

# Christian Picker und Sebastian Reif

## *Mein Prof ist ein Nazi — Politischer Extremismus und Beschäftigungsverhältnisse an staatlichen Hochschulen*

### Übersicht

#### I. (Hinter-)Grund

#### II. Politischer Extremismus: Begriff – Befund – Analyse

1. Antipluralismus und Intoleranz als gemeinsame Nenner
2. Grundgesetzlich bestimmt: Aktive Verfassungsfeindschaft
3. Rechtsstaatlich gebotene Differenzierung: Demokratisch oder extremistisch?
4. Zivilgesellschaft: Privatautonomie und antiradikaler Mainstream
5. Neu: Rigider Moralismus als Gefahr für Meinungs- wie Wissenschaftsfreiheit

#### III. Prämisse des Grundgesetzes: Freiheitlicher und wehrhafter Rechtsstaat

1. Freiheitlich: Umfassender Grundrechtsschutz
  - a) Schutzbereich der Meinungsfreiheit
  - b) Schutzbereich der Wissenschaftsfreiheit
  - c) Abgrenzung der beiden Schutzbereiche
2. Wehrhaft: Grenzen grundrechtlicher Freiheiten
  - a) Grundgesetzliche Schutzmechanismen
  - b) Schranken der Meinungsfreiheit
  - c) Schranken der Wissenschaftsfreiheit
3. Fazit: Verfassungsimmanenter Dualismus und gebotene Synthese

#### IV. Konsequenzen für das Hochschulpersonal

1. Grundsätzliches
  - a) Zeithistorischer Überblick
  - b) Konflikt: Verfassungsschutz versus Grundrechtsschutz
  - c) Lösung: Funktionale Differenzierung
2. Beamte
  - a) Positive Verfassungstreuepflicht
    - aa) Dogmatische Herleitung
    - bb) Verfassungskonformität

[1] Politische Anschauung, Art. 3 Abs. 3 GG

[2] Parteienprivileg, Art. 21 Abs. 2, 4 GG

[3] Wissenschaftsfreiheit, Art. 5 Abs. 3 GG

[4] Meinungsfreiheit, Art. 5 Abs. 1 GG

cc) Völker- und europarechtliche Konformität

[1] Meinungsfreiheit, Art. 10, 14 EMRK

[2] Politische Anschauung, Art. 21 Abs. 1 GRCh

b) Rechtliche Konsequenzen

aa) Zugang

bb) Bestand

[1] Schwacher Bestandsschutz: Beamte auf Widerruf und Probe

[2] Starker Bestandsschutz: Beamte auf (Lebens-)Zeit

cc) Fazit: Abgestuftes Schutzniveau

3. Arbeitnehmer

a) H. M.: Funktionstheorie

b) Beschäftigte mit hoheitlichen Aufgaben: Positive Verfassungstreuepflicht

c) Beschäftigte ohne hoheitliche Aufgaben: Negative Loyalitätspflicht

d) Kündigungsrechtliche Konsequenzen

4. Annex: Lehrbeauftragte

V. Zusammenfassung

### I. (Hinter-)Grund

Hochschulen sind – verfassungsrechtlich legitimiert und prädestiniert – Horte der Wissenschaftsfreiheit. An ihnen soll möglichst frei geforscht, gelehrt und so um die „richtigen“ Argumente und Ideen gerungen werden – idealerweise im Bewusstsein, dass es keine absoluten Wahrheiten gibt. Traditionell sind Universitäten zudem Orte, an denen Lehrende wie Studierende von ihrer (politischen) Meinungsfreiheit Gebrauch machen; wenn und soweit deren Kommunikation hier nicht als wissenschaftliche durch Art. 5 Abs. 3 GG besonders geschützt ist, ist sie es zumindest durch Art. 5 Abs. 1 GG. Denn möglichst viel freie und offene Diskussion und Information sind sowohl für den wissenschaftlichen Erkenntnisgewinn als auch für ein demokratisch verfasstes Gemeinwesen „schlechthin konstituierend“<sup>1</sup>. Die Resolution des Deutschen Hochschulverbands (DHV) zur Debattenkultur an Universitäten muss daher auch für die Meinungsfreiheit gelten: „Universitäten sind Stätten geistiger Auseinandersetzung. [...] Wer die Welt der Universitäten betritt, muss akzeptieren, mit Vorstellungen konfrontiert zu werden, die den eigenen zuwiderlaufen.“<sup>2</sup>

Freilich bestimmt das Grundgesetz auch für diese beiden Grundrechte Grenzen: Wissenschaft und damit Forschung und Lehre sind zwar gem. Art. 5 Abs. 3 GG „frei“ (S. 1), aber die „Freiheit der Lehre entbindet nicht von der Treue zur Verfassung“ (S. 2); und die „vorbehalt-

1 BVerfG 15.1.1958 –1 BvR 400/57, NJW 1958, 257, 258 – Lüth.

2 <https://www.hochschulverband.de/pressemitteilung.html> (31.1.2021).

los“ gewährte Forschungsfreiheit unterliegt verfassungsimmanenten Schranken. Weitergehend können (nicht wissenschaftliche) Meinungsäußerungen nach Art. 5 Abs. 2 GG neben den Gesetzen zum Schutze der Jugend und dem Recht der persönlichen Ehre durch allgemeine Gesetze inhaltlich beschränkt werden.

Diese Schranken haben die Mütter und Väter des Grundgesetzes nicht zuletzt aufgrund ihrer Erfahrungen mit dem Nationalsozialismus gezogen.<sup>3</sup> Auch an den deutschen Universitäten zeigte sich nämlich zwischen 1933-1945, dass akademische Bildung Lehrende wie Studierende weder gegen eine rassistische und antisemitische Ideologie immunisiert noch per se zu „besseren“ Menschen macht und so vor opportunistischem Mitläufertum schützt. Als Rechtswissenschaftler denken wir hier etwa an die Protagonisten der sogenannten Kieler Schule<sup>4</sup>. Nach der nationalsozialistischen Machtergreifung wurden jüdische und politisch andersdenkende Professoren aufgrund des „Gesetzes zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums“ vom 7.4.1933<sup>5</sup> sowie des „Gesetzes über die Entpflichtung und Versetzung von Hochschullehrern aus Anlass des Neuaufbaus des deutschen Hochschulwesens“ vom 21.1.1935<sup>6</sup> entlassen. Die dadurch frei gewordenen Stellen wurden gezielt mit jungen regimetreuen Rechtswissenschaftlern besetzt – besonders an der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel, deren juristische Fakultät so zur nationalsozialistischen „Stoßtruppfakultät“ umfunktioniert wurde. Die neuen Lehrstuhlinhaber erwiesen sich dann auch als willige Unterstützer bei der angestrebten nationalsozialistischen „Rechtserneuerung“.<sup>7</sup>

Nach 1945 wurden die ostdeutschen Universitäten und Hochschulen erneut in den Dienst einer politisch extremen totalitären Ideologie gestellt: Denn auch die DDR benötigte eine ihr politisch treu ergebene akademische Elite, um ihre „Diktatur des Proletariats“ zu errichten; entsprechend wurden Studierende wie Lehrende gezielt ideologisch selektiert, indoktriniert und diszipliniert; nicht die intellektuelle Eignung, sondern das Bekenntnis zum „Sozialismus“ (als Chiffre für die SED) entschied über den universitären Zugang, Verbleib und Erfolg.<sup>8</sup>

Unser freiheitlicher Rechtsstaat bedroht die Wissenschafts- und Meinungsfreiheit grundsätzlich nicht mehr; vielmehr schützt und gewährleistet er sie überhaupt erst. Mitunter werden Wissenschafts- wie Meinungsfreiheit an unseren Hochschulen heute jedoch durch Personen(-gruppen) gefährdet, die politisch extrem denken, agitieren und handeln. Dazu gehören auch Hochschulbeschäftigte.

Der Frage, ob und wie der Staat auf solche Beschäftigte als Dienstherr bzw. Arbeitgeber (re-)agieren kann und soll, gehen wir in diesem Beitrag nach. Unberücksichtigt bleiben damit zum einen die *privaten* Hochschulen, da hier nicht der Staat Dienstherr bzw. Arbeitgeber ist.<sup>9</sup> Zum anderen müssen wir (weitgehend) das Problem ausblenden, wie sich Hochschulen gegenüber politisch extremen Studierenden und deren Vertretungen verhalten dürfen und sollen<sup>10</sup>, da hier keine beamten- oder arbeitsrechtlichen Beschäftigungsverhältnisse bestehen.

Angesprochen ist damit besonders die verfassungsrechtliche Perspektive: Beamte und Arbeitnehmer im öffentlichen Dienst sind einerseits *Bürger* und können sich als solche gegenüber dem freiheitsverpflichteten Staat unmittelbar auf ihre (politischen) Grundrechte berufen. Andererseits sind sie *als Beschäftigte* „Teil des Staates“ und unterliegen damit besonderen Pflichten. Zu untersuchen ist daher, ob und inwieweit Beschäftigte an staatlichen Hochschulen einer politischen Treuepflicht ihrem Dienstherrn bzw. Arbeitgeber gegenüber unterliegen, sowie *vice versa*, ob und inwieweit sich diese auf ihre Grundrechte berufen und politische Toleranz und Neutralität vom unmittelbar grundrechtsverpflichteten Staat einfordern können. Der hier aufgezeigte verfassungsimmanente Dualismus des öffentlichen Dienstes – grundrechtlicher Freiheitsschutz versus staatlicher Verfassungsschutz – wird an staatlichen Hochschulen dadurch verkompliziert, dass diese sowohl Grundrechtsverpflichtete als auch Grundrechtsträger sind – und damit eine Zwitterstellung zwischen Staat und Gesellschaft, zwischen staatlicher Freiheitsverpflichtung und privater Freiheitsberechtigung, einnehmen.

3 Vgl. BVerfG 4.11.2009 – 1 BvR 2150/08, NJW 2010, 47; Maunz/Dürig/Gärditz, 91. EL April 2020, GG Art. 5 Abs. 3 Rn. 28.

4 Vgl. dazu etwa Eckert, Was war die Kieler Schule? in: Säcker (Hrsg.), Recht und Rechtslehre im Nationalsozialismus, 1992, S. 37 ff.; Erdmann, Wissenschaft im Dritten Reich, 1967, S. 14 ff.

5 RGBl. 1933 I, S. 175.

6 RGBl. 1935 I, S. 23.

7 Vgl. Rütters/Fischer/Birk, Rechtslehre, 11. Aufl. 2020, Rn. 546 ff.

8 Dazu nur: Jork/Knoblauch (Hrsg.), Zwischen Humor und Repression – Studieren in der DDR, 2017, passim;

[https://www.deutschlandfunk.de/ddr-studieren-in-einer-diktatur.1310.de.html?dram:article\\_id=398152](https://www.deutschlandfunk.de/ddr-studieren-in-einer-diktatur.1310.de.html?dram:article_id=398152) (31.1.2021).

9 Zum Umgang *privater* Arbeitgeber mit politisch extrem agitierenden Arbeitnehmern ausführlich: Chr. Picker, RdA 2021, 33 ff.

10 Vgl. dazu etwa: <https://www.spiegel.de/lebenundlernen/uni/rechte-an-hochschulen-warum-deutschen-unis-das-engagement-schwerfaellt-a-1224632.html> (31.1.2021); <https://www.welt.de/politik/deutschland/article166529076/Die-Hochschulen-haben-nicht-den-Mut-durchzugreifen.html> (31.1.2021).

## II. Politischer Extremismus: Begriff – Befund – Analyse

Konsens herrscht heute dahingehend, dass der politische Extremismus die zentrale Bedrohung für unseren freiheitlichen Rechtsstaat und unsere offene Gesellschaft ist. Allerdings werden die Gefahren, die von seinen fünf großen Strömungen<sup>11</sup> – Rechtsextremismus, „Reichsbürger“ und „Selbstverwalter“, Linksextremismus, Islamismus sowie extremistische Bestrebungen von Ausländern (ohne Islamismus) – ausgehen, politisch sehr unterschiedlich bewertet.<sup>12</sup>

### 1. Antipluralismus und Intoleranz als gemeinsame Nenner

Das Bundesamt für Verfassungsschutz (BfV) erkennt hingegen als berufener Hüter unserer Verfassung klar, dass jede Form des politischen Extremismus den freiheitlichen Rechtsstaat und die offene Gesellschaft bedroht.<sup>13</sup> Damit entspricht es seinem gesetzlichen Schutzauftrag nach §§ 3 Abs. 1, 4 Abs. 1 BVerfSchG, Informationen über sämtliche Bestrebungen gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung zu sammeln und auszuwerten.

Der – in der BRD nach wie vor überwiegend dem völkischen Denken verhaftete – Rechtsextremismus ist zwar (im Gegensatz etwa zum Linksextremismus) schon in seinem ideologischen Kern menschenverachtend; denn er spricht Menschen allein deshalb Menschenwürde und (Grund-)Rechte ab, weil diese so sind, wie sie sind (farbig, jüdisch, behindert), ohne dass sie irgendetwas „dafür“ noch hieran ändern können. Auch geht derzeit vom Rechtsextremismus statistisch die größte Gefahr aus: Rechtsextremisten begingen im Berichtsjahr 2019 mit 781 Fällen nicht nur mehr als doppelt so viele Körperverletzungsdelikte wie Linksextremisten (355 Fälle)<sup>14</sup>, sondern auch alle vollendeten Tötungsdelikte im Bereich der politisch motivierten Kriminalität<sup>15</sup>.

Dies ist jedoch kein Grund, die quantitativ wie qualitativ zunehmende Bedrohung durch Linksextremisten<sup>16</sup>

und Islamisten<sup>17</sup> zu relativieren und zu bagatellisieren.<sup>18</sup> Rechtsextremisten (32.080 Personen), Linksextremisten (33.500 Personen) und Islamisten (28.020 Personen) liegen momentan nämlich nicht nur zahlenmäßig ungefähr gleichauf.<sup>19</sup> Vielmehr eint den politischen Extremismus – bei allen grundsätzlichen ideologischen Unterschieden der einzelnen Strömungen – die menschenfeindliche Intoleranz.<sup>20</sup> Alle extremistischen Ideologien basieren – frei und oft entgegen von Fakten – auf einem primitiven Schwarz-Weiß- und kompromisslosen Freund-Feind-Denken; Sündenböcke sind wahlweise und pauschal die Juden, die „Asylanten“, die „Kapitalisten“ oder die „Ungläubigen“.<sup>21</sup> Gegenwärtig etablieren bzw. reaktivieren zudem – ideologisch wie politisch sehr heterogene – pseudoreligiöse „Coronaleugner“ und Verschwörungstheoretiker mit den internationalen „Eliten“ (vornehmlich als Chiffre für demokratisch legitimierte Regierungen und Politiker) ein weiteres Feindbild.<sup>22</sup> Damit erhebt jede dieser Ideologien für sich nicht nur einen – zutiefst wissenschaftsfeindlichen – absoluten Wahrheitsanspruch; vielmehr wird Gewalt grundsätzlich als legitimes Mittel erachtet, um die ideologisch „wahren“ Ziele zu erreichen.<sup>23</sup>

### 2. Grundgesetzlich bestimmt: Aktive Verfassungsfeindschaft

Der Terminus „politischer Extremismus“ ist gesetzlich nicht definiert.<sup>24</sup> Einseitig heißt es in der Begründung zum Rechtsextremismustatei-Gesetz (RED-G)<sup>25</sup> nur: „Rechtsextremismus ist der Oberbegriff für bestimmte verfassungsfeindliche Bestrebungen, die sich gegen die im Grundgesetz konkretisierte fundamentale Gleichheit der Menschen richten und die universelle Geltung der Menschenrechte ablehnen. Rechtsextremisten sind Feinde des demokratischen Verfassungsstaates“.<sup>26</sup> § 4 Abs. 1 S. 1 c) BVerfSchG verwendet als Synonym für politischen Extremismus „Bestrebungen gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung“; entsprechend rechnet das BfV in seinen jährlich erscheinenden Verfassungsschutzberich-

11 So die Einteilung des BfV, Verfassungsschutzbericht 2019, passim, <https://www.verfassungsschutz.de/embed/vsbericht-2019.pdf> (31.1.2021).

12 Näher Chr. Picker, RdA 2020, 317, 319 ff. m. w. N.

13 Verfassungsschutzbericht 2019, S. 46 ff., 107 ff., 148 ff., 173 ff., 232 ff.

14 Verfassungsschutzbericht 2019, S. 25, 32.

15 Verfassungsschutzbericht 2019, S. 23 ff.

16 Verfassungsschutzbericht 2019, S. 148 f.

17 Verfassungsschutzbericht 2019, S. 173 ff.

18 Näher Chr. Picker, RdA 2020, 317, 320 f.

19 Verfassungsschutzbericht 2019, S. 53, 116, 180.

20 Chr. Picker, RdA 2020, 317, 321.

21 [https://www.kas.de/documents/252038/253252/7\\_dokument\\_dok\\_pdf\\_9000\\_1.pdf/bbc3b780-9d91-a330-da25-824e02cf62a](https://www.kas.de/documents/252038/253252/7_dokument_dok_pdf_9000_1.pdf/bbc3b780-9d91-a330-da25-824e02cf62a) (31.1.2021).

22 Vgl. <https://www.boeckler.de/de/interviews-17944-Corona-Pandemie-Politische-Unzufriedenheit-Verschwuerungsmymen-28411.htm> (31.1.2021).

23 Vgl. Verfassungsschutzbericht 2019, S. 3 f.; 24 ff.

24 Ullrich, JZ 2016, 169, 170 m. w. N.

25 BGBl. I 2012, 1798.

26 BT-Drs. 17/8672, S. 10.

ten Bestrebungen von Personen(-gruppen), die sich gegen die freiheitlich demokratische Grundordnung richten, dem politischen Extremismus zu<sup>27</sup>.

Das Grundgesetz erwähnt und betont diese „freiheitliche demokratische Grundordnung“ als fundamentales verfassungsrechtliches Schutzgut zwar mehrfach (in Art. 10 Abs. 2, 11 Abs. 2, 18 S. 1, 21 Abs. 2, 87a Abs. 4 S. 1 und 91 Abs. 1 GG), definiert sie aber nicht. Das BVerfG beschreibt sie seit 1952 als „eine Ordnung, die unter Ausschluß jeglicher Gewalt- und Willkürherrschaft eine rechtsstaatliche Herrschaftsordnung auf der Grundlage der Selbstbestimmung des Volkes nach dem Willen der jeweiligen Mehrheit und der Freiheit und Gleichheit darstellt.“<sup>28</sup> Zu diesen grundlegenden Prinzipien zählt das BVerfG nicht sämtliche Normen und Institutionen des Grundgesetzes, sondern nur dessen Grundprinzipien und damit „mindestens [...] die Achtung vor den im GG konkretisierten Menschenrechten, vor allem vor dem Recht der Persönlichkeit auf Leben und freie Entfaltung, die Volkssouveränität, die Gewaltenteilung, die Verantwortlichkeit der Regierung, die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, die Unabhängigkeit der Gerichte, das Mehrparteiensystem und die Chancengleichheit für alle politischen Parteien mit dem Recht auf verfassungsmäßige Bildung und Ausübung einer Opposition“<sup>29</sup>. Einfachgesetzlich findet sich eine weitgehend identische Auflistung der verfassungsrechtlichen Grundwerte in § 4 Abs. 2 BVerfSchG.

Diese heute allgemein anerkannte Definition<sup>30</sup> hat das BVerfG 2017 dahingehend präzisiert, dass die freiheitliche demokratische Grundordnung nur „wenige, zentrale Grundprinzipien, die für den freiheitlichen Verfassungsstaat schlechthin unentbehrlich sind“, erfasst; diese ließen sich nicht durch Rückgriff auf Art. 79 Abs. 3 GG bestimmen.<sup>31</sup> Zu diesen Grundprinzipien zählen die Menschenwürde, das Demokratieprinzip sowie der Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit.<sup>32</sup> Die freiheitliche demokratische Grundordnung ist danach „das Gegenteil des totalen Staates, der als ausschließliche Herrschaftsmacht Menschenwürde, Freiheit und Gleichheit ablehnt.“<sup>33</sup>

Verfassungsrechtlich ist eine extremistische Einstellung allein jedoch nicht ausreichend, um Extremist zu sein. Wie die erwähnten Vorschriften des Grundgesetzes (Art. 9 Abs. 2: „sich gegen die verfassungsmäßige Ordnung [...] richten“<sup>34</sup>, Art. 18 S. 1: „zum Kampfe gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung“, Art. 21 Abs. 2: „darauf ausgehen, die freiheitliche demokratische Grundordnung zu beeinträchtigen oder zu beseitigen“ und Abs. 3: „darauf ausgerichtet sind, die freiheitliche demokratische Grundordnung zu beeinträchtigen oder zu beseitigen“) und auch § 4 Abs. 1 S. 1 c) BVerfSchG („Bestrebungen gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung“) zeigen, muss sich die extremistische Einstellung kumulativ in aktiven Handlungen gegen diese Grundordnung niederschlagen.<sup>35</sup> Verfassungsrechtlich ist damit nur extremistisch, wer die Grundordnung des Grundgesetzes subjektiv ablehnt und diese aktiv bekämpft.<sup>36</sup> Politischer Extremismus steht folglich für aktive Verfassungsfeindschaft<sup>37</sup>.

3. Rechtsstaatlich gebotene Differenzierung: Demokratisch oder extremistisch?

Damit ist eine politische Einstellung aus verfassungsrechtlicher Sicht extremistisch, die die unverzichtbaren „Kernelemente“<sup>38</sup> der freiheitlich demokratischen Grundordnung – Menschenwürde, Demokratieprinzip und Rechtsstaatlichkeit – ablehnt. Eindeutig extremistisch ist es etwa, wenn ein „Führerstaat“ oder eine „Diktatur des Proletariats“ propagiert und so neben dem Rechtsstaats- das grundgesetzliche Demokratieprinzip im Kern negiert wird, welches neben der Volkssouveränität die Verantwortlichkeit der Regierung, ein Mehrparteiensystem, die Chancengleichheit der politischen Parteien sowie das Recht auf Opposition voraussetzt<sup>39</sup>. Und sicher rechtsextremistisch ist es, wenn Menschen anderen Menschen (Grund-)Rechte allein wegen ihrer biologischen bzw. ethnischen Herkunft gewähren oder verwehren wollen.<sup>40</sup>

27 Vgl. <https://www.verfassungsschutz.de/de/oeffentlichkeitsarbeit/publikationen/verfassungsschutzberichte> (31.1.2021).

28 BVerfG 23.10.1952 – 1 BvB 1/51, NJW 1952, 1407.

29 BVerfG 23.10.1952 – 1 BvB 1/51, NJW 1952, 1407.

30 Vgl. Maunz/Dürig/Dürig/Klein, 91. EL April 2020, GG Art. 18 Rn. 62.

31 BVerfG 17.1.2017 – 2 BvB 1/13, NJW 2017, 611, 619.

32 BVerfG 17.1.2017 – 2 BvB 1/13, NJW 2017, 611, 619 f.

33 BVerfG 23.10.1952 – 1 BvB 1/51, NJW 1952, 1407.

34 Die Begriffe freiheitlich demokratische Grundordnung und verfassungsmäßige Ordnung sind nach allgemeiner Ansicht inhaltsgleich, vgl. Maunz/Dürig/Dürig/Klein, 91. EL April 2020,

GG Art. 18 Rn. 57.

35 Menger, VerwArch 67 (1976), 105, 106 f.

36 So auch Ullrich, JZ 2016, 169, 172; Murswiek, NVwZ 2006, 121; Wüstenberg, NVwZ 2008, 1078, 1079.

37 Insofern stimmen politikwissenschaftlicher und juristischer Begriff überein, vgl. Ullrich, JZ 2016, 169 ff. m. w. N.; Murswiek, NVwZ 2006, 121; Warg, VerwArch 99 (2008), 570, 571; Wüstenberg, NVwZ 2008, 1078, 1079.

38 Maunz/Dürig/Dürig/Klein, 91. EL April 2020, GG Art. 18 Rn. 65.

39 BVerfG 17.1.2017 – 2 BvB 1/13, NJW 2017, 611.

40 Vgl. Verfassungsschutzbericht 2019, S. 91.

Nicht extremistisch sind hingegen Forderungen nach der konsequenten Durchsetzung *geltenden* Rechts; deshalb ist es etwa nicht rechtsextremistisch, wenn die konsequente Abschiebung krimineller und vollziehbar ausreisepflichtiger<sup>41</sup> Ausländer verlangt wird. Generell können Ansichten, die zwar dem „Zeitgeist“ und „politischen Grundkonsens“ widersprechen, sich aber innerhalb des geltenden Verfassungsrahmens bewegen, nicht als extremistisch bezeichnet werden.<sup>42</sup> Und deshalb ist aus Sicht des Grundgesetzes etwa der Rechtsextremismus, bei dem sich völkisches, rassistisches oder nationalistisches Denken zu einer fundamental verfassungswidrigen, weil die Menschenwürde verletzenden Ideologie verdichtet, etwas kategorial Anderes als (Rechts-)Konservatismus, der im Einklang mit der Verfassung für eine stärkere Betonung tradierter Werte eintritt oder die strikte Durchsetzung von „Recht und Ordnung“ propagiert.<sup>43</sup> Selbst die Forderung nach einer Verfassungsänderung ist nicht notwendig extremistisch, erachtet Art. 79 GG eine solche unter Beachtung des änderungsfesten Kerns der Verfassung doch ausdrücklich für zulässig.<sup>44</sup> Vielmehr ist die Grenze zum Extremismus erst überschritten, wenn eine beabsichtigte Verfassungsänderung nicht nur die Abänderung, sondern die Abschaffung solcher zentraler „Grundwerte“ beabsichtigt, die für die freiheitliche demokratische Grundordnung identitätsprägend sind.

Die Unterscheidung, ob eine Äußerung nur sehr links oder rechts oder schon extremistisch ist, kann im Einzelfall schwierig sein. Angesichts der – rechtlich wie tatsächlich – gravierenden Nachteile für Individuum wie Kollektiv, welches öffentlich als „extremistisch“ gebrandmarkt ist, ist die sorgfältige Differenzierung jedoch rechtsstaatlich unverzichtbar.

*Verfassungsrechtlich* droht extremistischen Individuen die Verwirkung ihrer (politischen) Grundrechte nach Art. 18 GG sowie extremistischen Parteien nach Art. 21 Abs. 2, 4 GG und Vereinen nach Art. 9 Abs. 2 GG das

Verbot. Weiter bedeutet nicht erst die nachrichtendienstliche Überwachung, sondern bereits die Erwähnung einer Person oder Partei als extremistisch in den frei zugänglichen Verfassungsschutzberichten einen empfindlichen Grundrechtseingriff; denn dem Individuum oder dem Kollektiv wird hier öffentlich vorgeworfen, die Grundprinzipien unserer freiheitlichen Verfassungsordnung bekämpfen und beseitigen zu wollen.<sup>45</sup> Schließlich sind die *Strafverfolgungsbehörden* aufgrund eines meinungsspezifischen Sonderstrafrechts gegen „rechts“<sup>46</sup> heute besonders gefordert, verdächtige Äußerungen sorgfältig auszulegen. Nach § 130 StGB sind nämlich nicht mehr nur Volksverhetzung (Abs. 1) und Leugnung des Holocaust (Abs. 3) strafbar; vielmehr ist seit 2005 auch eine die Würde der Opfer verletzende Verherrlichung, Billigung oder Rechtfertigung der nationalsozialistischen Gewaltherrschaft (Abs. 4) unter Strafe gestellt. Während die Volksverhetzung nach § 130 Abs. 1 StGB als allgemeines Gesetz Art. 5 Abs. 2 GG genügt und die nach § 130 Abs. 3 StGB strafbare „Auschwitzlüge“ nach zwar nicht unumstrittener<sup>47</sup>, aber h. M.<sup>48</sup> schon nicht vom Schutzbereich der Meinungsfreiheit umfasst wird, da hier keine Meinung geäußert, sondern eine erwiesenermaßen unwahre Tatsachenbehauptung aufgestellt wird, sind nach § 130 Abs. 4 StGB Meinungen allein wegen ihres *Inhalts* verboten<sup>49</sup>.

#### 4. Zivilgesellschaft: Privatautonomie und antiradikaler Mainstream

Gravierender noch als die drohenden rechtlichen Konsequenzen sind für Individuum wie Kollektiv aber mitunter die *gesellschaftlichen* Folgen, wenn und weil diese als Extremisten geächtet werden.<sup>50</sup> Wir leben heute (glücklicherweise!) in einer demokratisch wachen und historisch sensibilisierten medialen Öffentlichkeit, die zumindest rechtsextremistische Aktivitäten entschieden ablehnt.<sup>51</sup> Zum moralisch guten Ton gehört im aufgeklärten Bürgertum die rigorose Intoleranz jedenfalls

41 Vgl. §§ 57 ff., 53 ff., 11, 15 AufenthG, §§ 8 Abs. 1 Nr. 2, 11 S. 1, 12a StAG.

42 *Wüstenberg*, NVwZ 2008, 1078, 1082.

43 *Wüstenberg*, NVwZ 2008, 1078, 1081.

44 So auch *Ullrich*, JZ 2016, 169, 172.

45 BVerfG 24.5.2005 – 1 BvR 1072/01, NJW 2005, 2912, 2913 f.; BVerfG 26.6.2013 – 6 C 4/12, NVwZ 2014, 233; VGH München 22.10.2015 – 10 B 15.1609, BeckRS 2015, 55371; *Murswiek*, NVwZ 2006, 121 ff.; *ders.*, NVwZ 2004, 769, 772 ff.; *ders.*, DVBl. 1997, 1021, 1028 ff.; *Wüstenberg*, NVwZ 2008, 1078, 1082; *Gusy*, NVwZ 1986, 6, 7 ff. Zur Eingriffsqualität der Bezeichnung einer Partei als „Prüffall“: VG Köln 26.2.2019 – 13 L 202/19, NVwZ 2019, 1060.

46 *Bickenbach*, DVBl. 2017, 149, 153; *Enders*, JZ 2008, 1092; *Volkmann*, JZ 2010, 209, 213; *ders.*, NJW 2010, 417.

47 Vgl. *Beisel*, NJW 1995, 997, 1000; *Huster*, NJW 1996, 487; kritisch insoweit und für Rechtfertigungslösung: *Hufen*, Staatsrecht II, 8. Aufl. 2020, § 25 Rn. 8.

48 BVerfG 13.4.1994 – 1 BvR 23/94, NJW 1994, 1779; BVerfG 9.10.1991 – 1 BvR 1555/88, NJW 1992, 1439, 1440; MüKoStGB/Schäfer, 3. Aufl. 2017, § 130 Rn. 77.

49 Das BVerfG rechtfertigt § 130 Abs. 4 StGB als „Ausnahme vom Verbot des Sonderrechts für meinungsbezogene Gesetze“ damit, dass die nationalsozialistische Schreckensherrschaft einzigartig sei und für die BRD „eine gegenbildlich identitätsprägende Bedeutung“ habe, BVerfG 4.11.2009 – 1 BvR 2150/08, NJW 2010, 47.

50 Vgl. *Murswiek*, NVwZ 2004, 769, 772 ff.

51 *Gauck*, Toleranz – einfach schwer, 2019, S. 99 ff.

gegenüber rechten Intoleranten: Private sollen daher keine Geschäftsbeziehungen mit „Rechten“ eingehen oder unterhalten, sondern diese meiden oder gar boykottieren.

Rechtlich ist das grundsätzlich zulässig: Die Bürger sind kraft ihrer durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützten Privatautonomie berechtigt, den Vertragsschluss mit Personen aus beliebigen, auch willkürlichen Gründen abzulehnen: *Stat pro ratione voluntas*.<sup>52</sup>

Einfachgesetzlich verbietet § 19 AGG im allgemeinen Privatrechtsverkehr weder die Benachteiligung wegen der politischen noch wegen der Weltanschauung.<sup>53</sup> Und sowohl der allgemeine (Art. 3 Abs. 1 GG) als auch die speziellen (Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG) verfassungsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsätze wirken hier auch nach Ansicht des BVerfG allenfalls in „spezifischen Konstellationen“<sup>54</sup> und selbst dann nur mittelbar.<sup>55</sup> Die Vertragsabschlussfreiheit wird somit nur in wenigen Ausnahmefällen<sup>56</sup> zugunsten eines Kontrahierungszwangs beschränkt. Selbst die öffentliche Bezeichnung einer Person als „Faschist“<sup>57</sup> oder „Rechtsextremist“<sup>58</sup> kann als Werturteil über die politische Anschauung einer Person von Art. 5 Abs. 1 GG geschützt sein, ohne dass die so bezeichnete Person nach (verfassungs-)rechtlichen Maßstäben Extremist sein muss.<sup>59</sup>

Damit ist es Privatleuten grundsätzlich gestattet, (echte wie vermeintliche) Extremisten im allgemeinen Privatrechtsverkehr zu diskriminieren. Gleichwohl sind auch die autonom, weil frei von rechtsstaatlichen (Toleranz-)Pflichten agierenden Bürger gesellschaftspolitisch gut beraten, die (verfassungs-)rechtlich gebotene Unterscheidung zwischen (rechten oder linken) Demokraten einerseits und politischen Extremisten andererseits zu treffen und (im Rahmen des geltenden Rechts) intolerant nur gegenüber echten Extremisten zu sein. Andernfalls droht ein illiberaler Mainstream, der Meinungsvielfalt und -offenheit vernichtet und in eine soziale „Ty-

rannei des vorherrschenden Meinens und Empfindens“<sup>60</sup> mündet.

Das Nachrichtenmagazin DER SPIEGEL ist dazu offenbar nicht in der Lage; unter der Überschrift „Wut und Wissenschaft“<sup>61</sup> fragte es kürzlich rhetorisch-polemisch: „Wie rechts sind Deutschlands Wirtschaftsliberale?“ Als Beleg dafür, dass die Professoren der Ökonomie „ziemlich weit nach rechts“ abdriften, wurden dann nicht nur abstruse Verschwörungstheorien eines VWL-Professors zur Corona-Pandemie angeführt, die dieser erkennbar fachfremd als private Meinung äußert, sondern auch die auf eigener Forschung beruhende Kritik namhafter Wirtschaftswissenschaftler an der Euro-Rettungspolitik und deren Forderungen nach mehr Marktwirtschaft und Wettbewerb. Abgesehen davon, dass sich die Äußerungen eines Coronaleugners keiner politischen Richtung zu- und daher nicht als „rechts“ einordnen lassen, wurde hier nicht unterschieden, ob eine Person oder Meinung rechtsextrem oder nur liberal-konservativ ist, sondern pauschal als „rechts“ diffamiert. Zudem wird nicht zwischen Personen unterschieden, die irrational als Fachfremde private Meinungen äußern und solchen, die rational als Fachleute Wissenschaft betreiben.

##### 5. Neu: Rigider Moralismus als Gefahr für Meinungs- wie Wissenschaftsfreiheit

Ein rigider Moralismus, der sich undifferenziert gegen (vermeintlich) „rechte“, unschöne oder politisch unkorrekte Meinungen wendet, ist inzwischen nicht nur in der Zivilgesellschaft<sup>62</sup>, sondern gerade auch an Universitäten zu beobachten<sup>63</sup>.

Die Grenzen der Debattenkultur sollen nicht mehr nur Grundgesetz und einfaches Recht, sondern – weit vorgelagert – autonome „Werte“ selbsternannter Tugendwächter bestimmen. Entsprechend sollen nicht mehr die – im demokratischen Rechtsstaat ausschließlich hierzu legitimierten und fachlich versierten – staat-

52 Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band: Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl. 1992, S. 6.

53 Ausführlich dazu Chr. Picker, RdA 2020, 317, 328 f. m. w. N.

54 BVerfG 11.4.2018 – 1 BvR 3080/09, NJW 2018, 1667.

55 BVerfG 27.8.2019 – 1 BvR 879/12, NJW 2019, 3769; BVerfG 11.4.2018 – 1 BvR 3080/09, NJW 2018, 1667. Ausführlich dazu Chr. Picker, RdA 2020, 317, 329 m. w. N.

56 Spezialgesetzlich etwa: §§ 18 ff. iVm § 33 GWB, § 36 Abs. 1 EnWG, § 21 Abs. 2 S. 3 LuftVG, § 22 PBefG. Daneben durch allgemeinen zivilrechtlichen Kontrahierungszwang aus § 826 BGB, dazu MüKoBGB/Wagner, 8. Aufl. 2020, § 826 Rn. 218; BeckOK BGB/Förster, 55. Ed. 1.11.2020, § 826 Rn. 232 f.; Stadler, BGB AT, 20. Aufl. 2020, § 3 Rn. 11.

57 VG Meiningen 26.9.2019 – 2 E 1194/19 Me, AfP 2019, 555.

58 LG Rostock 4.4.2012 – 3 O 748/11 (2), 3 O 748/11, AfP 2012, 492

(„Gesinnungsextremistin“); vgl. auch LG Karlsruhe 31.5.2007 – 8 O 279/07, NJW-RR 2008, 63.

59 Näher Wüstenberg, NVwZ 2008, 1078, 1079 f.; vgl. BVerfG 19.9.2012 – 1 BvR 2979/10, NJW 2012, 3712.

60 John Stuart Mill, Über die Freiheit, 1972, S. 12.

61 DER SPIEGEL Nr. 23 vom 24.12.2020, S. 102 ff.

62 Sehr klar: Schlink, Der Preis der Enge, F.A.Z. vom 31.7.2019, <https://www.faz.net/aktuell/politik/inland/wie-der-gesellschaftliche-mainstream-die-rechten-staerkt-16311578.html?premium> (31.1.2021); Gauck, Toleranz – einfach schwer, 2019, S. 96 f., 100, 118 f.

63 Pieroth, Bedrohte Meinungsfreiheit?, F.A.Z. vom 23.9.2019, <https://www.faz.net/aktuell/politik/standpunkt-bedrohte-meinungsfreiheit-16967910.html?premium=ox93040edeb956ee1bf6418ebde39f4ccf&GEPC=s5> (31.1.2021).

lichen Gerichte, sondern politische Aktivisten verbindlich darüber befinden, ob und welche Meinungen ausgrenzend, rassistisch, homophob oder islamophob sind. Jüngstes Beispiel dafür ist die „Stellungnahme der Forschungsstelle für Interkulturelle Studien“ der Universität zu Köln vom August 2020<sup>64</sup>: Auf dem Index der „mensenverachtenden und -feindlichen Äußerungen“ stehen dort Aussagen wie „Der Islam gehört nicht zu Deutschland“ oder „Das Kopftuch ist ein Zeichen für Unterdrückung“. Zwar halten wir diese Aussagen allein schon aufgrund ihrer fehlenden Differenziertheit für unzutreffend. Aber solche Äußerungen dürfen nicht im Rahmen einer selbstanmaßenden „kritischen Rassismus- und Diskriminierungsforschung“ als unsagbar verdammt werden, weil sie (abhängig vom konkreten Kontext) entweder von der Meinungs- oder von der Wissenschaftsfreiheit geschützt und damit verfassungsrechtlich jedenfalls sagbar sind.

Andersdenkende, die gegen die Denk- und Sprechverbote dieser selbsternannten und demokratisch illegitimen Moralapostel verstoßen, werden öffentlich als „mensenfeindlich“ und bestenfalls als „umstritten“ geächtet und sollen vom universitären und öffentlichen Diskurs ausgeschlossen werden. Für diese zwangsweise Exklusion hat sich neudeutsch der Terminus „Cancel Culture“<sup>65</sup> etabliert: Die störende, weil von der eigenen Meinung abweichende Meinung will man nicht nur entschieden ablehnen und ihr widersprechen (was nicht nur verfassungskonform, sondern gesellschaftlich wie wissenschaftlich gerade erwünscht wäre!), sondern „canceln“, also auslöschen.

So wurden an deutschen Hochschulen in den vergangenen Jahren mehrfach renommierte und politisch „unverdächtige“ Wissenschaftler massiv in ihrer Wissenschaftsfreiheit beeinträchtigt: Erwähnt sei hier nur die Islamwissenschaftlerin *Susanne Schröter*, die im Mai 2019 in Frankfurt die Konferenz „Das islamische Kopftuch – Symbol der Würde oder der Unterdrückung?“ ausrichtete und damit wütende Boykottaufrufe außeruniversitärer Gruppen auslöste. Immerhin: Diese Konferenz fand (dennoch) statt, auch weil sich die Lei-

tung der Goethe-Universität wie der AStA öffentlich zur Professorin und ihrer Konferenz bekannt hatten<sup>66</sup>. Anders war dies aber bei einer weiteren Konferenz von *Susanne Schröter* im Herbst 2017: Hier war als Vortragender der Bundesvorsitzende der Deutschen Polizeigewerkschaft *Rainer Wendt* eingeladen, der kurzfristig wieder ausgeladen werden musste, weil seine Einladung auf scharfen, auch inneruniversitären Protest gestoßen war.<sup>67</sup> Verwiesen sei ferner auf den Politikwissenschaftler *Herfried Münkler* an der Berliner Humboldt-Universität, dem von (anonymen) Bloggern ohne jeglichen belastbaren Anhaltspunkt vorgeworfen wurde, sich als Lehrender rassistisch, sexistisch und militaristisch zu verhalten.<sup>68</sup> Zu nennen ist schließlich der Wirtschaftswissenschaftler *Bernd Lucke*, dessen Vorlesungen nach seiner Rückkehr an die Universität Hamburg im Wintersemester 2019/2020 (unter „Beihilfe“ des dortigen AStA) massiv gestört wurden und deshalb abgebrochen werden mussten – seine nachfolgenden Vorlesungen konnten nur unter Polizeischutz stattfinden.<sup>69</sup>

Zwar wurde die Wissenschaftsfreiheit in den genannten Fällen nicht vom Staat und seinen Hochschulen, sondern von *Privaten* bedroht, die als solche nicht grundrechtsverpflichtet sind und deshalb auch nicht das Grundrecht „Wissenschaftsfreiheit“ verletzen können. Aber auch diese privaten Aktivisten hindern Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler daran, von ihrer Wissenschaftsfreiheit individuell Gebrauch zu machen. Und zu diesen Wissenschaftsfeinden zählen eben nicht nur „Verschwörungstheoretiker“, die gegenwärtig Virologinnen und Virologen massiv bedrohen, und Rechte, die Hetzkampagnen gegen Gender- und Diversitätsforscherinnen veranstalten; sondern eben auch linke Moralisten, die (weniger brutal und dafür umso subtiler) die Definitions- und Diskurshoheit an Hochschulen für sich reklamieren und diese angesichts einer politisch desinteressiert-passiven Mehrheit oft auch durchsetzen können. Das „Meinungsklima an Universitäten“ haben Letztgenannte jedenfalls längst in ihrem Sinne verändert; viele Hochschullehrer empfinden dieses laut einer aktuellen Umfrage als intolerant und einengend.<sup>70</sup>

64 <https://www.hf.uni-koeln.de/data/fi&st/File/Stellungnahme%20final.pdf> (31.1.2021).

65 Näher dazu: <https://www.zeit.de/2020/34/cancel-culture-zensur-usa-meinungsfreiheit-debattenkultur> (31.1.2021).

66 <https://www.faz.net/aktuell/feuilleton/debatten/wende-in-frankfurter-kopftuchkonferenz-raum-fuer-freie-debatte-16179391.html> (31.1.2021); <https://www.faz.net/aktuell/rhein-main/streit-um-kopftuch-konferenz-in-frankfurt-eskaliert-16157556.html> (31.1.2021).

67 <https://www.faz.net/aktuell/feuilleton/medien/club-der-vernunft-meinungsfreiheit-an-der-uni-15410075.html> (31.1.2021); vgl. zum

offenen Brief diverser Wissenschaftler gegen das Referat: [https://www.dpolg.de/fileadmin/user\\_upload/www\\_dpolg\\_de/pdf/2017/Offener\\_Brief\\_gegen\\_Rainer\\_Wendt.pdf](https://www.dpolg.de/fileadmin/user_upload/www_dpolg_de/pdf/2017/Offener_Brief_gegen_Rainer_Wendt.pdf) (31.1.2021).

68 <https://www.faz.net/aktuell/politik/inland/studenten-kritisieren-herfried-muenkler-anonym-13611258.html> (31.1.2021).

69 <https://www.spiegel.de/lebenundlernen/uni/causa-bernd-lucke-wir-sind-an-der-grenze-dessen-was-eine-universitaet-leisten-kann-a-1296433.html> (31.1.2021).

70 <https://www.faz.net/aktuell/karriere-hochschule/hoersaal-hochschullehrer-beklagen-meinungsklima-an-universitaeten-16628855.html> (31.1.2021).

Der Staat und seine Hochschulen sind hier dem Schutz der Wissenschaftsfreiheit verpflichtet<sup>71</sup> und müssen solch illiberalen Tendenzen daher entschieden entgegengetreten. Denn „Universitäten sind Stätten geistiger Auseinandersetzung“<sup>72</sup> – und keine von einem moralinsauren Konformismus durchtränkte safe spaces; gerade hier müssen andersdenkende Wissenschaftler und deren Meinungen zumindest „ausgehalten“ werden. Denn möglichst viel freie Kommunikation, Diskussion und Information sind nicht nur für eine pluralistische Demokratie und offene Gesellschaft „schlechthin konstituierend“<sup>73</sup>. Vielmehr sind Meinungsvielfalt und – dieser immanent – Meinungsstreit und Meinungskampf gerade *conditio sine qua non* für echte, weil freie Wissenschaft.<sup>74</sup> Pointiert hat das VG Berlin dies wie folgt formuliert: „Eine gemäßigte Wissenschaft könnte allzuleicht in eine mäßige Wissenschaft umschlagen. Es gehört zur Eigengesetzlichkeit der Wissenschaft, die unteilbare Wahrheit kompromisslos – ohne Rücksicht auf gesellschaftliche oder politische Akzeptanz – zu erforschen und unverfälscht auszusprechen.“<sup>75</sup>

Wohin die ideologische Engführung der Hochschulen und – damit zwangsläufig verbunden – wissenschaftliche Feigheit, Anpasstheit und Opportunismus führen, haben uns zwei Diktaturen auf deutschem Boden furchtbar eindrucksvoll gelehrt. Ein Sprichwort lautet: „Der Teufel kommt nie zwei Mal durch dieselbe Tür“. Wir fügen hinzu: Aber der extremistische Teufel ist für aufgeklärte Demokraten aufgrund seiner ideologischen Intoleranz doch stets erkennbar. Und daher ist auch ein politisch übermotivierter Moralismus, der für sich einen absoluten Wahrheitsanspruch erhebt und Dritte eigenmächtig daran hindert, ihre Grundrechte wahrzunehmen, extremistisch – egal wie moralisch hehr seine Ziele sind.

### III. Prämisse des Grundgesetzes: Freiheitlicher und wehrhafter Rechtsstaat

Unser Verfassungsstaat begegnet der Bedrohung durch den politischen Extremismus freiheitlich *und* wehrhaft: Er gewährt den Bürgern größtmögliche grundrechtliche Freiheiten und verteidigt seine Grundwerte erst und auch dann nur rechtsstaatlich, wenn diese durch Rechts(guts)verletzungen konkret bedroht sind.

#### 1. Freiheitlich: Umfassender Grundrechtsschutz

Betont liberal und inhaltsneutral sind insbesondere – für unser Thema zentral – die Meinungsfreiheit und die Wissenschaftsfreiheit ausgestaltet.

#### a) Schutzbereich der Meinungsfreiheit

Der Schutzbereich der Meinungsfreiheit ist nach Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG weit: Er umfasst nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG alle Äußerungen, die durch das Element der Stellungnahme und des Dafürhaltens geprägt sind.<sup>76</sup> Diese unterliegen keinem inhaltlichen Vorbehalt; es kommt also nicht darauf an, „ob sie sich als wahr oder unwahr erweisen, ob sie begründet oder grundlos, emotional oder rational sind, oder ob sie als wertvoll oder wertlos, gefährlich oder harmlos eingeschätzt werden“.<sup>77</sup> Weitergehend hält das BVerfG fest: „Der Meinungsäußernde ist insbesondere auch nicht gehalten, die der Verfassung zugrunde liegenden Wertsetzungen zu teilen, da das Grundgesetz zwar auf die Werteloyalität baut, diese aber nicht erzwingt“.<sup>78</sup> Damit sind sogar verfassungsfeindliche Meinungen von Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG geschützt.<sup>79</sup> Entsprechend besteht auch keine Verfassungstreupflicht für jedermann.<sup>80</sup>

71 Vgl. Maunz/Dürig/Gärtditz, 92. EL August 2020, GG Art. 5 Abs. 3 Rn. 269 ff.; v. Coelln, WissR 52 (2019), 3, 15 ff. Allgemein zur Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten: Jarass in Jarass/Pieroth, GG, 16. Aufl. 2020, Vorb. vor Art. 1 Rn. 8; Schwabe, Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte, 1971, S. 65 f.; Canaris AcP 184 (1984), 201, 225 ff. Beide Ansätze zusammenführend: Maunz/Dürig/Langefeld, 92. EL August 2020, GG Art. 3 Abs. 3 Rn. 82.

72 <https://www.hochschulverband.de/pressemitteilung.html> (31.1.2021).

73 BVerfG 15.1.1958 – 1 BvR 400/57, NJW 1958, 257, 258 – Lüth.

74 Vgl. Maunz/Dürig/Gärtditz, 92. EL August 2020, GG Art. 5 Abs. 3 Rn. 20 ff., 31.

75 VG Berlin 16.9.1988 – VG Disz. 12/8, NJW 1989, 1688, 1690.

76 BVerfG 17.9.2012 – 1 BvR 2979/10, NJW 2012, 3712; BVerfG 28.11.2011 – 1 BvR 917/09, NJW 2012, 1273; BVerfG 9.10.1991 –

1 BvR 1555/88, NJW 1992, 1439.

77 BVerfG 28.11.2011 – 1 BvR 917/09, NJW 2012, 1273.

78 BVerfG 28.11.2011 – 1 BvR 917/09, NJW 2012, 1273.

79 Maunz/Dürig/Grabenwarter, 91. EL April 2020, GG Art. 5 Abs. 1, Abs. 2 Rn. 68.

80 Zumindest missverständlich: BVerfG 18.2.1970 – 2 BvR 531/68, NJW 1970, 1268, 1269: „Die Bundesrepublik Deutschland ist eine Demokratie, deren Verfassung von ihren Bürgern eine Verteidigung der freiheitlich-demokratischen Ordnung erwartet“; ebenso Bezug nehmend darauf BVerwG 27.6.1983 – 1 B 73/83, DVBl. 1983, 1013, 1014. Bei der Schaffung des Grundgesetzes wurde eine Vorschrift über die Pflicht aller Bürger zur Verfassungstreue zwar erwogen, aber verworfen, vgl. Sattler, Die rechtliche Bedeutung der Entscheidung für die streitbare Demokratie, 1982, S. 61 – Fn. 116.

## b) Schutzbereich der Wissenschaftsfreiheit

Noch umfassender ist der Schutz durch die „vorbehalten“ gewährleistete Wissenschaftsfreiheit, die in Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG gesondert<sup>81</sup> normiert ist. Das BVerfG legt den verfassungsrechtlichen Wissenschaftsbegriff weit aus.<sup>82</sup> Danach ist Wissenschaft „alles, was nach Inhalt und Form als ernsthafter planmäßiger Versuch zur Ermittlung der Wahrheit anzusehen ist.“<sup>83</sup> Geschützt werde keine „bestimmte Auffassung von der Wissenschaft oder eine bestimmte Wissenschaftstheorie“<sup>84</sup>. Dies folge „unmittelbar aus der prinzipiellen Unabgeschlossenheit jeglicher wissenschaftlichen Erkenntnis.“<sup>85</sup>

Und deshalb hängt ihr Schutz auch „weder von der Richtigkeit der Methoden und Ergebnisse ab noch von der Stichhaltigkeit der Argumentation und Beweisführung oder der Vollständigkeit der Gesichtspunkte und Belege“, sie „schützt daher auch Mindermeinungen sowie Forschungsansätze und -ergebnisse, die sich als irrig oder fehlerhaft erweisen. Ebenso genießt unorthodoxes oder intuitives Vorgehen den Schutz des Grundrechts. Voraussetzung ist nur, daß es sich dabei um Wissenschaft handelt“<sup>86</sup>. Wissenschaft im Sinne von Art. 5 Abs. 3 GG ist damit zwar von „der prinzipiellen Unvollständigkeit und Unabgeschlossenheit“ geprägt, erfordert aber eines „für sie konstitutiven Wahrheitsbezugs“.<sup>87</sup> Die wissenschaftliche Betätigung – also das Auffinden von wissenschaftlichen Erkenntnissen, deren Deutung und Weitergabe – muss frei sein von staatlicher Ingerenz.<sup>88</sup>

## c) Abgrenzung der beiden Schutzbereiche

Für unser Thema zentral ist die Frage, wie die Schutzbereiche der beiden Grundrechte bei Äußerungen von Wissenschaftlern voneinander abzugrenzen sind.

Bei wissenschaftlichen Äußerungen geht die Wissenschaftsfreiheit (Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG) gegenüber der allgemeinen Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG) als *lex*

*specialis* vor – und zwar unabhängig, wo und wie diese (etwa in Presse oder Rundfunk) getroffen werden.<sup>89</sup> Charakteristisch für Wissenschaft im Sinne von Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG ist, dass Wissen nach den Regeln besonderer Rationalität gewonnen und vermittelt wird oder werden soll.<sup>90</sup> Entsprechend zeichnet sich wissenschaftliche Kommunikation dadurch aus, dass Aussagen fachlich-rational begründet werden.<sup>91</sup>

Demgegenüber schützt die Meinungsfreiheit jede Äußerung, die durch subjektives Dafürhalten geprägt ist – unabhängig von ihrem Inhalt und sei sie noch so irrational. Die Meinungsfreiheit ist „eine Freiheit zur Irrationalität, ein Grundrecht des Emotionalen, des Unreflektierten, des radikalen Relativismus.“<sup>92</sup> Insbesondere werden keine Anforderungen an wissenschaftlich fundierte Begründungen gestellt.<sup>93</sup> Denn: „Teilnehmer am Meinungsstreit kann [...] jeder sein, gleich wie schlecht begründet eine Meinung ist. Demgegenüber hängt die Teilnahme am wissenschaftlichen Diskurs von spezifischen Rationalitätsstrukturen der Argumentation ab, die einen hohen Grad an fachlicher Professionalität voraussetzen.“<sup>94</sup>

Folglich ist nicht jede Äußerung eines Wissenschaftlers durch Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG geschützt: Wissenschaft liegt nicht vor, weil sich *Wissenschaftler* äußern, sondern weil sie sich *wissenschaftlich* äußern.<sup>95</sup> Allgemeine politische Äußerungen von Wissenschaftlern sind typischerweise nicht wissenschaftlich und unterfallen daher (nur) der Meinungsfreiheit.<sup>96</sup> Umgekehrt verlieren Äußerungen ihren wissenschaftlichen Charakter aber nicht dadurch, dass sie politischen Positionen nahestehen oder solche wissenschaftlich bewerten.<sup>97</sup>

## 2. Wehrhaft: Grenzen grundrechtlicher Freiheiten

Freilich bekennt sich das Grundgesetz nicht nur positiv zu seiner freiheitlichen demokratischen Grundordnung als Werteordnung – und ist damit *selbst* antitotalitär und nicht wertneutral.<sup>98</sup>

81 Die normative Unterscheidung des Grundgesetzes zwischen (bloßer) Meinung und wissenschaftlicher Forschung und Lehre war nicht immer selbstverständlich. Im Parlamentarischen Rat stand auf Grundlage des sogenannten *Bergsträsser*-Entwurfs zur Debatte, die Wissenschaftsfreiheit nur als Teil der Meinungsfreiheit, nicht aber als selbstständige Garantie zu schützen. Vgl. dazu Maunz/Dürig/Gärditz, 91. EL April 2020, GG Art. 5 Abs. 3 Rn. 8 f.

82 BVerfG 11.1.1994 – 1 BvR 434/87, NJW 1994, 1781, 1782.

83 BVerfG 29.5.1973 – 1 BvR 424/71 u. 325/72, NJW 1973, 1176.

84 BVerfG 29.5.1973 – 1 BvR 424/71 u. 325/72, NJW 1973, 1176.

85 BVerfG 29.5.1973 – 1 BvR 424/71 u. 325/72, NJW 1973, 1176.

86 BVerfG 11.1.1994 – 1 BvR 434/87, NJW 1994, 1781, 1782.

87 BVerfG 11.1.1994 – 1 BvR 434/87, NJW 1994, 1781, 1781.

88 BVerfG 29.5.1973 – 1 BvR 427/71 u. 325/72, NJW 1973, 1176.

89 Maunz/Dürig/Gärditz, 92. EL August 2020, GG Art. 5 Abs. 3

Rn. 32 m. w. N.

90 Maunz/Dürig/Gärditz, 92. EL August 2020, GG Art. 5 Abs. 3 Rn. 30.

91 Maunz/Dürig/Gärditz, 92. EL August 2020, GG Art. 5 Abs. 3 Rn. 31; *ders.*, *WissR* 51 (2018), 5, 19, 23.

92 Gärditz, *WissR* 51 (2018), 5, 19.

93 Voigt, *GS Jellinek*, 1955, S. 259, 262.

94 Maunz/Dürig/Gärditz, 92. EL August 2020, GG Art. 5 Abs. 3 Rn. 31.

95 v. Coelln, *WissR* 52 (2019), 3, 6.

96 v. Coelln, *WissR* 52 (2019), 3, 6.

97 v. Coelln, *WissR* 52 (2019), 3, 8 f.

98 BVerfG 22.5.1975 – 2 BvL 13/73, NJW 1975, 1641, 1642.

## a) Grundgesetzliche Schutzmechanismen

Vielmehr trifft unsere Verfassung selbst „Vorkehrungen gegen ihre Bedrohung, sie institutionalisiert besondere Verfahren zur Abwehr von Angriffen auf die verfassungsmäßige Ordnung, sie konstituiert eine wehrhafte Demokratie“<sup>99</sup>. Das Grundgesetz will so sicherstellen: „Verfassungsfeinde sollen nicht unter Berufung auf Freiheiten, die das Grundgesetz gewährt, die Verfassungsordnung oder den Bestand des Staates gefährden, beeinträchtigen oder zerstören dürfen“<sup>100</sup>. Unsere Verfassung ist somit kumulativ freiheitlich und wehrhaft.<sup>101</sup>

Zum Schutz seiner Grundordnung verpflichtet das Grundgesetz in Art. 1 nicht nur den Staat, diese einfachgesetzlich zu sichern und zu gewährleisten.<sup>102</sup> Vielmehr statuiert es in Art. 2 Abs. 1, 9 Abs. 2, 18, 20 Abs. 4, 21 Abs. 2, 79 Abs. 3, 91 und 98 Abs. 2 GG eigene Schutzmechanismen, um Angriffe auf seine Grundordnung zu vermeiden bzw. abzuwehren. Weiter bestimmt das Grundgesetz für die einzelnen Grundrechte Grenzen und Schranken – so auch für die hier im Mittelpunkt stehende Meinungsfreiheit und Wissenschaftsfreiheit.

## b) Schranken der Meinungsfreiheit

Der Schutz durch die Meinungsfreiheit nach Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG wird schon dadurch begrenzt, dass nach h. M. erwiesenermaßen unwahre Tatsachenbehauptungen vom Schutzbereich ausgenommen sind.<sup>103</sup> Aus diesem Grund ist etwa die „Auschwitzlüge“ nicht vom Schutzbereich erfasst.<sup>104</sup> Meinungsäußerungen können neben Gesetzen zum Schutze der Jugend und dem Recht der persönlichen Ehre durch allgemeine Gesetze inhaltlich beschränkt werden. Allgemeine Gesetze sind nach der „Kombinationsformel“ des BVerfG nur solche Gesetze, „die sich nicht gegen die Meinungsfreiheit an sich oder

gegen die Äußerung einer bestimmten Meinung richten, die vielmehr dem Schutz eines schlechthin, ohne Rücksicht auf eine bestimmte Meinung, zu schützenden Rechtsguts dienen“.<sup>105</sup> Diese „meinungsneutralen“ Gesetze sind ihrerseits im Lichte der Bedeutung der Meinungsfreiheit zu interpretieren (Wechselwirkungstheorie) und werden so durch die Meinungsfreiheit beschränkt.<sup>106</sup>

## c) Schranken der Wissenschaftsfreiheit

Auch der grundrechtliche Schutz durch die Wissenschaftsfreiheit ist begrenzt. Er wird – wie bei jedem Freiheitsrecht des Grundgesetzes – durch die Definition des geschützten Bereichs beschränkt: auf die Wissenschaft.<sup>107</sup> Eine besondere und ausdrücklich normierte Grenze enthält Art. 5 Abs. 3 S. 2 GG für die Lehrfreiheit; denn nach der *Verfassungstreueklausele* in Art. 5 Abs. 3 S. 2 GG entbindet diese „nicht von der Treue zur Verfassung“. Unabhängig von der (umstrittenen) dogmatischen Einordnung<sup>108</sup> ist sie restriktiv auszulegen und verbietet daher nicht jede Kritik an der Verfassung<sup>109</sup>. Dies zeigt sich deutlich anhand einer historischen Genese: Bei Entstehung der Wissenschaftsfreiheit war die Verfassungstreue von Hochschullehrern heftig umstritten und eine zentrale Frage im Parlamentarischen Rat.<sup>110</sup> Die Sorgen waren historisch begründet: Während der Weimarer Zeit wurde die Lehrfreiheit oft dafür missbraucht, gegen die Republik zu agitieren.<sup>111</sup> Zum Hauptkritiker der Wissenschaftsfreiheit wurde der hessische Abgeordnete *Ludwig Bergsträsser*. Er fürchtete ein „*Sonderrecht für die Herren Professoren [...], um den Staat zu unterhöheln*“<sup>112</sup>. Seine Befürchtung war: „*Es ist möglich, daß ein Universitätslehrer seine Vorlesungen dazu benutzt, unter dem Mäntelchen der Wissenschaft den Staat, Organe des Staates und führende Personen des Staates anzugreifen. Bestimmt man in der Verfassung, daß die Wissen-*

99 BVerfG 22.5.1975 – 2 BvL 13/73, NJW 1975, 1641, 1642.

100 BVerfG 17.9.2013 – 2 BvR 2436/10, 2 BvE 6/08, NVwZ 2013, 1468, 1472. Identisch bereits BVerfG 15.12.1970 – 2 BvF 1/69, 2 BvR 629/68, 308/69, NJW 1971, 275, 277.

101 BVerfG 17.8.1956 – 1 BvB 2/51, NJW 1956, 1393; BVerfG 18.2.1970 – 2 BvR 531/68, NJW 1970, 1268. Ausführlich dazu: *Schliesky*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. XII, 3. Aufl. 2014, § 277 sowie *Becker*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VII, 1992, § 167.

102 BVerfG 22.5.1975 – 2 BvL 13/73, NJW 1975, 1641, 1642; BVerfG 29.10.1975 – 2 BvE 1/75, BVerfGE 40, 287, 292: „Auftrag, die freiheitliche demokratische Grundordnung zu wahren und zu verteidigen.“

103 BVerfG 13.4.1994 – 1 BvR 23/94, NJW 1994, 1779; kritisch insoweit und für Rechtfertigungslösung: *Hufen*, Staatsrecht II, 8. Aufl. 2020, § 25 Rn. 8.

104 H. M., BVerfG 13.4.1994 – 1 BvR 23/94, NJW 1994, 1779; BVerfG 9.10.1991 – 1 BvR 1555/88, NJW 1992, 1439, 1440;

MüKoStGB/Schäfer, 3. Aufl. 2017, § 130 Rn. 77.

105 BVerfG 15.1.1958 – 1 BvR 400/57, NJW 1958, 257 – Lüth; BVerfG 10.10.1995 – 1 BvR 1476/91, 1 BvR 1980/91, 1 BvR 102/92 und 1 BvR 221/92, NJW 1995, 3303; BVerfG 14.1.1998 – 1 BvR 1861/93, NJW 1998, 1381; BVerfG 23.6.2004 – 1 BvQ 19/04, NJW 2004, 2814, 2815.

106 BVerfG 15.1.1958 – 1 BvR 400/57, NJW 1958, 257, 258 – Lüth.

107 Gärditz, WissR 51 (2018), 5.

108 Näher dazu v. *Coelln*, WissR 52 (2019), 3, 18.

109 *T. Oppermann*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VI, 2. Aufl. 2001, § 145 Rn. 32.; v. *Coelln*, WissR 52 (2019), 3, 18; *Manssen*, Staatsrecht II, 17. Aufl. 2020, § 17 Rn. 437.

110 Vgl. *Kahl*, Hochschule und Staat, 2004, S. 62.

111 Maunz/Dürig/Gärditz, 91. EL April 2020 Rn. 72, GG Art. 5 Abs. 3 Rn. 9.

112 Abg. *Bergsträsser* in der 3. Sitzung des Ausschusses für Grundsatfragen v. 21.9.1948, abgedruckt in: Deutscher Bundestag/Bundesarchiv (Hrsg.), Der Parlamentarische Rat 1948–1949, Akten und Protokolle, Bd. 5/I, 1993, S. 54 f.

schaft, die Kunst und ihre Lehre frei sind, kann man sich darauf stützen.“<sup>113</sup> Deshalb wurde als Reaktion auf das Verhalten der Hochschullehrer in der Weimarer Republik Art. 5 Abs. 3 S. 2 GG geschaffen.<sup>114</sup>

Sinn und Zweck der Norm ist damit, die „Zweckentfremdung“ des Hörsaals zur politischen Agitation zu verhindern.<sup>115</sup> Dies zeigt auch die häufig zitierte Begründung von Carlo Schmid im Parlamentarischen Rat: „Es soll verhindert werden, daß unter dem Vorwand einer wissenschaftlichen Kritik ein Mann auf dem Katheder nichts anderes treibt als hinterhältige Politik, indem er die Demokratie und ihre Einrichtungen nicht kritisiert, sondern verächtlich macht [...]. Aber mir scheint es sehr nützlich zu sein, eine eindringliche Warnung auszusprechen, eine Warnung an solche, die versuchen sollten, die Republik ‚wissenschaftlich‘ zu unterlaufen. Die Leute, die solches etwa vorhaben sollen, sollen genau wissen, daß die Republik entschlossen ist, sich auch gegen Hinterhältigkeiten zu verteidigen!“<sup>116</sup>

Darüber hinaus wird die Wissenschaftsfreiheit nach Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG zwar vorbehaltlos gewährleistet. Gleichwohl ist der durch sie gewährleistete Schutz nicht grenzenlos: Art. 5 Abs. 2 GG ist wegen der Spezialisierung des Art. 5 Abs. 3 GG im Verhältnis zu Art. 5 Abs. 1 GG nicht anwendbar.<sup>117</sup> Allerdings ergeben sich Schranken der Wissenschaftsfreiheit aus der Verfassung selbst, namentlich in Grundrechten Dritter oder sonstigen Verfassungsgütern.<sup>118</sup> Der Konflikt zwischen grundrechtlich geschützter Wissenschaftsfreiheit und anderen Verfassungsgütern muss „nach Berücksichtigung der Einheit dieses Wertesystems durch Verfassungsauslegung gelöst werden“<sup>119</sup>, wobei der Wissenschaftsfreiheit „nicht schlechthin Vorrang“<sup>120</sup> zukommt. Daher wird die Wissenschaftsfreiheit etwa sicher bei wissenschaftlichen Versuchen an Strafgefangenen gegen deren Willen durch die Menschenwürde nach Art. 1 Abs. 1 GG begrenzt.<sup>121</sup>

3. Fazit: Verfassungsimmanenter Dualismus und gebotene Synthese

Unsere – notwendig skizzenhaften und unvollständigen – Ausführungen sollten dies verdeutlichen: Die grundgesetzliche Entscheidung für einen freiheitlichen und wehrhaften Rechtsstaat ist so richtig wie alternativlos.<sup>122</sup> Unser Rechtsstaat befindet sich wegen des verfassungsimmanenten Dualismus von Grundrechts- und Verfassungsschutz bei der Bekämpfung des politischen Extremismus jedoch stets in einem Dilemma.<sup>123</sup> Sowohl zu viel grundrechtliche Freiheit als auch zu viel Freiheitsbegrenzung kann zum Verlust der grundgesetzlichen Freiheit führen.<sup>124</sup> Der Rechtsstaat muss daher immer und immer wieder neu abwägen, wie tolerant er sich politischen Extremisten gegenüber verhalten muss und wie repressiv er diese bekämpfen darf.

Grundsätzlich muss er den Bürgern so viel Freiheit wie möglich gewähren; denn gerade weil die nationalsozialistische Schreckensherrschaft für die grundgesetzliche Ordnung „eine gegenbildlich identitätsprägende Bedeutung“<sup>125</sup> hat, ist diese so freiheitlich.<sup>126</sup> Der Rechtsstaat muss daher grundsätzlich „auf die Fähigkeit der Gesamtheit der Bürger, sich mit Kritik an der Verfassung auseinanderzusetzen und sie dadurch abzuwehren“<sup>127</sup> vertrauen. Erst wenn und weil Extremisten die freiheitlich demokratische Grundordnung konkret gefährden, darf er diese verteidigen – und auch dann nur rechtsstaatlich.

Deshalb sind auch die verfassungsrechtlichen Schutzinstrumente der wehrhaften Demokratie liberal konzipiert. So zählt das Grundgesetz seine Schutzmechanismen in den Art. 2 Abs. 1, 9 Abs. 2, 18, 20 Abs. 4, 21 Abs. 2, 79 Abs. 3, 91 und 98 Abs. 2 GG nicht nur abschließend auf.<sup>128</sup> Der Staat darf daher „keine weitergehenden Rechtsfolgen als die ausdrücklich angeordneten [ableiten]“ und

113 Abg. Bergsträsser in der 3. Sitzung des Ausschusses für Grundgesetzfragen v. 21.9.1948, abgedruckt in: Deutscher Bundestag/Bundesarchiv (Hrsg.), Der Parlamentarische Rat 1948–1949, Akten und Protokolle, Bd. 5/I, 1993, S. 55.

114 Löwer, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Band IV, 1. Aufl. 2011, § 99 Rn. 64; Kahl, Hochschule und Staat, 2004, S. 62.

115 Vgl. Maunz/Dürig/Gärdtitz, 91. EL April 2020 Rn. 72, GG Art. 5 Abs. 3 Rn. 190 m. w. N.

116 Abg. Schmid in der 9. Sitzung des Plenums v. 6.5.1949, abgedruckt in: Deutscher Bundestag/Bundesarchiv (Hrsg.), Der Parlamentarische Rat 1948–1949, Akten und Protokolle, Bd. 9, 1996, S. 449.

117 BVerfG 1.3.1978 – 1 BvR 174, 178, 191/71; 333/75, NJW 1978, 1621, 1621.

118 Siehe nur Maunz/Dürig/Gärdtitz, 91. EL April 2020, GG Art. 5 Abs. 3 Rn. 151, 170 m. w. N.

119 BVerfG 1.3.1978 – 1 BvR 174, 178, 191/71; 333/75, NJW 1978, 1621, 1622.

120 BVerfG 1.3.1978 – 1 BvR 174, 178, 191/71; 333/75, NJW 1978, 1621, 1622; Epping, ZBR 1997, 383, 392.

121 Gärditz, WissR 51 (2018), 5, 29.

122 Näher dazu Chr. Picker, RdA 2020, 317, 322 f.

123 Chr. Picker, RdA 2020, 317, 324. Vgl. Schliesky, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. XII, 3. Aufl. 2014, § 277 Rn. 26: „Dem Prinzip wehrhafter Demokratie ist eine gewisse Widersprüchlichkeit immanent.“; Dreier, in: GS Klein, 1977, S. 86, 97 f.

124 Dreier, in: GS Klein, 1977, S. 86, 98.

125 BVerfG 4.11.2009 – 1 BvR 2150/08, NJW 2010, 47.

126 Chr. Picker, RdA 2020, 317, 324.

127 BVerfG 24.3.2001 – 1 BvQ 13/01, NJW 2001, 2069.

128 BVerfG 24.3.2001 – 1 BvQ 13/01, NJW 2001, 2069.

kann sich nicht „auf ungeschriebene verfassungsimmanente Schranken als Rechtfertigung für sonstige Maßnahmen zum Schutz der freiheitlichen demokratischen Grundordnung“ berufen.<sup>129</sup> Vielmehr gelten für diese Schutzmechanismen auch hohe prozedurale wie materielle Hürden: So können etwa nach Art. 18 GG nur die enumerativ aufgezählten Grundrechte (S. 1) verwirkt werden<sup>130</sup> und Verwirkung und Ausmaß dürfen ausschließlich vom BVerfG ausgesprochen werden (S. 2). Die praktische Bedeutung von Art. 18 GG geht denn auch gegen null<sup>131</sup>: Jedes der bislang vier eingeleiteten Verfahren wurde (nach jeweils mehrjähriger Verfahrensdauer) vom BVerfG abgewiesen. Entsprechendes gilt für das Parteiverbot nach Art. 21 Abs. 2, 4 GG, „die schärfste und überdies zweischneidige Waffe des demokratischen Rechtsstaats gegen seine organisierten Feinde“<sup>132</sup> und konzeptionell das „Hauptinstrument“<sup>133</sup> der wehrhaften Demokratie des Grundgesetzes. Auch über das Verbot einer Partei darf nur das BVerfG befinden (Art. 21 Abs. 4 GG), und dieses hat die materiellen Anforderungen an ein Verbot im zweiten NPD-Verbotsverfahren 2017 weiter verschärft: Ausreichend ist nunmehr nicht schon der rechtsstaatlich korrekte Nachweis, dass die fragliche Partei verfassungsfeindlich ist, wobei die Partei sich dafür nicht nur programmatisch gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung richten, sondern diese auch aktiv bekämpfen muss; es bedarf nunmehr weitergehend „konkreter Anhaltspunkte von Gewicht, die einen Erfolg des gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung oder den Bestand der Bundesrepublik Deutschland gerichteten Handelns zumindest möglich erscheinen lassen“.<sup>134</sup> Entsprechendes gilt für den 2017 neu eingeführten Art. 21 Abs. 3 GG: Zwar können danach verfassungsfeindliche Parteien (zeitweise) von der staatlichen Finanzierung ausgeschlossen werden, allerdings nicht verboten und damit nicht gleich effektiv bekämpft werden.

#### IV. Konsequenzen für das Hochschulpersonal

Die grundgesetzliche Entscheidung für den freiheitlichen und wehrhaften Verfassungsstaat determiniert die

Beschäftigungsverhältnisse im öffentlichen Dienst – und damit auch die an staatlichen Hochschulen.

##### 1. Grundsätzliches

Der Staat steht hier als Dienstherr bzw. Arbeitgeber immer schon vor der Frage, wie er die Kollision der beiden Grundwerte des Grundgesetzes – freiheitlich und wehrhaft – (auf-)löst.

##### a) Zeithistorischer Überblick

Politischer Extremismus im öffentlichen Dienst und – daraus resultierend – die Gefahr der „Unterwanderung“ des freiheitlichen Rechtsstaats durch seine Feinde und dessen Zerstörung „von innen heraus“, ist ein zeitlos zentrales Problem.<sup>135</sup>

Bereits die Weimarer Republik schuf gegen diese Bedrohung „von innen“ Vorkehrungen.<sup>136</sup> Durch das „Gesetz über die Pflichten der Beamten zum Schutze der Republik“ vom 21.7.1922<sup>137</sup> wurde in das damalige Reichsbeamtengesetz ein § 10a neu eingefügt. Danach war der Reichsbeamte verpflichtet, „in seiner amtlichen Tätigkeit für die verfassungsmäßige republikanische Staatsgewalt einzutreten“ und „alles zu unterlassen, was mit seiner Stellung als Beamter der Republik nicht zu vereinbaren ist“. Da aber Art. 130 Abs. 2 WRV den Beamten „die Freiheit ihrer politischen Gesinnung und die Vereinigungsfreiheit“ gewährleistete, waren Inhalt und Grenzen der Treuepflicht gegenüber der Republik umstritten.<sup>138</sup>

Im Jahr 1930 beschloss das preußische Staatsministerium, „die Nationalsozialistische Deutsche Arbeiterpartei und die Kommunistische Partei Deutschlands [...] als Organisationen anzusehen, deren Ziel der gewaltsame Umsturz der bestehenden Staatsordnung ist“. Hieraus folgte es: „Ein Beamter, der an einer solchen Organisation teilnimmt, sich für sie betätigt oder sie sonst unterstützt, verletzt dadurch die aus seinem Beamtenverhältnis sich ergebende besondere Treueverpflichtung gegenüber dem Staate und macht sich eines Dienstvergehens schuldig.“<sup>139</sup> Dieser Beschluss wurde hinsichtlich der NSDAP nach dem sogenannten Preußenschlag wieder aufgehoben.

129 BVerfG 24.3.2001 – 1 BvQ 13/01, NJW 2001, 2069.

130 H. M., vgl. BVerfG 6.10.1959 – 1 BvL 118/53, NJW 1960, 29; BVerfG 15.1.1969 – 1 BvR 438/65, NJW 1969, 742; BVerfG 8.3.1983 – 1 BvR 1078/80, NJW 1983, 1535; Wittrek, in: Dreier, GG, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 18 Rn. 38 m. w. N.

131 Volkman, JZ 2010, 209, 210: „ineffektiv“; Wittrek, in: Dreier, GG, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 18 Rn. 29: „Netto-Kampfwert gegen Null“.

132 BVerfG 17.1.2017 – 2 BvB 1/13, NJW 2017, 611.

133 Volkman, JZ 2010, 209, 210.

134 BVerfG 17.1.2017 – 2 BvB 1/13, NJW 2017, 611.

135 Es handelt sich auch nicht um ein nationales Problem. Vielmehr besteht diese Gefahr bei jedem freiheitlich demokratisch organisierten Gemeinwesen, welches seine Grundwerte nicht nur

nach außen (Dritten gegenüber), sondern gerade auch nach innen verteidigen muss, vgl. Böckenförde, in: Böckenförde/Tomuschat/Umbach (Hrsg.), Extremisten und öffentlicher Dienst, Rechtslage und Praxis des Zugangs zum und Entlassung aus dem öffentlichen Dienst in Westeuropa, USA, Jugoslawien und der EG, 1981, S. 10.

136 Näher hierzu Rudolf, in: Thiel (Hrsg.), Wehrhafte Demokratie, 2003, S. 209, 214 f.

137 RGBl. 1922 I, S. 590.

138 Vgl. Battis, BBG, 5. Aufl. 2017, § 7 Rn. 11. Näher Rudolf, in: Thiel (Hrsg.), Wehrhafte Demokratie, 2003, S. 209, 214 f.

139 Allgemeinverfügung des Preußischen Justizministers vom 9.7.1930 – I 10 237, Preußisches Justizministerialblatt 1930, S. 220.

Nach dem „Adenauer-Erlass“<sup>140</sup> von 1950 verletzte seine Dienstpflicht, wer „als Beamter, Angestellter oder Arbeiter im Bundesdienst an Organisationen oder Bestrebungen gegen die freiheitlich demokratische Staatsordnung teilnimmt, sich für sie betätigt oder sie sonst unterstützt“. Nicht abschließend wurden 13 Organisationen aufgezählt, in denen man als Staatsbediensteter nicht Mitglied sein durfte. Anlass hierfür war, dass die „Gegner der Bundesrepublik ihre Bemühungen, die freiheitliche demokratische Grundordnung zu untergraben“, verstärkten.

In den 1970er Jahren stand die Bekämpfung des Linksextremismus im Mittelpunkt der sicherheitspolitischen Agenda der damals noch jungen BRD – was angesichts der abstrakten Bedrohung durch den kommunistischen Ostblock und des sehr konkreten Terrors der RAF nachvollziehbar war. Die Regierungschefs von Bund und Ländern befürchteten, dass der öffentliche Dienst durch (Links-)Extremisten „unterwandert“ wird und erließen daher am 28.1.1972 einen gemeinsamen Beschluss<sup>141</sup>, der der Öffentlichkeit als „Radikalenerlass“ oder „Extremistenbeschluss“ bekannt wurde. Dieser Beschluss war auch eine Reaktion der Exekutive auf zunehmende kommunistische und sozialistische Aktivitäten an Universitäten.<sup>142</sup> Er betonte die Pflicht zur Verfassungstreue als Pflicht, sich positiv zur Verfassung zu bekennen, sodass verfassungsfeindliche Bestrebungen eine Verletzung der Dienstpflichten bedeuteten. Begründete Zweifel an der positiven Verfassungstreue von Bewerbern rechtfertigten deshalb im Regelfall deren Ablehnung.<sup>143</sup>

Besonders umstritten war – neben der Frage, ob die Mitgliedschaft eines Staatsbediensteten in einer Partei, welche nicht vom BVerfG verboten ist, dessen Ablehnung oder Entlassung rechtfertigen konnte – das Verfah-

ren der Regelanfragen bei den Verfassungsschutzämtern<sup>144</sup>: Auf Grund dieser Regelanfrage wurden im Zeitraum von 1972 bis 1992 rund 3,5 Millionen Bewerber für den öffentlichen Dienst überprüft. Es kam in ca. 11.000 Fällen zu Verfahren, wobei 1.250 Personen nicht eingestellt wurden.<sup>145</sup> Darüber hinaus wurden rund 260 Beamte und Angestellte im genannten Zeitraum entlassen; besonders betroffen waren neben Lehrern (etwa 80 %) auch Hochschullehrer (etwa 10 %).<sup>146</sup>

Das Verfahren der Regelanfrage wurde von den einzelnen Ländern sukzessive aufgehoben und verlor so an Bedeutung.<sup>147</sup> Zuletzt gab es 1991 auch der Freistaat Bayern auf<sup>148</sup>, der jedoch an dessen Stelle ein neues, eigenes Verfahren einführte, um die Verfassungstreue im öffentlichen Dienst zu prüfen<sup>149</sup>. Danach muss nunmehr jeder Bewerber in einem „Fragebogen zur Prüfung der Verfassungstreue“ ausdrücklich beantworten, ob er Mitglied oder Unterstützer einer oder mehrerer als extremistisch oder extremistisch beeinflusster Organisation war oder ist; die „wichtigsten extremistischen oder extremistisch beeinflussten Organisationen“ sind dabei (nicht abschließend) in einem Verzeichnis<sup>150</sup> aufgezählt.

Gegenwärtig ringen Bund und Länder wieder verstärkt mit dem Problem, wie sie den öffentlichen Dienst frei von Verfassungsfeinden halten können. Wie unverändert real und akut die Bedrohung durch diese ist, zeigen nämlich zahlreiche (rechts-)extremistische Vorfälle in den Sicherheitsbehörden im vergangenen Jahr.<sup>151</sup> Der Freistaat Sachsen versucht dieser Gefahr mit einer neu geschaffenen Koordinierungsstelle für interne Extremismusabwehr und -prävention zu begegnen; deren Ziel ist es, extremistische Bestrebungen von Bediensteten des Innenministeriums wie nachgeordneter Behörden aufzuspüren.<sup>152</sup>

140 Beschluss der Bundesregierung zur politischen Betätigung von Angehörigen des öffentlichen Dienstes gegen die demokratische Grundordnung vom 19.9.1950, in: Gemeinsames Ministerialblatt vom 20.9.1950, S. 93. Näher hierzu *Rudolf*, in: Thiel (Hrsg.), *Wehrhafte Demokratie*, 2003, S. 209, 217 ff.

141 Gemeinsamer Beschluss des Bundeskanzlers und der Ministerpräsidenten der Länder zu Grundsätzen über die Mitgliedschaft von Beamten in extremen Organisationen, bekanntgegeben in: Ministerialblatt für das Land Nordrhein-Westfalen vom 29.2.1972, S. 342. Näher dazu *Rudolf*, in: Thiel (Hrsg.), *Wehrhafte Demokratie*, 2003, S. 209, 219 ff.

142 *Kunig*, in: Münch/Kunig, GG, 6. Aufl. 2012, Art. 33 Rn. 34; *Rudolf*, in: Thiel (Hrsg.), *Wehrhafte Demokratie*, 2003, S. 209, 220.

143 *Rudolf*, in: Thiel (Hrsg.), *Wehrhafte Demokratie*, 2003, S. 209, 219.

144 *Rudolf*, in: Thiel (Hrsg.), *Wehrhafte Demokratie*, 2003, S. 209, 219 ff.

145 *Mühdorfer*, Radikalenerlass, publiziert am 16.6.2014, in: Historisches Lexikon Bayerns, <https://www.historisches-lexikon-bayerns.de/Lexikon/Radikalenerlass> (31.1.2021).

146 *Mühdorfer*, Radikalenerlass, publiziert am 16.6.2014, in: Historisches Lexikon Bayerns, <https://www.historisches-lexikon-bayerns.de/Lexikon/Radikalenerlass> (31.1.2021).

147 Näher *Rudolf*, in: Thiel (Hrsg.), *Wehrhafte Demokratie*, 2003, S. 209, 221 f.

148 Vgl. *Kathke*, ZBR 1992, 344, 345. Näher zur Entwicklung der Prüfung der Verfassungstreue seit 1980: *Rudolf*, in: Thiel (Hrsg.), *Wehrhafte Demokratie*, 2003, S. 209, 222 ff.

149 Bekanntmachung über die Pflicht zur Verfassungstreue im öffentlichen Dienst (Verfassungstreue-Bekanntmachung – VerftöDBek) der Bayerischen Staatsregierung vom 3.12.1991 (AllMBL. S. 895, StAnz. Nr. 49), zuletzt geändert durch Bekanntmachung vom 27.9.2016 (AllMBL. S. 2138).

150 Verzeichnis extremistischer oder extremistisch beeinflusster Organisationen (nicht abschließend), IMBek vom 29.11.2007.

151 Vgl. etwa <https://www.sueddeutsche.de/politik/nrw-polizeirechtsextremismus-chat-1.5034926> (31.1.2021).

152 <https://www.mdr.de/sachsen/koordinierungsstelle-extremismus-abwehr-sachsen-100.html> (31.1.2021).

Der (zeit-)geschichtliche Rückblick macht deutlich: Politischer Extremismus ist eine offenbar nicht auszurotende verfassungsfeindliche Einstellung von Menschen und damit ein *zeitloses* Phänomen nicht nur generell in Staat und Gesellschaft, sondern auch im öffentlichen Dienst der staatlichen Hochschulen; denn Letztere sind mit ihren vielen Studierenden und Beschäftigten stets Abbild unserer Lebenswirklichkeit: Mit der Zahl der Studierenden (1975: 836.002; 2019: 2.891.049<sup>153</sup>) ist die Zahl ihrer Beschäftigten deutlich gestiegen. Beschäftigten die Hochschulen im Jahr 2010 noch 601.682 Personen<sup>154</sup>, so waren es 2019 bereits 737.762; davon sind 406.659 dem wissenschaftlichen (und künstlerischen) Personal und 331.103 dem nichtwissenschaftlichen (verwaltungstechnischen und sonstigen) Personal zuzurechnen.<sup>155</sup> Dabei überwiegt das Personal der Universitäten mit 578.569 Beschäftigten gegenüber dem der Kunst-, Fach- und Verwaltungshochschulen klar.<sup>156</sup> Diese Zahlen beziehen sich zwar auf alle Hochschulen unabhängig von deren Trägerschaft, schließen also private Hochschulen mit ein. Deren Beschäftigte machen allerdings nur einen sehr geringen Teil aus: Im Jahr 2018 waren an privaten Hochschulen insgesamt lediglich 18.283 Personen beschäftigt, davon 8.147 im wissenschaftlichen und künstlerischen Bereich, 10.136 als Verwaltungs-, technisches und sonstiges Personal.<sup>157</sup> Die Beschäftigten an staatlichen Universitäten und anderen Hochschulen bilden so mit gut 15% einen beachtlichen Teil der rund 4,9 Millionen Beschäftigten im öffentlichen Dienst.<sup>158</sup>

#### b) Konflikt: Verfassungsschutz versus Grundrechtsschutz

Der Staat befindet sich bei der Bekämpfung von politischem Extremismus *stets* in einem Dilemma – und besonders als Dienstherr und Arbeitgeber im öffentlichen Dienst: Einerseits verpflichtet das Grundgesetz ihn als wehrhafte Demokratie, seine Grundwerte zu erhalten und zu schützen. Und dazu wäre der Staat nicht in der Lage, wenn seine Bediensteten ihn und seine Grundordnung „von innen heraus“ ablehnen und bekämpfen.

Zutreffend stellte das BVerfG daher bereits 1975 fest: „Der freiheitliche demokratische Rechtsstaat kann und darf sich nicht in die Hand seiner Zerstörer geben.“<sup>159</sup> Andererseits ist der wehrhafte Staat zugleich ein liberaler, die Grundrechte aller Bürger achtender und schützender Rechtsstaat. Und diese Grundrechte gelten im Rechtsstaat grundsätzlich auch für die Feinde der Freiheit.<sup>160</sup>

Dieser verfassungsimmanente Grundkonflikt – die Kollision der staatlichen Pflicht zum Verfassungsschutz mit der Pflicht, den Bürgern möglichst umfassend grundrechtliche Freiheit zu gewähren – prägt die Beschäftigungsverhältnisse an staatlichen Universitäten und anderen Hochschulen. Auch hier muss der Staat seine Grundordnung einerseits vor Verfassungsfeinden schützen und verteidigen, andererseits aber umfassend grundrechtliche Freiheiten – und hier ganz besonders die Wissenschaftsfreiheit – achten und schützen.

Besonders klar zeigt sich diese Ambivalenz bei den Beamten; das BVerfG beschreibt sie wie folgt: „Der Beamte genießt Grundrechtsschutz. Er steht zwar ‚im Staat‘ und ist deshalb mit besonderen Pflichten belastet, die ihm dem Staat gegenüber obliegen, er ist aber zugleich Bürger, der seine Grundrechte gegen den Staat geltend machen kann. In ihm stoßen sich also zwei Grundentscheidungen des Grundgesetzes: Die Garantie eines für den Staat unentbehrlichen, ihn tragenden, verlässlichen, die freiheitliche demokratische Grundordnung bejahenden Beamtenkörpers [...] und die Garantie der individuellen Freiheitsrechte“<sup>161</sup>.

Für den verbeamteten Hochschullehrer folgt aus diesem verfassungsimmanenten Konflikt spezifisch: Er ist als *Beamter* Staatsdiener, sodass ihn beamtenrechtliche Pflichten treffen; zugleich genießt er nicht nur allgemein als *Bürger* Grundrechtsschutz, vielmehr ist seine *wissenschaftliche* Tätigkeit durch Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG besonders (umfassend) geschützt.

153 <https://www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Bildung-Forschung-Kultur/Hochschulen/Tabellen/lrbilo1.html> (31.1.2021).

154 *Statistisches Bundesamt*, Bildung und Kultur – Personal an Hochschulen 2019, 2020, S. 14, [https://www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Bildung-Forschung-Kultur/Hochschulen/Publikationen/Downloads-Hochschulen/personal-hochschulen-2110440197004.pdf;jsessionid=4DB1A130F514083ACD0293304A21451E.internet8731?\\_\\_blob=publicationFile](https://www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Bildung-Forschung-Kultur/Hochschulen/Publikationen/Downloads-Hochschulen/personal-hochschulen-2110440197004.pdf;jsessionid=4DB1A130F514083ACD0293304A21451E.internet8731?__blob=publicationFile) (31.1.2021).

155 *Statistisches Bundesamt*, Bildung und Kultur – Personal an Hochschulen 2019, 2020, S. 14.

156 *Statistisches Bundesamt*, Bildung und Kultur – Personal an Hochschulen 2019, 2020, S. 15.

157 *Statistisches Bundesamt*, Bildung und Kultur – Private Hochschulen 2018, 2020, S. 14, 115 f.; [https://www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Bildung-Forschung-Kultur/Hochschulen/Publikationen/Downloads-Hochschulen/personal-hochschulen-2110440197004.pdf;jsessionid=4DB1A130F514083ACD0293304A21451E.internet8731?\\_\\_blob=publicationFile](https://www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Bildung-Forschung-Kultur/Hochschulen/Publikationen/Downloads-Hochschulen/personal-hochschulen-2110440197004.pdf;jsessionid=4DB1A130F514083ACD0293304A21451E.internet8731?__blob=publicationFile) (31.1.2021).

158 <https://www.destatis.de/DE/Themen/Staat/Oeffentlicher-Dienst/Tabellen/beschaeftigte-aufgaben.html> (31.1.2021).

159 BVerfG 22.5.1975 – 2 BvL 13/73, NJW 1975, 1641, 1642.

160 Näher *Chr. Picker*, RdA 2020, 317, 322 f.

161 BVerfG 22.5.1975 – 2 BvL 13/73, NJW 1975, 1641, 1647; ferner BVerfG 20.9.2007 – 2 BvR 1047/06, NVwZ 2008, 416.

## c) Lösung: Funktionale Differenzierung

Wie ist dieses Dilemma – Verfassungsschutz und Grundrechtsschutz – verfassungskonform aufzulösen? Zwar spricht Vieles auf den ersten Blick dafür, dass der Selbstschutz des wehrhaften Verfassungsstaates vorrangig ist<sup>162</sup> und damit eine positive Verfassungstreuepflicht für *alle* Beschäftigte an Universitäten und anderen Hochschulen gelten muss – unabhängig davon, welche konkrete Stellung diese innehaben und welche konkreten Aufgaben diese ausüben.

Eine derart umfassende politische Treuepflicht *aller* Hochschulbeschäftigten würde deren Grundrechte aber auch dann einschränken, wenn ein Funktions- oder Ansehensverlust des Staates gerade nicht zu befürchten ist. Denn nicht jeder Beschäftigte des öffentlichen Dienstes übt hoheitliche Tätigkeiten aus und repräsentiert und vertritt so den Staat. Eine positive politische Treuepflicht, die schematisch für den gesamten öffentlichen Dienst gilt, ist daher weder geboten noch verhältnismäßig.<sup>163</sup>

Gerade weil unser Rechtsstaat kein einseitig wehrhafter, sondern kumulativ liberaler *und* wehrhafter ist, hat er die Grundrechte seiner Beschäftigten möglichst weitgehend zu respektieren. Verfassungsrechtlich notwendig ist es daher, an staatlichen Universitäten und Hochschulen zwischen Beamten und Arbeitnehmern zu differenzieren.

## 2. Beamte

Für die staatlichen Funktionsträger, denen hoheitliche Aufgaben und Befugnisse übertragen sind, gelten beson-

dere politische Treuepflichten. Zu diesen zählen Beamte, Richter und Soldaten.<sup>164</sup> An den Hochschulen unterliegt daher das verbeamtete Personal einer spezifischen Verfassungstreuepflicht<sup>165</sup> – und dazu gehören insbesondere die ganz überwiegend<sup>166</sup> nach § 46 HRG bzw. § 49 Abs. 1 LHG<sup>167</sup> verbeamteten Professorinnen und Professoren.

## a) Positive Verfassungstreuepflicht

Beamte müssen sich nach Ansicht des BVerfG<sup>168</sup> und der h. M.<sup>169</sup> eindeutig zur freiheitlichen demokratischen Grundordnung bekennen, sich mit dieser identifizieren und bereit sein, für diese jederzeit aktiv einzutreten. Diese sogenannte positive Treuepflicht gilt für sie umfassend: Dienstlich wie außerdienstlich<sup>170</sup> sowie unabhängig von der Art des Beamtenverhältnisses (auf Lebenszeit, Zeit oder Probe) und den konkreten dienstlichen Aufgaben.<sup>171</sup>

Einfachgesetzlich ist diese Pflicht für Bundesbeamte in § 60 Abs. 1 S. 3 BBG und für Landesbeamte wortlautidentisch in § 33 Abs. 1 S. 3 BeamStG positiviert: „*Beamtinnen und Beamte müssen sich durch ihr gesamtes Verhalten zu der freiheitlichen demokratischen Grundordnung im Sinne des Grundgesetzes bekennen und für deren Erhaltung eintreten.*“

## aa) Dogmatische Herleitung

BVerfG<sup>172</sup> und BVerwG<sup>173</sup> betrachten diese besondere politische Treuepflicht als einen hergebrachten Grundsatz des Berufsbeamtentums und leiten sie damit unmit-

162 Näher Chr. Picker, RdA 2020, 317, 324.

163 Chr. Picker, RdA 2020, 317, 324.

164 Siems, DÖV 2014, 338, 339.

165 BVerfGE 31.7.1981 – 2 BvR 321/81, NJW 1981, 2683; BVerwG 22.4.1977 – VII C 17/74, NJW 1977, 1837; BVerwG 28.11.1980 – 2 C 24/78, NJW 1981, 1390; BVerwG 19.1.1989 – 7 C 89/87, NJW 1989, 1374; VG Berlin 29.10.2012 – VG 80 K 23.12 OL, BeckRS 2012, 60858.

166 Nach Epping, ZBR 1997, 383, 385 – Fn. 34 waren im Jahr 1997 rund 98 % der Professoren Beamte.

167 Soweit landesrechtliche Vorschriften zitiert werden, handelt es sich um solche des Landes Baden-Württemberg.

168 Grundlegend: BVerfG 22.5.1975 – 2 BvL 13/73, NJW 1975, 1641. Vgl. etwa auch BVerfG 6.5.2008 – 2 BvR 337/08, NJW 2008, 2568.

169 Maunz/Dürig/Badura, 92. EL August 2020, GG Art. 33 Rn. 60 m. w. N. Jüngst dazu Lorse, ZBR 2021, 1 ff.

170 BVerwG 29.10.1981 – 1 D 50/81, NJW 1982, 779; VGH Kassel

7.5.1988 – 24 DH 2498-96, NVwZ 1999, 904.

171 H. M., vgl. aus der umfangreichen Rechtsprechung: BVerfG 22.5.1975 – 2 BvL 13/73, NJW 1975, 1641; BVerwG 6.2.1975 – II C 68/73, NJW 1975, 1135; BVerwG 27.11.1980 – 2 C 38/79, NJW 1981, 1386; BVerwG 29.10.1981 – 1 D 50/80 (BDiszG), NVwZ 1982, 191; VGH Mannheim 13.3.2007 – 4 S 1805/06, NVwZ-RR 2008, 149; ebenso Stern, Zur Verfassungstreue der Beamten, München 1974, S. 23; zur Praxis: Runderlass des BMI v. 4.2.1993 D I 3-210 152/7; Kathke ZBR 1992, 344. A. A. und für funktionsbezogene Bestimmung der beamtenrechtlichen Verfassungstreuepflicht: Brosius-Gersdorf, in: Dreier (Hrsg.), GG, Bd. II, 3. Aufl. (2015), Art. 33 Rn. 107; Battis, BBG, 5. Aufl. 2017, § 7 Rn. 12, jedenfalls zweifelnd BeckOK BeamtenR Bund/Schwarz, 20. Ed. 1.10.2020, BBG § 7 Rn. 14.1.

172 BVerfG 22.5.1975 – 2 BvL 13/73, NJW 1975, 1641; BVerfG 6.5.2008 – 2 BvR 337/08, NJW 2008, 2568.

173 BVerwG 6.2.1975 – II C 68/73, NJW 1975, 1135.

telbar aus Art. 33 Abs. 5 GG her. Zu diesen hergebrachten Grundsätzen zählt das BVerfG den „Kernbestand von Strukturprinzipien [...], die allgemein oder doch ganz überwiegend während eines längeren, traditionsbildenden Zeitraums, mindestens unter der Reichsverfassung von Weimar, als verbindlich anerkannt und gewahrt worden sind“<sup>174</sup>.

Danach ist sicher die *allgemeine* Treuepflicht der Beamten ein tradiertter Grundsatz des Berufsbeamten-tums.<sup>175</sup> Ob dazu jedoch historisch auch die *besondere* positive Verfassungstreuepflicht zählt, ist angesichts der grundlegenden Staats- und Verfassungsumbrüche in der deutschen Geschichte des 20. Jahrhunderts zweifelhaft.<sup>176</sup> Sicher kann die personenbezogene Treuepflicht der Beamten gegenüber dem Führer während der nationalsozialistischen Schreckensherrschaft<sup>177</sup> nicht zur Begründung einer Verfassungstradition herangezogen werden. Diese Pflicht war zwar auch eine besondere, aber eben eine besonders pervertierte. Ob zumindest die Weimarer Reichsverfassung eine entsprechende Verfassungstradition begründet hat, ist zweifelhaft<sup>178</sup>, weil gerade umstritten war, inwieweit diese Verfassung eine politische Treuepflicht für die Beamten statuierte. Art. 130 Abs. 2 WRV garantierte den Beamten nämlich auch „die Freiheit ihrer politischen Gesinnung“, sodass Inhalt und Grenzen der Treuepflicht umstritten waren.<sup>179</sup>

Allerdings geht es bei der hier fraglichen *politischen* Treuepflicht einzig um die Treue zum Grundgesetz. Ihr Inhalt und Umfang lassen sich deshalb nicht aus der Genese zuvor geltender Verfassungen, sondern allein aus dem Grundgesetz selbst bestimmen.<sup>180</sup> Folglich muss sich eine entsprechende Treuepflicht *originär* aus und mit dem Grundgesetz begründen lassen.

Zur Begründung der *positiven* Verfassungstreuepflicht von Beamten bemüht das BVerfG weiter das Verfassungsprinzip der wehrhaften bzw. streitbaren Demokratie. Dies überzeugt indes nur bedingt, setzt dieses

Prinzip doch gerade eine *aktive* Verfassungsfeindschaft voraus<sup>181</sup>, sodass sich mit ihm lediglich eine *negative*, aber gerade keine *positive* Verfassungstreuepflicht begründen lässt. Erfasst wären mithin nur solche (seltenen) Fälle, in denen Beamte aktiv „kämpferisch“ gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung opponieren, nicht aber die Fälle, in denen Beamte diese nur (passiv) ablehnen, was etwa anzunehmen ist, wenn diese bloß Mitglied einer verfassungsfeindlichen Partei oder Organisation sind.<sup>182</sup> Unabhängig davon gilt das Verbot, sich aggressiv-kämpferisch gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung zu betätigen, für alle Bürger – und nicht spezifisch nur für Beamte.

Überzeugend lässt sich die Verfassungstreuepflicht von Beamten mit der *Funktion des Berufsbeamtentums* begründen.<sup>183</sup> Unser Verfassungsstaat geht mit seiner Entscheidung für die wehrhafte Demokratie eine Selbstverpflichtung ein, seine Grundordnung zu schützen und zu erhalten. Da er aber selbst nicht handlungsfähig ist, ist er zwingend auf seine Beamten als ihn Repräsentierende und für ihn Handelnde angewiesen; diesen überträgt er insbesondere das Recht, (für ihn) hoheitliche Gewalt und so seine „Kernfunktion“ auszuüben, Art. 33 Abs. 4 GG.<sup>184</sup> Diese verfassungsrechtliche Grundentscheidung verbietet es zwingend, „dass der Staat, dessen verfassungsmäßiges Funktionieren auch von der freien inneren Bindung seiner Amtsträger an die geltende Verfassung abhängt, zur Ausübung von Staatsgewalt Bewerber zulässt und in (Ehren-)Ämtern, die mit der Ausübung staatlicher Gewalt verbunden sind, Bürger belässt, die die freiheitliche demokratische, rechts- und sozialstaatliche Ordnung ablehnen und bekämpfen“<sup>185</sup>. Für die Verfassungstreue beim Zugang zum Beamtenverhältnis bietet entsprechend Art. 33 Abs. 2 GG einen verfassungsrechtlichen Anknüpfungspunkt.<sup>186</sup>

174 Ständige Rechtsprechung, vgl. etwa BVerfG 2.12.1958 – 1 BvL 27/55, NJW 1959, 189; BVerfG 12.6.2018 – 2 BvR 1738/12, 2 BvR 1395/13, 2 BvR 1068/14, 2 BvR 646/15, NVwZ 2018, 1121, 1123 m. w. N.

175 BVerfG 19.9.2007 – 2 BvF 3/02, NVwZ 2007, 1396; BVerfG 15.12.1976 – 2 BvR 841/73, NJW 1977, 1189; BVerfG 17.12.1953 – 1 BvR 147/52, NJW 1954, 21; Brosius-Gersdorf in: Dreier (Hrsg.), GG, Bd. II, 3. Aufl. 2015, Art. 33 Rn. 186 m. w. N. Ausführlich zur historischen Entwicklung der beamtenrechtlichen Treuepflicht: Laubinger, FS Ule, 1977, 89 ff.

176 Im Einzelnen Battis, BBG, 5. Aufl. 2017, § 7 Rn. 10 f.; ebenso Rudolf, in: Thiel (Hrsg.), Wehrhafte Demokratie, 2003, S. 209, 232 f.

177 Näher dazu: Laubinger, FS Ule, 1977, S. 89, 105 ff.; Rudolf, in: Thiel (Hrsg.), Wehrhafte Demokratie, 2003, S. 209, 215 ff.

178 Battis, BBG, 5. Aufl. 2017, § 7 Rn. 11: „keine tragfähige Grundlage zur Herleitung der politischen Treuepflicht“; dem zustimmend Lorse, ZBR 2021, 1, 5; ferner Kortz/Lubig, ZBR 2006, 397, 401.

179 Näher Battis, BBG, 5. Aufl. 2017, § 7 Rn. 11.

180 Vgl. Kortz/Lubig, ZBR 2006, 397, 401.

181 Siehe oben II.2.

182 Richtig Battis, BBG, 5. Aufl. 2017, § 7 Rn. 12.

183 Ebenso Battis, BBG, 5. Aufl. 2017, § 7 Rn. 12; Menger, VerwArch 67 (1976), 105, 106 f.

184 Vgl. Menger, VerwArch 67 (1976), 105, 107.

185 BVerfG 6.5.2008 – 2 BvR 337/08, NJW 2008, 2568, 2569.

186 Darauf stellt maßgeblich Lorse, ZBR 2021, 1, 6 ab. Vgl. zur Verfassungstreue als Eignungsmerkmal: Maunz/Dürig/Badura, 91. EL April 2020, GG Art. 33 Rn. 33; BVerfG 22.5.1975 – 2 BvL 13/73, NJW 1975, 1641.

## bb) Verfassungskonformität

Das BVerfG hält die politische Treuepflicht der Beamten für verfassungskonform.<sup>187</sup> Zwar können sich auch Beamte auf ihre Grundrechte berufen<sup>188</sup>, insbesondere auf das Verbot der Benachteiligung wegen der politischen Anschauung (Art. 3 Abs. 3 GG), die auch durch Art. 33 Abs. 3 GG geschützte Glaubens- und Weltanschauungsfreiheit (Art. 4 Abs. 1 GG), sowie die Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG) und Wissenschaftsfreiheit (Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG).

Aber sie können ihre Grundrechte wegen der „*Garantie eines für den Staat unentbehrlichen, ihn tragenden, verlässlichen, die freiheitliche demokratische Grundordnung behandelnden Beamtenkörpers*“ nur verfassungskonform ausüben.<sup>189</sup> Der Grundrechtsschutz darf die politische Treuepflicht nicht zugunsten von Verfassungsfeinden relativieren.

## (1) Politische Anschauung, Art. 3 Abs. 3 GG

Das BVerfG legt in seiner grundlegenden Entscheidung aus dem Jahr 1975 das Merkmal der „politischen Anschauung“ äußerst restriktiv aus: Art. 3 Abs. 3 GG soll nur das „Haben“, nicht aber das Äußern und Betätigen einer politischen Überzeugung schützen.<sup>190</sup> Denn die Betätigung der politischen Gesinnung sei „eindeutig“ durch besondere Grundrechte geschützt. Weiter gelte das Benachteiligungsverbot des Art. 3 Abs. 3 GG nicht „absolut“.<sup>191</sup> Verboten sei nur die gezielte Benachteiligung (oder Bevorzugung) wegen der politischen Einstellung, nicht aber ein Nachteil, der die Folge einer ganz anders intendierten Regelung ist. Schließlich müsse Art. 3 Abs. 3 GG „aus dem Kontext der Verfassung“ heraus ausgelegt werden; diese konstituiere eine „wehrhafte Demokratie“, die über Art. 3 Abs. 3 GG nicht ihren Feinden ausgeliefert werden dürfe.

Die beiden erstgenannten Argumente des BVerfG überzeugen nicht: Wollte man den Schutzbereich des

Art. 3 Abs. 3 GG auf das bloße Haben einer politischen Überzeugung beschränken, so wäre die Norm weitestgehend sinnlos. Abgesehen davon, dass sich innere (politische) Einstellungen von Menschen kaum rechtssicher feststellen lassen, kann das bloße „Haben“ einer Überzeugung in einem freiheitlichen Rechtsstaat niemals verboten sein; vielmehr sind die Gedanken hier umfassend „frei“<sup>192</sup>. Daher muss gerade auch die Manifestation von politischen Anschauungen nach außen – entgegen der Ansicht des BVerfG<sup>193</sup> – von Art. 3 Abs. 3 GG geschützt sein.<sup>194</sup> Der Verweis, dass die politische Betätigung nur von den besonderen Grundrechten geschützt sei, schafft ein – systematisch nicht begründbares und grundrechtsdogmatisch verfehltes – Spezialitätsverhältnis zwischen Art. 3 Abs. 3 GG und den (vermeintlich besonderen) Grundrechten.<sup>195</sup> Vielmehr ist Telos des Art. 3 Abs. 3 GG, Diskriminierungen *wegen* der politischen Anschauung zu verbieten – was inzwischen auch das BVerfG anerkennt<sup>196</sup>. Und da die Ablehnung eines Bewerbers bzw. die Entlassung eines Beamten gerade *wegen* dessen (extremer) politischer Anschauung erfolgt, ist Art. 3 Abs. 3 GG hier einschlägig.<sup>197</sup>

Freilich ist diese Ungleichbehandlung von Extremisten wegen Art. 33 Abs. 5 GG grundsätzlich gerechtfertigt.<sup>198</sup> Art. 3 Abs. 3 GG muss nämlich (wie jede andere Verfassungsnorm auch) im Kontext der Verfassung ausgelegt werden; und ein „*Staat, der sich nicht selbst aufgeben will, [...] muß sicherstellen, daß in den Beamtenapparat nicht Verfassungsfeinde eindringen.*“<sup>199</sup> Denn der Staat ist nur dauerhaft funktionstüchtig und seinen Bürgern gegenüber nach außen glaubwürdig, wenn er zumindest in seinem hoheitlichen *Kernbereich* von Amtsträgern repräsentiert wird, die jederzeit vorbehaltlos für ihn eintreten. Die Benachteiligung ist auch verhältnismäßig, da Extremisten (fast) jeden Beruf *außerhalb* der Beamtenschaft ergreifen können.<sup>200</sup>

187 BVerfG 22.5.1975 – 2 BvL 13/73, NJW 1975, 1641.

188 Insbesondere setzt die Lehre vom besonderen Gewaltverhältnis die Geltung der Grundsätze nicht außer Kraft, vgl. BVerfG 14.3.1972 – 2 BvR 41/71, NJW 1972, 811; vgl. auch *Battis*, BBG, 5. Aufl. 2017, § 4 Rn. 23 f.

189 BVerfG 22.5.1975 – 2 BvL 13/73, NJW 1975, 1641, 1647.

190 BVerfG 22.5.1975 – 2 BvL 13/73, NJW 1975, 1641, 1648. Dem folgend BAG 12.3.1986 – 7 AZR 20/83, NJW 1987, 1100, 1101 und BVerwG 7.7.2004 – 6 C 17/03, NJW 2005, 85, 88.

191 BVerfG 22.5.1975 – 2 BvL 13/73, NJW 1975, 1641.

192 *Volkman*, NJW 2010, 417, 419.

193 BVerfG 22.5.1975 – 2 BvL 13/73, NJW 1975, 1641; relativierend BVerfG 4.11.2009 – 1 BvR 2150/08, NJW 2010, 47.

194 So auch *Stern/Becker*, GG, 3. Aufl. 2019, Art. 3 Rn. 84;

*ErfK/Schmidt*, 21. Aufl. 2021, GG Art. 3 Rn. 74; s. ferner Sondervotum *Simon*, BVerfG 8.3.1983, 1 BvR 1078/80, BVerfGE 63, 266, 304. Inzwischen wohl auch BVerfG 14.1.2020 – 2 BvR 1333/17, NJW 2020, 1049, 1056 Rn. 116.

195 Vgl. *Maunz/Dürig/Langefeld*, 91. EL April 2020, GG Art. 3 Abs. 3 Rn. 19; *Stern/Becker*, GG, 3. Aufl. 2019, Art. 3 Rn. 162.

196 BVerfG 28.1.1992 – 1 BvR 1025/82, 1 BvL 16/83, 1 BvL 10/91, NJW 1992, 964, 965.

197 *Chr. Picker*, RdA 2020, 317, 325.

198 Ebenso *Maunz/Dürig/Langefeld*, 91. EL April 2020, GG Art. 3 Abs. 3 Rn. 70.

199 BVerfG 22.5.1975 – 2 BvL 13/73, NJW 1975, 1641, 1648.

200 *Chr. Picker*, RdA 2020, 317, 325.

(2) Parteienprivileg, Art. 21 Abs. 2, 4 GG

Nach Ansicht des BVerfG<sup>201</sup> hindert auch das Parteienprivileg nach Art. 21 Abs. 2, 4 GG den öffentlichen Dienstherrn nicht, die Mitgliedschaft in einer politischen Partei, die er für verfassungsfeindlich hält, vom BVerfG aber nicht für verfassungswidrig erklärt wurde, als Einstellungshindernis oder Dienstvergehen zu werten.<sup>202</sup> Vor bloß faktischen Nachteilen, die einer betroffenen Partei dadurch entstehen, schütze Art. 21 Abs. 2, 4 GG nicht. Es sei funktional zu differenzieren: Während Art. 21 GG die freie politische Betätigung des Bürgers schütze, liege „die ratio des verfassungsrechtlichen Grundsatzes, daß dem Beamten gegenüber dem freiheitlichen demokratischen Staat, zu dem er in ein besonders enges Verhältnis getreten ist, eine politische Treuepflicht obliegt, in einem anderen rechtlichen Zusammenhang“<sup>203</sup>.

Diese Argumentation überzeugt ebenfalls nur im Ergebnis, nicht aber in der Begründung. Nach ganz h. M. darf der Staat die politischen Ziele einer Partei auch ohne konstitutive Verbotsentscheidung des BVerfG als verfassungsfeindlich bezeichnen und die Mitgliedschaft in einer solchen Partei als wesentliches Indiz dafür heranziehen, dass die erforderliche Verfassungstreue fehlt.<sup>204</sup> Zwar ist dadurch – entgegen der Ansicht des BVerfG<sup>205</sup> und BVerwG<sup>206</sup> – der Schutzbereich des Art. 21 Abs. 2, 4 GG sehr wohl berührt, wonach der Staat eine nicht vom BVerfG verbotene Partei (und insbesondere deren Funktionäre, Mitglieder und Anhänger) nicht in ihrer politischen Tätigkeit stören oder behindern darf.<sup>207</sup> In den Schutzbereich ist auch eingegriffen, weil Art. 21 GG entweder – entgegen der h. M.<sup>208</sup> – auch vor faktischen Nachteilen schützt<sup>209</sup> oder ein rechtlicher Nachteil anzunehmen ist, wenn der Staat Bewerber we-

gen ihrer Parteimitgliedschaft ablehnt bzw. Beamte deshalb entlässt.<sup>210</sup> Denn die Parteimitgliedschaft ist hier wesentliches Indiz für die Beurteilung der Verfassungstreue, sodass der Bewerber/Beamte gerade auch „wegen seiner Zugehörigkeit“ zu dieser und nicht nur wegen seines Gesamtverhaltens benachteiligt wird.<sup>211</sup> Ferner „existieren“ Parteien nur mit und durch ihr personales Substrat. Sie sind existentiell auf ihre Funktionäre wie Mitglieder angewiesen, sodass sie erheblich in ihrer Betätigungsfreiheit beeinträchtigt werden, wenn Personen ihnen nur deshalb fernbleiben, weil ihnen wegen der Mitgliedschaft Berufe verwehrt sind.<sup>212</sup>

Aber auch hier gilt: Zumindest in seinem Kernbereich ist der Staat auf verfassungstreue Beamte zwingend angewiesen, weshalb die verfassungsrechtlich geschützte Betätigungsfreiheit der Parteien und deren Mitglieder und Funktionäre diese unverzichtbare Prüfung der Verfassungstreue nicht konterkarieren darf. Denn der Staat bedarf „in seiner freiheitlichen demokratischen Verfaßtheit [...], wenn er sich nicht selbst in Frage stellen will, eines Beamtenkörpers, der für ihn und die geltende verfassungsmäßige Ordnung eintritt, in Krisen und Loyalitätskonflikten ihn verteidigt, indem er die ihm übertragenen Aufgaben getreu in Einklang mit dem Geist der Verfassung, mit den verfassungsrechtlichen Wertentscheidungen und Geboten und den geltenden Gesetzen erfüllt.“<sup>213</sup> Und der Eingriff in deren Betätigungsfreiheit ist insofern erträglich, als nur einem verhältnismäßig kleinen Teil der Bürger, den Beamten, verwehrt wird, sich für sie zu betätigen. Folglich geht Art. 33 Abs. 5 GG dem Parteienprivileg nach Art. 21 Abs. 2, 4 GG als verfassungsimmanente Schranke vor.<sup>214</sup>

Die Parteimitgliedschaft ist freilich immer nur ein Indiz und befreit den Staat nicht davon, die Verfassungs-

201 BVerfG 22.5.1975 – 2 BvL 13/73, NJW 1975, 1641.

202 BVerfG 22.5.1975 – 2 BvL 13/73, NJW 1975, 1641.

203 BVerfG 22.5.1975 – 2 BvL 13/73, NJW 1975, 1641, 1645.

204 BVerfG 22.5.1975 – 2 BvL 13/73, NJW 1975, 1641, 1644; BVerwG 29.10.1981 – 1 D 50/81, NJW 1982, 779; BVerwG 7.7.2004 – 6 C 17/03, NJW 2005, 85, 87; BAG 31.3.1976 – 5 AZR 104/74, NJW 1976, 1708, 1709; Streinz, in: v. Mangoldt/Klein/Stark, Bd. 2, 7. Aufl. 2018, GG Art. 21 Rn. 219.

205 BVerfG 22.5.1975 – 2 BvL 13/73, NJW 1975, 1641.

206 BVerwG 7.7.2004 – 6 C 17/03, NJW 2005, 85, 87; BVerwG 29.10.1981 – 1 D 50/81, NJW 1982, 779. Nach Ansicht des BAG 31.3.1976 – 5 AZR 104/74, NJW 1976, 1708, 1710 ist das Parteienprivileg nur in seiner „Randzone berührt“.

207 Ebenso Menger, VerwArch 67 (1976), 105, 109; Kortz/Lubig, ZBR 2006, 397, 400; dies., ZBR 2006, 412 ff.; a.A. Lindner, ZBR 2006, 402, 410 ff.

208 BVerfG 22.5.1975 – 2 BvL 13/73, NJW 1975, 1641; BVerfG 29.10.1975 – 2 BvE 1/75, JZ 1976, 63; BVerfG 25.3.1981 – 2 BvE 1/79, NJW 1981, 1359; BVerwG 6.2.1975 – II C 68.73, NJW 1975, 1135.

209 So Streinz, in: v. Mangoldt/Klein/Stark, Bd. 2, 7. Aufl. 2018, GG Art. 21 Rn. 218 ff. m. w. N. Siehe ferner Menger, VerwArch 67 (1976), 105, 108 f.; Kortz/Lubig, ZBR 2006, 397, 400; dies., ZBR 2006, 412, 413.

210 So bereits Sondervotum Rupp zu BVerfG 22.5.1975 – 2 BvL 13/73, NJW 1975, 1641, 1650: „Was anderes aber als ein [...] rechtliches Geltendmachen der Verfassungswidrigkeit ist es, wenn die Einstellungsbehörde die Zugehörigkeit des Bewerbers zu einer nicht verbotenen Partei zu seinem Nachteil wertet?“, Rudolf, in: Thiel (Hrsg.), Wehrhafte Demokratie, 2003, S. 209, 234 ff.; Dreier, in: GS Klein, 1977, S. 86, 82.

211 A. A. freilich das BVerfG 22.5.1975 – 2 BvL 13/73, NJW 1975, 1641, 1645: „Es geht nicht darum, daß der Beamte wegen seiner Zugehörigkeit zu einer politischen Partei benachteiligt wird.“

212 Kortz/Lubig, ZBR 2006, 397, 400; Maurer, NJW 1972, 601, 603.

213 BVerfG 22.5.1975 – 2 BvL 13/73, NJW 1975, 1641, 1645.

214 BeckOK GG/Kluth, 44. Ed. 15.8.2020, Art. 21 Rn. 184.

treue des Bewerbers oder Beamten umfassend zu prüfen.<sup>215</sup> Denn es kommt allein auf dessen Verfassungstreue an – und nicht auf die der Partei.<sup>216</sup> Und aus der Verfassungsfeindlichkeit des Kollektivs kann und darf nicht automatisch auf die fehlende Verfassungstreue des Individuums geschlossen werden; es gibt insofern keinen „Kollektivzurechnungsverdacht“<sup>217</sup>. Entsprechend muss der Dienstherr personenbezogen weitere Umstände darlegen und beweisen, wonach dem Individuum selbst die Verfassungstreue fehlt – und umgekehrt nicht der Beschäftigte den durch seine Parteimitgliedschaft begründeten Verdacht der fehlenden Verfassungstreue entkräften.<sup>218</sup>

### (3) Wissenschaftsfreiheit, Art. 5 Abs. 3 GG

Zentral für unser Thema ist die Frage, ob und inwiefern die positive Verfassungstreuepflicht für Beamte an Hochschulen mit der Wissenschaftsfreiheit vereinbar ist.

Weder der persönliche noch der sachliche Schutzbereich der Wissenschaftsfreiheit ist zwar institutionell auf Universitäten und andere Hochschulen beschränkt; vielmehr schützt die Wissenschaftsfreiheit *jeden*, der wissenschaftlich tätig ist.<sup>219</sup> Aber ihr Schutzbereich ist an Hochschulen typischerweise eröffnet – persönlich besonders für Universitätsprofessoren als „Inhaber der Schlüsselfunktionen des wissenschaftlichen Lebens“<sup>220</sup>, nach Ansicht des BVerfG aber auch für Fachhochschulprofessoren<sup>221</sup>.

Die Treuepflicht eines verbeamteten Wissenschaftlers konfliktiert dann nicht mit der Wissenschaftsfreiheit, wenn deren (sachlicher) Schutzbereich nicht eröffnet ist. Nach der oben erwähnten Definition des BVerfG ist Wissenschaft „*alles, was nach Inhalt und Form als ernsthafter planmäßiger Versuch zur Ermittlung der Wahrheit anzusehen ist.*“<sup>222</sup>

Insbesondere bei politischen Äußerungen eines Wissenschaftlers ist daher zu differenzieren, ob diese (schon oder noch) unter den Schutzbereich der Wissenschaftsfreiheit oder (nur) der Meinungsfreiheit fallen.<sup>223</sup> Ein erstes Indiz ist die äußere Form der Äußerung – vor allem wo und wie diese getätigt wird. Veröffentlicht etwa ein Universitätsprofessor Beiträge auf seinem privaten Social-Media-Account, so spricht dies prima facie dafür, dass dieser (nur) seine persönliche Meinung wiedergibt. Anderes ist bei fachlichen Stellungnahmen auf der Internetseite seines Lehrstuhls anzunehmen. Ein weiteres Indiz dafür, dass die fragliche Äußerung eines Wissenschaftlers eine wissenschaftliche ist, ist, dass diese sein Fachgebiet betrifft.<sup>224</sup> Äußert sich ein Wissenschaftler zu (politischen) Themen *außerhalb* seines Fachgebietes, fehlt es hingegen regelmäßig an methodisch-disziplinärer Argumentation und damit an einem konstitutiven Beitrag zum *wissenschaftlichen* Diskurs.<sup>225</sup> Solche öffentlich geäußerten Ansichten sind keine Wissenschaft, sondern allgemeine Meinungsäußerungen im *politischen* Diskurs.<sup>226</sup> Sie unterfallen auch nicht der Lehrfreiheit<sup>227</sup>, sondern nur der Meinungsfreiheit<sup>228</sup>. Danach ist die Wissenschaftsfreiheit in vielen der öffentlich diskutierten Fällen, in denen sich Wissenschaftler zu politischen Themen geäußert haben, überhaupt nicht betroffen, sondern nur deren Meinungsfreiheit.<sup>229</sup>

Die Wissenschaftsfreiheit ist auch dann nicht einschlägig, wenn der Anspruch von Wissenschaftlichkeit systematisch verfehlt wird<sup>230</sup>: „*Das ist insbesondere dann der Fall, wenn die Aktivitäten des betroffenen Hochschullehrers nicht auf Wahrheitserkenntnis gerichtet sind, sondern vorgefaßten Meinungen oder Ergebnissen lediglich den Anschein wissenschaftlicher Gewinnung und Nachweislichkeit verleihen*“<sup>231</sup>. Denn dann ist Ziel der Äußerung nicht der wissenschaftliche Erkenntnisgewinn, son-

215 BAG 31.3.1976 – 5 AZR 104/74, NJW 1976, 1708, 1710; Siegel/Hartwig, NVwZ 2017, 590, 597. Eine solche Einzelfallprüfung sah auch der viel kritisierte „Radikalenerlass“ von 1972 vor. Näher dazu: v. Münch, NJW 2001, 728, 729.

216 Mauer, NJW 1972, 601, 604. Insofern trägt auch der Einwand von Rupp zu BVerfG 22.5.1975 – 2 BvL 13/73, NJW 1975, 1641, 1651 nicht, dass „jeder Dienstherr – möglicherweise, wie die Praxis zeigt, auch noch von Land zu Land verschieden – nach seinem Ermessen bis zur Grenze der Willkür in jedem einzelnen Fall inzidenter darüber entscheidet, ob eine politische Partei nach ihren Zielen darauf ausgeht, die freiheitliche demokratische Grundordnung zu beeinträchtigen oder zu beseitigen.“

217 Rieble, RdA 2012, 241, 242.

218 Für die Mitgliedschaft in der DKP: BAG 28.9.1989 – 2 AZR 317/86, NJW 1990, 1196. Für die Mitgliedschaft in der NPD: BAG 12.5.2011 – 2 AZR 479/09, NZA-RR 2012, 43.

219 BVerfG 29.5.1973 – 1 BvR 424/71 u. 325/72, NJW 1973, 1176.

220 BVerfG 29.5.1973 – 1 BvR 424/71 u. 325/72, NJW 1973, 1176, 1180.

221 BVerfG 13.4.2010 – 1 BvR 216/07, NVwZ 2010, 1285.

222 BVerfG 29.5.1973 – 1 BvR 424/71 u. 325/72, NJW 1973, 1176.

223 Siehe oben III.1.c). Vgl. auch BVerwG 22.4.1977 – VII C 17/74, NJW 1977, 1837.

224 Gärditz, WissR 51 (2018), 5, 31; v. Coelln, WissR 52 (2019), 3, 13. Vgl. auch BVerwG 22.4.1977 – VII C 17/74, NJW 1977, 1837: „Nicht das Lehren wissenschaftlicher Theorie, sondern die praktische politische Betätigung steht dabei zur Debatte“. Diese „praktische politische Betätigung fällt nicht unter Art. 5 III GG“.

225 Gärditz, WissR 51 (2018), 5, 31.

226 Vgl. Gärditz, WissR 51 (2018), 5, 31.

227 Stern/Becker, GG, 3. Aufl. 2019, Art. 5 Rn. 281; Thieme, Hochschulrecht, 3. Aufl. 2014, Rn. 119.

228 v. Coelln, WissR 52 (2019), 3, 6.

229 Siehe IV.2.a)bb)[4].

230 BVerfG 11.1.1994 – 1 BvR 434/87, NJW 1994, 1781, 1782.

231 BVerwG 11.12.1996 – 6 C 5/95, NJW 1997, 1996, 1997.

dern die Durchsetzung politischer Ziele.<sup>232</sup> Deren Motiv ist mithin nicht das wissenschaftliche Streben nach Wahrheit, sondern die Teilnahme am politischen Meinungskampf.<sup>233</sup>

Außerhalb von Forschung und Lehre steht Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG daher – neben anderen beamtenrechtlichen Pflichten – der positiven Verfassungstreuepflicht von Beamten an Universitäten und anderen Hochschulen nicht entgegen. Denn insoweit entspricht die grundrechtliche Stellung deren der übrigen Beamten.<sup>234</sup> Das BVerfG urteilte daher zutreffend, dass die Entlassung eines Hochschullehrers, der hochrangiger Funktionär und Landtagsabgeordneter der NPD war und damit gegen seine politische Treuepflicht verstoßen hatte, „nicht in Widerspruch mit der in Art. 5 III 1 GG garantierten Freiheit der Wissenschaft, Forschung und Lehre [steht]; denn die Wissenschaftsfreiheit, die selbst unter dem ausdrücklichen Vorbehalt der Verfassungstreue steht (Art. 5 III 2 GG), entbindet den Hochschullehrer nicht von der durch Art. 33 V GG von allen Beamten geforderten politischen Treuepflicht.“<sup>235</sup>

Ist der Schutzbereich der Wissenschaftsfreiheit allerdings eröffnet, so genießt der Wissenschaftler beim Auffinden von wissenschaftlichen Erkenntnissen, deren Deutung und Weitergabe umfassende Freiheit.<sup>236</sup> Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG schützt ihn hier auch, wenn er politische Überzeugungen äußert, sofern diese mit seiner wissenschaftlichen Aussage untrennbar verbunden sind.<sup>237</sup> Richtigerweise ging daher 1988 auch das VG Berlin<sup>238</sup> davon aus, dass ein „Wissenschaftler-Interview“ vom Schutz des Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG umfasst ist. Dort gab ein verbeamteter Fachhochschulprofessor, der in Personalunion Privatdozent an einer Universität war, ein Interview zu rechtspolitisch umstrittenen Sicherheitsgesetzen. Nachdem sich dieser Professor im Interview dahingehend geäußert hatte, dass man sich gegen ein „Abdriften der Bundesrepublik Deutschland in den totalitären Polizei- und Überwachungsstaat notfalls auch mit der Knarre wehren“ könne, wurde gegen ihn ein Disziplinar-

verfahren eingeleitet. Seine Äußerung unterfiel als wissenschaftliche dem Schutzbereich des Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG, da sich das Thema des Interviews auf seine wissenschaftliche Arbeit bezog, er in seiner Funktion als Wissenschaftler befragt wurde und sich als solcher geäußert hatte. Dass seine Äußerungen politisch scharf, überspitzt und provozierend waren, erachtete das VG Berlin zurecht als unschädlich: Auch „engagierte“ Wissenschaft ist frei.<sup>239</sup>

Innerhalb von Forschung und Lehre kann Art. 33 Abs. 5 GG als verfassungsimmanente Schranke die Wissenschaftsfreiheit einschränken, sodass die politische Treuepflicht grundsätzlich auch für verbeamtetes Hochschulpersonal gilt.<sup>240</sup> Freilich ist zu unterscheiden: Im Bereich der Lehrfreiheit modifiziert Art. 5 Abs. 3 S. 2 GG die allgemeine beamtenrechtliche Verfassungstreuepflicht. Die Norm geht Art. 33 Abs. 5 GG als *lex specialis* vor und konkretisiert insoweit die politische Treuepflicht.<sup>241</sup> Verboten ist danach (lediglich) die Zweckentfremdung der Lehre (bildlich gesprochen: des Hörsaals) zum Kampf gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung<sup>242</sup> – und damit regelmäßig ein Verhalten, das schon nicht unter ihren Schutzbereich fällt.<sup>243</sup> Von der Lehrfreiheit geschützt bleibt aber wissenschaftliche Kritik an der Verfassung.<sup>244</sup> Da der Umfang der nach Art. 5 Abs. 3 S. 2 GG geschuldeten Treuepflicht wesentlich hinter der allgemeinen beamtenrechtlichen Treuepflicht zurückbleibt<sup>245</sup>, privilegiert sie Hochschullehrer gezielt im Funktionsbereich der Lehre. Beamtenrechtliche Sanktionen, die unmittelbar an (vermeintlich) verfassungsfeindliche Lehre anknüpfen, können erst dann ergriffen werden, wenn die Grenze des Art. 5 Abs. 3 S. 2 GG überschritten ist.<sup>246</sup>

Zudem verdrängt die Wissenschaftsfreiheit Art. 33 Abs. 5 GG, soweit spezifisch wissenschaftliche Tätigkeiten von verbeamtetem Hochschulpersonal betroffen sind<sup>247</sup>, insbesondere von Hochschullehrern.<sup>248</sup> Inhalte wissenschaftlicher Tätigkeit können danach keinen Verstoß gegen die beamtenrechtliche Verfassungstreue-

232 Maunz/Dürig/Gärditz, 91. EL April 2020, GG Art. 5 Abs. 3 Rn. 72.

233 Thieme, Hochschulrecht, 3. Aufl. 2014, Rn. 115.

234 Vgl. Voigt, GS Jellinek, 1955, S. 259, 263.

235 BVerfG 31.7.1981 – 2 BvR 321/81, NJW 1981, 2683, 2684.

236 BVerfG 29.5.1973 – 1 BvR 427/71 u. 325/72, NJW 1973, 1176.

237 Entsprechend zur Wissenschaftsfreiheit: BVerfG 17.7.1984 – 1 BvR 816/82, NJW 1985, 261 (262). Was für die Kunstfreiheit gilt, muss für die verfassungsrechtlich nebeneinandergestellte Wissenschaftsfreiheit gelten, vgl. BVerwG 7.12.1966 – V C 47/64, NJW 1967, 1483, 1486.

238 VG Berlin 16.9.1988 – VG Disz. 12/88, NJW 1989, 1688.

239 So ausdrücklich VG Berlin 16.9.1988 – VG Disz. 12/88, NJW 1989, 1688, 1689.

240 BVerfG 31.7.1981 – 2 BvR 321/81, NJW 1981, 2683, 2684; BVerwG 25.2.1971 – II C 11/70, NJW 1971, 1229; Maunz/Dürig/Gärditz, 91.

EL April 2020, GG Art. 5 Abs. 3 Rn. 176.

241 Maunz/Dürig/Gärditz, 91. EL April 2020, GG Art. 5 Abs. 3 Rn. 177, 189.

242 Siehe oben III.2.c).

243 Gärditz, WissR 51 (2018), 5, 32.

244 Maunz/Dürig/Gärditz, 91. EL April 2020, GG Art. 5 Abs. 3 Rn. 190 f.; Gärditz, WissR 51 (2018), 5, 36.

245 Maunz/Dürig/Gärditz, 91. EL April 2020, GG Art. 5 Abs. 3 Rn. 177, 189; ders., WissR 51 (2018), 5, 36.

246 Maunz/Dürig/Gärditz, 91. EL April 2020, GG Art. 5 Abs. 3 Rn. 177.

247 Gärditz, WissR 51 (2018), 5, 36.

248 BAG 20.2.1975 – 2 AZR 534/73, DöD 1975, 213; Maunz/Dürig/Gärditz, 91. EL April 2020, GG Art. 5 Abs. 3 Rn. 176.

pflicht begründen. Anderenfalls könnten nämlich unangenehme oder unerwünschte wissenschaftliche Inhalte durch Disziplinarmaßnahmen gezielt „ausgeschaltet“ werden. Freie Wissenschaft lebt aber von „trial and error“ und zahllose „Lehrsätze, die gestern als wissenschaftlich galten, sind heute als Irrtum erwiesen.“<sup>249</sup> Das VG Berlin erkannte daher schon damals zutreffend: „Es wäre für die Freiheit der Wissenschaft verhängnisvoll, wenn wissenschaftliche Überzeugungen von Hochschullehrern in Disziplinarverfahren durch die Disziplinargerichte vom Richtertisch aus für richtig oder falsch erklärt werden könnten.“<sup>250</sup>

Entsprechend unterliegen Hochschullehrer bei ihrer Forschung keiner beamtenrechtlichen Mäßigungspflicht (§ 60 Abs. 2 BBG, § 33 Abs. 2 BeamStG).<sup>251</sup> Auch hier erkannte das VG Berlin klar: „Eine gemäßigte Wissenschaft könnte allzuleicht in eine mäßige Wissenschaft umschlagen. Es gehört zur Eigengesetzlichkeit der Wissenschaft, die unteilbare Wahrheit kompromißlos - ohne Rücksicht auf gesellschaftliche oder politische Akzeptanz - zu erforschen und unverfälscht auszusprechen.“<sup>252</sup> Und daher war im Fall des VG Berlin auch disziplinarrechtlich kein Dienstvergehen anzunehmen.

#### (4) Meinungsfreiheit, Art. 5 Abs. 1 GG

Politische Meinungsäußerungen von Beamten sind durch die allgemeine Meinungsfreiheit nach Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG geschützt. Wie oben dargelegt<sup>253</sup>, geht das BVerfG von einem weiten und inhaltsoffenen Schutzbereich der Meinungsfreiheit aus, sodass selbst verfassungsfeindliche Meinungen unter ihn fallen.<sup>254</sup> Allerdings kann die Meinungsfreiheit der Beamten verfassungsrechtlich zulässig durch Disziplinarmaßnahmen beschränkt werden<sup>255</sup>: Keine Schranke der Meinungsfreiheit ist nach Wortlaut und Systematik zwar Art. 5 Abs. 3 S. 2 GG.<sup>256</sup> Aber die Regelungen des Beamten- und Disziplinarrechts (zur Verfassungstreue) sind allgemeine Gesetze im Sinne von Art. 5 Abs. 2 GG, die die Meinungsfreiheit einschränken können.<sup>257</sup> Sie sind wiederum im Lichte von Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG auszulegen.<sup>258</sup>

Zudem müssen die Disziplinarmaßnahmen im Einzelfall verhältnismäßig sein.

Immer schon sind politische Äußerungen von Hochschullehrern Gegenstand erregter öffentlicher Diskussion: So kommentierte ein renommierter Juraprofessor an der Universität Leipzig, der sich schon zuvor mit der islamfeindlichen Pegida-Bewegung solidarisch gezeigt hatte, einen Aufmarsch polnischer Rechtsextremer auf seinem privaten Twitter-Account 2017 mit: „Polen: ‚Ein weißes Europa brüderlicher Nationen.‘ Für mich ist das ein wunderbares Ziel“<sup>259</sup>. Am folgenden Tag twitterte er erneut privat: „Wir schulden den Afrikanern und Arabern nichts. Sie haben ihre Kontinente durch Korruption, Schlendrian, ungehemmte Vermehrung und Stammes- und Religionskriege zerstört und nehmen uns nun weg, was wir mit Fleiß aufgebaut haben.“

Wir halten diese Aussagen zwar für rechtsextrem und rassistisch, weil hier Menschen nicht nur biologisch als „schwarz“ und „weiß“, „Afrikaner“ und „Araber“ typisiert und klassifiziert werden, sondern weil hiermit vor allem auch eine Überlegenheit der weißen (europäischen) Rasse insinuiert wird. Auch ist das Bekenntnis zum Ethnopluralismus als zentrales (hier: „wunderbares“) Ziel rechtsextremistisch, weil es – im Sinne der vom BfV als „gesichert rechtsextremistisch“ eingestuft<sup>260</sup> Identitären Bewegung – den Erhalt der ethnischen „Reinheit“ propagiert.

Dennoch sind diese Äußerungen grundrechtlich geschützt: Sie sind zwar sicher nicht von der Wissenschaftsfreiheit erfasst, da sie nicht nur erkennbar privat, sondern vor allem weder wissenschaftlich fundiert noch fachkundig sind. Es ist mithin keine spezifisch wissenschaftliche Tätigkeit des Hochschullehrers betroffen, sodass dieser hier seiner – auch außerdienstlich geltenden – politischen Treuepflicht und Mäßigungspflicht als Beamter unterliegt. Allerdings sind die fraglichen Äußerungen von der Meinungsfreiheit geschützt, da nach Ansicht des BVerfG auch extremistische Äußerungen unter ihren Schutzbereich fallen.<sup>261</sup> Die einschränkenden Regelungen des Beamten- und Disziplinarrechts rechtferti-

249 VG Berlin 16.9.1988 – VG Disz. 12/88, NJW 1989, 1688.

250 VG Berlin 16.9.1988 – VG Disz. 12/88, NJW 1989, 1688.

251 Maunz/Dürig/Gärditz, 91. EL April 2020, GG Art. 5 Abs. 3 Rn. 179; ders., WissR 51 (2018), 5, 39 f.

252 VG Berlin 16.9.1988 – VG Disz. 12/88, NJW 1989, 1688, 1690.

253 Siehe oben III.1.a).

254 BVerfG 28.11.2011 – 1 BvR 917/09, NJW 2012, 1273.

255 BVerfG 6.5.2008 – 2 BvR 337/08, NJW 2008, 2568.

256 Maunz/Dürig/Gärditz, 91. EL April 2020, GG Art. 5 Abs. 3 Rn. 189.

257 BVerfG 6.5.2008 – 2 BvR 337/08, NZA 2008, 962, BVerfG 22.5.1975 – 2 BvL 13/73, NJW 1975, 1641, 1647;

BeckOK GG/Schemmer, 45. Ed. 15.11.2020, Art. 5 Rn. 136.

258 BVerfG 22.5.1975 – 2 BvL 13/73, NJW 1975, 1641, 1647.

259 Vgl. etwa <https://www.zeit.de/2017/49/leipziger-jura-professor-twitter-rassismus-protest> (31.1.2021).

260 Vgl. <https://www.verfassungsschutz.de/de/arbeitsfelder/af-rechts-extremismus/zahlen-und-fakten-rechtsextremismus/identitaere-bewegung-deutschland-2019> (31.1.2021); zur Rechtmäßigkeit: VG Berlin 12.11.2020 – 1 K 606.17, BeckRS 2020, 34341.

261 BVerfG 4.11.2009 – 1 BvR 2150/08, NJW 2010, 47, 48 f.; dem beipflichtend: Maunz/Dürig/Grabenwarter, 92. EL August 2020, GG Art. 5 Abs. 1, Abs. 2 Rn. 68, 73.

gen als allgemeine Gesetze im Sinne von Art. 5 Abs. 2 GG Eingriffe in die Meinungsfreiheit und gelten auch für Meinungsäußerungen über elektronische Kommunikationsmedien.<sup>262</sup>

Es ist jedoch zu berücksichtigen, dass die hier fraglichen Äußerungen außerhalb des Dienstes und erkennbar privat getätigt wurden und die Meinungsfreiheit deshalb weiter reicht – der Beamte ist insoweit nicht Teil des Staates, sondern Bürger.<sup>263</sup> Und die absolute Abwägungsgrenze der Menschenwürde<sup>264</sup> ist hier nicht erreicht, da Äußerungen nach der „meinungsfreundlichen“ Rechtsprechung des BVerfG<sup>265</sup> unter Berücksichtigung des (politischen) Kontexts und sonstigen Umständen grundrechtsschonend auszulegen sind. Der twitternde Juraprofessor fühlte sich denn auch „falsch verstanden“; der Terminus „weißes Europa“ sei für ihn nur „eine verständliche Chiffre für die durch Christentum, europäische Kultur und Tradition und, ja, auch dies, Menschen weißer Hautfarbe geprägte europäische Identität“.<sup>266</sup> Seine Äußerungen lassen sich auch (noch) so auslegen: Kulturbezogen und nicht biologistisch. Damit gilt für sie die Vermutung zugunsten der freien Rede<sup>267</sup>. Folglich sind seine Äußerungen insgesamt von der Meinungsfreiheit gedeckt – wovon offenbar auch das sächsische Wissenschaftsministerium ausgegangen ist, welches von (disziplinar-)rechtlichen Maßnahmen abgesehen hat.

Ein weiterer, schon oben kurz angesprochener, aktueller Fall ist dieser: Ein wissenschaftlich angesehener Professor der Volkswirtschaftslehre an der Gottfried Wilhelm Leibniz Universität Hannover leugnet öffentlich die Gefährlichkeit von Covid-19, bezeichnet die staatlichen Maßnahmen zur Eindämmung der Coronapandemie als totalitär und vergleicht sie mit der nationalsozialistischen Machtergreifung („Das hier ist 1933“).<sup>268</sup>

Zwar ist es nicht nur grotesk, sondern dumm und gefährlich, wenn man vorübergehende und pandemiebe-

dingte Restriktionen in der freiheitlichen BRD mit den totalitären Maßnahmen der nationalsozialistischen Machtergreifung gleichsetzt und so das Unrecht der NS-Diktatur relativiert. Gleichwohl sind solche Vergleiche nicht extremistisch und als Werturteile (und damit als Meinungen und nicht etwa unwahre Tatsachenbehauptungen) von Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG geschützt. Unabhängig davon dürfte die „Entschuldigung“ des fraglichen Hochschullehrers nicht zu widerlegen sein, er habe „niemals Parallelen zur nationalsozialistischen Diktatur gezogen“, sondern sich auf „Gefahren wie in der Spätphase der Weimarer Republik“<sup>269</sup> bezogen. Somit konnten auch hier von Senat, Präsidium und Hochschulrat der Leibniz Universität Hannover keine (disziplinar-)rechtlichen Maßnahmen ergriffen werden.<sup>270</sup>

### cc) Völker- und europarechtliche Konformität

Beschäftigungsverhältnisse werden zunehmend durch internationales und europäisches Recht überlagert, sodass sich die Frage stellt, ob die aktive Verfassungstreuepflicht von Beamten völker- und europarechtskonform ist. Nicht nachgegangen wird der Vereinbarkeit mit dem ILO-Übereinkommen Nr. 111 über Diskriminierung in Beschäftigung und Beruf.<sup>271</sup>

#### (1) Meinungsfreiheit, Art. 10, 14 EMRK

Anders als private Arbeitgeber ist der Staat unmittelbar an die Vorgaben der EMRK gebunden; die Angehörigen des öffentlichen Diensts können sich darauf auch persönlich berufen.<sup>272</sup> Art. 10 Abs. 1 EMRK schützt das Recht auf freie Meinungsäußerung. Den Begriff der Meinung legt der EGMR – ähnlich wie das BVerfG – weit aus und schränkt diesen weder aufgrund des Inhalts der Äußerung noch aufgrund deren Modalitäten ein.<sup>273</sup>

Gleichwohl verneinte der EGMR 1986 in zwei Entscheidungen einen Eingriff in Art. 10 Abs. 1 EMRK: In seiner *Glaserapp*-Entscheidung<sup>274</sup> meinte er, dass die Entlassung einer Gymnasiallehrerin als Beamtin auf

262 Maunz/Dürig/*Grabenwarter*, 92. EL August 2020, GG Art. 5 Abs. 1, Abs. 2 Rn. 155.

263 *Jarass* in *Jarass/Pieroth*, GG, 16. Aufl. 2020, Art. 5 Rn. 98; BeckOK GG/*Schemmer*, 45. Ed. 15.11.2020, Art. 5 Rn. 142.

264 Maunz/Dürig/*Grabenwarter*, 92. EL August 2020, GG Art. 5 Abs. 1, Abs. 2 Rn. 158.

265 Ständige Rspr., BVerfG 24.1.2018 – 1 BvR 2465/13, NJW 2018, 770, 771; BVerfG 28.3.2017 – 1 BvR 1384/16, NJW-RR 2017, 1001; BVerfG 10.10.1995 – 1 BvR 1476/91, 1 BvR 1980/91, 1 BvR 102/92 u. 1 BvR 221/92, NJW 1995, 3303.

266 Zitiert nach <https://www.zeit.de/2017/49/leipziger-jura-professor-twitter-rassismus-protest/> (31.1.2021).

267 Ständige Rechtsprechung seit BVerfG 15.1.1958 – 1 BvR 400/57, NJW 1958, 257 – Lüth, vgl. Maunz/Dürig/*Grabenwarter*, 90. EL Februar 2020, GG Art. 5 Abs. 1, Abs. 2 Rn. 52.

268 Vgl. etwa <https://www.spiegel.de/start/stefan-homburg-studie->

[rende-in-hannover-wehren-sich-gegen-corona-aeusserungen-a-14536fib-2182-45d8-ae96-55684coof844](https://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/professor-homburg-leibniz-universitaet-hannover-corona-1.4917681) (31.1.2021); <https://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/professor-homburg-leibniz-universitaet-hannover-corona-1.4917681> (31.1.2021).

269 <https://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/professor-homburg-leibniz-universitaet-hannover-corona-1.4917681> (31.1.2021).

270 Vgl. <https://www.uni-hannover.de/de/universitaet/aktuelles/online-aktuell/details/news/gemeinsame-stellungnahme-des-senates-des-praesidiums-und-des-hochschulrates-der-gottfried-wilhelm-le/> (31.1.2021).

271 BGBl. II 1962, 97 ff. Ausführlich zu dieser Frage: *Rudolf*, in: *Thiel* (Hrsg.), *Wehrhafte Demokratie*, 2003, S. 209, 239 ff.

272 *EuArbRK/Schubert*, 3. Aufl. 2020, EMRK Art. 10 Rn. 4 m. w. N.

273 Vgl. *EuArbRK/Schubert*, 3. Aufl. 2020, EMRK Art. 10 Rn. 6.

274 EGMR 28.8.1986 – 4/1984/76/120 – *Glaserapp*, NJW 1986, 3005.

Probe wegen ihrer politischen Aktivitäten für die DKP nicht deren nach Art. 10 Abs. 1 EMRK geschützte Meinungsfreiheit berühre, sondern lediglich den von der Konvention nicht geschützten Zugang zum öffentlichen Dienst betreffe. Entsprechend urteilte der EGMR in seiner *Kosiek*-Entscheidung<sup>275</sup>: Dort war ein Fachhochschuldozent für Mathematik trotz achtjähriger Tätigkeit für die NPD zunächst zum Beamten auf Probe ernannt worden, nach Prüfung seiner Verfassungstreue im Zuge seiner Ernennung zum Beamten auf Lebenszeit aber ein Jahr später entlassen worden. Auch hier meinte der EGMR, dass die staatliche Maßnahme nur die (nicht geschützte) Einstellung in den öffentlichen Dienst betreffe. Diese formalistische Abgrenzung des EGMR überzeugt nicht, erfolgten doch in beiden Fällen beamtenrechtliche Repressionen gerade *wegen* der politischen Meinung der Beamten.<sup>276</sup>

Zutreffend anders entschied der EGMR 1995 im Fall *Vogt*<sup>277</sup>: Dort war eine auf Lebenszeit verbeamtete Lehrerin aufgrund ihrer außerdienstlichen Tätigkeiten für die DKP und ihrer Weigerung, sich von dieser zu distanzieren, entlassen worden. Hier bejahte der EGMR einen Eingriff in den Schutzbereich von Art. 10 Abs. 1 EMRK, da es – anders als in den beiden vorgenannten Fällen – nicht um den Zugang zum öffentlichen Dienst gehe.<sup>278</sup> Die Entlassung sei schwerpunktmäßig wegen der politischen Meinung der Beamtin erfolgt – daher sei nicht (nur) deren Berufs-, sondern vor allem deren Meinungsfreiheit betroffen.

Ein solcher Eingriff kann aber grundsätzlich nach Art. 10 Abs. 2 EMRK gerechtfertigt sein. Die beamtenrechtlichen Vorschriften, welche die politische Treuepflicht statuieren sowie die gefestigte Rechtsprechung von BVerfG und BVerwG, stellen nämlich eine hinreichend gesetzliche Grundlage dar.<sup>279</sup> Weiter erkennt auch der EGMR die politische Treuepflicht von Beamten als legitimes Ziel im Sinne von Art. 10 Abs. 2 EMRK an.<sup>280</sup> Er begründet dies mit den historischen Erfahrungen Deutschlands in der Weimarer Republik, der NS-Herr-

schaft<sup>281</sup> und der DDR<sup>282</sup>. Schließlich ist die Maßnahme (hier: Entlassung) zur Gewährleistung der Verfassungstreuepflicht in einer demokratischen Gesellschaft regelmäßig unentbehrlich – also verhältnismäßig. Im konkreten Fall hielt der EGMR die Entlassung der Gymnasiallehrerin zwar für unverhältnismäßig, weil von ihr als Deutsch- und Französischlehrerin keine gesteigerten Sicherheitsrisiken ausgingen. Notwendig waren vielmehr konkrete Pflichtverletzungen (etwa die politische Indoktrination der Schüler) – und diese lagen nicht vor.<sup>283</sup> Richtigerweise erachtete der EGMR aber die Entlassung eines Gymnasiallehrers wegen ehrenamtlicher und hauptamtlicher Aktivitäten in der SED gerade deshalb für verhältnismäßig, weil dieser einen seiner Schüler gezielt zur Bespitzelung politisch Andersdenkender missbraucht hatte.<sup>284</sup>

Auch ein Eingriff in die nach Art. 11 EMRK geschützte Vereinigungsfreiheit ist gerechtfertigt, wenn ein Beamter wegen seiner Parteimitgliedschaft entlassen wird: Hier gelten die Erwägungen zur Meinungsfreiheit entsprechend, da Art. 11 Abs. 2 EMRK nahezu identische Rechtfertigungsanforderungen wie Art. 10 Abs. 2 EMRK konstituiert.<sup>285</sup> Schließlich ist auch das (vom EGMR nur selten geprüfte<sup>286</sup>) akzessorische Diskriminierungsverbot nach Art. 14 EMRK (i.V.m. Art. 10 oder Art. 11 EMRK) nicht verletzt. Zwar schließt die fehlende Verletzung der Freiheitsrechte nach Art. 10 oder Art. 11 EMRK das Diskriminierungsverbot nach Art. 14 EMRK nicht aus.<sup>287</sup> Allerdings ist die Ungleichbehandlung von Extremisten entsprechend gerechtfertigt.

Die Wissenschaftsfreiheit wird hingegen von der EMRK nicht eigens geschützt; vielmehr wird sie, die das Recht zur wissenschaftlichen Publikation und Lehre umfasst<sup>288</sup>, von Art. 10 EMRK ungeschrieben mitgeschützt.

## (2) Politische Anschauung, Art. 21 Abs. 1 GRCh

Der politischen Treuepflicht von Beamten steht auch Art. 21 Abs. 1 GRCh nicht entgegen.<sup>289</sup> Die Norm verbietet nach ihrem Wortlaut zwar Diskriminierungen (neben

275 EGMR 28.8.1986 – 5/1984/77/121 – *Kosiek*, NJW 1986, 3007.

276 Zutreffend *Rudolf*, in: Thiel (Hrsg.), *Wehrhafte Demokratie*, 2003, S. 209, 246.

277 EGMR 26.9.1995 – 7/1994/454/535 – *Vogt*, NJW 1996, 375.

278 EGMR 26.9.1995 – 7/1994/454/535 – *Vogt*, NJW 1996, 375.

279 EGMR 26.9.1995 – 7/1994/454/535 – *Vogt*, NJW 1996, 375.

280 EGMR 26.9.1995 – 7/1994/454/535 – *Vogt*, NJW 1996, 375; vgl.

*Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention, 6. Aufl. 2016, § 23 Rn. 31. Aufgrund der Singularität der Rechtslage in Deutschland künftig zweifelnd: *Lorse*, ZBR 2021, 1, 5.

281 EGMR 26.9.1995 – 7/1994/454/535 – *Vogt*, NJW 1996, 375.

282 EGMR 22.11.2001 – 39799/98 – *Volkmer/Deutschland*, NJW 2002, 3087.

283 EGMR 26.9.1995 – 7/1994/454/535 – *Vogt*, NJW 1996, 375.

284 EGMR 22.11.2001 – 39799/98 – *Volkmer/Deutschland*,

NJW 2002, 3087.

285 Entsprechend stellte der EGMR im Fall *Vogt* (EGMR 26.9.1995 – 7/1994/454/535, NJW 1996, 375) fest, dass neben Art. 10 EMRK auch Art. 11 EGMR verletzt sei. Umgekehrt rechtfertigte die Mitgliedschaft und vor allem Tätigkeiten in der SED (EGMR 22.11.2001 – 39799/98 – *Volkmer/Deutschland*, NJW 2002, 3087) den Eingriff in Art. 10 EMRK und damit auch in Art. 11 EMRK.

286 Vgl. *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention, 6. Aufl. 2016, § 26 Rn. 2.

287 EGMR 20.5.1999 – 25390/94 – *Rekvényi/Ungarn*, NVwZ 2000, 421.

288 *EuArbBRK/Schubert*, 3. Aufl. 2020, EMRK Art. 10 Rn. 13.

289 Vgl. *VGH Mannheim* 13.3.2007 – 4 S 1805/06, NVwZ-RR 2008, 149, 150.

fast allem!) insbesondere wegen der politischen Anschauung. Fraglich ist aber, inwiefern der Staat als Dienstherr bei der politischen Treuepflicht seiner Beamten daran gebunden ist. Nach Art. 51 Abs. 1 S. 1 Var. 2 GRCh gilt die Charta für die Mitgliedsstaaten „ausschließlich bei der Durchführung des Rechts der Union“. Nach der umstrittenen, vom BVerfG scharf kritisierten<sup>290</sup> Åkerberg Fransson-Entscheidung des EuGH soll es ausreichen, dass „eine nationale Rechtsvorschrift in den Geltungsbereich des Unionsrechts fällt“<sup>291</sup>. Nach nunmehr gefestigter Rechtsprechung des EuGH ist maßgeblich, ob eine mitgliedstaatliche Regelung die Durchführung von Unionsrecht bezweckt und ob es für diesen Bereich eine unionsrechtliche Regelung gibt, die spezifisch ist oder diesen beeinflussen kann.<sup>292</sup> Bei den beamtenrechtlichen Vorschriften zur aktiven Verfassungstreuepflicht wird kein Unionsrecht durchgeführt. Die BRD handelt insoweit nicht funktionell für die Union, was unter anderem ein Grund der Bindung der Mitgliedstaaten an die Unionsgrundrechte ist.<sup>293</sup>

Bei Arbeitnehmern im öffentlichen Dienst ist der Anwendungsbereich nach Art. 51 Abs. 1 S. 1 Var. 2 GRCh zwar eröffnet, da das Individualarbeitsrecht weitgehend durch Richtlinien unionsrechtlich determiniert ist.<sup>294</sup> Jedoch ist fraglich, ob Art. 21 Abs. 1 GRCh ein eigenständiges Diskriminierungsverbot wegen der politischen Anschauung für Arbeitsverhältnisse begründen kann. Dem widerspricht Art. 19 Abs. 1 AEUV, der keinen generellen, sondern lediglich einen punktuellen und differenzierten Diskriminierungsschutz vorsieht und die politische Anschauung dabei bewusst ausnimmt. Diesen primärrechtlichen Vorgaben ist auch der Richtliniengeber gefolgt, der ein weiteres auf die „politische Anschauung“ bezogenes Diskriminierungsverbot (im Gegensatz zur Weltanschauung) für das europäische Sekundärrecht bewusst abgelehnt hat.<sup>295</sup>

Will man für den öffentlichen Dienst anders entscheiden und öffentliche Arbeitgeber unmittelbar an die primärrechtlichen Diskriminierungsverbote des Art. 21 Abs. 1 GRCh binden, so können diese jedenfalls nicht absolut gelten; vielmehr kann die Ungleichbehandlung von extremistischen Beamten und Arbeitnehmern nach

Art. 52 Abs. 1 GRCh (und damit entsprechend zu unseren Ausführungen zu Art. 10 Abs. 2 EMRK) gerechtfertigt sein.

#### b) Rechtliche Konsequenzen

Im Folgenden sollen die rechtlichen Konsequenzen aufgezeigt werden, wenn Beamte ihre – auch einfachgesetzlich positivierten – Verfassungstreuepflicht verletzen.

##### aa) Zugang

Die Verfassungstreue des Bewerbers ist zwingende Voraussetzung für den Zugang zu *jedem* Beamtenverhältnis – also auch für Beamtenverhältnisse auf Widerruf, Probe oder Zeit. § 7 Abs. 1 Nr. 2 BBG bestimmt für Bundesbeamte und § 7 Abs. 1 Nr. 2 BeamStG wortgleich für Landesbeamte, dass in das Beamtenverhältnis nur berufen werden darf, „wer die Gewähr dafür bietet, jederzeit für die freiheitliche demokratische Grundordnung im Sinne des Grundgesetzes einzutreten“<sup>296</sup>.

Dies gilt auch für die Ernennung zum Beamten an Hochschulen – insbesondere für die Verbeamtung von Professoren (§ 44 HRG und § 47 Abs. 1 LHG)<sup>297</sup>, die im Regelfall zu Beamten auf Lebenszeit ernannt werden (§ 49 Abs. 1 LHG); ferner für die Verbeamtung von Juniorprofessoren (§ 51 Abs. 2 S. 1 LHG) und für die von – seit 2018 neu geschaffenen<sup>298</sup> – Tenure-Track-Professoren (§ 51b LHG), die regelmäßig zu Beamten auf Zeit ernannt werden (§ 51 Abs. 7 S. 1 LHG). Positive Verfassungstreue schulden schließlich die akademischen Mitarbeiter, soweit diese zum Beamten (auf Zeit) ernannt werden (§ 52 Abs. 1, 4 LHG).

Die Einstellungsbehörde muss deshalb bei der Einstellung eines Bewerbers prognostisch entscheiden, ob dieser bis zum Ende seines Beamtenverhältnisses seiner Pflicht zur Verfassungstreue gerecht werden wird.<sup>299</sup> Ein Verstoß gegen die einfachgesetzliche Verfassungstreuepflicht führt nicht dazu, dass die Ernennung zum Beamten unwirksam ist. Diese muss zurückgenommen werden, wenn bei der Einstellung arglistig über die Verfassungstreue getäuscht wurde, §§ 14 Abs. 1 Nr. 1 BBG, 12 Abs. 1 Nr. 1 BeamStG<sup>300</sup>; dies ist etwa der Fall, wenn der

290 BVerfG 24.3.2013 – 1 BvR 1215/07, NJW 2013, 1499; vgl. ferner Thym, NVwZ 2013, 889 ff.

291 EuGH 26.2.2013 – C-617/10 Rn. 21 – Åkerberg Fransson.

292 Ruffert/Grischek/Schramm, JuS 2020, 1022, 1023 m. w. N.

293 Kainer, NZA 2018, 894, 898.

294 Vgl. Hartmann, EuZA 2019, 24, 35; Kainer, NZA 2018, 894, 899.

295 Näher dazu Chr. Picker, RdA 2021, 33, 41 f.

296 Gleiche Anforderungen gelten für die Berufung in das Richter-verhältnis (§ 9 Nr. 2 DRiG) und in das Dienstverhältnis eines Berufssoldaten oder Soldaten auf Zeit (§ 37 Abs. 1 Nr. 2 SG).

297 Die Normen verknüpfen die besonderen mit den allgemeinen dienstrechtlichen Einstellungsvoraussetzungen deshalb, da § 45 LHG, der zwar die allgemeinen geltenden Normen für anwendbar erklärt, sich lediglich auf bereits eingestellte bzw. ernannte Hochschullehrer bezieht, BeckOK HochschulR BW/Frenzel, 18. Ed. 1.11.2019, LHG § 47 Rn. 6.

298 Gesetz zur Weiterentwicklung des Hochschulrechts vom 13.3.2018, GBl. vom 29.3.2018, S. 85.

299 BVerwG 27.11.1980 – 2 C 38/79, NJW 1981, 1368.

300 Battis, BBG, 5. Aufl. 2017, § 7 Rn. 29.

Bewerber die – bei Beamten generell zulässige<sup>301</sup> – Frage nach der Mitgliedschaft in (einer bestimmten<sup>302</sup>) extremistischen Partei oder Organisation oder sonstigen Verbindung zu solchen vorsätzlich wahrheitswidrig beantwortet.

#### bb) Bestand

Die politische Treuepflicht besteht als Dienstpflicht während der Dauer des Beamtenverhältnisses fort, was § 60 Abs. 1 S. 3 BBG für Bundesbeamte und § 33 Abs. 1 S. 3 BeamStG für Landesbeamte einfachgesetzlich bestimmt. Ein Beamter, der gegen die politische Treuepflicht verstößt, verletzt deshalb seine Dienstpflicht<sup>303</sup>. Das Dienstvergehen wird nach den Disziplingesetzen verfolgt. Diese Dienstpflicht trifft auch verbeamtetes Hochschulpersonal, worauf § 45 Abs. 1 LHG deklaratorisch<sup>304</sup> hinweist.

#### (1) Schwacher Bestandsschutz: Beamte auf Widerruf und Probe

Kaum Bestandsschutz genießen *Beamte auf Widerruf*: Diese können jederzeit aus sachlichem Grund entlassen werden (§ 37 Abs. 1 S. 1 BBG für Bundesbeamte, § 23 Abs. 4 S. 1 BeamStG für Landesbeamte). Für einen solchen sachlichen Grund bedarf es nicht des konkreten Nachweises, dass der Beamte gegen die politische Treuepflicht schuldhaft verstoßen hat.<sup>305</sup> Es genügt vielmehr die berechnete *Überzeugung* des Dienstherrn, dass der Beamte nicht die Gewähr dafür bietet, jederzeit für die freiheitliche demokratische Grundordnung einzutreten.<sup>306</sup>

Diese Überzeugung sollte vom Dienstherrn aufgrund einer *aktiven* Betätigung des Beamten für eine verfassungsfeindliche Partei gewonnen werden. Ob allein die (passive) Mitgliedschaft in einer verfassungsfeindlichen Partei als (sachlicher) Grund ausreicht, ist fraglich: *Dafür* spricht, dass der Bestandsschutz beim Beamten auf Widerruf bewusst schwach ausgestaltet und seine Entlassung hier nicht willkürlich ist, da sie auf dem begründeten Verdacht seiner extremistischen Einstellung und daraus resultierend berechtigten Zweifeln an seiner Ver-

fassungstreue beruht. *Dagegen* spricht, dass die Parteimitgliedschaft immer nur *ein* Indiz ist und den Staat nicht davon befreit, die Verfassungstreue jedes Beamten selbst zu prüfen. Denn es kommt allein auf dessen Verfassungstreue an – und nicht auf die der Partei.<sup>307</sup>

Nur schwachen Bestandsschutz genießen zudem *Beamte auf Probe*. Zu solchen können etwa Professoren im Fall der Erstberufung ernannt werden (§ 50 Abs. 1 LHG). Beamte auf Probe können (neben den allgemeinen Entlassungstatbeständen) vor allem entlassen werden, wenn sie sich in der Probezeit (etwa wegen Eignung, Befähigung oder fachlicher Leistung) nicht bewährt haben (§ 34 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BBG für Bundesbeamte, § 23 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 BeamStG für Landesbeamte).<sup>308</sup> Zur erforderlichen Bewährung zählt die Gewähr der Verfassungstreue.<sup>309</sup> Bei der Entscheidung über die Übernahme in das Beamtenverhältnis auf Lebenszeit muss sich die Bewährungsbeurteilung des Beamten auf Probe daher auch darauf erstrecken, ob dieser die Gewähr dafür bietet, jederzeit für die freiheitliche demokratische Grundordnung einzutreten<sup>310</sup>, was ausschließlich anhand seines Verhaltens während der laufbahnrechtlichen Probezeit festzustellen ist.<sup>311</sup>

Im Rahmen dieser individuell vorzunehmenden Eignungsbeurteilung ist insbesondere die Mitgliedschaft in einer verfassungsfeindlichen, aber vom BVerfG (noch) nicht verbotenen Partei ein *Indiz* dafür, dass es an der erforderlichen Verfassungstreue fehlt.<sup>312</sup> Nicht bewährt haben sich jedenfalls Beamte auf Probe, die sich *aktiv* für eine solche Partei betätigen: Entlassen werden konnte deshalb ein Fachhochschulprofessor, der sich als hochrangiger Funktionär und Mitglied der NPD von dieser „*nicht nur nicht distanziert, seine Parteimitgliedschaft auch nicht nur als passive Zugehörigkeit aufgefasst*“, sondern „*sich mit der hier angesprochenen, rechtlich bedeutsamen ‚Parteilinie‘ vielmehr identifiziert*“<sup>313</sup> hatte. Insgesamt gilt damit, was das BVerfG bereits 1975 festgestellt hatte: „*Bei Beamten auf Probe und bei Beamten auf Widerruf rechtfertigt ein solches Dienstvergehen regelmäßig die Entlassung aus dem Amt.*“<sup>314</sup>

301 VGH München 24.11.2005 – 15 BV 03.3017, BeckRS 2005, 17706.

302 Rieble, RdA 2012, 241.

303 So ausdrücklich: BVerfG 22.5.1975 – 2 BvL 13/73, NJW 1975, 1641, 1642.

304 BeckOK HochschulR BW/Frenzel, 17. Ed. 1.11.2019, LHG § 45 Rn. 7.

305 BVerwG 9.6.1981 – 2 C 48.78, ZBR 1982, 81.

306 BVerwG 9.6.1981 – 2 C 48.78, ZBR 1982, 81.

307 Siehe oben IV.2.a)bb)[2].

308 Entsprechendes gilt auch für Richter nach § 22 DRiG.

309 BVerwG 28.4.1983 – 2 C 89/81, BeckRS 1983, 2883; BeckOK BeamtenR Bund/Sauerland, 20. Ed. 1.4.2020, BeamStG § 23 Rn. 57; Schick, NVwZ 1982, 161, 165.

310 BVerfG 31.7.1981 – 2 BvR 321/81, NJW 1981, 2683.

311 BeckOK BeamtenR Bund/Sauerland, 20. Ed. 1.4.2020, BBG § 34 Rn. 18 m. w. N.

312 BVerfG 31.7.1981 – 2 BvR 321/81, NJW 1981, 2683.

313 BVerfG 31.7.1981 – 2 BvR 321/81, NJW 1981, 2683.

314 BVerfG 22.5.1975 – 2 BvL 13/73, NJW 1975, 1641.

Unabhängig von der Übernahme in das Beamtenverhältnis auf Lebenszeit ist die Gewähr der Verfassungstreue bei Beamten auf Probe relevant, da diese auch wegen eines Dienstvergehens entlassen werden können, das bei Beamten auf Lebenszeit mindestens zur Kürzung der Dienstbezüge geführt hätte (§ 34 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BBG i.V.m. § 8 BDG für Bundesbeamte, § 23 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 BeamStG i.V.m. § 29 LDG für Landesbeamte).<sup>315</sup> Es bedarf eines schuldhaft begangenen, schwerwiegenden Dienstvergehens, was wir bei den Lebenszeitbeamten näher erörtern.

## (2) Starker Bestandsschutz: Beamte auf (Lebens-)Zeit

Starken Bestandsschutz genießen *Beamte auf Lebenszeit*. Insbesondere Professoren an Universitäten und Hochschulen werden im Regelfall auf Lebenszeit ernannt. Diesen Schutz haben auch *Beamte auf Zeit* (§ 6 Abs. 2 BBG, § 6 BeamStG) – beispielweise Juniorprofessoren, Tenure-Track-Professoren und solche Professoren, die in Ausnahmefällen zu Beamten auf Zeit ernannt wurden (§ 50 Abs. 2 LHG).

Beamte auf (Lebens-)Zeit können aus dem Beamtenverhältnis nur dann entfernt werden, wenn sie ein Dienstvergehen begangen haben, also schuldhaft eine *konkrete* Pflicht verletzt haben (§ 77 Abs. 1 S. 1 BBG für Bundesbeamte, § 47 Abs. 1 S. 1 BeamStG für Landesbeamte). Die politische Treuepflicht ist eine Amtspflicht der Beamten.<sup>316</sup> Daher besteht die Pflichtverletzung nicht in der mangelnden Verfassungsgewähr, sondern in der nachgewiesenen schuldhaften Verletzung der Verfassungstreuepflicht.<sup>317</sup> Nach der Rechtsprechung des BVerfG deckt sich die disziplinarrechtlich zu ahndende Treuepflichtverletzung inhaltlich nicht mit der verfassungsrechtlichen Treuepflicht, da erstere „*ein Minimum an Gewicht und an Evidenz der Pflichtverletzung*“<sup>318</sup> voraussetzt; die Pflichtverletzung kann ferner nicht nur in einem Handeln, sondern auch in einem Unterlassen liegen, etwa „*wenn der Vorgesetzte oder Dienstvorgesetzte verfassungsfeindliche Umtriebe innerhalb seines Verantwortungsbereichs geflissentlich übersieht und geschehen läßt*“<sup>319</sup>.

Dagegen ist das „*bloße Haben einer Überzeugung und die bloße Mitteilung, daß man diese habe, [...] niemals eine Verletzung der Treuepflicht*“, sondern erst dann,

wenn „*der Beamte aus seiner politischen Überzeugung Folgerungen für seine Einstellung gegenüber der verfassungsmäßigen Ordnung der Bundesrepublik Deutschland, für die Art der Erfüllung seiner Dienstpflichten, für den Umgang mit seinen Mitarbeitern oder für politische Aktivitäten im Sinne seiner politischen Überzeugung zieht*.“<sup>320</sup>

Da die politische Treuepflicht des Beamten funktional die Grundlage des Beamtenverhältnisses betrifft, ist sie nach Ansicht der Rechtsprechung *stets* eine innerdienstliche Pflichtverletzung (§ 77 Abs. 1 S. 1 BBG bzw. § 47 Abs. 1 S. 1 BeamStG); auf die besonderen Voraussetzungen, unter denen ein außerdienstliches Fehlverhalten eine Pflichtverletzung darstellt (§ 77 Abs. 1 S. 2 BBG bzw. § 47 Abs. 1 S. 2 BeamStG), kommt es daher nicht an.<sup>321</sup>

Soweit die Verfassungstreuepflicht schuldhaft verletzt wurde, liegt ein Dienstvergehen vor, das nach den Disziplargesetzen geahndet wird (§ 77 Abs. 3 BBG i.V.m. den Regeln des BDG für Bundesbeamte, § 47 Abs. 3 BeamStG i.V.m. den Regeln des LDG für Landesbeamte). Mögliche Disziplinarmaßnahmen sind nach § 5 BDG bzw. § 25 LDG Verweis, Geldbuße, Kürzung der Bezüge, Zurückstufung und Entfernung aus dem Beamtenverhältnis. Die Entfernung kommt nur bei schweren Dienstvergehen in Betracht (§ 13 Abs. 2 BDG, § 26 Abs. 2 LDG).

Die Rechtsprechung hat einen Pflichtverstoß bei solchen Beamten angenommen und deren Entfernung als disziplinarrechtliche Höchstmaßnahme für verhältnismäßig erachtet, die sich *aktiv* für eine Organisation (hier: DKP) eingesetzt haben, deren Ziele mit der freiheitlichen demokratischen Grundordnung des Grundgesetzes unvereinbar sind, *und* diese Pflichtverletzung beharrlich fortsetzen wollten.<sup>322</sup> Denn hier fehlt es an der – für die Fortsetzung des Beamtenverhältnisses konstitutiven – Vertrauensgrundlage, stellt der Beamte doch seine Treue zu einer verfassungsfeindlichen Partei beharrlich über die von ihm geschuldete Treue zur Verfassung. Das Beamtenverhältnis endet dann mit der Entfernung aus dem Dienst als Ergebnis des Disziplinarverfahrens (§ 10 Abs. 1 S. 1 BDG bzw. § 31 Abs. 1 LDG). Eine *passive* Mitgliedschaft eines Lebenszeitbeamten in einer verfassungsfeindlichen Partei ist zwar ein Indiz für die fehlende Verfassungstreue<sup>323</sup>, rechtfertigt jedoch für sich allein keine Entlassung.

315 Vgl. *Schick*, NVwZ 1982, 161, 165.

316 *Grigoleit*, in: *Battis*, BBG, 5. Aufl. 2017, § 77 Rn. 13.

317 BVerfG 6.5.2008 – 2 BvR 337/08, NZA 2008, 962, 965 f.; BVerfG 22.5.1975 – 2 BvL 13/73, NJW 1975, 1641.

318 BVerfG 6.5.2008 – 2 BvR 337/08, NZA 2008, 962, 966; BVerfG 22.5.1975 – 2 BvL 13/73, NJW 1975, 1641, 1643.

319 BVerfG 22.5.1975 – 2 BvL 13/73, NJW 1975, 1641, 1643.

320 BVerfG 22.5.1975 – 2 BvL 13/73, NJW 1975, 1641, 1643.

321 BVerwG 1.2.1989 – 1 D 2/86 (BDiszG), NJW 1989, 2554; BVerwG 29.10.1981 – 1 D 50/81 (BDiszG), NJW 1982, 779, 784.

322 BVerwG 1.2.1989 – 1 D 2/86 (BDiszG), NJW 1989, 2554; BVerwG 29.10.1981 – 1 D 50/81 (BDiszG), NJW 1982, 779.

323 Siehe oben IV.2.a)bb)[2].

Das Beamtenverhältnis (aller Beamten) endet darüber hinaus kraft Gesetzes – also *ohne* Disziplinarverfahren –, sofern ein Beamter seine Beamtenrechte verliert (§ 41 BBG für Bundesbeamte, § 24 BeamStG für Landesbeamte). Dies ist neben der kaum relevanten Grundrechtsverwirkung der Fall, wenn ein Beamter wegen einer vorsätzlichen Tat zu einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr oder staatsgefährdenden Straftaten<sup>324</sup> zu einer Freiheitsstrafe von mindestens sechs Monaten strafrechtlich verurteilt wird.

*Frühere Beamte* bzw. *Ruhestandsbeamte* treffen zwar keine Dienstpflichten mehr. Dennoch wird bei Ruhestandsbeamten oder früheren Beamten mit Versorgungsbezügen ein Dienstvergehen *fingiert* („gilt es als Dienstvergehen“, § 77 Abs. 2 S. 1 Nr. 1, 2 BBG für Bundesbeamte, § 47 Abs. 2 S. 1 BeamStG, für Landesbeamte), wenn sie sich gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung im Sinne des Grundgesetzes betätigen oder an Bestrebungen teilnehmen, die darauf abzielen, den Bestand oder die Sicherheit der Bundesrepublik zu beeinträchtigen. Nach Ansicht des BVerfG<sup>325</sup> sind dafür feindselige Aktivitäten erforderlich; insbesondere „*Meinungsäußerungen können, müssen aber nicht in jedem Fall den Charakter von solchen Aktivitäten feindseliger Art haben. Solange sie sich darin erschöpfen, im Vertrauen auf die Überzeugungskraft des Arguments Kritik an bestehenden Zuständen zu üben oder bestehende rechtliche Regelungen in Gesetzen oder in der Verfassung in dem dafür vorgesehenen verfassungsrechtlichen Verfahren zu ändern, erfüllen sie nicht die genannten Tatbestände eines Dienstvergehens. [...] Dagegen stellen Agitationen, die die freiheitliche demokratische Grundordnung herabsetzen, verfassungsrechtliche Wertentscheidungen und Institutionen diffamieren und zum Bruch geltender Gesetze auffordern, Betätigungen gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung dar.*“ Das ist verfassungsrechtlich geboten: Frühere Beamte bzw. Ruhestandsbeamte sind nicht mehr für den Staat „aktiv“ tätig, sodass deren Grundrechte stärker wiegen. Sanktioniert werden kann ein Dienstvergehen bei Ruhestandsbeamten (nur noch) mit der Kürzung oder vollständigen Aberkennung des Ruhegehalts (§ 5 Abs. 2 BDG bzw. § 25 Abs. 2 LDG).

Bei *sonstigen* früheren Beamten gibt es diese Fiktion nicht, da die einschlägigen Normen diese nicht nennen (§ 77 Abs. 2 S. 1 Nr. 1, 2 BBG für Bundesbeamte, § 47 Abs. 2 S. 2 BeamStG für Landesbeamte).

cc) Fazit: Abgestuftes Schutzniveau

Die verfassungsrechtlich geforderte politische Treuepflicht ist einfachgesetzlich konkretisiert und als solche zwingende Voraussetzung für den *Zugang* zum Beamtenverhältnis – auch für Beamte an Hochschulen. Die einschlägigen Regelungen setzen hierfür zwingend die Verfassungstreue der Bewerber voraus, weil für die Beendigung des Beamtenverhältnisses regelmäßig hohe Hürden bestehen.<sup>326</sup> Das Beamtenrecht stellt durch die hohen Zulassungsanforderungen für alle Beamtenverhältnisse die Verfassungstreue der Bewerber sicher und beschränkt sich nicht darauf, repressiv die Verletzung durch Beamte disziplinarisch zu ahnden.

Unsere Ausführungen zur *Beendigung* des Beamtenverhältnisses nach den einschlägigen Normen des Beamtenrechts bleiben notwendigerweise skizzenhaft und unvollständig. Sie zeigen aber dies: Das Beamtenrecht verfolgt ein abgestuftes Schutzkonzept und trägt auf diese Weise einfachgesetzlich den Grundrechten und besonders dem Gebot der Verhältnismäßigkeit Rechnung. Dadurch wird auch die Frage um die – von der h. M. abgelehnte – funktionsbezogenen Verfassungstreuepflicht für Beamte relativiert. Denn der Bestandsschutz der Beamten wird umso stärker, je länger das Beamtenverhältnis besteht und ist von der Art des Beamtenverhältnisses abhängig: Stark ist der Bestandsschutz für Beamte auf Lebenszeit (oder Zeit) ausgestaltet, die nur aufgrund eines *konkret* begangenen Dienstvergehens aus dem Beamtenverhältnis entfernt werden können. Schwach ist er hingegen für Beamte auf Probe: Diese können entlassen werden, wenn sie sich mangels Verfassungstreue nicht bewährt haben. Kaum Schutz genießen schließlich Beamte auf Widerruf: Sie können jederzeit entlassen werden. Als sachlicher Grund reicht bereits die *Überzeugung* des Dienstherrn aus, dass der Beamte nicht die Gewähr der Verfassungstreue bietet.

### 3. Arbeitnehmer

Das BVerfG bemerkte in seiner Grundsatzentscheidung von 1975 obiter dictum, dass auch Arbeitnehmer im öffentlichen Dienst politische Loyalität schulden: „*Auch sie dürfen nicht den Staat, in dessen Dienst sie stehen, und seine Verfassungsordnung angreifen.*“<sup>327</sup>

324 Ausführlich zu staatsgefährdenden Straftaten: Reich BeamStG, 3. Aufl. 2018, BeamStG § 24 Rn. 5 ff.

325 BVerfG 22.5.1975 – 2 BvL 13/73, NJW 1975, 1641, 1643.

326 BVerfG 22.5.1975 – 2 BvL 13/73, NJW 1975, 1641, 1643.

327 BVerfG 22.5.1975 – 2 BvL 13/73, NJW 1975, 1641, 1643.

## a) H. M.: Funktionstheorie

Daher sehen die einschlägigen Tarifverträge eine politische Treuepflicht auch für Arbeitnehmer im öffentlichen Dienst vor: So müssen sich nach § 3 Abs. 1 S. 2 TV-L (sowie nach dem mittlerweile aufgehobenen<sup>328</sup> § 8 Abs. 1 S. 2 BAT) alle Beschäftigten im öffentlichen Dienst „durch ihr gesamtes Verhalten zur freiheitlich demokratischen Grundordnung im Sinne des Grundgesetzes bekennen.“ Diese tarifvertragliche Pflicht gilt auch für Arbeitnehmer an staatlichen Hochschulen (§ 3 Abs. 1 S. 2 TV-L i.V.m. der Sonderregelung Nr. 2 für Beschäftigte an Hochschulen und Forschungseinrichtungen); die Arbeitsverträge nehmen darauf Bezug. Funktional differenzierend bestimmt hingegen § 41 S. 2 TVöD BT-V: „Beschäftigte des Bundes und anderer Arbeitgeber, in deren Aufgabenbereichen auch hoheitliche Tätigkeiten wahrgenommen werden, müssen sich durch ihr gesamtes Verhalten zur freiheitlich demokratischen Grundordnung im Sinne des Grundgesetzes bekennen.“

Fraglich sind jedoch *Inhalt* und *Umfang* der geschuldeten Verfassungstreue. Nach h. M. gilt die positive Verfassungstreuepflicht von Beamten nicht für alle anderen Angehörigen des öffentlichen Diensts. Vielmehr folgt sie der sogenannten Funktionstheorie des BAG, welches in ständiger Rechtsprechung<sup>329</sup> das Maß der politischen Treuepflicht *funktional* nach Stellung und Aufgabenkreis des jeweiligen Angestellten im öffentlichen Dienst bestimmt: Geschuldet ist „diejenige politische Loyalität, die für die funktionsgerechte Amtsausübung unverzichtbar ist.“<sup>330</sup> Die Arbeitnehmer an Hochschulen schulden daher funktionsbezogen Treue – abhängig von ihrer Stellung und ihren arbeitsvertraglichen Aufgaben.<sup>331</sup>

Diese politische Treuepflicht für Arbeitnehmer im öffentlichen Dienst kann nicht mit Art. 33 Abs. 5 GG begründet werden, da dieser nur für Beamte gilt. Vielmehr

ist die politische Treuepflicht aus der erforderlichen „Eignung“ nach Art. 33 Abs. 2 GG herzuleiten.<sup>332</sup> Dies ist auch dann verfassungskonform, wenn das „Höchstmaß“ an Verfassungstreue geschuldet wird: Funktional „staatstragende“ Arbeitnehmer können sich zwar auch auf ihre Grundrechte berufen; diese werden aber durch ihre besondere Verfassungstreuepflicht begrenzt. Der Exklusion extremistischer Arbeitnehmer stehen weder der spezielle Gleichheitssatz nach Art. 3 Abs. 3 GG noch deren Freiheitsrechte nach Art. 5 Abs. 1 GG, Art. 21 Abs. 2, 4 GG noch Art. 10, 11 EMRK<sup>333</sup> entgegen. Die Mitgliedschaft in einer verfassungsfeindlichen Partei ist allerdings auch hier nur ein Indiz für fehlende Verfassungstreue, welches für sich allein regelmäßig noch keinen Eignungsmangel begründen kann.<sup>334</sup>

Die im Wege praktischer Konkordanz bestimmte „Eignung“ im Sinne von Art. 33 Abs. 2 GG determiniert die Auslegung der genannten Tarifbestimmungen: Während § 41 S. 2 TVöD BTV verfassungskonform innerhalb der Arbeitnehmerschaft des öffentlichen Diensts differenziert (soweit „in deren Aufgabenbereichen auch hoheitliche Tätigkeiten wahrgenommen werden“), verlangt § 3 Abs. 1 S. 2 TV-L (wie der frühere, wortlautidentische § 8 Abs. 1 S. 2 BAT), dass sich *alle* Beschäftigten „durch ihr gesamtes Verhalten zur freiheitlich demokratischen Grundordnung im Sinne des Grundgesetzes bekennen“ müssen. Dieser zu weite Wortlaut ist verfassungskonform im Sinne der Funktionstheorie zu reduzieren.<sup>335</sup>

## b) Beschäftigte mit hoheitlichen Aufgaben: Positive Verfassungstreuepflicht

Arbeitnehmer schulden somit *positive* Verfassungstreue, wenn sie nach ihrer Stellung und ihren Aufgaben beamtengleich hoheitlich tätig sind. Zwar besteht zwischen solchen Beschäftigten und dem Staat kein besonderes öffentlich-rechtliches Dienst- und Treueverhältnis, son-

328 Er wurde für Angestellte des Bundes und der Kommunen zum 1.10.2005 durch den TVöD ersetzt, für Angestellte der Länder zum 1.11.2006 durch den TV-L. Er gilt nunmehr auch nicht mehr in Hessen, denn dort findet seit dem 1.1.2010 der Tarifvertrag für den Öffentlichen Dienst des Landes Hessen Anwendung. Entsprechendes gilt für Berlin: Dort wurde der TV-L bis Januar 2011 sukzessive eingeführt.

329 Vgl. nur BAG 12.5.2011 – 2 AZR 479/09, NZA-RR 2012, 43; BAG 6.9.2012 – 2 AZR 372/11, NZA-RR 2013, 441. Rechtsvergleichend stimmt die Funktionstheorie des BAG mit der überwiegenden Ansicht im vergleichbaren Ausland überein, vgl. *Tomuschat*, in: Böckenförde/Tomuschat/Umbach (Hrsg.), *Extremisten und öffentlicher Dienst, Rechtslage und Praxis des Zugangs zum und Entlassung aus dem öffentlichen Dienst in Westeuropa, USA, Jugoslawien und der EG*, 1981, S. 647 ff.

330 BAG 12.5.2011 – 2 AZR 479/09, NZA-RR 2012, 43. Die Funktions-

theorie überträgt das BAG auf das Fragerecht des Arbeitgebers im öffentlichen Dienst. Fragen nach der Verfassungstreue eines Bewerbers sind nur zulässig, soweit den Bewerber künftig eine solche politische Treuepflicht funktional trifft, vgl. BAG 12.5.2011 – 2 AZR 479/09, NZA-RR 2012, 43; BAG 5.8.1982 – 2 AZR 3/80 –, juris. Vgl. zum Fragerecht des privaten Arbeitgebers zur politischen Anschauung: *Chr. Picker*, RdA 2021, 33, 40.

331 Vgl. BVerwG 19.1.1989 – 7 C 89/87, NJW 1989, 1374.

332 BVerfG 17.12.1953 – 1 BVR 323/51, NJW 1954, 27; BAG 31.3.1976 – 5 AZR 104/74, NJW 1976, 1708, 1709.

333 EGMR 22.11.2001 – 39799/98, NJW 2002, 3087; EGMR 26.9.1993 – 7/1994/454/535, NJW 1996, 375.

334 BAG 31.3.1976 – 5 AZR 104/74, NJW 1976, 1708, 1710.

335 Entsprechend zur Vorläuferregelung des § 8 Abs. 1 S. 2 BAT: BAG 31.3.1976 – 5 AZR 104/74, NJW 1976, 1708, 1709.

dern (nur) ein privatrechtliches Arbeitsverhältnis. Gleichwohl kann die – aufgrund des beamtenverfassungsrechtlichen Funktionsvorbehalts nach Art. 33 Abs. 4 GG ohnehin zweifelhafte – „Flucht ins private Arbeitsrecht“ das Maß an geschuldeter politischer Treue nicht herabsetzen.<sup>336</sup> Denn das Treuepflichtmaß bestimmt sich gerade nicht statusbezogen (als Beamter oder Arbeitnehmer), sondern funktionsbezogen nach Stellung und Aufgaben.

Positive Verfassungstreue schulden folglich solche Beschäftigte an Hochschulen, die beamtenäquäat tätig werden, also hoheitlich handeln und in dieser Funktion den Staat repräsentieren. Auch bei ihnen ist die Mitgliedschaft in einer Partei, die verfassungsfeindliche Ziele verfolgt, ein Indiz, dass sie die politische Treuepflicht nicht erfüllen können.<sup>337</sup> Für privatrechtlich beschäftigte Hochschullehrer normiert dies § 49 Abs. 2 S. 4 LHG, der die beamtenrechtlichen Normen zur Verfassungstreue (§§ 7 Abs. 1 Nr. 2, 33 Abs. 1 S. 3 BeamStG) für entsprechend anwendbar erklärt.

Dieser Gleichlauf an politischer Treuepflicht muss vor allem für *alle Hochschullehrer* gelten – unabhängig davon, ob diese Beamte oder Arbeitnehmer sind. Positive Verfassungstreue schulden daher auch Juniorprofessoren, wenn diese nicht zum Beamten ernannt werden (§ 51 Abs. 8 LHG). Hochschullehrer üben ständig hoheitliche Befugnisse aus<sup>338</sup>: Ihnen obliegen zunächst Prüfungsbefugnisse. Zu nennen sind Hochschulprüfungen, etwa Vor- und Zwischenprüfungen, Bachelor und Masterarbeiten, aber auch Promotionen und Habilitationen. Sie entscheiden dabei meist über die Prüfungsform und die Prüfungsaufgaben.<sup>339</sup> Daneben wirken Hochschullehrer regelmäßig als Prüfer in Staatsprüfungen (z.B. Erste juristische Prüfung) mit.<sup>340</sup> Die Bewertung dieser Prüfungsleistungen durch einen Hochschullehrer hat Auswirkungen auf den Studienverlauf, den Zugang zur Staatsprüfung oder Berufseinstieg, bei Promotionsleistungen nicht zuletzt aufgrund des erlangten akademischen Titels, dessen Missbrauch nach § 132a Abs. 1 Nr. 1 StGB strafbar ist. Diese Befugnisse sind vor allem im Hinblick auf grundrechtlich geschützte Ausbildungsinteressen der Studierenden relevant; unabhängig davon, ob diese durch Art. 12 GG<sup>341</sup> oder Art. 5 Abs. 3 GG<sup>342</sup> geschützt sind. Insbesondere durch berufsbezogene Prüfungen ist Art. 12 GG in besonderem Maße berührt.<sup>343</sup>

Die beamtengleiche hoheitliche Tätigkeit lässt sich allerdings nicht nur an Prüfungsbefugnissen festmachen. Vielmehr ist sie auch mit der Lehrtätigkeit als hoheitlicher Tätigkeit zu begründen.<sup>344</sup> Zumindest faktisch besteht in der BRD für viele Bereiche ein Ausbildungsmonopol des Staates. Studierende müssen Lehrveranstaltungen von Hochschullehrern besuchen und sind diesen so „ausgeliefert“. Und diese bestimmen (kraft ihrer Lehrfreiheit), welchen Lehrstoff sie vortragen und welcher prüfungsrelevant ist.<sup>345</sup> Diese gestalten damit unmittelbar die Ausbildung der Studierenden und damit auch deren (berufliche) Zukunft.<sup>346</sup> Wegen ihrer Prüfungsbefugnis und Lehrtätigkeit werden angestellte Hochschullehrer beamtengleich hoheitlich tätig.

Positive Verfassungstreue schulden ferner *wissenschaftliche Mitarbeiter*, wenn und weil diese hoheitlich tätig werden.<sup>347</sup> So nahm das BAG<sup>348</sup> 1982 an, dass an die politische Treuepflicht eines wissenschaftlichen Mitarbeiters, zu dessen Dienstaufgaben auch Lehrtätigkeiten gehörten, die gleichen Anforderungen wie an einen Beamten zu stellen sind. Das Gericht begründete dies maßgeblich mit einem Vergleich zu Lehrern: Studierende seien zwar nicht in gleichem Maß politisch beeinflussbar wie Schüler, gleichwohl sei deren Persönlichkeitsbildung keineswegs abgeschlossen. Sie neigen – so das BAG – „zu emotionaler, unkontrollierter Übernahme politischer Verhaltensmuster und sind in verstärktem Maße Milieu- und Gruppeneinflüssen ausgesetzt“<sup>349</sup>. Diese Begründung überzeugt: Regelmäßig gehört zu den wissenschaftlichen Dienstleistungen von wissenschaftlichen Mitarbeitern auch die selbstständige<sup>350</sup> Wahrnehmung von Aufgaben in der Lehre (§ 52 Abs. 1 S. 2 LHG).

Allerdings gilt hier entsprechend: Die *wissenschaftliche* Tätigkeit von angestellten Beschäftigten an Hochschulen ist durch Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG verfassungsrechtlich besonders geschützt. Diese ist zwar nicht mit Art. 33 Abs. 5 GG, dafür aber mit Art. 33 Abs. 2 GG im Wege

336 Chr. Picker, RdA 2020, 317, 326.

337 Vgl. BAG 5.8.1982 – 2 AZR 3/80 –, juris.

338 Vgl. Epping, ZBR 1997, 383, 386; Thieme, DÖV 2000, 502, 503; Hartmer, WissR 31 (1998), 152 ff.

339 Thieme, DÖV 2000, 502.

340 Vgl. Thieme, DÖV 2000, 502.

341 H. M., vgl. etwa Jarass in Jarass/Pieroth, GG, 16. Aufl. 2020, Art. 12 Rn. 109 ff.

342 So etwa Sachs/Bethge, 8. Aufl. 2018, GG Art. 5 Rn. 208.

343 Vgl. BVerfG 17.4.1991 – 1 BvR 419/81, 1 BvR 213/83, NJW 1991, 2005; BVerfG 17.4.1991 – 1 BvR 1529/84, 1 BvR 138/87, NJW 1991, 2008.

344 Thieme, DÖV 2000, 502, 503. A.A. Hartmer, WissR 31 (1998), 152, 161; Fink, DÖV 1999, 980, 982.

345 Thieme, DÖV 2000, 502, 503.

346 Determann, NVwZ 2000, 1346, 1348.

347 BAG 5.8.1982 – 2 AZR 3/80 –, juris; für wissenschaftliche Assistenten: LAG Berlin 16.1.1978 – 9 Sa 77/77, AP Nr. 4 zu Art. 33 Abs. 2 GG.

348 BAG 5.8.1982 – 2 AZR 3/80 –, juris.

349 BAG 5.8.1982 – 2 AZR 3/80 –, juris.

350 BeckOK HochschulR BW/Frenzel, 18. Ed. 1.11.2019, LHG § 52 Rn. 13.

praktischer Konkordanz in Ausgleich zu bringen. Unseres Erachtens müssen für Hochschulbeschäftigte mit hoheitlichen Aufgaben die für Beamten geltenden Grundsätze erst recht gelten; denn sie befinden sich in keinem Beamtenverhältnis, sondern nur in einem privatrechtlichen Arbeitsverhältnis. Soweit Beschäftigte selbstständig als Lehrende tätig werden und sich auf die Lehrfreiheit berufen können, muss auch für sie die Privilegierung des Art. 5 Abs. 3 S. 2 GG gelten. Die Verfassungstreueklausel ist deshalb nicht nur für privatrechtlich angestellte Hochschullehrer einschlägig<sup>351</sup>, sondern auch für sonstige angestellte Beschäftigte, die eigenständig lehren. Und weiter muss im Übrigen ebenso gelten: Spezifisch wissenschaftliche Tätigkeit kann niemals einen Treuepflichtverstoß begründen.

#### c) Beschäftigte ohne hoheitliche Aufgaben: Negative Loyalitätspflicht

Beschäftigte an Hochschulen (etwa studentische Hilfskräfte) *ohne* hoheitliche Aufgaben schulden hingegen nur *einfache* politische Treue<sup>352</sup>: Sie müssen sich *nicht* positiv zur freiheitlichen demokratischen Grundordnung bekennen, *nicht* mit dieser identifizieren und entsprechend *nicht* bereit sein, für diese jederzeit aktiv einzutreten. Vielmehr erfüllen sie ihre einfache Verfassungstreuepflicht regelmäßig schon dadurch, dass sie „die freiheitliche demokratische Grundordnung nicht aktiv bekämpfen“ – also weder selbst aktiv verfassungsfeindliche Ziele verfolgen noch darauf abzielen, Verfassung und Staat „zu beseitigen, zu beschimpfen oder verächtlich zu machen.“<sup>353</sup> Die einfache politische Treuepflicht lässt sich folglich auch als *negative* Treuepflicht bezeichnen: Geschuldet ist nur das „Fehlen“ verfassungsfeindlicher Betätigung, dies allerdings auch außerdienstlich.<sup>354</sup>

Dieser Befund ist so rechtspolitisch überzeugend wie verfassungsrechtlich geboten: Zwar ist es aus Sicht des Staats erstrebenswert, dass er *insgesamt* nur über Beschäftigte verfügt, die seine Werte uneingeschränkt teilen und dafür vorbehaltlos auch aktiv eintreten. Denn dadurch wird seine Funktionsfähigkeit und Glaubwür-

digkeit nach außen gestärkt – auch an Universitäten und Hochschulen. Zudem machen Arbeitnehmer mit rund 60 % der Beschäftigten im öffentlichen Dienst den Großteil aus.<sup>355</sup> Das würde jedoch den Grundrechten der Beschäftigten nicht gerecht, denn diese würden so „unnötig und unverhältnismäßig eingeschränkt.“<sup>356</sup> Solche Arbeitnehmer, die gegenüber dem Staat nicht nur in einem privatrechtlichen Austauschverhältnis und damit in keinem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis stehen, sondern vor allem auch keine hoheitlichen Tätigkeiten wahrnehmen, handeln nämlich funktional weder für den Staat noch repräsentieren sie diesen.<sup>357</sup> Und die von ihnen ausgehende Gefahr ist regelmäßig insoweit überschaubar, als dass sie – anders als Beamte oder beamtengleich tätige Arbeitnehmer – mangels entsprechender hoheitlicher Aufgaben oder Stellung kaum Gelegenheit haben, die Integrität des Staates nachhaltig zu beschädigen.

#### d) Kündigungsrechtliche Konsequenzen

Verfügen Arbeitnehmer nicht über die jeweils erforderliche – positive oder negative – Verfassungstreue, können sie entlassen werden<sup>358</sup>. Der Arbeitgeber kann solchen Arbeitnehmern personen- oder verhaltensbedingt kündigen.<sup>359</sup> Dabei setzt eine *verhaltensbedingte* Kündigung nach ständiger Rechtsprechung des BAG eine *konkrete* Beeinträchtigung des Arbeitsverhältnisses voraus, d.h. eine erhebliche Störung im Leistungs- und Vertrauensbereich oder innerhalb der Betriebsgemeinschaft, und diese muss dem Arbeitnehmer zudem individuell vorwerfbar sein.<sup>360</sup> Eine *personenbedingte* Kündigung setzt voraus, dass der Arbeitnehmer die erforderliche Eignung oder Fähigkeit nicht (mehr) besitzt, um die geschuldete Arbeitsleistung zu erbringen.<sup>361</sup>

Beide Kündigungsgründe müssen voneinander unterschieden und abgegrenzt werden, wenn ein Arbeitnehmer wegen (angeblich) fehlender Verfassungstreue gekündigt wird. Regelmäßig handelt es sich dabei um eine verhaltensbedingte Kündigung; denn dem Arbeitnehmer wird wegen einer – erwiesenen und nicht etwa

351 Maunz/Dürig/Gärdtitz, 92. EL August 2020, GG Art. 5 Abs. 3 Rn. 189.

352 BVerfG 22.5.1975 – 2 BvL 13/73, NJW 1975, 1641; BAG 12.5.2011 – 2 AZR 479/09, NZA-RR 2012, 43.

353 BAG 12.5.2011 – 2 AZR 479/09, NZA-RR 2012, 43, 45. Zuvor schon BVerfG 22.5.1975 – 2 BvL 13/73, NJW 1975, 1641; BAG 5.8.1982 – 2 AZR 1136/79, NJW 1983, 779.

354 Näher zu Inhalt und Umfang der Pflicht zu „einfacher“ Verfassungstreue zwei jüngere Urteile des BAG: BAG 12.5.2011 – 2 AZR 479/09, NZA-RR 2012, 43; BAG 6.9.2012 – 2 AZR 372/11, NZA-RR 2013, 441. Eingehend dazu: Chr. Picker, RdA 2020, 317, 326.

355 <https://www.bpb.de/nachschlagen/zahlen-und-fakten/soziale-situation-in-deutschland/61714/oeffentlicher-dienst> (31.1.2021).

situation-in-deutschland/61714/oeffentlicher-dienst (31.1.2021).

356 BAG 12.5.2011 – 2 AZR 479/09, NZA-RR 2012, 43; BAG 31.3.1976 – 5 AZR 104/74, NJW 1976, 1708, 1709.

357 Chr. Picker, RdA 2020, 317, 326.

358 So schon BVerfG 22.5.1975 – 2 BvL 13/73, NJW 1975, 1641, 1644.

359 BAG 12.5.2011 – 2 AZR 479/09, NZA-RR 2012, 43.

360 BAG 6.9.2012 – 2 AZR 372/11, NZA-RR 2013, 441; BAG 12.5.2011 – 2 AZR 479/09, NZA-RR 2012, 43 m. w. N.

361 BAG 21.4.2016 – 2 AZR 609/15, NZA 2016, 941; BAG 10.4.2014 – 2 AZR 812/12, NZA 2014, 653; ErfK/Oetker, 21. Aufl. 2021, KSchG § 1 Rn. 98 ff.

nur vermuteten – vorwerfbaren Treuepflichtverletzung gekündigt, was eindeutig als verhaltensbedingt einzuordnen ist.<sup>362</sup> Zu klären ist dann, ob bei einem außerdienstlichen Verhalten eine konkrete Störung im personalen Vertrauensbereich vorliegen muss oder ob es ausreichend ist, dass eine solche nur wahrscheinlich ist.<sup>363</sup> Eine personenbedingte Kündigung aufgrund eines Eignungsmangels kommt hingegen in Betracht, wenn begründete Zweifel an der (jeweils erforderlichen positiven oder negativen!) Verfassungstreue des Arbeitnehmers bestehen.<sup>364</sup>

Diese Abgrenzung veranschaulicht eine neuere Entscheidung des LAG Thüringen<sup>365</sup>: Der Arbeitnehmer war als Schichtleiter in der autorisierten Stelle beim Landeskriminalamt beschäftigt. Im Rahmen privater Beiträge in sozialen Medien im Internet äußerte er sich fremdenfeindlich und beleidigte andere „Diskussionsteilnehmer“. Deshalb kündigte das Land ihm fristlos. Wegen der rassistischen und beleidigenden Äußerungen im Internet kam eine verhaltensbedingte Kündigung in Betracht, da es sich insoweit um eine vorwerfbare Pflichtverletzung des Arbeitnehmers handelt. Diese wäre im konkreten Fall aber vom Arbeitgeber abzumachen gewesen. Da der Arbeitnehmer aber bei einem IT-Dauerdienst arbeitete, der vor allem für alle IT-Systeme der Polizei tätig war, kam im konkreten Fall *auch* eine personenbedingte Kündigung in Frage; diese aber nicht wegen der „Diskussionsbeiträge“ auf Facebook, sondern wegen seiner rassistischen *Einstellung*, die ihn – angesichts der Verfügungsmacht über sicherheitspolitisch hochsensible Daten – als Schichtleiter des IT-Dauerdienstes *ungeeignet* machte.

#### 4. Annex: Lehrbeauftragte

Lehrbeauftragte stehen regelmäßig in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis mit dem Land.<sup>366</sup> Auch wenn privatrechtliche Rechtsverhältnisse geschlossen werden, sind Lehrbeauftragte nur ganz ausnahmsweise Arbeitnehmer.<sup>367</sup> Fraglich ist, welche politische Treue von diesen geschuldet ist.

Der 7. Senat des BVerwG folgte der Funktionstheorie des BAG für Lehrbeauftragte an Hochschulen zunächst nicht. Denn von Lehrbeauftragten sei *„das gleiche Maß an Verfassungstreue“* zu verlangen, *„wie es von einem Beamten zu fordern ist.“*<sup>368</sup> Die Gleichstellung *aller* Lehrbeauftragten mit Beamten sei mit deren Aufgaben zu begründen: Die Lehrtätigkeit entspreche der des hauptamtlichen Hochschullehrers; der Sache nach gehe *„es beim Lehrbeauftragten wie bei dem beamteten Hochschullehrer um die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben.“*<sup>369</sup> Aufgrund der für einen Lehrbeauftragten geforderten Eignung nach Art. 33 Abs. 2 GG könnten die beamtenrechtlichen Vorschriften zur Verfassungstreue auf Lehrbeauftragte entsprechend angewandt werden.<sup>370</sup>

Im Jahr 1989 schwenkte der 7. Senat des BVerwG aber auf die Linie des BAG ein: Die *„für Beamtenverhältnisse zwingende Forderung nach Verfassungstreue unterschiedslos auf alle Lehrauftragsverhältnisse“* auszudehnen, verletze Art. 33 Abs. 2 GG.<sup>371</sup> Hierauf könnten sich Lehrbeauftragte berufen, unabhängig davon, ob der Lehrauftrag landesrechtlich als privatrechtliches oder öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis vollzogen wird, da sich die Lehraufträge selbst dann in einem öffentlichen Amt vollziehen, wenn keine hoheitliche Aufgaben wahrgenommen werden.<sup>372</sup> Überspannt würden die Eignungsvoraussetzungen nach Art. 33 Abs. 2 GG bei einer Gleichsetzung *aller* Lehrbeauftragten mit den verbeamteten Hochschullehrern aus zwei Gründen: Erstens seien Begründung und Beendigung der Rechtsverhältnisse nicht vergleichbar; Lehraufträge würden nämlich nur semesterweise erteilt und begründeten deshalb keine dem Beamtenverhältnis vergleichbaren Bindungen. Zweitens seien Lehraufträge *„zu unterschiedlich und zu vielgestaltig, als daß sie hinsichtlich der politischen Eignung von Lehrauftragsbewerbern stets nur demjenigen zu übertragen wären, der in seiner Person den gesteigerten Anforderungen des Beamtenrechts entspricht.“*<sup>373</sup> Im Ergebnis lasse sich das *„abstrahierende Verlangen nach beamtengleicher Verfassungstreue aller Lehrbeauftragten [...] nicht länger mit der Begründung rechtfertigen, die Institution*

362 Näher Chr. Picker, RdA 2020, 317, 327.

363 Dazu Preis/Stoffels, RdA 1996, 210, 221.

364 BAG 20.7.1989 – 2 AZR 114/87, NJW 1990, 597.

365 LAG Thüringen 14.11.2018 – 6 Sa 204/18, BeckRS 2018, 44972. Diese wurde vom BAG bestätigt, BAG 27.6.2019 – 2 AZR 28/19, NZA 2019, 1343.

366 So insbesondere in Baden-Württemberg, vgl. § 56 Abs. 2 S. 2 Hs. 1 LHG. Es handelt sich dabei zwischenzeitlich um den Regelfall, Löwisch/Wertheimer, in: Hartmer/Detmer (Hrsg.), Hochschulrecht, 3. Aufl. 2017, S. 564.

367 Etwa wenn Unterrichtsgegenstand und Arbeitszeit im Einzelnen vorgegeben werden, vgl. BAG 19.11.1997 – 5 AZR 21/97, NZA 1998, 595.

367 BVerwG 22.4.1977 – VII C 17.74, NJW 1977, 1837; ebenso unter Berufung darauf OVG Berlin 18.9.1980 – 3 B 6.79 –, juris.

369 BVerwG 22.4.1977 – VII C 17.74, NJW 1977, 1837.

370 BVerwG 22.4.1977 – VII C 17.74, NJW 1977, 1837.

371 BVerwG 19.1.1989 – 7 C 89/87, NJW 1989, 1374.

372 BVerwG 19.1.1989 – 7 C 89/87, NJW 1989, 1374, 1375.

373 BVerwG 19.1.1989 – 7 C 89/87, NJW 1989, 1374.

des Lehrbeauftragten diene im Lehrbetrieb der Hochschulen wesentlich der Ergänzung des hauptamtlich erteilten Unterrichts durch den beamteten Hochschullehrer, so daß sich dessen gesteigerte Verfassungstreuepflicht auch auf den Lehrbeauftragten erstrecke.<sup>374</sup>

Insbesondere das zuletzt genannte Argument überzeugt: Lehraufträge, die zur Ergänzung des Lehrangebots erteilt werden (§ 56 Abs. 1 S. 1 LHG), sind im Einzelfall sehr unterschiedlich ausgestaltet. Sie können in den grundrechtssensiblen Bereich der Studierenden weit hineinreichen, soweit mit ihnen die Bewertung von Prüfungsleistung einhergeht – müssen dies aber nicht.<sup>375</sup> Lehrbeauftragte können nach Aufgaben und Funktion nicht nur auf den weiteren Studienverlauf oder die Staatsprüfung Einfluss nehmen (etwa weil die Bewertung einer Abschlussklausur zur Beendigung des Studiums führt), sondern auch für den Berufseinstieg. Sie nehmen hoheitliche Aufgaben aber nicht als ständige Aufgabe wahr.<sup>376</sup> Nur dann (und nicht generell!) werden Lehrbeauftragte adäquat zu Hochschullehrern tätig und handeln so funktionell für den Staat.

Im Ergebnis gilt für Lehrbeauftragte an Universitäten und anderen Hochschulen die Formel des BAG entsprechend: Geschuldet ist nur diejenige politische Loyalität, die für die funktionsgerechte Ausübung des erteilten Lehrauftrags unverzichtbar ist.

## V. Zusammenfassung

1. Politischer Extremismus bedeutet aktive Verfassungsfeindschaft. Als zeitloses Übel prägt er unsere Vergangenheit und bedroht unsere freiheitlich verfasste Rechts- und Gesellschaftsordnung der Gegenwart – auch an Hochschulen.

2. Unser Verfassungsstaat steckt aufgrund der grundgesetzlichen Entscheidung, freiheitlich und wehrhaft zu sein, bei der Bekämpfung des politischen Extremismus stets in einem Dilemma: Einerseits muss er die Grundrechte der Bürger umfassend schützen; andererseits ist er verfassungsrechtlich verpflichtet, seine freiheitliche demokratische Grundordnung zu erhalten und zu schützen. Dieser Dualismus ist dahingehend aufzulösen, dass der Staat den Bürgern möglichst umfassende grund-

rechtliche Freiheit gewährt und seine Grundwerte erst und auch dann nur rechtsstaatlich verteidigt, wenn diese konkret bedroht sind.

3. Dieser verfassungsimmanente Dualismus determiniert die Beschäftigungsverhältnisse im öffentlichen Dienst – und damit auch die an staatlichen Hochschulen. Grundrechtsfreundlich ist er hier dahingehend aufzulösen, dass der Staat von seinen Beschäftigten zwar grundsätzlich Verfassungstreue verlangen kann, aber nicht von allen in gleichem Maß.

4. Zu positiver Verfassungstreue sind Beamte an Hochschulen verpflichtet – dienstlich wie außerdienstlich und unabhängig von ihrer Aufgabe und Funktion. Das ist nicht nur verfassungskonform, sondern auch völker- und europarechtlich zulässig. Dem steht insbesondere die Wissenschaftsfreiheit nicht entgegen: Regelmäßig sind (politisch motivierte) extremistische Äußerungen schon verfassungsrechtlich keine Wissenschaft und (nur) von der allgemeinen Meinungsfreiheit nach Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG geschützt.

5. Innerhalb des Schutzbereichs der Wissenschaftsfreiheit wird die beamtenrechtliche politische Treuepflicht im Funktionsbereich der Lehre durch die Verfassungstreueklausele nach Art. 5 Abs. 3 S. 2 GG überlagert. Verboten ist danach (nur), den Hörsaal zur politischen Agitation zu missbrauchen. Erst wenn und weil ein Verstoß gegen Art. 5 Abs. 3 S. 2 GG vorliegt, kann dies Grundlage beamtenrechtlicher Disziplinarmaßnahmen sein. Im Übrigen kann Art. 33 Abs. 5 GG die Wissenschaftsfreiheit als verfassungsimmanente Schranke zwar begrenzen. Kein Verstoß gegen die positive Verfassungstreuepflicht (und auch nicht gegen die Mäßigungspflicht) liegt jedoch vor, wenn spezifisch wissenschaftliche Tätigkeiten betroffen sind. So kann etwa ein verbeamteter Hochschullehrer nicht wegen der Inhalte oder Ergebnisse seiner Forschung disziplinarrechtlich verfolgt werden.

6. Daneben schulden auch Arbeitnehmer an staatlichen Hochschulen dem Staat politische Treue jedoch nur diejenige politische Loyalität, die für die funktionsgerechte Amtsausübung unverzichtbar ist. Funktionsbezogen muss daher differenziert werden: Wissenschaftliches Personal, das beamtengleich hoheitlich tätig wird, insbe-

374 BVerwG 19.1.1989 – 7 C 89/87, NJW 1989, 1374.

375 BVerwG 19.1.1989 – 7 C 89/87, NJW 1989, 1374, 1375.

376 BVerwG 19.1.1989 – 7 C 89/87, NJW 1989, 1374.

377 BVerwG 19.1.1989 – 7 C 89/87, NJW 1989, 1374.

378 Vgl. *Kimminich*, JZ 1989, 439, 440.

379 BVerwG 29.8.1975 – VII C 60/72, NJW 1976, 437; BAG 15.4.1982 – 2 AZR 1111/79, NVwZ 1983, 248.

sondere vergleichbar zu Hochschullehrern, trifft wie die Beamten die Pflicht zur *positiven* Verfassungstreue. Beschäftigte, die keine hoheitlichen Befugnisse und Aufgaben ausüben, trifft hingegen (nur) die Pflicht zur einfachen politischen Treue. Sie genügen dieser *negativ* bereits dadurch, dass sie sich *nicht aktiv* verfassungsfeindlich betätigen.

Prof. Dr. Christian Picker ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Arbeitsrecht und Unternehmensrecht an der Universität Konstanz, Sebastian Reif ist wissenschaftlicher Mitarbeiter ebendort.

