

Über Kontaktschuld und das konstitutionelle Gebot des rechten Feindbildes

Zugleich Anmerkung zum Häberlein-Urteil des VG Ansbach und Nieß-Urteil des Bayer. VGH

von Manfred Aschke und Michael Breibach

1. An den Entscheidungen des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofes (BayVGH) (Nieß-Urteil¹⁾) und des Verwaltungsgerichts Ansbach (VG Ansbach) (Häberlein-Urteil²⁾) wird mit größter Klarheit sichtbar, welches politische Prinzip und welche radikal demokratiewidrige Tendenz der Praxis der Verweigerung des Anspruches auf gleichen Zugang zum öffentlichen Dienst (Art. 33 Abs. 2 GG) für „Verfassungsfeinde“, „Extremisten“ oder „Radikale“ seit dem sog. Extremistenbeschuß der Ministerpräsidenten vom Januar 1972 innewohnt. Durch diese neueren Entscheidungen kann – das wenigstens ist zu hoffen – die Gefahr für die demokratische Verfassungsordnung der Bundesrepublik auch denjenigen bewußt werden, die anfangs im Vertrauen auf eine Begrenzbarkeit dieser Praxis auf wirkliche Verfassungsfeinde“, auf „aktive Kommunisten im wesentlichen, bereit waren, sie als notwendiges Übel und jedenfalls nur marginale Beschränkung demokratischer Freiheiten, bzw. politischer Teilhabe zum Zwecke ihrer Rettung in der Substanz zu akzeptieren. Dies wird unmöglich, wenn man einsehen muß, daß das politische Prinzip dieser Praxis gerade die Grundlage demokratischer Freiheiten angreift und tendenziell zerstört.

Und eben diese Einsicht scheint sich anhand des Falles Nieß vor allem bei Sozialdemokraten, anhand des Falles Häberlein bei liberalen, christlichen und konservativen Demokraten Bahn zu brechen.³⁾ Und es gilt, diese Einsicht zu der Erkenntnis voranzutreiben, daß eine Abwendung vom politischen Prinzip der Berufsverbotspraxis nur vollständig und konsequent geschehen kann. Denn eine bequeme Begrenzung, einen Kompromiß gibt es gerade nicht, wo das Prinzip schon die Voraussetzungen der demokratischen Freiheiten antastet.

2. Als neue Qualität des Häberlein-Urteils erscheint – oberflächlich betrachtet – zunächst, daß Häberlein weder einer kommunistischen Organisation noch einer sogenannten Bündnisorganisation angehört, die wegen dominierenden kommunistischen Einflusses als „verfassungsfeindlich“ eingestuft worden wäre, Häberlein ist als Landesvorsitzender aktives Mitglied der DFG-VK, einer Organisation, die auch nach der Erkenntnis des Gerichts „in der jetzigen personellen Zusammensetzung . . . eine generelle Übernahme der politischen Zielsetzungen der Deutschen Kommunistischen Partei (DKP) nicht erkennen (läßt)“, die vielmehr eigene pazifistische Zielsetzungen verfolgt und in der „ein erheblicher Prozentsatz von Angehörigen anderer Parteien, insbesondere auch solchen, die eindeutig auf dem Boden der verfassungsmäßigen Ordnung stehen“, Christen, Liberale, Sozialdemokraten und Parteilose mitarbeiten, Häberlein ist ein in der evangelischen Kirche aktiver Christ, der in der durch das Gericht vorgenommenen Parteieinvernahme erklärt, daß er gerade als Christ in vielen Punkten an-

derer Auffassung sei als ein Kommunist. Dies mag erklären, daß ein der CSU angehöriger Pfarrer das Urteil des VG Ansbach so heftig attackiert. Wir meinen allerdings, daß die Sensibilität für die neue Qualität dieses Urteils des VG Ansbach nur oberflächlich Ausdruck einer Solidarität wegen des gemeinsamen christlichen Glaubens ist. Sicherlich ist es ein Denkanstoß – für Sozialdemokraten im Fall Nieß, für Christen im Fall Häberlein –, wenn einer der Eigenen betroffen wird. Aber sobald man *denkt*, d. h. sich dem appellativen Konsens über die Untragbarkeit des Verfassungsfeindes im öffentlichen Dienst entzieht, wird man des Tatbestandes eines Einbruchs in die Grundlagen demokratischer Freiheit gewahr.

3. Das politische Prinzip, das dieser Praxis *insgesamt* zugrundeliegt, wird im Falle des Häberlein-Urteils deshalb besonders deutlich, weil Häberlein weder selbst wegen eigener politischer Praxis und programmatischer Äußerungen, noch kraft Zugehörigkeit zu einer politischen Organisation, die wegen ihrer Zielsetzungen als verfassungsfeindlich eingestuft worden wäre, vom Gericht zum Verfassungsfeind erklärt wird. Es sagt ausdrücklich: „Der Kläger ist. . . nicht etwa zu einem sogenannten Verfassungsfeind abgestempelt.“⁴⁾

Das scheint neu zu sein: Häberlein ist kein Verfassungsfeind, dennoch wird ihm aus politischen Gründen der Zugang zum öffentlichen Dienst verweigert. Ist es wirklich neu? Betrachten wir, was das Gericht als Grund der Abweisung der Klage annimmt: „Die Ablehnung einer Übernahme in das Beamtenverhältnis kann aber nicht nur dann erfolgen, wenn ein Bewerber die freiheitlich-demokratische Grundordnung aktiv bekämpft, sondern schon dann, wenn er ihr etwa gleichgültig gegenübersteht. . . Nicht nur aktiv betriebene Bestrebungen zum Sturz der freiheitlich-demokratischen Grundordnung schließen die Übernahme aus, sondern bereits eine gleichgültig distanzierte Haltung.“⁵⁾ Der Vorwurf lautet also: Distanz, innerlich gleichgültige Haltung gegenüber der freiheitlich-demokratischen Grundordnung. Jedenfalls vermochte Häberlein die Ansbacher Richter nicht vom Gegenteil zu überzeugen. Worauf gründet sich der Vorwurf konkret?

(1) Häberlein hat nach Auffassung des Gerichts möglicherweise schon nicht erkannt, welche Gefahr für die freiheitlich-demokratische Grundordnung in den Bestrebungen der Kommunisten liegt; jedenfalls hat er das Gericht nicht davon überzeugen können, daß er kommunistische Bestrebungen in jeder Form bekämpfen wird. Berechtigte Zweifel daran ergeben sich für Einstellungsbehörde und Gericht, weil in der DFG-VK auch Kommunisten mitarbeiten, Häberlein hätte also, weil er mit Kommunisten zu tun hatte, deren verfassungsfeindliche Bestrebungen erkennen und bekämpfen müssen, um Zweifel an seiner Geeignetheit für den öffentlichen Dienst auszuschließen.

Genau das ist das Programm, nach dem Häberlein in der Anhörung⁶⁾ und in der gerichtlichen Parteieinvernahme⁷⁾ befragt wurde. Und auf eben dieses Befragungsprogramm hat Häberlein nach Auffassung des Gerichts ausweichend und ungläubwürdig geantwortet: Auf die Frage, „ob er die DDR trotz Ablehnung einzelner dortiger Verhältnisse insgesamt für gut oder schlecht halte“, hat er „lediglich ausweichend geantwortet, er sei nicht dort ... auf die weitere Frage, ob er eine Übernahme des DDR-Systems auf die Bundesrepublik Deutschland ablehnen werde, hat er *nicht generell* (!) die *notwendige Antwort* gegeben, daß dies wegen der Aufrechterhaltung der freiheitlich-demokratischen Grundordnung des Grundgesetzes ausgeschlossen ist, sondern deshalb, weil eine große Kriegsgefahr entstehen würde.“^{7a)} Das Gericht entnimmt

1) Vgl unten S. 73.

2) Vgl. unten S. 85.

3) Scharfe Reaktionen waren zu vernehmen im Fall Nieß etwa durch den ehemaligen Bundesverfassungsrichter Seuffert, der Charlotte Nieß anwaltlich vertrat, vgl. Frankfurter Rundschau vom 4. 2. 1978, S. 4 (Sp 2-5); im Fall Häberlein etwa durch den CSU-Politiker, Pfarrer Roser, vgl. Frankfurter Rundschau vom 4. 2. 1978 (Sp 1). – Willy Brandt, vgl. Frankfurter Rundschau vom 4. 6. 1976, S. 1/2 hatte den unter seiner Verantwortung als Bundeskanzler zustande gekommenen Ministerpräsidentenbeschuß schon 1976 als einen Fehler bezeichnet.

4) Sprachlich kommt hier hinreichend der sonst erstrebte Stigmatisierungseffekt zum Vorschein.

5) Das Gericht zitiert und beruft sich hierfür ausdrücklich auf BVerfGE 39, 334 (348/349). – Vgl. auch unten Anm. 16.

6) Vgl. das Gedächtnisprotokoll in Blätter für deutsche und internationale Politik, H. 11/1976, S. 1283 ff.

7) Vgl. unten S. 85.

7a) Hervorhebungen der Verfasser.

seinen Ausführungen, daß er den in der DDR gemachten Versuch, eine andere Gesellschaftsform zu finden, zunächst einmal akzeptiert, daß es aber nicht seine Aufgabe sei, hierauf Einfluß zu nehmen. Er hält die DKP solange für eine demokratische Organisation, als sie nicht verboten ist; er hält auch DKP-Mitglieder für Demokraten und ist der Meinung, Kommunisten könnten solange nicht als antidemokratisch bezeichnet werden, als sie sich nicht gegen die freiheitlich-demokratische Grundordnung wenden.

(2) Einen zweiten Anlaß zu Zweifeln sieht das Gericht darin, daß Häberlein die von Professor Dr. Ebert erörterte Herstellung basisgerechter Strukturen im Zusammenhang mit dem Konzept gewaltfreier Verteidigung vertritt. Häberlein erläuterte das in der Parteivernahme folgendermaßen: „Man darf diese Äußerungen nicht aus dem Zusammenhang reißen . . . In diesem Artikel beschäftigt sich Ebert mit der Frage der Gewalt. Er meint, daß gewisse Gewaltstrukturen vorhanden sind, die einer basisgerechten Struktur entgegenstehen. Er stellt fest, daß es Strukturen gibt, die strukturelle Gewalt zum Ausdruck bringen . . . Ich würde es dahin interpretieren, daß Strukturen verhindert werden, die der Verwirklichung unserer Verfassungsordnung entgegenstehen. So heißt es in der Verfassung, daß das Eigentum dem Gemeinwohl verpflichtet ist. Es sollten z. B. Möglichkeiten gefunden werden, die Steuerflucht zu unterbinden. Ich bin auch der Meinung, daß die Rüstung nicht dem Allgemeinwohl dient und es gilt dies für beide Seiten, für Ost und für West.“

Daraus folgert das Gericht: „Die von ihm (sc. Häberlein) dazu gegebene Auslegung läßt erkennen, daß er offenbar Strukturen sieht, die der Verwirklichung der Verfassungsordnung entgegenstehen. Das bedeutet wohl, daß der Kläger die derzeitige Ausgestaltung der Verfassungsordnung noch nicht soweit gediehen ansieht, daß er selbst jederzeit für die freiheitlich-demokratische Grundordnung in ihrer jetzigen Prägung aktiv eintreten wird.“⁸⁾

Genug. Was kennzeichnet den Vorwurf gegen Häberlein treffender als der Satz, er habe „nicht generell die notwendige Antwort“ auf die Frage nach der Übernahme der Gesellschaftsordnung der DDR gegeben, und der weitere Satz, daß er wohl nicht für die freiheitlich-demokratische Grundordnung „in ihrer jetzigen Prägung“ aktiv eintreten werde? Häberleins Fehler ist, daß er differenziert, zu differenzieren versucht.⁹⁾ Er hat Kritik an Verhältnissen in der Bundesrepublik, er findet Akzeptables in der DDR. Seine größte Sorge ist der Frieden; die Bemühung um friedliche Koexistenz billigt er auch Kommunisten zu. Er will Frieden ohne Gewalt, durch Verwirklichung der Verfassung gesichert sehen.

Zu Häberleins politischen Vorstellungen mag man stehen, wie man will. Es ist jedenfalls seine durch Grundrechte gesicherte Freiheit, diese Meinung zu haben.

Was das Gericht vermißt, ist das richtige (rechte) Feindbild. Es verneint ausdrücklich, daß die Äußerungen Häberleins auf eine verfassungsfeindliche Einstellung deuteten, es vermißt vielmehr die feindliche Einstellung gegenüber Bestrebungen, Gesell-

schaftsordnungen, Kräften, die das Gericht *generell*, d. h. ohne Differenzierung, zum Feind der freiheitlich-demokratischen Grundordnung erklärt wissen will. Differenzieren ist nicht erlaubt, weder gegenüber der generellen Verneinung jenes Feindes, noch gegenüber der generellen Bejahung der bundesrepublikanischen *Verhältnisse* in ihrer jetzigen Prägung: Für die realen Verhältnisse steht als Synonym „die Verfassungsordnung in ihrer jetzigen Prägung“. Verfassung und Wirklichkeit verschmelzen in einer normativ überhöhten Verfassungswirklichkeit. Daran scheidet schon der, der friedliche Koexistenz will, und der, der glaubt, mit Kommunisten reden zu können, weil es gemeinsame Ziele, vor allem die Bemühung um den Frieden, geben könne. Darin unterscheidet sich der Begriff des „Feindes“ vom Begriff des „politischen Gegners“, daß der „Feind“ grundsätzlich und absolut böse ist.¹⁰⁾

4. Ist das der Kern des Vorwurfs gegen Häberlein, so muß die Essenz dessen, was nach Auffassung des VG Ansbach eine Bedingung der Eignung für den öffentlichen Dienst ausmacht, in der Pauschalität eines politischen Bekenntnisses gesehen werden, das Differenzierung verbietet.¹¹⁾ Das Charakteristikum eines Feindbildes ist seine Bedingungslosigkeit, die Gesprächs- oder gar Kooperationsbereitschaft ausschließt. Differenzierungsverbot heißt aber schon Denkverbot; Feindbilder sind gegen ein Sich-Einlassen auf den Anderen ebenso resistent wie gegen Zweifel an der Berechtigung der eigenen Sendung.¹²⁾ Wer bezweifelt, daß Unsere Ordnung die beste aller denkbaren Welten ist, unterstützt schon die Feinde dieser Ordnung. Die sozialpsychologische Grundlage solcher Feindbilder wird man in einer existentiellen Angst sehen können,^{12a)} die Differenzierung und Kompromisse nicht mehr erlaubt. Äußerer und innerer Feind stehen in enger Verbindung. Wenn solches Feindbild von denjenigen, die demokratische Freiheiten zu gewährleisten haben, von den Akteuren im Staat und insbesondere in der Justiz, zum Maß der Gewährleistung der Freiheiten erhoben wird, erscheint der Gebrauch dieser Freiheiten durch denjenigen, der dieses Feindbild nicht hat, schon als Mißbrauch der Grundrechte, der ihn jedenfalls als Akteur im Zentrum der Verteidigung dieser Ordnung, im Beamtenstatus, ungeeignet erscheinen läßt.

Wo es aber auf das Feindbild ankommt, ist Gegenstand der Beurteilung nicht ein *Verhalten*, auch nicht unbedingt eine geäußerte Meinung, sondern eine *Gesinnung*. Zu einer Gesinnung aber muß man sich *bekennen*; wo das Bekenntnis nicht geäußert wird, aus dem Geäußerten nicht entnehmbar ist, wird auf das Fehlen der Gesinnung geschlossen.

5. Damit wird bezeichnet, was sichtbar im Falle Häberlein der Einbruch in eine zentrale und historisch grundlegende Bedingung politischer Freiheit und Demokratie ist: die Negierung der Autonomie des Individuums als denkendes, über seine eigene innere Identität verfügendes Subjekt, die historisch im Kampf um die Freiheit des religiösen Bekenntnisses errungen und zur Weltanschauungsfreiheit verallgemeinert worden ist. Auf dieser Bekenntnis-, Gewissens- und Weltanschauungsfreiheit baut die politische Demokratie historisch auf, ihre aktuelle Bedeutung tritt in der funktionierenden Demokratie aber hinter der Meinungsfreiheit zurück, weil dort in der Regel nur

8) Verblüffende Ähnlichkeit weist eine von Ernst Fraenkel, Der Doppelstaat, Frankfurt/M., Köln 1974, S. 82, mitgeteilte Entscheidung des sächsischen Oberverwaltungsgerichts in JW 1937, S. 1368, gegenüber einer als Zeugin Jehovas verdächtigten Hebamme auf, der es die Arbeiterlaubnis entzog; „Nun hat zwar Frau K. eine solche Volk und Staat feindliche Haltung bisher noch nicht unmittelbar betätigt; es ergibt sich aber aus ihren Äußerungen eindeutig, daß, falls eine Lage der Dinge eintreten würde, in der staatliche Maßnahmen mit ihrer Auffassung über die Bibel oder die Gebote ‚Jehovas‘ in Widerspruch stehend erscheinen sollten, sie auch grundsätzlich nicht davor zurückschrecken wird, sich gegen das Volk und seine Führung zu entscheiden.“ Fraenkel fährt fort: „Das Dritte Reich verfolgt nicht nur diejenigen, die gefährliche Ideen verbreiten, sondern bekämpft auch alle Gewissenszwänge, die nicht mit seinen Lehren in Übereinstimmung stehen“ (84) „...zu Beginn seiner Herrschaft gab der Nationalsozialismus vor, aus staatspolitischen Gründen gegen den Kommunismus vorzugehen und die kommunistische Partei *hors la loi* stellen zu müssen. Nicht ahnend, wohin es führen werde, wenn ein partielles Rechtsvakuum geschaffen wird, gaben nur allzu viele hierzu ihre Zustimmung und bekannten sich mit wahrer Inbrunst zu dem Dogma aller gleichgeschalteten Opportunisten, daß, wo gehobelt wird, auch Späne fallen“ (86).

9) Die „Gefährlichkeit“ von Differenzierungsleistungen hat Heinrich Böll, Berichte zur Gesinnungslage der Nation, Köln 1975, S. 18, 61 satirisch aufs Korn genommen.

10) Diesem Verständnis liegt letztlich Carl Schmitts Begriff des Politischen als existentieller Entscheidung gegen den Feind zugrunde, vgl. Der Begriff des Politischen, Berlin 1963.

11) In einem offenen Brief an den niedersächsischen Wissenschaftsminister Eduard Pestel, der 12 Hochschul-lehrer, die den Göttinger „Mescalero“-Artikel zu Dokumentationszwecken als Mitherausgeber veröffentlicht hatten, bei Strafe disziplinarischer Maßnahmen aufgefordert hatte, eine Erklärung zu unterzeichnen, in der sie sich u. a. vom Terrorismus distanzieren sollten, schreibt Helmut Gollwitzer: „Wer mir zumutet, zu unterschreiben, daß ich Sittlichkeitsverbrechen ablehne, beleidigt mich. Er nimmt mir auch ... die Freiheit, mich psychologisch über die Handlungen eines Triebtäters zu äußern, weil ich fürchten muß, mich mit jener Pauschalerklärung zur Unterlassung einer differenzierten Betrachtungsweise solcher Phänomene verpflichtet zu haben“, vgl. Frankfurter Rundschau vom 23. 11. 1977, S. 14 (Sp 1 und 2).

12) Von hier aus ist begreifbar, was u. a. der Begriff „zersetzende Kritik“, dessen Gegenstück die „konstruktive Kritik“ ist, meint: „Zersetzend“ wirkt differenzierende Kritik gerade auch auf Freund-Feind-Schemata, „konstruktive“ bewahrt sie.

12a) Zum Verhältnis von Angst, Politik und Verfassung vgl. Günter Frankenberg, Angst im Rechtsstaat, KJ 1977, S. 353 ff m. w. Nwn.

die Möglichkeit der Meinungsäußerung, der demokratischen Teilhabe am öffentlichen politischen Meinungs- und Willensbildungsprozeß zum Problem wird. Anders aber hier: Im Falle Häberlein gerät die Freiheit des inneren Bekenntnisses als die an sich selbstverständliche Grundlage der Demokratie wieder in den Blick, weil schon sie negiert wird.

6. Es ist notwendig, sich zu verdeutlichen, daß diese Negierung der individuellen Autonomie des Subjekts in seiner persönlichen Identität, in seiner Gesinnung, ein Element der Praxis seit dem Ministerpräsidentenbeschluß insgesamt ist. Und diese im Häberlein-Urteil aufscheinende grundlegendste und gefährlichste Tendenz beweist, daß die Berufsverbote nur eine Konkretion einer durch Gesinnungsdruck erzeugten Deformation der Demokratie sind. Dies ist nur um so weniger deutlich, je mehr der Be trachter bereit ist, das gezeichnete Feindbild im konkreten Berufsverbotsfall nachzu vollziehen. Die Grade der Kontaktschuld verschieben sich, die Exkulpation wird schwieriger. Konsequenz ist in jedem Fall die Auflösung der klaren Trennungslinie zwischen verfassungsmäßig erlaubtem und verbotenen Verhalten. Und deren Folge ist Angst, Anpassung, Vermeidung der Kontaktschuld, Verzicht auf differenzierendes Denken.

7. Konkret kommt diese Pression auf das Gewissen in den Entscheidungen nicht nur sprachlich durch die häufige Verwendung des Wortes „bekennen“ zum Ausdruck, sondern auch in einzelnen Feststellungen, bzw. Vorwürfen gegenüber den jeweiligen Klägern, die Assoziationen zum Verhältnis Kirche – Gläubigem nahelegen,

So konstatiert der bayVGH etwa, Charlotte Nieß „unterrichtete sich durch die Veröffentlichungen der VDJ . . . kaufte sich das Beiheft zur Zeitschrift Demokratie und Recht . . . und las zumindest einige Beiträge.“ Daraus ergibt sich im Prinzip der Vorwurf: Du hättest das nicht kaufen oder gar lesen sollen. Was anderes als ein heimlicher Index wird hier vorausgesetzt?

Das VG Ansbach dokumentiert mit dem Satz, Häberlein habe „nicht generell die notwendige Antwort“ gegeben, daß es von ihm ein Bekenntnis zu einem Dogma verlangt. Liest man das Protokoll der Anhörung ebenso wie die gerichtliche Einvernahme, so findet man auf Schritt und Tritt das Muster der die Gesinnung durchleuchtenden Inquisition. Diesen Fragen kann keiner entrinnen, der das Bekenntnis nicht ablegt, d. h. den Verzicht auf denkende Zweifel nicht erklärt.¹³⁾ Je mehr er differenziert, erklärt, ohne einmal ein klares Bekenntnis abzulegen und „generell die notwendige Antwort“ zu geben, desto „unglaublicher“ wird die Aussage des Ketzers: Denn er verstrickt sich in Widersprüche, verheddert sich beim Antworten, korrigiert sich stets aufs neue, versucht klarzustellen und abzuschwächen. Die aus dem „Anhörungsprotokoll“ wahrnehmbare Atmosphäre vermittelt beklemmend ein auf Seiten der Staatsgewalt zur Schau gestelltes Selbst- und Sendungsbewußtsein, auf Seiten des „Angehörten“ – psychologisch ist wohl nur der Begriff „Verhörter“ treffend – Aufgeregtheit, Unsicherheit, ja Hilflosigkeit aus Furcht, etwas Falsches zu sagen, Unter solchen Bedingungen fällt der „aufrechte Gang“ gewiß auch schwer.

Explizit hat den Verlust an Gesinnungsfreiheit endlich die Wehrbereichsverwaltung II (Hannover) auf den Begriff gebracht, in ihrer Klageerwiderung¹⁴⁾ zur Kündigungsklage eines ehemaligen Kochs der Bundeswehr: „Von der Beklagten (sc. Bundeswehr) wird nicht verkannt, daß der Kläger unter anderem wegen seiner Gesinnung und der

Manifestierung dieser Gesinnung mit dem Verlust seines Arbeitsplatzes im öffentlichen Dienst belastet wird . . . In Ansehung (der) Grundsätze (des freiheitlichen und demokratischen Rechtsstaatsbegriffs) kommt der Bundeswehr eine wichtige Trägerfunktion zu. In ihr ist für Personen, deren Gesinnung und ideologisches Bewußtsein erwiesenermaßen anders geartet ist, kein Platz. Mit anderen Worten: Ist die Bundeswehr nach Überzeugung der Beklagten ein Tendenzunternehmen, auf das die Rechtsprechung (so im Original, d. Verf.) des Bundesarbeitsgerichts anzuwenden ist.“ Ausdrücklich bezieht sich dann die Beklagte auf den Fall eines katholischen Arbeitnehmers in einem katholischen Krankenhaus, der nach Scheidung von seiner ersten Ehefrau sich noch zu deren Lebzeiten wieder verheiratete und dem darum wegen „Verstoßes gegen kanonisches Recht“ gekündigt worden war; und diese Kündigung sei vom Bundesarbeitsgericht für rechtens erklärt worden. Weiter führt die Beklagte aus: „ . . . Der Vergleich einer Eheschließung mit einer geistig-ideologischen Verbindung im Falle einer Mitgliedschaft in einer Organisation wie der SDAJ (erscheint) nicht abwegig.“ Sieht man von der bemerkenswerten Konstruktion der Bundeswehr als „Träger“ der freiheitlichen und demokratischen Rechtsordnung ab, so enthüllt die rechtsbegriffliche Formulierung von der Bundeswehr als Tendenzunternehmen unter Hinweis auf die gleichartige Struktur der Kirche den entscheidenden Sinn: die Bundeswehr hat, und das gilt dann sinngemäß für jede staatliche Teilgewalt, eine „Tendenz“; und zwar eine, die einem Teil des Volkes, von dem laut Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG alle Staatsgewalt ausgeht, durch eben diese Staatsgewalt rechtsverbindlich entgegengehalten wird. Die – jedenfalls heute rechtspolitisch ohnehin höchst fragwürdige¹⁵⁾ – Tendenzschutzbestimmung findet ihren Sinn nun allein im Schutz für bestimmte, insbesondere politisch motivierte *gesellschaftliche* Besonderungen (Parteien, Gewerkschaften, Kirchen etwa), dem Staat – nach einem treffenden Wort Hermann Hellers „die Gesellschaft in Aktion“ – ist gerade wegen Art. 33 Abs. 3 GG prinzipiell verwehrt, an weltanschauliche Merkmale diskriminierend anzuknüpfen. Die These vom Staat als Tendenzunternehmen erscheint so lediglich als neue variierte juristische Konkretion der Lehre von der durchgängig streitbaren Demokratie im Bereich des öffentlichen Dienstes. Und was den Inhalt der Tendenz ausmacht, so weist auch hier die bewußt hergestellte Parallele zum kanonischen Recht der katholischen Kirche, die allerdings im Unterschied zum Staat ein auf freiwilliger und damit aufkündbarer Mitgliedschaft beruhender Verband ist, die entscheidende Richtung: wie die Kirche eine an der gleichen *Gesinnung* anknüpfende Gemeinschaft ist, so wird hier der Staat, wenn auch nur (einstweilen?) negativ formuliert, als Gesinnungsgemeinschaft begriffen: „In ihr (sc. Bundeswehr) ist für Personen, deren Gesinnung und ideologisches Bewußtsein erwiesenermaßen anders geartet (!) ist, kein Platz.“ Was andersartige Gesinnung ist, deren Weg sich zur „artfremden“ gewiß nicht weit bemißt, und die jedenfalls keinen rechtlichen Schutz genießt, ist so allein der jeweiligen Machtlage überantwortet.

8. Daß das Urteil des VG Ansbach in Sachen Häberlein nichts anderes als der deutlichste Ausdruck des inneren Prinzips der Berufsverbotspraxis ist, zeigt die Vorgehensweise des Bayrischen VGH in der Begründung des Urteils in Sachen Nieß. Auch hier hat nämlich das Gericht in keinem Fall ein Verhalten, eine Äußerung oder Ansicht von Charlotte Nieß als verfassungsfeindlich qualifiziert. Der Vorwurf, aus dem die Zweifel an der Geeignetheit von Charlotte Nieß für den öffentlichen Dienst abgeleitet werden, ist wiederum eine Kontaktschuld: Sie ist Mitglied einer Organisation, die vom Gericht als kommunistisch beeinflußt angesehen wird. Auf die mehr als bedenkliche Beweiswürdigung kann hier im einzelnen nicht eingegangen werden. Interessant für den hier entwickelten Zusammenhang ist aber, daß das Gericht die zahlreichen Zitate von Äußerungen der VDJ und ihrer führenden Mitglieder, die inhaltlich zum großen

13) Otto Kirchheimer, Politische Justiz in: Funktionen des Staates und der Verfassung, 10 Analysen, Frankfurt/M. 1972, S. 143 ff. hat für die politische Justiz das Modell und die Praxis der „Vorfertigung einer alternativen Wirklichkeit“ (S. 159) auf der Basis dissentierender Gesinnungen und politischer Optionen von Seiten der Ankläger beschrieben, an der ein fiktives Verhalten der Angeklagten dann gemessen wird. Als besondere Verhörmethode bezeichnet Kirchheimer die Entwicklung eines „Ja-Nein-Schemas“ (S. 171 Anm. 41), dessen „Sinnlosigkeit“ sich gerade bei der „Würdigung einer ganzen historischen Epoche“ zeigt. Vgl. ferner ders., Politische Justiz, Neuwied und Berlin, 1965, S. 166 ff., 212 ff., 611.

14) Vgl. oben S. [Ziffer fehlt im Original. delete 129a]

15) Vgl. nur Fritz Fabricius, in Gemeinschaftskommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, hrsg. von Fabricius, Kraft, Thiele, Wiese, § 118 RdZt. 136.

Teil mit programmatischen Aussagen der SPD und der Gewerkschaften übereinstimmen, niemals ausdrücklich als verfassungswidrig bezeichnet. Auch aus der Qualifikation des § 2 der Satzung der VDJ als Klassenkampfdenken wird nicht ausdrücklich der Schluß gezogen, dies verstoße gegen das Grundgesetz. Das Gericht reiht die Zitate zum größten Teil kommentarlos aneinander und zielt damit unterschwellig-atmosphärisch und appellativ auf einen Eindruck des Lesers von der feindlichen Einstellung der Organisation VDJ gegenüber dem Staat der Bundesrepublik und der „Idee seiner verfassungsmäßigen Ordnung“. Indem das Gericht die Kontakte zur internationalen Friedensbewegung einschließlich der Mitgliedschaft der VDJ in der IVDJ, die Konsultativstatus bei UNO und UNESCO hat, darstellt und durch Berufung auf zwei Autoren der IVDJ als getarnte Hilfsorganisation des Weltkommunismus bezeichnen läßt, legt es den Eindruck nahe, daß auch die UNO sich zur Bekämpfung der freiheitlich-demokratischen Grundordnung in der Bundesrepublik einspannen läßt. Die ganze Zitatensammlung, die Darstellung des organisatorischen und ideologischen Einflusses von Kommunisten in der VDJ und die Beschwörung der internationalen Kontakte der VDJ sind überhaupt nur verständlich von der Psychologie des Feindbildes aus; sie gewinnen Bedeutung als Begründungselemente nur für den Leser, der dasselbe Feindbild hat oder sich von der Beschwörung des Feindbildes anstecken läßt. Die Vorstellung von der Kontaktschuld offenbart sich nun konkret dort, wo das Gericht Charlotte Nieß nachzuweisen versucht, daß sie den Feind, den Einfluß des Feindes gerade wegen ihres „Bildungs- und Ausbildungsstandes“ hätte erkennen können: Sie hat die Äußerungen des VDJ-Vorsitzenden, die Broschüren und Aktivitäten der VDJ gekannt und es ist ihr deshalb zuzurechnen, daß sie das Feindbild nicht gewonnen hat. Die Kontaktschuld ist schwerwiegender als im Falle Häberlein, weil der Kontakt mit dem Feind enger ist. Darum ist auch die Exkulpation schwieriger: Es nützt nichts, daß Charlotte Nieß Mitglied der SPD und der ÖTV ist, daß sie vielleicht konsequenter und ohne sich in wirkliche oder scheinbare Widersprüche zu verwickeln, den eigenen Standpunkt als verfassungsmäßig begründet, als es Häberlein vermochte. Im Falle Nieß ist diese Frage auch nicht so bedeutsam, die Inquisition ist nicht so lang und quälend wie bei Häberlein, weil die Kontaktschuld von vornherein größer ist. Sie reicht aus, tun das Fehlen des rechten Feindbildes nahezu unwiderleglich zu vermuten. Auch hier hätte nur ein explizites Bekenntnis zum Feindbild der Richter geholfen, wenn nicht auch ein solches den Richtern in jedem Fall als unglaubwürdig erschienen wäre. Die Urteilsbegründung schließt deshalb mit denselben allgemeinen Formulierungen, die das VG Ansbach verwandte: Eine „formale korrekte, im übrigen uninteressierte, kühle, innerlich distanzierte Haltung gegenüber Staat und Verfassung“ reichen zur Eignung für den öffentlichen Dienst nicht aus, erforderlich ist „die Bereitschaft, sich mit der Idee des Staates, dem der Richter dienen soll, mit der freiheitlichen demokratischen, rechts- und sozialstaatlichen Ordnung dieses Staates zu identifizieren“. Dieses Staates: „den Staat – ungeachtet seiner Mängel – und die geltende verfassungsrechtliche Ordnung, so wie sie in Kraft steht“, muß der Richter bejahen, als Schützenswert anerkennen, in diesem Sinne sich zu ihnen bekennen. Das kulminiert in der Vorstellung, der Richter müsse sich „in dem Staat, dem er dienen soll, zu Hause fühlen – jetzt und jederzeit und nicht erst, wenn die von ihm erstrebten Veränderungen durch entsprechende Verfassungsänderungen verwirklicht worden sind“. ¹⁶⁾ Vaterlandslose Gesellen sind diejenigen, die Kontakte zum „Feind“ haben, die nicht eine klare und bedingungslose, generelle, gesinnungsmäßige Trennungslinie zwischen Freund und Feind ziehen.

9. Die politische Bedeutung der Urteile des BayVGH und des VG Ansbach läßt sich deutlich vom Urteil des Verwaltungsgerichtshofs in Sachen Nieß aus erkennen. Der Verwaltungsgerichtshof warf der Klägerin vor, daß sie als Mitglied der SPD hätte erkennen müssen, daß trotz Fehlens eines förmlichen Unvereinbarkeitsbeschlusses im

Verhältnis zur VDJ eine gleichzeitige Mitgliedschaft in der VDJ mit dem Programm und den Bedingungen einer Mitgliedschaft in der SPD unvereinbar ist. Damit wird nicht nur durch ein Gericht die Politik einer Partei amtlich interpretiert – eine Art Erhebung (im Sinne der Verfassung: Degradierung) zur Staatspartei –, was schon allein Grund genug für die SPD sein müßte, sich gegen solche obrigkeitliche Bevormundung mit aller Kraft zu wehren. Darüber hinaus wird mitten durch die SPD eine Trennungslinie gezogen, die zur konstitutionellen Grenze, zur verfassungskräftigen Scheidung von Verfassungsfreund und Verfassungsfeind erhoben wird. Willy Brandt und Helmut Schmidt haben in dem im Jahre 1976 erschienenen Taschenbuch „Deutschland 1976. Zwei Sozialdemokraten im Gespräch“ den Ministerpräsidentenbeschuß von 1972 wegen der „grotesken Fehlentwicklungen“ als „Irrtum“ bezeichnet; ¹⁷⁾ Horst Ehmke hat in einer Fernsehsendung am 2. 6. 1976 den Radikalenschluß einen „Fehler“ und ein „politisches Mißurteil, das die Sozialdemokraten eingestehen müssen“, genannt ¹⁸⁾ Willy Brandt hat um Verständnis geworben mit dem Hinweis auf die Gefahr, daß es auf Initiative der CDU/CSU zu Verboten radikaler Parteien kommen würde; das habe man wegen der Stellung der Bundesrepublik in der zivilisierten westlichen Welt verhindern müssen: „Wir hätten uns ja in diesem Punkt (den Verboten) damals mit Spanien, Portugal und Griechenland in eine Reihe gestellt. . . Das war mein Motiv.“ ¹⁹⁾ Die SPD hat nicht auf den Druck einer demokratischen Öffentlichkeit gerechnet, die gerade um der Verteidigung der Entspannungspolitik willen auch in dieser Frage hätte aktiviert werden können. Daß das Bundesverfassungsgericht auf die Folgen eines Parteiverbotes für die Außenpolitik hätte Rücksicht nehmen müssen, wenn diese Außenpolitik mit allen Konsequenzen offensiv vertreten und entsprechender öffentlicher Druck mobilisiert worden wäre, daß die Ernsthaftigkeit dieses politischen Willens schon die CDU/CSU von entsprechenden Verbotsanträgen hätte Abstand nehmen lassen, mag man heute deutlicher sehen. Jedenfalls wäre die Auseinandersetzung um alle Konsequenzen rationaler Entspannungspolitik offen politisch erfolgt. ²⁰⁾ Statt dessen hat die SPD in einer Art innerer Geheimdiplomatie der CDU/CSU mit den Ministerpräsidentenbeschlüssen das außenpolitisch überwundene Freund/Feind-Denken innenpolitisch als konstitutionelle Grenze konzediert; sie mußte seitdem das in der Außenpolitik abgelehnte Feindbild innenpolitisch mittragen. So konnte Friedrich Vogel (CDU) das Eingeständnis Brandts, daß die Ministerpräsidentenbeschlüsse ein Fehler waren, als das Eingeständnis interpretieren, daß Brandt dem sowjetischen KP-Chef Leonid Breschnew „tatsächlich“ zugesagt habe, es keinesfalls zu einem Verbot der DKP in der Bundesrepublik kommen zu lassen. Dies bestätigte, „daß die Entspannungspolitik à la Brandt sich ganz dem sowjetischen Konzept“ unterworfen habe. ²¹⁾ Das innenpolitisch mit konstitutionellem Rang zugestandene Feindbild mußte sich also letztlich gegen die SPD selbst, gegen ihre eigene Außenpolitik der friedlichen Koexistenz wenden, mußte überdies die gesamte Partei und vor allem ihre Jugendorganisationen einem die politische Bewegungsfreiheit einschnürenden Abgrenzungszwang unterwerfen und – exemplarisch in der Hochschulpolitik – in die Grauzone der Kontaktschuld bringen. Die SPD hat dem eigenen Anspruch rationaler Innen- und Außenpolitik, der differenzierendes Denken und ruhiges Sich-Einlassen auf Argumente und Interessen des politischen Gegners voraussetzt, die Basis der vollen Verfassungs-

17) Vgl. den Bericht in der Frankfurter Rundschau vom 4. 6. 1976, S. 1 und 2.

18) Vgl. Frankfurter Rundschau vom 4. 6. 1976, S. 2.

19) Zitiert nach Frankfurter Rundschau vom 4. 6. 1976, S. 1.

20) Gerade in der Vermeidung von Öffentlichkeit, in der Institutionalisierung eines Mißtrauens gegen einen möglicherweise verfügbaren Bürger im Staat und in der daraus folgenden Übernahme der Verantwortung durch den Staat (Wolf-Dieter Narr, Uwe Wesel, Der jahrhundertalte Übermut der Ämter, Frankfurter Rundschau vom 7. 2. 1978, S. 10, Sp. 4), in einer Verstaatlichung der Konflikte also, erscheint eine in Deutschland mächtige und auch von der sozialliberalen Koalition fortgesetzte Tradition, die eine Eigendynamik, eine „offene Spirale der Verschärfung und Verfeinerung der Integrationsmittel (Polizei, Gesetze, Verfassungsschutz, Gesinnungsdruck, Denkverbote)“ erzeugt und „sich wenig (schert) um die subjektiven Ansichten, die einzelne Parteien und Personen mit der Erweiterung legalisierter Gewaltmittel verbinden“; (Oskar Negt, Wider die deutsche Verstaatlichung der Konflikte, Frankfurter Rundschau vom 26. 11. 1977, S. III, Sp. 4).

21) Bericht und Zitat in Frankfurter Rundschau vom 4. 6. 1976, S. 2.

16) Es handelt sich dabei im wesentlichen um wörtliche Zitate aus BVerfGE 39, 334 (348/349). Dazu noch unten.

legalität entzogen, indem sie sich selbst dem Zwang der Exkulpation von jeder Kontaktschuld unterwarf. Dieser Mechanismus wirkt nicht nur auf die SPD, er wirkt auch auf Gewerkschaften, in die Kirchen hinein und hat bereits in Einzelfällen die Legalitätsstruktur des bürgerlichen Rechts²²⁾ durchbrochen. Der „cordon sanitaire“ geht durch die gesellschaftlichen Organisationen hindurch und pflanzt sich als gesellschaftlich vermittelter politischer Anpassungs- und Abgrenzungszwang fort.²³⁾ An diesen nicht zufälligen Wirkungen des Abgrenzungszwanges wird deutlich, daß die „streitbare Demokratie“, zum konstitutionellen Prinzip erhoben, eine grundsätzliche Durchbrechung der verfassungsmäßigen Legalitätsstruktur ist.

10. Wenn wir festgestellt haben, daß das grundlegende Prinzip der Berufsverbotspraxis, der Zwang zum Feindbild als politisches Bekenntnis, als Einbruch in die historisch frühzeitig erkämpften Grundlagen rationaler politischer Auseinandersetzung als einer Voraussetzung der politischen Demokratie in dem seit der Französischen Revolution als Fortschritt der Menschheit akzeptierten Sinne angesehen werden muß, so wollen wir damit auch daraufhinweisen, daß diese Praxis nicht erst ein Problem der Art. 5, 8, 9, 21 und 33 GG, sondern schon ein Problem des Art. 4 GG ist. Alle diejenigen, die meinen, daß Art. 4 Abs. 1 GG mit dem Schutz des *forum internum* eigentlich nur etwas schütze, was des Schutzes gar nicht bedarf, weil es durch den modernen Staat nicht beeinträchtigt werden könne, haben den historisch-politischen Sinn der Glaubens-, Gewissens- und Bekenntnisfreiheit und die Staatspraxis, gegen die diese Freiheit erkämpft wurde, aus dem Auge verloren. Daß nur das Verhalten der Staatsbürger geregelt werden solle, die Gewährleistung der gleichen bürgerlichen und politischen Rechte von der Gesinnung des Bürgers unabhängig sein solle, war das Programm der Aufklärung und ist das liberale Element, das in Art. 3 Abs. 3, 33 Abs. 3 und Art. 4 GG enthalten und unabdingbarer Bestandteil der verfassungsmäßigen Ordnung im Sinne des Art. 79 Abs. 3 GG ist.

Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem Radikalenbeschuß²⁴⁾ diesen zentralen Einbruch in die verfassungsmäßige Ordnung nicht korrigiert, hat ihn vielmehr grundsätzlich akzeptiert und vergeblich pragmatisch begrenzen und rationalisieren wollen. Deshalb enthält die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts im 39. Band auch diejenigen Sätze, auf die der BayVGH und das VG Ansbach sich berufen und von wo aus sie die vom Bundesverfassungsgericht intendierten Beschränkungen beiseitespülen, indem sie die politische Staatsräson des Feindbildes nach ihrem politischen Gutdünken praktizieren.

Der Versuch des Bundesverfassungsgerichts, die Durchbrechung der gleichen verfassungsrechtlich gewährleisteten Freiheiten durch den Vorbehalt der Verfassungsfreundlichkeit als eine abgrenzbare und in der Abgrenzung begründbare Besonderheit des Beamtenstatus zu legitimieren,²⁵⁾ geht an der demokratischen Verfassung ebenso vorbei wie er einem monarchischen Prinzip gerecht zu werden vermöchte. Art. 33 Abs. 2 und 3 GG bringt die Untrennbarkeit von „gesellschaftlicher“ politischer Freiheit und gleichem Zugang zu öffentlichen Ämtern im demokratischen Staat zum Ausdruck.

Wenn man es für selbstverständlich halten muß, daß im demokratischen Staat alle Bürger ohne Ansehung ihrer politischen Überzeugung grundsätzlich Zugang zum Beamtenstatus haben, so ist das keine liberalistische Illusion, die über die Realität und Notwendigkeit politischer Macht auch im demokratischen Staat sich hinwegschwindeln

22) Vgl. LG Berlin, NJW 1977, S. 251 f. (Werkvertrag); hierzu Eike Schmidt, Von der Unbrauchbarkeit des an sich Brauchbaren oder zu den Ausstrahlungen des Radikalenerlasses in das Zivilrecht, DuR 1/77, S. 55 ff.

23) Vgl. dazu auch Bernhard Schlink, Zwischen Identifikation und Distanz, Der Staat 15 (1976), S. 335 ff. (366). Zur Anwendung im Hochschulprüfungsrecht siehe noch VGH Baden-Württemberg, DuR 1/76, S. 67 ff.

24) Vgl. BVerfGE 39, 334 (359).

25) BVerfG aaO.

will. Nicht nur die demokratische Legitimation der Regierung, auf der kommunalen Ebene der kommunalen Wahlbeamten, durch eine gewählte Vertretungskörperschaft, sondern auch das Institut des aus politischen Gründen jederzeit abwählbaren politischen Beamten (Staatssekretär, General) tragen der Umsetzung politischer Macht in die Tätigkeit des Staatsapparates in demokratischer Form unmittelbar Rechnung.

Aber auch bei der Besetzung solcher Stellen, die nicht als Wahlbeamte oder politische Beamte ausgestaltet sind, ist die Beurteilung der Eignung ein Politikum. Wenn einflußreiche Beamtenstellen besetzt werden, wird die Entscheidung über die Eignung in aller Regel *auch* durch politische Wertungsgesichtspunkte beeinflußt sein; Eignung im fachlichen Sinne und politische Qualitäten des Bewerbers lassen sich nicht säuberlich scheiden. Dennoch muß schon hier unter dem verfassungsrechtlichen Aspekt des Art 33 Abs. 2 und 3 GG heuristisch streng unterschieden werden. Die beste Eignung muß aus den Erfordernissen des konkreten Amtes begründet werden, sie darf nicht aus der politischen Einstellung des Bewerbers, aus seiner Übereinstimmung mit der politischen Haltung des Vorgesetzten etwa begründet werden. Jedenfalls kann es wegen Art. 33 Abs. 3 GG niemals auf eine weltanschauliche Gesinnung ankommen. Soweit dennoch jede Personalpolitik und insbesondere die Beurteilung der Eignung ein Politikum bleibt, ist die Kontrolle dieser Personalpolitik, die Kritik an Parteienproporz und Parteibuchwirtschaft zum Beispiel, zunächst Aufgabe einer kritischen politischen Öffentlichkeit und nur in Grenzfällen Sache gerichtlicher Kontrolle wegen Überschreitung rechtlicher Grenzen.

In diesem eingeschränkten Sinne ist die Beurteilung der Eignung für ein konkretes Amt durchaus ein Politikum, ein Faktor politischer Macht im demokratischen Staat.

Beim Ausschluß von Bewerbern aus dem öffentlichen Dienst wegen Verfassungsfeindlichkeit oder wegen mangelnder Verfassungsfreundlichkeit aber geht es nicht um die Eignung für das *konkrete Amt*, sondern um eine Voraussetzung für den Zugang zum Beamtenstatus überhaupt. Die Plausibilität der Voraussetzung der Eignung für ein konkretes Amt mit ihren politischen Implikationen wird mißbraucht, wenn sie auf die ganz andere Frage der Verfassungstreue als Voraussetzung für die Einstellung im öffentlichen Dienst übertragen wird. Die Prüfung der Eignung erfährt dann aber auch zwangsläufig einen völligen Wandel ihres Charakters. Das manifestiert sich schon im Verfahren der Feststellung dieser verschiedenen Arten von Eignung: Geht es etwa um die Berufung zum Präsidenten eines Landgerichts, dann wird über positive (und niemals ganz unpolitische) Kriterien verhandelt, die einen Bewerber den anderen gegenüber für das konkrete Amt hervorheben. Die abgelehnten Bewerber sind aber deshalb nicht als Beamte überhaupt „ungeeignet“. Der Fall, daß ein Neubewerber für jede Tätigkeit im Öffentlichen Dienst trotz entsprechender Examina ungeeignet ist, ist nur bei offensichtlichen Verhaltensmängeln denkbar. Die Vorstellung, daß eine Art Inquisition erfolgen könnte, die der Ermittlung der rechten Gesinnung dient, wäre von vornherein absurd.

Im Fall Charlotte Nieß wurde die Eignung für das konkrete Amt einer Richterin denn auch gar nicht bestritten. Daraus hatte das VG München in erster Instanz zu Recht geschlossen, daß in ihrem Fall, nach Annahme der Voraussetzungen des Zugangs zum öffentlichen Dienst, sofort ein Verpflichtungsurteil ergehen könne, nicht nur ein Bescheidungsurteil.

Wenn Art. 33 Abs. 2 GG das Recht auf gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt „nach Eignung“ gewährt, dann ist damit nur die Selbstverständlichkeit der Eignung für das konkrete Amt, nicht eine ominöse Eignung als Beamter überhaupt gemeint. Diese Eignung besitzt selbstverständlich jeder Bürger, der gelobt, daß er seine Beamtenpflichten im Sinne der Verfassung und unter Beachtung der gesamten Rechtsordnung erfüllen wird.

Nur wenn mit rechtlicher Verbindlichkeit festgestellt worden ist, daß der Bewerber sich aktiv für die Beseitigung der verfassungsmäßigen Ordnung eingesetzt hat, was die Betätigung für eine nach Art. 139 GG oder im Verfahren nach Art. 21 Abs. 2 GG verbotene Partei oder einen Spruch des Bundesverfassungsgerichts nach Art. 18 GG voraussetzt, ist die Einstellungsbehörde daran gebunden, entfällt generell die Voraussetzung der Verfassungstreue als Bedingung des Zugangs zum öffentlichen Dienst, wird das Gelöbnis dem Bewerber nicht abgenommen: *Das* ist der hergebrachte Grundsatz im Sinne des Art 33 Abs. 5 GG.

Von diesem Verständnis her sind allerdings schon die Formulierungen in § 7 Abs. 1 Ziff. 2 BBG und die entsprechenden Regelungen für besondere Kategorien von Beamten fragwürdig. Der Deutsche Beamtenbund hat das bereits 1951 angemerkt²⁶⁾ in der Kritik der Referentenentwürfe zum BBG, wenn auch zum Schutz der Beamtenverhältnisse aus nationalsozialistischer Zeit: „Die Verpflichtung zum (aktiven) Bekenntnis zur freiheitlichen demokratischen Grundordnung sollte auf die amtliche Tätigkeit beschränkt bleiben“ . . . „Für die persönliche Sphäre außerhalb des Dienstes müßte die Verpflichtung schon aus Gründen der praktischen Kontrolle, zur Vermeidung von Denunziation, Schnüffelei. . . auf die Unterlassung alles dessen beschränkt werden, was mit Beamtenstellung und Beamteneid nicht vereinbar ist.“²⁷⁾ In der Verwischung des Unterschiedes zwischen der Voraussetzung der Eignung für ein konkretes Amt und den Voraussetzungen des Zugangs zum öffentlichen Dienst liegt also schon der grundlegende Fehler; in der Aufladung des Begriffs der Eignung mit einem Inhalt, der nach Art. 33 Abs. 3 GG niemals entscheidend sein darf, liegt die schlimme Konsequenz.

Diese Form der Prüfung der „Eignung für den öffentlichen Dienst“ dient nicht nur nicht mehr der Durchsetzung der demokratisch legitimierten Politik mit Hilfe der staatlichen Bürokratie; es wird im Gegenteil das Beamtentum potentiell auf eine Kontrolle der demokratisch legitimierten Politik unter Berufung auf eine höherrangige geistige Substanz, auf eine „Idee des Staates“, programmiert. Darin ist die Vergleichbarkeit mit dem der Gesellschaft entgegengesetzten Ideal des Staates zu sehen, das seinen klassischen historischen Ausdruck im monarchischen Prinzip gefunden hatte.

Von der Differenzierung zwischen Eignung für das konkrete Amt und den Voraussetzungen des Zugangs zum öffentlichen Dienst aus erkennt man den wesentlichen Gegensatz der „Radikalenpraxis“ in der Bundesrepublik zu scheinbar entsprechenden Praktiken in anderen westeuropäischen Staaten, der hierzulande entweder ganz gelehnet oder sogar im Sinne größerer Rechtsstaatlichkeit in der Bundesrepublik interpretiert wird. Maihofer gibt den Unterschied zu, wenn er bestätigt, daß „Radikale“ in anderen westeuropäischen Ländern (zwar) zunächst in den öffentlichen Dienst gelassen, dann aber auf „ungefährliche“ Posten geschoben werden.²⁸⁾

Diese Praktiken mögen im Einzelfall politisch noch willkürlicher sein. Sie müssen aber immer von den Erfordernissen des konkreten Amtes ausgehen, sind von daher politisch kritisierbar. Der Fall des verfassungsfeindlichen Lokführers, Postboten, Friedhofswärterers oder Kochs ist unter solchen Prämissen genauso unvorstellbar wie Verfassungstreue-Klauseln in Miet- und Werkverträgen.

Weil in Ländern wie Frankreich, England und Schweden nicht von der eigenartig überhöhten Vorstellung des Staates ausgegangen wird, die sich in Deutschland auf die Tradition konstitutionell-monarchischen Staatsdenkens gründet, fehlt dort die Basis für die Vorstellung einer grundsätzlich erforderlichen besonderen Verbundenheit des

26) Vgl. die Rede von Werner Maihofer auf dem 27. ordentlichen Bundesparteitag der FDP am 19./20. 11. 1976 in Frankfurt, in Frankfurter Rundschau vom 9. 12. 76, S. 14 (15 Sp. 2).

27) Zitiert nach Maihofer, aaO.

28) Vgl. Frankfurter Rundschau vom 9. 12. 76, S. 14, Sp. 2, wo Maihofer allerdings den Unterschied nur in dem „teutonischen Furor“ sieht, der darin besteht, eine im Einzelfall so schwierige Personalentscheidung durch Gesetz allgemein verbindlich vorzuschreiben.

Beamten mit einem höheren staatlichen Wesen. Sobald die staatliche Personalpolitik im Einzelfall aus staatspolitischen Erfordernissen begründet wird und neuralgische Funktionen besonders abdeckt – was ja in der Bundesrepublik ebenfalls und zusätzlich geschieht –, bleibt diese Praxis politisch angreifbar und veränderbar; sie hat nicht die tiefgreifende Wirkung einer konstitutionellen Grenze, einer Durchbrechung der Legalität, sie weist nicht dieselbe Tendenz zur Zerstörung der Grundlagen der Demokratie auf.

Wird der untrennbare Zusammenhang von „gesellschaftlicher“ politischer Freiheit und gleichem Zugang zu den öffentlichen Ämtern des demokratischen Staates, den Art. 33 Abs. 2 und 3 GG konstituiert, zunächst scheinbar nur für den Beamtenstatus durchbrochen, so droht gleichwohl die Demokratie als Ganzes zu ersticken unter den Anpassungs- und Abgrenzungszwängen für die große Zahl vor allem junger Bürger, die sich in der Ausbildung zu einem Beruf im Öffentlichen Dienst befinden, aber ebenso für die gesellschaftlichen Organisationen, die auf die soziale, kulturelle und politische Aktivität und das Engagement dieser Bürger angewiesen sind. Diese kraft sozialer Mechanismen immer weiter wuchernde Wirkung des konstitutionellen „Prinzips der streitbaren Demokratie“ läßt sich anders als durch die Verfahrensregelungen in Art. 9 Abs. 2, 18 und 21 Abs. 2 GG, also durch zentrale, ausschließliche Kompetenzen (Bundesverfassungsgericht, Innenminister) und den Zwang zu einem ausdrücklich erklärten Verbot, das die Bereiche der erlaubten und der verbotenen politischen Betätigung präzise festlegt, nicht vermeiden; sie läßt sich vor allem nicht durch materielle Kriterien verrechtlichen, weil das Prinzip selbst die Durchbrechung der Legalität ist.

Die Verselbständigung des Staatsapparates gegenüber der Gesellschaft durch die Selektion des Beamtentums nach Feindbild-Bekanntnissen ist in der Tat nur eine personelle Ausgangsbedingung für eine erdrückende Funktionalisierung des Staatsapparates als institutionalisiertes Mißtrauen gegen ein möglicherweise verführbares Volk.

(aus:

Demokratie und Recht 1978, 3 – 14)