

tigen Infektionsschutz in der Pandemiesituation dienlich sein kann, soll die Pflicht zur Gesunderhaltung die Dienstfähigkeit beamteter Personen langfristige und umfassend gewährleisten. Der Weg über materielles Ordnungsrecht könnte also schon inhaltlich eine formelle, statusrechtliche Regelung nicht vollwertig ersetzen, wird der Wesentlichkeitstheorie nicht unbedingt gerecht und erscheint im Übrigen mit Blick auf das hier gegenständliche Untersuchungsthema schlichtweg weniger sachgerecht.

IV. Verfassungsrechtliche Dimension einer gesetzlichen Impfpflicht für Beamte

Bleibt man bei der vorstehend aufgeführten Regelungsalternative einer statusrechtlich fundierten und damit formell-gesetzlichen Impfpflicht für bestimmte beamtete Berufsgruppen, drängt sich die Frage der Verfassungsmäßigkeit einer solchen Regelung auf. Mit einer entsprechenden Normierung ginge ein Eingriff in diverse Grundrechte der Betroffenen einher: Schwerpunktartig betrifft dies die körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 1 S. 1 GG) aber auch die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) und das Recht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) der beamteten Personen. Dass sich auch Beamtinnen und Beamte trotz ihrer einleitend erwähnten, umfassenden Dienst- und Treuepflicht voll auf die grundrechtlichen Gewährleistungen berufen können, bedarf eigentlich keiner gesonderten Erwähnung mehr. Vorliegend folgt dies aber allein schon daraus, dass eine berufsbedingte Impfverpflichtung nicht nur das Dienstverhältnis, sondern auch das Grundverhältnis (sprich den privaten Bereich) der beamteten Person berühren würde: Eine Impfung und ihre Nebenwirkungen machen gerade nicht vor Dienstschluss halt.

- 12) Hier wie *Bretschneider/Peter* (Fn. 6), S. 1462 (1464) als legitime Zielsetzung auf die „Ausrottung des Erregers auf Bevölkerungsebene“ abzustellen, erscheint zumindest bei der hier diskutierten statusrechtlichen Normierung im Beamtenverhältnis eher abwegig: Für diesen Schutzzweck sind vielmehr die allgemeinen Instrumente des IfSG vorrangig anzuwenden.
- 13) Nach Bericht des RKI sind moderne Impfstoffe ohnehin gut verträglich, vgl. Epidemiologisches Bulletin des RKI, Ausgabe Nr. 35 vom 24. August 2015, S. 1. Hierbei ist eine Verallgemeinerung natürlich abzulehnen; vielmehr sind gerade auch Unverträglichkeiten statistisch zu erfassen und in die Abwägung einzubeziehen.
- 14) Vgl. Wissenschaftliche Dienste des Bundestages, Verfassungsrechtliche Zulässigkeit einer Impfpflicht, Ausarbeitung v. 27.1.2016 – WD 3 – 3000 – 019/16, S. 4.
- 15) BVerfG, NJW 2020, 1505.

In der letztlich zur Annahme oder Ablehnung einer Verfassungskonformität vorzunehmenden Güterabwägung müssten insbesondere die gesundheitlichen Risiken einer Impfung (hier: gegen COVID-19) mit dem Nutzen derselben und dem insofern verfolgten Interesse an einer einsatz- und leistungsfähigen Beamtenschaft¹² nach dem aktuellen Stand der Wissenschaft abgewogen werden. Vorweggenommen sei hier bereits, dass eine umfassende Impfpflicht gegen sämtliche potenziellen Virus-erkrankungen nach Vorbild des § 17a Abs. 2 SG (generelle Duldungspflicht „ärztlicher Maßnahmen“) an dieser Stelle sicherlich zu weitgreifend und damit nicht mehr verhältnismäßig wäre. Dies gilt wohl aber nicht pauschal für eine Minusmaßnahme in Gestalt einer hinreichend konkreten Impfpflicht (insoweit „inspiriert“ vom erregerspezifischen Impfansatz in § 20 Abs. 8 IfSG) mit Bezugnahme zu den entsprechend gefährdeten Berufsgruppen: Der gesundheitliche Nutzen ist hier als hoch und die Risiken als eher gering einzustufen. So können nach dem derzeitigen Erkenntnisstand der Wissenschaft alle zugelassenen Impfungen eine Erkrankung an COVID-19 mit einem insgesamt hohen bis sehr hohen Schutzniveau nachhaltig (sprich auch gegen etwaige Mutationen, sodass „Nachimpfungen“ nur eingeschränkt nötig wären) verhindern. Auch die Nebenwirkungen überschreiten dabei wohl nicht per se das Maß des Zumutbaren, was zumindest die Zulassung der Impfstoffe durch die Europäische Arzneimittelagentur (EMA) für den freien Markt vermuten lässt.¹³ Demgegenüber steht (wissenschaftlich fundiert in Gestalt des omnipräsenten Inzidenzwertes) eine konkrete Infektionsgefahr der Erkrankung an COVID-19, die „wellengebunden“ schwankt, in den benannten Berufsgruppen, die einsatzbedingt durchaus erheblich höher ausfallen kann, als für den Normalbürger. Insofern ergibt sich logischerweise auch ein gesteigertes Risiko für schwere Verläufe innerhalb der Beamtenschaft, das sich gerade auch in Langzeitfolgen niederschlagen könnte. Vor diesem Risiko kann (vielleicht sogar unter dem Gesichtspunkt einer sonstigen Schutzpflicht- bzw. Fürsorgepflichtverletzung: muss?) der Dienstherr seine Beamten im Wege der Impfung schützen, die als individual- und bevölkerungsmedizinische Maßnahme seit langer Zeit anerkannt ist.¹⁴ Tut er dies nicht, droht eine nicht nur unerhebliche Herabstufung der Einsatz- und Leistungsfähigkeit bestimmter Teile der Beamtenschaft. Gerade im Pandemiefall kommt es auf eben jene allerdings umso mehr an: Die Überwachung und Kontrolle von Maskenpflichten, Abstandsgeboten, Ausgangssperren sowie Versammlungsfreien, deren Durchführung auch in Pandemiezeiten gewährleistet werden muss,¹⁵ fordern den Rechtsstaat personell und organisatorisch erheblich. Insofern erscheint es auch vertretbar, die Abwägung zugunsten einer formell-gesetzlichen Impfpflicht unter Beachtung der genannten Parameter (insbesondere der Erreger- und Berufsgruppenbindung) ausfallen zu lassen.

Disziplinarmaß und Strafandrohung

Sebastian Baunack

Nachdem sich das Disziplinarrecht mit Ende der BDO vom Strafrecht entfernt und dem Verwaltungsrecht zugewendet hatte, geht die Rechtsprechung des BVerwG zur Bemessung der Disziplinarmaßnahmen die letzten Jahre wieder in die entgegengesetzte Richtung. Zuerst bei außerdienstlichen und dann auch bei innerdienstlichen Dienstvergehen wird verstärkt auf das Strafmaß abgestellt, um den Rahmen der Dis-

ziplinarmaßnahme zu bemessen. Diese Entwicklung führt zwar zu mehr Rechtssicherheit, ist jedoch mit Hinblick auf die unterschiedlichen Zwecke von Strafrecht und Disziplinarrecht nicht unproblematisch. Im vorliegenden Artikel sollen diese Probleme aufgezeigt und eine dem Schutzzweck des Disziplinarrechts stärker entsprechende Lösung vorgeschlagen werden.

I. Zur Rechtsentwicklung von Strafrecht und Disziplinarrecht

Ursprünglich war das Disziplinarrecht Teil des Strafrechts. Das durch König Friedrich Wilhelm I. etablierte Berufsbeamtentum war geprägt durch besondere Treuepflichten der Beamten gegenüber dem Dienstherrn. Dieser durfte Verfehlungen der Beamten mit Festungshaft oder Gefängnisstrafen ahnden.¹ Auch durfte er Beamte ohne besondere Gründe aus seinen Diensten entlassen.² Im Jahr 1759 entschied das Reichskammergericht erstmals, dass eine solche Entlassung eines Beamten eines rechtfertigenden Grundes bedurfte. Dies wird von *Brüning* als die Geburt des Disziplinarrechts bezeichnet.³ Kodifiziert wurde das Disziplinarrecht erst im 10. Titel des II. Teils des Allgemeinen Landrechts für die Preußischen Staaten von 1794 („Rechte und Pflichten der Diener des Staates“).⁴ Das Disziplinarrecht wurde als Sonderstrafrecht der Beamten etabliert. Im Preußischen StGB von 1851 wurden diese Regelungen zu Verbrechen und Vergehen im Amte umgewandelt.⁵ 1849 schließlich wurde das Disziplinarrecht durch die Notverordnung vom 11. Juli 1849 über das Disziplinarverfahren der nichtrichterlichen Beamten vom Strafrecht losgelöst.⁶ Am 21. Juli 1852 schließlich wurde das Disziplinarrecht der nichtrichterlichen Beamten in Gesetzesform überführt.⁷ Diese Trennung der zwei Rechtsgebiete blieb bestehen. Unter der Geltung des Grundgesetzes in der Bundesrepublik Deutschland wurden Dienstvergehen von Bundesbeamten im neuen BBG vom 14.7.1953 sowie das Disziplinarrecht in der BDO vom 28.11.1952 geregelt.⁸ 1967 wurden dann die Disziplinarstrafen in Disziplinarmaßnahmen umbenannt und eine klarere Trennung von inner- und außerdienstlichen Dienstvergehen etabliert.⁹ Prozessual wurde jedoch weiterhin in § 25 BDO auf die Strafprozessordnung Bezug genommen. Es gab eine eigene Gerichtsbarkeit mit dem Bundesdisziplinargericht als höchster Instanz, einen Bundesdisziplinaranwalt (§ 37 BDO) und einen Disziplinarverteidiger (§ 40 BDO). Dies änderte sich erst mit der Inkraftsetzung des Bundesdisziplinargesetzes am 9.7.2001. Der ergänzende Bezug auf die StPO in § 25 BDO wurde durch den Bezug auf die VwGO in § 3 BDG ersetzt.¹⁰ Das Disziplinarverfahren war nunmehr als kontradiktorisches Verfahren ausgestaltet.¹¹ Die Disziplinargerichtsbarkeit fiel weg und das Disziplinarrecht wurde besonderen Kammern der Verwaltungsgerichte zugewiesen. Auch waren weder Bundesdisziplinaranwalt noch Verteidiger mehr vorgesehen. Die Parteien konnten sich nunmehr frei gewählter Bevollmächtigter bedienen. Lediglich in besonderen Fällen, insbesondere hinsichtlich der Beweiserhebungen in den §§ 24 ff. BDG, wurde noch auf die StPO Bezug genommen. Unverändert blieben jedoch die aus dem Strafrecht herrührenden Grundsätze der Unschuldsvermutung, der Selbstbezeichnungsfreiheit und der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme.

II. Die Wesensverschiedenheit von Strafrecht und Disziplinarrecht

Trotz der historischen Verknüpfung des Disziplinarrechts mit dem Strafrecht und vergleichbaren Grundprinzipien sind das Strafrecht und das Disziplinarrecht wesensverschieden. Das Disziplinarrecht ist Bestandteil des Beamtenrechts und erfüllt eine Ordnungsfunktion.¹² Es dient der Sicherung der Funktionsfähigkeit der öffentlichen Verwaltung. Durch Regelung eines besonderen Verfahrensrechts sichert es auch den Schutz des Beamten vor willkürlichen Maßregelungen.¹³ Dem Disziplinarrecht kommt zudem die Aufgabe der Erziehung- und Pflichtenmahnung als auch diejenige der Reinigung der Ver-

waltung zu. Wo dies möglich ist, soll der Beamte durch repressive Maßnahmen (Verweis, Geldbuße, Kürzung der Dienstbezüge bzw. des Ruhegehalts) zur ordnungsgemäßen Dienstführung ermahnt werden. Wo dies nicht möglich ist, soll das höhere Statusamt bzw. der öffentliche Dienst insgesamt präventiv vor der Gefährlichkeit des Beamten geschützt werden (Zurückstufung, Entfernung aus dem Dienst, Aberkennung des Ruhegehalts).¹⁴ Für das Disziplinarrecht zentral ist daher die Erstellung einer Gefährlichkeitsprognose. Unter Beachtung der Schwere des Dienstvergehens und der Persönlichkeit des Beamten ist zu prüfen, welche Gefahren von dem Beamten für die Funktionsfähigkeit des öffentlichen Dienstes ausgehen und danach ist die erforderliche Disziplinarmaßnahme zu bemessen. Von diesen Maßstäben unterscheidet sich das Strafrecht deutlich. Nach den heute vorherrschenden Vereinigungstheorien dient das Strafrecht der gerechten Vergeltung begangenen Unrechts.¹⁵ Danach ist Ziel der Strafandrohung und -verhängung zunächst, der Begehung von Rechtsgutverletzungen entgegenzuwirken (Generalprävention), indem die Geltung der normativen Ordnung und das Vertrauen in ihre Durchsetzungskraft bestätigt und die Rechtstreue der Bevölkerung gestärkt wird.¹⁶ Die Strafe ist eine missbilligende hoheitliche Reaktion.¹⁷ Sie dient auch der Resozialisierung und damit der negativen wie positiven Spezialprävention.¹⁸ Als Strafgrund gilt nach § 46 Abs. 1 S. 1 StGB die Schwere der Tat und das Maß der persönlichen Schuld. Das Maß der Schuld wiederum hängt von der Schwere des persönlichen Handlungsunrechts ab. Das Strafrecht ist insoweit zweispurig aufgebaut: es unterscheidet Strafen und Maßregeln der Sicherung und Besserung.¹⁹ Die Verhängung einer Kriminalstrafe hat sich im Strafraumen zu bewegen, welcher eine kontinuierliche Schwere skala enthält.²⁰ Erkennbar sind die Schutzzwecke von Disziplinarrecht und Strafrecht gänzlich unterschieden. Zwar dienen beide Rechtsgebiete zumindest auch der Prävention.²¹ Jedoch richtet sich das Strafrecht auf den einzelnen Straftäter und soll auf ihn einwirken. Zudem soll das Strafrecht auf die gesamte Gesellschaft einwirken, das Vertrauen in die Rechtsordnung stärken und die Mitglieder der Gesellschaft von Straftaten abhalten. Die „Funktionsfähigkeit der Gesamtgesellschaft“ ist jedoch – auch im Wege der Generalprävention – kein Strafzweck. Das Diszipli-

- 1) *Brüning*, Das Verhältnis des Strafrechts zum Disziplinarrecht, 2017, S. 47 m. w. N.
- 2) *Köhler*, in: Köhler/Baunack, BDG, 7. Aufl., Einführung I. Geschichte des Disziplinarrechts, Ziff. 1.
- 3) *Brüning* (Fn. 1), S. 48.
- 4) *Brüning* (Fn. 1); *Köhler* (Fn. 2), Ziff. 2.
- 5) *Brüning* (Fn. 1), S. 53; *Köhler* (Fn. 2), Ziff. 5.
- 6) *Brüning* (Fn. 1), S. 54; *Köhler* (Fn. 2), Ziff. 5.
- 7) Gesetz, betreffend die Dienstvergehen der nichtrichterlichen Beamten und die unfreiwillige Versetzung derselben auf eine andere Stelle oder in den Ruhestand, PrGS 1851, 465; zit. N. *Brüning* (Fn. 1), S. 55.
- 8) *Köhler* (Fn. 2), Ziff. 8.
- 9) *Brüning* (Fn. 1), S. 57.
- 10) *Köhler* (Fn. 2), Ziff. 9.
- 11) *Brüning* (Fn. 1), S. 59.
- 12) So schon zur BDO *Claussen*, in: Claussen/Janzen, Bundesdisziplinarordnung, 7. Aufl., Einleitung A, Rn. 2; *Köhler* (Fn. 2), II, Ziff. 1.
- 13) *Brüning* (Fn. 1), S. 61.
- 14) *Baunack*, in: Köhler/Baunack, BDG, 7. Aufl., § 23, Rn. 1a.
- 15) *Brüning*, (Fn. 1), S. 210.
- 16) BVerfG vom 21.6.1977 – 1 BvL 14/76 – NJW 1977, 1525.
- 17) BVerfG vom 20.3.2002 – 2 BvR 794/95 – BVerfGE 105, 135.
- 18) *Fischer*, StGB, 68. Aufl., § 46, Rn. 3.
- 19) *Fischer* (Fn. 18), Rn. 15.
- 20) *Fischer* (Fn. 18), Rn. 17.
- 21) *Brüning* (Fn. 1), S. 215.