

Prof. Dr. jur. Martin Drath
Bundesverfassungsrichter a. D.
6749 Oberrottenbach üb. Bergzabern
Winzenmühle

Herrn

Rechtsanwalt

H. E. Schmitt - Lermann

8000 München 80

Prinzregentenstr. 97

31.3.1976

Betrifft: Inge Bierlein ./ Freistaat Bayern
wegen Zulassung zum Referendardienst

Sehr geehrter Herr Schmitt - Lermann !

Einem Verfassungsjuristen fällt es an sich nicht leicht,
auf Ihr Anliegen einzugehen. Allein der Gleichheitsgrundsatz,
kraft dessen die Mitgliedschaft und Betätigung in
einer nicht verbotenen Partei Ihre Mandantin nicht be-
lasten darf, müßte ihr zum Erfolg verhelfen. Immerhin hat
der Zwang zur rechtlichen Inkonsequenz und zur verfassungs-
rechtlichen Selbstverteidigung, dem sie sich ausgesetzt
sieht, das Gute für sich, daß auch ihre inhaltlich integre
Einstellung hervortritt. Die Stellungnahmen meiner Herren
Kollegen Zweigert, Scholtissek und Stein möchte ich voll un-
terstreichen und beschränke mich auf drei ergänzende Ge-
sichtspunkte:

1.

Es ist mir unerfindlich, wie heute einzelne Behörden und

einzelne Gerichte aus unserem damaligen Urteil gegen die damalige Kommunistische Partei Deutschlands (KPD) das Recht ableiten wollen, jede Form und jeden Bestandteil der kommunistischen Idee zu diskriminieren und mit dieser Diskriminierung engagierten Berufsanfängern das Tor zur gewählten Laufbahn zuzuschlagen.

Es trifft eben gerade jene Kritik nicht zu, die uns vorgeworfen hat, wir hätten uns mit "dem" Kommunismus und seiner Philosophie unzureichend auseinandergesetzt, dabei selbst den damaligen Erkenntnisstand vernachlässigt und unter dem Einfluß des "Kalten Krieges" ein für alle Zeiten geltendes Anathema gegen "den" Kommunismus und "den" Marxismus-Leninismus schlechthin verfügt. Anders als im SRP-Verbotsverfahren sah sich der Senat im Prozeß gegen die KPD einem geistig hochstehenden Lehrgebäude von überragender Geschichtsmächtigkeit konfrontiert, das auf die Verfassungsgeschichte nicht weniger Länder einen z.T.durchaus konstruktiven Einfluß ausgeübt hat. Diese Grundeinstellung des Senates wurde bewußt in den Urteilsduktus eingearbeitet, in den eben gerade all das nicht hineingelesen werden kann, was heute in Verbindung mit den sog. Radikalenerlassen gerne in ihn hineingelesen wird.

Wichtig ist vor allem, daß das Verbotsurteil weder die Theorie des Marxismus-Leninismus noch den Kommunismus schlechthin für verfassungswidrig erklärt hat. Es hätte dies auch gar nicht gedurft, weil das außerhalb des "rechtlichen Gegenstandes des Verfahrens" (des Verbotsverfahrens) gelegen hätte. Hierzu gehörte vielmehr allein, was die damalige KPD selbst als konkrete Organisation mit einem konkreten Pro-

gramm zu einer konkreten Zeit mit konkreten politischen Mitteln anstrebte und dessen Vereinbarkeit mit der freiheitlichen demokratischen Grundordnung. So spielte das aus dem Jahre 1952 stammende, später im Zusammenhang mit dem 20. Parteitag der KPdSU auf dem eigenen 8. Parteitag der KPD verlassene "Programm der nationalen Wiedervereinigung" eine entscheidende Rolle für das Verbotsurteil, in dem es besonders eingehend behandelt ist. Nur hierauf also bezogen sich die Feststellungen und Auslegungen des Verbotsurteils. Hieraus folgt, daß es eine Feststellung des Bundesverfassungsgerichtes, der Kommunismus oder der Marxismus-Leninismus seien überhaupt und allgemein verfassungswidrig, wie das vielfach angenommen wird, in Wahrheit nicht gibt. Es muß vielmehr genau, d.h. nicht auf Grund einer solchen allgemeinen Annahme, auch wenn sie bisher auf die Rechtspraxis übergegriffen hat, auch nicht auf Grund eines "ersten Anscheins", sondern in exakter Analyse dessen, was auf der Basis kommunistischer oder marxistisch-leninistischer Grundanschauungen real gewollt wird, ermittelt und entschieden werden. Das Rechtsgebot der zureichenden Differential-Analyse hat der Senat bereits im Verbotsurteil selbst beim damaligen Sachverhalt und mit den damaligen Erkenntnismitteln zu erfüllen versucht. Diese Aufgabe ist inzwischen durch Entwicklungen, die innerhalb "des" Kommunismus stattgefunden haben, noch schwerer, aber auch rechtlich desto zwingender geworden.

2.

In individueller und daher glaubwürdiger Weise entwickelt Ihre Mandantin Gedankengänge, deren Legitimität allgemein anerkannt ist und die sich dem demokratiebejahenden Flügel

der Weimarer Verfassungslehre nähern, der durch Namen wie Hermann Heller, Gustav Radbruch und Otto Kirchheimer charakterisiert ist. Diese Traditionslinie ist mit Sicherheit unverfänglicher als diejenige eines Carl Schmitt und derjenigen, die ihm Festschriften schreiben.

Es muß Ihrer Mandantin auch erlaubt sein, zur Veranschaulichung eigener Auffassungen bestimmte, überaus umstrittene "Demokratie"-Vorstellungen anzugreifen. Ich bin mir sicher, daß das Verwaltungsgericht nicht voll übersah, daß es der Verfassungsordnung keinen guten Dienst leistet, indem es extreme Positionen zur "in Bayern herrschenden und verbindlichen Auffassung" erklärt, hingegen polemische Kritik an ihnen als "Polemik" oder "Distanz" gegenüber der Verfassung selbst indiziert, ja einen möglichen "anarchistischen" Hintergrund andeutet. Ich sehe hierin eine Verkehrung der Fronten, die sich nicht etwa zwischen einer "westlichen" und einer "östlichen", sondern innerhalb der hier etablierten Verfassungswissenschaft herausgebildet haben.

Ich weigere mich auch zu glauben, daß die Diskriminierung Fräulein Bierleins wegen ihres an Albert Schweitzer angelehnten Verständnisses der "Ehrfurcht vor Gott" und wegen ihrer Verwendung von "außerbayerischen"Verfassungstexten aus Hessen und NRW die verantwortete Entscheidung der bayerischen Verwaltungsgerichtsbarkeit bleiben kann. Es ist jedenfalls nicht das Verfassungsverständnis Ihrer Mandantin, der sie damit Unehre antäte.

3.

Nachsichtiger als Sie selbst (und gar der Inspiration Ihrer Mandantin Verdächtiger) beurteile ich den Gedanken Ihrer Mandantin, in der Lehre des Bundesverfassungsgerichtes

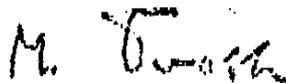
von "Gemeinschaftsvorbehalt" der Grundrechte sei eine Idee der Arbeiterbewegung wiederzufinden. Die Hoffnung als solche mag naiv und mit begrifflichen Verkürzungen verknüpft sein, und mancher Marxist sähe hier sicher die Gefahr sozial einseitigen Mißbrauchs gründlich verkannt. Sie greift jedoch einen für das moderne Verfassungsdenken sehr wesentlichen Tatbestand auf, mit dem auch ich mich, der ich der Schule Otto Hintzes entstamme, zuletzt in meinem Aufsatz: Der Staat der Industriegesellschaft, Entwurf einer sozialwissenschaftlichen Staatstheorie, 1966 in der sehr unionsnahen Zeitschrift "Der Staat" beschäftigt habe: die bereits technisch bedingte Verschmelzung der Teilsysteme "Staat" und "Gesellschaft" zu einem Gesamtsystem in Ost und West, das hieraus folgende - ganzheitliche, insoweit in gewisser Weise "totalitäre" - Streben nach einem einheitlichen Gesamtleitungssystem in Ost und West und die daher unabwiesbare Fragestellung, ob in diesem verschmelzenden Gesamtsystem die dem staatlichen Bereich entstammende Demokratie oder die dem sozialökonomischen Bereich entstammende Autokratie vorherrschen soll. Cum grano salis läßt sich sagen, daß der "Staatsmonopolistische Kapitalismus" nicht nur von dessen Gegnern konstatiert, sondern längst auch von dessen Trägern wenn auch in z.T. unterschiedlicher Terminologie theoretisch vertreten und praktisch angewandt wird. Von daher verschmelzen auch Grundrechte mit ihren korrespondierenden Grundpflichten, um als Teilhaberechte auf das Gesamtsystem bezogen zu sein, und es nimmt keineswegs wunder, daß etwa die Grundrechtstheorie der Westdeutschen Häberle, Copie und Wilfried Berg und diejenige der Ostdeutschen Klenner und Häberle deutlich konvergieren. Angesichts der realen Entwicklung in Ost und West wird sich schließlich die Erkenntnis durch-

setzen, daß sich die beiden Hauptbestandteile einer Verfassung, staatliche Funktionsordnung und Grundrechtsfunktion, in ihrer verfassungsjuristischen Konstruktion in West und Ost immer weniger unterscheiden. Nur Unterschiede dieser Art aber könnten zu einer juristischen, d. h. nicht rein politischen Differenzierung individueller Einstellungen herangezogen werden. Der wirkliche - juristisch-konstruktivistisch jedoch unerhebliche - Unterschied liegt dann in der je verschiedenen sozialen Hegemonie, die hinter dem Gesamtsystem und seinen Verfassungsfunktionen wirkt und letztlich dem Begriff "Gemeinschaft" wie auch jedem "Vorbehalt der Gemeinschaft" und anderen unbestimmten Rechtsbegriffen ihren konkreten Inhalt gibt. Die Kategorien "Kräfteverhältnis" und "Hegemonie" sind begrifflich nicht voneinander zu trennen, Kriterien für eine rein verfassungsrechtliche Differenzierung sind ihnen jedoch nicht zu entnehmen.

Damit hoffe ich, Ihrem Anliegen genützt zu haben, und bin

mit verbindlichen Empfehlungen

Ihr



(Prof.Dr.jur. Martin Drath)