

Hans-Ernst Böttcher (Hrsg.)

Recht Justiz Kritik

Festschrift für Richard Schmid
zum 85. Geburtstag

Mit einem Vorwort von Willy Brandt
und Beiträgen von

Wolfgang Abendroth, Bernd Asbrock, Hartmut Bäumer,
Klaus Beer, Thomas Blanke, Heinrich Böll, Hans-Ernst
Böttcher, Wolfgang Däubler, Peter Derleder, Rudolf
Gerhardt, Heinrich Hannover, Werner Holtfort, Helmut
Kramer, Hanno Kühnert, Rolf Lamprecht, Heinz Menne,
Ingo Müller, Joachim Perels, Ulrich K. Preuß, Theo
Rasehorn, Jürgen Seifert, Peter Scherer, Otto Schily,
Helmut Simon, Franz Steinkühler, Christoph Strecker,
Sibylle Tönnies, Ulrich Vultejus und Hans Wrobel

Nomos Verlagsgesellschaft
Baden-Baden



CIP-Kurztitelaufnahme der Deutschen Bibliothek

Recht Justiz Kritik: Festschr. für Richard Schmid zum 85. Geburtstag/Hans-Ernst Böttcher (Hrsg.). Mit e. Vorw. von Willy Brandt u. Beitr. von Wolfgang Abendroth . . . - 1. Aufl. - Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1985.

ISBN 3-7890-1092-8

NE: Böttcher, Hans-Ernst [Hrsg.]; Abendroth, Wolfgang [Mitverf.]; Schmid, Richard: Festschrift

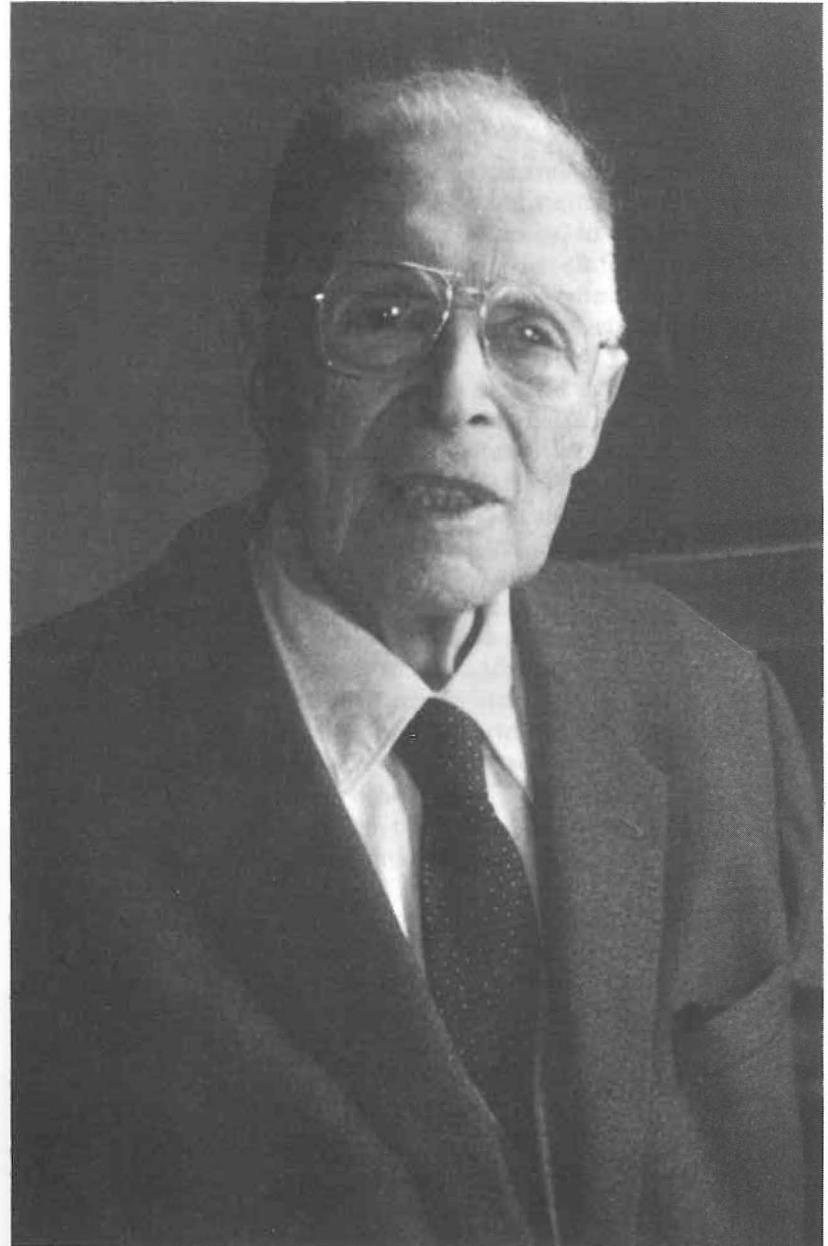


715249

Foto: Wilhelm Mierendorf, Stuttgart

1. Auflage 1985

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1985. Printed in Germany. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der photomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten.



Für eine Abwägung beider Werte sah das Gericht inzwischen gar keinen Raum mehr, denn mit der Staatssicherheit schütze die Verfassung »einen Gemeinschaftswert, der – ohne Rücksicht auf eine bestimmte Meinung – schlechthin Schutz verdient und gegenüber der Betätigung der Meinungsfreiheit grundsätzlich Vorrang hat«. ¹¹⁰

Ungebrochen scheint bis heute die macchiavellistische Tradition des deutschen Obrigkeitsstaates, den »Staat« (d. h. in erster Linie dessen bürokratisches Innenleben) und nicht die Verfassung zu schützen. Dieser Tradition entspricht es, den exekutiven Gesetzesbruch mit »übergesetzlichem Notstand« zu rechtfertigen und darüber hinaus diejenigen, die die Öffentlichkeit über das gesetzeswidrige Tun der Bürokratie aufklären, als »Verräter« zu verfolgen. Daß weder wegen der illegalen Rüstungen der Reichswehr noch wegen der gesetzeswidrigen Abhörmaßnahmen des Verfassungsschutzes je ein Strafverfahren gegen die Verantwortlichen eingeleitet wurde, versteht sich beinahe von selbst. Wie zu Ossietzkys Zeiten wendet sich die Justiz heute noch weniger gegen gerügte Mißstände im staatlichen Bereich als vielmehr gegen diejenigen, die sie in der Presse gerügt haben. Bislang ohne Konsequenz setzte Gustav Heinemann dieser Tradition deutscher Geheimnisverratsjudikatur entgegen:

»Außer Staatsgefährdung durch Geheimnisverrat gibt es auch Demokratiegefährdung durch Geheimnistuerei samt strafrechtlichen Fallstricken für legitime Opposition. In dieser Hinsicht haben wir noch keineswegs den rechten Pfad gefunden, der aus der obrigkeitlichen Sucht weitestgehender Strafbarkeiten in die freiheitliche Offenheit und Rechtmäßigkeit publizistischer Erörterung allgemeiner Fragen führt.« ¹¹¹

110 BVerfGE 28, 191 (200).

111 NJW 1963, S. 7.

Klaus Beer

Flucht in die Öffentlichkeit als freie Meinungsäußerung und Rechtsbehelf

»Da alle Staatsgewalt vom Volke ausgeht, hat im Zweifel die Öffentlichkeit das erste Recht der Unterrichtung, nicht jene Personen oder Stellen, deren Befugnisse von jener Macht derivieren.«

Richard Schmid (Juristenzeitung 1970 S. 886).

Ein Schulrektor hat zu wenige Lehrer für seine Schule, ein Gerichtsvorstand sieht, daß die Rechtsprechung am Richtermangel leidet. Sie wenden sich an Abgeordnete, an die Öffentlichkeit, nachdem jahrelang Abhilfe ausbleibt. Ein Lehrer wird mit einem Disziplinarverfahren überzogen. Er fühlt sich politisch verfolgt und sucht Hilfe bei Gewerkschaft und Rechtsanwalt; diese machen den Vorgang öffentlich bekannt. Ein Angestellter der Polizei, des Verfassungsschutzes stört sich an illegalen Praktiken seiner Behörde und möchte sie aufdecken. Darf er das? Dürfen »Staatsdiener« die Öffentlichkeit alarmieren oder behalten sie besser alles still für sich, wenn sie Behördenmißstände, gesetzeswidriges Handeln von Staatsorganen oder ein Unrecht, das man einem Kollegen antut, wahrnehmen? Wir wollen sehen, was sich darüber in politischer und juristischer Hinsicht sagen läßt. Zunächst (A) halten wir uns die Bedeutung der Öffentlichkeit für die Demokratie vor Augen. Das wird es dem Bediensteten erleichtern, sich ein Herz zu fassen und mit gutem Gewissen öffentlich zu äußern. Der juristische Teil der Einleitung zeigt die Entwicklung, welche die rechtliche Behandlung des Problems in der Bundesrepublik Deutschland bisher durchlaufen hat. Sodann soll (B) eine systematische Übersicht über die praktizierten Rechtsregeln und die unumgänglichen demokratischen Weiterentwicklungsforderungen aufgestellt werden. Schließlich (C) folgen noch einige praktische Anwendungen.

A.

1. Historische Einleitung

Die Öffentlichkeit als Forum des Meinungs austausches und zur Beeinflussung der herrschenden Macht ist mit dem Bürgertum entstanden. Die Fürsten versuchten sie solange es irgend ging hintanzuhalten. Das Erstarben der Öffentlichkeit als »Oberaufsicht« war aber schließlich eine übermächtige Tendenz. Sie schildern ist dasselbe wie das Werden der bürgerlichen Demokratie zu beschreiben (Jürgen Habermas tat das in seinem Buch »Strukturwandel der Öffentlichkeit«). Zum Idealtyp der bürgerlichen Demokratie gehört also das Vorhandensein einer aufgeklärten Öffentlichkeit. Sie ist Voraussetzung und Definitionsteil der Demokratie.

Mit dem Erstarben der nichtbesitzenden Klassen, vor allem nach der Eroberung des Stimmrechts für alle, verwandelten sich die Instrumente der parlamentarischen Kontrolle der Herrschaft (wozu die Öffentlichkeit gehört) mehr und mehr in eine Gefahr für die zahlenmäßig kleinen besitzenden, kontrollierenden und herrschenden bürgerlichen Schichten. Die vielfältige Öffentlichkeit wurde in den Griff genommen. Es entstanden Pressekonzentrationen, staatlich beeinflusster Rundfunk und die ganze moderne Medienwelt. Aus der Öffentlichkeit ist nun die veröffentlichte Meinung von Parteien, Verwaltungen, Verbänden und Medienbesitzern geworden. Die Regierung hat Medienmacht, Geheimdienste und Dateien. Die dabei eintretende Perversion von Öffentlichkeit entspricht der immer stärkeren Konzentration des mit politischer Macht verbundenen Großigentums weniger in einer Gesellschaft mit demokratischer Verfassung. Natürlich ist Öffentlichkeit immer noch dasjenige Element, in welchem allein Demokratie sich entfalten kann. Nur ist sie in Form ihrer ursprünglichen Idee (als liberale, pluralistische) gar nicht mehr herstellbar. Die Mittel zur Beherrschung des Forums Öffentlichkeit sind aufgeteilt auf Zentren der Macht. Die politischen Grundrechte und demokratischen Kontrollmechanismen setzen sich nicht selbstverständlich gegen sie durch, sondern nur gelegentlich, bei günstiger Konstellation, bei geschickter Wahrnehmung von Möglichkeiten, unter Inkaufnahme von Risiken, und nur partiell.

Die Verfassungswirklichkeit schwankt hin und her zwischen realer und nur formaler Öffentlichkeit der Politik (oder: freier demokratischer Grundordnung). Alle Rechts- und Interessenwahrnehmungen von unten her, von einzelnen, von Schwachen, setzen sich nur dann durch, wenn sie

zwischen oder am Rande oder mit Hilfe der mächtigen Meinungsmacherblöcke irgendwie einen Spalt von Öffentlichkeit erlangen.

Öffentlichkeit, der einzige Boden, auf dem um Grundrechte und Demokratie gekämpft werden kann, ist also ein nur mühsam zu erringender Lebensraum. Fuß fassen kann nur derjenige Anspruchsteller oder Kritiker, der eine Partei, eine Gewerkschaft, eine Redaktion, einen Herausgeber, einen Verlag, eine Verwaltung für sich gewinnen kann. Wer das nicht kann, wird dadurch weggefegt, daß seine Kontrahenten es besser können. An die Öffentlichkeit gelangte Kritik hingegen hat Aussicht, den Gang der Dinge zu beeinflussen. Eine Regierung, deren Versagen aufgedeckt wird, gerät in Schwierigkeiten, wird vielleicht schließlich abgewählt; eine Verwaltung, welche sich öffentlich Blößen gibt, muß ihre Akte zuweilen revidieren; usw.

Demokratie leben heißt also: Öffentlichkeit herstellen. Erziehung zur Demokratie ist: zeigen, wie man Protest an die Öffentlichkeit trägt (Hartmut von Hentig: Öffentliche Meinung, öffentliche Erregung, öffentliche Neugier, 1969, S. 53, 79).

Für Sicherheitsbereiche nimmt der Staat seit eh und je besonders nachdrücklich Geheimnisschutz in Anspruch. Die Geheimbereiche dehnen sich seit Jahrzehnten immer weiter aus. Um Demokratie kämpfen heißt: für den Anspruch des Souveräns, des Volkes, auf Öffentlichkeit und Demokratie eintreten, soweit es nur irgend geht.

Das Streben nach Öffentlichkeit ist also nicht bloß Wahrnehmung eigener, sondern auch allgemeiner Interessen. Denn Demokratie ist auch als Ausgleich einer Vielfalt von Interessen in freier, öffentlicher Konkurrenz beschreibbar.

2. Juristische Einleitung

a) Die Fürsten behielten Regierung, Militär und Verwaltung in der Hand, solange sie ihre Vormachtstellung gegenüber dem aufstrebenden Parlamentarismus nur irgend behaupten konnten. Wer sich in ihren Dienst stellte, konnte und durfte gegen Anweisungen und Zumutungen von oben nicht angehen. Er befand sich im Vergleich zu anderen Staatsbürgern in einem »besonderen Gewalt- und Unterwerfungsverhältnis«. Die Exekutive beanspruchte, von der Kontrolle durch die Öffentlichkeit frei zu bleiben und sicherte sich dies auch durch Schweigegebote an ihre Bediensteten. Die Rechtsfigur des »besonderen Gewaltverhältnisses« ist nicht mit dem Abtreten der Fürsten untergegangen, sondern durch die

Verfassungsentwicklung der Weimarer Republik nur zeitweilig abgemildert worden. Die Grundfiguren des kaiserlichen Beamtenrechts haben im Dritten Reich mächtigen Auftrieb erhalten und sich zum Teil bis in die Zeiten unserer Republik hinein erhalten (vgl. Art. 33 V des Grundgesetzes über die »hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums«, wozu von manchen der Grundsatz der Amtsverschwiegenheit gerechnet wird).

Aus diesem Geist der Öffentlichkeitsscheu heraus sind viele Vorschriften des Beamtenrechts bis in unsere Gegenwart hinein formuliert, kommentiert und angewendet worden. Das Meiden der Öffentlichkeit wird den Beamten auferlegt als Verschwiegenheitspflicht (§ 61 des Bundesbeamtengesetzes von 1953), Loyalitätspflicht einschließlich der Pflicht zur Wahrung des Betriebsfriedens (§ 55 BBG), Mäßigungspflicht (§ 53 BBG), Pflicht zur Einhaltung des Dienstweges (§ 11 BBG). All das wird überwölbt von der Vorstellung des »besonderen Gewaltverhältnisses«. So stützte der Dienststrafsenat des OVG Berlin am 12. 11. 1956 (BDH 3, 331, 334) ein Urteil darauf, daß »im Rahmen des besonderen, durch das Beamtenverhältnis begründeten Gewaltverhältnisses nach der herrschenden Meinung der durch das Grundgesetz gewährte Schutz der politischen Meinungs- und Vereinigungsfreiheit keine Anwendung findet«. In einer Entscheidung von 1961 setzte der Bundesdisziplinarhof der Öffentlichkeit den »eigenen Bereich« der Verwaltung ausdrücklich gegenüber, um ihn abzuschirmen (Zeitschrift für Beamtenrecht 1962, 225).

Für Angestellte im öffentlichen Dienst enthält § 9 des Bundesangestelltentarifvertrages Schweigepflichten, für Arbeiter § 11 des Manteltarifvertrages. Verbreitet ist die Neigung, die Pflichten der Angestellten und Arbeiter denen der Beamten anzunähern. Allerdings ist das arbeitsrechtliche Sanktionensystem von dem des Beamtenrechts verschieden: gegen Angestellte und Arbeiter gibt es nur die Kündigung aus wichtigem Grunde, nicht wie im Beamtenrecht früher einsetzende abgestufte Maßnahmen.

Gemeinsam unterliegen die öffentlichen Bediensteten, gleich ob sie Beamte, Angestellte oder Arbeiter sind, dem Strafrecht. Sie werden nach dem 1936 eingeführten § 353 b StGB bestraft, wenn sie Dienstgeheimnisse offenbaren und wenn dadurch wichtige öffentliche Interessen konkret gefährdet worden sind – das letztere ist die Schwelle, die überschritten sein muß, um über das Disziplinarrecht hinaus das Einschreiten mit Mitteln des Strafrechts auszulösen. Geht es gar um Staatsgeheimnisse (also alles, was vor einer fremden Macht geheim gehalten werden muß, um die Gefahr eines schweren Nachteils für die äußere Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland abzuwenden), so greifen die Landesverratsvorschriften

der §§ 93 f. StGB ein. Privat- und Geschäftsgeheimnisse sind durch § 203 II StGB geschützt.

b) Bei der Anwendung all dieser Rechtsfiguren hat sich das Element »Öffentlichkeit« trotz allen obrigkeitlichen Traditionen nicht verdrängen lassen. Es gibt erfreulicherweise eindeutig öffentlichkeitsfördernde Urteile, Tendenzen und Praktiken. Im Grundgesetz kommt das Wort »Öffentlichkeit« nicht vor, und doch ist es durchwebt von der Grundvoraussetzung, daß freie Meinungsbildung in der Öffentlichkeit stattfindet. Nach dem »Lüth-Urteil« des Bundesverfassungsgerichts von 1958 ist das Grundrecht der Meinungsfreiheit für eine freiheitliche demokratische Staatsordnung schlechthin konstituierend, denn es ermöglicht erst die ständige geistige Auseinandersetzung, den Kampf der Meinungen, der ihr Lebenselement ist. Es ist in gewissem Sinne die Grundlage jeder Freiheit überhaupt, sagte das Bundesverfassungsgericht und hob ein Urteil gegen Lüth auf, den ein Landgericht verurteilt hatte, weil er zum Boykott von Filmen Veit Harlans aufgerufen hatte, des Herstellers des Filmes »Jud Süß« (Band 7, 198, 208).

Diese Entscheidung ist ein großes, weit offenes Eingangstor für alle Bestrebungen nach Meinungsfreiheit in unserer Republik. Sein Geist findet sich wieder im Strafvollzugsurteil des Bundesverfassungsgerichts von 1972 (Band 33,1). Das Gericht hat dort das »besondere Gewaltverhältnis«, das natürlich auch und erst recht für die Strafgefangenen gedacht war, als eine überholte Vorstellung bezeichnet und es einem Strafgefangenen erlaubt, durch Briefe öffentlich Vorwürfe gegen die Strafanstalt zu erheben – diese müsse sich eben den Vorwürfen in der Öffentlichkeit stellen. Ein Ausbruch aus dem Gemäuer »besonderer Gewalt« zur Meinungsäußerung in der Öffentlichkeit, zum Meinungskampf im Element der Freiheit!

c) Einen realistischeren Einblick in die Macht- und Rechtslage unseres Landes als diese beiden Entscheidungen bietet allerdings die gerichtliche Aufarbeitung des Abhörskandals von 1963 durch den Bundesgerichtshof und das Bundesverfassungsgericht. Dabei ging es nur um die Landesverrats- und Dienstgeheimnisvorschriften des StGB, aber deren Auslegung strahlte auf das Disziplinarrecht stark aus.

In der Strafentscheidung vom 8. 11. 1965 gegen den Verfassungsschutzangestellten Pätsch, der die Verwendung von getarnten SS-Leuten und die Telefonabhörpraktiken seines Amtes in Zusammenarbeit mit den Alliierten 1963 an die Öffentlichkeit gebracht hatte, bezog der Bundesge-

richtshof sich auf die engen, traditionellen Auffassungen des Bundesdisziplinarhofs: »Das besondere Gewaltverhältnis, in dem der Beamte zum Staate steht, und seine sich daraus ergebende Treuepflicht schränken sein Grundrecht zur freien Meinungsäußerung ein . . . Er muß mehr noch als der Nichtbeamte darauf bedacht sein, durch seine Meinungsäußerung den Staat nicht zu schädigen . . .« (BGH 20, 342, 369). Und für Behördenangestellte verwies der BGH auf die Verschwiegenheitspflicht nach § 9 BAT von 1961 (für die Zeit bis 1961 auf § 4 der Allgemeinen Tarifordnung für Arbeitnehmer im öffentlichen Dienst von 1943). Pätsch wurde vom BGH nach § 353 b StGB wegen Offenbarung eines Dienstgeheimnisses verurteilt und erhob dagegen Verfassungsbeschwerde – vergeblich. In der zurückweisenden Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 28. 4. 1970 (Band 28, 191, 205) klingt die überkommene Gegenübersetzung von Staat und Öffentlichkeit wieder voll an, wenn der Gang des Verfassungsschützers Pätsch aus seiner Gewissensnot in die Öffentlichkeit als »nicht übersehbarer und beherrschbarer Weg in die Öffentlichkeit« bezeichnet wird.

Obwohl Pätsch für sich selbst keinen Freispruch erzielte, bieten die von ihm herbeigeführten Urteile des BGH und des BVG vielleicht doch wenigstens Ansatzpunkte zur rechtlichen Durchsetzung von Öffentlichkeit. Der Strafanspruch des Staates wurde, wenigstens der Idee nach, eingegrenzt und der öffentlichen Meinungsäußerung von Staatsdienern über illegales Handeln ihrer Behörde einen Türspalt geöffnet. Das »besondere Gewaltverhältnis« wurde also bereits etwas abgeschwächt. Und zwar darf nach den Urteilen von BGH und BVG ein Bediensteter sich an die Öffentlichkeit wenden, ohne bestraft werden zu können, wenn die Behörde schwer gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung verstoßen hat. Wenn nämlich der Verstoß die gesamte Behördentätigkeit kennzeichnet; wenn elementare Rechtsprinzipien des freiheitlichen demokratischen Staates verletzt sind.

Bei unbedeutenden, weniger schweren Verstößen gegen die Verfassung oder wenn es sich nur um Verstöße gegen einfache Gesetze handelt, soll der Bedienstete für sich oder die Allgemeinheit anders Abhilfe schaffen, indem er nämlich die nichtöffentlichen Möglichkeiten des Rechtsstaates ausschöpft. Erst wenn das nicht fruchtet, soll er die Öffentlichkeit anrufen dürfen. Er soll sich zuerst auf dem Dienstwege an seine (bzw. die zuständige) Behörde wenden und Beschwerdemöglichkeiten bis zum Minister hinauf ausnutzen. Außerdem soll er sich an einzelne Abgeordnete oder mit einer Petition an das Parlament als Ganzes wenden.

Richard Schmid hat sich (in der Juristenzeitung 1970 S. 886) gegen diese Stufentheorie mit der Vorstellung einer behördeninternen Abhilfe in Fällen der zweiten Stufe gewendet, weil sie das Informationsinteresse der Öffentlichkeit bei stillschweigender Abhilfe mißachtet.

d) Der »Abhörskandal« hat die Diskussion um das »illegale Staatsgeheimnis«, – man müßte eigentlich genauer sagen: um den »geheimen Verfassungsverstoß der Regierung« – stark belebt, und sie führte nicht nur zu der etwas einlenkenden Rechtsprechung der höchsten Gerichte, sondern auch zum Handeln des Gesetzgebers: Das 8. Strafrechtsänderungsgesetz vom 25. 6. 1968 stellte in § 93 II StGB klar: »Tatsachen, die gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung . . . verstoßen, sind keine Staatsgeheimnisse«. Das lag auf derselben Entwicklungslinie, auf welcher sich schon der Bundesgerichtshof 1965 bewegt hatte. Kein Staatsgeheimnis sind alle Tatsachen, die gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung verstoßen – es muß sich nicht um einen schweren Verstoß handeln. Andererseits hat der Gesetzgeber Verletzungen einfacher Gesetze nicht vom Geheimnisschutz ausgenommen – bei behördlichen Gesetzesverstößen ist die Abwägung gegen die Grundrechte, wie vom BGH vorgenommen, immer noch der einzige Weg zur Eingrenzung des Landesverratstatbestandes. Man muß darauf bestehen, daß das auch nach der Gesetzesänderung von 1968 noch so ist. Nach den verklausulierten §§ 93 II, 97 a und 97 b StGB in der Fassung von 1968 wird ein Amtsträger bestraft, der einen in Wirklichkeit nicht vorhandenen Verfassungsverstoß einer Behörde an die Öffentlichkeit getragen hat, ohne vorher einen Dienstvorgesetzten und einen Bundestagsabgeordneten um Abhilfe anrufen zu haben. Das Risiko der Bestrafung liegt also nach wie vor bei dem »Amtsträger«, welcher meint, er sei einem Verfassungsverstoß auf der Spur, und der dann auf eine andere Ansicht der Strafverfolger stößt. Und zwar auch dann, wenn er dem Irrtum schuldlos erlegen war. »Am besten« (d. h. um nicht Bestrafung zu riskieren) wendet dieser wackere Amtsträger sich immer noch zuerst an die Dienstvorgesetzten und an einen Bundestagsabgeordneten; und die Öffentlichkeit bleibt ausgeschaltet! Dieses »Reformgesetz« von 1968 fällt mit der Bestrafung des in schuldlosem Irrtum sofort an die Öffentlichkeit »Fliehenden« hinter den Stand der BGH-Rechtsprechung und das Schuldprinzip des Strafrechts zurück; das kann nicht rechtens sein und hat die entsprechende Kritik gefunden.

e) Der Bundesgerichtshof hat seine »Stufentheorie« über das Recht zur Unterrichtung der Öffentlichkeit je nach Einstufung der Schwere des Be-

hördenmißstandes entweder sofort oder erst nach Ausschöpfen der internen Abhilfemöglichkeiten für Staats- und Dienstgeheimnisse aufgestellt. Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts von 1970 betrifft den strafrechtlichen Schutz eines Dienstgeheimnisses, weil Pätch ja nur wegen Verletzung eines solchen verurteilt worden war und dagegen Verfassungsbeschwerde eingelegt hatte.

Die Theorie vom Recht zur Flucht in die Öffentlichkeit bei schweren Verstößen gilt auch für die Verschwiegenheitspflichten nach dem Disziplinarrecht; das hat sich sogar Bundesdisziplinaranwalt Claussen (im Kommentar zur Bundesdisziplinarordnung von Claussen-Janzen, Einleitung C 47) abgerungen. Denn es ist klar, daß auch im Disziplinarrecht die Pflichten mit den Grundrechten der Art. 1, 5 und 9 des Grundgesetzes in Einklang gebracht werden müssen. Die geschilderte Stufentheorie von BGH und BVG ist das Mindeste an Rechten der Staatsdiener, was dabei herauskommen muß.

Die Verschwiegenheitspflicht des öffentlichen Bediensteten war übrigens, seit ihr Bruch (ab 1936) strafbar war, auch gesichert durch eine Strafvorschrift gegen Nicht-»Amtsträger«, welche das Dienstgeheimnis weiterverriet oder öffentlich bekannt machten (§ 353 c StGB). Das richtete sich auch gegen Journalisten, welche für die Verbreitung skandalöser Vorgänge sorgten. Dieser »Maulkorb-Paragraph« geriet ins Kreuzfeuer der öffentlichen Kritik, als der Journalist Faust vom Verfassungsschützer Dirnhofer den Lauschangriff auf Traube erfuhr, diese Nachricht weiterverbreitete und dafür strafverfolgt wurde. Der Maulkorb-Paragraph wurde durch das 17. Strafrechtsänderungsgesetz vom 21. 12. 1979 aufgehoben.

B.

Übersicht über die Rechtslage

Es soll versucht werden, eine Übersicht zu gewinnen, damit man in Situationen, die Entschlüsse verlangen, feststellen kann, welche Schritte an die Öffentlichkeit die herkömmliche Rechtsprechung und Rechtslehre erlauben; wann man sich auf einem Gebiet bewegt, wo man als beherzter Anspruchsteller bereits auf die Durchsetzungskraft fortschrittlicher Rechtstendenzen angewiesen ist; wann man sich auf ausgesprochenem Neuland demokratischer Weiterentwicklung von Rechtsvorstellungen bewegt.

Vorangestellt seien drei Postulate für die Anwendung von Disziplinarrecht, die bereits zur fortschrittlichen Tendenz der Rechtsanwendung gehören und nicht Allgemeingut im Beamtenrechtsschrifttum sind:

- Alle Disziplinarrechtstatbestände stehen unter dem Vorbehalt der Abwägung mit den Grundrechten der Art. 1, 5, 9 GG (so, wie BGH und BVG die Meinungsfreiheit bei der Auslegung des §§ 353 b StGB über die Offenlegung von Dienstgeheimnissen ins Spiel gebracht haben; BGH 20, 342, 361, 382 und BVG 28, 191, 200, 202);
- was bei der Anwendung des Strafrechts als gerechtfertigt, straflos oder schuldlos angesehen wird, kann das Disziplinarrecht nicht verbieten;
- die Streichung des »Maulkorb-Paragraphen« 353 c StGB und das Recht der Parlamentsabgeordneten auf Verwertung von Auskünften müssen sich bei allen Wertungen und Abwägungen zugunsten des »Staatsdieners« auswirken, denn das Rechtsgut der Aufklärung der Öffentlichkeit ist genau dasselbe, geschehe sie nun durch Journalisten, Abgeordnete oder den öffentlichen Bediensteten selbst.

1. Amtsgeheimnis sind alle Tatsachen, die einem Beamten bei seiner dienstlichen Tätigkeit bekannt werden (die gängigen Begriffe werden im folgenden entnommen aus Claussen-Janzen, BDO, 4. Aufl. 1981). Dazu gehören Disziplinarvorgänge, auch wenn sie einen selbst betreffen. Der Beamte hat darüber nach §§ 61 BBG, 79 baden-württembergisches Landesbeamtengesetz (LBG) zu schweigen, z. B. gegenüber Kollegen, der Familie, der Öffentlichkeit, anderen Behörden. Ausnahmen gemäß Wortlaut und Auslegung der genannten Vorschriften:

a) Über offenkundige Tatsachen braucht ein Beamter nicht zu schweigen. Offenkundig sind Tatsachen, die allgemein bekannt oder jederzeit feststellbar sind, z. B. aus amtlichen Veröffentlichungen.

b) Keine Schweigepflicht besteht, wenn und soweit der Dienstherr daran kein begründetes Interesse haben kann. So ist es

- bei bedeutungslosen Tatsachen,
- wenn ein Beamter, gegen den ein Disziplinarverfahren läuft, sich an Außenstehende wendet, um sich das zu seiner Verteidigung erforderliche Material zu beschaffen, solange er die Mitteilung auf das notwendige Maß beschränkt und keine Tatsachen offenbart, die einer besonderen Geheimhaltungspflicht unterliegen (Bundesdisziplinarhof 5, 48);

- wenn der Beamte den wesentlichen Inhalt einer ihn selbst betreffenden Disziplinarentscheidung verbreitet, ohne dabei über die Darstellung seines eigenen Verhaltens hinaus geheimhaltungsbedürftige dienstliche Angelegenheiten zu offenbaren.

c) Mitteilungen im dienstlichen Verkehr im Rahmen der dienstlichen Aufgaben. Dazu gehören Mitteilungen an den Personalrat im Rahmen seiner Zuständigkeit. Zulässig sind sie aber nur, soweit nicht besondere Geheimhaltungspflichten entgegenstehen, z. B. Postgeheimnis, Staatsgeheimnis.

d) Soweit eine Aussagegenehmigung des Dienstvorgesetzten vorliegt, §§ 61 II BBG, 79 II, 80 LBG.

Absurd ist die Situation des Beamten, wenn er als Beschuldigter oder Prozeßpartei vor Gericht steht oder sonst in ein Verfahren verwickelt ist und die Genehmigung zur Aussage über ihn entlastende Tatsachen nicht bekommt. Er soll dann an der Wahrnehmung seiner berechtigten Interessen gehindert sein, soll sich schweigend verurteilen lassen und dann nach §§ 62 BBG, 80 III LBG Anspruch auf ausgleichenden Schutz durch seinen Dienstherrn haben. Etwa auf Begnadigung, wenn ihn eine strafgerichtliche Verurteilung unschuldig getroffen hat, oder gar auf Karriere-Vorteile, wenn das Schweigen des Beamten der Regierung besonders stark erwünscht ist.

Das Erfordernis einer Aussagegenehmigung kann sehr rasch in Widerspruch zu den oben b) genannten Ausnahmen von der Schweigepflicht zum Zwecke der Verteidigung geraten und muß dann weichen.

Den nichtbeamteten Arbeitnehmern im öffentlichen Dienst wird durch § 9 BAT und § 11 MTB, MTL Verschwiegenheit über Angelegenheiten der Verwaltung oder des Betriebes auferlegt, deren Geheimhaltung gesetzlich vorgesehen oder auf Weisung des Arbeitgebers angeordnet ist.

Überall an den geschilderten Grenzen für Beamte, Angestellte und Arbeiter zwischen Schweigepflicht und freier Rede haben wir bereits Situationen vor uns, wo der Grenzverlauf unklar ist, was Konflikte herausfordert. Ohne die hergebrachten Rechtsfiguren anzuzweifeln, schon beim bloßen Versuch, die in allgemeinen Darstellungen des Rechtszustandes gelassenen Freiräume konkret zu nutzen, wird man sich schnell Vorwürfe des Dienstherrn zuziehen. War die Tatsache offenkundig? Durfte man zu sei-

ner Verteidigung etwas offenbaren, oder überwog das Geheimhaltungsinteresse der Behörde? Ging der Vorgang den Personalrat etwas an? Erfordert das Staatswohl, daß ich als Beschuldigter das mich Entlastende verschweige?

2. Besonders rasch und politisch brisant entstehen Konflikte zwischen Behörde und Amtsträger um die Schweigepflichten, wenn dieser meint, er müsse einen Mißstand, ein Fehlverhalten seiner Behörde aufdecken, oder er werde aus politischen Gründen mit einem Disziplinarverfahren überzogen, wogegen nur Hilfe von außen etwas ausgerichtet. Es kommen dann zusätzlich zu den angeführten weitere Ausnahmen von der Verschwiegenheitspflicht in Frage.

a) Hat eine Behörde gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung verstoßen, so kann das kein Staatsgeheimnis sein, dessen sofortige Offenlegung als Landesverrat strafbar wäre (§ 93 II StGB in der Fassung von 1968). Der Bundesgerichtshof hatte 1965 noch formuliert, daß ein »schwerer« Verstoß gegen die verfassungsmäßige Ordnung keinen Geheimnisschutz beanspruchen könne. Die Begriffe »freiheitliche demokratische Grundordnung« und »verfassungsmäßige Ordnung« sind etwa gleichzusetzen mit den in § 92 II StGB aufgezählten Verfassungsgrundsätzen (BGH 20, 342, 365 f.; BVG 28, 191, 203). Dazu gehören z. B. die Grundrechte, die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, die Chancengleichheit der Parteien. Das Bundesverfassungsgericht fügt noch hinzu: auch wenn die gesamte Tätigkeit eines Amtes in einem bestimmten Bereich grundsätzlich rechtsstaatswidrig ist, darf man das sofort der Öffentlichkeit bekannt geben. Und: es spiele eine Rolle, ob der Verstoß nur ein Einzelfall ist (BVG 28, 191, 203).

Auch als Verletzung eines Dienstgeheimnisses kann die Offenlegung solcher Behördenverstöße nicht verfolgt werden (BGH 20, 342, 373, Clausen Einleitung B 11). In diesen Zusammenhang gehört auch die Pflicht der Beamten, für die freiheitliche demokratische Grundordnung einzutreten, § 61 BBG, § 79 LBG.

b) Handelt es sich hingegen um sonstige Gesetzes- oder Verfassungsverstöße, so soll ein Amtsträger vor dem Appell an die Öffentlichkeit zuerst probieren, ob die Ausschöpfung des Dienstweges und der Beschwerdemöglichkeiten bis zum zuständigen Minister nicht Abhilfe schafft. Außerdem steht es jedermann frei, seine Rüge einem Bundestagsabgeordneten,

von dem ein sachgerechtes Verhalten im Sinne einer Abstellung der gerügten Mängel erwartet werden kann, oder der ganzen Volksvertretung zu unterbreiten – alles unter größtmöglichem Schutz des Geheimnisses (BGH 20, 342, 363 ff.). Also zuerst muß man die in der institutionellen Ordnung der Verwaltung des demokratischen Staates liegenden Abhilfemöglichkeiten ausschöpfen (BVG 28, 191, 205).

Auch dies wird auf die Strafvorschrift über die Verletzung eines Dienstgeheimnisses sowie auf das Disziplinarrecht übertragbar sein.

Die Abgrenzung der krassen Behördenmißstände, welche ein Bediensteter sofort an die Öffentlichkeit bringen darf, von denen, die er zuerst geduldig »in der institutionellen Ordnung« rügen soll, ist schwammig und ungenau. Das kann bei Verwendung der zentralen Verfassungsgrundsätze zur Beschreibung der Abgrenzung nicht anders sein. Darin liegt (einmal abgesehen von dem grundsätzlichen Einwand Richard Schmid, oben A 2 c) eine Anwendungsschwierigkeit der »Stufentheorie«: sie ist für den einzelnen Amtsträger, mit dem Wissen des Behördenmißstandes im Kopf und dem Drang zur Mitteilung im Herz, kaum praktikabel. Außerdem: muß der Amtsträger bei den weniger schweren Rechtsverstößen den »Dienstweg« zuerst zuendegehen, bevor er sich an das Parlament oder an einzelne Abgeordnete wendet? Die beiden Urteile lassen das im Dunkeln (BGH 20, 369; BVG 28, 191, 204). § 97 b II StGB (von 1968) verlangt den Dienstweg vor Kontakt mit Abgeordneten, wenn der öffentliche Bedienstete irrtümlich die Verfassungswidrigkeit eines Staatsgeheimnisses annahm, also einen Mißstand vermutete, wo nach Ansicht des später urteilenden Gerichts keiner vorlag (!).

Läßt ein Amtsträger diese Rechtsunsicherheit auf sich wirken, so wird er sich vielleicht vor einem sofortigen Schritt an die Öffentlichkeit fürchten, wenn er auch auf noch so unrechtmäßiges Handeln seiner Behörde stößt. Er wird sich erinnern, daß der Behördenangestellte Pätsch verurteilt wurde, obwohl alle Welt die von ihm veröffentlichte Praxis des Verfassungsschutzes als schweren Verfassungsverstoß ansah (Höcherl: »man kann nicht dauernd das Grundgesetz unter dem Arm tragen«); er wird daran denken, daß der ehemalige Verfassungsschutzbeamte Dirnhofner mit Ermächtigung der sozial-liberalen Bundesregierung wegen Weitergabe von Material über den »Lauschangriff« auf Traube angeklagt und erst vom Gericht freigesprochen wurde, obwohl auch damals ein Verfassungsskandal vorlag. Immerhin finden sich in den beiden Grundsatz-Urteilen auch einige Passagen, welche die Entschlußkraft wieder etwas stärken können:

c) »Sollten die Vorgesetzten« beim Beschreiten des Dienstweges »nicht so reagieren, wie es die Sachlage erfordert, oder verspricht ihre Unterrichtung offensichtlich keinen Erfolg, etwa weil sich das beanstandete Verhalten der Behörde bereits zu einer Übung ausgeweitet hat, deren Umfang eine Änderung aufgrund bloßer Vorstellungen eines einzelnen Bediensteten nicht erwarten läßt, so ist diesem anzurathen, den Dienstweg bis zu dem für die Tätigkeit der Behörde parlamentarisch verantwortlichen Minister weiter zu verfolgen. Darüber hinaus verbleibt ihm die Möglichkeit, sich an einen Abgeordneten oder mit einer Petition an das Parlament als solches zu wenden« (BVG 28, 191, 204).

Daraus ergibt sich folgerichtig, daß der Dienstweg unzumutbar und der Schritt zu einem Abgeordneten oder zum Parlament jedenfalls dann sofort erlaubt ist, wenn das beanstandete Verhalten auf den Minister zurückgeht, von ihm veranlaßt ist, ihm bekannt ist, denn der Dienstweg zu ihm verspricht dann nichts.

Nicht im Widerspruch zu den beiden Pätsch-Urteilen und § 97 b II StGB stünde aber auch die Ansicht, daß der Bedienstete nicht zuerst mit seinen Problemen den Dienstweg abschreiten muß, sondern in jedem Falle eines Behördenmißstandes sofort von Anfang an einen Abgeordneten oder mit einer Petition das ganze Parlament ins Vertrauen ziehen darf.

d) Bei Benachrichtigung des Parlaments oder eines Abgeordneten erhebt sich sofort die Frage: was geschieht mit dem Bediensteten, wenn das Parlament oder der Abgeordnete den Vorgang/Mißstand/Behördenverstoß seinerseits an die Öffentlichkeit bringt und Druck auf die Behörde ausübt? Der Ältestenrat des baden-württembergischen Landtags formulierte in einer »Klausurtagung« am 28. 1. 1982 den »Rechtsstandpunkt, daß sich Landesbedienstete aufgrund des Petitionsrechts in persönlichen Angelegenheiten (wozu z. B. auch Ernennungen und Beförderungen zählen) unmittelbar an den Landtag wenden können, ohne dienstliche Nachteile befürchten zu müssen. Machen sie dienstliche Angelegenheiten zum Gegenstand einer Petition, müssen sie sich zuvor um eine behördeninterne Abhilfe bemüht haben, wollen sie nicht Gefahr laufen, dienstrechtlich belangt zu werden. Entsprechendes gilt, wenn sich Landesbedienstete nicht an den Landtag oder den Petitionsausschuß, sondern an Abgeordnete wenden.«

Damit hat der Landtag die Landesbediensteten, die das wissen, praktisch davor gewarnt, ihm Mißstände mitzuteilen, die sie nicht persönlich in ih-

rer Rechtsstellung angehen. Die es nicht wissen, läßt der Landtag ins Messer laufen. »Der Abgeordnete unterliegt bei der Verwertung der ihm anvertrauten Informationen keinen besonderen Beschränkungen«, stellte der Landtagspräsident in einem Vermerk vom 14. 3. 1983 für den Fraktionsvorsitzenden der SPD im Stuttgarter Landtag nach einem heftigen Streit um den Lehrer Langer in Ulm fest, »von dem Abgeordneten, an den sich ein Beamter wendet, ist nicht nachzuprüfen, ob sich der Beamte bei einer dienstlichen Angelegenheit zuvor um eine behördeninterne Abhilfe bemüht hat«. (Die beiden Zitate aus dem Landtag verdanke ich dem Abgeordneten Eberhard Lorenz.)

Der Landtag billigt der Exekutive also zu, Bedienstete, die Mißstände an ihn oder seine Mitglieder herantragen, wegen Nichteinhaltung des Dienstweges disziplinarisch zu belangen. Nur in persönlichen Angelegenheiten soll sich ein Beamter nach Ansicht des Ältestenrates unmittelbar an Abgeordnete wenden können, ohne dienstliche Nachteile befürchten zu müssen. Das heißt, daß der Landtag es in Kauf nimmt, daß Mißstände, Rechtsverstöße und politische Skandale ihm unbekannt bleiben, weil diejenigen, die davon wissen, dem »Dienstweg« mißtrauen und ihn meiden und auf diese Weise niemals bis zum Parlament hindurchstoßen.

Demokratisch wäre es, aus § 97 b II StGB die Forderung herzuleiten, daß Landesbedienstete Behördenmißstände ohne dienstliche Nachteile sofort dem Landtag oder seinen Abgeordneten melden dürfen. Und dies als Anspruch des Parlaments in aller Offenheit deutlich zu machen.

Auf dieser restriktiven Linie liegt auch der Beschluß des Verwaltungsgerichts Karlsruhe vom 8. 11. 1977 – Ds 12/76 – (§ 38/VII, E 19, in der Rechtsprechungssammlung zum baden-württembergischen Schulrecht von Holfelder-Bosse), wonach sich ein Beamter mit Anschuldigungen gegen andere Landesbedienstete nicht an Abgeordnete wenden dürfen soll, solange eine von ihm in der gleichen Sache eingereichte Dienstaufsichtsbeschwerde noch anhängig ist und kein berechtigter Grund zu der Annahme besteht, daß über diese in angemessener Zeit nicht entschieden werden wird.

Gegen diese öffentlichkeitsfeindlichen Ansichten muß der Anspruch erhoben und (auch von den Parlamenten!) verteidigt werden, daß der Schritt zu den Abgeordneten, zu den Parlamenten, niemals eine Disziplinierung nach sich ziehen darf. Wenn es demokratisch, sinnvoll und

zulässig ist, daß Abgeordnete selbst entscheiden, wie sie eine Information bearbeiten und verwerten, so dürfen ihre Informanten nicht dafür belangt werden. Sie müssen darauf vertrauen können, daß das Parlament/der Abgeordnete das politisch und rechtlich Vertretbare tut. Wo Verwaltungen und Parlamente das anders handhaben, kommt in Frage, daß die »Abhilfe« durch das Parlament im Sinne der »Stufentheorie« praktisch ausfällt. Das bedeutet dann: da mit dem Parlament als Helfer nicht zu rechnen ist, ist der Schritt an die Öffentlichkeit sofort erlaubt.

e) Das Ausschöpfen des Dienstweges darf man dem Bediensteten, der einen Behördenmißstand an die Öffentlichkeit bringen will, jedenfalls dann nicht zumuten, wenn die Vorgesetzten die Sache in die Länge ziehen. Denn die politische Aufarbeitung von Mißständen kann auch daran scheitern, daß die Parlamente und die Öffentlichkeit zu spät informiert werden.

f) Besteht der Behördenmißstand, der Gesetzesverstoß, in einem Angriff auf den Amtsträger, gegen den dieser sich zur Wehr setzen will, so stehen ihm die aus dem Zivil- und Strafrecht bekannte Notwehr und Wahrnehmung berechtigter persönlicher Interessen als Abwehrrechte auch im Disziplinarrecht zu. Das ist für die rechtfertigende Notwehr unstrittig (Lindgen, Handbuch des Disziplinarrechts 1966, S. 364; Claussen Einleitung B 10). Die Wahrnehmung berechtigter Interessen, welche die Rechtsordnung auch außerhalb einer Notwehrlage für schützenswert ansieht, muß ebenso wie der Notwehrgedanke innerhalb des Disziplinarrechts zur Wirkung kommen, denn die Rechtsordnung verlangt, daß ein Handeln entweder verboten oder eben in jeder Beziehung und unteilbar erlaubt ist (Lindgen S. 369).

Das bedeutet dann, daß der Bedienstete sich gegen Angriffe der Behörde mit den Mitteln der Notwehr oder sonstigen Interessenwahrnehmung wehren darf. Gegen unrechtmäßige Disziplinarmaßnahmen oder gegen Beleidigungen darf er also beispielsweise je nach den Umständen mit gewissen angemessenen Gegenäußerungen reagieren, mit Beschwerden, Klagen, Petitionen. Er soll aber nicht in die Öffentlichkeit gehen (»fliehen«) und sich dort um Hilfe in seinem Konflikt bemühen, verlangt Lindgen (S. 373, 379).

Zu fordern ist demgegenüber, daß die Rechtfertigungs- und Schuld-ausschließungsgründe des Strafrechts, wozu Notwehr und Wahrneh-

mung berechtigter Interessen gehören, auch Disziplinarmaßnahmen wegen Flucht in die Öffentlichkeit ausschließen können. Öffentliche Bedienstete befinden sich z. B. in einer Notwehrlage, wenn der Dienstherr, der zugleich Politiker ist, mit den Mitteln des Disziplinarrechts Politik betreibt und dabei die Rechtsregeln nicht einhält. Je stärker der politische Gehalt des dienstherrlichen Vorgehens ist und die dem Bediensteten geschuldete Treuepflicht verletzt wird, bis hin zur politischen Verfolgung, desto stärker kommen auch die Gegenrechte zum Zuge. Der Bedienstete muß dann bei einem andauernd anhaltenden oder wirksamen Angriff den Gegenangriff in der Öffentlichkeit führen dürfen, soweit er zur Verteidigung erforderlich ist; ein Ausweichen oder das Einhalten des Dienstweges ist ja in der Notwehrlage nicht erforderlich (Lindgen S. 365)! Man kann dabei auf parallele Rechtsfiguren in anderen Rechtsgebieten hinweisen, z. B. auf die Kompensation oder Aufrechnung als Straffreiheits- oder Milderungsgrund bei der Erwidern von Beleidigungen oder Körperverletzungen (§§ 199, 233 StGB) und auf das Recht zum Gegenschlag bei Äußerungen im politischen Meinungskampf. Weiterhin kann man zur Begründung aber auch die Rechtsprechung von BGH und BVerfG im Falle Pösch heranziehen. Bei schweren Verstößen z. B. gegen Grundrechte, gegen die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und gegen die Chancengleichheit der Parteien müßte also sofortige Flucht in die Öffentlichkeit zulässig sein. Häufen sich etwa Verfahrens- und Grundrechtsverstöße gegen einen oder mehrere Lehrer, die Mitglied einer unliebsamen Partei sind, so werden sie – über das Verbreiten von Disziplinarentscheidungen und Sammeln von Verteidigungsmaterial hinaus (vgl. oben B 1 b) – die Öffentlichkeit zu ihrer Hilfe mobilisieren dürfen, ohne mit rechtlichem Grund diszipliniert werden zu können.

Einfach rechtlich zu begründen und praktisch durchzusetzen ist solche Abwehr, wenn der Dienstherr deutlich ausformulierte Rechte verletzt, etwa einem Lehrer aus dessen Privatbereich ohne Gerichtsbeschluß Aufzeichnungen entwendet läßt. Um so schwieriger wird die Gegenwehr, je mehr es sich bei Verfolgungsakten um die Verletzung von allgemeinerem, höherrangigem Recht handelt, etwa um Verstöße eines Kultusministers gegen den Geist der Duldsamkeit im Schulwesen (Art. 17 der baden-württembergischen Landesverfassung). Die Auseinandersetzung nimmt dann nämlich mehr und mehr politische Züge an, die Rechtsinstanzen weichen um so leichter in formelhafte Abkanzelungen aus.

3. Häufig will ein Dienstvorgesetzter über einen Vorgang den Schleier des Geheimnisses legen, der an sich kein Dienstgeheimnis ist, oder der eines ist, welches aber ausnahmsweise offenbart werden darf (oben Ziff. 1), oder es mag zweifelhaft sein, ob sich eine Geheimhaltungspflicht begründen ließe. § 353 b II StGB (bis zum 17. Strafrechtsänderungsgesetz vom 21. 12. 1979: § 353 c II) erlaubt dann dem Vorgesetzten, den Amtsträger förmlich zur Geheimhaltung zu verpflichten und auf die Strafbarkeit der Verletzung des Geheimnisses hinzuweisen. Solche Verpflichtungen geschehen im Zeitalter der Militär- und Rüstungsgeheimnisse zur Spionageabwehr massenweise mit Einwilligung der betroffenen Beschäftigten. Sie geschehen aber in ähnlicher Weise auch immer wieder überall dort, wo Dienstvorgesetzte Unruhe, Solidarität und Flucht in die Öffentlichkeit unterdrücken und verhindern und zur Abschreckung disziplinarische Maßnahmen androhen wollen. Beispielsweise verbietet ein Schuldirektor im Auftrage der übergeordneten Schulbehörde den Lehrern eine Unterschriftensammlung zugunsten eines Kollegen und auferlegt ihnen über sein Verbot die Geheimhaltung und Verschwiegenheit. Für das Schweigegebot nach der erwähnten Strafrechtsregel ist es anerkannt, daß es nur aufgrund einer gesetzlichen Ermächtigung auferlegt werden kann. Außerdem verlangt § 353 b II StGB eine »förmliche« Verpflichtung; das wird so ausgelegt, daß die Verpflichtung schriftlich oder zu Protokoll und inhaltlich genau festgelegtem bestimmtem Umfang geschehen muß.

Dieselben rechtsstaatlichen Voraussetzungen muß man für das Disziplinarrecht der Beamten verlangen. Es wird sich dann zeigen, daß derartige Schweigegebote, besser Maulkörbe, keine plausible gesetzliche Grundlage finden, sondern dem Rederecht selbst in den Grenzen herkömmlicher Rechtsprechung und Rechtslehre widersprechen. Außerdem dürfte es in den allerhäufigsten Fällen an der förmlichen Verpflichtung und inhaltlichen Bestimmtheit durch Schrift oder Protokoll fehlen.

Von den Angestellten und Arbeitern des öffentlichen Dienstes wird in §§ 9 BAT, 11 MTB, MTL verlangt, daß sie – außer aufgrund Gesetzes – Verschwiegenheit immer dann bewahren, wenn sie durch Weisung des Arbeitgebers angeordnet ist. Diese globale Regelung fordert natürlich zu dem geschilderten Mißbrauch heraus. Es ist aber rechtswidrig und das Schweigegebot ist unwirksam, soweit der öffentliche Arbeitgeber die Vorschrift mißbraucht. Als Weisungen des Arbeitgebers wird man nur das anzuerkennen haben, was in schriftlichen Richtlinien, Erlassen und An-

ordnungen des obersten Dienstvorgesetzten enthalten ist oder darin oder in Gesetzen und Verordnungen seine Grundlage hat.

Bei bloß mündlichen Schweigegeboten direkter Vorgesetzter, die nicht auf Gesetze oder schriftliche Weisungen der Verwaltungsspitze gestützt werden, wird der Angestellte mißtrauisch sein und den Rat von Gewerkschaften und Rechtsanwalt einholen dürfen. Die Fürsorgepflicht des öffentlichen Arbeitgebers setzt solchen Schweigegeboten eine Grenze: wo die eigene Personalangelegenheit oder die Solidarität mit Kollegen, also ein Koalitionsrecht nach Art. 9 des Grundgesetzes, im Spiel ist, darf schon kein Schweigen geboten werden (muß nicht erst um Befreiung vom Schweigegebot ersucht werden).

Sowohl Beamte als auch Angestellte können Schweigegebote unbeachtet lassen, wenn sie in den oben (Ziff. B 1 und 2) besprochenen Situationen das Recht haben, sich an die Öffentlichkeit oder an Parlamentarier zu wenden.

4. Es gibt zwei mögliche Helfer des Bediensteten der öffentlichen Hand, die vom hergebrachten Disziplinarrecht mehr oder weniger der »Öffentlichkeit« zugerechnet werden: die Gewerkschaften und die Rechtsanwälte. Claussen hält die Mitteilung von Dienstgeheimnissen an Gewerkschaften grundsätzlich nicht für zulässig (Einl. C 28 b mit Hinweis auf ein beispielhaft eng denkendes Urteil des Oberverwaltungsgerichts Münster, in: Die öffentliche Verwaltung 1962, S. 873), verweist aber auch auf die Rechtsprechung von Bundesgerichtshof und Bundesverfassungsgericht im Falle Pätsch (Einl. C 47). Das läuft darauf hinaus, daß der Bedienstete sich an seine Gewerkschaft wie an jedermann und die Öffentlichkeit nur im Rahmen der »Stufentheorie«, also nur bei Verfassungsverstößen und sonst erst nach erfolglosem »Ausschöpfen« von Dienstwegen und mangelnder Hilfe durch Abgeordnete und Parlament wenden soll. Nach Lindgen handelt der Beamte oder Angestellte nicht pflichtwidrig, wenn er ohne Aussagegenehmigung des Vorgesetzten seiner Gewerkschaft, die ihm Rechtsschutz gewährt, die nötigen innerdienstlichen, an sich geheimen, aber seine Person und sein Verfahren betreffenden Informationen zu seiner Verteidigung in einem Rechtsstreit mit seiner Behörde gibt (S. 722 ff.). Er soll es aber zu vertreten haben, wenn die Gewerkschaften in seinem Verfahren für ihn unwahre und beleidigende Tatsachen vorträgt

oder wenn sie ihrerseits an die Öffentlichkeit »flieht«. Nichtpersönliche Angelegenheiten dürfe man seiner Gewerkschaft nicht mitteilen.

Etwas großzügiger wird das Verhältnis des öffentlichen Bediensteten zu seinem Rechtsanwalt (oder sonstigen Prozeßbevollmächtigten) im eigenen Disziplinarverfahren geschildert (Claussen Einl. C 29 und § 40 Anm. 7 c, Lindgen S. 719, 721). Man darf ihm das Nötige sagen, wenn er es geheimhält.

Nicht hinnehmbar ist es, daß Gewerkschaften und Rechtsanwälte über Behördenmißstände erst dann ins Vertrauen gezogen werden dürfen, wenn man nach der »Stufentheorie« der Pätsch-Urteile an die Öffentlichkeit appellieren darf, und daß hiervon nur die Ausnahme zugestanden wird, daß der Bedienstete seine eigene Personalangelegenheit (ohne Berührung sonstiger dienstlicher Angelegenheiten) mit der Gewerkschaft oder dem Rechtsanwalt erörtert. Man muß vielmehr mit Gewerkschaft und Rechtsanwalt darüber sprechen und es prüfen dürfen, ob ein Behördenmißstand vorliegt, der den Schritt an die Öffentlichkeit erlaubt. Und man muß mit ihnen besprechen dürfen, welche Schritte auf dem Dienstweg oder auf das Parlament und die Abgeordneten zu zweckmäßig und ratsam sind, und dies alles, bevor man auf den Dienstweg geht. Der Bundesgerichtshof hat 1965 im Pätsch-Urteil (Band 20, 342, 348) nicht untersagt, sondern offengelassen, ob man einen Rechtsanwalt so zu Rate ziehen darf; es ist aber zu fordern. Ohne den Rat von Berufsverbänden und von Rechtsanwälten (die ja schließlich auf die Gesetze verpflichtete »Organe der Rechtspflege« sind) ist der Einzelne kaum in der Lage, den richtigen Weg zu finden. Dem Amtsträger, der einen Mißstand entdeckt, diesen Rückhalt an Gewerkschaft und Rechtsanwalt zu nehmen, bedeutet praktisch, die Öffentlichkeit als Kontrollinstanz auszuschalten.

5. Sich der Kontrolle durch die Öffentlichkeit entziehen können Behörden – neben der Abschreckung durch Disziplinarmaßnahmen – auch noch auf andere Weise.

Disziplinarmaßnahmen unterliegen der gerichtlichen Kontrolle. Ein öffentlicher Dienstherr mag deshalb hier und da mit seinem Wunsch nach Disziplinierung kritischer Bediensteter an den Gerichten scheitern. Was ihm aber bleibt, sind die von den Gerichten in ständiger Rechtsprechung kontrollfrei gelassenen »Beurteilungsspielräume«. Zu diesen »Spielräumen« zählt man die Eignung von Probebeamten für die Einstellung auf

Lebenszeit und die Beurteilung der Leistungen von Bediensteten durch Zeugnisse. Hier kann der Dienstherr offen oder versteckt fühlen lassen, daß ein Bediensteter ihm durch öffentliche Äußerungen Ungelegenheiten bereitet hat. Darauf und auf die Verweigerung gerichtlicher Kontrolle muß man sich einstellen, wenn man Probebeamter ist oder auf gute Beurteilungen wert legt.

Ferner: Eine Spezialität in Baden-Württemberg ist die Nichtöffentlichkeit der Hauptverhandlung im Gerichtsverfahren über Disziplinarmaßnahmen gegen Beamte auf Lebenszeit (§ 64 der baden-württembergischen Landesdisziplinarordnung); der Dienstvorgesetzte kann Personen seiner Wahl hinentsenden, der Beschuldigte nur einen Verteidiger und solche Helfer, die er wegen körperlicher Gebrechen braucht. Bundesbeamte können die Öffentlichkeit ihrer Gerichtsverhandlungen herbeiführen (§ 73 Bundesdisziplinarordnung); Angestellte des öffentlichen Dienstes prozessieren ebenfalls öffentlich, ebenso Probebeamte, die um ihre Einstellung auf Lebenszeit kämpfen. Die Nichtöffentlichkeit bei Lebenszeitbeamten – selbst gegen ihren Willen – ist eine durch nichts zu rechtfertigende Abschirmung der Prozeßführung von Landesbehörden gegen öffentliche Kritik.

C.

Folgerungen, Risiken, Beherzigungen

1. Wie man sieht, ist die Rechtslage über den Komplex »Flucht in die Öffentlichkeit« alles andere eher als eindeutig, gefestigt oder leicht beschreibbar. Bei dem Versuch, seine Berechtigung zum Schritt in die Öffentlichkeit zu prüfen, kann ein Staatsdiener eigentlich nur verzagen. Alles ist kompliziert, fragwürdig und widersprüchlich. Das entspricht der unvollkommenen Verfassungswirklichkeit, gemessen an den gesetzlichen Regeln unseres ideell demokratischen Gemeinwesens. Mit demokratischen Auffassungen und Rechtsauslegungen befindet man sich nie auf ganz gesichertem Boden, besonders im Recht des öffentlichen Dienstes. Die »Flucht in die Öffentlichkeit« heißt zu Recht so: Der Staat empfindet sich als eine Festung mit streng gehaltener Besatzung im flachen Lande der demokratischen Öffentlichkeit, die sie umlagert. Die Öffentlichkeit

kann allerdings auch negativ, d. h. gegen den »Flüchtling« entscheiden; z. B. daß ein Beamter, der sich verfolgt dünkt und die näheren Umstände der Öffentlichkeit mitteilt, schließlich als in Wirklichkeit schlechter Beamter, etwa als ein pädagogisch untüchtiger Lehrer dasteht! »Flucht an die Öffentlichkeit« gegen den Willen des Dienstherrn ist also immer auch ein persönlich-politisch-moralisches Risiko, nie ein Akt mit sicherer Erfolgsaussicht.

2. Trotz aller rechtlicher Unsicherheit muß man – notgedrungen! – versuchen, aus den Rechtsauffassungen von Gesetzgebern, Gerichten, Parlamenten und Regierenden ein paar Verhaltensregeln für öffentliche Bedienstete herauszufiltern, die mit ihren Vorgesetzten in öffentliche Fehde geraten sind oder eine solche riskieren wollen. Denn wer sich auf irgend wann schon einmal formulierte und zugebilligte Rechte berufen kann, schöpft Mut und dringt vielleicht durch.

a) Auf folgendes Reglement der Behörde, mit welcher man es zu tun hat, wird man gefaßt sein müssen:
Unberechtigte Erklärung von Tatsachen zu Dienstgeheimnissen,
Auferlegung von Schweigegeboten über Einzelheiten von Konfliktaustragungen,
öffentliche Verlautbarungen des Dienstvorgesetzten über den betreffenden Konflikt bei gleichzeitigem Schweigegebot für den Betroffenen und seine solidarischen Kollegen,
zunehmend schlechte Beurteilung der Leistungen (in Ausnutzung der fehlenden gerichtlichen Kontrolle von Beurteilungen),
Vernehmung von Kollegen (und bei Lehrern: Schülern) über den Beschuldigten,
Einleitung von Disziplinarverfahren und Anklagen wegen Geheimnisverletzung nach § 353 b StGB bei vollem Kostenrisiko des Bediensteten, wenn er nicht gewerkschaftlichen Rechtsschutz genießt,
Vorwürfe gegen den Bediensteten, der sich an Anwalt oder Abgeordneten wendet.

b) Der Bedienstete wird sich in Konfliktsituationen fragen:
Besteht eine Verschwiegenheitspflicht oder kann ich mich äußern (Ziff. B 1 und 2)? Gibt es Informierte außerhalb des öffentlichen Dienstes, die dem Disziplinarrecht nicht unterworfen sind und sich frei äußern können? Ist ein Schweigen zulässigerweise oder unwirksam auferlegt worden (Ziff. B 3)?

Wie ist der Behördenmißstand, um dessen Kritik es sich handelt, in die von der Rechtsprechung mit der Stufentheorie aufgestellten Gruppen einzuordnen: darf man sofort an die Öffentlichkeit »fliehen« oder wird das vorherige »Ausschöpfen« der institutionellen Möglichkeiten erwartet? Ist das Ausschöpfen bei Berücksichtigung der Situation zumutbar? Ist etwa schon ausgeschöpft?

Wie weit ist man genötigt, auf ungesicherte Rechtspositionen (die demokratischen Weiterentwicklungsforderungen) zurückzugreifen?

Welche politischen Kräfte sind mobilisierbar, wie ist die Erfolgsaussicht einer »Flucht in die Öffentlichkeit« sofort bei der Behörde und letztlich bei Gericht? Besteht überhaupt eine Durchsetzungschance/welche Rücksichten müssen genommen, welche können fallengelassen werden?

3. Anwendung auf den Fall des Lehrers in Ulm.

Peter Langer, Lehrer und Beamter auf Probe in Ulm, Mitglied der »Grünen«, wurde 1983 entlassen, weil er den Lehrplan vernachlässigt und einen einseitigen, unausgewogenen Unterricht über Friedenspolitik erteilt habe. Es wurde ihm Flucht in die Öffentlichkeit vorgeworfen, weil er die Veröffentlichung von dienstlichen Beurteilungen und von Vorermittlungen des Oberschulamtes herbeigeführt oder geduldet und den Teilnehmern einer Solidaritätsveranstaltung Dank gesagt habe. Auch sei er ein ungeeigneter Lehrer mit mangelhaften Leistungen. Auf diesen weithin bekannt gewordenen Konflikt versuche ich im folgenden das Recht der »Flucht in die Öffentlichkeit« anzuwenden. Das geschieht nur anhand der Presseveröffentlichungen und Landtagsprotokolle und ohne die Möglichkeit einer Klärung von umstrittenen Tatsachen. Die nachfolgende Betrachtung beansprucht also nicht, den Konflikt letztlich richtig zu beurteilen.

Daß der gegenwärtige baden-württembergische Kultusminister gegen Lehrer vorging, welche sich in der Friedensbewegung betätigen, darf als bekannt vorausgesetzt werden. Man lese seine Rede auf dem CDU-Parteitag in Donaueschingen im Juli 1981 (in der Dokumentation der Frankfurter Rundschau vom 2. und 4. September 1981). Einen Höhepunkt haben seine Maßnahmen im Herbst 1983 aus Anlaß der Menschenkette und des »Tages der Schule« innerhalb einer Friedenswoche gebildet. Dieser politische Hintergrund macht den Konflikt des Ulmer Lehrers mit der Schulverwaltung erklärlich. Am 7. 9. 1982 gab der Minister nach Beanstandungen und Vorermittlungen wegen Kleinigkeiten den Auftrag, zu

prüfen, ob Langer mangels Eignung entlassen werden könne. Am 8. 10. 1982 wurden Schüler vom Schuldirektor über den Unterricht Langers vernommen und mit einem Schweigegebot darüber belegt. Am 24. 11. 1982 stellte der Schuldirektor auf Weisung des Oberschulamtes 14 Ordner mit Unterrichtsmaterial Langers (ohne Beschluß des zuständigen Richters oder Untersuchungsführers) sicher und reichte sie beim Oberschulamtsamt ein. Seit Januar 1983 wurden die Leistungen des Lehrers von seinen Dienstvorgesetzten im Gegensatz zu früher schlecht beurteilt. – Wenn das alles so war (wie die Presse es meldete), so waren das Gesetzesverstöße: Verstöße gegen die Offenheit und Duldsamkeit in der Schule, gegen die Fürsorgepflicht von Vorgesetzten, gegen die Beschlagnahmeregeln der Disziplinarordnung. Eigentlich auch gegen die Chancengleichheit der Parteien, denn die Zähmung dieses Lehrers sollte doch wohl eine Warnung aller vor einer bestimmten politischen Betätigung sein.

Der Betroffene hatte zu überlegen, ob die Verstöße schwer genug waren, um die sofortige Anrufung der Öffentlichkeit zu erlauben. Gehen wir aus Vorsicht davon aus, daß er entsprechend der »Stufentheorie« vielleicht zunächst andere Abhilfemöglichkeiten ausschöpfen mußte. Der Dienstweg versprach aber keine Abhilfe, denn vom Minister her über den Oberschulamtspräsidenten bis zum Schuldirektor hinunter (alle der allein regierenden Partei des Landes angehörend) war bereits politischer Wille in die Einzelaktionen umgesetzt worden. Seit langem liefen Vorermittlungen. Es war also unsinnig und überhaupt nicht erfolgversprechend, auf dem Wege über Beschwerden erneut die Meinung des Ministers und der ihm nachgeordneten Vorgesetzten ändern zu wollen. Statt dessen wandte sich der Lehrer, wie man weiß, an den örtlichen Landtagsabgeordneten der Opposition, der ebenfalls Lehrer ist (die Lehrer sind insofern in einer glücklichen Lage, als sie die Parlamente füllen), an seine Gewerkschaft und einen Rechtsanwalt. Diese drei Helfer veranstalteten am 14. 1. 1983 eine Pressekonferenz, ohne den Lehrer selbst. Auf ihr wurde die politisch getönte Benachteiligung von Lehrern an verschiedenen Ulmer Schulen sowie die Schüleraushorchung und die Angelegenheit mit den Ordnern kritisiert, allerdings ohne den Namen des Lehrers und seine Schule zu nennen.

Es war in Ordnung, daß der Lehrer Langer an Gewerkschaft, Rechtsanwalt und dem Abgeordneten Rückhalt suchte. Es handelte sich um eine eigene Personalangelegenheit, in welcher der Dienstherr – wenn sich alles wie angegeben verhielt – gesetzwidrig gehandelt hatte. Wenn Gewerkschaft, Abgeordneter und Anwalt den Schritt an die Öffentlichkeit taten,

so kann man dem Lehrer das nicht vorwerfen; er hätte es sicherlich auch von sich aus herbeiführen dürfen.

Die Vorgesetzten gaben sich weitere Blößen: Nach der Pressekonferenz machte der Oberschulamtspräsident den Namen des Lehrers und Einzelheiten über Beanstandungen und Beurteilungen bekannt, also Amtsgeheimnisse über den Lehrer. In der darauffolgenden Landtagsdebatte offenbarte der Minister weitere Einzelvorwürfe gegen den Lehrer. Das konnte zur Rechtfertigung weiterer öffentlicher Gegenwehr durch Langer dienen. Notwehr, Wahrnehmung berechtigter Interessen, Kompensation und das Recht des Gegenschlags sind die zu prüfenden Rechtsfiguren. Ging es für den betroffenen Beamten doch um seine berufliche Existenz. Beim Verwaltungsgericht ist es von Bedeutung, ob unsachliche Motive das Handeln der Vorgesetzten getrübt haben, da der Schulverwaltung nur dann der Mißbrauch der Beurteilungsspielräume bei der Eignungsprüfung vorgehalten werden kann. Da die Rechtsprechung nicht im luftleeren Raum geschieht, konnte es (nicht nur erlaubt, sondern auch) zweckmäßig sein, die Öffentlichkeit anzurufen.

4. Jeder Fall einer Flucht in die Öffentlichkeit kann dazu dienen, diesen schwierigen Rechtsbehelf um ein Stückchen juristisch weiter zu sichern. Berufsverbände, Gewerkschaften, Abgeordnete, Parlamente, Journalisten, Rechtsanwälte können dazu beitragen, indem sie zeigen, wie wenig geeignet der »Dienstweg« ist, Mißstände zu beseitigen; indem sie dem »Flüchtling« helfen; und indem sie ihre Ansprüche auf Information und Öffentlichkeit formulieren und durchkämpfen. Regelrechte Schübe der Herstellung von Öffentlichkeit müssen durchgesetzt werden. Der rechtliche Spielraum ist für demokratische Ansprüche »in diesem unserem Land«, »mit der freiheitlichsten Verfassung, die jemals auf deutschem Boden galt« usw. usf., atemberaubend eng. Das kann nicht rechtens sein. Wenn aber im Gesamtergebnis der Verschwiegenheitsgrundsatz demokratiewidrig ausgewuchert ist, dann gilt es, anzugehen gegen alle seine tausend einzelnen Übersteigerungen in Auslegungen, Anwendungen, Praktiken und Urteilen. Frank und frei, öffentlich.

VI. Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus