

CHRISTOPH MÜLLER

*Professor für Staatsrecht und Politik
an der Freien Universität Berlin*

1. Sachverhalt

Der am 28. Juni 1930 in Stuttgart geborene Beamte trat nach Abschluß der Gesellenprüfung im Elektro-Installateur-Handwerk am 22. Januar 1951 als Mechaniker in den Dienst der Deutschen Bundespost und wurde mit Wirkung vom 1. Januar 1959 unter Berufung in das Beamtenverhältnis auf Lebenszeit zum Fernmeldewart ernannt. Nach Bestehen einer Aufstiegsprüfung 1960 ist er als technischer Fernmelde-Assistent tätig.

Die dienstlichen Leistungen des Beamten werden gut beurteilt.

Ihm wird vorgeworfen, etwa seit 1968 Anhänger der Deutschen Kommunistischen Partei (DKP) zu sein, sich zu den Theorien von Marx, Engels und Lenin zu bekennen, die politischen Ziele der DKP voll anzuerkennen und seit etwa 1970 aktiv für die Verwirklichung der politischen Vorstellungen dieser Partei sich einzusetzen. Seine politische Betätigung bestehe in Meinungsbeiträgen und (erfolglosen) Kandidaturen für Gemeinde- und Landratswahlen. Auch habe er an zwei kommunal-politischen Studienreisen der DKP in die DDR teilgenommen.

Die Einleitungsbehörde ist der Auffassung, dem Beamten müßte aus der gesamten öffentlichen Diskussion, den Erörterungen der Medien und Erklärungen der Bundesregierung bekannt sein, daß die DKP als verfassungsfeindlich eingestuft werde, da sie – als Fernziel – den Sturz der bestehenden Ordnung beabsichtige.

Der Beamte sieht keinen Gegensatz zwischen seinen politischen Anschauungen und der freiheitlich-demokratischen Grundordnung. Er betrachtet die DKP nicht als eine Partei, die antidemokratische Ziele verfolge. Er bekennt sich zur Gewaltenteilung, zum Mehrparteiensystem, zum freien Wahlrecht und lehnt die Diktatur ab.

2. Bitte um rechtliches Gehör

Die disziplinarrechtlichen Vorwürfe gegen den Beamten lassen sich nicht aus klarem Gesetzesrecht herleiten. Die Einleitungsbehörde muß sich für ihre Interpretation der Beamtenpflichten im wesentlichen auf das KPD-Urteil und den Radikalenbeschluß des Bundesverfassungsgerichts, und dabei wiederum vor allem auf obiter dicta der Entscheidungen berufen.

Obwohl durch die Rechtsprechung ein enges Geflecht von Entscheidungen entstanden ist, dem von vielen eine quasi-normative Geltung zugeschrieben wird, gibt es in diesen Fragen eine im wesentlichen unbestrittene herrschende Meinung nicht. Namhafte Rechtswissenschaftler halten die gegenwärtig vorherrschenden Formen der Rechtsfortbildung nicht für zulässig.

Josef Esser, Bemerkungen zur Unentbehrlichkeit der juristischen Methode, in JZ 1955, S. 555–558; Ehrhard Denninger, Freiheitliche demokratische Grundordnungen. Materialien zum Staatsver-

ständnis und zur Verfassungswirklichkeit in der Bundesrepublik, 2 Bde., Frankfurt 1977 (und die dort gesammelten Stellungnahmen); Ralf Dreier, Verfassung und Ideologie. Bemerkungen zum Radikalenproblem, in Gedächtnisschrift für Friedrich Klein, München 1977; Max Güde, in Max Güde/Ludwig Raiser/Helmut Simon/Karl-Friedrich von Weizsäcker, Zur Verfassung unserer Demokratie. Vier republikanische Reden, Reinbek 1978; Friedrich Müller, Zugang zu öffentlichen Ämtern und verfassungsrechtliche Diskriminierungsverbote, in ders., Rechtsstaatliche Form, demokratische Politik, Berlin 1977, S. 95–109; Ernst-Wolfgang Böckenförde, Verhaltensgewähr oder Gesinnungstreue? (Auseinandersetzung mit Martin Kriele) in Hans Koschnik (Hg.), Der Abschied vom Extremistenbeschluß, Bonn 1979, S. 70–81; Helmut Ridder, Die soziale Ordnung des Grundgesetzes. Leitfaden zu den Grundrechten einer demokratischen Verfassung, Opladen 1975, S. 61 und passim, und zahlreiche andere.

Auch in der Judikatur existiert ein Spektrum unterschiedlicher Entscheidungen. Das kommt in Sondervoten des Bundesverfassungsgerichts selbst zum Ausdruck und ergibt sich aus der im Radikalenbeschluß geforderten Einzelfallwürdigung, die dazu führt, daß eine Vielzahl von konkreten Umständen sich auf die Entscheidung auswirken kann. Vor allem ist die Verwaltungspraxis in den einzelnen Ländern nicht nur unterschiedlich geblieben, sondern hat sich seit dem Gesetzesbeschluß des Deutschen Bundestages vom 24. 10. 1975 noch weiter auseinanderentwickelt. Es gibt zahlreiche Erklärungen einzelner Minister, denen auch ihre Verwaltungspraxis entspricht, weder die formelle Mitgliedschaft in der DKP bzw. der SEW, noch eine im Rahmen des allgemein Erlaubten liegende Aktivität für diese Parteien als Grund für eine negative Prognoseentscheidung, geschweige als Verwirklichung einer schuldhaften Dienstpflichtverletzung, zu betrachten. Auch dieses Verfahren weist Besonderheiten auf, die einer einzelfallgerechten Würdigung bedürfen, wobei ich mich allerdings in diesem Gutachten auf einige prinzipielle Rechtsfragen beschränke.

Daher erlaube ich mir, ausdrücklich darum zu bitten, die hier vorgetragenen Argumente nicht schon a limine als unbeachtlich zu behandeln, weil sich andere gerichtliche Instanzen und namentlich das OVG Berlin gegenüber solchen Argumenten weithin prinzipiell verschließen.

Ich bestreite nicht, daß auch im Bereich von Gesetzesrecht Richterrecht von Bedeutung ist, zumal wenn es sich um die Urteile höchstrichterlicher Instanzen handelt. Es ist die Funktion der Gerichte, die Rechtspraxis zu verstetigen. Aber unsere Rechtsordnung lehnt die formelle Präjudizienbindung des angelsächsischen Rechtskreises ab. Eine wissenschaftlich approbierte *Opinio iuris* stellt eine sorgfältig zu erwägende Form der dogmatischen Verarbeitung dar, steht aber jederzeit zur Disposition einer die bisherige herrschende Lehre und Rechtsprechung abändernden besseren Erkenntnis (vgl. Josef Esser, »Richterrecht, Gerichtsgebrauch, Gewohnheitsrecht«, in: Festschrift für F. von Hippel, Tübingen, 1967, S. 40 f.; 129).

Das gilt ebenso für die gerichtlichen Erkenntnisse des Bundesverfassungsgerichts, auch wenn deren Rechtskraftwirkung, namentlich in Normenkontrollverfahren, gegenüber den Urteilen anderer Gerichte etwas erweitert ist. Vgl. dazu Wolfgang Hoffmann-Riem, Beharrung oder Innovation. Zur Bindungswirkung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen, in: Der Staat, 13 (1974), S. 839.

Würde das erkennende Gericht im Blick auf richterliche Präjudizien den gesetzlichen Umfang seines Konkretisierungsspielraums nicht erkennen und sich rechtsirrtümlich durch Entscheidungen anderer Gerichte gebunden fühlen, so würde das im Ergebnis zu einer Verletzung des rechtlichen Gehörs führen.

3. Die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung als verfassungsrechtliche Ermächtigungsgrundlage der Beamtenpflichten

Ausgangspunkt dieses Gutachtens ist die Pflicht eines jeden Beamten, daß er

»die bestehenden verfassungsrechtlichen und gesetzlichen Vorschriften beachtet und erfüllt und sein Amt aus dem Geist dieser Vorschriften heraus führt« (BVerfGE Bd. 39, S. 334).

Zu dieser Aussage des Radikalen-Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts gibt es keinen Dissens.

Rechtstechnisch wird aber weithin kritisiert, es wäre richtiger gewesen, diese Erkenntnis aus dem Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung abzuleiten. Art. 33 Abs. 2 GG hat die früher für zulässig gehaltenen Auswahlkriterien endgültig überwunden. In Übereinstimmung mit der Weimarer Reichsverfassung kehrt er zu den Rechtsprinzipien zurück, die seit der französischen Verfassung vom 3. September 1791 die demokratische Verfassungsentwicklung bestimmen. Das Grundgesetz bricht mit der Tradition, den Zugang zum öffentlichen Dienst besonderen sozialen Schichten offenzuhalten und, wie es 1911 noch Otto Hintze als wünschenswert bezeichnete, neben den Anforderungen an die Leistungsfähigkeit etwa eine spezifische »wirtschaftlich-soziale Qualifikation« zu verlangen.

Otto Hintze, *Der Beamtenstand* (1911), in: Hintze, *Gesammelte Abhandlungen*. Bd. 2 (Soziologie und Geschichte), Göttingen, 2. Aufl., 1964, S. 101 f.

Es wäre angebracht gewesen, die Frage der Loyalität der Beamten in den Zusammenhang der Geschichte des Kampfes um die Freiheit des Zugangs zu den öffentlichen Ämtern zu stellen, dessen Ergebnis sowohl in der Verfassung wie auch im Beamtenrecht ausdrücklich festgehalten ist.

»Aus Art. 33 Abs. 2 und Abs. 3 ergibt sich, daß die durch Art. 3 Abs. 3 verpönten Unterscheidungsmerkmale auch aus dem öffentlichen Dienstrecht verbannt sind. Kein Angehöriger des öffentlichen Dienstes darf daher wegen seines Geschlechts, seiner Abstammung, seiner Rasse, seiner Sprache, seiner Heimat und Herkunft, seines Glaubens, seiner religiösen und politischen Anschauungen benachteiligt oder bevorzugt werden« (Carl Hermann Ule, *Öffentlicher Dienst*, in: *Bettermann/Nipperdey* (Hg.), *Die Grundrechte*, Bd. IV 2, Berlin 1962, S. 626 f.). Vgl. dazu die Kritik von Ralf Dreier, das Bundesverfassungsgericht habe in dem Radikalenbeschuß den »Grundrechtsrang des Zugangs zum öffentlichen Dienst verkannt oder doch unterbewertet«, Dreier, *Verfassung und Ideologie. Bemerkungen zum Radikalenproblem*, in: *Gedächtnisschrift für Friedrich Klein*, München 1977, S. 86 ff.

Bei einer solchen, juristisch-handwerklich korrekten Ableitung wäre es möglich gewesen, über die anerkannte Methode der historisch-genetischen Interpretation den Sinn des Regelungsgehalts von Art. 33 GG insgesamt zutreffender zu bestimmen.

Aber auch wenn neben Art. 33 Abs. 2 GG eine Bezugnahme auf Art. 33 Abs. 5 GG zulässig ist, so würde bei korrekter Interpretation, die namentlich den Motiven entspricht, das Ergebnis kein anderes sein. Denn es war im parlamentarischen Rat einhellige Meinung, daß die »beschränkte Festlegung« auf Grundstrukturen des Berufsbeamtentums ausschließlich erfolgt ist, um das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung zu gewährleisten.

»Wir gehen aus . . . von dem jetzt in der Verfassung auch für die Länder verankerten Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, d. h. der Legalität der Verwaltung. Wir werden dieses Prinzip nur dann rein durchführen können, wenn es von Männern ausgeübt wird, die das hauptberuflich tun und die eine gewisse innere Sicherheit und Unabhängigkeit besitzen«, so Abgeordneter Dr. Strauß (CDU), zitiert nach v. Doemming/Füßlein/Matz, *Die Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes*, in: *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts*, N.F., Bd. 1 (1951), S. 315. Die verwaltungswissenschaftlichen Gründe für diese Annahmen finden sich in dem großen Werk Max Webers, der die in Jahrhunderten entwickelten Prinzipien einer versachlichten, regelgebundenen Amtstreue herausgearbeitet und theoretisch begründet hatte. »Es besteht das Prinzip der festen, durch Regeln, Gesetze oder Verwaltungsreglements, generell geordneten behördlichen Kompetenzen, d. h.: 1. Es besteht eine feste Verteilung der für die Zwecke des bürokratisch beherrschten Gebildes erforderlichen, regelmäßigen Tätigkeit als amtliche Pflicht. – 2. Die für die Erfüllung dieser Pflichten erforderlichen Befehlsgewalten sind ebenfalls fest verteilt und in den ihnen etwa zugewiesenen . . . Zwangsmitteln durch Regeln fest begrenzt. – 3. Für die regelmäßige und kontinuierliche Erfüllung der so verteilten Pflichten und die Ausübung der entsprechenden Rechte ist planmäßig Vorsorge getroffen durch Anstellung von Personen mit einer generell geregelten Qualifikation« (Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft* [1921], 5. Aufl., Tübingen 1972, S. 551).

Entstanden ist das Berufsbeamtentum in vordemokratischer, absolutistischer Zeit. Dennoch war es sachgemäß, auf Strukturen des überkommenen Berufsbeamtentums zurückzugreifen, denn die Versachlichung und Regelbindung der Amtstreue, die der Tendenz nach schon in den frühesten Perioden des Beamtentums nachweisbar ist – deutlich bereits bei Jean Bodin –, war mit einer demokratischen Verfassung nicht nur vereinbar, sondern für sie geradezu erforderlich. Die von den bürgerlichen Fürstendienern im Rahmen des Absolutismus bereits eingeleiteten Entwicklungen einer Abstraktion von der Person des Fürsten zugunsten einer Objektivierung der öffentlichen Aufgaben konnten und mußten von der Volkslegislative eines demokratischen Staates aufgegriffen und genutzt werden. Es besteht für unsere heutige Interpretation des Beamtenrechts Veranlassung, die aus den Motiven des Grundgesetzes erkennbaren, einer korrekten juristischen Interpretation verpflichteten Argumente wieder stärker zur Geltung zu bringen. Der Rückgriff auf den vordemokratischen Begriff einer über die loyale Erfüllung aller konkreten dienstlichen und außerdienstlichen gesetzlichen Obliegenheiten hinausgehenden Pflicht zu einer »Identifikation mit der Idee (sic!) des Staates« (BVerfGE 39, 347 f.), widerspricht der sonstigen Judikatur des BVerfG, nur solche – vordemokratischen – Grundsätze des Berufsbeamtentums aufzugreifen, die mit einer demokratischen Grundordnung vereinbar sind. Das Bundesverfassungsgericht knüpft an die Demokratisierung des Berufsbeamtentums durch die Weimarer Reichsverfassung an, indem es postuliert, als hergebracht im Sinne des Art. 33 Abs. 5 GG könne ein Grundsatz des Berufsbeamtentums nur gelten, wenn er

»allgemein oder doch vorwiegend während eines längeren traditionsbildenden Zeitraums, mindestens unter der Weimarer Reichsverfassung, als verbindlich anerkannt und gewahrt worden ist« (BVerfGE Bd. 8, S. 342 und passim).

Gerade mit den alten Traditionen einer über die korrekte und loyale Erfüllung der gesetzlichen Pflichten hinausgehenden besonderen politischen Treuepflicht aber hatte die Weimarer Reichsverfassung gebrochen. Sie forderte die überwiegend monarchisch gesinnten Beamten auf, unter Garantie ihrer gesetzlichen Ansprüche, ihre amtliche Tätigkeit fortzusetzen, sofern sie bereit waren,

»unbeschadet ihrer persönlichen politischen Gesinnung den Anordnungen der Regierung und der nachgeordneten Behörde Folge zu leisten«. Allgemeine Verfügung der preußischen Regierung vom 27. November 1918, Justizministerialblatt für die preußische Gesetzgebung und Rechtspflege, abgedruckt bei Edmund Brandt (Hg.), Die politische Treuepflicht. Rechtsquellen zur Geschichte des deutschen Berufsbeamtentums (mit einer Einleitung von Hans Mommsen: Beamtentum und demokratischer Verfassungsstaat), Karlsruhe 1976, S. 94 f. »Allen Beamten wird die Freiheit ihrer politischen Gesinnung und die Vereinigungsfreiheit gewährleistet«, WRV vom 11. 8. 1919, Art. 130 Abs. 2.

Das Republikenschutzgesetz stellte eine Reihe von konkreten Normen für die Ausübung republikanischer Amtspflichten auf.

Verbot des Mißbrauchs amtlicher Stellung und Einrichtungen, der Mißachtung der republikanischen Staatsform, seiner Organe und Symbole, der Vorgesetztenstellung, der Duldung untersagter Handlungen bei Untergebenen u. a. Vgl. Gesetz über die Pflichten der Beamten zum Schutz der Republik vom 21. Juni 1922, RGBl. 22 I, S. 590 ff.; abgedruckt bei Brandt, a.a.O., S. 100 ff.

Kritik verdient nicht das Prinzip der Freiheit der politischen Gesinnung, sondern die mangelnde Bereitschaft der Disziplinarinstanzen, auf der Einhaltung der konkreten verfassungs- und beamtenrechtlichen Pflichten republikanischer Beamter zu bestehen. Nach der Ermordung Rathenaus erlassen, wurde das Gesetz nicht zur Bekämpfung gesetzwidriger Akte organisierter Rechtsradikaler eingesetzt; noch in den Traditionen des Anti-Sozialistengesetzes wurde es gegen links gerichtet, auch wenn von dieser Seite keine Unterwanderung des Berufsbeamtentums und Obstruktion gegenüber den Anordnungen der Reichsregierung zu fürchten war.

»Unsere politische Geschichte ist . . . von der obrigkeitlichen Bürokratie her, zu der in gewissem Maß auch Teile der Justiz noch gehören mögen (z. B. die Disziplinargerichtsbarkeit) – von diesem Erbleiden der Linksfürchtigkeit beschwert. D. h. gewisse politische Einstellungen, Anschauungen einzelner wie Kollektive stehen im Geruch des Widersetzlichen, Ungesetzlichen, Revolutionären. Das hängt zusammen mit den großen Ideologien und ihren ›Feindbildern‹. Alles was vom (geistigen) Westen kommt oder zu kommen scheint, sich von den Ideen des Westens herleitet, seine geistige Herkunft mit einer der großen westlichen Revolutionen behauptet und darlegt, ist in der Gegenwart des preußisch-deutschen Staates ›revolutionär‹, sei es im Keim, sei es schon wachsend, sei es gar schon reif und wirksam. Seit den Sozialistengesetzen ist diese Vorgeprägtheit gegen den Sozialismus und den Marxismus als seinen Ideenherd gerichtet« (Max Güde, Die Verwirrung unseres Staatsschutzrechtes, in: Max Güde/Ludwig Räiser/Helmut Simon/Karl-Friedrich von Weizsäcker, Zur Verfassung unserer Demokratie. Vier republikanische Reden, Reinbek 1978, S. 23).

Aus diesem Grunde ist die Auffassung nicht stichhaltig, gerade wegen der schlimmen Erfahrungen der Weimarer Republik müsse auf die – vordemokratischen – Traditionen der besonderen politischen Verfassungstreue zurückgegriffen werden; es wäre richtiger, das Konzept der Weimarer Republik weiterzuentwickeln, konkrete, für den Bestand unserer Verfassungsordnung erforderliche Tatbestände gesetzlich zu fixieren, und sie ohne Preisgabe juristischer Korrektheit und ohne politische Emotionalisierung anzuwenden. Es ist rechtlich zulässig und geboten, bei der Entscheidung dieser Fragen sich nicht durch allgemeine Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts gebunden zu fühlen, die außerhalb der Bindungswirkung der Entscheidung liegen.

»Es handelt sich um eine ›Vorlagesache‹, deren Vorlagegrund die Frage war, welche Ausbildungsmöglichkeit einem ›Dissidenten‹ gewährt werden muß. In dem Urteil wird die Frage dahin entschie-

den, daß der Staat neben einem Vorbereitungsdienst, der im Beamtenverhältnis zurückzulegen ist, auch für diejenigen, für die ein Beruf innerhalb des Staatsdienstes nicht in Betracht kommt, einen gleichwertigen, nicht diskriminierenden Vorbereitungsdienst anbieten muß, der ohne Berufung in das Beamtenverhältnis geleistet werden kann. Damit habe ich m. E. den Rechtsatz der Entscheidung erschöpfend wiedergegeben. Alles andere ist Beiwerk . . . und daher nicht bindend. Es bindet nur der Tenor des Urteils einschließlich der Gründe, die den Urteilsatz tragen, ohne die er also nicht bestehen könnte. Nicht bindend sind alle Ausführungen des Urteils, die man weglassen oder auch ausstreichen könnte, ohne den Entscheidungssatz in seiner Geltung zu mindern« (Max Güde, a.a.O., S. 36).

Ich bitte das Gericht, die Frage, ob Herr Peter seine Beamtenpflichten erfüllt oder verletzt habe, an dem verfassungsrechtlich korrekten Maßstab einer konkreten, regelgebundenen Pflichtenstellung zu messen und ihn vor der Staatsverwaltung zu schützen, wenn sie entgegen den Verfassungsgarantien lediglich seine politischen Anschauungen mißbilligt.

4. Rechtsförmigkeit der Beamtenpflichten oder besonderes Gewaltverhältnis

Zu den grundlegenden Modifikationen des ursprünglichen Fürstendienertums gehörte es, daß die Weimarer Reichsverfassung das Beamtenverhältnis an die Erfordernisse des demokratischen Rechtsstaates anpaßte und in Art. 128 Abs. 3 bestimmt: »Die Grundlagen des Beamtenverhältnisses sind durch Reichsgesetz zu regeln.«

Seitdem stellt sich das große Thema für das Öffentliche Recht, das Beamtenverhältnis so zu durchdringen, daß die früher als besonderes Gewaltverhältnis umrissenen Positionen in ein besonderes Rechtsverhältnis verwandelt werden können, wobei Rechte und Pflichten in den Formen eines Parlamentsgesetzes fixiert werden.

Ich will hier darauf verzichten, im einzelnen darzustellen, wie die neuen Postulate – teilweise in widersprüchlichen Entwicklungen und nicht ohne Rückschläge – allmählich Konturen angenommen haben. Es ist die Leistung der Rechtswissenschaft seit 1949, die besonderen Gewaltverhältnisse insgesamt neu durchdacht und im Ergebnis den alten Forderungen Hans Kelsens weitgehend Geltung verschafft zu haben, daß der Rechtsstaat nur Rechtsverhältnisse kennt.

Im Beamtenrecht sind die traditionellen Vorstellungen noch relativ stark lebendig; es sei nicht möglich, die Fülle der einzelnen Aspekte der Beamtenpflichten in rechtsförmiger Weise zu konkretisieren. Statt die Ansätze einer konkreten Positivierung der Beamtenpflichten im Republikenschutzgesetz weiterzuentwickeln, hat § 52 Abs. 2 des BBG die politischen Loyalitätspflichten nur in der Form einer Generalklausel umrissen. Der Beamte

»muß sich durch sein gesamtes Verhalten zu der freiheitlich-demokratischen Grundordnung im Sinne des Grundgesetzes bekennen und für deren Erhaltung eintreten«.

Allerdings stellt sich der Beamtengesetzgeber wohl vor, damit den geänderten Anschauungen Rechnung getragen zu haben, indem er die bisher gesetzlich nicht näher präzisierten Loyalitätspflichten immerhin versucht hat, gesetzlich zu regeln.

Nachdrücklich möchte ich der etwaigen Kritik entgegentreten, als impliziere die hier entwickelte Argumentation, die erwähnten gesetzlichen Bestimmungen hätten keine Geltung. Sie haben durchaus eine mit unserer Verfassungsordnung vereinbare Bedeutung. Ich wende mich nur gegen eine sie ins Uferlose ausdehnende Interpretation.

Zu einer verfassungskonformen Interpretation vgl. unter 8 (S. 19).

Die Kritik impliziert vor allem auch nicht die Vorstellung, als dürften die Beamten bis zur Grenze der Verwicklung in Strafrestatbestände alles tun, was ihnen beliebt. Selbstverständlich ist der Gesetzgeber befugt, bei ausreichender verfassungsrechtlicher Ermächtigungsgrundlage, die, wie ausgeführt, richtigerweise in der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung zu sehen ist, konkrete Dienstpflichten der Beamten zu normieren.

Die Kritik an den erwähnten Bestimmungen beschränkt sich darauf, sie nicht als eine selbständige gesetzlich fixierte Pflicht zu betrachten, weil es dem Gesetzgeber nicht gelungen ist, klare Konturen zu umreißen. Es handelt sich in Wahrheit um eine bloße Blankettbestimmung, die die gesamte inhaltliche Definition der politischen Treuepflicht aus der Sphäre des nach dem Prinzip des Vorbehalts des Gesetzes zuständigen Gesetzgebers in die Sphäre der hierfür nicht zuständigen Verwaltungsbehörden und Gerichte verlagert. Die Formel macht es bei einer exzessiven Interpretation möglich, faktisch einen Zustand wiederherzustellen, der dem überwunden geglaubten besonderen Gewaltverhältnis entspricht, weil wegen der Unbestimmtheit der rechtlichen Tatbestände die Möglichkeit besteht, die Blankettbestimmung wieder mit vordemokratischen Anschauungen aufzufüllen.

»Diese Gefahr des ständigen Durchgriffs aus der hehren begrifflichen Höhe des öffentlich-rechtlichen Treueverhältnisses begründet eben doch eine Gewaltunterworfenheit des Beamten, die den Wandel vom »besonderen Gewaltverhältnis« zum »besonderen Rechtsverhältnis« nur zu einem Etikettenschwindel macht, weil ein materieller Rechtsstatus »konkrete, inhaltlich bestimmte und begrenzte Rechte und Pflichten« umschließt . . . (.) Das »Gewaltverhältnis« dagegen ist eine »potentiell unbegrenzte Gewaltunterworfenheit.« (Helmut Lecheler, Die Treuepflicht des Beamten. Leerformel oder Zentrum der Beamtenpflicht?, in: Zeitschrift für Beamtenrecht, 1972, S. 231).

Ist es nicht geglückt, die politische Loyalität mit der Formel von der freiheitlich-demokratischen Grundordnung im Sinne des Grundgesetzes in der Form des Gesetzes genügend konkret zu bestimmen, so liegt das nicht daran, womit die Aufrechterhaltung des besonderen Gewaltverhältnisses in offener oder verdeckter Form immer gerechtfertigt wird, daß es nicht möglich sei, die Vielfalt der Pflichten konkret zu umreißen. Das Republikenschutzgesetz von Weimar enthielt durchaus Ansatzpunkte, die Aufrechterhaltung verfassungsrechtlicher und gesetzlicher Loyalität des öffentlichen Dienstes mit Hilfe konkreter amtlicher und außerdienstlicher Obliegenheiten zu garantieren.

Der Grund, weshalb die Formel von der freiheitlich-demokratischen Grundordnung nicht geeignet ist, als eine geglückte Konkretisierung amtlicher Obliegenheiten zu gelten, liegt vielmehr in der Unmöglichkeit, innerhalb von politischen Bestrebungen, die sich im Rahmen des allgemein Erlaubten halten, die gefährlichen von den ungefährlichen in rechtsförmiger Weise evident zu unterscheiden.

5. Schwierigkeiten, allgemeine politische Tendenzen rechtsförmig zu verbieten

Vor über einem Jahrhundert hat Rudolf v. Gneist bei den Auseinandersetzungen um das Anti-Sozialistengesetz Bismarcks vom 21. 10. 1878 rechtstheoretische Überlegungen angestellt, die für uns ihre Aktualität nicht verloren haben.

Rudolf von Gneist teilte die weitverbreitete Auffassung, die Sozialdemokratie sei eine gemeingefährliche Organisation.

»Die Mehrheit der deutschen Nation ist ernstlich überzeugt, daß die sozialdemokratische Organisation Staat und Gesellschaft mit schwerer und dringender Gefahr bedroht, und daß diese Gefahr durch ein Reichsgesetz abgewandt werden soll« (Rudolf von Gneist, Das Reichsgesetz gegen die gemeingefährlichen Bestrebungen der Sozialdemokratie staatsrechtlich erörtert, Springer, Berlin 1878, S. 3).

Er hält das Reichsgesetz auch für zulässig, und zwar als Verwaltungsgesetz, das im Rahmen polizeilicher Gefahrenabwehr die Funktion hätte, die administrative Tätigkeit der Verwaltungsbehörden zu koordinieren.

Für die Berechtigung einer administrativen, polizeirechtlich begründeten Gefahrenabwehr sah Rudolf von Gneist damals keine Probleme. Bei dem seinerzeit limitierten Verwaltungsrechtsschutz, der die Verwaltungsfunktion, was erst Art. 19 Abs. 4 GG prinzipiell geändert hat, noch nicht unbeschränkt als Rechtsfunktion verstand, entsprach eine administrative Repression von politischen Parteien den Anschauungen des halb-parlamentarischen Systems Bismarcks.

Ein Strafgesetz gegen die Sozialdemokratie dagegen hielt Rudolf von Gneist für undenkbar.

»Ein Justizgesetz gegen die Sozialdemokratie, welches Anstifter, Teilnehmer und Begünstiger der sozialdemokratischen Agitation als solche unter Strafe stellt, erscheint mir als unmöglich. Wäre es möglich, so wäre es durch allseitiges Bemühen sicherlich schon zustande gekommen.

Es erscheint unmöglich, weil die Merkmale einer gemeingefährlichen sozialdemokratischen Agitation sich nicht als Tatbestand eines Vergehens rechtlich begrenzen lassen.

Jeder Versuch dieser Art scheitert an der Unmöglichkeit einer Definition. Die immer noch flüssigen Ideen des Sozialismus – einer Umwandlung des privatwirtschaftlichen in den gemeinwirtschaftlichen Betrieb, des Privateigentums in öffentliches Eigentum, des Privatdienstes und Privatlohnvertrages in öffentlichen Dienst und Besoldung – sind rechtlich nicht zu scheiden von schon bestehenden, anerkannten Verhältnissen der heutigen Staats- und Gesellschaftsordnung; niemand kann sagen, an welchem Punkt ein rechtswidriges oder gemeingefährliches Bestreben dabei anfängt.«

»Ein dauerndes, normales Strafgesetz gegen die Tendenzen der Sozialdemokratie würde als solches auch in Widerspruch mit den anerkannten Grundsätzen der Pressfreiheit und des Vereinsrechts treten. Die Aufhebung der Zensur beruht auf der seit hundert Jahren zur Geltung gekommenen Wahrheit, daß die Gemeingefährlichkeit eines ausgesprochenen Gedankens sich nicht im voraus durch eine Rechtsnorm dauernd und unabänderlich bestimmen läßt. Ein ausgesprochener Gedanke soll daher nicht um seiner Gefährlichkeit willen unterdrückt werden, sondern nur in bestimmten Fällen einer Rechtsverletzung, der Verletzung einer definierten Strafsatzung oder einer formellen Polizeivorschrift. Eine Richtung gegen Staat, Kirche, Gesellschaft läßt sich nicht im allgemeinen verbieten, ohne die Freiheit des Gedankenausdrucks aufzuheben. Denn das ganze öffentliche Leben beruht auf einer Kette berechtigter Bestrebungen zu Verbesserungen, also Änderungen in Staat, Kirche und Gesellschaft. Die ganze Gesetzgebung besteht aus fortlaufenden Reformen, also Änderungen in Staat und Gesellschaft. Ein dauerndes Strafgesetz gegen die Sozialdemokratie träte also in Widerspruch mit dem Wesen der Pressfreiheit, des Vereinsrechts, insbesondere aber mit dem Koalitionsrecht der arbeitenden Klassen, welches die deutsche Gesetzgebung in Übereinstimmung mit den Kulturstaaten Europas als eine Grundlage der heutigen Gesellschaft unwiderruflich anerkannt hat« (Gneist, a.a.O., S. 4 ff.).

Die noch immer »flüssigen Ideen« des Sozialismus konnten, nach Gneist, einer rechtsförmigen Diskriminierung nicht unterworfen werden, obwohl die Sozialdemokratie des Kaiserreichs mit ihrer Massenbasis eine weit größere politische Herausforderung des

Bismarck-Systems darstellte als die versprengten kommunistischen Gruppierungen heute für uns. Nur wenige korrekte, weitschauende, den Prinzipien des Liberalismus verpflichtete Wissenschaftler, wie später Max Weber und Ernst Troeltsch, haben sich den damals vorherrschenden Emotionen entgegengestellt. Sie haben der Aufrechterhaltung der bürgerlichen Demokratie sicher einen viel wirksameren Dienst getan als diejenigen, die sich an den irrationalen Sozialistenverfolgungen beteiligt, sie zur nationalen Tugend erhoben und damit den Boden für die faschistische Sozialistenverfolgung bereitet haben.

6. Tatbestandslose Freund-Feind-Erklärung

Art. 21 Abs. 2 GG setzt voraus, daß eine Partei, die die Verfassungsordnung gefährdet, als verfassungswidrig verboten werden kann. Eine nicht verbotene Partei kann nicht als verfassungswidrig in diesem juristisch-terminologischen Sinne behandelt werden. Es ist daher charakteristisch, daß in der Judikatur sich der in der Verfassungsordnung nicht vorgesehene Begriff der »Verfassungsfeindlichkeit« durchgesetzt hat.

Seine Verwendung impliziert aber, wie das Bundesverfassungsgericht mit Recht hervorhebt, nur das Recht,

»daß die Überzeugung gewonnen und vertreten werden darf, diese Partei verfolge verfassungsfeindliche Ziele und sei deshalb *politisch* zu bekämpfen« (BVerfGE Bd. 39, S. 360, Hervorhebung von mir).

Ausdrücklich hält der Radikalen-Beschluß des Bundesverfassungsgerichts an seiner Judikatur fest, daß ein Verbotverfahren politischer Parteien konstitutive Bedeutung besitzt, legale Parteien nur politisch bekämpft und in ihren politischen Aktivitäten nicht »rechtlich gehindert werden« dürfen.

BVerfGE Bd. 39, S. 357, unter Bezugnahme auf BVerfGE Bd. 5, S. 140, Bd. 12, S. 304f. Vgl. dazu ferner BVerfGE Bd. 17, S. 155 ff. »Von entscheidender Bedeutung ist es, daß nach dem Bundesverfassungsgericht die Parteizugehörigkeit und die Betätigung für die Partei bis zum Parteiverbot nicht rechtswidrig, sondern rechtmäßig ist und infolgedessen nicht bestraft werden kann. Erst das konstitutiv wirkende Parteienverbot macht eine Bestrafung möglich, aber nicht für die Vergangenheit. Seltsam, daß diese eindeutigen rechtlichen Grundsätze des Bundesverfassungsgerichts in den beiden Entscheidungen und manchen anderen von so vielen »gescheiterten« Leuten nicht zur Kenntnis genommen worden ist« (Max Güde, a.a.O., S. 30).

Die Entlassung eines Beamten wegen der Klassifizierung seiner politischen Anschauungen als verfassungsfeindlich durch administrative Instanzen würde aber, was schlechterdings nicht bestritten werden kann, keine politische Auseinandersetzung mehr sein, sondern eine verbotene rechtliche Repressionsmaßnahme darstellen. Wenn das Bundesverfassungsgericht seine eigene Entscheidung in gewissen Obiter dicta selbst nicht konsequent durchhält und, indem es auf den Beurteilungsspielraum verweist, indirekt dazu beiträgt, daß die Anwendung der verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbote der gerichtlichen Kontrolle entzogen werden können, so sind jedenfalls diese Äußerungen nicht rechtlich bindend.

»Die Ausführungen, aus denen man glaubt, schließen zu können, Behörden und Gerichte seien befugt, entgegen der Entscheidung des gleichen Senats im 12. Bande implizite über die Verfassungswidrigkeit zu entscheiden, haben zu dem Entscheidungssatz des Urteils vom 22. Mai 1975 keinerlei Bedeutung. Dann ist er auch nicht bindend. Ohnehin kann die Entscheidung nicht in dem behaupteten

Sinne verstanden werden. Im Urteil vom 22. Mai 1975 befaßt sich ein Abschnitt von zehn Zeilen mit den »Angestellten im öffentlichen Dienst«. Der Abschnitt beginnt mit dem Halbsatz: »Wie der Vollständigkeit halber zu bemerken ist . . .«. Deutlicher kann man ein »Obiter dictum« nicht kennzeichnen.« »Wenn ich in dem Urteil nach klaren Formulierungen aus den nicht eindeutigen Gedanken suche, dann finde ich die Aussage, daß die Bundesregierung durch die Tatsache des Nicht-Verbotenseins einer Partei nicht gehindert sei, eine Partei, die »verfassungsfeindliche Ziele« verfolgt, politisch zu bekämpfen – z. B. sie in ihrem jährlichen Verfassungsschutzbericht zu schildern und zu bewerten. Dazu sage ich nur: »Kein Einwand! Politisch ja, sage ich, rechtlich nein!« Der Eckstein der Entscheidung im 12. Bande, daß die Betätigung in einer nicht vom Bundesverfassungsgericht verbotenen Partei rechtmäßig sei, ist durch die Entscheidung im 39. Bande vom 22. Mai 1975 überhaupt nicht berührt« (Max Güde, a.a.O., S. 36 f.). »Nun ist es ohne Zweifel ein »rechtliches Geltendmachen«, wenn die Mitgliedschaft in einer Partei, von der die Einstellungsbehörde annimmt, daß sie den Tatbestand des Art. 21 Abs. 2 S. 1 GG erfüllt, zum – wie immer modifizierten – Tatbestandsmerkmal einer Norm erhoben wird, deren Rechtsfolge die Ablehnung eines Beamtenbewerbers ist« (Ralf Dreier, a.a.O., mit Hinweis auf das Sondervotum Rupp, in: BVerfGE Bd. 39, S. 380 ff.). Der Charakter des Obiter dictum wird dadurch unterstrichen, daß unbeschadet der Sondervoten festgestellt wird, daß die Entscheidung im Ergebnis einstimmig erfolgt sei (BVerfGE Bd. 39, S. 375), was nur heißen kann, daß die Kontroversen um die Obiter dicta offenbleiben konnten, da sie die Entscheidung nicht trugen.

Da eine gesetzmäßige Grundlage für die Diskriminierung von Dissidenten nicht gegeben ist, kann der heute verwendete Begriff des Verfassungsfeindes nur als Wiederbelebung der Theorie der Politik von Carl Schmitt betrachtet werden.

Anknüpfend an die Erklärung des katholischen Zentrums, der Sozialdemokratie, der Elsässer und Polen zu Reichsfeinden durch Bismarck und in Vorwegnahme der Behandlung ganzer Bevölkerungsgruppen als Volksfeinde durch Hitler, hatte Carl Schmitt eine jeder rechtsstaatlichen Methodologie widersprechende Manipulationsmöglichkeit der Weimarer Reichsverfassung ersonnen. Zunächst hatte er den Begriff der Politik nur auf seine Weise »definiert«. Während wir unter dem Wesen der Politik die Formen des Zusammenlebens auf der Basis von Konsens und Dissens betrachten, sieht er in dem politischen Gegner den Feind, bezeichnet als Wesen der Politik, in diesem Feind eine Bedrohung der eigenen Existenzform zu betrachten, postuliert kurzerhand das Recht, diese vermutete Negation ihrerseits zu negieren und den angeblichen Feind zu vernichten.

Carl Schmitt, Der Begriff des Politischen (1927), Text von 1932 mit einem Vorwort und drei Corollarien, Berlin 1963.

Dann aber zieht er den Begriff der Politik gewissermaßen als Grundaxiom vor die Klammer des Verfassungsrechts und verschafft sich so eine Möglichkeit, von dieser außergesetzlichen theoretischen Position aus die rechtlichen Garantien der Weimarer Verfassung vollkommen auszuhöhlen.

Über Tendenzen, die vorherrschenden gesellschaftlichen, nicht juristisch-tatbestandlichen Wertungen über Generalklauseln auch auf das Zivilrecht durchschlagen zu lassen, wie das in größerem Umfang in der Judikatur während der Weimarer Republik beobachtet werden konnte, vgl. Johann W. Gerlach, Radikalenfrage und Privatrecht, Tübingen 1978 (Recht und Staat, 482/3).

Das abschreckende Beispiel dieser Korruption des Rechtsstaates müßte eigentlich dazu führen, bei der Verwendung des Begriffes »Feind« für politische Gegner im Blick auf die unermesslichen Konsequenzen, die diese Pervertierung des Politikverständnisses

mit sich gebracht hat, wenigstens für einen Moment den Atem anzuhalten. Es scheint aber, daß in der Tatbestandslosigkeit der Denkfigur eines Verfassungsfeindes in verwandelter Form die Gespenster der Vergangenheit wieder gegenwärtig werden, die wir bis auf den Kulturkampf und das Anti-Sozialistengesetz Bismarcks, ja sogar bis zum Kampf gegen die »Demagogen« Metternichs, den Vorvätern unseres Verfassungsstaates, zurückverfolgen können.

»In Bismarcks Erinnerungen ist jenes grotesk-symbolische Bild zum Kulturkampf zu lesen: Der brave preußische Gendarm, treu und bieder, aber mit seinem Schleppsäbel ungelenkt in der Verfolgung des leichtfüßigen und listigen Priesters.« »Dem Kulturkampf folgte bald das Sozialistengesetz, das vom Staat unsicher geführt und nur halbherzig durchgefochten wurde; es war der Versuch des Staates, die aufkommende, sich als Sozialismus proklamierende Arbeiterbewegung zu unterdrücken« (Max Güde, a.a.O., S. 21).

»Seit die Sozialdemokratie bürgerlich »hoffähig« geworden ist, hat sich die generelle Linksfürchtigkeit auf den Kommunismus konzentriert, ohne den Marxismus als Bindeglied zwischen den beiden sozialistischen Bewegungen außer acht zu lassen. Der Marxismus gilt nach wie vor als verdächtig und wegen seiner politischen Ideologie als gefährlich. Wer sich als Marxist bekennt oder in der »Volksfront« sich mit dem Marxismus mischt, steht im Verdacht, ein kommunistenähnlicher und darum gefährlicher »Staatsfeind« zu sein. Ist das sozusagen naturgesetzlich so, so daß man es nie, auch nicht wenigstens in einer Ausnahmesituation überprüfen und sich vielleicht um der Existenz des Staates willen das ausnahmsweise Abgehen von der Regel vorbehalten sollte?« (Max Güde, a.a.O., S. 23 f.).

Wir haben alle Veranlassung, diese Geschichte des Abbruchs rechtsstaatlicher Garantien zu überwinden und auch für das Beamtenrecht zu postulieren, daß mit dem besonderen Gewaltverhältnis in offener oder verdeckter Form endgültig Schluß gemacht wird, damit willkürliche Diskriminierungen unterbleiben. Die zur Aufrechterhaltung unserer Rechtsordnung erforderlichen Pflichten der Beamten lassen sich in der Form klarer Gesetze positivieren. Es ist angebracht, juristische Korrektheit als Garantie des Rechtsstaats zu verlangen, nachdem in der Zeit der Machtergreifung Hitlers beobachtet werden konnte, wie unter Preisgabe handwerklicher Regeln der Rechtsinterpretation die Verfassungsordnung der Republik von Weimar mit Leichtigkeit an die Staatsideen des Nationalsozialismus angepaßt werden konnte.

1950 schreibt Ulrich Scheuner (Der Verfassungsschutz des Bonner Grundgesetzes, in: Um Recht und Gerechtigkeit. Festgabe für Erich Kaufmann, Stuttgart 1950, S. 325): »Das Recht der Gegenwart wird geradezu gekennzeichnet von der Tendenz, die Verteidigungslinien der Verfassung weit vorzulegen, die verfassungsfeindlichen Bestrebungen und Gruppierungen möglichst schon in der Entstehung zu bekämpfen. Die Demokratie, die in so hohem Maße auf die Gesinnung und die Mitarbeit ihrer Staatsbürger angewiesen ist und die den einzelnen so weite Freiheiten einräumt, kann unter den Verhältnissen der Gegenwart auf gesteigerte Sicherung gegen Mißbrauch dieser Freiheiten und die planmäßige Untergrabung der Staatsgesinnung nicht verzichten.« Dieser Verzicht auf rechtsförmige Tatbestände als Charakteristikum des Rechtsstaats im Jahre 1950 ist um so erstaunlicher, als Scheuner 1934, in »mehr oder weniger weitreichender Aufhebung des bisherigen Rechtszustandes«, dazu beigetragen hatte, die Rechtsordnung der Republik von Weimar dem »Durchbruch einer neuen Staatsidee« unterzuordnen, er aber inzwischen mit seinen nationalsozialistischen Irrtümern gebrochen hatte (vgl. Scheuner, Die nationale Revolution. Eine staatsrechtliche Untersuchung, Teil I, AÖR NF, 24 [1934], S. 167). Ähnlich schrieb damals auch Hans Hermann Ule: Trotz Fortgeltung des Vorbehalts des Gesetzes unterliege »das Institut des besonderen Pflichtverhältnisses

durch die grundlegende Umgestaltung des deutschen Staats doch einer bedeutsamen Veränderung«. »Das Eindringen der neuen Staatsidee geschieht an der Stelle, wo die Generalklausel der Zweckbestimmung des besonderen Pflichtenverhältnisses dem Eindringen neuer Auffassungen über Sinn und Zweck des Staates geradezu den Weg bahnt. Denn die Zweckbestimmung des besonderen Pflichtenverhältnisses ist, in bestimmten Grenzen jedenfalls, wandelbar und daher auch dem Wandel der Staatsidee unterworfen« (Ule, Das besondere Pflichtenverhältnis und der Wandel der Staatsidee, in Reichsverwaltungsblatt 55 [1934], S. 651, 654). Bei diesem Rückblick geht es, wie ich betonen möchte, nicht um die Kritik der Irrtümer der Vergangenheit, die die beiden Autoren selber in anerkennenswerter Weise vollzogen haben, sondern um die Kritik an dem gegenwärtigen Festhalten an Rechtsfiguren, die ad absurdum geführt worden sind und als Rückfall hinter die eigenen Postulate der Rechtsstaatlichkeit gewertet werden müssen.

7. Die besondere politische Treuepflicht und das formelle Disziplinarrecht

Eine Entfernung des Beamten aus dem Dienst kommt nur in Betracht, wenn er schuldhaft die ihm obliegenden Pflichten verletzt (§ 45 Abs. 1 S. 1 BBG). Bis zum Radikalen-Beschluß stand die Rechtsprechung auf dem Standpunkt, daß die politischen Anschauungen, deren Diskriminierung unzulässig ist (§ 8 Abs. 1 BBG, Art. 33 Abs. 2 GG), wegen des Verbots ihrer Berücksichtigung nicht zur Eignung zu zählen sind. Eine Politisierung des Eignungsbegriffs wurde nur in den Fällen bejaht, in denen die Partei, der ein Beamter angehörte, im Wege des Art. 21 Abs. 2 GG für verfassungswidrig erklärt worden ist oder in denen die politischen Anschauungen zu Handlungen des Beamten führten, die, auf der Basis einer ausreichenden verfassungsrechtlichen Ermächtigungsgrundlage, als konkrete gesetzliche Pflichten statuiert waren.

»Eine andere Frage ist es, ob die Betätigung für eine politische Partei Beamten schon deshalb verboten werden kann, weil die Partei nach Meinung ihres Dienstherrn verfassungswidrig ist. Sie hat durch den Beschluß der Bundesregierung über die politische Betätigung von Angehörigen des öffentlichen Dienstes gegen die demokratische Grundordnung vom 19. September 1950 (GMBl. S. 93) erhebliche Bedeutung erlangt, durch den den Beamten, Angestellten und Arbeitern im Bundesdienst verboten wurde, an Organisationen oder Bestrebungen gegen die freiheitlich-demokratische Grundordnung teilzunehmen oder sie sonst zu unterstützen. Unter den Organisationen, deren Unterstützung mit den Dienstpflichten unvereinbar sei, wurden auch die Kommunistische Partei Deutschlands mit allen ihren Unterorganisationen und die Sozialistische Reichspartei aufgeführt, die damals noch nicht vom BVerfG für verfassungswidrig erklärt worden waren. Der Beschluß der Bundesregierung nahm also die Entscheidung des BVerfG über die Verfassungswidrigkeit der KPD und der SRP für den Bereich des öffentlichen Dienstes vorweg. Er mußte dazu führen, daß die Disziplinargerichte (bei Beamten auf Lebenszeit), die Verwaltungsgerichte (bei Beamten auf Widerruf) und die Arbeitsgerichte (bei Angestellten und Arbeitern) incidenter auch über die Verfassungswidrigkeit einer politischen Partei zu entscheiden hatten. Das ist ihnen aber durch Art. 21 II verwehrt, wonach über die Frage der Verfassungswidrigkeit einer politischen Partei nur das BVerfG entscheidet. »Solange nicht das Bundesverfassungsgericht gemäß Art. 21 Abs. 2 Satz 2 GG die Entscheidung getroffen hat, daß eine Partei verfassungswidrig ist, kann sich im Rechtsleben niemand darauf berufen.« Das muß auch für die Tätigkeit von Angehörigen des öffentlichen Dienstes für solche Parteien gelten. Der Beschluß der Bundesregierung vom 19. September 1950 war daher, soweit er sich auf die KPD und die SRP bezog, wegen Verstoßes gegen Art. 21 II unzulässig« (Carl Hermann Ule, Öffentlicher Dienst, in: Bettermann/Nipperdey [Hg.], Die Grundrechte, IV 2, Berlin 1962, S. 604 f. mit Nachweisen). Ferner: »Jedoch ist die Mitgliedschaft in einer Partei verfassungsrechtlich geschützt, solange die Verfassungswidrigkeit der betreffenden Partei nicht durch das Bundesverfas-

sungsgericht festgestellt worden ist (Art. 21 Abs. 2 GG), so daß auch beamtenrechtlich die Verfassungstreue eines Mitgliedes dieser Partei nicht in Frage gestellt werden darf« (Kurt Behnke, Bundesdisziplinarordnung. Kommentar, 2. Aufl., Stuttgart 1954, S. 86 Rn. 59).

Gestützt auf den Radikalen-Beschluß des Bundesverfassungsgerichts wird diese Linie aufgegeben: Für den Fall, daß eine Prognose über die mutmaßliche Erfüllung der Loyalität gestellt werden muß, wird den Verwaltungsbehörden incidenter das dem Bundesverfassungsgericht vorbehaltene Prüfungsmonopol vindiziert.

Unbeschadet der hier vorgetragenen Kritik an den Obiter dicta des Radikalen-Beschlusses, die sich mit dieser Frage beschäftigen, und unbeschadet der weitergehenden Kritik, daß es außerhalb der rechtlichen Kompetenz des Bundesverfassungsgerichts liegt, sein Monopol der Erklärung der Verfassungswidrigkeit von Parteien auch nur indirekt einzuschränken, gelten im Bereich des formellen Disziplinarrechts andere Prinzipien, auf die das Bundesverfassungsgericht im übrigen selbst hingewiesen hat.

»In jedem Fall ist die Entfernung aus dem Dienst jedoch nur aufgrund eines *begangenen konkreten Dienstvergehens* möglich. Das Dienstvergehen besteht nicht einfach in der »mangelnden Gewähr des Beamten dafür, daß er jederzeit für die freiheitlich-demokratische Grundordnung eintreten werde, sondern in der nachgewiesenen Verletzung jener Amtspflicht, »sich durch sein gesamtes Verhalten zu der freiheitlich-demokratischen Grundordnung im Sinne des Grundgesetzes zu bekennen und für deren Erhaltung einzutreten«. Dabei ist zu beachten, daß sich der umschriebene Inhalt der Treuepflicht der Beamten nicht völlig mit dem Inhalt der disziplinar zu ahndenden Treuepflichtverletzung des Beamten deckt, weil zum letztgenannten Tatbestand ein Minimum an Gewicht und Evidenz der Pflichtverletzung gehört« (BVerfGE Bd. 39, S. 350, Hervorhebung im Original).

Da die dienstlichen Äußerungen über den Beamten Hans Peter seine Eignung, Befähigung und fachliche Leistung bejahen und keinerlei Hinweise ersichtlich sind, daß er seine konkreten beamtenrechtlichen Obliegenheiten innerhalb oder außerhalb des Dienstes nicht oder mangelhaft erfüllt hätte, kann der Vorwurf einer schuldhaften Dienstpflichtverletzung nur mit den politischen Anschauungen des Beamten begründet werden. Ist jemand zum Beamten ernannt, so genügen die bei Prognoseurteilen bis zu einem bestimmten Grade unvermeidlichen Mutmaßungen nicht mehr. Es gelten die normalen beamtenrechtlichen Möglichkeiten und Kriterien der Beurteilung der tatsächlichen Erfüllung der dienstlichen Tätigkeit und des außerdienstlichen Verhaltens. Bei einer mehr als zwanzigjährigen Tätigkeit im öffentlichen Dienst müßte es ja inzwischen deutlich geworden sein, ob die politischen Anschauungen des Beamten dazu führen, daß er seine dienstlichen Obliegenheiten nicht oder mangelhaft erfüllt.

Der handlungsorientierte Begriff einer schuldhaften Dienstpflichtverletzung kann nicht durch politische Anschauungen allein erfüllt werden, auch nicht durch das Äußern und Eintreten für diese Anschauungen im Rahmen des allgemein Erlaubten, am allerwenigsten durch Mitgliedschaft in einer politischen Partei und die normalen Aktivitäten für eine entsprechende politische Anschauung. Das würde, wie bereits dargelegt, gegen das aus Art. 21 Abs. 2 GG folgende Verfassungsverbot für alle Behörden und Gerichte verstoßen, vor einer formellen Erklärung der Verfassungswidrigkeit einer Partei durch das Bundesverfassungsgericht ihre Verfassungswidrigkeit mit rechtlichen Mitteln geltend zu machen.

Darüber hinaus würde die Konstruktion einer schuldhaften Dienstpflichtverletzung, be-

gangen durch das Haben von politischen Anschauungen, auf deren innere, subjektive Evidenz die Rechtsfigur des Vorsatzes und der Schuldhaftigkeit überhaupt nicht paßt, in sich absurd sein und jedenfalls die Tatbestandsmäßigkeit der Beamtenpflichten und des Disziplinarrechts von innen zersetzen.

8. Verfassungskonforme Interpretation von § 52 Abs. 2 BBG

Allerdings gibt es, um auf die S. 10 unten offengelassene Frage zurückzukommen, durchaus Fälle, in denen die Interpretation von § 52 Abs. 2 BBG zu Zweifeln keinerlei Anlaß gibt.

Die Beamten sind bei ihrer Tätigkeit an konkrete, rechtlich umrissene Pflichten gebunden, die im Diensteid summarisch zusammengefaßt sind und im Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung ihre verfassungsrechtliche Ermächtigungsgrundlage finden. Es ist denkbar, daß ein Beamter diese ihm obliegenden Pflichten verletzt. Es wäre denkbar, daß sich in einem solchen Fall ein Beamter darauf beriefe, seine – geschützten – politischen Anschauungen machten ihm eine loyale Pflichterfüllung unmöglich.

In einem solchen Fall stellt es § 52 Abs. 2 BBG in wünschenswerter Deutlichkeit außer Zweifel, daß es zur Rechtfertigung konkreter Pflichtverletzung nicht hilft, sich auf politische Anschauungen zu berufen. § 52 Abs. 2 BBG verdeutlicht, daß im Rahmen einer ausreichenden verfassungsrechtlichen Ermächtigung durchaus Eingriffe in den Grundrechtsbereich der Beamten zulässig sind, wofür allerdings, wie bei allen anderen Eingriffen, nach der Lehre vom Vorbehalt des Gesetzes die Form der Legalität zu wahren ist. Hierin kann auch der Sinn der Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts gesehen werden, daß weder die Verwicklung eines Beamten in Strafrechtstatbestände noch die verfassungsgemäße Prüfung der Eingangsvoraussetzungen bzw. der Beurteilung der Erfüllung dienstlicher gesetzlicher Pflichten voraussetzen, daß die Partei, die einen Beamten zur Pflichtverletzung veranlaßt, ihrerseits vorher verboten sein müßte. Insofern handelt es sich in der Tat um zwei rechtlich getrennte Bereiche (vgl. dazu BVerfGE Bd. 39, S. 358 ff.).

Trennbar sind sie aber nur, wenn die beamtenrechtlichen Pflichten in der Form des Gesetzes statuiert sind und das Gesetz auf einer ausreichenden verfassungsrechtlichen Ermächtigung beruht, wofür nicht die vordemokratische Formel eines Treueverhältnisses mit ihren irrationalen Beimengungen, sondern nur das Verfassungsprinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung in Betracht kommt.

Nicht möglich ist es aber, § 52 Abs. 2 BBG dazu zu verwenden, in Fällen loyaler Erfüllung der dienstlichen Obliegenheiten die Pflichtverletzung zu fingieren. Es heißt: »Die Fiktion ist die Poesie der Prosa!« Aber es ist nicht die Aufgabe der Rechtsordnung, einem loyalen Beamten die Illoyalität anzudichten. Im Gegensatz zu der Ausnahmesituation von Prognoseentscheidung kann und muß ein langjähriger Beamter nach seinen tatsächlichen Dienstleistungen beurteilt werden. Auch wenn sich der Dienstherr etwa wegen seiner Voreingenommenheit nicht vorstellen und erklären kann, wie ein Beamter, dessen politische Anschauungen er scharf mißbilligt und für gefährlich hält, in der Lage ist, über mehr als zwanzig Jahre seine dienstlichen Obliegenheiten loyal wahrzunehmen, kann er diese Realität nicht hinwegfingieren und, um die Verwicklung mit der Realität prinzipiell zu lösen, die Fiktion kurzerhand für unangreifbar und unwiderlegbar erklären.

Es ist, auch im europäischen Maßstab, an der Zeit, die entstellenden Feindbilder auf ihren Wirklichkeitsgehalt hin zu überprüfen und das Verhältnis von Dichtung und Wahrheit neu zu bestimmen.

Ein tatbestandsloses Beamten delikt ist aber begrifflicher Weise nicht in die erforderliche Legalform zu bringen.

»Zum förmlichen Disziplinarverfahren ist die Frage aufzuwerfen, ob die Disziplinarstrafe dem Gebot des Art. 103 GG »nulla poena sine lege« unterliegt, d. h. ob sie eines Straftatbestandes bedarf und ob sich hinsichtlich des etwaigen Tatbestandes das Verbot der Rückwirkung ergibt.

Im Einklang mit der gesamten Literatur hat der Bundesdisziplinarhof eindeutig die Geltung jenes Gesetzes »nulla poena sine lege« bejaht, und zwar mit der kennzeichnenden Wendung, daß auch im Disziplinarrecht der Angeklagte nicht mit neugeschaffenem Recht »überfallen« werden dürfe.

»Erstaunlicherweise vertreten Literatur und Rechtsprechung einhellig die Auffassung, daß die Vielfalt des Disziplinarstoffes eine tatbestandsmäßige Ausformulierung nicht zulasse. Somit beruht das ganze Disziplinarstrafrecht auf § 54 S. 3 BBG, der besagt, daß der Beamte zu einem Verhalten verpflichtet sei, das der Achtung und dem Vertrauen gerecht wird, die sein Beruf erfordert. Diese Formel nennen die Herren Kollegen vom Disziplinarrecht einen »Grundtatbestand«. Aber sie werden jemanden, der sein Leben lang mit Strafrecht umgegangen ist, nicht dazu bringen, zuzugeben, daß es sich hierbei nicht um eine Generalklausel handelt, die unmöglich den Zweck eines Straftatbestandes erfüllt, nämlich die Vielfalt der Strafmöglichkeiten berechenbar zu machen und nicht nur »Willkür«, sondern auch schon »maßstablose Unsicherheit« zu verhindern. Zugegeben, daß auch schon vage Tatbestände durch Rechtsprechung begrenzt werden können. Aber im Disziplinarverfahren handelt es sich gegenwärtig darum, daß eine völlig neue Materie vor kurzem erst in das Recht eingeführt worden ist und eine klare und widerspruchsfreie Rechtsprechung der aufgeworfenen Fragen nicht vorliegt.

Der Disziplinargerichtsbarkeit ist nämlich über Nacht – ungefähr seit dem Ministerpräsidentenerlaß von 1972 – die Rolle einer »Ersatzjustiz« im politischen Staatsschutzrecht willkürlich zugeschoben worden, weil die Verwaltung offenbar die ihr vom Gesetzgeber zugedachte Rolle im Parteien- und Vereinsverbotverfahren nicht verwirklichen wollte. Dabei droht in diesen Verfahren den Angeklagten in der Strafe der Dienstentlassung die Existenzvernichtung, sozusagen die bürgerliche *capitis diminutio*, und das aufgrund einer tatbestandslosen Anschuldigung. Wenn dieses ungeordnete und rechtsstaatswidrige Verfahren bisher toleriert wurde, so muß damit ein Ende sein. Straßburg wird diese Rechtlosigkeit ebensowenig tolerieren wollen und können wie auf die Dauer das Bundesverfassungsgericht« (Max Güde, a.a.O., S. 34 f.).

9. Zur Verwischung der Grenze von Denken und Handeln

§ 52 Abs. 2 BBG hat bei verfassungsmäßiger Interpretation die Aufgabe, die Pflicht zu unterstreichen,

»daß der Beamte die bestehenden verfassungsrechtlichen und gesetzlichen Vorschriften beachtet und erfüllt und sein Amt aus dem Geist dieser Vorschriften herausführt« (BVerfGE Bd. 39, S. 334).

Er schafft in Zweifelsfällen Klarheit, daß die Nicht- oder Schlechterfüllung der konkreten gesetzlichen Beamtenpflichten niemals durch politische Anschauungen, welcher Art auch immer, gerechtfertigt werden kann.

Dagegen kann § 52 Abs. 2 BBG nicht gut die Funktion zuschreiben, in Fällen, in denen die politischen Anschauungen eines Beamten nicht zur Verletzung seiner konkreten verfassungs- und beamtenrechtlichen Handlungspflichten führen, einen selbständigen disziplinarrechtlichen Tatbestand zu schaffen, der seiner Natur nach dann nur noch ein

Gesinnungstatbestand sein könnte. Der disziplinarrechtliche Vorwurf der schuldhaften Dienstpflichtverletzung gegenüber einem Beamten, der seine Dienstpflichten ausweislich aller dienstlichen Beurteilungen gerade tadellos und loyal erfüllt, ist nicht nur logisch anstößig, es widerspricht auch unserer Rechtsordnung. Denn die Fixierung der denkbaren Disziplinarartbestände auf schuldhaftes Dienstpflichtverletzungen soll gerade einen Rahmen ziehen, der durch den Verweis auf bloße Gesinnungstatbestände zerstört werden würde.

»Wenn der Verdacht etwa nicht in der Behauptung von Handlungen besteht, sondern in der Unterstellung einer »falschen«, d. h. einer verdachterregenden Gesinnung, ist die Widerlegung in aller Regel unmöglich, weil sie in innere Vorgänge führt; will er diesen Beweis führen, so muß er sich selbst als Beweismaterial einführen und sein Inneres der Beurteilung des Gerichts unterwerfen« (Max Güde, a.a.O., S. 34.).

In einigen, von Verwaltung und Rechtsprechung immer wieder herangezogenen Obiter dicta hat das Bundesverfassungsgericht selbst einer bedenklichen Annäherung der Handlungssphäre an die Gesinnungssphäre Vorschub geleistet, indem es in dem KPD-Urteil ausführte:

»Die eindeutig bestimmbare Grenze zwischen wissenschaftlicher Theorie und politischem Ziel liegt dort, wo die betrachtend gewonnene Erkenntnis von einer politischen Partei, also einer ihrem Wesen zu aktivem Handeln im staatlichen Leben entschlossenen Gruppe, in ihren Willen aufgenommen, zu Bestimmungsgründen ihres politischen Handelns gemacht werden. Dann allerdings kann auch die Theorie Bedeutung gewinnen, nicht aber als solche, sondern weil sie der Vermittlung und Deutung der Ziele der politischen Partei maßgebende Anhaltspunkte liefern kann« (BVerfGE Bd. 5, S. 146.).

Wenn aber Handlungen, die als solche sich im Rahmen des allgemein Erlaubten halten, im Lichte der Theorien interpretiert werden dürfen, besteht nicht nur die Gefahr, daß diese Theorien nicht völlig verstanden sind, sondern daß damit auch die Möglichkeit der Unterstellung gegeben und die Sphäre der tatsächlichen Handlungen unermesslich erweitert wird, indem Fernziele, ohne Rücksicht auf ihre Realisierbarkeit, dem Handelnden als gefährlicher Beitrag angerechnet werden.

Diese Verwischung der Grenze zwischen Verhalten und Gesinnung hat das Bundesverfassungsgericht im Radikalen-Beschluß erneut vorgenommen.

»Das bloße Haben einer Überzeugung und die bloße Mitteilung, daß man diese habe, ist niemals eine Verletzung der Treuepflicht, die dem Beamten auferlegt ist; dieser Tatbestand ist überschritten, wenn der Beamte aus seiner politischen Überzeugung Folgerungen für seine Einstellung gegenüber der verfassungsmäßigen Ordnung der Bundesrepublik Deutschland, für die Art der Erfüllung seiner Dienstpflicht, für den Umgang mit seinen Mitarbeitern oder für politische Aktivitäten im Sinne seiner politischen Überzeugungen zieht« (BVerfGE Bd. 39, S. 351; zur Kritik an diesem Obiter dictum der Mehrheit vgl. das Sondervotum Rupp, a.a.O., S. 379).

Diese soeben zitierten Ausführungen lassen alles in der Schwebe. Sofern jemand aus seiner politischen Überzeugung die Folgerung auf Nichterfüllung oder Schlechterfüllung seiner Dienstpflichten ziehen würde, liegt ein Dissens nicht vor. Es ist ausführlich begründet worden, daß hier der verfassungskonforme Sinn einer Verpflichtung auf die freiheitlich-demokratische Grundordnung liegt. Aber die Formulierung ist von einer Offenheit, daß auch unspezifizierte »politische Aktivitäten im Sinne seiner politischen Über-

zeugungen« der Diskriminierung unterworfen werden können, wenn man dieses Dictum exzessiv interpretiert. Dann aber würde die Gefahr bestehen, die Grundstrukturen unserer Grundrechtstheorie zu erschüttern, daß bei allen Grundrechten, die es mit dem psychischen Medium und dem Internum von Gewissen, Anschauungen und Meinungen zu tun haben, ganz prinzipiell der Garantiebereich nicht im Internum, sondern in den Äußerungsformen liegt. Bekanntlich ist Gedankenfreiheit auch in Ketten möglich. Es kann nicht der Sinn dieses Obiter dictum sein, die soliden Grundlagen der Grundrechtstheorie für den Bereich der Äußerung interner Anschauungen, für das das Bundesverfassungsgericht selber so maßgebende Beiträge geleistet hat, mit dieser Nebenbemerkung wegwischen zu wollen.

Der frühere Generalbundesanwalt Max Güde hat darauf hingewiesen, daß die Einbeziehung von Fernzielen in einem fatalen Zusammenhang mit der Ausweitung des Begriffs von Vorbereitungshandlungen steht. »Im alten Recht war das Unternehmen der ›Vorbereitung zum Hochverrat‹ unter Strafe gestellt und die Rechtsprechung hatte jeden, wenn auch noch so unbedeutenden Beitrag zum angenommenen Endziel des gewaltsamen Umsturzes in die Strafbarkeit einbezogen. Auf diese Weise war der ›ideologische Hochverrat‹ begründet worden, hinter dem sich der literarische, künstlerische und geistige Hochverrat verbarg, wenn auch nur ein gedachter Schritt auf dem Wege zum Umsturz mit ihm getan war. Der Fanatismus in der Verfolgung der ›Leugner‹ des gottähnlichen Staates, verbunden mit der juristischen Unfähigkeit, den Kausalitätsfaden auf der Jagd zum Endziel zu zerschneiden, bevor seine Identität unfaßbar wird, trieb beispielsweise den Henkersknecht Freisler dazu, einen Eintrag ins Tagebuch zur Grundlage von Todesurteilen zu machen. In unseren Tagen scheint sich im Begriff der Verfassungswidrigkeit ein Rückfall in den alten Exzess anzubahnen. Dabei ist augenscheinlich die Verfassungswidrigkeit im Fortgang der Überlieferung eine neue Variante des Hochverräterischen und Staatsfeindlichen der Vergangenheit und vom Sog seiner Vorläufer bedroht. Ihr innerer Gehalt besteht notwendig in ihrer Gefährlichkeit für den Staat und seine Ordnung, ihr Mißbrauch bestände demnach in der Ersetzung der konkreten Gefährdung ›hic et nunc‹ durch abstrakte Gefährdung in Gedanken, Theorie und Ideologie. Es war kürzlich von einer Diskussion zwischen Deutschen und Italienern in der Goethe-Gesellschaft in Rom zu lesen, über unsere verfassungsrechtliche Handhabe dessen, was man vulgär ›Berufsverbot‹ nennt. Dabei warf ein italienischer Verfassungsrechtler den Deutschen vor, bei ihnen werde eine ›falsche‹ Ideologie unterdrückt, in Italien auf jeden Fall nur ein ›Verhalten‹. Der Vorwurf, der uns dabei gemacht wird, ist die Verletzung der Meinungsfreiheit durch die Poenalisierung eines ›delit d'opinion‹, das die übereinstimmende Meinung des modernen Europas seit der Aufklärung als grundrechtswidrig und als Zeichen der Unfreiheit verwirft. Man fragt überall, ob unser Staatsschutzrecht auf den gemeinsamen legitimen Grundlagen des freien Europa beruht, das die Abwehr einer konkreten Gefahr voraussetzt, oder ob bei uns ein Rückfall in nationalsozialistische Unterdrückung der Gesinnung stattfindet. Unsere Antwort ist einer grundsätzlichen Prüfung wert, weil dabei unser Ansehen im Kreis der freien Völker auf dem Spiel steht« (Max Güde, Wir brauchen Vertrauen in die Freiheit, in: Stuttgarter Zeitung, Nr. 151, 5. Juli 1977).

Wegen dieser Verwischung der Grenzen zwischen Denken und Handeln und der Rückkehr zu den unserer Verfassung widersprechenden Vorstellungen eines Gesinnungsdelikts konnten sich auch längst überwunden geglaubte Dinge wiederholen, die aus der Zeit der Demagogenverfolgung bekannt geworden sind.

Über den Kampf des Kammergerichts Berlin und namentlich der Königlichen Immediat-Untersuchungskommission zur Ermittlung verräterischer Verbindungen und anderer gefährlicher Umtriebe, an der der Kammergerichtsrat E. T. A. Hoffmann mitwirkte und deren rechtsstaatliche Entscheidungen immer wieder vom Ministerium suspendiert wurden (vgl. E. T. A. Hoffmann, Juristi-

sche Arbeiten, herausgegeben und erläutert von Friedrich Schnapp, München 1975). Obwohl er seine Tätigkeit als Schriftsteller und als Richter im allgemeinen streng getrennt hielt, hatte er in literarischer Form den Geheimen Regierungsrat Karl Albert von Kamptz in der Gestalt eines Geheimen Hofrats Knarrpanti und dessen Freude an der geheimen Staatsinquisition verspottet: »... Des Herrn Geheimen Hofrats Knarrpanti späherisches Falkenauge hat dagegen gar vieles in den Schriften des Herrn Peregrinus Tyß entdeckt, das ihn als einen höchst gefährlichen Menschen darstellt.« »Sie sagten (nämlich die Rechtsverständigen), es fehle gänzlich an einem Corpus delicti, der weise Rat Knarrpanti blieb aber fest dabei stehen, daß ihn das Delictum den Henker was kümmern, wenn er nur ein Corpus in die Faust bekäme, und das Corpus sei der gefährliche Entführer und Mörder, Herr Peregrinus Tyß.« »Das Denken, meint Knarrpanti, sei an und vor sich selbst schon eine gefährliche Operation und würde bei gefährlichen Menschen eben desto gefährlicher.« »... Daß alle die geheimnisvollen Stellen in seinen Papieren mit Recht den Verdacht erweckten, daß das, was er niederzuschreiben unterlassen noch viel Verdächtigeres, ja ein vollkommenes Zugeständnis der Tat hätte enthalten können« (E. T. A. Hoffmann, Meister Floh. Ein Märchen in sieben Abenteuern [viertes und fünftes Abenteuer]. Wegen der Knarrpanti-Affäre wurde gegen E. T. A. Hoffmann ein Disziplinarverfahren eingeleitet und die entsprechende Passage bei der Veröffentlichung durch Zensurmaßnahme unterdrückt. Über sein Disziplinarverfahren ist der Dichter verstorben. Zum damaligen Verständnis von Geistesfreiheit vgl. H. H. Houben, Der gefesselte Biedermeier. Literatur, Kultur, Zensur in der guten alten Zeit, Leipzig 1924.

Betrachtet man die Kämpfe der Vergangenheit um Demokratie und Rechtsstaat, so erscheinen die Aufgaben, die sich der Verwaltung und der Justiz einer offenen Gesellschaft stellen, als verhältnismäßig neuartig. Es wundert nicht, daß ihre Lösung nicht im ersten Anlauf gelingt und das Überwinden der vordemokratischen Traditionen Schwierigkeiten bereitet. Für das Disziplinarrecht muß aber an der Linie festgehalten werden, daß die Gesetzmäßigkeit der Tatbestände nicht durch konturenlose Generalklauseln ersetzt werden kann.

»Verfassungswidrigkeit als solche ist nicht strafbar. Sie kann im Individualstrafrecht nur sein die Wertung eines Handelns oder Unterlassens, das durch diese Wertung strafbar gemacht sein kann. So liederlich ist aber unser Recht nicht, daß jedes beliebige Handeln oder Unterlassen durch gedachte Verfassungswidrigkeit strafbar werden kann, was ja das Ende aller Sicherheit wäre. An einem solchen Pseudo-Strafbestand fehlt es unserem rechtsstaatlichen Strafrecht selbstverständlich.«

»Solcher unausweichlichen Konsequenz hat die Bürokratie auszuweichen versucht, indem sie in das – vermeintlich – tatbestandslose Disziplinarrecht einen Pseudotatbestand der Verfassungswidrigkeit, angeheizt von einem ebenso unechten Tatbestand ›Verletzung der Treupflicht‹, einschmuggelte. Mit einem solchen Kryptotatbestand haben wir nicht ›recht und schlecht‹ gelebt, sondern eindeutig schlecht: nämlich gegen Gesetz und Recht!«, Max Güde, in Güde/Raiser u. a., a.a.O., S. 44 f.

10. Totalidentifikation oder Würde der Person

Eine Judikatur, die, im Wege freier Rechtsfortbildung, die gesetzlich fixierten Beamtenpflichten zu tatbestandslosen Gesinnungsdelikten umbildet und damit einen Weg findet, Mitglieder legaler, im Rahmen des allgemein Erlaubten agierender Parteien rechtlich zu benachteiligen, verstößt gegen Art. 21 Abs. 2 GG. Eine solche Rückkehr in das »besondere Gewaltverhältnis« unterminiert auch selber die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, die doch gerade geschützt werden sollte. Vor allem verletzt ein Gesinnungstatbestand, der öffentliche Bedienstete auf die politische Philosophie des Dienstherrn verpflichtet, auch ihre Würde als Menschen.

Eine Forderung zur Identifikation mit der »Idee des Staates« (BVerfGE Bd. 39, S. 347) macht ein Reststück einer keineswegs universellen, sondern sehr spezifischen Sonderentwicklung zum Zentrum der Beamtenpflichten; dabei wird eine totale, quasi-religiöse Identifikation verlangt, die mit der Würde des autonomen Individuum nicht vereinbar ist.

Josef Esser hat in seinen lesenswerten »Bemerkungen« auf die Wandelbarkeit der Staatsideen hingewiesen, wofür die oben zitierten Ausführungen von Ulrich Scheuner und Hans Hermann Ule aus der NS-Periode ja auch einen deutlichen Beweis führen:

»Überhaupt beruht der Beschluß, der Art. 33 VGG (trotz des Wortlautes »Berücksichtigung«) allem anderen vorgehen läßt, auf einer *Petitio principii*. Was Treue heißt, darüber entscheidet als Vorverständnis das Staatsbild« (Bemerkungen über die Unentbehrlichkeit des juristischen Handwerkszeugs, JZ, 1975, S. 558).

Der 2. Senat des BVerfG kann nicht nur keine universell geltende »Staatsidee« namhaft machen; er hat vielmehr gerade eine besonders suspekta Tradition des »monarchisch-preußischen Staatsverständnis« (Esser, ebd.) gegen die Intentionen des Grundgesetzes wieder belebt, indem er »Treue als gesinnungsmäßige Identifikation« versteht (Esser, ebd.). Gibt es aber keine universelle Staatsidee, dann enthält diese Identifikationspflicht, allen anderslautenden Bekundungen zum Trotz, doch Elemente einer Verpflichtung auf die Ziele einer spezifischen Regierungsmehrheit. Daraus erfolgt das Argumentum ad absurdum:

»Dieser Beschluß . . . würde einer denkbaren kirchenfeindlichen Regierung gebieten, alle Christen, die dann einem solchen Staat (wenn nicht sogar der Verfassung) gegenüber, nicht die hier definierte Art »Treue« halten, sondern notwendig eine »kühle, innerlich distanzierte Haltung« einnehmen, ausnahmslos aus dem öffentlichen Dienst zu entfernen« (Esser, ebd.).

So abwegig ein solcher Vorwurf auf den ersten Blick zu sein scheint, so begründet ist er bei genauerem Hinsehen, wenn man die Vorgänge des theoretisch nie ganz zu Ende gekommenen Kulturkampfes Bismarcks in die Überlegungen einbezieht.

Bekanntlich hängen Palast und Tempel, Thron und Altar, Gott und Staat historisch aufs engste zusammen. Der religiöse Sektor hat für Jahrtausende die Entwicklung des Staates begleitet und für die Belange des politischen Systems seinen administrativen Kern, sein Bildungssystem, verschiedenartige ökonomische und soziale Dienste, vor allem aber sein Sanktionssystem wirksam organisiert. Erst seit den religiösen Bürgerkriegen beginnt der Staat, sich von seiner religiösen Unterlage abzulösen, nachdem die Religion ihre Funktion verloren hatte, das Band der sozialen Einheit zu stiften. Das Charakteristikum des modernen Verfassungsstaates, der Volkssouveränität und der demokratischen Legitimität besteht darin, die Struktur des politischen Systems von seinen einsehbaren, rationalen Funktionen her zu bestimmen und in der Form des Rechts zu fixieren.

Im Kulturkampf hat Bismarck, trotz zeitweiliger Bundesgenossenschaft mit dem Liberalismus, nicht die religiöse Grundlage des Staates durch eine innerweltliche Legitimität ersetzen wollen. Er bekämpfte das Zentrum gerade mit dem Argument, daß es die liberalen Freiheiten vom Staat für die Kirche in Anspruch nahm. Damit erschien es ihm als verfassungsfeindliche, reichsfeindliche Massenbewegung, die des Bündnisses mit revolutionären Elementen bezichtigt wurde. Zwar hatte Bismarck die Notwendigkeit erkannt, die

alte Beziehung von Thron und Altar zu lockern, aber er bekämpfte das Zentrum, um die ihm vom Liberalismus drohenden Gefahren abzuwehren.

»Die gesetzlichen Waffen, die Minister Falk schmiedete, stammen . . . nicht aus der liberalen Rüstkammer, sondern waren dem Allgemeinen Landrecht entnommen. Danach war der König die Quelle alles Rechts, auch die des religiösen, des katholischen wie des protestantischen. Die Mai-Gesetze und die ihnen folgenden Kampfgesetze waren daher alles andere als liberal. Die Trennung von Staat und Kirche im liberalen Sinne hätte die Abkehr vom alten Obrigkeitsstaat und seinen Ansprüchen auf Reglementierung des geistlichen Lebens bedeutet« (Georg Franz-Willing, Kulturkampf gestern und heute. Eine Saekularbetrachtung 1871–1971, München 1971, S. 36).

Das Festhalten an einer spezifischen monarchisch-preußischen Staatsidee erklärt sich daraus, daß ein demokratisches Staatsverständnis für die alten Mächte, wie es Jakob Burckhardt formuliert, ein Vakuum bedeutet hätte.

Bismarck wollte durch seine Art, den Kulturkampf zu führen, »einen Teil der liberalen Ideen wieder loswerden« (Heinrich Bornkamm, Die Staatsidee im Kulturkampf [1950], Neudruck Darmstadt 1969, S. 64 f.). Er sah »als Folge des schrankenlosen Verfassungsliberalismus und Parlamentarismus die Revolution. Daher erschien ihm das massenbeherrschende Zentrum als revolutionäre Partei« (Bornkamm, a.a.O., S. 65). Bornkamm sieht Bismarcks Konzept im Kulturkampf als eine »glänzende Bestätigung für Burckhardts Diagnose«: »Der Staat hat Ausdruck des jeweiligen Mehrheitswillens zu sein und sich mit ihm zu wandeln. Andererseits aber fordert man für den Staat eine immer größere Macht, um als siegende Partei in einen möglichst umfassenden Besitz an Rechten eintreten zu können. Aber diese Macht kommt ihm nicht wie der alten Obrigkeit als selbständiger Partner des Volkes von sich aus zu, sondern sie muß ihm von der Volksvertretung übertragen und kontrolliert werden« (Bornkamm, a.a.O., S. 69), Jakob Burckhardt, Weltgeschichtliche Betrachtungen (Rudolf Marx [Hrsg.], Kröner, Stuttgart 1978, S. 134).

Ich lasse auf sich beruhen, ob diese konservativen Anschauungen mit dem Verständnis einer freiheitlich-demokratischen Grundordnung vereinbar sind. Sicher aber hat sich das Grundgesetz, nachdem nun in der Tat die Staatsgewalt vom Volk ausgeht und der Staatswillen von unten aus gebildet wird, diese angeblichen Aporien einer demokratischen Staatsverfassung nicht zu eigen gemacht.

Findet der Staat aber seine Legitimation nicht mehr, wie früher, in seiner religiösen Unterlage, so können auch die Staatsdiener nicht mehr auf diese älteren Legitimitätsvorstellungen verpflichtet werden.

An die Stelle der jahrtausendealten religiösen Form der Identifikation des einzelnen mit der religiös verstandenen politischen Gemeinschaft tritt ein Austausch von Gütern und Leistungen in der Form und in den Grenzen des Rechts. Dabei wird dem Staat der Zugriff auf die tieferen Schichten des Individuum verwehrt. Sie werden als Kennzeichen der Person und der Würde des Individuum respektiert. Aus dem neuartigen Grundrecht der persönlichen Religions- und Gewissensfreiheit haben sich, wie Georg Jellinek und Max Weber in einleuchtenden Untersuchungen gezeigt haben, die modernen Grundrechte des Individuum erst entwickelt.

Selbstverständlich können für die höheren Dienste Loyalitätsanforderungen aufgestellt werden. Auch in der Form des Rechts lassen sich funktionsspezifische Pflichten der Hingabe, des Engagements, des intentionsgemäßen Fortdenkens der zentralen legislativen Regulationsakte aufstellen. Aber seit der Demokratisierung des Beamtenrechts in der Republik von Weimar respektieren auch die Normen des öffentlichen Dienstrechts einen

Kernbereich individueller Grundrechte und haben die alten Formen der Staatsfrömmigkeit und der totalen Unterwerfung obsolet gemacht.

Demgegenüber stellen die von der Radikalenentscheidung wiederbelebten Vorstellungen von einer besonderen politischen, über die loyale Erfüllung aller konkreten Obliegenheiten hinausgehenden Treupflicht einen beklagenswerten, mit unserer Verfassung nicht vereinbaren Rückschritt in vordemokratische Traditionen dar.

Eine eigenartige Entscheidung des Verwaltungsgerichts Freiburg hat, indem es aus den seit dem Radikalenbeschluß wieder vorherrschend gewordenen Denktraditionen einen absurden, aber folgerichtigen Schluß gezogen hat, das Problem in wünschenswerter Deutlichkeit illustriert.

Eine ungewöhnlich stark religiös motivierte Lehramtskandidatin, die sich mit ihrer ganzen Person dafür einsetzen will, »ein Stück Gottesreich hier auf Erden zu bauen«, und für die jede Bindung an eine menschliche Ordnung »unter dem Vorbehalt des Gehorsams gegenüber Gott« steht, weigert sich, die Belehrung und Erklärung zur Verfassungstreue zu unterzeichnen. Das Urteil stellt fest, es bestehe »kein Grund zu der Annahme, . . . daß sie die freiheitlich-demokratische Grundordnung im Sinne des Grundgesetzes ablehnt und etwa politischen Bestrebungen zuneigen könnte, diese Ordnung gewaltsam zu verändern und durch eine andere, nicht dem Grundgesetz entsprechende Verfassungsordnung zu ersetzen«. Dies um so weniger, als die Kandidatin bereit ist, eine Versicherung in anderer Form abzugeben, daß sie ihren Dienst als Lehrerin entsprechend den erzieherischen Zielen ausüben werde, wie sie in Art. 12 Abs. 1 der Landesverfassung umrissen sind, und darüber hinaus ohnehin durch Art. 4 GG auch den Beamten ein Kernbereich individueller Gewissensbetätigung verfassungskräftig verbürgt ist. Der Konflikt wird daher in der luftigen Höhe der politischen Semantik und Rhetorik und der abstrakten Prinzipienreiterei ausgetragen. Es geht nicht mehr um die tatsächliche Prognose, um die korrekte und loyale Erfüllung aller Beamtenpflichten, sondern um das Prinzip, ob die Kandidatin verpflichtet werden dürfe, »ein so allgemeines Versprechen« einer weltlichen Obrigkeit zu machen bzw. ob sie nicht nur verpflichtet werden dürfe, einer irdischen Instanz ein rechtlich begrenztes Versprechen abzugeben, während eine »unbedingte und uneingeschränkte Treueverpflichtung« für sie nur gegenüber Gott in Betracht kommt. Das Verwaltungsgericht setzt sich darüber hinweg, daß trotz seiner Spekulationen über prinzipielle Kollisionsmöglichkeiten eine schwerwiegende Konfliktsituation »kaum vorstellbar« sei. Der Staat sei aber auf eine »uneingeschränkt loyale Beamtenchaft« angewiesen. Dabei hätte das Gericht sich selbst prüfen müssen, ob es sich bei diesem Versuch, den grundrechtlichen Kernbereich der Gewissensfreiheit beamtenrechtlich fungibel zu machen, nicht nur in Widerspruch setzt zu den theoretischen Anforderungen an die Rechtsförmigkeit im Rechtsstaat, sondern auch zu den Prinzipien einer verfassungsloyalen Grundgesetzesinterpretation (VG Freiburg, 18. August 1981, 6 K 64/81).

11. Zur streitbaren Demokratie

Auf die Frage nach den Kriterien des Begriffs der Demokratie zitieren Verwaltung und Justiz in monotoner Weise Äußerungen des BVerfG, mit denen es vor etwa einem Vierteljahrhundert Art. 21 Abs. 2 GG konkretisiert hat. Durch die Zitierpraxis ist der Eindruck entstanden, als handle es sich um eine geradezu normative Festlegung von Verfassungsrang. Eine Norm sagt nicht, was ist, sondern was sein soll. Mit dieser normativen Wendung scheint geradezu eine der empirischen Kritik entzogene Legaldefinition des Wesens der Demokratie gefunden zu sein.

Davon kann allerdings keine Rede sein. Im Sinne der juristischen Methodik handelt es sich bei den Äußerungen des BVerfG zur freiheitlich-demokratischen Grundordnung

um sog. »Theorie-Elemente« (Friedrich Müller), die einer empirischen Prüfung nicht nur zugänglich sind, sondern ihrer dringend bedürfen.

Alle Versuche einer rationalen Diskussion scheinen aber vergeblich, weil in unserer Gesellschaft das Werturteil weitverbreitet ist, der Kommunismus sei potentiell so gefährlich, daß er – gegebenenfalls auch extra-legal und möglichst schon präventiv, ohne Rücksicht auf eine konkrete Gefährdung – als absolut indiskutabel mit allen Mitteln unterdrückt werden müsse.

Wie ausgeführt, ist es nicht möglich, wegen der »immer noch flüssigen Ideen des Sozialismus« (vgl. oben S. 12), die kommunistische Bewegung als solche zu verbieten, wie es auch Bismarck nicht gelungen ist, die behauptete Gemeingefährlichkeit der Sozialdemokratie in der Form eines generellen, tatbestandlich umrissenen Gesetzes darzutun. Das Bundesverfassungsgericht seinerseits hat ausdrücklich auf den Versuch verzichtet, sich mit dem Wahrheitsgehalt der marxistischen Theorie auseinanderzusetzen.

Weite Teile der öffentlichen Meinung setzen sich aber über die Unmöglichkeit einer gesetzlosen Hors-la-lois-Erklärung kommunistischer Bestrebungen hinweg, weil es sich eingebürgert hat, im Sinne der – von der Verfassung nicht rezipierten – Totalitarismus-Theorie, Faschismus und Kommunismus als ähnlich strukturierte Phänomene zu betrachten. Man glaubt, die Bestimmungen unserer Verfassung zum Schutze der freiheitlich-demokratischen Grundordnung richteten sich gegen die beiden Bestrebungen in gleicher Weise; es sei eine ausreichende Absichtserklärung der Verfassung, gegen Verfassungsfeinde vorgehen zu wollen; einer weiteren rechtlichen Ausgestaltung bedürfe es nicht.

Am deutlichsten kommt diese Tendenz, sich ein von den Schranken des Rechts gelöstes Instrumentarium zur Bekämpfung kommunistischer Tendenzen zu verschaffen, in dem Schlagwort zum Ausdruck »Keine Freiheit den Feinden der Freiheit«.

Wenn das Grundgesetz – im Gegensatz zur Weimarer Reichsverfassung und zu den Verfassungen westeuropäischer Staaten – ein Parteienverbotsverfahren kennt, so sind sich die Verfassungsväter doch darüber im klaren gewesen, daß die alte, undemokratische Praxis des administrativen Parteienverbots, wie etwa die Erfahrungen mit der Unterdrückung von Zentrum und Sozialdemokratie in der Bismarckzeit, den Vorgängen um das Ermächtigungsgesetz Hitlers am Ende der Weimarer Zeit und viele andere Beispiele zeigen, höchst gefährlich ist. Nur unter rechtlich eng bestimmten Kautelen wurden die von dem westeuropäischen Modell abweichenden Strukturen des Grundgesetzes für akzeptabel gehalten.

Die Verfassung enthält aber nicht eine tatbestandslose Ermächtigung, Personen und Gruppen, die von berufener oder unberufener Seite als Verfassungsfeinde betrachtet werden, mit den Mitteln des Staatsapparats zu verfolgen.

Auch die Vorstellung von der Wertbindung unserer Verfassung vermag nicht, die rechtlichen Festlegungen und Anforderungen fungibel zu machen. Es ist schon fast vergessen, daß der Kampf gegen den angeblichen »Relativismus« der Weimarer Reichsverfassung ein Kampf gegen seinen demokratischen Charakter war.

Wenn die neuen »Wertüberzeugungen« den Agnostizismus und Relativismus der WRV überwinden sollten, so war damit die Überwindung der Demokratie gemeint. Vgl. dazu Ulrich Scheuner, Die nationale Revolution. Eine staatsrechtliche Untersuchung, in AÖR n.F. 24 (1934), Teil 1: »Jeder Staat aber muß sich auf bestimmte sittliche und politische Wertüberzeugungen gründen, in deren Zeichen

er das Volk zu einen unternimmt und aus der er seine Autorität gewinnt, für die er dann auch durch Bekämpfung ihrer Gegner eintritt. Eine relativistische Grundhaltung muß hingegen notwendig zu einer Unsicherheit des Staatsbewußtseins und zur Schwächung der Staatsautorität führen« (S. 190). »Der autoritäre Staat kann heute wieder Rangunterschiede machen und den in jedem Staat notwendig gegebenen Gegensatz von Herrschaft und Unterordnung klar hervortreten lassen, weil er auf dem Boden einer festen, in einer bestimmten Weltanschauung wurzelnden Staatsidee steht. Das bedeutet einen wesentlichen Gegensatz zum liberalen Staate des 19. Jahrhunderts, der mit der fortschreitenden Abschwächung seiner ursprünglichen metaphysischen Grundideen immer mehr ein agnostischer Staat des politischen Relativismus, der bloß formellen Legalität geworden war und darum einer steten Legitimierung durch den Willen der Beherrschten bedürftig war« (S. 206).

Es ist daher ein nicht nachvollziehbarer Gedanke, wenn die Einleitungsbehörde dem Beamten zum Vorwurf macht, sich die Manifestationen des Zeitgeistes, wie sie in den Medien und in einigen amtlichen Verlautbarungen zum Ausdruck kommen, nicht zu eigen gemacht zu haben. Es wird die Rechtmäßigkeit seiner Auffassung in Abrede gestellt, er könne zwischen der – unbestrittenen – Korrektheit und Loyalität bei der Erfüllung seiner dienstlichen und außerdienstlichen Obliegenheiten und den von der Einleitungsbehörde für verfassungsfeindlich erklärten politischen Anschauungen keinen Widerspruch erkennen. Ja, es wird sogar aus seiner anwaltlichen Beratung ein Vorwurf abgeleitet, als sei es Aufgabe seines Anwalts, vielleicht als eines Organs der Rechtspflege, die Manifestationen von Zeitgeist und Obrigkeit schon im Vorstadium rechtlich verbindlicher Wertungen zu antizipieren und ihm seine – verfassungskräftig garantierten – politischen Anschauungen auszureden.

In diesen Bemerkungen kommt ein Übergriff zum Ausdruck, indem, ohne Rücksicht auf die Formen des Rechts, einem Beamten die Dienstpflicht zugesprochen wird, sich den vorherrschenden Wertungen anzupassen.

Das kommt auch in der Begriffsverwechslung zum Ausdruck, das maßvolle Eintreten für eine – vom Dienstherrn mißbilligte – politische Anschauung als Verletzung des Gebots maßvoller Wahrnehmung der Rechte außerhalb des Dienstes auszulegen.

Diese Unbestimmtheit der angeblich schuldhaft verletzten Dienstpflicht ist ein weiteres Zeichen dafür, daß es offenbar keine rechtsförmige Dienstpflicht im Sinne der Anschuldigungsbehörde gibt.

Ob der Beamte, in einer rechtlich relevanten Weise, gegen seine Demokratiepflichten verstößt, wird weder nach der tatsächlichen, noch nach der subjektivschuldhaften Seite hin nachgewiesen. Aber auch die Zurechnung politischer Anschauungen als »undemokratisch« erfolgt ohne eine reale, empirische Prüfung, weil kurzerhand die Demokratie-Definition des Bundesverfassungsgerichts zugrunde gelegt sind, als handle es sich um eine Normativ-Bestimmung, die von tatsächlichen Vorgängen, Motiven, Handlungen unberührt bleiben kann, weil sie ein idealtypisches Modell sei.

Das Bundesverfassungsgericht hat sich im KPD-Urteil darauf beschränkt, die beiden Staatsordnungen zu vergleichen, indem es das »idealtypische« Bild der Diktatur des Proletariats dem idealtypischen Bild der freiheitlichen Demokratie gegenüberstellt (BVerfGE 5, S. 196). Auf dieser Ebene wird die für den Ausnahmezustand wesentliche Frage der Gefahrenlage überhaupt nicht mehr erörtert. Sie wird ersetzt durch die abstrakte Frage der Vereinbarkeit der Modellvorstellungen. »Ob die Verfassungswirklichkeit in der Bundesrepublik sich mit diesem Bild allenthalben deckt, ist also hier ohne Be-

deutung« (BVerfGE 5, S. 196). – Entgegen anders lautenden Erklärungen kommt es auf die Prüfung der individuellen Anschauungen nicht mehr an. Es bleibt außer Betracht, ob das Bild, das wir uns von unserer Verfassung machen, mit der Realität übereinstimmt, obwohl in der Analyse solcher Widersprüche zwischen Idee und Wirklichkeit gerade das Motiv der Fundamentalkritik liegt, die auf diese Weise für irrelevant erklärt wird. Dabei bleiben auch die konkreten Bestrebungen der Anhänger des Gegenmodells außer Betracht, denen alle Faktoren, aus denen das idealtypische Bild abgeleitet worden ist, schlechthin und ohne Einzelfallprüfung zugerechnet werden. Illoyalität wird fingiert. Die Fiktion wird für unwiderleglich erklärt. Das BVerfG hat seine Behauptung praktisch desavouiert, die Theorie des Marxismus-Leninismus sei als solche nicht Gegenstand des Verfahrens gewesen, weil zur Deutung – auch des verfassungsloyalen konkreten Verhaltens – die Theorie herangezogen werden kann (BVerfGE 5, S. 145). In der Judikatur wirkt sich das so aus, daß die konkreten Handlungen, auch wenn sie Manifestationen von Loyalität sind, als Loyalitätsbeweis nicht in Betracht kommen, da die konkreten Handlungen, von den Fernzielen her gedeutet, als unglaublich behandelt werden.

Nachdem seit den beiden Parteiverbotsverfahren vor dem Bundesverfassungsgericht fast ein Vierteljahrhundert vergangen ist, scheint es an der Zeit, die Probleme neu zu durchdenken. Die Gleichsetzung kann nicht richtig sein, wenn nach allen maßgeblichen Selbstzeugnissen der Faschismus die Demokratie sowohl als Mittel wie als Ziel ablehnte, die kommunistische Bewegung dagegen sich selbst als demokratisch versteht, in der Vergangenheit gerade wegen ihrer demokratischen Tendenzen verfolgt worden ist, in den westeuropäischen Ländern als integraler Bestandteil des demokratischen Spektrums betrachtet wird und namentlich im Widerstand gegen den Faschismus die kommunistischen Parteien Westeuropas eine wichtige Rolle im Kampf um die Aufrechterhaltung der demokratischen Verfassungsstrukturen gespielt haben.

12. Freiheitlich-demokratische Grundordnung und Demokratie-Theorie

Für den Begriff Demokratie gibt es keine universell akzeptierte Definition.

Vgl. dazu das Symposium von 1951: McKeon/S. Rokkan (Hg.), *Democracy in a World of tension*. The Symposium prepared by UNESCO, Paris 1951.

Das bedeutet aber nicht, daß der Begriff keinerlei konkrete Struktur hätte. Man kann deutlich drei verschiedene Begriffsfelder unterscheiden: Unter politischem Aspekt meint Demokratie die rechtlichen Garantien der Einflußnahme auf den politischen Willensbildungsprozeß; in sozialer Hinsicht steht die Gleichheit im Mittelpunkt – die bürgerliche Gesellschaft beruht auf der »Aufhebung der Stände« der feudal-absolutistischen Gesellschaft; schließlich schwingt allgemein ein ideelles Element mit, das sich als universal-historisches Prinzip der Fortschrittlichkeit und der Entwicklung humaner Verhältnisse grob umreißen läßt.

Vgl. dazu Werner Conze, *Demokratie*, in: *Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland*, Bd. 1, Stuttgart 1972, S. 862 ff.; ähnlich C. B. MacPherson, *Drei Formen der Demokratie* (Original englisch 1965), Frankfurt 1967.

Dabei waren die demokratischen Ziele durchaus ein Parteistandpunkt, mit dem sich die Väter unserer Verfassung die Verfolgung als Demagogen zuzogen. Aber auch nach der

Reichsgründung wurde der Demokratiebegriff von überwiegenden Teilen der Bevölkerung vehement abgelehnt. Die preußische Selbstverwaltung nach dem Modell der englischen Lokalregierung wurde »wesentlich nicht demokratisch, sondern aristokratisch« gedeutet.

Conzen, a.a.O., S. 892. »Stellt man dazu in Rechnung, daß der Demokratiebegriff seit 1891 vorwiegend in der SPD lebendig war und »sozialdemokratisch« (,Volksstaat«) bzw. »marxistisch« entwickelt wurde, so wird verständlich, daß die Strömung der nur »bürgerlichen« Demokraten eingeengt und schwach wurde, so daß das Wort »Demokratie« in den Parteiprogrammen »freisinniger« oder »fortschrittlicher« Parteien von 1878 bis 1910 nicht verwendet wurde« (Conzen, a.a.O., S. 892).

Charakteristisch für die Einschätzung des Begriffs Demokratie ist der bekannte Titel einer Flugschrift.

»Gegen Demokraten helfen nur Soldaten« (Berlin, Ende November 1848; vgl. Conzen, a.a.O., S. 885).

Erst um die Jahrhundertwende beginnt der Begriff Demokratie in Deutschland, z. T. unter dem Einfluß von Friedrich Naumann, eine größere Breitenwirkung zu entwickeln. An diese Ansatzpunkte eines Demokratieverständnisses knüpft das Grundgesetz an, wobei zu bedauern ist, daß die authentischeren, westeuropäischen Erfahrungen nicht stärker Niederschlag gefunden haben.

Wie gering die Bedeutung ist, die das BVerfG dem westeuropäischen Demokratieverständnis beimißt, demonstriert eindrücklich BVerfGE Bd. 5, S. 134 ff.

Die Totalitarismus-Theorie ist ursprünglich am Phänomen des Faschismus entwickelt worden. Der »totale Staat«, wie ihn Hans Freyer, Ernst Forsthoff, Carl Schmitt vertreten hatten, wurde nun zum Schlüsselbegriff für die Überwindung des Faschismus auch in der Theorie.

Mit den weltpolitischen Veränderungen nach Beendigung der Anti-Hitler-Koalition zwischen den westlichen Alliierten und der UdSSR wurde der einstige Alliierte, mit dem man sich nun in einem kalten Krieg befand, mit dem ehemaligen gemeinsamen Gegner verglichen und ihm in vielen Punkten gleichgesetzt.

Vgl. Herbert J. Spiro, Totalitarism, in: International Encyclopedia of the Social Sciences, Bd. 15, New York 1968, S. 106 ff.

Es würde hier zu weit führen, die Entstehung und Kritik der Totalitarismus-Theorie im einzelnen darzulegen. Ich möchte mich auf die Feststellung beschränken, daß die neuere Forschung, auch im Blick auf die gewandelte Weltlage, inzwischen wieder beginnt, die Besonderheiten der unter dem gemeinsamen Oberbegriff subsumierten Phänomene genauer ins Auge zu fassen. Sie geht auch dazu über, die Gefährdung, die durch die totale Abhängigkeit aller Lebenskreise von der Staatsmacht ausgeht, als ein modernes Strukturproblem zu betrachten, das sich aus dem hohen Organisations- und Zentralisationsgrad der modernen Gesellschaft ergibt, so daß das Totalitarismus-Problem stärker als in der Vergangenheit auch eigene Betroffenheit verursacht.

»Gewissermaßen sind also die am Modell totalitärer Herrschaft aufweisbaren Elemente Abweichungen vom Modell einer westlich-parlamentarisch verfaßten Gesellschaft. Dabei tritt im Begriff der westlich-parlamentarischen Gesellschaft ein normatives Element hervor, das selbst bereits »ge-

ronnen« ist und die Funktion kritischer Selbstaufklärung, die dieser Norm innewohnt, weitgehend verloren hat.« »Der ideologische Anspruch einer »totalen sozialen Revolution«, wie ihn der Marxismus-Leninismus verkörpert, wird nicht historisch-soziologisch relativiert und damit einer realistischen Erkenntnis zugänglich gemacht. Einzelerkenntnisse werden mit einem Werturteil verbunden, dessen Voraussetzungen zwar gesehen, jedoch nicht aufgedeckt und ausgeschaltet werden.« »Deshalb scheint mit Hilfe solcher Begriffe, wie sie etwa Hannah Arendt und Carl J. Friedrich verwendet haben, heute nur eine begrenzte Aussagekraft gegeben zu sein« (Peter Christian Ludz, Entwurf einer soziologischen Theorie totalitär verfaßter Gesellschaften, in: Seidel/Jenkner, Wege der Totalitarismus-Forschung, Darmstadt 1968, S. 837 ff.).

Im Gegensatz zu dem Verfassungsrecht ist es nicht die Aufgabe der Staatslehre, der Politikwissenschaft und der Soziologie, die Normen der Verfassung anzuwenden, sondern ihre historischen, sozialen, ökonomischen Voraussetzungen, ihre Funktionsweise und Strukturprobleme zu analysieren. Es darf deshalb einem politisch denkenden Bürger nicht verdacht werden, wenn er sich, unter Berufung auf Geistes- und Wissenschaftsfreiheit, Gedanken über Entstehung, Wandlung und Gefährdung der Demokratie, auch unabhängig von den Ausführungen des BVerfG, macht.

Für einen Soziologen ist es schlechterdings unerlässlich, daß er sich auch mit den Phänomenen der Revolution befaßt, weil die sozialen Strukturänderungen zum Kernbereich der soziologischen Forschung gehören. Dies hat eine ausgedehnte Revolutionsforschung hervorgerufen, an der Vertreter der verschiedensten methodischen Ansätze mitwirken. Von Haus aus sind revolutionäre, auch nicht formal-demokratische Formen der Umwälzung mit dem Phänomen der Demokratie eng verwandt. Gerade die großen existierenden Demokratien – England, die USA, Frankreich, die Schweiz – verdanken ihre Existenz revolutionären Ereignissen oder Bürgerkriegen. Offenbar besteht ein Unterschied zwischen der Herstellung und Durchsetzung der demokratischen Gesellschaft und der Reproduktion einer in den Sattel gesetzten Demokratie.

Aus diesem Grunde ist es nicht zu vertreten, die normative Ausprägung unseres Verfassungsstaates auch zu den Rahmenbegriffen historischer, soziologischer und staatsrechtlicher Grundlagenforschung zu machen. Die Verengung des Begriffs Demokratie auf eine Staatsform läßt sich nur auf dem Hintergrund des deutschen Staatsbegriffs verstehen, der dem westlichen Verständnis der Demokratie entgegengesetzt ist.

Vgl. Karl Dietrich Bracher, Das deutsche Dilemma. Leidenswege der politischen Emanzipation, München 1921, S. 21; vgl. ferner Kurt Sontheimer, Antidemokratisches Denken in der Weimarer Republik, München 1962.

»Neben der Konfrontierung von demokratischen und nicht-demokratischen Systemen sind es ganz wesentlich die riesigen Bereiche des Übergangs, des politischen und sozialen Wandels, der Mischformen, in denen die Probleme unserer Disziplin liegen. Entwicklungsländer der verschiedenen Typen, sich wandelnde kommunistische Systeme, aber auch Strukturkrisen etablierter Parlamentsdemokratien gehören dazu. Wir haben überdies erfahren, welche wissenschaftlichen und zugleich politischen Gefahren in der rigorosen Konfrontierung des Modells einer irreal-idealen Demokratie mit der politischen Realität liegen und wie leicht dies auch zu prinzipiell anti-demokratischer Kritik mißbraucht werden kann« (Bracher, a.a.O., S. 12 f.).

»... hat sich, wenn auch in den Konsequenzen praktisch noch keineswegs erkannt, die primäre Epoche der modernen Revolution seit dem 18. Jahrhundert immer mehr als der tiefe Einschnitt erwiesen, der weltgeschichtlich nur dem Beginn der Hochkulturen im 5. und 6. Jahrtausend v. Chr. gleichgesetzt werden kann. Denn durch die modernen Revolutionen sowohl in politisch-sozialen

wie im technisch-strukturellen Verstande, die umfassend als »europäische Weltrevolution« bezeichnet werden können, wurden in unzertrennbarem Wirkungszusammenhang geistiger und technischer Umwälzung die Voraussetzung dafür geschaffen, daß die gesamte Daseinsweise zunächst der west- und mitteleuropäischen, dann potentiell aller Menschen der Erde radikal verändert wurden, indem wesentlich erhöhte Stufen der Naturbeherrschung des Menschen sprunghaft erreicht wurden und in einer noch nicht zur Ruhe gekommenen Dynamik ständig weiter, wenn auch nicht unbegrenzt, erreicht werden« (Werner Conze, Die Strukturgeschichte des technisch-industriellen Zeitalters als Aufgabe für Forschung und Unterricht, in: Treue/Pöncke/Manegold, Quellen zur Geschichte der industriellen Revolution, Göttingen 1966, S. 272).

Die Schwäche der demokratischen Entwicklung in Deutschland wird von den Sozialwissenschaften gerade darin gesehen, daß die Revolution von 1848 gescheitert und die von 1918 nicht tief genug gegangen sei.

Die Führung der Mehrheitspartei unter Friedrich Ebert habe das Hauptverdienst, daß Deutschland nicht das Opfer des staatlichen Verfalls, langdauernden Bürgerkriegs oder einer Diktatur wurde. »Sie trägt aber auch die Hauptverantwortung dafür, daß die demokratische Revolution unvollendet und ein antidemokratischer Staatsapparat erhalten blieb, der in einer späteren Krise den nationalsozialistischen Zerstörern das Tor zur Macht öffnen konnte« (Richard Löwenthal, Sozialismus und aktive Demokratie. Essays zu ihren Voraussetzungen in Deutschland, Frankfurt 1964, S. 97).

Revolutionär sind die Vorgänge bei der Herausbildung von Demokratien in dem Sinne, daß Widerstände beseitigt werden, die einer demokratischen Funktionsweise im Wege standen. Es gibt auch Vorformen der Demokratie, in der sich die bürgerlichen Schichten z. B. lieber mit der diktatorförmigen Regierungsweise des Absolutismus akkomodierten, als die Möglichkeiten parlamentarisch-repräsentativer Mitwirkung wahrzunehmen.

So hat etwa der Dritte Stand Frankreichs zur Zeit Bodins, im Gegensatz zu den entsprechenden Schichten Englands, konkrete Vorschläge auf Einführung repräsentativ-parlamentarischer Regierungsformen abgelehnt und vorgezogen, mit dem absoluten Herrscher unmittelbar zu verhandeln. Nur so fühlte er sich gegen die Übermacht der beiden privilegierten Stände gesichert. Er war noch nicht in der Lage, seine Interessen autonom zu vertreten. Vgl. dazu Christoph Müller, Das imperative und freie Mandat. Überlegungen zur Lehre von der Repräsentation des Volkes, Leiden 1966, S. 188 ff.

Auch wenn das in den Begriffen des Verfassungsrechts nicht thematisiert werden kann, so ergibt sich aus solchen historischen und soziologischen Problemstellungen eine gewisse Dialektik –, hier zwischen der diktatorförmigen Regierungsweise des französischen Absolutismus und dem demokratischen Prinzip, dessen Träger der Dritte Stand immer mehr wurde. Es wäre töricht, in unhistorischer Weise nachträglich zu verlangen, der Dritte Stand hätte die liberalen und parlamentarischen Verfahrensweisen der ständischen Gesellschaft schon damals akzeptieren sollen.

Wenn es aber eine solche »Dialektik« zwischen Diktatur und Demokratie gibt und namentlich auf die Entwicklungsländer unsere Kategorien nicht übertragen werden können, dann kann es nicht die Aufgabe der Verfassung oder des Verfassungsgerichts sein, den Kräften, von denen die welthistorischen Bewegungen abhängig sind, Vorschriften zu machen. Diese Kräfte können nur sorgfältig analysiert werden. Es ist ein Übergriff, wenn aus verfassungsrechtlichen Normen, die für unsere Rechtsordnung gelten, Kriterien abgeleitet werden, die für die Theoriebildung eines an Grundlagenforschung interessierten Sozialwissenschaftlers von Bedeutung sind.

Ich räume ein, daß es auch im Bereich der Wissenschaftsfreiheit eine Verantwortung für die Folgen der Theorie geben kann. Es ist in der Tat, was Art. 139 GG und eine Reihe von konkreten Strafrechtstatbeständen auch positiv geregelt haben, nicht erforderlich, das ad oculos demonstrierte Experiment des Versuchs einer Vernichtung der menschlichen Zivilisation zu wiederholen. Es ist aber unhaltbar, unter Berufung auf die berechnete Unterdrückung der menschenfeindlichen Bestrebungen von Faschismus und Rassismus, was mit den Mitteln klarer, rechtlicher Tatbestände möglich ist, ohne solche Tatbestände die Unterdrückungsmaßnahmen auch gegen die vielfältigen Erscheinungsformen einer Bewegung zu richten, die seit mehr als einem Jahrhundert als ihr radikaler Teil zum demokratischen Spektrum gehört und, als das bei uns noch als Demagogie und Hochverrat verfolgt wurde, ihre humanistischen Zielsetzungen mit dem Begriff der Demokratie zum Ausdruck brachte:

»Die Demokratie ist das aufgelöste Rätsel aller Verfassungen« (Karl Marx, Marx/Engels, Werke, Bd. 1, S. 231).

Das gilt um so mehr, als die marxistische Kritik an der bürgerlichen Gesellschaft wesentlich darauf gerichtet war und ist, Forderungen der bürgerlichen Demokratie aufzugreifen und soziale Strukturänderungen zu verlangen, um ihnen eine vollständigere, von spezifischen inneren Schranken befreite Geltung zu verschaffen.

»Bekanntlich wird die Bourgeoisie, von dem Augenblick an, wo sie sich aus dem feudalen Bürgerum entpuppt, wo der mittelalterliche Stand in eine moderne Klasse übergeht, stets und unvermeidlich begleitet von ihrem Schatten, dem Proletariat. Und ebenso werden die bürgerlichen Gleichheitsforderungen begleitet von proletarischen Gleichheitsforderungen. Von dem Augenblick an, wo die bürgerliche Forderung der Abschaffung der Klassenvorrechte gestellt wird, tritt neben sie die proletarische Forderung der Abschaffung der Klassen selbst – zuerst in religiöser Form, in Anlehnung an das Urchristentum, später gestützt auf die bürgerlichen Gleichheitstheorien selbst. Die Proletarier nehmen die Bourgeoisie beim Wort: Die Gleichheit soll nicht bloß scheinbar, nicht bloß auf dem Gebiet des Staats, sie soll auch wirklich, auch auf dem gesellschaftlichen, ökonomischen Gebiet durchgeführt werden (...) Die Gleichheitsforderung im Munde des Proletariats hat somit eine doppelte Bedeutung. Entweder ist sie (...) die naturwüchsige Reaktion gegen die schreienden sozialen Ungleichheiten (...) (:) als solche ist sie einfach Ausdruck des revolutionären Instinkts und findet darin und auch nur darin ihre Rechtfertigung. Oder aber, sie ist entstanden aus der Reaktion gegen die bürgerliche Gleichheitsforderung, zieht mehr oder weniger richtige, weitergehende Forderungen aus dieser (...) In beiden Fällen ist der wirkliche Inhalt der proletarischen Gleichheitsforderung die Abschaffung der Klassen. Jede Gleichheitsforderung, die darüber hinausgeht, verläuft notwendig ins Absurde« (Friedrich Engels, Herrn Eugen Dühring's Umwälzung der Wissenschaft (1894), in: Marx/Engels, Werke, Bd. 20, S. 98 f.).

»Der Angelpunkt der sozialistischen Kritik an den »bürgerlichen Freiheiten« ist nicht (oder sollte nicht sein), daß sie bedeutungslos sind, sondern daß sie zutiefst inadäquat sind und ausgeweitet werden müssen durch die radikale Transformation des ökonomischen, sozialen und politischen Kontextes, der sie zur Inadäquatheit und Aushöhlung verdammt. Tatsächlich ist die größte aller Fragen, die sich in Systemen westlichen Typs stellen, die, wie lange ihr »bürgerlich-demokratischer« Rahmen mit den Bedürfnissen und Absichten des fortgeschrittenen Kapitalismus vereinbar bleiben wird; ob seine ökonomischen, sozialen und politischen Widersprüche solcher Art sind, daß sie die politische Ordnung, mit der er sich bisher im allgemeinen arrangieren konnte, funktionsunfähig machen werden« (Ralph Miliband, Der Staat in der kapitalistischen Gesellschaft [Original amerikanisch], Frankfurt 1972, S. 352 f.).

Richten sich die Ziele der marxistischen Theorie nicht gegen die Demokratie, so ist allerdings einzuräumen, daß es mit der Russischen Revolution nicht gelungen ist – und nach den sozialen Strukturen auch nicht gelingen konnte –, die neue politische Ordnung in der Staatsform einer demokratischen Mehrheits Herrschaft zu errichten. Das zaristische Erbe und die dominierenden agrarischen Strukturen führten dort, was demokratietheoretisch bei Entwicklungsländern auch heute nicht beanstandet wird, zur Herrschaft einer »Avantgarde«.

Kapitalismus und Sozialismus sind von Hause aus zwei verschiedene ökonomische Produktionsformen. Der Kapitalismus war sowohl mit absolutistischen, mit parlamentarischen und mit modernen diktatorförmigen Herrschaftsformen vereinbar. Er war aber der Demokratisierung zugänglich. Seit dem Model Parliament von 1294 hat es fast sechs Jahrhunderte gedauert, bis durch entsprechende Reformen des Wahlrechts die repräsentativ-parlamentarische Regierungsform demokratische Züge angenommen hat. Ähnlich ist die sozialistische Produktionsweise als Konzept der gesamtgesellschaftlichen Planung mit verschiedenen Strukturen des politischen Systems vereinbar. Es ist nicht gerechtfertigt, die gelegentlich von Marx und Engels verwendete Formulierung von der »Diktatur des Proletariats« zum Idealtypus einer prinzipiell anti-demokratischen politischen Struktur aufzubauen.

Das verbietet schon die Tatsache, daß der Begriff der Diktatur des Proletariats, den Marx und Engels für gewisse Übergangsphänomene verwendeten, nicht Minderheitsherrschaft meint. Der Begriff Diktatur ist in diesen Zusammenhängen nicht als Begriff der Staatsformenlehre aufzufassen, sondern meint soziologisch das Dominieren sozialer Schichten, wie sie auch in der Form parlamentarischer Mehrheits Herrschaft zum Ausdruck kommen kann. Vgl. z. B. Friedrich Engels, der gegen Ende des 19. Jh. zu hoffen begann, die sozialdemokratische Partei könne ohne revolutionäre Gewalt, über eine Parlaments Herrschaft, zur bestimmenden politischen Kraft werden, was er immer noch kurzerhand als »Diktatur des Proletariats« bezeichnet: »Wenn etwas feststeht, so ist es dies, daß unsre Partei und die Arbeiterklasse nur zur Herrschaft kommen kann unter der Form der demokratischen Republik. Diese ist sogar die spezifische Form für die Diktatur des Proletariats, wie schon die große französische Revolution gezeigt hat« (Friedrich Engels, Zur Kritik des sozialdemokratischen Programmwerfs, 1891, in: Marx/Engels, Werke, Bd. 22, S. 235). Zur korrekten Interpretation des Begriffs vgl. Arkadius Gurland, Marxismus und Diktatur, Leipzig 1930 (Diss.); Otto Kirchheimer, Funktionen des Staats und der Verfassung, Frankfurt 1972, S. 100 ff.

Es besteht kein Anlaß, einen »idealtypischen« Gegensatz zwischen sozialistischer und liberaler Demokratiekonzeption zu entwickeln, wenn diese Konstruktion faktisch dazu dient, die tatsächlichen Probleme, Krisen und Wandlungen in den beiden Systemen nicht zur Kenntnis zu nehmen, sondern den Gegensatz dem »Selbstverständnis« zu entnehmen und ihn damit prinzipiell für unübersteigbar zu erklären; um so weniger, als nach einer Vielzahl von – häufig fehlgeschlagenen – Experimenten mit neuen organisatorischen Formen und nach einem schmerzlichen Lernprozeß inzwischen ein Reifegrad der denkrischen Verarbeitung der Probleme von Planung und Leitung entstanden ist, und, was kein unbefangener Beobachter leugnen kann, es zu einer ganz neuen Phase der Demokratisierung in den sozialistischen Staaten gekommen ist, die trotz aller Rückschläge und Umwege offensichtlich langfristig eine reale Perspektive hat.

Die Reformvorschläge des Wirtschaftswissenschaftlers Evsej G. Liberman haben dazu geführt, daß Elemente der westlichen Managementtheorie rezipiert wurden und eine hochentwickelte kyberne-

tisch orientierte Leitungswissenschaft entstanden ist, die auch von der westlichen Forschung mit Respekt betrachtet wird. Vgl. Helmut Willke, Leitungswissenschaft in der DDR. Eine Fallstudie zu Problemen der Planung und Steuerung in einer entwickelten sozialistischen Gesellschaft, Berlin 1979.

Dabei wirkt sich nun aus, was geradezu theoretisch postuliert werden konnte, daß die demokratischen Zielsetzungen, die ja ganz außer Zweifel stehen, diesen Demokratisierungsprozeß von innen heraus stimulieren.

Hellmuth Bütow hat festgestellt, daß die Regeln des historisch-dialektischen Materialismus ein kritisches, auch selbstkritisches Potential enthalten. »Diese Regeln vermag kein noch so starker Dogmatismus zu überspielen. Es können nur die Anwendungsbereiche eingeschränkt werden. Wer aber ausgebildet ist, diese Regeln zu gebrauchen, der ist immer auch fähig, sie beliebig anzuwenden, z. B. gegen Organisationsformen der eigenen Gesellschaft« (Bütow, Zur Entwicklung der Soziologie und Sozialpsychologie in der DDR, in: Wissenschaft und Gesellschaft in der DDR [eingeleitet von P. C. Ludz], Hanser, München 1971, S. 167 und passim).

Die Demokratieprobleme sind, wie sich zeigt, vielschichtiger und schwieriger. Es erscheint unangemessen, sich die tatsächlichen Probleme durch abstrakte Modellvorstellungen zu erleichtern, die populären Leitfäden der Gemeinschaftskunde mehr entsprechen als der sozialen und politischen Realität.

Dieses Wunschenken, das hierbei zum Ausdruck kommt, erinnert einigermaßen an die Zeit der Demagogen-Verfolgung, die in Preußen die Vorzensur sogar wieder auf die Publikationen der Akademie der Wissenschaft erstreckte.

Vgl. hierzu Reinhard Koselleck, Preußen zwischen Reform und Revolution. Allgemeines Landrecht, Verwaltung und soziale Bewegung von 1791 bis 1848, Stuttgart, 2. Aufl., 1975.

»Der Geheimnisschirm, der zum institutionellen Kleid der Verwaltung gehörte, erfaßte nicht nur das Amt, sondern auch die Gesinnung der Beamten. Es war der Widerspruch, den Ruge monierte: »daß einerseits die freie Wissenschaftlichkeit und die freie Intelligenz für das Prinzip des Staates selbst, andererseits der wissenschaftliche Geist und die Intelligenz für verdächtig gilt.« (Koselleck, a.a.O., S. 417).

»Die preußische Verwaltung wünte mit gutem Wind zu segeln, verlange doch Meeresstille« (Samuel Laing, Betrachtungen eines britischen Reisenden über Preußen im Jahre 1842, zitiert nach Koselleck, a.a.O., S. 419).

Wissenschaftler, die auf sich hielten, lehnten, wie Ranke, von vornherein die Mitarbeit in Zensurbehörden ab oder gaben derartige Tätigkeiten, wie Raumer, auf. Aber »einmal eingeführt, fanden sich zur illiberalen Institution auch die illiberalen Männer« (Koselleck, S. 416).

Es ist an der Zeit, mit diesen Traditionen der Beschränkung der Geistesfreiheit endgültig zu brechen.

Ganz am Rande soll, in Anknüpfung an die Bemerkung von Max Güde (vgl. oben S. 16) die Frage gestellt werden, ob, nach der Erfahrung mit der Katastrophe des Nationalsozialismus, nicht auch bei uns, jedenfalls theoretisch, ein Verständnis dafür erwartet werden dürfte, daß eine Perhorreszierung des Kommunismus als antidemokratisch in bestimmten Situationen der Gefährdung der demokratischen Institutionen auch politisch äußerst fragwürdig ist. Es wird heute bei Kommunisten wie bei Sozialdemokraten als einer der schwersten Fehler von Weimar angesehen, daß nicht auch innenpolitisch eine geschlossene Anti-Hitler-Koalition zustande kam, wie sie die westlichen Alliierten eingegangen sind.

Nach Palmiro Togliatti war die Theorie vom »Sozialfaschismus« der Sozialdemokratie, die 1924 Stalin vertrat, eine schwere Behinderung einer umfassenden Anti-Hitler-Koalition und »der bedeutendste Irrtum der Kommunistischen Internationale« (zitiert nach Siegfried Bahne, Sozialfaschismus in Deutschland, in: *International Review of Social History*, Bd. 10, Amsterdam 1965, S. 244).

Auch wenn es der Sozialdemokratie heute nicht gerade gelegen kommt, daß Kommunisten sich ihr als Bündnispartner anbieten, so handelt es sich doch in diesem politischen Konzept um die Korrektur dieses schweren Irrtums der Mitte der zwanziger Jahre. Niemand wird das Recht der Sozialdemokratie bestreiten, sich ihre Bündnispartner selbst auszusuchen. Aber die Vorstellung ist unhaltbar, als verbiete es die Verfassung, in irgendwelchen Fragen jemals mit Kommunisten zusammenzugehen.

Die Vierte Französische Republik hat die Erfahrung gemacht, daß man zwar bei der Investitur einer bürgerlichen Regierung auf die kommunistischen Stimmen verzichten konnte, wenn man sich erst für gewählt betrachtete, falls auch nach Abzug der kommunistischen Stimmen noch eine Mehrheit übrig blieb. Aber bei dem Sturz einer Regierung mußten die kommunistischen Stimmen natürlich immer mitgezählt werden. Aus solchen Gründen hat man es sich in Westeuropa abgewöhnt, die Existenz einer kommunistischen Partei sozusagen zu ignorieren. Zweifellos würde es in Italien, wenn dort eine ähnliche systematische Ausschaltung der Kommunistischen Partei wie bei uns versucht würde, zu einer schweren Erschütterung und vielleicht Zerstörung der herkömmlichen demokratischen Einrichtungen führen.

Wie soll denn überhaupt eine Integration der wegen ihrer wirklichen oder vermeintlichen Einflußlosigkeit revoltierenden Teile der Jugend in unser Verfassungssystem möglich sein und die bizarren Züge eines sinnlosen Terrorismus oder einer völligen Entpolitisierung und Irrationalisierung überwunden werden, wenn eine kommunistische Bewegung, die sich auf den Weg parlamentarisch-reformerischer Arbeit begeben hat, durch Diskriminierung ihrer Mitglieder behindert wird.

Die Warnung von Güde, ob es nicht mindestens Ausnahmen von der Verurteilung des Kommunismus geben könne, läuft auf den Unterschied hinaus, der zwischen den politischen Motiven der verschiedenen Gruppen liegt, Bündnisse einzugehen oder nicht, und der Offenheit der Verfassung, die eben auch und gerade für den nicht alltäglichen Fall einer Krise Vorsorge treffen will.

Die pauschale, absolute Perhorreszierung des Kommunismus, der dadurch vom politischen Gegner zum perfiden Feind wird, ist kein Beitrag zur Stabilisierung der freiheitlich-demokratischen Grundordnung, sondern ein Element ihrer Erschütterung.

13. Ergebnis

Da die Vorwürfe gegen den Beamten Hans Peter, sich durch parteipolitische Aktivitäten einer Verletzung seiner Treuepflichten schuldig gemacht zu haben, weder nach der inhaltlichen Seite zutreffen, noch als Verletzung eines rechtlich eingegrenzten Tatbestandes dargetan werden können, da schließlich § 52 Abs. 2 BBG, aus verfassungsrechtlichen Gründen, nicht als tatbestandsloses Gesinnungsdelikt konstruiert werden darf und, bei verfassungskonformer Interpretation, nicht die Funktion hat, das Faktum einer mehr als zwanzigjährigen loyalen Erfüllung aller dienstlichen und außerdienstlichen Obliegenheiten hinwegzufingieren, entspricht die Anschuldigung der Einleitungsbehörde weder dem Verfassungs- noch dem Beamtenrecht.