

KONRAD ZWEIGERT

*Professor (em.) für Zivilrecht, Rechtsvergleichung und Internationales Privatrecht
an der Universität Hamburg
Richter am Bundesverfassungsgericht 1951–1956*

1. Anfrage und Sachverhalt

Herr Rechtsanwalt Dr. Siemantel bittet mich in der Disziplinarsache *Peter* – Aktenzeichen BVerwG 1 D 50.80 – um eine Stellungnahme zu verfassungsrechtlichen Aspekten der parteipolitischen Tätigkeit eines Beamten.

Der Technische Fernmeldehauptsekretär Hans Peter, Beamter auf Lebenszeit, ist Mitglied und Funktionär der DKP, und hat für diese bei Wahlen kandidiert.

Der Bundesdisziplinaranwalt betrachtet diese Tätigkeiten als Dienstvergehen und erstrebt – nunmehr mit der Berufung – die Entfernung des Beamten aus dem Dienst.

Ich komme zu dem Ergebnis, daß normale Tätigkeit für eine nicht durch das Bundesverfassungsgericht verbotene politische Partei verfassungsrechtlich kein Dienstvergehen sein kann. Entgegenstehende Verwaltungspraxis und -rechtsprechung ist verfassungswidrig.

2. Bindende verfassungsgerichtliche Vorentscheidung?

Es gibt keine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Tragweite des Parteienprivilegs, Art. 21 Grundgesetz, im öffentlichen Dienst.

Zwar hat das Bundesverfassungsgericht in einem Beschluß vom 22. Mai 1975 rund drei Seiten zu dieser Frage ausgeführt (BVerfGE 39, 334, 357–360). Jedoch war ausweislich der Gründe der betroffene Bewerber nicht Mitglied oder Anhänger einer politischen Partei.

Er hatte während des Studiums Veranstaltungen einer Roten Zelle Jura besucht, die unstreitig keine Partei ist (a.a.O., 337 f.).

Parteizugehörigkeit oder -anhängerschaft war auch sonst in keiner Weise präjudiziell. Ausführungen zu Fragen außerhalb des zu entscheidenden Sachverhalts können nicht gemäß § 31 Abs. 1 Bundesverfassungsgerichtsgesetz bindend sein; sie sind nicht »Entscheidung«, sondern Randbemerkung, Obiter dictum. Aufnahme in einen Leitsatz (Nr. 8) ändert daran nichts.

Ohnedies ging es um die Aufnahme eines Bewerbers in ein Beamtenverhältnis auf Widerruf zur Ausbildung (auch für Berufe außerhalb des öffentlichen Dienstes), nicht aber um die Entlassung eines Lebenszeitbeamten.

Die auf diese Entscheidung gegründeten Ausführungen der Berufung gehen deshalb sowohl für die objektive wie für die subjektive Seite fehl: weder handelt es sich um eine hier

einschlägige Grundsatzentscheidung, noch hatte der Beamte Anlaß, aufgrund dieser Entscheidung sein Verhalten als pflichtwidrig betrachten zu müssen.

3. Das Parteienprivileg – Grundsatz

Mitgliedschaft – auch aktive Mitgliedschaft, solange sie das Mäßigungsgebot des § 53 Bundesbeamtengesetz einhält – in einer nicht durch das Bundesverfassungsgericht verbotenen politischen Partei kann von Verfassungen wegen kein Verstoß gegen die Treuepflicht des Beamten sein. Die Behauptung der Verfassungswidrigkeit – oder Verfassungs»feindlichkeit«: marginale Wortabweichungen ändern nichts an der rechtlichen Beurteilung – mit Anspruch auf Verbindlichkeit und als Grund für rechtliche Maßnahmen durch einen Dienstherrn (oder irgendein sonstiges öffentliches Organ außer dem Bundesverfassungsgericht) verstößt gegen Art. 21 Grundgesetz und ist selber verfassungswidrig.

4. Parteienprivileg und freiheitlich-demokratische Grundordnung

Die gesteigerte, politische, das gesamte Dienstverhältnis durchwaltende Treuepflicht des Beamten gilt der freiheitlich-demokratischen Grundordnung im Sinne des Grundgesetzes, § 52 Abs. 2 Bundesbeamtengesetz. Diese umfaßt auch in der grundlegenden Definition des Bundesverfassungsgerichts »das Mehrparteiensystem und die Chancengleichheit für alle politischen Parteien mit dem Recht auf verfassungsmäßige Bildung und Ausübung einer Opposition« (BVerfG 23.10.1952 (SRP), BVerfGE 2, 1, 12 f.; 17. 8. 1956 (KPD), BVerfGE 5, 85, 140).

Die Garantie der Parteien und ihrer Mitwirkung in der Demokratie des Grundgesetzes ist Art. 21, das Statut der Parteien oder kurz Parteienprivileg. Die Vorschrift ist grundlegend sowohl in ihrer Neuartigkeit in der deutschen Verfassungsgeschichte – v. Doemming/Füsslein/Matz, Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes (1950/51) 202 – wie auch angesichts der dahinterstehenden historischen Erfahrung: des Wirkens verfassungsfeindlicher Parteien in der Weimarer Republik und der nationalsozialistischen Parteiauflösung ohne rechtliches Verfahren.

Art. 21 Grundgesetz ist somit als Grundlage des Mehrparteiensystems Bestandteil der freiheitlich-demokratischen Grundordnung (vgl. Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz II, Art. 21 [Maunz 1960], Anm. 5 und 6; insbesondere auch Anm. 133 ff., wo erörtert wird, ob Art. 21 nicht sogar an der Unantastbarkeit nach Art. 79 Abs. 3 Grundgesetz teilhabe). Ein Verhalten, welches selber durch eine Garantie der freiheitlich-demokratischen Grundordnung gedeckt und privilegiert ist, kann nicht zugleich als Verstoß gegen die freiheitlich-demokratische Grundordnung oder mangelndes Eintreten für sie gewertet werden; das wäre ein offener Wertungswiderspruch. Darüber hinaus ist staatsbürgerliches Engagement Voraussetzung der Demokratie; Tätigkeit für eine Partei ist deshalb grundsätzlich als positives Eintreten für die freiheitlich-demokratische Grundordnung zu werten, und das muß im Einklang mit Art. 21 Grundgesetz grundsätzlich für alle nicht verbotenen Parteien gelten.

5. Bisherige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

Allein dieses entspricht der bisherigen, kategorischen Judikatur des Bundesverfassungsgerichts: bis zur Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts kann niemand die Verfas-

sungswidrigkeit einer Partei rechtlich geltend machen; das Privileg des Art. 21 Abs. 2 Grundgesetz erstreckt sich auch auf die mit allgemein erlaubten Mitteln arbeitende parteioffizielle Tätigkeit der Funktionäre und Anhänger einer Partei (BVerfG 21. 3. 1961, BVerfGE 12, 296, 304; 27. 6. 1961, BVerfGE 13, 46, 52; 18. 7. 1961, BVerfGE 13, 123, 126; 30. 10. 1963, BVerfGE 17, 155, 166).

6. Grenzen

Grenzen bleiben. Keineswegs soll hier einer Aufweichung des Prinzips der streitbaren Demokratie oder einem freien Eintritt von Verfassungsgegnern in den öffentlichen Dienst das Wort geredet werden. Es sind nur die Grenzen so zu ziehen, wie die freiheitlich-demokratische Grundordnung es selber verlangt, nämlich unter Einschluß des Art. 21 Grundgesetz.

Welcher Art die möglichen Überschreitungen sind, auf die der Dienstherr sein disziplinarisches Augenmerk zu richten hat, kann nur angedeutet werden, da der vorliegende Sachverhalt keinerlei Anhaltspunkte dafür bietet.

Möglich wäre, daß eine Partei nach ihrem eigenen, ausdrücklichen Selbstverständnis die freiheitlich-demokratische Grundordnung bekämpfen will. Einer solchen Partei dürfte ein Beamter nicht angehören.

Daß eine Partei – wie die DKP – nach dem eigenen Programm die freiheitlich-demokratische Grundordnung bejaht, nach dem Urteil *anderer* aber nicht, reicht nicht aus; das ist gerade derjenige Konflikt, dessen Entscheidung dem Bundesverfassungsgericht vorbehalten ist.

Möglich wäre weiter, daß ein Beamter erkennbar auch für den Fall eines Verbots seiner Partei durch das Bundesverfassungsgericht weiter für sie eintreten und tätig werden will. Damit würde er die Bindung an die Partei über die Treue zum Staat stellen; das wäre ein Verstoß gegen die Treuepflicht.

Möglich wäre schließlich, daß ein Beamter zusätzlich zu seiner Parteitätigkeit ein Verhalten an den Tag legte, welches die freiheitlich-demokratische Grundordnung mißachtet; die privilegierte Parteitätigkeit ist keine Immunität und deckt keine sonstigen Aktivitäten.

Weitere Fallgestaltungen sind denkbar. Mit Sicherheit lassen sich deshalb auch bei Beachtung des Parteienprivilegs alle wirklichen Verfassungsgegner aus dem öffentlichen Dienst fernhalten.

7. Rang des Parteienprivilegs

Es sind keinerlei Erwägungen ersichtlich, die es rechtfertigen könnten, das Parteienprivileg für den Bereich des öffentlichen Dienstes zu mißachten.

Als einzige verfassungsrechtliche Grundlage – wie sie jedenfalls erforderlich wäre – käme Art. 33 Abs. 4 Grundgesetz mit der Bestimmung des öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnisses in Betracht. Dieser wäre jedoch gegenüber Art. 21 Grundgesetz nachrangig und würde ohnehin nach seinem eigenen Inhalt keine Durchbrechung des Parteienprivilegs verlangen oder erlauben.

Art. 21 Grundgesetz ist als Garantie des Parteiensystems Element der freiheitlich-demokratischen Grundordnung und damit durch das Grundgesetz selber mit Vorrang be-

dacht. Art. 33 ist schlichtes Verfassungsrecht. – Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus, Art. 20 Abs. 2 S. 1 Grundgesetz: Organe des Volkes zur politischen Willensbildung sind die politischen Parteien (Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Art. 21 Anm. 5; Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland I [1977] 340).

Art. 21 ist somit die Grundlage des Organisationsrechts des Staatssouveräns. Art. 33 ist Organisationsrecht der Staatsdienerschaft. Auch danach besteht am Rangverhältnis beider Vorschriften kein Zweifel.

8. Verfügungsmacht des Dienstherrn über die freiheitlich-demokratische Grundordnung?

Inhaltlich verlangt oder erlaubt Art. 33 Abs. 4 Grundgesetz keine Durchbrechung des Parteienprivilegs. § 52 Abs. 2 Bundesbeamtenengesetz verweist auf die freiheitlich-demokratische Grundordnung »im Sinne des Grundgesetzes«, also einschließlich der Garantie des Parteiensystems.

Daß Art. 21 Grundgesetz den normalen Status des politischen Aktivbürgers in der Gesellschaft betrifft, Art. 33 Abs. 4 i. V. m. Abs. 5 Grundgesetz hingegen den Bürger in seiner besonderen rechtlichen Stellung als Beamter – so BVerfGE 39, 334, 358 – ist richtig, aber für die vorliegende Frage ohne Bedeutung. Es kann nicht deshalb die freiheitlich-demokratische Grundordnung für den Beamten kleiner – nämlich um die Parteiengarantie verkürzt – werden als für den politischen Aktivbürger.

Die freiheitlich-demokratische Grundordnung wie die Verfassung insgesamt steht grundgesetzlich fest; sie ist für alle gleich und für alle bindend, den Bürger, den Beamten, den Dienstherrn. Daß das Eintreten für die freiheitlich-demokratische Grundordnung Inhalt der Treuepflicht des Beamten ist, gibt dem Dienstherrn auch gegenüber dem Beamten keinerlei Freiheit, über ihre Tragweite oder ihren Inhalt zu verfügen; weder Art. 33 Grundgesetz noch irgendeine andere Vorschrift erweckt auch nur den Anschein, eine solche Entscheidungsfreiheit zu gewähren.

Wie das Bundesverfassungsgericht in *diesem* Zusammenhang von »Entscheidungsfreiheit des Dienstherrn bei der Anwendung der beamtenrechtlichen Vorschriften, die die politische Treuepflicht des Beamten näher regeln« sprechen kann (a. a. O., 357), ist unbegreiflich.

Die Treuepflicht des Beamten gilt der freiheitlich-demokratischen Grundordnung, nicht dem Dienstherrn und dessen Vorstellungen davon.

9. Faktischer Nachteil?

Unhaltbar ist es, daß eine Partei »nicht durch Art. 21 GG geschützt« sei gegen »faktische nachteilige Auswirkungen, die sich mittelbar aus den Schranken, die Art. 33 Abs. 5 GG für den Zugang zum Staatsdienst und für die Belassung im Staatsdienst aufrichtet, ergeben« (BVerfG, a. a. O., 360).

Die erzwungene Aufgabe der Parteimitgliedschaft oder – sekundär – die disziplinarische Bestrafung des Beamten für das Verbleiben in der Partei ist keine faktische Auswirkung, sie ist gezielter Rechtsnachteil für Beamten und Partei durch gezielten staatlichen Rechtsakt und fällt damit voll unter das Verbot, welches aus Art. 21 Abs. 2 S. 2 Grundgesetz folgt.

10. Mißachtung des Bundesverfassungsgerichts

Unhaltbar ist schließlich die Annahme, daß der Dienstherr die Verfassungswidrigkeit einer Partei auch ohne Entscheidung durch das Bundesverfassungsgericht deshalb feststellen können, weil die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts nur auf einen Antrag ergehen könne, welcher im Ermessen des Antragstellers stehe (BVerfG, a.a.O., 359f.).

Damit wird unterstellt, daß das Bundesverfassungsgericht, wenn nur der Antrag gestellt würde, auch antragsgemäß entschiede. Das ist eine grobe Mißachtung des Gerichts. In jedem Verfahren gegen eine Partei wäre mit der Möglichkeit zu rechnen, daß das Bundesverfassungsgericht den Verbotsantrag verwirft, die Partei also für verfassungskonform erklärt.

Ein Verbotsantrag kann gerade deshalb unterbleiben, weil die Erfolgsaussichten unsicher sind. Es wäre ungeheuerlich, wenn daraus die Befugnis folgen sollte, nunmehr die Verfassungswidrigkeit für den Bereich des öffentlichen Dienstes von Verwaltung wegen festzustellen. Eine tatsächliche solche Absicht soll keiner derzeitigen Bundes- oder Landesregierung unterstellt werden, aber schon die Möglichkeit verbietet es, von der ausschließlichen Zuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts Abstriche zuzulassen.

11. Wiedervereinigungsgebot

Hinsichtlich der DKP bestehen besondere Zweifel an den Erfolgsaussichten eines etwaigen Verbotsantrages. Sie ergeben sich aus dem Wiedervereinigungsgebot des Grundgesetzes.

In dem einen Teil Deutschlands ist der Kommunismus Staatsideologie. Deshalb muß jede gegen den Kommunismus gerichtete Maßnahme in dem anderen, hiesigen, Teil die Frage der Wiedervereinigung aufwerfen: ohne Anerkennung des Kommunismus als legitimer politischer Richtung ist friedliche Wiedervereinigung unmöglich.

Schon in dem Urteil gegen die damalige KPD hat das Bundesverfassungsgericht sorgfältig geprüft, ob das Wiedervereinigungsgebot ein Verbot der kommunistischen Partei ausschließe (BVerfG 17. 8. 1956, BVerfGE 5, 85, 125–133).

Es hat damals das Verbot nur deshalb für möglich gehalten, weil das an sich bindende Verbotsurteil des Bundesverfassungsgerichts die vier ehemaligen Besatzungsmächte in Zukunft nicht hindere, jedwede Maßnahme zu treffen, die sie zur Wiedervereinigung für geboten halten, da sie kraft Besatzungsrechts insoweit über dem Grundgesetz stehen. Künftige gesamtdeutsche Wahlen als Vorbereitungsakt der künftigen gesamtdeutschen Verfassung könnten am Maßstabe des Grundgesetzes nur sehr begrenzt gemessen werden, die Zulassung der KPD zu solchen Wahlen werden durch das Verbotsurteil jedenfalls nicht behindert, da das Urteil nur für den vom Grundgesetz zeitlich und sachlich beherrschten Raum wirke (BVerfG, a.a.O., 130f.).

Diese damalige Zukunftsbetrachtung war zu eng. Ich selber habe drei Jahre später festgestellt, daß auch andere Maßnahmen zur Vorbereitung der Wiedervereinigung in Betracht kommen, insbesondere Schritte zwischen den beiden Teilen Deutschlands, und daß, um diesen Weg zu eröffnen, die KPD wieder zuzulassen sein werde (Zweigert, Drei Jahre KP-Verbot, JZ 1959, 677). Später habe ich die Möglichkeit einer solchen Wiederzulas-

sung im einzelnen untersucht (Bernstein/Zweigert, Die Rehabilitierung einer aufgelösten politischen Partei [1972]).

Das Wiedervereinigungsgebot besteht unverändert; für die Einzelheiten hat das Bundesverfassungsgericht in dem Grundvertragsurteil eine neue Grundlage geschaffen (BVerfG 31. 7. 1973, BVerfGE 36, 1). Diese Entscheidung ist auch vorliegend bindend.

Sie erkennt den Weg der Schritte zwischen beiden deutschen Staaten verfassungsrechtlich als Weg zur Wiedervereinigung im Einklang mit dem Wiedervereinigungsgebot an (BVerfGE 36, 25 f.). Sie zieht daraus eine notwendige Folgerung: es sind *in der Bundesrepublik* Deutschland alle Verfassungsorgane verpflichtet, alles zu unterlassen, was die Wiedervereinigung vereiteln würde (BVerfGE 36, Leitsatz 4, 17f., 24ff.). Hier liegt die wesentliche Änderung gegenüber dem KPD-Urteil: Maßnahmen, welche die Wiedervereinigung hindern könnten, können nicht mehr damit gerechtfertigt werden, daß die Behinderung später, im Rahmen gesamtdeutscher Vorbereitung, wegfallen würde.

Alle Folgerungen daraus im einzelnen zu prüfen, würde den Rahmen dieser Stellungnahme sprengen. Hier genügt die nächstliegende Folgerung aus dem Wiedervereinigungsgebot in der Ausdeutung durch das Grundvertragsurteil: Wiedervereinigung durch Schritte beider deutscher Staaten setzt die Zulassung der kommunistischen Partei voraus; diese kann deshalb in der Bundesrepublik Deutschland von Verfassungs wegen nicht verboten werden.

Ohne eine tatsächliche Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts kann angesichts dieser Sachlage niemand in der Bundesrepublik Deutschland rechtlich oder tatsächlich unterstellen, daß ein Verbotsantrag gegen die DKP Erfolg haben würde. Auch aus diesem Grunde ist es einem Dienstherrn verboten, die DKP als verfassungsfeindlich einzustufen; ein Beamter kann nicht aufgrund einer solchen Einstufung verpflichtet sein oder Anlaß nehmen müssen, die Partei zu verlassen. Es fehlt objektiv wie subjektiv der Tatbestand eines Dienstvergehens.

12. Ergebnis

Art. 21 Grundgesetz verbietet es, die Tätigkeit eines Beamten in einer nicht durch das Bundesverfassungsgericht verbotenen politischen Partei als Dienstvergehen zu betrachten.

Die politische Treuepflicht des Beamten verlangt oder erlaubt keinerlei Abweichung von diesem Grundsatz.

Das Wiedervereinigungsgebot verbietet die Annahme, daß die DKP durch das Bundesverfassungsgericht für verfassungswidrig erklärt werden würde.

Insgesamt fehlt damit im vorliegenden Fall objektiv wie subjektiv der Tatbestand eines Dienstvergehens.