



Nr. 2 Juli 1973

NRW

Der Justizminister informiert

Dokumentation

zur Ernennung des Assessors Götz zum Richter auf Probe

Dokumentation

Die Ernennung des in der DKP tätigen Assessors Volker Götz zum Richter auf Probe durch den Justizminister des Landes Nordrhein-Westfalen hat in der Öffentlichkeit und innerhalb der Justiz unseres Landes eine breite Diskussion entfacht. Die Frage, ob einem Bewerber für das Richteramt, der die fachlichen Voraussetzungen hierfür erfüllt, die Einstellung deshalb verwehrt werden kann, weil er sich aktiv für die DKP betätigt, ist eine rechtliche und insbesondere verfassungsrechtliche Frage. Eine sachgemäße Diskussion ist daher nur möglich, wenn die rechtlichen Aspekte bekannt sind.

Die vielfältigen Äußerungen und Entscheidungen zu dieser Frage in Literatur und Rechtsprechung sind nicht jedem geläufig oder zugänglich. Daher soll diese Dokumentation die rechtlichen Gesichtspunkte für eine sachbezogene Diskussion und für die Bildung eines fundierten eigenen Urteils darstellen.

I.

Nach Art. 33 Abs. 2 des Grundgesetzes (GG) hat jeder Deutsche nach seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt. Demgemäß bestimmen die insoweit auf Richter entsprechend anzuwendenden Beamtenengesetze (z. B. § 7 des Beamtenrechtsrahmengesetzes, § 7 Abs. 1 des Landesbeamtengesetzes), daß die Auslese der Bewerber nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung ohne Rücksicht auf Geschlecht, Abstammung, Rasse, Glauben, religiöser oder politischer Anschauungen, Herkunft oder Beziehungen vorzunehmen ist.

Zwar ist anerkannt, daß aus diesen Vorschriften ein Rechtsanspruch auf Ernennung zum Richter oder Beamten nicht hergeleitet werden kann. Nach der in der höchstrichterlichen Rechtsprechung und im Schrifttum allgemein vertretenen Auffassung kann der Bewerber jedoch verlangen, daß über seine Bewerbung allein aus sachlichen, ermessensfehlerfreien Erwägungen entschieden wird (so ausdrücklich Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, veröffentlicht in der Zeitschrift „Die öffentliche Verwaltung“ [DÖV], und Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts in der amtlichen Sammlung [BVerwGE] Band 2, Seiten 151, 153).

II.

Im Rahmen der rechtmäßigen Ausübung des Ermessens ist zunächst die fachliche Eignung des Bewerbers zu prüfen.

Ohne Verletzung der verbürgten Vertraulichkeit von Personalvorgängen kann hier festgestellt werden, daß Götz auf Grund seiner beiden juristischen Staatsprüfungen und seiner Leistungen in den einzelnen Ausbildungsabschnitten und den Arbeitsgemeinschaften die fachlichen Voraussetzungen für die Ernennung zum Richter auf Probe ohne jede Einschränkung erfüllt. In dem Zeugnis des zivilrechtlichen Arbeitsgemeinschaftsleiters beim Oberlandesgericht ist seine Eignung für das Richteramt sogar besonders hervorgehoben worden.

Nach seinem Lebenslauf und den vielfältigen Beurteilungen aus der Zeit

des Vorbereitungsdienstes besteht auch an seiner charakterlichen Eignung für das Richteramt kein Zweifel.

III.

Voraussetzung für eine Berufung in das Richteramt ist gem. § 9 Ziff. 2 des Deutschen Richtergesetzes (DRiG) ferner, daß der Bewerber die Gewähr dafür bietet, daß er jederzeit für die freiheitliche demokratische Grundordnung im Sinne des Grundgesetzes eintritt.

Götz ist nach seinen eigenen Bekundungen Mitglied der DKP und Vorsitzender einer Stadtteilgruppe. Über diese Tatsachen hinaus haben weder eingehende Ermittlungen im Verwaltungswege noch der Lebenslauf des Assessors und sein Verhalten während der Referendarzeit irgendwelche Anhaltspunkte dafür ergeben, daß er die Voraussetzungen des § 9 Ziff. 2 DRiG nicht erfüllt. In einem ausführlichen und nachdrücklichen Gespräch, das gerade im Hinblick auf § 9 Ziff. 2 DRiG mit dem Assessor im Justizministerium geführt worden ist, hat er beteuert, daß er die tragenden Prinzipien unserer Verfassung nicht nur akzeptiert, sondern für richtig und verteidigungswert hält. Bei diesem Gespräch hat er sich von jeder Art der Gewaltanwendung bei der Durchsetzung politischer Ziele distanziert und versichert, er fühle sich als Richter selbstverständlich an das Gesetz gebunden und werde auch nur im Rahmen der geltenden Gesetze verfahren.

IV.

Hiernach stellt sich die Frage, ob die Ausübung rechtmäßigen Ermessens eine Ablehnung der Einstellung des

Assessors allein deshalb rechtfertigte, weil Götz Mitglied der DKP ist und die Funktion des Vorsitzenden einer Stadtteilgruppe bekleidet.

1.

Bei der Beantwortung dieser Frage wird vielfach darauf hingewiesen, daß die DKP nach Erklärungen des Bundesinnenministers verfassungswidrig sei. Diese Wertung ist als politische Aussage bedeutungsvoll, gibt aber für die hier maßgebliche verfassungsrechtliche Problematik nichts Entscheidendes her. Gemäß Artikel 21 Abs. 2 Satz 2 GG entscheidet nämlich allein das Bundesverfassungsgericht über die Frage der Verfassungswidrigkeit einer Partei. Eine derartige Verbotsentscheidung ist bezüglich der DKP bisher nicht ergangen und auch nicht beantragt.

2.

Das Bundesverfassungsgericht hat jedoch eine Reihe grundsätzlicher Entscheidungen erlassen, die für die hier aufgezeigte Problematik richtungweisend sind:

a) Urteil des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 21. 3. 1961, veröffentlicht in der amtlichen Entscheidungssammlung (BVerfGE Band 12, Seite 298 ff.):

Leitsätze (a. a. O., Seiten 296, 297):

„1.

Bis zur Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts kann niemand die Verfassungswidrigkeit einer Partei rechtlich geltend machen. Insofern kommt dieser Entscheidung konstitutive Bedeutung zu.

2.

Das in erster Linie die Parteiorganisation schützende Privileg des Art. 21 Abs. 2 GG erstreckt sich auch auf die mit allgemein erlaubten Mitteln arbeitende parteioffizielle Tätigkeit der Funktionäre und Anhänger einer Partei. Ihre Tätigkeit ist durch das Parteienprivileg auch dann geschützt, wenn ihre Partei durch eine spätere Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts für verfassungswidrig erklärt wird.

3.

Die Rechtsordnung kann nicht ohne Verstoß gegen den Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit die verfassungsrechtlich eingeräumte Freiheit, eine Partei zu gründen und für sie im Verfassungsleben zu wirken, nachträglich als rechtswidrig behandeln.“

Aus den Gründen:

a. a. O., Seite 304:

„Art. 21 GG stattet die politischen Parteien wegen ihrer Sonderstellung im Verfassungsleben mit einer erhöhten Schutz- und Bestandsgarantie (dem sogenannten „Parteienprivileg“) aus. Diese findet vor allem ihren Ausdruck darin, daß die politischen Parteien im Gegensatz zu anderen politischen Vereinigungen nur durch das Bundesverfassungsgericht für verfassungswidrig erklärt werden können. Daraus folgt, daß bis zur Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts niemand die Verfassungswidrigkeit einer Partei rechtlich geltend machen kann. Insofern kommt der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts konstitutive Bedeutung zu.“

a. a. O., Seiten 305, 306:

„Die Auffassung, das in erster Linie die Parteiorganisation schützende Privileg des Art. 21 Abs. 2 GG (BVerfGE 9, 162, 165) erstrecke sich auch auf die mit allgemein erlaubten Mitteln arbeitende parteioffizielle Tätigkeit der Funktionäre und Anhänger einer Partei, ist folgerichtig. Könnte die nicht gegen die allgemeinen Strafgesetze verstoßende Tätigkeit ihrer Gründer oder Funktionäre, die sich im Gründen der Partei und im Fördern der Parteiziele erschöpft, als strafbares Unrecht verfolgt werden, so würde der den Parteien durch Art. 21 Abs. 2 GG gewährte Schutz ausgehöhlt werden; denn eine Partei ist ohne die Tätigkeit der Funktionäre handlungsunfähig. Auf diese Weise könnte eine Partei unter Umgehung des in Art. 21 Abs. 2 GG vorgesehenen Verfahrens vor dem Bundesverfassungsgericht ausgeschaltet werden. Das aber wäre verfassungswidrig.“

Die Freiheit, eine politische Partei zu gründen, und ihr Recht, an der politischen Willensbildung des Volkes mitzuwirken, sind verfassungskräftig verbürgt. Daraus folgt die Legalität des Handelns der Parteigründer und der für die Partei tätigen Personen selbst dann, wenn die Partei später für verfassungswidrig erklärt wird.

Die Anhänger und Funktionäre einer solchen Partei handeln, wenn sie die Ziele ihrer Partei propagieren und fördern, sich an Wahlen beteiligen, im Wahlkampf aktiv werden, Spenden sammeln, im Parteiapparat tätig sind oder gar als Abgeordnete sich um ihren Wahlkreis bemühen, im Rahmen einer verfassungsmäßig verbürgten Toleranz. Das Grundgesetz nimmt die Gefahr, die in der Gründung oder Tätigkeit einer solchen Partei bis zur Feststellung ihrer Verfassungswidrig-

keit besteht, um der politischen Freiheit willen in Kauf."

b) **Beschluß des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 27. 6. 1961 (BVerfGE 13, 46 ff.):**

Leitsatz (a. a. O., Seite 46):

„§ 6 Abs. 1 Nr. 2 BEG (Bundesentschädigungsgesetz) darf mit Rücksicht auf Art. 21 GG nicht auf Personen angewandt werden, die nur als Funktionäre einer politischen Partei vor ihrem Verbot durch das Bundesverfassungsgericht deren Ziele mit allgemein erlaubten Mitteln vertreten.“

Aus den Gründen:

a. a. O., Seiten 52/53:

„Das in erster Linie die Parteiorganisation schützende Privileg des Art. 21 Abs. 2 GG (BVerfGE 9, 162, 165) erstreckt sich auch auf die mit allgemein erlaubten Mitteln arbeitende parteioffizielle Tätigkeit der Funktionäre und Anhänger einer Partei. Dann aber kann die Rechtsordnung nicht ohne Verstoß gegen den Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit den Gebrauch der zunächst eingeräumten Freiheit, eine Partei zu gründen und für sie zu sorgen, nachträglich als rechtswidrig behandeln.“

Diese Entscheidung ist auch für das Entschädigungsrecht von Bedeutung. Ein durch Art. 21 GG gedecktes Verhalten darf nicht unter die Ausschlußformel des § 6 Abs. 1 Nr. 2 BEG subsumiert werden. Die Verfassungsschränkt zwar den Grundsatz politischer Toleranz um seiner Erhaltung willen ein, begegnet aber auch den Feinden der Freiheit, deren politische Betätigung sie beschneiden muß, nur mit rechtsstaatlichen Mitteln, soll sich

die freiheitliche Demokratie nicht selbst untreu werden.

Der Ausschluß eines Verfolgten von Entschädigungsleistungen kann also nicht damit begründet werden, er habe die freiheitliche demokratische Grundordnung ‚bekämpft‘, wenn sich seine Tätigkeit darin erschöpfe, im Rahmen einer noch nicht verbotenen verfassungswidrigen Partei sich für die Verwirklichung ihrer Ziele mit allgemein erlaubten Mitteln einzusetzen.“

c) **Beschluß des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 18. 7. 1961 (BVerfGE 13, 123 ff.):**

Aus den Gründen (a. a. O., Seite 126):

„Art. 21 Abs. 2 GG schließt insbesondere ein administratives Einschreiten gegen den Bestand einer politischen Partei aus (BVerfGE 5, 85, 140) und schützt bis zu einem Verbot die mit allgemein erlaubten Mitteln arbeitende parteioffizielle Tätigkeit ihrer Funktionäre und Anhänger vor dem Zugriff der Exekutive oder der Gesetzgeber.“

d) **Beschluß des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 30. 10. 1963 (BVerfGE 17, 155 ff.):**

Aus den Gründen (a. a. O., Seite 166):

„Die Zugehörigkeit zu einer politischen Partei, die nicht für verfassungswidrig erklärt ist, ist nicht rechtswidrig. Sie kann also für sich allein auch nicht strafbar sein.“

3.

Allen diesen Entscheidungen liegen Sachverhalte zugrunde, die die spezifische richter- und beamtenrechtliche Problematik nicht direkt betreffen.

Gleichwohl ergeben sich aus ihnen Grundsätze für eine Auslegung der Verfassung in der Weise, daß die Verfassungswidrigkeit einer Partei auch bei der Einstellung von Richtern und Beamten rechtlich nicht geltend gemacht werden darf, solange das Bundesverfassungsgericht die Verfassungswidrigkeit der Partei nicht festgestellt hat.

4.

Dieses Verständnis der zitierten Verfassungsgerichtsentscheidungen ist zwar nicht unbestritten, wird aber in den neuesten Gerichtsentscheidungen und in der Literatur überwiegend vertreten.

a)

In der Zugehörigkeit zu einer als verfassungswidrig angesehenen, aber nicht verbotenen Partei sehen folgende Entscheidungen oder juristischen Veröffentlichungen ein Einstellungshindernis oder ein Dienstvergehen:

aa) Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 10. 3. 1960 (BVerwGE 10, 213, 216, 217) — ergangen also vor den Grundsatzentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (vgl. oben IV, 2):

„Die Feststellung, eine Partei setze sich nicht für die bestehende demokratische Staatsauffassung ein, ist anderen Inhalts als die von dem Bundesverfassungsgericht nach Artikel 21 Abs. 2 Satz 2 GG zu treffende Feststellung, eine Partei gehe nach ihren Zielen oder nach dem Verhalten ihrer Anhänger darauf aus, die freiheitliche demokratische Grundordnung zu beeinträchtigen oder zu beseitigen oder den Bestand der Bundesrepublik zu

gefährden. Die Regelung des Artikels 21 Abs. 2 GG kann somit nicht die hier von dem Berufungsgericht bei der Anwendung der §§ 3 Abs. 2 und 61 DBG getroffene Feststellung hindern, eine Partei setze sich jedenfalls nicht die im Grundgesetz verankerte demokratische Staatsauffassung ein ... Da hiernach die Beklagte durch Artikel 21 Abs. 2 GG nicht gehindert war, die aus der politischen Betätigung des Klägers hergeleitete Besorgnis, dieser werde künftig die ihm nach § 3 Abs. 2 DBG obliegende Pflicht nicht erfüllen, als einen Entlassungsgrund nach § 61 DBG zu verwerfen, erweist sich auch die in diesem Zusammenhang von der Revision erhobene Rüge als unbegründet."

bb) Das Bundesverwaltungsgericht hat auch in seinem Urteil vom 6. 5. 1964 (BVerwGE 18, 276, 281) als „denkbar“ angesehen, daß die Einstellungsbehörde die Gewähr der Verfassungstreue in einem Fall als nicht gegeben sieht, in dem der Bewerber bis zu der durch das Bundesverwaltungsgericht verfügten Auflösung der KPD legales Mitglied dieser Partei gewesen ist.

cc) Urteil im einstweiligen Anordnungsverfahren des V. Senats des Oberverwaltungsgerichts Lüneburg vom 27. 9. 1972 (Aktenzeichen V OVG A 102/72, nicht veröffentlicht):

„Was schließlich den Hinweis des Antragstellers auf Artikel 21 Abs. 2 und Artikel 9 Abs. 2 GG i. V. m. § 3 des Vereinsgesetzes betrifft, so verkennt der Antragsteller hierbei, daß diese Bestimmungen nur die Abwehr von Gefahren zum Gegenstand haben, die von einer verfassungswidrigen Partei oder Organisation als solcher ausgehen. Die Gefahrenabwehr gegenüber

individueller Betätigung ist dagegen in Artikel 18 GG geregelt (BVerfGE 25, 88, 100) – oder bezüglich der dort nicht erwähnten Grundrechte –, in anderen Gesetzen wie beispielsweise im Beamtenrecht behandelt. Ein begründeter Anlaß zu Zweifeln, ob ein Beamter sich künftig zur freiheitlichen demokratischen Grundordnung bekennen werde, kann aber schon dann bestehen, wenn dieser sich für eine Organisation einsetzt, die zwar noch nicht verboten ist, bei der aber hinreichender Anlaß zu der Annahme besteht, daß sie verfassungsfeindliche Ziele verfolgt (vgl. BVerwGE 10, 213, 216). Mit Recht weist deshalb – entgegen Battis (JZ 1972, 384) und Kriele (ZRP 1971, 273) – Plümer (a. a. O., S. 644, 647) darauf hin, daß Artikel 21 Abs. 2 GG nur die Parteiorganisation schützt, nicht aber auch den in ihr tätigen Beamten oder Beamtenbewerber.“

dd) Urteil der II. Kammer des Verwaltungsgerichts Bremen vom 16. 11. 1972 (Aktenzeichen II A 223/71, nicht veröffentlicht):

„Die Kammer vermag nicht festzustellen, daß der Kläger (DKP-Mitglied) bereit ist, jederzeit für die freiheitliche demokratische Rechtsordnung einzutreten ... Art. 21 Abs. 2 GG steht nicht entgegen ... Um die dort angeschnittene Frage geht es nicht. Weder die Entscheidung des Senats noch das Verwaltungsgericht machen sich anheischig, die DKP für verfassungswidrig zu erklären oder zu verbieten. Darüber hinaus legen weder der Senat noch das Verwaltungsgericht ihrer Entscheidung zugrunde, daß die DKP verfassungswidrig im Sinne des Art. 21 Abs. 2 GG und deshalb etwa zu verbieten sei. Denn verfassungswidrig und damit verbotbar ist eine Partei

nach Art. 21 Abs. 2 GG nicht schon dann, wenn sie die obersten Prinzipien der freiheitlichen demokratischen Rechtsordnung nicht anerkennt; es muß vielmehr eine aktiv kämpferische aggressive Haltung gegenüber der bestehenden Ordnung hinzukommen. Das hat das Bundesverfassungsgericht in seinem Urteil vom 17. 8. 1956 ausdrücklich betont. Es ist daher durchaus zwischen Verfassungswidrigkeit und der Frage, ob jemand bereit ist, für die freiheitliche Grundordnung einzutreten, zu unterscheiden, wie es das Bundesverwaltungsgericht in seinem Urteil vom 10. 3. 1960 getan hat.“

ee) Plümer führt in seinem Aufsatz über „Mitgliedschaft von Beamten und Beamtenanwärtern in verfassungsfeindlichen Parteien“ (Neue Juristische Wochenschrift [NJW] 1973, 6) folgendes aus:

„Zuvor stellt sich jedoch die Frage, ob die Verfassungsfeindlichkeit einer Partei überhaupt vor einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts gemäß Art. 21 Abs. 2 GG geltend gemacht werden kann. Maurers Schlußfolgerung, die Verfassungswidrigkeit werde rechtlich erst relevant, wenn das Bundesverfassungsgericht entsprechend entschieden habe, ist nicht haltbar, weil sie das Verhältnis von Art. 21 Abs. 2 und 33 Abs. 4 und 5 GG ungeprüft läßt. Durch das Parteienprivileg genießen die Parteien wegen ihrer Sonderstellung bei der politischen Willensbildung eine erhöhte Schutz- und Bestandsgarantie. Art. 21 Abs. 2 GG schützt in erster Linie die politische Tätigkeit einer Partei. Er ist indes kein Freibrief, der den Mitgliedern einer Partei den Zugang zum öffentlichen Dienst auf jeden Fall sicherstellen soll. Das Bundesverfassungsgericht hat zwar den Schutz-

gedanken des Parteienprivilegs in beschränktem Umfang auch auf die Funktionäre und Mitglieder einer Partei ausgedehnt. Bei den diesbezüglichen Entscheidungen ging es um die Strafbarkeit und den Entzug von Rechtsansprüchen von Parteifunktionären vor dem Verbot einer Partei, also um allgemeine, für jeden Staatsbürger gleichermaßen geltende Rechte und Pflichten. Hier geht es jedoch um spezifische Treuepflichten der in einem besonderen Rechtsverhältnis stehenden Beamten. Mit den Auswirkungen des Parteienprivilegs auf die politische Treuepflicht des Beamten hat sich das Bundesverfassungsgericht noch nicht befaßt. Treuepflicht des Beamten nach Art. 33 Abs. 4 und 5 und Parteienprivileg des Art. 21 Abs. 2 GG sind in Form einer Güterabwägung der jeweils geschützten Rechtsgüter der Beziehung zu setzen.

Der Vorrang der politischen Treuepflicht vor dem Parteienprivileg ergibt sich daher zwangsläufig aus dem dem Parteienprivileg zugrunde liegenden Prinzip der Toleranz gegenüber verfassungsfeindlichen Parteien und deren Recht auf politische Freiheit und Betätigung.

Daher ist der Schluß, daß eine Partei, die nicht verboten oder gegen die noch kein Verbot Antrag gestellt ist, stets und in allem als „verfassungstreue“ zu betrachten ist, nicht berechtigt und nicht zulässig.“

ff) Schäfer schließt sich in seinem Aufsatz über „Die politische Treuepflicht des öffentlichen Dienstes“ (Bayerische Verwaltungsblätter 1973, Seiten 169 – 175) mit ähnlichen Argumenten dieser Auffassung an und ist darüber hinaus der Meinung, gerade der Richter müsse sich bei parteipolitischer Betätigung große Zurückhaltung

auflegen, damit er jedenfalls bei einem besonnenen parteipolitischen Gegner noch Vertrauen genieße.

gg) Borgs-Maciejewski führt in seiner Schrift „Radikale im öffentlichen Dienst“ (aus Politik und Zeitgeschichte, Beilage zur Wochenzeitung „Das Parlament“ B 27/73) zusammenfassend folgendes aus:

„Das Parteienprivileg verbietet es nicht, die Zielsetzung einer Partei im Hinblick auf die Verfassung zu bewerten. Die Feststellung, daß eine Partei eine verfassungswidrige Zielsetzung verfolgt, ist mit dem Monopol des Bundesverfassungsgerichts, über die Verfassungswidrigkeit von Parteien zu entscheiden, vereinbar. Die Verfassungsfeindlichkeit der Zielsetzung ist nur eines unter mehreren, die Verfassungswidrigkeit einer Partei ausmachenden Kriterien. Mitgliedschaft in einer Partei bedeutet die konkludente Billigung der essentiellen Parteiziele. Die Mitgliedschaft in Organisationen, deren Zielsetzung von der Bundesregierung für verfassungsfeindlich erklärt worden ist, begründet erhebliche Zweifel an der Loyalität des Bewerbers zu seinem späteren Dienstherrn. Können diese Zweifel nicht ausgeräumt werden, darf eine Einstellung nach dem Beamtengesetz nicht erfolgen.“

hh) Fürst schreibt in seinem Kommentar „Beamtenrecht des Bundes und der Länder“ 1973 Band I K § 7 Randnr. 12 e folgendes:

„Problematisch und heftig umstritten ist vor allem, ob die Mitgliedschaft eines Bewerbers bei einer verfassungsfeindlichen, aber (noch) nicht verbotenen Partei oder sonstigen Ver-

einigung begründete Zweifel an der Verfassungstreue i. S. des Abs. 1 Nr. 2 und damit seine Ablehnung rechtfertigt. Diese Frage kann nicht allein unter Berufung auf das aus Art. 21 Abs. 2, Art. 9 Abs. 2 GG abzuleitende Parteien- und Vereinsprivileg verneint werden. Es kann dabei nicht außer Betracht gelassen werden, daß die Entscheidung über die Einleitung eines Verfahrens nach Art. 21 Abs. 2 GG beim Bundesverfassungsgericht weitgehend eine Frage des politischen Ermessens und der politischen Zweckmäßigkeit ist. Erwägungen dieser Art geben letztlich nach der mit den Normen des GG im Einklang stehenden Verfassungswirklichkeit den Ausschlag dafür, ob gegen eine verfassungsfeindliche Partei mit dem Mittel des Verbots nach Art. 21 Abs. 2 GG vorgegangen oder die Auseinandersetzung mit ihr im politischen Bereich gewählt werden soll. Im Gegensatz dazu ist dem Dienstherrn im Rahmen der ebenfalls verfassungsrechtlich verankerten Regelung des Abs. 1 Nr. 2 kein Ermessen eingeräumt. Er darf einen Bewerber, der keine Gewähr für seine Verfassungstreue bietet, nicht in das Beamtenverhältnis berufen. Bei diesem Zusammentreffen der beiden verfassungsrechtlichen Regelungen kann es im Rahmen des Abs. 1 Nr. 2 nach dem Sinn und Zweck dieser Regelung nicht allein und ausschlaggebend darauf ankommen, ob eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts gemäß Art. 21 Abs. 2 GG beantragt worden und ergangen ist. Die Zugehörigkeit zu einer Partei, die auf die Bekämpfung und Beseitigung der freiheitlichen demokratischen Grundordnung im Sinne des Grundgesetzes abzielt, begründet vielmehr grundsätzlich Zweifel an der Gewähr des Bewerbers i. S. des Abs. 1 Nr. 2, die vom Dienstherrn berücksichtigt werden müssen...“

b)

Im Gegensatz zu diesen bisher zitierten Stimmen (IV 4 a) wird in den meisten neueren Urteilen und Veröffentlichungen die Auffassung vertreten, daß Mitgliedschaft oder gesetzeskonforme Aktivität in einer nicht verbotenen Partei weder für die Ablehnung der Einstellung ausreichen noch als Dienstvergehen angesehen werden können.

aa) Beschluß des Richterdienstsenats des Oberlandesgerichts Hamburg vom 17. 11. 1972 (Zeitschrift für Beamtenrecht [ZBR] 1973 Seiten 22, 24):

„Die Folgerungen, die das Bundesverfassungsgericht aus den von ihm entwickelten Grundsätzen zu Art. 21 Abs. 2 GG für Tatbestände des Strafrechts und des Bundesentschädigungsgesetzes gezogen hat, sind nach dem ihnen zugrunde liegenden Sinn auch auf den Bereich des Disziplinarrechts für den öffentlichen Dienst zu erstrecken: Beschränkt sich die politische Betätigung eines Beamten oder Richters darauf, die Ziele einer noch nicht verbotenen Partei im Rahmen spezifischer Parteitätigkeit mit allgemein erlaubten Mitteln zu fördern, so kann er auch disziplinarisch nicht verfolgt werden, weil auch mit einer solchen Maßnahme das den Parteien in Art. 21 Abs. 2 GG zugestandene Privileg ausgehöhlt würde. Nur soweit der Beamte oder Richter durch seine persönliche Betätigung aus dem Rahmen erlaubter Parteitätigkeit heraustritt oder durch die besondere Art und Weise seines Auftretens zumindest das Gebot der Zurückhaltung verletzt, steht Artikel 21 Abs. 2 GG seiner dienstrechtlichen Bestrafung nicht im Wege.

Diese Folgerungen für den Disziplinarbereich, die nach Scheuner (in Scheu-

ner-v. Merkatz, Die politischen Pflichten und Rechte des deutschen Beamten [1962] Seite 31) der ‚in Kreisen des Bundesverfassungsgerichts‘ selbst vertretenen Auffassung entsprechen sollen, werden im überwiegenden Teil des Schrifttums ausdrücklich gebilligt (Ule DVBl. 63,3 Fn. 29 und Beamtenrecht [1970] Anm. 5 zu § 4 BRRG; Kröger AöR 88, 154; Rudolph DVBl. 67, 649/f.; Frowein, Politische Betätigung des Beamten [1967] S. 33 mit Fn. 92; Evers in Festgabe für Herrfahrt 19 ff. [41/f.]; v. Münchhausen DRiZ 69,3 [4]; v. Münch, Besonderes Verwaltungsrecht, 2. Auflage, S. 62; Kriele ZRP 71, 274/f.; Maurer, NJW 72, 601 [603/604]; Hamann-Lenz, Grundgesetz, 3. Auflage, Anm. 9 c bb zu Art. 21; Wolff, Verwaltungsrecht II, 3. Auflage, S. 408; Schütz a. a. O. S. 106 Rz. 2; Behnke, BDO 2. Auflage, S. 68 Rz. 59).

Der Erstreckung des Parteienprivilegs auf den Bereich des Disziplinarrechts steht entgegen der Ansicht Plümers (a. a. O. S. 644 ff.) nicht im Wege, daß die Treupflicht der Beamten ihrerseits als Bestandteil der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtenrechts (Art. 33 Abs. 5 GG) ebenfalls in der Verfassung verankert ist. Das Parteienprivileg erweist sich insoweit als Spezialregelung: Gewiß verletzt ein Beamter oder Richter, der eine verfassungswidrige Partei unterstützt, in jedem Falle seine dienstrechtliche Treupflicht. Beschränkt sich aber der gegen ihn zu erhebende Vorwurf der Sache nach darauf, daß er mit seiner im übrigen nicht zu beanstandenden parteipolitischen Tätigkeit eine verfassungswidrige Partei gefördert habe, so scheidet die Feststellung einer Dienstpflichtverletzung daran, daß nach Art. 21 Abs. 2 GG keine politische Partei vor der entsprechenden Feststellung des Bundesverfassungsgerichts als verfassungswidrig betrachtet werden darf . . . ”

Es soll nicht verkannt werden, welche Gefahren mit einer Beschäftigung von Funktionären einer verfassungsfeindlichen Partei im Staatsdienst auch dann, wenn sie persönlich nicht mit verfassungsfeindlichen Aktivitäten hervortreten, verbunden sein können und welches besondere Interesse demgemäß der Dienstherr unabhängig von dem generellen Verbot einer verfassungswidrigen Partei und der strafrechtlichen Verfolgung ihrer Funktionäre daran haben kann, gegen derartige Beamte oder Richter allgemein dienstrechtlich vorgehen zu dürfen. Diese Gesichtspunkte können aber nur im Rahmen der vom Verfassungsgeber mit Art. 21 Abs. 2 Satz 2 GG für alle Rechtsbereiche verbindlich getroffenen Grundentscheidung (BVerfGE 12, 306 und 13, 53) Berücksichtigung finden. Das Grundgesetz nimmt die Existenz verfassungswidriger Parteien und damit auch deren verfassungswidrige Betätigung im politischen Leben bis zum Spruch des Bundesverfassungsgerichts im Interesse der Freiheit der politischen Willensbildung bewußt in Kauf. Das damit eingegangene Risiko schließt alle Folgerungen ein, die sich aus der vorläufigen gleichberechtigten Existenz auch verfassungswidriger Parteien ergeben, insbesondere das Recht jeder Partei, den Kreis ihrer Mitarbeiter frei zu bestimmen und dabei auch auf Angehörige des öffentlichen Dienstes, die sie etwa für sich gewinnen kann, zurückzugreifen.

Könnten verfassungswidrige Parteien in dieser Hinsicht bereits vor ihrem Verbot beschränkt werden, so würde das Parteienprivileg in der Tat ausgehöhlt . . . Jeder nicht verbotenen Partei ist nach dem Sinn des Parteienprivilegs schon im Ansatz die gleiche Chance politischer Wirksamkeit zuzubilligen . . . Will die Exekutive das Risiko der Beschäftigung von Funktionä-

ren oder auch nur Mitgliedern einer bestimmten Partei im öffentlichen Dienst wegen der verfassungsfeindlichen Ziele dieser Partei nicht auf sich nehmen, so muß sie den Weg beschreiten, den das Grundgesetz in Art. 21 Abs. 2 zum Schutz gegen verfassungsfeindliche Parteien allein zur Verfügung stellt . . . "

bb) Nach einer Veröffentlichung in der Frankfurter Allgemeinen Zeitung vom 2. 4. 1973 hat das **Verwaltungsgericht Neustadt/Weinstraße in einem Urteil vom 22. 2. 1973** folgendes ausgeführt:

Artikel 21 mit seinen Bestimmungen über das Parteiverbot enthalte eine abschließende Regelung des Verfahrens, in dem der freiheitliche Rechtsstaat des Grundgesetzes politischen Kräften begegne, die ihn mit rechtlich erlaubten Mitteln in der Organisationsform einer Partei bekämpfen. Es sei deshalb verfassungsrechtlich unzulässig, die Nichteinstellung eines Mitglieds einer nicht vom Bundesverfassungsgericht für verfassungswidrig erklärten Partei in den öffentlichen Dienst mit der Zugehörigkeit zu dieser Partei zu begründen, solange die Person des Bewerbers die Gewähr dafür biete, daß er sich bei der Verbreitung seiner politischen Anschauungen auf die freie geistige Auseinandersetzung beschränke und nicht bereit sei, sie auch unter Mißachtung der Rechtsordnung durchzusetzen.

cc) Die **V. Kammer des Bayerischen Verwaltungsgerichts München hat in ihrem Beschluß vom 9. 3. 1973 (Aktenzeichen 5201/72, nicht veröffentlicht)** folgendes entschieden:

„Die Tatsache, daß die Antragstellerin Mitglied der DKP ist, darf nicht zu ihrem Nachteil berücksichtigt werden. Ist die DKP eine neue Partei, dann kann nach dem Urteil des Bundes-

verfassungsgerichts vom 21. 3. 1961 (BVerfGE 12, 296, 304 ff.) auf Grund des ‚Parteienprivilegs‘ des Art. 21 Abs. 2 GG bis zur Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts niemand die Verfassungswidrigkeit dieser Partei rechtlich geltend machen. Insofern kommt der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts konstitutive Bedeutung zu. Das in erster Linie die Parteiorganisation schützende Privileg erstreckt sich auch auf die mit allgemein erlaubten Mitteln arbeitende parteioffizielle Tätigkeit der Funktionäre und Anhänger einer Partei; denn sonst wäre die Partei handlungsunfähig. Die Ausschaltung einer Partei unter Umgehung des Verfahrens nach Art. 21 Abs. 2 GG wäre verfassungswidrig. Die Anhänger und Funktionäre selbst einer später für verfassungswidrig erklärten Partei handeln, wenn sie die Ziele ihrer Partei propagieren und fördern, sich an Wahlen beteiligen, im Wahlkampf aktiv werden, Spenden sammeln, im Parteiapparat tätig sind oder sich als Abgeordnete um ihren Wahlkreis bemühen, legal und im Rahmen einer verfassungsmäßig verbürgten Toleranz. Das Grundgesetz nimmt die Gefahr, die in der Gründung oder Tätigkeit einer solchen Partei bis zur Feststellung ihrer Verfassungswidrigkeit besteht, um der politischen Freiheit Willen in Kauf.

Was das Grundgesetz erlaubt, kann das Beamtenrecht nicht verbieten. Die überzeugenden Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts haben nach ihrem Sinngehalt Bedeutung für die gesamte Rechtsordnung. Daß sie sich nicht auf den Bereich des Strafrechts beschränken, wie der Antragsgegner meint, ergibt sich schon aus dem Beschluß des Bundesverfassungsgerichts vom 27. 6. 1961 (BVerfGE 13, 46); darin hat das Bundesverfassungsgericht ausgesprochen (Seite 53), daß die Bundesverfassungsgerichts-

scheidung 12, 296 auch für das Entschädigungsrecht von Bedeutung sei. Ein durch Artikel 21 GG gedecktes Verfahren dürfte nicht unter die Ausschlußformel des § 6 Abs. 1 Nr. 2 BEG subsumiert werden . . . "

dd) **Urteil der VII. Kammer des Verwaltungsgerichts Hamburg vom 1. 6. 1973 (Aktenzeichen VII VG 642/72, bisher nicht veröffentlicht):**

„Der Beklagte darf nicht davon gehen, der Beigeladene würde als Lehrbeauftragter die einen Hochschul-lehrer treffende politische Treupflicht mißachten. Seine aktive Mitgliedschaft in der Deutschen Kommunistischen Partei kann den gegenteiligen Schluß nicht begründen. Es bedarf keiner Untersuchung der Ziele dieser Partei und des Verhaltens ihrer Anhänger. Solange eine Partei nicht durch das Bundesverfassungsgericht verboten ist, gilt sie als verfassungsmäßig. Dieses Privileg der Organisation als solcher kommt dem Beigeladenen zugute und geht als Spezialregelung den allgemeinen Vorschriften über die Treupflicht vor . . . "

„ . . . ausgehöhlt wird das Parteiprivileg enthält man unter Berufung auf Art. 33 Abs. 5 GG und die politische Treupflicht von Beamten Mitgliedern einer nicht vom Bundesverfassungsgericht für verfassungswidrig erklärten Partei ihr Zugangsrecht zu öffentlichen Ämtern vor (Art. 33 Abs. 2 GG). Die Exekutive behaftet mit solcher nur vordergründig allein gegen Angehörige der Organisation gerichteter Maßnahme diese selbst mit dem Merkmal der Verfassungswidrigkeit. Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts darf nicht durch eine Summe von Einzelentscheidungen vorweggenommen werden, ebensowenig wie mittels denkbarer widersprüchlicher Auffassungen von dem, was noch ver-

fassungsgerecht ist und was nicht, und entsprechenden Anweisungen der Verwaltung der Rechtssicherheit verbürgende Grundsatz angetastet werden soll, daß jede Partei verfassungsmäßig ist bis zu der Feststellung des Gegenteils durch eben das Bundesverfassungsgericht."

ee) Der frühere Bundesverfassungsrichter und ehemalige CDU-Landtagsabgeordnete in Nordrhein-Westfalen **Herbert Scholtissek** hat — wie die Süddeutsche Zeitung am 19. 1. 1973 berichtete — folgende Meinung vertreten:

„Solange jedenfalls das Bundesverfassungsgericht die DKP nicht verboten hat, ist die Nichtzulassung von Mitgliedern dieser Partei zu öffentlichen Ämtern eine Verletzung des Grundgesetzes.“

ff) In die gleiche Richtung gehen auch Äußerungen des früheren Bundesverfassungsrichters **Geller** in einem Interview mit dem Pressedienst der demokratischen Aktion (veröffentlicht in der Zeitschrift „die tat“ vom 6. 1. 1973).

gg) Auch der frühere Bundesverfassungsrichter **Prof. Dr. Martin Draht** hat im April 1973 gegenüber der Vertreterversammlung der Evangelischen Akademikerschaft in Deutschland erhebliche verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Meinung vorgebracht, die Mitgliedschaft und Aktivität in einer nicht verbotenen Partei mit nicht festgestellten verfassungswidrigen Zielen könne Zweifel daran begründen, daß der Bewerber jederzeit für die freiheitliche demokratische Grundordnung eintreten werde.

Jeder Staat habe nicht nur das Recht, sondern auch die Pflicht, sich vor gewalttätigem Umsturz zu schützen. Das Grundgesetz der Bundesrepublik

Deutschland schreibe für die Regierungen des Bundes und der Länder hierfür eindeutige Rechtswege vor. Parteien könnten nur vom Bundesverfassungsgericht auf Antrag für verfassungswidrig erklärt werden. Deshalb könnten Rechtsfolgen für den einzelnen auch nur auf Grund der Mitgliedschaft in einer verbotenen Organisation oder Partei entstehen. Auf Grund des Vortrages von **Prof. Dr. Draht** wird die Evangelische Akademikerschaft in Deutschland einem Betroffenen den Rechtsweg bis zum Bundesverfassungsgericht zu beschreiten helfen (vgl. „Radius“, Vierteljahresschrift der Evangelischen Akademikerschaft in Deutschland Nr. 2, 1973, S. 52).

hh) **Maurer** schreibt in seinem Aufsatz „Die Mitgliedschaft von Beamten in verfassungsfeindlichen Parteien und Organisationen“ (NJW 1972, 601, 603) folgendes:

„Das sogenannte Parteienprivileg des Art. 21 Abs. 2 GG schützt in erster Linie die Parteiorganisation und schließt ein staatliches Vorgehen gegen eine angebliche verfassungsfeindliche, aber nicht verbotene Partei aus. Es erstreckt sich aber auch auf die Funktionäre, Mitglieder und Anhänger der Partei. Das ist eine zwangsläufige Konsequenz. Denn die Funktionäre, Mitglieder und Anhänger (das personelle Substrat) sind wesentlicher Teil der Partei selbst. Würden zum Beispiel die Mitglieder einer Partei allein wegen ihrer Parteiangehörigkeit verfolgt, dann würde damit auch die Partei selbst betroffen und das Parteienprivileg ausgehöhlt. Das zeigt sich geradezu beispielhaft an den Beamtenmitgliedern. Wenn der Dienstherr die Mitgliedschaft seiner Beamten in einer bestimmten Partei verbieten würde, weil sie seiner Meinung nach verfassungsfeindlichen Charakter hat,

so würde dieser Partei ein bedeutsamer Kreis tatsächlicher und potentieller Mitglieder entzogen. Die Partei selbst würde dadurch gegenüber anderen Parteien benachteiligt. Ferner würde die Partei durch ein solches Vorgehen — insbesondere durch die in dem Verbot liegende Feststellung der Verfassungsfeindlichkeit — in der Öffentlichkeit diskriminiert und in ihrer politischen Wirksamkeit behindert...“

ii) In dem Aufsatz von **Azzola** und **Lautner** über „Loyalitätspflicht und politische Kommunikationsrechte der Beamten“ (ZBR 1973, 125, 129) heißt es:

„Nimmt man also das Parteienprivileg des Art. 21 Abs. 2 GG in seinem vollen Wortlaut ernst, dann ist das Recht zur Feststellung der Verfassungswidrigkeit der Zielsetzungen einer Partei beim Bundesverfassungsgericht monopolisiert, anderen Gerichten demnach also auch eine Inzidenzfeststellung versagt. Somit kann weder die Mitgliedschaft in, noch die Förderung einer nicht verbotenen ‚verfassungsfeindlichen‘ Partei, solange diese Tätigkeiten nicht gegen das StGB verstoßen, gegen jemanden rechtlich geltend gemacht werden. Es kann also völlig dahinstehen, ob die Mitgliedschaft von Angehörigen des öffentlichen Dienstes in nicht verbotenen Parteien oder Organisationen wie auch die sonstige Förderung solcher Parteien und Organisationen zu einem Loyalitätskonflikt führt oder führen kann. Rechtlich relevant kann nur ein konkreter Pflichtenverstoß sein und dieser kann gerade nicht aus bloßer Mitgliedschaft oder bloßem Fördern von Parteien bzw. Organisationen hergeleitet werden, deren kollektive Zielsetzung nicht unanfechtbar als verfassungswidrig festgestellt ist.“

v.

Zusammenfassung

Diese Dokumentation zeigt, daß die Frage, ob eine Tätigkeit für die und in der DKP für sich allein den Zugang zum öffentlichen Dienst versperrt, in Rechtsprechung und rechtswissenschaftlichem Schrifttum zwar nicht unbestritten ist. Die unter Berufung auf die eingangs zitierten Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts überwiegend vertretene Auffassung sieht jedoch in einer solchen Tätigkeit kein Einstellungs Hindernis. Mit dieser Auffassung befindet sich der Justizminister bei seiner Entscheidung im Fall Götz im Einklang.