeriums v. 29.4.1925, PrVBl 47, 481: Beamtenstellung schliesse gleichwertigen Gebrauch der Meinungsfreiheit aus, wie er Staatsbürgern zustehe, die nicht unter dem Zwang der Disziplin stehen; PrOVG v. 10.6.1927, nach Kley, S. 26: Abänderung einer Bekanntmachung von "Enteignung des Fürstenvermögens" in "Raub des Fürstenvermögens"; Klein, Die Justiz 7, 373 ff (379). Keine Pflichtverletzungen: Referate vor politischen Parteien (Preussischer Innenminister, nach Jadesohn-Potthoff, Nr. 149, S. 15; Wahlagitator ausserhalb des Dienstes: Thür. Minister des Innern v. 8.5.1924, nach Jadesohn-Potthoff, Nr. 151, S. 15. Für das Grundgesetz: BVerwG v. 18.12.1953, AS 1, 57 ff: Entfernung eines amtlichen Plakats aus einem Schulgebäude; OVG Lüneburg v. 24.1.1954, DVBl 1954, 255 ff; Bezeichnung der Bundesrepublik als eines Staates, der Minderheiten unterdrückt.

2) Thoma, Lehrfreiheit, S. 24.

3) Scheuner, Gutachten, S. 65 ff.

4) Vgl. zu diesem Wandel: Dürig, JZ 1953, 193 ff (197); Koertge, RIA 1955, 33 ff; Peters, Der deutsche Beamte 1952, 66 ff.

zes über die politische Treupflicht im öffentlichen Dienst<sup>1)</sup> §52 Abs.2 BGG den Beamten verpflichtet, sich durch sein gesamtes Verhalten zu der freiheitlich-demokratischen Grundordnung zu bekennen und sich für sie einzusetzen, beschränkt als allgemeines Gesetz, dem sich der Beamte freiwillig unterworfen hat, auch die Freiheit der Meinungsäußerung. Damit ist die Forderung nach einer absoluten Verfassungstreue aufgestellt. Es genügt nicht mehr, dass der Beamte die Verfassung bloss beachtet;<sup>2)</sup> er muss sich dafür einsetzen, dass diese Ordnung erhalten bleibt<sup>3)</sup>. Das heisst für die Meinungsfreiheit, dass er jede Äusserung vermeiden muss, die sich gegen die freiheitlich-demokratische Grundordnung wendet, als gegen eine Ordnung, die unter Ausschluss jeglicher Gewalt- oder Willkürherrschaft eine Herrschaftsordnung<sup>4)</sup> auf der Grundlage der Selbstbestimmung des Volkes darstellt. Die Beschimpfung der freiheitlich-demokratischen Grundordnung und ihrer Symbole verstösst gegen § 52 Abs.2 BGG<sup>5)</sup>. Insofern bedeutet die Treupflicht des Beamten zur verfassungsmässigen Ordnung eine Schranke jeder Meinungsäußerung für den Beamten<sup>6)</sup>.

- 1) Scheuner, Gutachten, S. 65 ff.
- 2) So noch: RDH, DJZ 1922, Sp.296 ff; Wolff, AOR 57, 411 ff (430); RDH v.1.7.1924, nach Jadesohn-Potthoff, S.31, Nr.458.
- 3) Scheuner, Gutachten, S.73: Pflicht zum Eintreten für die Verfassung und Unterlassen jedes staatsschädigenden Verhaltens; ähnlich: Fischbach, Anm.I,2 zu §7 BGG (S.110), Redelberger, DOV 1954, 397 ff. Der im Republikenschutzgesetz v.21.7.1923 eingefügte § 10 a RBG führte erstmals eine Pflicht ein, sich im Amte für die Verfassung einzusetzen; ähnlich auch die Forderungen von Külz, Brocht und Grzsinski, nach Roehlke, Diss., S.50 ff; Köttgen, VerwA 37, 247 ff (257); E.Zweigert, aaO, S.475; H.J.Wolff, VerwR I, § 33, V b (S.132).
- 4) BVerfG v. 23.10.1952, NJW 1952, 1407.
- 5) DiszhnrB v. 12.12.1927, nach Roehlke, S.70: Ausdruck "Mistfarben" für die Farben der Republik; v.3.3.1930, nach Roehlke, S.70: Weigerung, die Diensträume mit der Reichsfahne zu beflaggen, da dies eine Parteifahne sei; Klein, Die JUSTIZ 7, 373 ff mit weiteren Angaben; Winzer, Diss., S.42; OVG Koblenz, v. 19.4.1955, RIA 1955, 222 ff; Fischbach, Anm. II, 2 zu §52 BGG (S.257); Hess.DStrH v.19.5.1953, AS des BdH 1, 212ff.
- 6) OVG Koblenz v.11.12.1951, AS 1, 23 ff (33); v.19.4.1955, RIA 1955, 222 ff; Redelberger, DOV 1954, 397 ff; Thoma, Lehrfreiheit, S.36, Fussn.23; BdiszK Bremen v.19.12.1952 nach Lindgen, S.32; LAG München v.4.4.1952, ArbRSt IX, 456: Aufforderung zur Sabotage an der Bundesbahn.

2. Kap. Die Vereinigungsfreiheit (Art. 9 GG).

§ 11. Das Ausmass der Gewährleistung der Vereinigungsfreiheit.

Jedem Deutschen wird in Art. 9 Abs. 1 GG das Recht, Vereine und Gesellschaften zu bilden, in Art. 9 Abs. 3 GG noch besonders das Recht zur Bildung von Vereinigungen zur Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen zuerkannt. Damit ist die Freiheit gemeint, eine solche Vereinigung zu gründen und in ihr zu verbleiben<sup>1)</sup>. Unter Art. 9 GG fällt auch die Bildung der politischen Parteien und politischer Vereine<sup>2)</sup> unbeschadet der aus Art. 21 GG sich ergebenden besonderen Regeln für diese politischen Verbände. Da das Grundgesetz die Vereinigungsfreiheit jedem Deutschen gewährleistet hat, steht sie auch jedem Beamten zu. Es fragt sich nur, ob die Bildung und die Betätigung in einem Verein oder in einer Partei mit den im Bundesbeamtengesetz aufgestellten Pflichten in Widerspruch geraten kann.

§ 12. Vereinigungsfreiheit und Beamtenpflichten.

I. Die Pflicht zum achtungswürdigen Verhalten (§ 54 S. 2 BBG) und Art. 9 GG.

Die Pflicht des § 54 S. 2 BBG, sein Verhalten innerhalb und ausserhalb des Dienstes dem Vertrauen und der Achtung anzupassen, die seine Bindung an den Staat erfordert, hindert den Beamten, sich in seiner Vereinsgründung und -tätigkeit zu nicht achtungswürdigem Verhalten hinreissen zu lassen. Da Art. 9 GG in Abs. 2 nur einen Vorbehalt gegen strafgesetz- oder verfassungswidrige Vereinigungen kennt, wäre eine solche Mässigungspflicht im Vereinsleben mit den Grundsatz der Vereinigungsfreiheit nicht vereinbar. Dabei würde aber überssehen werden, dass der Mässigungsgrundsatz des § 54 S. 2 BBG dazu erforderlich ist, um den Beamtentum das Ansehen zu erhalten, das es nötig hat, um die Verfassungsfunktion zu erfüllen: den Rechtsstaat zu sichern und den Rechtssuchenden das Gefühl der unparteilichen und ge-

1) v. Mangoldt-Klein, Anm. III, 7 zu Art. 9 (S. 321).

2) v. Mangoldt-Klein, Anm. III, 6a zu Art. 9 (S. 320); Füsslein, bei Neumann-Nipperdey-Scheuner, III, 426 ff (432).

rechten Behandlung zu geben. Wenn diese Pflicht erforderlich ist, um das Berufsbeamtentum in seinem Aufgabenkreis zu erhalten, so dient sie auf dem Umweg über das Beamtenverhältnis auch der verfassungsmässigen Ordnung. Diese ist jedoch Grenze jeder Ausübung des Grundrechts der Vereinigungsfreiheit als eines Ausflusses der freien Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 Abs.1 GG)<sup>1)</sup>. Die Vereinigungsfreiheit endet dort, wo sie eine dem Beamtenverhältnis wesensnotwendige Beamtenpflicht aufheben würde<sup>2)</sup>.

II. Die Pflicht zur Zurückhaltung und Mässigung bei der politischen Betätigung (§ 53 BBG) und Art.9 GG.

Das Gleiche gilt sinngemäss für die Pflicht zur Zurückhaltung bei politischer Betätigung (§ 53 BBG). Obwohl die politische Betätigung in Vereinigungen sich in der Regel in Parteien auswirkt, kennt die Sondervorschrift des Art.21 Abs.2, S.1 GG keine abschliessende positive oder negative Regelung über deren Ausmass. Daher ist diese Frage von den allgemeinen Grundsatz des Art.9 GG her zu beurteilen. Dessen Beschränkung aus Art.2 Abs.1, 2.Halbsatz GG zum Schutz der verfassungsmässigen Ordnung gestattet es, die Vereinigungsfreiheit soweit zu beschränken, als sie Zurückhaltung bei der politischen Betätigung des Beamten beachten muss. M.E.lässt sich aus Art.9 GG kein Argument gegen ein Verbot jeglicher Parteizugehörigkeit für Beamte gewinnen (DV zu § 3 DBG und Entwurf der Bundesregierung zu § 53 BBG)<sup>3)</sup>. Es lässt sich sehr wohl die Auffassung vertreten, dass

- 1) v.Mangoldt-Klein, Anm.IV, 2 zu Art.9 (S.323) mit Nachweisen; Füsslein, bei Neumann-Nipperdey-Scheuner II, 426 ff und DVBl 1954, 556 ff leitet die Beschränkung der Vereinigungsfreiheit aus Art.5 Abs.2 GG ab, übersieht dabei aber, dass das Recht zur Vereinigungsfreiheit, auch soweit diese eine Meinungsäusserung einschliesst, in Art.9 GG abschliessend geregelt ist, so dass ein Rückgriff auf Art.5 Abs.2 GG ausgeschlossen ist.
- 2) Ebenso im Ergebnis: Pasquay, Annalen des Dt.Reiches 1914, 102 ff; Thoma, Pr.OVG-Festg., S.204 ff; v.Rheinbaben, aaO, S.35; Anschütz, WRV, Anm.3 zu Art.130 (S.606); Kulmann, DJZ 1909, Sp.689 ff; Jellinek, VerWR, S.489; Maunz, DStR, S.105; Stein in Zinn-Stein, Anm.5 zu Art.115 (S.138); Scheuner, RStW III, 159 ff(165 Fussn.6); v.Mangoldt-Klein, Anm.IV, 1 zu Art.9 (S.323). aa:Giese, Anm.3 zu Art.130 WRV.
- 3) So aber auch Grabendorff, DÖV 1951, 550 ff. Ein Verbot aktiver Parteizugehörigkeit (Art.21 Abs.2 WüBad.Beamtenges.v.19.11.1946) dürfte im Interesse der Neutralität des Beamtentums verfassungsmässig sein.

in bestimmten Situationen es dem Gesetzgeber freistehen muss, die politische Bewegungsfreiheit der Beamten zu beschränken, um das Berufsbeamtentum überhaupt zu erhalten.

III. Die Pflicht zum Eintritt für die freiheitlich demokratische Grundordnung und Art.9 GG.

Die Pflicht des Beamten, sich durch sein gesamtes Verhalten zu der freiheitlich demokratischen Grundordnung zu bekennen und für sie einzutreten (§ 52 Abs.2 BBG), beeinträchtigt die Freiheit des Beamten, sich Vereinigungen anzuschliessen, die die freiheitlich demokratische Grundordnung bekämpfen, und sich in ihnen zu betätigen. Die Vereinigungsfreiheit findet nach Art.9 Abs.2 GG für Vereinigungen allgemein dort ihre Grenze, wo sie zugunsten gesetzwidriger oder gegen die verfassungsmässige Ordnung oder die Völkerverständigung gerichteter Vereinigungen angerufen wird. Für Parteien und ihre Unterorganisationen zieht Art.21 Abs.2, S.1 GG als lex specialis zu Art.9 GG<sup>1)</sup> die Grenze der Parteibetätigung mit dem Bestand der freiheitlich demokratischen Ordnung und der Bundesrepublik Deutschland. Als Vorbehaltsschranke für die Vereinigungsfreiheit macht die jedes Gesetz verfassungsmässig, dass den Beitritt oder die Tätigkeit in Vereinen, die sich gegen die freiheitlich demokratische Grundordnung richten, verbietet<sup>2)</sup>. Diesen durch Art.9 Abs.2 und 21 Abs.2 GG frei gewordenen Raum füllt § 52 Abs.2 BBG nur aus,

- 
- 1) v.Mangoldt-Klein, Anm.III, § zu Art.9 (S.326).
  - 2) Für das Verbot der Mitgliedschaft in Parteien dürfte jedoch zu beachten sein, dass dann gemäss Art.21 Abs.2 S.2 GG die Entscheidung über die Verfassungswidrigkeit der Partei durch das BVerfG abgewartet werden muss, wenn das Beitrittsverbot die Parteien gänzlich aus dem politischen Leben ausscheidet. Das ist nicht der Fall, wenn etwa nur den Beamten die Beteiligung verboten wird, da Art.21 Abs.2 S.2 GG nur die Parteien ihrer politischen Funktion, nicht die Mitglieder schützen will. Unrichtig sind daher die auf diesen Artikel gestützten Einwände gegen die Verfassungsmässigkeit des Beschlusses der Bundesregierung v.19.9.1950 (LAG Kiel, ArbRSt IX, 457; Heidelberger Gutachten, S.17; Ule, DVBl 1951, 340 ff; zufrefend: Grewe, Gutachten, S.58 ff; Koellreutter, DOV 1951, 467 ff; EG AOR 76, 335 ff; Behnke, BDO, Einf.III C, 5 (S. 104); OVG Koblenz v.11.12.1951, AS 1, 23 ff (36 f).

wenn dort eine Betätigung gegen die freiheitlich-demokratische Grundordnung ausgeschlossen wird, denn Vereinigungen sind insbesondere dann gegen die verfassungsmässige Ordnung gerichtet, wenn sie sich gegen die freiheitlich-demokratische Ordnung wenden. Die verfassungsmässige Ordnung im Sinne des Art. 9 Abs. 2 GG enthält zumindest auch die freiheitlich-demokratische Grundordnung, wie sie in § 52 Abs. 2 BBG zitiert wird. Daher verstösst es nicht gegen Art. 9 Abs. 1 GG, wenn dem Beamten in § 52 Abs. 2 BBG auch die Betätigung in verfassungsfeindlichen Vereinigungen verboten wird<sup>1)</sup>.

Das ist geschehen im Beschluss der Bundesregierung vom 19.9.1950 (GVBl v. 20.9.1950)<sup>2)</sup> über die politische Betätigung von Angehörigen des öffentlichen Dienstes gegen die demokratische Grundordnung. Er stützte sich auf die Pflicht des Beamten, sich durch sein geantes Verhalten zur demokratischen Staatsform zu bekennen. Entgegen manchen Bedenken ist wegen Art. 9 Abs. 2 GG diese Sonderverordnung<sup>3)</sup> unter dem Gesichtspunkt des Art. 9 GG verfassungsmässig.

- 
- 1) a) Nachweise für die Monarchie s. oben S. 12, Anm. 3.  
b) Nachweise für die Republik s. oben S. 15 Anm. 3.  
c) für das Grundgesetz: OVG Berlin nach FAZ v. 19.11.1955 Nr. 269; LAG Hannover v. 2.11.1950, Der Betrieb 1951, 468 (beide für Angestellte im öffentlichen Dienst); OVG Koblenz v. 8.6.1954, JZ 1955, 16 ff; v. 11.12.1951 AS 1, 23 ff (34); LAG Bremen v. 6.6.1951, BB 1951, 475 ff; Redelberger, DUV 1954, 397 ff (401); Behnke, BDO Einf. III C, 5 (S. 1102); Grewe, Gutachten, S. 37 ff; Koellreutter, DUV 1951, 467 ff; SG, AOR 76, 85 ff und 335 ff; Grewe, Ref. 39 DJT, D 28; Otto, Disk. beitr. D 142, 161; Nischk, Anm. 2 zu § 52 (S. 73); Scholtisek, Beamtensbund 1955, 62 ff (63); Roemer, BDO, Einl. S. 72; Grabendorff, Beamtensbund 1953, 167; Zehe, Diss., S. 142.  
aa: Heidelberger Gutachten S. 11 ff; VG Darmstadt v. 4.9.1951, NJW 1951, 855. Vgl. auch Art. 23 Bayr. Beamtengesetz v. 28.10.1946, (GVBl S. 349), § 11 Abs. 3 des Gesetzes über die Rechtsstellung der Beamten und Angestellten im öffentlichen Dienst des Landes Hessen i. d. F. v. 11.11.1954 (GVBl 1954, S. 239).
  - 2) Dazu Erl. des BMI v. 19.9.1950 und Württemb. Bad. LT v. 11.10.1950 (Württemb. Bad. Staatsanzeiger v. 14.10.1950).
  - 3) H. J. Wolff, VerwR I, § 25, VIII (S. 89).

Aus dem so zulässigen Verbot an den Beamten, verfassungswidrige Parteien zu unterstützen, ist m.E. auch ein Recht des Dienstherrn abzuleiten, den Beamten nach der früheren oder andauernden Zugehörigkeit zu verfassungsfeindlichen Vereinigungen zu befragen. Grenze ist jedoch die Würde des Menschen. Persönlicher Druck und Drohungen sind ausgeschlossen. Da ferner Art. 9 GG nicht grundsätzlich ein Verbot jeglicher Parteizugehörigkeit für Beamte ausschliesst, kann man den Dienstherrn wegen Art. 9 GG auch darüber hinaus nicht das Recht versagen, überhaupt Fragen an seine Beamten nach der Zugehörigkeit zu Parteien jeder Art zu stellen<sup>1)</sup>.

Mit der Vorbehaltsschranke des Art. 9 Abs. 2 und 21 Abs. 2 GG sind nur negativ verfassungsfeindliche Vereinigungen verboten. Die Freiheit der Betätigung in Vereinigungen kann aber auch dadurch beeinträchtigt werden, dass § 52 Abs. 2 BBG dem Beamten auch ein Eintreten für die freiheitlich demokratische Grundordnung abverlangt. Nun unterliegt aber Art. 9 Abs. 1 GG auch den Schranken des Art. 2 Abs. 1 GG. Damit sind alle Beamtenpflichten gegenüber dem Anspruch des Art. 9 GG aufrechtzuerhalten, die mit dem Beamtenverhältnis die verfassungsmässige Ordnung aufrechtzuerhalten helfen. Die Pflicht, sich zur freiheitlich demokratischen Grundordnung zu bekennen, scheint für ein Beamtenverhältnis in einer zur Selbstverteidigung angelegten Demokratie unentbehrlich. Es ist Aufgabe des Beamten, diese Ordnung zu schützen und zu wahren. Damit ist es unvereinbar, dass der Beamte dienstlich oder ausserdienstlich sich dieser Ordnung gegenüber gleichgültig verhält. Ohne eine solche Pflicht zum Eintreten für die freiheitlich demokratische Grundordnung kann das Berufsbeamtentum seine Funktion, diese Ordnung zu schützen, kaum erfüllen. Damit dient diese Pflicht dazu, die Funktionen des Beamtenverhältnisses zu sichern. Dann setzt sich diese Pflicht wegen Art. 2 Abs. 1, 2. Halbsatz GG auch gegenüber der Vereinigungsfreiheit des Art. 9 GG durch.

---

1) BDH v. 28. 9. 1954, ZBR 1954, 343 und v. 4. 10. 1954, JZ 1956, 94 f.; Anders: Arndt, JZ 1956, 80; Grabendorff, ZBR 1955, 48 f.

#### IV. Koalitionsfreiheit und Streikrecht.

a) Da die Koalitionsfreiheit des Art.9 Abs.3 GG nicht nur den Schranken des Art.2 Abs.1, 2. Halbsatz GG, sondern auch denen des Art.9 Abs.2 GG unterliegt<sup>1)</sup>, gilt das für die Vereinigungen nach Art.9 Abs.1 GG gewonnene Ergebnis auch für die Betätigung in Berufsverbänden. Dem Beamten steht also im Rahmen seiner Beamtenpflichten die Betätigung in Berufsverbänden und Gewerkschaften zu<sup>2)</sup>.

b) Das Streikrecht ist kein Grundrecht<sup>3)</sup>.

#### 3. Kap. Die Versammlungsfreiheit (Art.8 GG).

Nach Art.8 GG haben alle Deutschen das Recht, sich friedlich und ohne Waffen zu versammeln. Ein Gesetzesvorbehalt gilt nur für Versammlungen unter freiem Himmel (Abs.2). Geschützt ist in Art.8 GG das Recht, eine Versammlung einzuberufen, zu leiten und an ihr teilzunehmen.

Da Art.8 GG für jeden Deutschen gelten soll, steht es auch jedem Beamten zu. Das liegt auch im Interesse des Staates, der den Beamten nicht von einer der wichtigsten Informationsquellen abschneiden sollte. Daraus folgt jedoch nicht, wie Zeihe<sup>4)</sup> annimmt, dass das Versammlungsrecht dem Beamten unbeschränkt zuerkannt ist. Es muss dazu nachgewiesen werden, dass die dem Beamten kraft seiner Unterwerfung und der Einstellung obliegenden Beamtenpflichten, die die Versammlungsfreiheit beschränken, auf einer vom Grundgesetz zugelassenen Grundrechtsschranke beruhen.

1) v.Mangoldt-Klein, Anm.VI, 1 zu Art.9 (S.331).

2) Fischbach, BBG, BV, 5c (S.22); BDH v.3.12.1953, ZBR 1954, 152: keine Benachteiligung wegen Betätigung in einer Gewerkschaft. Ausdrücklich verbürgt das Recht auf Zugehörigkeit zur Gewerkschaft § 11 Abs.4 des Gesetzes über die Rechtsstellung der Beamten und Angestellten im öffentlichen Dienst des Landes Hessen i.d.F. v. 11.11.1954 (GVBl 1954, 239).

Die Dienstpflicht schliesst eine Verpflichtung des Beamten zum Streik aus, da mit dem Streikrecht die für das Beamtenverhältnis unentbehrliche Dienstpflicht aufgehoben würde.

3) v.Mangoldt-Klein, Anm.VII, 2 zu Art.9 (S.332) mit Lit.

4) Diss., S.136.

Dazu ist der Vorbehalt des Art.8 Abs.2 GG nicht in der Lage. Er bezieht sich seinem Sinne nach offenbar nur darauf, Bannmeilengesetze und verkehrspolizeiliche Massnahmen zu ermöglichen.

Dagegen befreit die Versammlungsfreiheit des Art.8 Abs.1 GG mit der Freiheit der Teilnahme an Versammlungen dann nicht von den Schranken des Art.5 Abs.2 GG, wenn der Teilnehmer in der Versammlung zu Meinungsäusserungen gelangt<sup>1)</sup>. Der Beamte ist also bei Meinungsäusserungen innerhalb einer Versammlung nicht von den wegen des Vorbehalts des Art.5 Abs.2 GG für ihn weiter bestehenden Beamtenpflichten befreit: Pflicht zur Mässigung und Zurückhaltung auch bei politisch gefärbten Äusserungen, Pflicht zum Eintreten für die freiheitlich demokratische Grundordnung.

Für die Teilnahme und Leitung von Versammlungen, die nicht Meinungsäusserung ist, gelten daneben die Schranken des Art. 2 Abs.1 GG: die Versammlungsfreiheit endet an den Rechten anderer, der verfassungsmässigen Ordnung und dem Sittengesetz. Daraus folgt, dass sich die Pflicht des § 52 Abs.2 BBG, jedes Handeln gegen die freiheitlich demokratische Ordnung zu unterlassen, deswegen mit Art.8 GG vereinbaren lässt, weil auch die Versammlungsfreiheit nicht gegen die verfassungsmässige Ordnung in Anspruch genommen werden darf. Die Pflicht zum Eintreten für die freiheitlich demokratische Ordnung, wie auch die Pflicht zum achtungswürdigen Verhalten und zur Mässigung bei politischer Betätigung (§§ 53, 54 S.2 BBG) sind deswegen mit Art.8 GG vereinbar, weil sie erforderlich sind, um das Beamtenverhältnis in seiner verfassungsmässigen politischen Funktion und seinem Bestand zu erhalten. Das das Berufsbeamtentum und damit auch die Beamtenverhältnisse für den Bestand der verfassungsmässigen Ordnung notwendig sind, darf ein Beamter wegen Art.2 Abs.1, 2.Halbsatz GG sich nicht über seine Beamtenpflichten

1) v.Mangoldt-Klein, Ann.IV, 2b zu Art.8 (S.313); Wernicke, BK, II, 1a zu Art.8; Füsslein, Versammlungsgesetz, Vorbem. Abs.7 zu § 1(S.18): Es handelt sich um Meinungsäusserungen in der Versammlung, für die allein Art.8 GG gilt.

ten hinwegsetzen<sup>1)</sup>. Die im Bericht des Bundesratsausschusses zu § 52 Abs.2 BBG<sup>2)</sup> vertretene Auffassung, ein Beamter müsse zumindest aus Protest eine Versammlung verlassen und darüberhinaus noch die freiheitlich demokratische Ordnung verteidigen, wenn sie in einer Versammlung angegriffen werde, ist daher mit Art.8 GG vereinbar.

4.Kap. Die Freiheit des Glaubens, des Gewissens und des religiösen und weltanschaulichen Bekenntnisses (Art. 4 GG).

Die in Art.4 GG ausgesprochene Gewissens-, Bekenntnis- und Kulturfreiheit steht dem Beamten uneingeschränkt zu, da eine Beschränkung dieses elementaren Verfassungsgrundsatzes nicht erforderlich ist, um das Beamtenverhältnis aufrechtzuerhalten, die Pflichten des Beamten die in Art.4 GG geregelte Sphäre überhaupt nicht berühren. Seiner Herkunft als Schutz der religiösen Sphäre entsprechend, schützt Art.4 GG vor allem nicht (partei-)politische Ansichten<sup>3)</sup>. Daher wird die Ausübung der Bekenntnisfreiheit durch die Beamtenpflichten nicht berührt<sup>4)</sup>.

5.Kap. Das Recht der Freizügigkeit (Art.11 Abs.1 GG).

Nach Art.11 Abs.1 GG haben alle Deutschen das Recht, wenigstens im Gebiet der Bundesrepublik Deutschland ihren Wohnsitz frei zu wählen. Damit steht es im Widerspruch, wenn § 74 Abs.1 BBG den Beamten verpflichtet, seine Wohnung so zu nehmen, dass er in der ordnungsmässigen Wahrnehmung seiner Dienstgeschäfte nicht beeinträchtigt wird. In Abs.2 wird dem Dienstvorsetzten das Recht zuerkannt, nötigenfalls dem Beamten zu befehlen, eine nahe gelegene Wohnung zu nehmen. Dieser Widerspruch gilt auch für § 75 BBG, nach dem der Beamte angewiesen

- 
- 1) Scheuner, RStW III, 159 ff (165, Fussn.106); im Ergebnis ebenso: v.Mangoldt-Klein, Anm.IV, 2c zu Art.8 (S.313) mit Nachweisen. a.A.: Füsslein, DVBl 1954, 553; Zeihe, Diss.S. 136; Füsslein bei Neumann-Nipperdey-Scheuner II, 426 ff (450 f).
  - 2) Abgedruckt bei Bochalli, BBG, Anm.2 zu § 52 (S.184).
  - 3) v.Mangoldt-Klein, Anm.III,1 zu Art.4 (S.218); Scheuner, Gutachten, S.87; Grewe, Gutachten, S.50 gegen Heidelberger Gutachten, S.16 und VG Darmstadt v.4.9.51, NJW 51, 855.
  - 4) Thoma, ProVG-Festg. S.183 ff (207); Maunz, DStR, S.105.

worden kann, sich während der dienstfreien Zeit in erreichbarer Nähe des Dienstortes aufzuhalten. Wegen dieser Residenzpflicht bedeutet auch die nach §§ 26 und 27 BBG dem Beamten gegenüber zulässige Abordnung und Versetzung einen Eingriff in das in Art.11 Abs.1 GG niedergelegte Recht der freien Aufenthaltswahl. Da Art.11 Abs.1 GG auch die Freiheit der Auswanderung umfasst<sup>1)</sup>, entsteht auch die Frage, ob § 29 Abs.1 Zif.2 BBG verfassungsmässig ist, wenn dort kraft Gesetzes ein Beamter als entlassen erklärt wird, der ohne Zustimmung der obersten Dienstbehörde seinen Wohnsitz ins Ausland verlegt.

Alle diese kraft Unterwerfung und Anstellung den Beamten treffenden gesetzlichen Pflichten füllen nicht den Raum aus, der den Gesetzgeber in Art.11 Abs.2 GG eingeräumt ist. Diese Beamtenpflichten sind nicht geschaffen, um irgendwo den Bewohnern bestimmter Orte eine ausreichende Lebensgrundlage zu sichern, wie auch nicht zum Schutz der Jugend oder der Volksgesundheit.

Dagegen unterliegt Art.11 Abs.1 GG als Freiheitsrecht den Schranken des Art.2 Abs.1, 2.Halbsatz GG. Die Freizügigkeit darf nicht dazu in Anspruch genommen werden, mit dem Beamtenverhältnis die verfassungsmässige Ordnung zu untergraben. Das aber tut der Beamte, der mit Hilfe des Art.11 Abs.1 GG die Residenzpflicht der §§ 74, 75 BBG oder die Auswanderungssanktion des § 29 Abs.1 Zif.2 BBG aus den Angeln heben will. Denn ohne eine Pflicht zur dienstortnahen Wohnung und zum Verbleiben im Inland lässt sich die Aufgabe des Berufsbeamtentums, den Bewohnern der Bundesrepublik Deutschland ein menschenwürdiges Dasein in einem Rechts- und Sozialstaat zu sichern, nicht erfüllen. Ohne eine Residenzpflicht wäre der Behördenapparat bald lahmgelegt und eine ordnungsmässige Erfüllung der Verwaltungsfunktionen kaum möglich. Das ist jedoch erforderlich, um die verfassungsmässige Ordnung im Sinne des Art.2 Abs.1, 2.Halbsatz GG aufrechtzuerhalten, und ist daher auch Grenze des Gebrauchs des Rechts der Freizügigkeit (Art.11 Abs.1 GG), das auch den Grenzen des Art.2 Abs.1, 2.Halbsatz GG unterliegt. Das Recht

1) v.Mangoldt-Klein, Anm.III,2 zu Art.11 (S.348). Die Frage ist streitig.

der Freizügigkeit ist demnach für Beamte beschränkt durch die Residenzpflicht der §§ 74, 75 BBG und die Pflicht zum Verbleiben im Inland (§ 29 Abs.1 Zif.2 BBG)<sup>1)</sup>.

6.Kap. Das Recht der freien Entfaltung der Persönlichkeit  
(Art.2 Abs.1 GG).

Art.2 Abs.1 GG gewährleistet das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit im Rahmen der verfassungsmässigen Ordnung, des Sittengesetzes und der Rechte anderer. Dem Art.2 Abs.1 GG wird der Grundrechtscharakter bestritten<sup>2)</sup>. Unter denen, die ihn bejahen, herrscht Streit darüber, mit welchem Inhalt man den Begriff der freien Entfaltung der Persönlichkeit füllen soll. Entgegen den von v.Mangoldt-Klein<sup>2)</sup> geäusserten Bedenken wird man m.E. dem Art.2 Abs.1 GG Grundrechtscharakter zuerkennen müssen. Der Charakter des Art.2 Abs.1 GG als oberster Freiheitsrechtsleitsatz schliesst es nicht aus, in einem begrenzt gefassten Begriff der freien Entfaltung der Persönlichkeit noch ein aktuelles Grundrecht zu sehen. Die Gefahr einer Aushöhlung des Art.2 Abs.1 GG für alle möglichen Interessen lässt sich so ausschalten, dass man in der freien Entfaltung der Persönlichkeit nur die Werte geschützt sieht, die erforderlich sind, damit der Mensch "seine Wesensanlage als geistig sittliche Person überhaupt entfalten kann"<sup>3)</sup>. Diese Auslegung legt der Zusammenhang nahe, in dem Art.2 Abs.1 GG mit der Würde des Menschen (Art.1 Abs.1 GG) steht. Die wohl herrschende Auslegung, dass Art.2 Abs.1 GG die allgemeine Handlungsfreiheit in allen Lebensbereichen meine<sup>4)</sup>, führt folgerichtig dazu, dass jedes Gesetz dem Schutz der verfassungsmässigen Ordnung als der Schranke der Handlungsfreiheit dienen müsste, wenn man

- 1) IM Ergebnis ebenso: OVG Koblenz v.19.4.1955, RiA 55, 222 u.v. 11.12.51, AS 1,23 ff; Maunz, DStR, S.105; Kern, DÖV 53, 107 ff; Gericke, RiA 55, 209 ff; v.Mangoldt-Klein, Anm.IV, 1 zu Art.11 (S.349); Kalisch, AOR 78, 334 ff (353); Bochall, BBG, Anm.1 zu 74 Dürig bei Neumann-Nipperdey-Scheuner, II, 507 ff (514) mit m.E. unrichtiger Anwendung des Art.12 Abs.1 S.2; Zeihe, Diss.S.171.
- 2) v.Mangoldt-Klein, Anm.III, 5 zu Art.2 (S.166f); Haas, DÖV 54, 70ff
- 3) BVerfG v.20.7.54, E 4, 7 ff (15); ähnlich: Peters, Launfestg. S.669 ff (673); Bachof, DÖV 54, 352 f.
- 4) Nachweise bei v.Mangoldt-Klein, Anm.III, 6a zu Art.2 (S.171), Anm.II, 2 zu Art.2 (S.161).

nicht als verfassungsmässige Ordnung die Rechtsordnung verstehen will<sup>1)</sup>. Dann würde man aber Art.2 Abs.1 GG zum Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung erniedrigen. Wenn man daher dem Art.2 Abs.1 GG einen Sinn beilegen will, muss man in dem Begriff der freien Entfaltung der Persönlichkeit schon die Freiheit sehen, sich als sittlich angelegte Persönlichkeit in der der Würde des Menschseins angemessenen Weise entfalten zu können. In Art.2 Abs.1 GG ist damit nur der Kernbereich der Persönlichkeit geschützt, den die nachfolgenden Grundrechte in ihren einzelnen Ausstrahlungen besonders aufgreifen und schützen. In dieser Auslegung ist Art.2 Abs.1 GG bestimmt genug, um in ihm entsprechend der Aufnahme in den Grundrechtsteil ein Grundrecht zu sehen.

Vergleicht man den Katalog der Beamtenpflichten mit diesem in Art.2 Abs.1 GG niedergelegten Schutz der Persönlichkeitsentfaltung, so lässt sich ein Verstoss gegen diesen Kernbereich des Persönlichkeitsschutzes nicht finden. Weder die Unvereinbarkeit des Abgeordnetenmandats mit dem Beamtenverhältnis (§ 28 Zif.2 BBG), die Genehmigungspflicht für die Annahme von Geschenken, von ausländischen Orden und Titeln (§§ 70, 71 BBG), das Recht zur Versetzung (§ 26 Abs.1 BBG), die Verpflichtung, einen Diensteid zu leisten (§ 58, 28 Abs.1 Zif.1 BBG), noch die Pflicht zum Gehorsam gegenüber Vorgesetzten, die Pflicht, Überstunden zu leisten (§ 72 Abs.2 BBG) oder die Pflicht, Dienstkleidung zu tragen verletzen das Grundrecht der freien Entfaltung der Persönlichkeit in seiner von der Würde des Menschen aus gewonnenen engen Auslegung<sup>2)</sup>.

Dagegen verstösst m. E. die für Polizeivollzugsbeamte noch übliche Genehmigungspflicht für Heiraten vor dem 27. Lebens-

1) Wie dies v.Mangoldt, BBG, 1.Aufl. Anm.2 zu Art.2(S.47) folgerichtig tat.

2) OVG Münster v.17.7.1952 (II-A 851/51), zit. nach der Leitsatzkartei des Kommunalwissenschaftlichen Instituts der Universität Münster: Art.2 Abs.1 GG stehe auch dem Ruhestandsbeamten zu.

jahr<sup>1)</sup> gegen das Grundrecht der freien Entfaltung der Persönlichkeit, als dem Recht, seiner Wesensanlage als geistig-sittlich geprägte Persönlichkeit in der Würde des Menschseins leben zu können. Dass das Grundgesetz das Recht zu heiraten zu den für die Entfaltung der Wesensanlagen des Menschen notwendigen Rechten zählt, ergibt sich schon aus der Bedeutung, die es in Art. 6 Abs. 1 GG der Ehe zumisst. Selbst wenn nicht in Art. 12 der Strassburger Menschenrechtskonvention mit Grundrechtswirkung im Inland die Eheschliessungsfreiheit unbegrenzt gewährleistet wäre<sup>2)</sup>, scheint mir diese praktisch als Eheverbot wirkende Pflicht gar nicht einmal erforderlich zu sein, um das Polizeibeamtenverhältnis aufrechtzuerhalten. So ist auch der Weg verschlossen, diese Genehmigungspflicht als letztlich zum Schutz der verfassungsmässigen Ordnung ergangen, auf die Grundrechtsschranke des Art. 2 Abs. 1, 2. Halbsatz GG zu stützen. Damit verstösst diese Genehmigungspflicht für derartige Eheschliessungen gegen das Grundrecht der freien Entfaltung der Persönlichkeit und ist verfassungswidrig<sup>3)</sup>.

#### 7. Kap. Das Petitionsrecht (Art. 17 GG).

Gemäss Art. 17 GG hat jeder das Recht, sich mit Bitten und Beschwerden an die zuständige Stelle und an die Volksvertretung zu wenden. Die unbeschränkte Fassung dieses Grundrechts

- 
- 1) § 5 des vorläufigen Polizeivollzugsbeamtengesetzes des Bundes v. 6. 8. 1953 (BGBl. I, 899); weitere Nachweise bei Schneeberger, ZBR 1956, 33 ff.
  - 2) Die von Schneeberger (ZBR 1956, 33 ff) vertretene Einschränkung auf ein Diskriminierungsverbot von Bevölkerungsgruppen (Art. 14 der Konvention) lässt sich nicht halten, da der Art. 12 das Recht zur Heirat abgesehen vom Heiratsalter unbeschränkt gewährleistet. Seine Auffassung, es handele sich nur um eine beamtenrechtliche Sanktion eines garnicht bestehenden Eheverbots, übersieht, dass die beamtenrechtliche Sanktion praktisch wie ein Eheverbot wirkt - und darauf kommt es bei Grundrechtseinschränkungen allein an.
  - 3) Loppuch, DVBl 1950, 123 ff; Maunz, DStR, S. 90; MdN, DÖV 1953 18 ff; Krüger, ZBR 1955, 289 ff gegen Hamann, RiA 1955, 161 f; OVG Koblenz v. 19. 4. 1955, RiA 1955, 222 ff; Schneeberger, ZBR 1956, 33 ff; Neis, ZBR 1953, 157 ff (159).

spricht dafür, dass es auch den Beamten zusteht<sup>1)</sup>.

Art. 17 GG unterliegt jedoch als Freiheitsrecht den Schranken des Art. 2 Abs. 1, 2. Halbsatz GG. Über die dort jedem Freiheitsrechtsgebrauch gezogene Schranke an der verfassungsmässigen Ordnung sind alle diejenigen Pflichten gegenüber dem Grundrechtsanspruch aufrechtzuerhalten, die erforderlich sind, um mit dem Beamtenverhältnis auch das Berufsbeamtentum seiner verfassungspolitischen Funktion zu erhalten. Als solche Pflichten sind für das Beamtenverhältnis unter anderem unentbehrlich und begrenzen auf dem Wege über Art. 2 Abs. 1, 2. Halbsatz GG auch das Petitionsrecht: die Pflicht, auch bei Petitionen immer für die freiheitlich-demokratische Grundordnung einzutreten und die Pflicht zur Mässigung und Zurückhaltung, die wohl Petitionen über Gegenstände des eigenen Dienstkreises erst dann gestattet, wenn der Dienstweg erschöpft ist<sup>2)</sup>. Innerhalb des Rahmens dieser Dienstpflicht ist es jedoch dem Beamten freigestellt zu petitionieren<sup>3)</sup>.

### 8. Kap. Das Recht der freien Berufswahl (Art. 12 Abs. 1, Satz 1 GG.)

Nach Art. 12 Abs. 1, Satz 1 GG haben alle Deutschen das Recht, ihren Beruf und Arbeitsplatz frei zu wählen. Darin scheinen die Beamten beeinträchtigt, wenn § 65 Abs. 1 BBG eine Reihe von Nebenbeschäftigungen nur zulässt, wenn sie dem Beamten besonders

- 
- 1) Unbegrenztes Recht des Beamten zur Petition: Giese, GG, Anm. IV, 1 zu Art. 17; Abg. Dr. Schmid im Hauptausschuss des Parlamentarischen Rats nach JOR (NF) 1, 171; Maunz, DStR, S. 105; wohl auch Kollmann, DOV 1952, 264 ff;
  - 2) Petition erst nach Erschöpfung des Dienstweges: Mattern bei Neumann-Nipperdey-Scheuner II, 623 ff (633); Ambrosius, DOD 1955, 22 ff; aa: Red. Notiz, RIA 1955, Heft 3, S. II.
  - 3) Art. 17 GG durch Beamtenpflichten eingeschränkt: Jellinek, VerWR, S. 370 mit Nachweisen; Mattern bei Neumann-Nipperdey-Scheuner II, 623 ff (633); Ambrosius, DOD 1955, 22 ff; Fischbach, Einl. B V, 5 (S. 24); Schönborn, Pappenheimfestg., S. 310; RDH v. 21. 10. 1924, JW 1925, 372 ff mit Anm. von Görres; Brand bei Nipperdey II, 210 ff und bei v. Brauchitsch VIII, 128; dahingestellt geblieben bei BDH v. 30. 1. 1954, AS 1, 25 ff (29) und vom 21. 8. 1953, AS 1, 32 ff; Stein bei Zinn-Stein, Anm. 2 zu Art. 16 (S. 139).

gestattet worden sind. Damit ist die Freiheit beeinträchtigt, eine Beschäftigung nach freier Wahl aufnehmen zu können. Der nur für die bereits begonnene Berufsausübung gedachte Gesetzesvorbehalt des Art.12 Abs.1, Satz 2 GG passt hier nicht. Die Lösung dieses Widerstreits ergibt sich wiederum daraus, dass Art.12 Abs.1, Satz 1 GG als Freiheitsrecht nicht gegen die jedem Freiheitsrechtsgebrauch entzogene verfassungsmässige Ordnung im Sinne des Art.2 Abs.1, 2.Halbsatz GG gebraucht werden darf, da die Schranken des Art.2 Abs.1, 2.Halbsatz GG auch für Art.12 Abs.1, Satz 1 GG gelten. Über Art. 2 Abs.1 GG sind aber alle für das Beamtenverhältnis notwendigen Pflichten gegenüber den Grundrechten aufrechterhalten. Wozu dieser Ausschluss der freien Nebentätigkeit erforderlich ist, ist in § 65 Abs.2 BBG selbst gesagt: um die dienstlichen Leistungen und die Unparteilichkeit des Beamten zu erhalten. Das reicht aus, um auch angesichts des Art.12 Abs.1, Satz 1 GG den § 65 Abs.1 BBG für verfassungsmässig zu halten<sup>1)</sup>.

9. Kap. Die Gleichheit vor dem Gesetz (Art.3 GG).

§ 13 Widerstreit des Art.3 GG mit den Beamtenpflichten.

Art.3 Abs.1 GG gewährt allen Menschen die Gleichheit vor dem Gesetz. In Abs.3 wird als Mindestsicherung die Benachteiligung nach einer Reihe von Gesichtspunkten überhaupt verboten: der Rasse, des Geschlechts, der Abstammung, der religiösen und politischen Anschauungen u.a. Im Verhältnis der Grundrechte zum Beamtenverhältnis spielt der Gleichheitssatz in zwei Richtungen eine Rolle:

- (1) ob er, insbesondere seine Abs.2 oder 3 eine Schlechterstellung oder den vermehrten Pflichtenkreis des Beamten gegenüber den übrigen Staatsbürgern ausschliesst.
- (2) ob dem Beamten innerhalb des begründeten besonderen Gewaltverhältnisses die Berufung auf Art.3 GG dann zusteht, wenn er schlechter behandelt wird als vergleichbare andere Beamte.

---

1) OVG Koblenz v.11.12.1951, AS 1,23 ff (35) und v.19.4.1955, RIA 1955, 222 ff; ohne Begründung ablehnend: Maunz, S.105.

§ 14. Die Verletzung des Gleichheitssatzes wegen geminderter Rechtsstellung des Beamten gegenüber anderen Staatsbürgern.

I. Verletzung des Art. 3 Abs. 3 GG.

Die Frage, ob Art. 3 GG die Sonderstellung des Beamten mit seinem im BBG niedergelegten vermehrten Pflichtenkreis ausschliesst, ist methodisch so zu beantworten, dass zunächst geprüft wird, ob mit den Beamtenpflichten eine Benachteiligung nach den in Art. 3 Abs. 3 GG genannten Gesichtspunkten verbunden ist<sup>1)</sup>. Denn nach den dort genannten Gesichtspunkten ist eine Benachteiligung besonders ausgeschlossen.

Soweit ersichtlich, scheinen nur die §§ 53 und 52 Abs. 2 BBG in einem Widerspruch zu dem Verbot des Art. 3 Abs. 3 GG zu stehen, jemanden wegen seiner politischen Anschauungen zu benachteiligen. Denn die Pflicht zur Zurückhaltung im politischen Leben und die Verpflichtung, für die freiheitlich demokratische Grundordnung einzutreten (mit dem Verbot verfassungsfeindlicher Meinungsäusserungen und der Förderung von Vereinigungen, die sich gegen die freiheitlich demokratische Grundordnung wenden), stellen den Beamten in seiner politischen Betätigung schlechter als die übrigen Staatsbürger.

Für die Pflicht zur Mässigung und Zurückhaltung bei der politischen Betätigung (§ 52 Abs. 2 BBG) fehlt es an dem mit dem Wort "wegen" angedeuteten notwendigen Kausalzusammenhang<sup>2)</sup> zwischen der politischen Anschauung und dem Zurückhaltungsgebot. Dem Beamten wird die Mässigung nicht wegen seiner politischen Anschauung auferlegt, sondern weil das Ansehen und das Vertrauen in die Unparteilichkeit der Amtsführung ein Masshalten erfordern. Das trifft nicht den Sinn des Verbots der Benachteiligung wegen politischer Anschauungen in Art. 3 Abs. 3 GG, mit dem verhindert werden sollte, dass jemand wegen einer konkre-

1) Vgl. v. Mangoldt-Klein, Anm. III, 4c zu Art. 3 (S. 201); m. E. unrichtig: Scheuner, Gutachten, S. 88, wenn er zu Art. 3 Abs. 3 GG noch einmal prüft, ob die Benachteiligung willkürlich ist.

2) Dazu: BVerfG v. 7.5.53, E 2, 266 ff (286).

ten politischen Anschauung Nachteile oder Vorteile haben könnten. Art. 3 Abs. 3 GG passt also nicht für Massnahmen, die ohne Bezug auf eine bestimmte politische Anschauung das Ausmass der politischen Betätigung einschränken. Das gilt auch dann, wenn überhaupt die öffentliche politische Betätigung verboten werden soll, wie es mehrfach auch von angelsächsischer Seite gefordert wurde. Vom Standpunkt des Art. 3 Abs. 3 GG lässt sich dagegen nichts erinnern, die angelsächsischen Demokratien tragen ja auch keine Bedenken, die Beamten in ihren politischen Rechten so zu beschneiden.

Eine solche Benachteiligung wegen einer bestimmten politischen Anschauung kann sich jedoch aus Massnahmen ergeben, die auf die Pflicht des Beamten gestützt werden, sich zur freiheitlich demokratischen Grundordnung zu bekennen und für sie einzutreten. Denn dieses Verhalten wird von dem Staatsbürger ausserhalb des Beamtenverhältnisses nicht verlangt. Wenn etwa von dem Beamten ein Eintreten für die freiheitlich demokratische Ordnung gefordert wird und seine Nichterfüllung aus einer politisch anderen Anschauung Disziplinarfolgen nach sich zieht (§ 77 Abs. 1 BEG), so wird er damit wegen einer politischen Anschauung auch bei weitherziger Auslegung der §§ 88 ff StGB schlechter gestellt als Nichtbeamte. Denn gerade weil er sich geweigert hat, für die freiheitlich demokratische Grundordnung einzutreten, untersteht er einer schlechteren Rechtsstellung. Schliesslich bedeutet auch das Verbot, sich einer verfassungsfeindlichen Vereinigung oder Partei anzuschliessen oder die Staatssymbole anzugreifen, eine Schlechterstellung aus politischer Anschauung gegenüber Staatsbürgern, die sich dieser Handlungen enthalten<sup>1)</sup>. Denn hier wird einer politischen Anschauung wegen differenziert.

Da diese Beschränkungen um der Erhaltung der freiheitlich demokratischen Grundordnung willen erlassen sind und nur die politischen Anschauungen benachteiligen, die gegen oder zumindest nicht für diese Ordnung sind, entsteht die Frage, ob in

---

1) VG Darmstadt v. 4.9.1951, NJW 1951, 855; für die Vereinigungsfreiheit auch Heidelberger Gutachten.

Art. 3 Abs. 3 GG alle Benachteiligungen ausgeschlossen sind, die dem Schutz dieser freiheitlich demokratischen Grundordnung dienen. Das Grundgesetz selbst hat in Art. 9 Abs. 2 und 21 für das Vereinigungsrecht die Schranke aufgestellt, dass es nicht gegen die freiheitlich demokratische Ordnung gebraucht werden darf. In Art. 18 lässt es die Verwirkung einer Reihe von Grundrechten wegen ihres Missbrauchs gegen die freiheitlich demokratische Ordnung zu. Daraus dürfte schon zu schliessen sein, dass in Art. 3 Abs. 3 GG nur die verfassungsmässige politische Anschauung geschützt ist, sofern sie auf dem Boden der im Grundgesetz festgelegten Wertordnung bleibt.

Folgt man der oben vertretenen Ansicht <sup>1)</sup>, dass auch die Berufung auf den Gleichheitssatz dann ausgeschlossen ist, wenn damit gleichzeitig die Schutzgüter des Art. 2 Abs. 1, 2. Halbsatz GG (verfassungsmässige Ordnung, Sittengesetz und Rechte anderer) beeinträchtigt würden <sup>2)</sup>, ergibt sich daraus für Art. 3 Abs. 3 GG eine Schranke der Grundrechtsausübung: das Benachteiligungsverbot des Art. 3 Abs. 3 GG wirkt nur soweit, als die dort geschützte politische Anschauung sich nicht gegen die verfassungsmässige Ordnung im Sinne des Art. 2 Abs. 1 GG wendet. Denn insoweit berührt Art. 3 Abs. 3 GG die freie Entfaltung der Persönlichkeit und ist an deren Schranken, insbesondere an die verfassungsmässige Ordnung gebunden.

In § 52 Abs. 2 BBG wird jedoch darüberhinaus auch ein Einspruch für die freiheitlich demokratische Grundordnung vom Beamten verlangt. Wenn ein Beamter bei einem Verstoss gegen diese Pflicht bestraft werden kann und sich zu seinem Schutz auf Art. 3 Abs. 3 GG beruft, darf man ihm unmittelbar mit Hilfe der Schranke des Art. 2 Abs. 1, 2. Halbsatz GG diesen Einwand nicht abschneiden. Denn Art. 2 Abs. 1, 2. Halbsatz GG verlangt nur, dass der Beamte bei seiner Persönlichkeitsentfaltung jedes die verfassungsmässige Grundordnung beeinträchtigende Verhalten unterlässt. Hier hilft nur, sich darauf zu besinnen, dass § 52 Abs. 2 BBG eine den Beamten treffende Sonderpflicht ist, die für die

1) S. Oben S. 81 f.

2) Ipsen, bei Neumann-Nipperdey-Scheuner II, 110 ff (129 f).

Erfüllung der Aufgaben des für die verfassungsmässige Ordnung des Grundgesetzes unentbehrlichen Berufsbeamtentums notwendig ist. Solche Pflichten setzen sich wegen Art.2 Abs.1,2.Halbsatz GG in seiner mittelbaren Wirkung auch gegenüber Grundrechten durch. Da ohne eine rechtsstaatliche Ordnung des Berufsbeamtentums und das danach ausgestaltete Beamtenverhältnis gefährdet sein würden, ist die Pflicht zum Eintreten für die freiheitlich demokratische Grundordnung gerade in einer wertbetonten, aktiven Demokratie für den Bestand des Beamtenverhältnisses erforderlich und damit auch Schranke des Art.3 Abs.3 GG<sup>1)</sup>.

## II. Verletzung des Art.3 Abs.1 GG.

Sind aus Art.3 Abs.3 GG keine Verstösse gegen den Gleichheitssatz aus den Beamtenpflichten abzuleiten, so ist noch der allgemeine Gleichheitssatz des Abs.1 des Art.3 GG heranzuziehen. Gegen ihn könnte es verstossen, dass schon allein mit den Beamtenpflichten der Beamte anders gestellt ist als der Bürger und daraus eine Ungleichheit folgen würde. In Art.3 Abs.1 GG ist dem Gesetzgeber vorgeschrieben, sachverhältnissmässig Gleiches rechtlich gleich zu behandeln<sup>2)</sup>. Das läuft im Ergebnis auf ein Gebot der Gerechtigkeit und ein Verbot hinaus, willkürliche Unterscheidungen zu treffen. Die Beamtenpflichten beruhen darauf, dass der Beamte im Beamtenverhältnis als Organwalter an den Staat gebunden ist, um die Staatsfunktionen zu fördern und den Staatszweck erfüllen zu können. Diese gegenüber dem Staatsbürger andere Stellung besteht aus einem durchaus sachlichen und vernünftigen Grund. Die Pflichtenkataloge der Beamtengesetze ergehen nicht aus willkürlichen Überlegungen. Damit steht Art.3 Abs.1 GG einer vermehrten Überbürdung von Beamtenpflichten nicht entgegen.

1) Im Ergebnis, aber mit abweichender Begründung ebenso: v.Mangoldt-Klein, Anm.VI,4 zu Art.3 (S.213); Scheuner, Gutachten, S.88; Grewe, Gutachten, S.51; BVerwG v.18.12.1953, AS 1,57 ff; OVG Koblenz v.19.4.1955, RIA 1955, 222 ff; OVG Lüneburg v.25.9.1950, AS 3, 138 ff (144).

2) V.Mangoldt-Klein, Anm.III,1 zu Art.3 (S.189) mit Nachweisen.

§ 15. Die Wirkung des Gleichheitssatzes innerhalb des Be-  
amtenverhältnisses.

Wenn im Verhältnis des Beamten zu anderen Staatsbürgern der Gleichheitssatz weder in Art.3 Abs.1 GG noch in Abs.3 verletzt ist, so gilt im Innenverhältnis zwischen den Beamten sowohl der allgemeine Gleichheitssatz des Art.3 Abs.1 GG als auch der Grundsatz der Gleichberechtigung zwischen Mann und Frau (Art. 3 Abs.2 GG). Es besteht kein Grund, willkürliche Differenzierungen in der Rechtsstellung der einzelnen Beamten zuzulassen<sup>1)</sup>. Das gilt in diesem Zusammenhang auch für Benachteiligungen wegen einer politischen Anschauung (Art.3 Abs.3 GG), wenn auch hier wieder nur in den möglicherweise eingreifenden Grenzen des Art.2 Abs.1,2.Halbsatz GG. So darf ein Beamter nicht allein deswegen entlassen werden, weil sich die parteipolitische Zusammensetzung des einstellenden Organs geändert hat<sup>2)</sup>. Dem Grundsatz der Gleichberechtigung zwischen Mann und Frau hat man im Bundesbeamtengesetz inzwischen Rechnung getragen. Soweit noch das Deutsche Beamtengesetz vom 26.1.1937 die Frau benachteiligte, sind die betreffenden Bestimmungen fallengelassen worden<sup>3)</sup>.

- 
- 1) V.Mangoldt-Klein, Anm.IV, 4 zu Art.3 (S.213); Zeihe, Diss., S.66. In diesem Zusammenhang lassen sich eine Reihe von Entscheidungen und Stimmen in der Rechtslehre zitieren, die die Rechtsstellung von Beamten im internen Verhältnis an Art 3 GG messen (vor allem für den unter Art.131 GG fallenden Personenkreis): Giese, DVBl 1953, 595 ff; Hamann, RiA 1955, 148 ff (161); Meyer, DOV 1954, 66ff; Wenzel, Gesetz zu Art. 131, S.32,35; Jess, ZBP 1950, 4 ff; H.J.Wolff, Anm.zu OVG Lüneburg, ZBP 1951, 89 ff (92); BVerfG v.26.2.1954, JZ 1954, 188 ff (unter C, I, 5c und C, 2), v. 17.12.1953, JZ 1954, 75 ff (unter C I, 3 (S.84), C I, 4c (S.86), C II, 2 (S.87)); BVerfG v.18.12.1953, AS 1, 57 ff; BGH v. 15.5.1952, AS 6, 147 ff, v.6.10.1952, DVBl 1954, 162, v.8.6.1953, ZBR 1954, 113 und v.28.1.1954, ZBR 1954, 146, v.5.7.1954, 271, v.13.6.1955, NJW 1955, 1280; v.26.3.1953, AS 9, 359 ff (371); OVG Lüneburg v.26.9.1950, AS 3, 138 ff (144), v.11.7.1950, DVBl 1950, 648 ff; OVG Koblenz v. 17.11.1950, Beamtenbund 1951, 89 und vom 28.7.1953, ZBR 1953, 146 ff (149) mit Anm. von Schmidt; OVG Koblenz v.28.7.1953, ZBR 1953, 146 ff; OVG Münster v.21.12.1954, JZ 1955, 500 und v.21.12.1954, DVBl 1955, 438; Bad.VGH v.27.2.1954, ZBR 1954, 221.
- 2) OVG Lüneburg v. 6.6.1950, AS 2, 196 ff (198).
- 3) OVG Münster v.21.12.1954, JZ 1955, 500 mit Nachweisen in der Anmerkung der Redaktion.

## Lebenslauf.

Als Sohn des Oberst a.D. Erich Windmann und seiner Ehefrau Elisabeth, geb. Meyer bin ich am 20.3.1931 in Bielefeld geboren. Ich bin deutscher Staatsangehöriger. Nach Besuch von Volksschulen in Fritzlar (Hessen), Mühlhausen (Thüringen), Wien und Bielefeld und Höherer Schulen in Bielefeld, Wien und Detmold habe ich am 26.2.1951 am Leopoldinum II= Staatliches Mathematisch-Naturwissenschaftliches Gymnasium- in Detmold die Reifeprüfung abgelegt. Anschliessend habe ich das Studium der Rechtswissenschaften mit zwei Semestern an der Universität Münster begonnen, es mit zwei Semestern an der Universität in Freiburg im Breisgau fortgesetzt und nach drei weiteren Semestern an der Universität in Münster abgeschlossen. Am 19.3.1955 habe ich vor dem Justizprüfungsamt bei dem Oberlandesgericht in Hamm die erste juristische Staatsprüfung bestanden. Die mündliche Doktorprüfung war am 28.6.1958.