

## ? BVerfGE 39, 334 - Extremistenbeschuß ?

### Abruf und Rang:

RTF-Version (Seiten, Linien), Druckversion (Seiten)

Rang:  164 (3145)

### Suche:

### Zitiert durch:

BVerfGE 124, 300 - Rudolf Heß Gedenkfeier  
 BVerfGE 108, 282 - Kopftuch  
 BVerfGE 107, 339 - NPD-Verbotsverfahren  
 BVerfGE 92, 140 - Sonderkündigung  
 BVerfGE 85, 360 - Akademie-Auflösung  
 BVerfGE 84, 133 - Warteschleife  
 BVerfGE 55, 274 - Berufsausbildungsabgabe  
 BVerfGE 47, 198 - Wahlwerbesendungen  
 BVerfGE 42, 263 - Congertan

### Zitiert selbst:

BVerfGE 33, 303 - numerus clausus I  
 BVerfGE 33, 23 - Eidesverweigerung aus Glaubensgründen  
 BVerfGE 30, 1 - Abhörurteil  
 BVerfGE 28, 36 - Zitiergebot  
 BVerfGE 24, 367 - Hamburgisches Deichordnungsgesetz  
 BVerfGE 21, 271 - Südkurier  
 BVerfGE 20, 351 - Tollwut  
 BVerfGE 20, 162 - Spiegel  
 BVerfGE 19, 206 - Kirchenbaustauer  
 BVerfGE 16, 6 - Verkündungszeitpunkt  
 BVerfGE 13, 123 - Fragestunde  
 BVerfGE 12, 296 - Parteienprivileg  
 BVerfGE 11, 30 - Kassenarzt-Urteil  
 BVerfGE 9, 162 - Hochverrat ohne Parteienverbot  
 BVerfGE 7, 377 - Apotheken-Urteil  
 BVerfGE 7, 198 - Lüth  
 BVerfGE 7, 155 - Hauptamtlicher Bürgermeister  
 BVerfGE 5, 85 - KPD-Verbot  
 BVerfGE 4, 7 - Investitionshilfe  
 BVerfGE 3, 248 - Mehrfachbestrafung

- A. - I.  
 II.  
 III.  
 IV.  
 1. Auf die vorgelegte Frage komme es bei seiner Entscheidung an. ...  
 2. Die angegriffene Regelung sei mit dem Grundgesetz unvereinbar: ...
- V.  
 1. Der Ministerpräsident des Landes Schleswig-Holstein hat s ...  
 2. Der Schleswig-Holsteinische Landtag hat sich nur kurz zur Verf ...  
 3. Der Niedersächsische Minister des Innern hält die mi ...  
 4. Der Bremische Senator für Rechtspflege und Strafvollzug h ...  
 5. Für die Bundesregierung haben der Bundesminister des Inne ...
- VI.  
 B.  
 1. Das Ausgangsverfahren hat sich nicht erledigt. Zwar ist der Kl ...  
 2. Das vorliegende Gericht hat ausführlich dargelegt, aus wel ...  
 3. Gegenstand des Normenkontrollverfahrens ist allein die Frage d ...
- C.  
 I.  
 1. Die Geschichte des deutschen Beamtentums seit dem Ende des 18. ...  
 2. Es ist hier nicht abschließend zu entscheiden, was sich ...  
 3. Die hergebrachte Treuepflicht des Beamten erhält unter de ...  
 4. Aus der dargelegten verfassungsrechtlichen Lage folgt zwingend ...  
 5. Aus der dargelegten verfassungsrechtlich geforderten Treuepfl ...  
 6. Wenn also nur für jeden Einzelfall entschieden werden kan ...  
 7. a) Die dargestellte, aus Art. 33 Abs. 5 GG sich ergebende Rech ...
- II.  
 1. Art. 21 Abs. 2 GG behält die Entscheidung über die V ...  
 2. Daraus hat das Bundesverfassungsgericht folgenden Schluß ...  
 3. Während demnach die Argumentation, die auf die Freiheit d ...
- III.  
 1. Im Vordergrund steht hier das Grundrecht der Meinungsfreiheit ...  
 2. Entsprechendes gilt nicht nur für das Grundrecht des Art. ...  
 3. Nach Art. 3 Abs. 3 GG darf niemand u.a. "wegen seiner politic ...  
 4. Nach der feststehenden Rechtsprechung des Gerichts ist der Beg ...
- IV.  
 1. Der Staat ist prinzipiell frei, ob und wie er den Vorbereitung ...  
 2. Der juristische Vorbereitungsdienst ist nicht nur für Anw ...  
 1. Ich begründe die Pflicht des Beamten, Gewähr f ...  
 2. Unter C I 4 ist dargelegt, daß das bloße Haben ein ...  
 3. Ich stimme dem, was unter C IV 1, 2 der Entscheidung zur Recht ...
- I.  
 1. In der Begründung des Beschlusses wird zutreffend dargele ...  
 2. Im Anschluß an die Darlegungen über Treuepflicht un ...
- II.  
 1. Die Mehrheit ist der Meinung, daß Art. 21 GG die Entsche ...  
 2. Steht damit fest, daß man auch den Bereich des Beamten ...  
 3. Art. 21 Abs. 2 GG hat die Zuständigkeit, durch eine Entsc ...  
 4. Der hier vertretenen Meinung kann man auch nicht entgegenhalte ...  
 5. Für die Mehrheitsmeinung kann man nicht anführen, da ...  
 6. Schließlich können Folgerungen für die heutige ...
- III.  
 I.  
 1. Wer Beamter oder Richter werden will, muß - unbeschadet ...  
 2. Hingegen erlaubt das Grundrecht der freien Berufswahl grunds ...
- II.  
 III.  
 1. Wenn es - und dies ist auch die Ansicht der Mehrheit - zutriff ...  
 2. Ich halte im übrigen fest: Dem den Abschnitt C I 7c des B ...

Bearbeitung, zuletzt am 2. Okt. 2010, durch: A. Tschentscher; Johannes Rux

**1. Es ist ein hergebrachter und zu beachtender Grundsatz des Berufsbeamtentums (Art. 33 Abs. 5 GG), daß den Beamten eine besondere politische Treuepflicht gegenüber dem Staat und seiner Verfassung obliegt.**

**2. Die Treuepflicht gebietet, den Staat und seine geltende Verfassungsordnung, auch soweit sie im Wege einer Verfassungsänderung veränderbar ist, zu bejahen und dies nicht bloß verbal, sondern insbesondere in der beruflichen Tätigkeit dadurch, daß der Beamte die bestehenden verfassungsrechtlichen und gesetzlichen Vorschriften beachtet und erfüllt und sein Amt aus dem Geist dieser Vorschriften heraus führt. Die politische Treuepflicht fordert mehr als nur eine formal korrekte, im übrigen uninteressierte, kühle, innerlich distanzierte Haltung gegenüber Staat und Verfassung; sie fordert vom Beamten insbesondere, daß er sich eindeutig von Gruppen und Bestrebungen distanzieren, die diesen Staat, seine verfassungsmäßigen Organe und die geltende Verfassungsordnung angreifen, bekämpfen und diffamieren. Vom Beamten wird erwartet, daß er diesen Staat und seine Verfassung als einen hohen positiven Wert erkennt und anerkennt, für den einzutreten sich lohnt. Politische Treuepflicht bewährt sich in Krisenzeiten und in ernsthaften Konfliktsituationen, in denen der Staat darauf angewiesen ist, daß der Beamte Partei für ihn ergreift.**

3. Bei Beamten auf Probe und bei Beamten auf Widerruf rechtfertigt die Verletzung der Treuepflicht regelmäßig die Entlassung aus dem Amt. Bei Beamten auf Lebenszeit kann wegen dieser Dienstpflichtverletzung im förmlichen Disziplinarverfahren auf Entfernung aus dem Dienst erkannt werden.
4. Es ist eine von der Verfassung (Art. 33 Abs. 5 GG) geforderte und durch das einfache Gesetz konkretisierte rechtliche Voraussetzung für den Eintritt in das Beamtenverhältnis, daß der Bewerber die Gewähr bietet, jederzeit für die freiheitliche demokratische Grundordnung einzutreten.
5. Der Überzeugung, daß der Bewerber die geforderte Gewähr nicht bietet, liegt ein Urteil über die Persönlichkeit des Bewerbers zugrunde, das zugleich eine Prognose enthält und sich jeweils auf eine von Fall zu Fall wechselnde Vielzahl von Elementen und deren Bewertung gründet.
6. Die sich aus Art. 33 Abs. 5 GG ergebende Rechtslage gilt für jedes Beamtenverhältnis, für das Beamtenverhältnis auf Zeit, für das Beamtenverhältnis auf Probe und für das Beamtenverhältnis auf Widerruf ebenso wie für das Beamtenverhältnis auf Lebenszeit.
7. Wenn auch an die Angestellten im öffentlichen Dienst weniger hohe Anforderungen als an die Beamten zu stellen sind, schulden sie gleichwohl dem Dienstherrn Loyalität und die gewissenhafte Erfüllung ihrer dienstlichen Obliegenheiten; auch sie dürfen nicht den Staat, in dessen Dienst sie stehen, und seine Verfassungsordnung angreifen; auch sie können wegen grober Verletzung dieser Dienstpflichten fristlos entlassen werden; und auch ihre Einstellung kann abgelehnt werden, wenn damit zu rechnen ist, daß sie ihre mit der Einstellung verbundenen Pflichten nicht werden erfüllen können oder wollen.
8. Ein Teil des Verhaltens, das für die Beurteilung der Persönlichkeit eines Beamtenwärters erheblich sein kann, kann auch der Beitritt oder die Zugehörigkeit zu einer politischen Partei sein, die verfassungsfeindliche Ziele verfolgt - unabhängig davon, ob ihre Verfassungswidrigkeit durch Urteil des Bundesverfassungsgerichts festgestellt ist oder nicht.
9. Die durch Art. 33 Abs. 5 GG gedeckten Regelungen des Beamten- und Disziplinarrechts sind allgemeine Gesetze im Sinne von Art. 5 Abs. 2 GG.
10. Es steht nicht in Widerspruch zu Art. 12 GG, wenn der hergebrachte Grundsatz des Berufsbeamtentums im Beamtenrecht verwirklicht wird, vom Bewerber für ein Amt zu verlangen, daß er die Gewähr bietet, jederzeit für die freiheitliche demokratische Grundordnung einzutreten.
11. Dem Staat steht frei, einen Vorbereitungsdienst, dessen erfolgreiche Absolvierung Voraussetzung sowohl für den Staatsdienst im Beamtenverhältnis als auch für einen freien Beruf ist, allgemein so zu organisieren, daß er in einem zivilrechtlichen Anstellungsverhältnis oder in einem besonderen öffentlich-rechtlichen Verhältnis außerhalb des Beamtenverhältnisses abzuleisten ist. Entscheidet er sich für einen Vorbereitungsdienst, der im Beamtenverhältnis zurückzulegen ist, so muß er für diejenigen, für die ein Beruf außerhalb des Staatsdienstes in Betracht kommt, entweder einen gleichwertigen, nicht diskriminierenden Vorbereitungsdienst anbieten, der ohne Berufung ins Beamtenverhältnis geleistet werden kann, oder innerhalb seiner beamtenrechtlichen Regelung eine Ausnahmenvorschrift vorsehen, die es gestattet, den Vorbereitungsdienst auf Wunsch außerhalb eines Beamtenverhältnisses abzuleisten. Im Hinblick darauf, daß in zunehmendem Maße neben die zweistufige juristische Ausbildung eine einstufige Ausbildung tritt, mag es zur rechtlichen Vereinheitlichung des juristischen Vorbereitungsdienstes naheliegen, künftig für alle Juristen die praktische Ausbildung vor der zweiten juristischen Staatsprüfung innerhalb eines öffentlich-rechtlichen Rechtspraktikanten-Verhältnisses vorzusehen, das kein Beamtenverhältnis ist.

### Beschluß

des Zweiten Senats vom 22. Mai 1975

- 2 BvL 13/73 -

in dem Verfahren zur verfassungsrechtlichen Prüfung, ob § 9 Abs. 1 Nr. 2 des schleswig-holsteinischen Landesbeamtengesetzes vom 10. Mai 1971 (GVBl. S. 254) in Verbindung mit § 25 Abs. 3 der schleswig-holsteinischen Verordnung vom 25. Mai 1972 (GVBl. S. 91), wonach zum Referendar nur ernannt werden darf, wer die Gewähr dafür bietet, dass er jederzeit für die freiheitliche demokratische Grundordnung im Sinne des Grundgesetzes eintritt, mit dem Grundgesetz und mit § 7 Nr. 6 Bundesrechtsanwaltsordnung vereinbar ist, - Aussetzungs- und Vorlagebeschluß des Verwaltungsgerichts Schleswig vom 10. April 1973 (5 A 363/72)

Entscheidungsformel:

**§ 9 Absatz 1 Nummer 2 des Schleswig-Holsteinischen Landesbeamtengesetzes in der Fassung vom 10. Mai 1971 (Gesetz- und Verordnungsbl. S. 254) ist mit dem Grundgesetz und dem übrigen Bundesrecht vereinbar.**

### Gründe:

#### A. - I.

Das Verfahren betrifft einen geprüften Rechtskandidaten, dessen Übernahme in den Referendar-Vorbereitungsdienst im Lande Schleswig-Holstein abgelehnt worden ist, weil er nicht die Gewähr biete, daß er jederzeit für die freiheitliche demokratische Grundordnung im Sinne des Grundgesetzes eintreten werde.

#### II.

§ 25 der schleswig-holsteinischen Verordnung über die Ausbildung der Juristen (JAO) in der Fassung vom 25. Mai 1972 (GVBl. S. 91) hat folgenden Wortlaut:

(1) Wer die Erste juristischen Staatsprüfung bestanden hat, soll auf Antrag zum Referendar ernannt und dadurch in den Vorbereitungsdienst aufgenommen werden.

(2) Über den Antrag entscheidet der Oberlandesgerichtspräsident nach Einsicht in die Prüfungsakten. Der Antrag ist abzulehnen, wenn der Bewerber für den Vorbereitungsdienst ungeeignet ist oder der Aufnahme nicht würdig erscheint. Die Ablehnung wird in den Prüfungsakten vermerkt.

(3) Der Referendar ist Beamter auf Widerruf (§ 6 Abs. 1 Nr. 4 Buchst. a des Landesbeamtengesetzes).

Für Beamte auf Widerruf in Schleswig-Holstein gilt auch § 9 Abs. 1 des Schleswig-Holsteinischen Landesbeamtengesetzes vom 10. Mai 1971 - LBG - (GVBl. S. 254); er lautet:

In das Beamtenverhältnis darf nur berufen werden, wer

1. Deutscher im Sinne des Artikels 116 des Grundgesetzes ist,
2. die Gewähr dafür bietet, daß er jederzeit für die freiheitlich demokratische Grundordnung im Sinne des Grundgesetzes eintritt,
3. die gesetzliche Altersgrenze noch nicht erreicht hat,
4. die für seine Laufbahn vorgeschriebene oder - mangels solcher Vorschriften - übliche Vorbildung besitzt (Laufbahnbewerber).

### III.

Der Kläger im Ausgangsverfahren hat im Oktober 1971 die erste juristische Staatsprüfung vor dem Justizprüfungsamt bei dem Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht in Schleswig abgelegt. Am 1. März 1972 beantragte er beim Präsidenten des Oberlandesgerichts, ihn zum Referendar zu ernennen und in den Vorbereitungsdienst aufzunehmen. Mit Bescheid vom 17. Juli 1972 lehnte der Oberlandesgerichtspräsident die Ernennung und Aufnahme in den Vorbereitungsdienst ab, u.a. deshalb, weil der Bewerber während seiner Studienzzeit an Veranstaltungen der Roten Zelle Jura an der Universität Kiel teilgenommen habe. Diese Organisation verfolge verfassungsfeindliche Bestrebungen; es sei daher nicht die Gewähr geboten, daß er sich zur freiheitlichen demokratischen Grundordnung bekenne, wie dies § 9 des Landesbeamtengesetzes voraussetze.

Den gegen diesen Bescheid eingelegten Widerspruch wies der Justizminister am 26. September 1972 zurück.

Daraufhin erhob der Bewerber am 9. Oktober 1972 beim Verwaltungsgericht Schleswig Klage gegen den Präsidenten des Oberlandesgerichts Schleswig mit dem Antrag, "den Kläger unter Aufhebung der Bescheide vom 17. Juli und vom 26. September 1972 entsprechend der schleswig-holsteinischen Verordnung über die Ausbildung der Juristen in der Fassung vom 19. - richtig: 25. - Mai 1972 zum frühest möglichen Zeitpunkt zum Referendar zu ernennen und in den Vorbereitungsdienst aufzunehmen". § 9 Abs. 1 Nr. 2 Landesbeamtengesetz, der gemäß § 25 der Verordnung vom 25. Mai 1972 auf Bewerber für den juristischen Vorbereitungsdienst anzuwenden sei, sei unvereinbar mit Art. 12 GG. Der Vorbereitungsdienst bereite nicht nur auf die Berufe im öffentlichen Dienst vor, sondern auch auf Berufe außerhalb des öffentlichen Dienstes. Die Zulassung zum Beruf des Rechtsanwalts könne aber beispielsweise nur versagt werden, wenn der Bewerber die freiheitliche demokratische Grundordnung in strafbarer Weise bekämpfe (§ 7 Nr. 6 BRAO). Die Weigerung, ihn, den Kläger, in den Vorbereitungsdienst aufzunehmen, komme einer Aberkennung des durch Art. 12 Abs. 1 GG gewährleisteten Grundrechts gleich. Art. 12 GG könne aber nicht verwirkt werden (vgl. Art. 18 GG).

Der Oberlandesgerichtspräsident trug zur Begründung seines Antrags auf Klageabweisung vor: Der Kläger habe an 40 Veranstaltungen der Roten Zelle Jura, einer verfassungsfeindlichen Organisation, teilgenommen. Er habe sich auch an einer Wahlfälschung bei der Wahl zum Studentenparlament der Universität Kiel 1971 beteiligt, indem er als Wahlhelfer zugelassen habe, daß fünf Personen insgesamt 24 gefälschte Wahlzettel in die Wahlurne geworfen haben; dafür sei er in einer Sitzung der Roten Zelle Jura am 2. Februar 1971 öffentlich belobt worden.

Der Vertreter des öffentlichen Interesses beim Verwaltungsgericht legte dar, daß § 9 Abs. 1 Nr. 2 LBG eine subjektive Zulassungsvoraussetzung aufstelle, die nach Art. 12 GG und nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts unbedenklich sei.

### IV.

Das Verwaltungsgericht hat sein Verfahren ausgesetzt und dem Bundesverfassungsgericht die Frage vorgelegt,

*ob die im Beamtengesetz für das Land Schleswig-Holstein in der Fassung vom 10. Mai 1971 (GVBl. S. 254) in Verbindung mit § 25 Abs. 3 der Landesverordnung über die Ausbildung der Juristen in der Fassung vom 25. Mai 1972 (GVBl. S. 91) getroffene Regelung, nach der gemäß § 9 Abs. 1 Ziff. 2 LBG nur geprüfte Rechtskandidaten zum Referendar ernannt werden dürfen, die die Gewähr dafür bieten, daß sie jederzeit für die freiheitliche demokratische Grundordnung im Sinne des Grundgesetzes eintreten, mit dem Grundgesetz und mit § 7 Nr. 6 BRAO vereinbar ist.*

Zur Begründung führt das vorlegende Gericht aus:

1. Auf die vorgelegte Frage komme es bei seiner Entscheidung an. Zwar fehle es gegenwärtig noch an einem vollen Beweis für die Verfassungsfeindlichkeit der Roten Zelle Jura während der Zeit, in der der Kläger ihre Veranstaltungen besucht hatte. Diese Frage ließe sich aber nur durch eine zeitraubende, umfängliche Beweisaufnahme und durch ein viele Monate in Anspruch nehmendes Sachverständigengutachten klären. Das sei dem Kläger bei dem gegenwärtigen Stand des Verfahrens unzumutbar, weil es darauf nicht ankomme, wenn die angegriffene Regelung verfassungswidrig sei. Die Entscheidungserheblichkeit der vorgelegten Frage könne auch nicht durch die Überlegung ausgeräumt werden, daß die Beteiligung an einer verfassungsfeindlichen Vereinigung nicht beanstandet werden dürfe, solange sie nicht verboten worden ist; denn ein solcher Vorbehalt gelte nur für die Mitgliedschaft in einer politischen Partei. Schließlich entfalle die Entscheidungserheblichkeit auch nicht infolge der Möglichkeit, einen Bewerber ablehnen zu können, weil er der Aufnahme in den Vorbereitungsdienst nicht "würdig erscheint" (§ 25 Abs. 2 Satz 2 JAO); denn auch dieser Tatbestand sei nicht gegeben.

2. Die angegriffene Regelung sei mit dem Grundgesetz unvereinbar: Sie stehe in Widerspruch zu Art. 12 GG. Da die zweite juristische Staatsprüfung auch für den Beruf des Rechtsanwalts, des Syndikus und anderer Berufe außerhalb des öffentlichen Dienstes erforderlich sei, habe der juristische Vorbereitungsdienst als Ausbildungsstätte im Sinne von Art. 12 GG zu gelten. Die Forderung, der Bewerber für den Vorbereitungsdienst müsse die Gewähr bieten, daß er jederzeit für die freiheitliche demokratische Grundordnung eintrete, stelle eine Einschränkung der freien Wahl der Ausbildungsstätte dar. Diese Einschränkung bedürfe aber nach Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG der ausdrücklichen Bezugnahme auf diese Vorschrift im Gesetz. Denn es handle sich insoweit nicht um eine bloße Konkretisierung der sich aus der Sache ergebenden Beschränkung dieses Grundrechts, sondern um eine echte Einschränkung, die weder für die spätere Berufsaufnahme erfüllt werden müsse noch vom Ausbildungszweck und der Verbindung des Ausbildungsverhältnisses mit einem Dienstverhältnis sachlich gerechtfertigt sei. Mangels ausdrücklicher Zitierung des Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG sei die Regelung verfassungswidrig.

Die angegriffene Regelung stehe auch in Widerspruch zu Art. 18 GG. Nach dieser Vorschrift könne Art. 12 GG nicht verwirkt werden. Deshalb dürfe auch durch das einfache Recht nicht eine Rechtsfolge herbeigeführt werden, die faktisch einer Verwirkung gleichkomme. Genau dies werde aber durch die angegriffene Regelung bewirkt. 18

Schließlich sei diese Regelung unvereinbar mit § 7 Nr. 6 BRAO. Nach dieser Vorschrift könne die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft nur versagt werden, wenn der Bewerber die freiheitliche demokratische Grundordnung in strafbarer Weise bekämpfe. Dadurch, daß das Landesrecht an die Ernennung zum Referendar höhere Anforderungen stelle, komme dies einer Umgehung des § 7 Nr. 6 BRAO gleich. 19

#### V.

Folgende Stellungnahmen von Verfassungsorganen der Länder und des Bundes sind eingegangen: 20

1. Der Ministerpräsident des Landes Schleswig-Holstein hat sich wie folgt geäußert: 21

Die Zulässigkeit der Vorlage sei zweifelhaft, weil "eigentlicher Prüfungsgegenstand" der Vorlage § 25 Abs. 3 JAO sei, nach Art. 100 GG aber nur förmliche Gesetze im Falle ihrer Verfassungswidrigkeit dem Bundesverfassungsgericht vorzulegen seien, weil das Verwaltungsgericht die entscheidungserheblichen Tatsachen noch nicht in dem von ihm selbst für erforderlich gehaltenen Umfang aufgeklärt habe und weil der Kläger inzwischen in den Bremischen Justizdienst eingestellt worden sei. 22

Die angegriffene Regelung sei auch mit dem Grundgesetz vereinbar: § 9 Abs. 1 Satz 2 LBG sei durch Art. 33 Abs. 5 GG gedeckt. Die Anwendung dieser Vorschrift auf Referendare aufgrund des § 25 Abs. 3 JAO habe die Landesregierung im Rahmen ihrer Zuständigkeit und aufgrund gesetzlicher Ermächtigung (§ 5a Abs. 3 DRiG) bestimmen können. Insoweit stelle die landesrechtliche Regelung eine zulässige Berufsregelung im Sinne von Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG dar. Diese subjektive Zulassungsvoraussetzung für den Vorbereitungsdienst diene dem Schutz der freiheitlichen demokratischen Grundordnung, also einem wichtigen Gemeinschaftsgut, und sei deshalb gerechtfertigt. Beschränkungen dieser Art, die nur eine immanente Schranke des Grundrechts konkretisieren, fielen nicht unter Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG. Im übrigen beziehe sich § 25 Abs. 3 JAO nur auf den gesetzlich geregelten Ausbildungsgang für öffentliche Ämter und staatlich gebundene Berufe, die die Befähigung zum Richteramt voraussetzen. Soweit diese Befähigung im Wirtschaftsleben auch für andere Berufe verlangt werde, beruhe dies nicht auf einer staatlichen Regelung. Insoweit habe der Staat von einer Regelung abgesehen. Deshalb sei er nicht verpflichtet, einen besonderen Ausbildungsgang für diese anderen Berufe in seinem Bereich einzurichten oder die gesetzlich geregelte Ausbildung für öffentliche Ämter und staatlich gebundene Berufe an geringere Anforderungen für die anderen Berufe anzupassen. Die landesrechtliche Regelung verletze nicht Art. 18 GG, weil sie weder eine Verwirkung im Sinne des Art. 18 GG noch eine Sanktion, die ihr gleichkomme, zum Inhalt habe. Schließlich sei die Landesregelung nicht unvereinbar mit § 7 Nr. 6 BRAO; denn die Rechtsanwaltsordnung fordere ausdrücklich für den Rechtsanwaltsanwärter die Befähigung zum Richteramt (§ 4 BRAO). Damit seien der Vorbereitungsdienst für Anwärter auf ein Richteramt in Bezug genommen und folgerichtig auch die Zulassungsvoraussetzungen für diesen Vorbereitungsdienst. Davon zu unterscheiden sei die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft. Für sie sei die Zulassungsvoraussetzung nach § 7 Nr. 6 BRAO maßgebend. Daß die eine Zulassungsvoraussetzung strenger als die andere sei, sei aus dem verschiedenen sachlichen Zusammenhang heraus, in dem sie gelten, plausibel, also nicht willkürlich oder sonst verfassungsrechtlich bedenklich. 23

2. Der Schleswig-Holsteinische Landtag hat sich nur kurz zur Verfassungsmäßigkeit des § 9 Abs. 1 Nr. 2 Landesbeamtengesetz geäußert. Er hält diese Vorschrift für vereinbar sowohl mit Art. 12 Abs. 1, 19 Abs. 1 Satz 2 GG als auch mit Art. 18 GG. 24

3. Der Niedersächsische Minister des Innern hält die mit dem schleswig-holsteinischen Recht übereinstimmende niedersächsische Regelung für verfassungsgemäß. 25

4. Der Bremische Senator für Rechtspflege und Strafvollzug hat mitgeteilt, daß er den Kläger am 26. April 1973 unter Berufung in das Beamtenverhältnis auf Widerruf zum Gerichtsreferendar ernannt habe. Er habe sich dabei von der Überzeugung leiten lassen, daß das Grundrecht der freien Berufswahl (Art. 12 GG) wegen des staatlichen Ausbildungsmonopols gebiete, bei der Einstellung von Gerichtsreferendaren die für Lebenszeitbeamten geltenden Vorschriften insoweit einschränkend auszulegen und jedenfalls keine strengeren Anforderungen zu stellen als bei einer Zulassung für den späteren Beruf eines Rechtsanwalts. In allen Fällen, in denen der Staat ein Ausbildungsmonopol besitze, sei den Hochschulabsolventen die Möglichkeit zu geben, ihre Ausbildung abzuschließen, auch wenn dabei vorübergehend ein Beamtenverhältnis auf Widerruf begründet werde. 26

5. Für die Bundesregierung haben der Bundesminister des Innern und der Bundesminister der Justiz zur Sache keine Äußerung abgegeben. Sie haben nur zwei Übersichten mitgeteilt, aus denen sich ergibt, wieviel Prozent der den juristischen Vorbereitungsdienst Durchlaufenden sich dem öffentlichen Dienst, dem Anwalts- und Notarberuf, dem Beruf des Wirtschaftsjuristen und anderen Berufen zuwenden. 27

#### VI.

Der Kläger des Ausgangsverfahrens hat weiter vorgetragen: 28

Zusätzlich zur Vereinbarkeit der angegriffenen landesrechtlichen Normen mit Art. 12 Abs. 1 und 19 Abs. 1 Satz 2 GG sowie Art. 18 GG habe das Gericht zu prüfen, ob sie gegen das in Art. 20 GG enthaltene Rechtsstaatsgebot verstoße. Unter diesem Gesichtspunkt sei jede normensetzende Instanz nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts verpflichtet, eine "Vorschrift so zu fassen, daß sie den rechtsstaatlichen Grundsätzen der Normenklarheit und Justiziabilität entspricht. Sie muß in ihren Voraussetzungen und in ihrem Inhalt so formuliert sein, daß die von ihr Betroffenen die Rechtslage erkennen und ihr Verhalten danach einrichten können (vgl. BVerfGE 21, 73 ff., hier S. 79)". Mit dem Rechtsstaatsprinzip seien nur Rechtssätze und damit rechtsstaatliche Verpflichtungen vereinbar, die auf das äußere Verhalten der Staatsbürger abstellen und somit verhaltensorientierte Rechte und Pflichten des Individuums festlegen. Würde die Rechtsordnung nicht diese Orientierung auf das äußere Verhalten haben, sondern auch das individuelle forum internum ergreifen können, so würde ihre spezifische politische Funktion der Abgrenzung staatlicher Macht gegenüber der individuellen Sphäre weitgehend leerlaufen; denn dann würde es eine vom politischen Zugriff freie individuelle Sphäre nicht mehr geben. Man müsse also zwischen der Gewissens- und Bekenntnissphäre des Individuums und der Sphäre seines nach außen tretenden Verhaltens unterscheiden. Das komme auch in Art. 33 Abs. 2 GG, der auf äußere Qualifikation der Persönlichkeit bezogen sei, und in Art. 33 Abs. 3 GG zum Ausdruck, der auf die jeglicher politischer Einflußnahme entzogene Sphäre des Gewissens, des Bekenntnisses und der Weltanschauung bezogen sei. 29

Es gebe also zwei Strukturprinzipien des Grundgesetzes - rechtliche Kriterien für das Verhältnis der staatlichen Gewalt zu den Staatsbürgern einerseits und politische Kriterien für das Verhältnis der staatlichen Gewalt zu den Staatsbürgern andererseits -, die zueinander im Verhältnis von Regel und Ausnahme stünden. Das "Eintreten für die freiheitliche 30

demokratische Grundordnung" sei nach der Rechtsordnung des Grundgesetzes kein zulässiges Tatbestandsmerkmal für die Zugangsvoraussetzungen für einen Beamtenanwärter; denn das Fehlen dieses Tatbestandsmerkmals sei keineswegs identisch mit einem illegalen Verhalten; auch ein völlig legales Verhalten könne den Tatbestand erfüllen, daß ein Kandidat nicht die Gewähr dafür biete, jederzeit für die freiheitliche demokratische Grundordnung einzutreten. Daraus folge, daß dieses Tatbestandsmerkmal dieselbe juristische Struktur habe wie die in den Ausnahmenvorschriften Art. 9 Abs. 2, 10 Abs. 1, 18, 21 Abs. 2 GG enthaltenen entsprechenden Tatbestandsmerkmale. Es handle sich also um ein Tatbestandsmerkmal aus dem Bereich der politischen Bewertung von individuellem Verhalten, das nicht den Erfordernissen des Art. 20 GG entspreche. Der Begriff des "Treueverhältnisses", das durch die Begründung des Beamtenverhältnisses entstehe, dürfe nicht im Sinne eines "gesteigerten und existenziellen" Verhaltens des Beamten zum Staat ausgelegt werden. Inhalt des Dienst- und Treueverhältnisses des Beamten sei nur die gesonderte Verpflichtung des Beamten, die für seine amtliche Tätigkeit vorhandenen Rechtsnormen und dienstlichen Anweisungen zu beachten; Treue zur Verfassung bedeute für den Beamten die Verpflichtung zur Bindung an Recht und Gesetz im Sinne des Art. 20 Abs. 3 GG - nicht mehr! Eine jenseits dieser dem öffentlichen Dienst auferlegten Verpflichtung liegende Treueverpflichtung würde das Diskriminierungsverbot des Art. 33 Abs. 3 GG verletzen. Eine solche Auslegung würde überdies allen Tendenzen Vorschub leisten, das System der Verfassung nicht mehr im Funktionieren einer gesinnungs- und bekenntnisindifferenten Legalität, sondern in der Identifizierung sowohl der politischen Gewalten wie der Staatsbürger mit bestimmten ethischen Werten zu sehen.

## B.

Die Vorlage ist zulässig.

1. Das Ausgangsverfahren hat sich nicht erledigt. Zwar ist der Kläger im Ausgangsverfahren inzwischen in Bremen zum Gerichtsrat ernannt worden und es steht nicht fest, daß er beabsichtigt, in den Vorbereitungsdienst im Lande Schleswig-Holstein überzutreten, falls seine verwaltungsgerichtliche Klage Erfolg haben sollte. Er hat aber seine Klage gegen den Bescheid des Oberlandesgerichtspräsidenten in Schleswig aufrechterhalten und hat nach wie vor jedenfalls noch ein Interesse an der Feststellung, daß die Ablehnung rechtswidrig war, selbst wenn für die Klage auf Aufhebung des Verwaltungsakts das Rechtsschutzinteresse entfallen sein sollte, weil er die Übernahme in den schleswig-holsteinischen Vorbereitungsdienst nicht mehr anstrebt.

2. Das vorlegende Gericht hat ausführlich dargelegt, aus welchen Gründen die vorgelegte Frage für seine Entscheidung erheblich ist. Diese Darlegungen sind in sich folgerichtig und jedenfalls vertretbar.

3. Gegenstand des Normenkontrollverfahrens ist allein die Frage der Verfassungsmäßigkeit des § 9 Abs. 1 Nr. 2 LBG (Art. 100 Abs. 1 Satz 1 GG). Daß diese Frage für das vorlegende Gericht nur eine Vorfrage bei der Anwendung einer in einer Rechtsverordnung enthaltenen Vorschrift darstellt, ändert an der Zuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts nichts.

## C.

§ 9 Abs. 1 Nr. 2 LBG ist mit dem Grundgesetz und dem übrigen Bundesrecht vereinbar.

### I.

Zu den in Art. 33 Abs. 5 GG genannten hergebrachten und zu beachtenden Grundsätzen des Berufsbeamtentums und des Richterrechts gehört der Grundsatz, daß vom Beamten und Richter zu fordern ist, daß er für die Verfassungsordnung, auf die er vereidigt ist, eintritt.

1. Die Geschichte des deutschen Beamtentums seit dem Ende des 18. Jahrhunderts (vgl. z.B. Pr.Allg. Landrecht Teil II, Titel 10, §§ 1 ff.) kennt - unbeschadet von Veränderungen im Verständnis dieses Spezifikums je nach den wechselnden Verfassungsordnungen - eine besondere Bindung des Beamten, die auf einer mit dem Eintritt in das Beamtenverhältnis verbundenen und übernommenen *Treuepflicht* beruht. In der absoluten Monarchie galt sie der Person des Monarchen als dem Repräsentanten des Staates, in der konstitutionellen Monarchie dem verfassungsrechtlich gebundenen Monarchen, der jenseits des politischen Streits stand und seine "Staatsdiener" auf das Gemeinwohl verpflichtete. In der Republik bestand sie fort; der "Staatsdienst" verlangte Treue zu Staat und Verfassung. Sichtbaren Ausdruck fand sie im Treueeid. Im Laufe der Zeit entwickelten sich aus dieser *einen* (umfassenden) Pflicht verschiedene konkretere Beamtenpflichten, wie sie in den modernen Beamtengesetzen fixiert werden und heute beispielsweise in §§ 52-56, 61, 64, 72, 74 BBG; §§ 35-39, 44 BRRG; §§ 65-68, 77, 80, 88, 90 LBG enthalten sind. An jener traditionellen Treuepflicht des Beamten hält auch das Grundgesetz als einem hergebrachten und zu beachtenden Grundsatz des Berufsbeamtentums (Art. 33 Abs. 5 GG) fest; auf ihn wird ausdrücklich in Art. 33 Abs. 4 GG ("Dienst- und Treueverhältnis") und Art. 5 Abs. 3 Satz 2 GG (Treue zur Verfassung) Bezug genommen. Der Grund für das Festhalten an diesem hergebrachten Grundsatz liegt auf der Hand: Der moderne "Verwaltungsstaat" mit seinen ebenso vielfältigen wie komplizierten Aufgaben, von deren sachgerechter, effizienter, pünktlicher Erfüllung das Funktionieren des gesellschaftlich-politischen Systems und die Möglichkeit eines menschenwürdigen Lebens der Gruppen, Minderheiten und jedes Einzelnen Tag für Tag abhängt, ist auf einen intakten, loyalen, pflichttreuen, dem Staat und seiner verfassungsmäßigen Ordnung innerlich verbundenen Beamtenkörper angewiesen. Ist auf die Beamtenschaft kein Verlaß mehr, so sind die Gesellschaft und ihr Staat in kritischen Situationen "verloren" (vgl. z.B. *Laband*, Staatsrecht des Deutschen Reiches, 1876 S. 395, 422; *Brehm*, Die rechtliche Natur des Staatsdienstes nach deutschem Staatsrecht, in *Annalen des Deutschen Reiches*, 1885, S. 288 ff.; *Köttgen*, Das deutsche Berufsbeamtentum und die parlamentarische Demokratie, 1928, S. 79, 108 ff. u.ö.; *Gerber*, Archiv für Öffentliches Recht N.F. 18. Bd. 1930, S. 1 ff.; *W. Jellinek*, Rechtsformen des Staatsdienstes, in *Anschütz-Thoma*, Handbuch des Deutschen Staatsrechts, 2. Bd., S. 24; *Daniels*, Die Pflichten und Rechte des Beamten, in *Anschütz-Thoma*, Handbuch des Deutschen Staatsrechts, 2. Bd. S. 42; *Zwimer*, Politische Treupflicht des Beamten, 1956; *Böttcher*, Die politische Treupflicht der Beamten und Soldaten und die Grundrechte der Kommunikation, 1967).

2. Es ist hier nicht abschließend zu entscheiden, was sich alles an Pflichten für den Beamten im einzelnen aus jener umfassenden Treuepflicht ergibt. Es genügt festzuhalten, daß jedenfalls zur Treuepflicht des Beamten als Kern die politische Treuepflicht gehört. Gemeint ist damit nicht eine Verpflichtung, sich mit den Zielen oder einer bestimmten Politik der jeweiligen Regierung zu identifizieren. Gemeint ist vielmehr die Pflicht zur Bereitschaft, sich mit der Idee des Staates, dem der Beamte dienen soll, mit der freiheitlichen demokratischen, rechts- und sozialstaatlichen Ordnung dieses Staates zu identifizieren. Dies schließt nicht aus, an Erscheinungen dieses Staates Kritik üben zu dürfen, für Änderungen der bestehenden Verhältnisse - innerhalb des Rahmens der Verfassung und mit den verfassungsrechtlich vorgesehenen Mitteln - eintreten zu können, solange in diesem Gewand nicht eben dieser Staat und seine verfassungsmäßige Grundlage in Frage gestellt werden. An einer "unkritischen" Beamtenschaft können Staat und Gesellschaft kein Interesse haben. Unverzichtbar ist aber, daß der Beamte den Staat - ungeachtet seiner Mängel - und die geltende verfassungsrechtliche Ordnung, so wie

sie in Kraft steht, bejaht, sie als schützenswert anerkennt, in diesem Sinne sich zu ihnen bekennt und aktiv für sie eintritt. Der Beamte, der dies tut, genügt seiner Treuepflicht und kann *von diesem Boden aus* auch Kritik äußern und Bestrebungen nach Änderungen der bestehenden Verhältnisse - im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung und auf verfassungsmäßigen Wegen! - unterstützen. Das Entscheidende ist, daß die Treuepflicht gebietet, den Staat und seine geltende Verfassungsordnung, auch soweit sie im Wege einer Verfassungsänderung veränderbar ist, zu bejahen und dies nicht bloß verbal, sondern insbesondere in der beruflichen Tätigkeit dadurch, daß der Beamte die bestehenden verfassungsrechtlichen und gesetzlichen Vorschriften beachtet und erfüllt und sein Amt aus dem Geist dieser Vorschriften heraus führt. Die politische Treuepflicht - Staats- und Verfassungstreue - fordert mehr als nur eine formale korrekte, im übrigen uninteressierte, kühle, innerlich distanzierte Haltung gegenüber Staat und Verfassung; sie fordert vom Beamten insbesondere, daß er sich eindeutig von Gruppen und Bestrebungen distanzieret, die diesen Staat, seine verfassungsmäßigen Organe und die geltende Verfassungsordnung angreifen, bekämpfen und diffamieren. Vom Beamten wird erwartet, daß er diesen Staat und seine Verfassung als einen hohen positiven Wert erkennt und anerkennt, für den einzutreten sich lohnt. Politische Treuepflicht bewährt sich in Krisenzeiten und in ernsthaften Konfliktsituationen, in denen der Staat darauf angewiesen ist, daß der Beamte Partei für ihn ergreift. Der Staat - und das heißt hier konkreter, *jede verfassungsmäßige Regierung und die Bürger* - muß sich darauf verlassen können, daß der Beamte in seiner Amtsführung Verantwortung für diesen Staat, für "seinen" Staat zu tragen bereit ist, daß er sich in dem Staat, dem er dienen soll, zu Hause fühlt - jetzt und jederzeit und nicht erst, wenn die von ihm erstrebten Veränderungen durch entsprechende Verfassungsänderungen verwirklicht worden sind.

3. Die hergebrachte Treuepflicht des Beamten erhält unter der Geltung des Grundgesetzes ein besonderes Gewicht dadurch, daß diese Verfassung nicht wertneutral ist, sondern sich für zentrale Grundwerte entscheidet, sie in ihren Schutz nimmt und dem Staat aufgibt, sie zu sichern und sie zu gewährleisten (Art. 1 GG). Sie trifft Vorkehrungen gegen ihre Bedrohung, sie institutionalisiert besondere Verfahren zur Abwehr von Angriffen auf die verfassungsmäßige Ordnung, sie konstituiert eine wehrhafte Demokratie (Art. 2 Abs. 1, Art. 9 Abs. 2, Art. 18, Art. 20 Abs. 4, Art. 21 Abs. 2, Art. 79 Abs. 3, Art. 91, Art. 98 Abs. 2 GG). Diese Grundentscheidung der Verfassung schließt es aus, daß der Staat, dessen verfassungsmäßiges Funktionieren von der freien inneren Bindung seiner Beamten an die geltende Verfassung abhängt, zum Staatsdienst Bewerber zuläßt und im Staatsdienst Bürger beläßt, die die freiheitliche demokratische, rechts- und sozialstaatliche Ordnung ablehnen und bekämpfen. Der Beamte kann nicht zugleich in der organisierten Staatlichkeit wirken und die damit verbundenen persönlichen Sicherungen und Vorteile in Anspruch nehmen und aus dieser Stellung heraus die Grundlage seines Handels zerstören wollen. Der freiheitliche demokratische Rechtsstaat kann und darf sich nicht in die Hand seiner Zerstörer geben.

4. Aus der dargelegten verfassungsrechtlichen Lage folgt zwingend: Ein Beamter, der gegen die von ihm in Art. 33 Abs. 5 GG geforderte Treuepflicht verstößt, verletzt seine Dienstpflicht. Die Beamtengesetze konkretisieren dies; § 52 Abs. 2 BBG bestimmt für den Bundesbeamten: "Der Beamte muß sich durch sein gesamtes Verhalten zu der freiheitlich-demokratischen Grundordnung im Sinne des Grundgesetzes bekennen und für deren Erhaltung eintreten". Und nach § 77 Abs. 2 BBG gilt als Dienstvergehen, wenn der Ruhestandsbeamte oder der Beamte mit Versorgungsbezügen "sich gegen die freiheitlich-demokratische Grundordnung im Sinne des Grundgesetzes betätigt" oder "an Bestrebungen teilnimmt, die darauf abzielen, den Bestand oder die Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland zu beeinträchtigen". Entsprechendes bestimmen die §§ 35 Abs. 1 Satz 3, 45 Abs. 2 BRRG sowie die §§ 65 Abs. 2, 93 Abs. 2 Nr. 1 und 2 LBG. Bei Beamten auf Probe und bei Beamten auf Widerruf rechtfertigt ein solches Dienstvergehen regelmäßig die Entlassung aus dem Amt. Bei Beamten auf Lebenszeit (oder Zeit) kann wegen dieser Dienstpflichtverletzung im förmlichen (gerichtlichen) Disziplinarverfahren auf Entfernung aus dem Dienst erkannt werden.

In jedem Fall ist die Entfernung aus dem Dienst jedoch nur aufgrund eines *begangenen konkreten* Dienstvergehens möglich. Das Dienstvergehen besteht nicht einfachhin in der "mangelnden Gewähr" des Beamten dafür, daß er jederzeit für die freiheitliche demokratische Grundordnung eintreten werde, sondern in der nachgewiesenen Verletzung jener Amtspflicht, "sich durch sein gesamtes Verhalten zu der freiheitlich-demokratischen Grundordnung im Sinne des Grundgesetzes zu bekennen und für deren Erhaltung einzutreten". Dabei ist zu beachten, daß sich der umschriebene Inhalt der Treuepflicht des Beamten nicht völlig mit dem Inhalt der disziplinar zu ahndenden Treuepflichtverletzung des Beamten deckt, weil zum letztgenannten Tatbestand ein Minimum an Gewicht und an Evidenz der Pflichtverletzung gehört. Andererseits kann die Pflichtverletzung nicht nur in Aktivitäten, sondern auch in einem Unterlassen bestehen, beispielsweise wenn der Vorgesetzte oder Dienstvorgesetzte verfassungsfeindliche Umtriebe innerhalb seines Verantwortungsbereichs geflissentlich übersieht und geschehen läßt. Das bloße Haben einer Überzeugung und die bloße Mitteilung, daß man diese habe, ist niemals eine Verletzung der Treuepflicht, die dem Beamten auferlegt ist; dieser Tatbestand ist überschritten, wenn der Beamte aus seiner politischen Überzeugung Folgerungen für seine Einstellung gegenüber der verfassungsmäßigen Ordnung der Bundesrepublik Deutschland, für die Art der Erfüllung seiner Dienstpflichten, für den Umgang mit seinen Mitarbeitern oder für politische Aktivitäten im Sinne seiner politischen Überzeugung zieht.

Für Ruhestandsbeamte und frühere Beamte mit Versorgungsbezügen wird als Dienstvergehen fingiert ("gilt" als Dienstvergehen), wenn sie sich gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung im Sinne des Grundgesetzes betätigt haben oder wenn sie an Bestrebungen teilgenommen haben, die darauf abzielen, den Bestand oder die Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland zu beeinträchtigen. Hier werden also Aktivitäten feindseliger Art gefordert. Meinungsäußerungen können, müssen aber nicht in jedem Fall den Charakter von solchen Aktivitäten feindseliger Art haben. Solange sie sich darin erschöpfen, im Vertrauen auf die Überzeugungskraft des Arguments Kritik an bestehenden Zuständen zu üben oder bestehende rechtliche Regelungen in Gesetzen oder in der Verfassung in dem dafür vorgesehenen verfassungsrechtlichen Verfahren zu ändern, erfüllen sie nicht die genannten Tatbestände eines Dienstvergehens. Sie können allenfalls verstoßen gegen die Pflicht des Beamten, "bei politischer Betätigung diejenige Mäßigung und Zurückhaltung zu wahren, die sich aus seiner Stellung gegenüber der Gesamtheit und aus der Rücksicht auf die Pflichten seines Amtes ergeben" (§ 53 BBG). Dagegen stellen Agitationen, die die freiheitliche demokratische Grundordnung herabsetzen, verfassungsrechtliche Wertentscheidungen und Institutionen diffamieren und zum Bruch geltender Gesetze auffordern, Betätigungen gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung dar.

5. Aus der dargelegten verfassungsrechtlich geforderten Treuepflicht des Beamten ergibt sich eine weitere Folgerung. Wenn der Beamte habituell, seiner Persönlichkeit nach nur dann für ein öffentliches Amt geeignet ist - Eignung im Sinne des Art. 33 Abs. 2 GG als Voraussetzung für die Berufung ins Beamtenverhältnis! -, wenn er jederzeit bereit ist, für die freiheitliche demokratische Grundordnung einzutreten, dann muß unter diesem verfassungsrechtlichen Aspekt verlangt werden, nur solche Anwärter ins Beamtenverhältnis zu berufen, die auch die Gewähr dafür bieten, daß sie jederzeit für die freiheitliche demokratische Grundordnung einzutreten bereit sind. Es ist also eine von der Verfassung (Art. 33 Abs. 5 GG) geforderte und durch das einfache Gesetz konkretisierte rechtliche Voraussetzung für den Eintritt in das Beamtenverhältnis, daß der

Bewerber die Gewähr bietet, jederzeit für die freiheitliche demokratische Grundordnung einzutreten, wie es das Deutsche Richtergesetz (§ 9 Nr. 2), das Bundesbeamtengesetz (§ 7 Abs. 1 Nr. 2), das Beamtenrechtsrahmengesetz (§ 4 Abs. 1 Nr. 2) und die entsprechenden Vorschriften des Landesrechts vorschreiben. Die genannten beamtenrechtlichen Vorschriften haben genau den Inhalt, der oben unter 2) näher umschrieben ist; und es ist die Rechtspflicht aller Einstellungsbehörden, sie mit diesem Inhalt ernst zu nehmen und sie mit diesem Inhalt anzuwenden.

Gerade weil die Entfernung eines Beamten auf Lebenszeit oder auf Zeit aus dem Dienst wegen Verletzung seiner Treuepflicht nach den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums nur im Wege eines förmlichen Disziplinarverfahrens möglich ist, muß der Dienstherr darauf sehen, daß niemand Beamter wird, der nicht die Gewähr dafür bietet, jederzeit für die freiheitliche demokratische Grundordnung einzutreten. Der Dienstherr hat - auch dem Bewerber gegenüber - die Pflicht, die verfassungsrechtlich möglichen Vorkehrungen zu treffen, damit er nicht genötigt wird, Beamte wegen ihrer politischen Treuepflicht in ein Disziplinarverfahren zu ziehen. Das verfassungsrechtlich legitime Mittel dazu ist die Prüfung und Entscheidung, ob die Persönlichkeit des Bewerbers die Gewähr bietet, daß er jederzeit für die freiheitliche demokratische Grundordnung eintreten wird.

Die Einstellungsbehörde entscheidet über den Antrag auf Übernahme in das Beamtenverhältnis, ohne verpflichtet zu sein, vorher den Bewerber zu ihren Zweifeln anzuhören. Bei dieser Entscheidung gibt es keine "Beweislast", weder für den Bewerber daß er die geforderte Gewähr bietet, noch für die Einstellungsbehörde, daß der Bewerber diese Gewähr nicht bietet. "Zweifel an der Verfassungstreue" hat hier nur den Sinn, daß der für die Einstellung Verantwortliche im Augenblick seiner Entscheidung nicht überzeugt ist, daß der Bewerber die Gewähr bietet, jederzeit für die freiheitliche demokratische Grundordnung einzutreten. Dieser Überzeugung liegt ein *Urteil* zugrunde, das zugleich eine Prognose enthält; es hat nur den Einzelfall im Auge und gründet sich jeweils auf eine von Fall zu Fall wechselnde *Vielzahl von Elementen* und deren Bewertung. Die Dinge liegen insofern im Grunde nicht anders als in den Fällen, in denen der Dienstvorgesetzte über die sonstige Eignung oder Befähigung oder Leistung eines Bewerbers für den öffentlichen Dienst zu entscheiden hat. Es handelt sich um ein prognostisches Urteil über die *Persönlichkeit* des Bewerbers, nicht lediglich um die Feststellung einzelner Beurteilungselemente (Äußerungen, Teilnahme an Demonstrationen, politische Aktivitäten, Zugehörigkeit zu irgendwelchen Gruppen, Vereinigungen oder politischen Parteien). Ein Bewerber kann beispielsweise der Eignung für den öffentlichen Dienst ermangeln, auch wenn ihm das amtsärztliche Zeugnis Gesundheit attestiert, sofern er beispielsweise nach dem Urteil der Einstellungsbehörde uneinsichtig rechthaberisch ist. Ihm kann die Befähigung fehlen, wenn ihm trotz des Studiums der Pädagogik ein Minimum an Geschick im Umgang mit den Schülern abgeht. Schließlich kann auch über die Leistung eines Bewerbers Zweifel bestehen, wenn er - ungeachtet seiner Qualifizierung in den Prüfungen - dem Erfordernis der Praxis, Entscheidungen zeitgerecht zu treffen (sie nicht ungeschlüssig vor sich herzuschieben), nicht genügt. Der Beispiele gibt es viele. - Das geforderte Urteil über die Persönlichkeit des Bewerbers kann nicht selten von *persönlichen Eindrücken* abhängen. Deshalb haben Personalreferenten und Behördenleiter seit je Wert darauf gelegt, daß sich die Bewerber vorstellten oder zu einem Vorstellungsbuch eingeladen wurden, und zwar nicht nur, wenn Bedenken dagegen bestanden, ob der Bewerber die Gewähr bietet, jederzeit für die freiheitliche demokratische Grundordnung einzutreten. Mehr als dies kann auch nicht für den letztgenannten Fall gefordert werden.

Soll der Ablehnungsbescheid durch Anfechtungsklage angegriffen werden, so hat der Bewerber Anspruch auf Mitteilung der Umstände, auf die die Einstellungsbehörde ihre Ablehnung stützt. Für diese Anfechtungsklage gilt derselbe Grundsatz, den die Verwaltungsgerichte für die Fälle entwickelt haben, in denen eine Beurteilung (Prüfungsergebnis, dienstliche Beurteilung usw.) Gegenstand der gerichtlichen Kontrolle ist. Soweit der der einstellenden Behörde zustehende Beurteilungsspielraum reicht, ist die gerichtliche Nachprüfung darauf beschränkt, ob diese Stelle von einem unrichtigen Sachverhalt ausgegangen ist und ob sie den beamtenrechtlichen und verfassungsrechtlichen Rahmen (Art. 33 Abs. 2 und 5 GG), in dem sie sich frei bewegen kann, verkannt hat. Im übrigen ist die Nachprüfung von Ablehnungsbescheiden, da es im Beamtenrecht keinen Anspruch auf Übernahme in das Beamtenverhältnis gibt - Art. 33 Abs. 2 GG spricht nur davon, daß jeder Deutsche "nach seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt" hat -, auf die Willkürkontrolle beschränkt; dabei kann das Gericht die angegriffene Beurteilung nicht durch die eigene Beurteilung ersetzen. Aus demselben Grund kann das Gericht in aller Regel dem Anfechtungskläger den Zugang zum öffentlichen Dienst nicht eröffnen (nicht zur Übernahme in den öffentlichen Dienst verurteilen), sondern allenfalls den Ablehnungsbescheid aufheben und dadurch die Verwaltung nötigen, erneut über den Antrag auf Übernahme in den öffentlichen Dienst zu entscheiden.

6. Wenn also nur für jeden Einzelfall entschieden werden kann, ob der Bewerber nach seiner Persönlichkeit die Gewähr bietet oder nicht bietet, jederzeit für die freiheitliche demokratische Grundordnung einzutreten, ist es offenbar verfassungsrechtlich bedenklich, wenn ein Gesetz allgemein zwingend vorschreibt, daß einzelne konkrete Verhaltensweisen die Gewähr des Bewerbers, er werde jederzeit für die freiheitliche demokratische Grundordnung eintreten, ausschließen. Entscheidend ist die Bewertung eines solchen Verhaltens im Zusammenhang mit anderen Gesichtspunkten, an deren Ende die Überzeugung steht, daß dieser Bewerber seiner Persönlichkeit nach die Gewähr bietet oder nicht bietet, daß er jederzeit für die freiheitliche demokratische Grundordnung eintreten werde.

7. a) Die dargestellte, aus Art. 33 Abs. 5 GG sich ergebende Rechtslage - Treuepflicht des Beamten und Prüfung des Bewerbers, ob er die Gewähr bietet, jederzeit für die freiheitliche demokratische Grundordnung einzutreten - gilt für jedes Beamtenverhältnis, für das Beamtenverhältnis auf Zeit, für das Beamtenverhältnis auf Probe und für das Beamtenverhältnis auf Widerruf ebenso wie für das Beamtenverhältnis auf Lebenszeit. Sie ist auch einer Differenzierung je nach der Art der dienstlichen Obliegenheiten des Beamten nicht zugänglich. Denn in diesem Zusammenhang ist von erheblicher Bedeutung, daß jeder Beamte, der sich gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung im Sinne des Grundgesetzes betätigt oder an Bestrebungen teilnimmt, die darauf abzielen, den Bestand oder die Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland zu beeinträchtigen, nicht nur als eine Gefahr im Hinblick auf die Art der Erledigung der ihm obliegenden Dienstaufgaben anzusehen ist, sondern auch als eine Gefahr im Hinblick auf die naheliegende Möglichkeit der Beeinflussung seiner Umgebung, seiner Mitarbeiter, seiner Dienststelle, seiner Behörde im Sinne seiner verfassungsfeindlichen politischen Überzeugung.

b) Wie der Vollständigkeit halber zu bemerken ist, schulden auch die Angestellten im öffentlichen Dienst dem Dienstherrn Loyalität und die gewissenhafte Erfüllung ihrer dienstlichen Obliegenheiten. Auch sie dürfen nicht den Staat, in dessen Dienst sie stehen, und seine Verfassungsordnung angreifen. Auch sie können wegen grober Verletzung dieser Dienstpflichten fristlos entlassen werden. Und auch ihre Einstellung kann abgelehnt werden, wenn damit zu rechnen ist, daß sie ihre mit der Einstellung verbundenen Pflichten nicht werden erfüllen können oder wollen.

c) Für den Vorbereitungsdiens, gleichgültig, ob er im Beamtenverhältnis oder in einem Angestelltenverhältnis abgeleistet wird, ist allerdings im Hinblick auf gewisse Entwicklungen in der Verwaltungspraxis noch folgende Bemerkung nötig: Wer als

Berufsziel den Staatsdienst im Auge hat, nähert sich diesem Dienst in drei "Stufen": er studiert, er erwirbt die jeweils erforderliche Vorbildung - für den höheren Dienst durch Absolvierung des Vorbereitungsdienstes -, er wird als Beamter auf Probe übernommen. In der zweiten und dritten Stufe hat der Dienstvorgesetzte Gelegenheit, den Bewerber intensiv kennenzulernen, ihn zu beobachten und sich schließlich ein Urteil über seine Persönlichkeit zu bilden. *Hier*, wo die Verwaltung *unmittelbar* sich ein zuverlässiges Bild über den Anwärter machen kann, muß der Schwerpunkt liegen für die Gewinnung des Urteils, ob der Bewerber die geforderte Gewähr bietet oder nicht. Das bedeutet aber, daß für die Übernahme in den Vorbereitungsdienst eine gewissermaßen "vorläufige" Beurteilung ausreicht, der alle Umstände zugrunde gelegt werden können, die der Einstellungsbehörde ohne weitere zusätzliche Ermittlungen bekannt sind, beispielsweise aus Personal- und Strafakten oder allgemein zugänglichen Berichterstattungen, die sie sich aber nicht erst von anderen (Staatschutz-) Behörden systematisch nach entsprechenden Erhebungen zutragen läßt. "Ermittlungen" der letztgenannten Art können nur Verhaltensweisen zutage fördern, die in die Ausbildungs- und Studienzzeit eines jungen Menschen fallen, häufig Emotionen in Verbindung mit engagiertem Protest entspringen und Teil von Milieu- und Gruppenreaktionen sind, also sich wenig eignen als ein Element (von vielen), aus dem man einen Schluß auf die Persönlichkeit des zu Beurteilenden ziehen könnte; sie vergiften andererseits die politische Atmosphäre, irritieren nicht nur die Betroffenen in ihrem Vertrauen in die Demokratie, diskreditieren den freiheitlichen Staat, stehen außer Verhältnis zum "Ertrag" und bilden insofern eine Gefahr, als ihre Speicherung allzu leicht mißbraucht werden kann. Deshalb sind solche Ermittlungen und die Speicherung ihrer Ergebnisse *für Zwecke der Einstellungsbehörden* schwerlich vereinbar mit dem im Rechtsstaatsprinzip verankerten Gebot der Verhältnismäßigkeit.

## II.

Die Entscheidungsfreiheit des Dienstherrn bei der Anwendung der beamtenrechtlichen Vorschriften, die die politische Treuepflicht des Beamten näher regeln, wird durch Art. 21 GG nicht eingeschränkt. 51

1. Art. 21 Abs. 2 GG behält die Entscheidung über die Verfassungsmäßigkeit oder Verfassungswidrigkeit einer politischen Partei dem Bundesverfassungsgericht vor. Eine Partei mag faktisch die freiheitliche demokratische Grundordnung bekämpfen oder auf die Gefährdung der Sicherheit des Staates ausgehen; sie kann mit dieser Argumentation zwar politisch bekämpft werden, kann aber an ihrer politischen Aktivität nicht rechtlich gehindert werden, solange sie nicht vom Bundesverfassungsgericht in dem dafür vorgesehenen besonderen Verfahren verboten worden ist. Das Urteil hat also konstitutive Bedeutung für ein Einschreiten gegen die Partei durch Polizei, Verwaltung und Gerichte (BVerfGE 5, 85 [140]; 12, 296 [304f.]). 52

2. Daraus hat das Bundesverfassungsgericht folgenden Schluß gezogen: 53

Eine politische Partei kann nicht leben ohne Apparat und Funktionäre, die für sie arbeiten. Darf sie bis zum Verbot durch das Bundesverfassungsgericht "existieren", so bedeutet das, daß ihr Apparat und ihre Funktionäre ungestört und ungehindert agieren dürfen. Was hier von Verfassungs wegen "gestattet" wird, kann man nicht zu einem Tatbestand machen, an den man nachträglich Rechtsnachteile (Sanktionen) knüpft. Deshalb war § 90a StGB - ein Organisationsdelikt -, soweit es sich auf politische Parteien bezogen hat, mit Art. 21 GG unvereinbar und nichtig (BVerfGE 12, 296 [305 ff.]). Aus dem gleichen Grund darf § 6 Abs. 1 Nr. 2 BEG nicht auf Personen angewandt werden, die nur als Funktionäre einer politischen Partei von ihrem Verbot durch das Bundesverfassungsgericht deren Ziele mit allgemein erlaubten Mitteln vertreten haben (BVerfGE 13, 46 [52f.]; vgl. außerdem BVerfGE 13, 123 [126]; 17, 155 ff.). Dagegen setzt die Anklage und Verurteilung eines Funktionärs einer politischen Partei wegen Hochverrats gemäß §§ 80, 81 StGB die Feststellung der Verfassungswidrigkeit dieser Partei auch dann nicht voraus, wenn er sich im Rahmen dessen gehalten hat, was die Partei erstrebt und propagiert (BVerfGE 9, 162 ff.). 54

Diese Rechtsprechung hat, wie sich aus dem Zusammenhang der Gründe ergibt, den normalen Status des politischen Aktivbürgers in der Gesellschaft vor Augen, nicht dagegen den Bürger in seiner besonderen rechtlichen Stellung als Beamten. Was er, der Beamte, darf, was er nicht darf und welche Folgerungen der Dienstherr aus der ansonsten als parteioffizielle Tätigkeit eines Funktionärs und Anhängers einer Partei zu qualifizierenden Tätigkeit ziehen darf, ist überhaupt nicht Gegenstand der Erwägungen in den zitierten Entscheidungen. 55

3. Während demnach die Argumentation, die auf die Freiheit der Betätigung für eine politische Partei abzielt, ihre Grundlage in Art. 21 GG hat - also den Bürger bei seiner parteioffiziellen Tätigkeit von Sanktionen freistellt um des ungestörten und unbehinderten Funktionierens der Partei willen -, liegt die ratio des verfassungsrechtlichen Grundsatzes, daß dem Beamten gegenüber dem freiheitlichen demokratischen Staat, zu dem er in ein besonders enges Verhältnis getreten ist, eine politische Treuepflicht obliegt, in einem anderen rechtlichen Zusammenhang. Der Staat in seiner freiheitlichen demokratischen Verfaßtheit bedarf, wenn er sich nicht selbst in Frage stellen will, eines Beamtenkörpers, der für ihn und die geltende verfassungsmäßige Ordnung eintritt, in Krisen und Loyalitätskonflikten ihn verteidigt, indem er die ihm übertragenen Aufgaben getreu in Einklang mit dem Geist der Verfassung, mit den verfassungsrechtlichen Wertentscheidungen und Geboten und den geltenden Gesetzen erfüllt. 56

Die Verwirklichung dieser Verfassungsentscheidung in Art. 33 Abs. 5 GG steht nicht in Widerspruch mit Art. 21 Abs. 2 GG; Art. 33 Abs. 5 GG fordert vom *Beamten* das Eintreten für die verfassungsmäßige Ordnung, Art. 21 Abs. 2 GG läßt dagegen dem *Bürger* die Freiheit, diese verfassungsmäßige Ordnung abzulehnen und sie politisch zu bekämpfen, solange er es innerhalb einer Partei, die nicht verboten ist, mit allgemein erlaubten Mitteln tut. Die besonderen Pflichten des Beamten sind nicht aufgestellt in Ansehung der Interessen der politischen Partei, insbesondere nicht zur Behinderung ihrer politischen Aktivitäten, sondern in Ansehung der Sicherung des Verfassungsstaates vor Gefahren aus dem Kreis seiner Beamten. Ihr besonderer Status, ihre Kompetenzen wären ohne das Erfordernis der politischen Treuepflicht des Beamten die ideale Plattform für Bestrebungen, die geltende Verfassungsordnung außerhalb des von der Verfassung gewiesenen Weges zu verändern und umzustürzen. Es geht nicht darum, daß der Beamte wegen seiner Zugehörigkeit zu einer politischen Partei benachteiligt wird. Die Frage ist vielmehr, ob der Beamte in seinem Amt die politische Treuepflicht verletzt oder nicht verletzt, und ob der Bewerber um ein Amt seiner Persönlichkeit nach die Gewähr bietet, jederzeit für die freiheitliche demokratische Grundordnung einzutreten. Das sind Fragen, die sie *selbst* durch ihr Verhalten beantworten. Ein Stück des Verhaltens, das für die hier geforderte Beurteilung der Persönlichkeit des Bewerbers erheblich sein kann, kann auch der Beitritt oder die Zugehörigkeit zu einer politischen Partei sein, die verfassungsfeindliche Ziele verfolgt, - unabhängig davon, ob ihre Verfassungswidrigkeit durch Urteil des Bundesverfassungsgerichts festgestellt ist oder nicht. Es wäre geradezu willkürlich, dieses Element der Beurteilung einer Persönlichkeit auszuschneiden, also den Dienstherrn zu zwingen, die *Verfassungstreue* eines Beamten zu bejahen, weil eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts über die *Verfassungswidrigkeit* einer Partei aussteht - eine Entscheidung übrigens, die von einem Antrag abhängt, der weithin im Ermessen der Antragsteller steht und schwerlich nur deshalb gestellt werden wird, um Amtsbewerber ablehnen oder gegen Beamte wegen Verletzung ihrer politischen Treuepflicht dienststrafrechtlich einschreiten zu können. 57

Der Umstand, daß die dem Bundesverfassungsgericht vorbehaltene Entscheidung über die Verfassungswidrigkeit einer politischen Partei bisher nicht ergangen ist, hindert nicht, daß die Überzeugung gewonnen und vertreten werden darf, diese Partei verfolge verfassungsfeindliche Ziele und sei deshalb politisch zu bekämpfen. Eine Partei, die beispielsweise programmatisch die Diktatur des Proletariats propagiert oder das Mittel der Gewalt zum Umsturz der verfassungsmäßigen Ordnung bejaht, wenn es die Verhältnisse zulassen sollten, verfolgt verfassungsfeindliche Ziele, auch wenn die nach § 43 BVerfGG Antragsberechtigten es vorziehen, das Parteiverbotsverfahren nicht einzuleiten, weil die politische Auseinandersetzung mit ihr ausreicht oder wirkungsvoller die freiheitliche demokratische Ordnung im Sinne des Grundgesetzes zu schützen vermag als ein förmliches Parteiverbot. Deshalb ist es verfassungsrechtlich unbedenklich und von der politischen Verantwortung der Regierung gefordert, daß sie ihren jährlichen Bericht über die Entwicklung verfassungsfeindlicher Kräfte, Gruppen und Parteien dem Parlament und der Öffentlichkeit vorlegt. Soweit daraus für eine Partei *faktische* Nachteile (bei der Gewinnung von Mitgliedern oder Anhängern) entstehen, ist sie dagegen nicht durch Art. 21 GG geschützt. Dasselbe gilt für faktische nachteilige Auswirkungen, die sich mittelbar aus den dargelegten Schranken, die Art. 33 Abs. 5 GG für den Zugang zum Staatsdienst und für die Belassung im Staatsdienst aufrichtet, ergeben.

### III.

Die bisher dargelegte Rechtslage steht auch nicht in Widerspruch mit den Grundrechtsgarantien des Grundgesetzes: 59

1. Im Vordergrund steht hier das Grundrecht der Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 und 2 GG). 60

a) Das Verhältnis von Meinungsfreiheit und Treuepflicht der Beamten hat seine Geschichte. In der Weimarer Zeit wurde es zweimal aktuell - in den ersten Jahren der Weimarer Republik, als es kommunistische Aktivitäten und Gewalttaten rechtsradikaler Gruppen abzuwehren galt, und in den letzten Jahren, als die NSDAP aufkam und immer gefährlicher wurde. 61

Am 26. August 1921 wurde Erzberger ermordet, am 4. Juni 1922 mißglückte ein Mordanschlag auf Scheidemann, am 24. Juni 1922 wurde Rathenau ermordet. Unmittelbar darnach schlug die Reichsregierung dem Reichspräsidenten eine auf Art. 48 WRV gestützte Verordnung zum Schutz der Republik vor, die am 26. Juni 1922 erging. Gleichzeitig wurde im Reichstag das Gesetz zum Schutze der Republik beraten, das in dritter Lesung am 18. Juli 1922 mit 303 gegen 102 Stimmen, also mit verfassungsändernder Mehrheit, beschlossen und mit dem Datum des 21. Juli 1922 ausgefertigt wurde (RGBl. I S. 585). Am gleichen Tag erging neben einem Reichskriminalpolizeigesetz, einem Straffreiheitsgesetz und einem Gesetz über die Bereitstellung von Mitteln zum Schutze der Republik das Gesetz über die Pflichten der Beamten zum Schutze der Republik (RGBl. I S. 590). Dieses Gesetz fügte dem Reichsbeamtengesetz vom 17. Mai 1907 u.a. folgenden § 10a ein: 62

*Der Reichsbeamte ist verpflichtet, in seiner amtlichen Tätigkeit für die verfassungsmäßige republikanische Staatsgewalt einzutreten. Er hat alles zu unterlassen, was mit seiner Stellung als Beamter der Republik nicht zu vereinen ist. Insbesondere ist ihm untersagt:* 63

1. sein Amt oder die ihm kraft seiner amtlichen Stellung zugänglichen Einrichtungen für Bestrebungen zur Änderung der verfassungsmäßigen republikanischen Staatsform zu mißbrauchen; 64

2. bei Ausübung der Amtstätigkeit oder unter Mißbrauch seiner amtlichen Stellung über die verfassungsmäßige republikanische Staatsform, die Reichsflagge oder über die verfassungsmäßigen Regierungen des Reichs oder eines Landes zur Bekundung der Mißachtung Äußerungen zu tun, die geeignet sind, sie in der öffentlichen Meinung herabzusetzen; 65

3. bei Ausübung der Amtstätigkeit oder unter Mißbrauch seiner amtlichen Stellung auf die ihm unterstellten oder zugewiesenen Beamten, Angestellten und Arbeiter, Zöglinge oder Schüler im Sinne mißachtender Herabsetzung der verfassungsmäßigen republikanischen Staatsform oder der verfassungsmäßigen Regierungen des Reichs oder eines Landes einzuwirken; 66

4. Handlungen nach Nr. 1 bis 3 bei dienstlich unterstellten Personen, sofern sie im Dienst begangen werden, zu dulden. Dem Reichsbeamten ist weiterhin untersagt, in der Öffentlichkeit gehässig oder aufreizend die Bestrebungen zu fördern, die auf Wiederherstellung der Monarchie oder gegen den Bestand der Republik gerichtet sind, oder solche Bestrebungen durch Verleumdung, Beschimpfung oder Verächtlichmachung der Republik oder von Mitgliedern der im Amte befindlichen Regierung des Reichs oder eines Landes zu unterstützen. 67

Und 1930 beschloß das Preußische Staatsministerium: 68

*Nach der Entwicklung, die die Nationalsozialistische Deutsche Arbeiterpartei und die Kommunistische Partei Deutschlands genommen haben, sind beide Parteien als Organisationen anzusehen, deren Ziel der gewaltsame Umsturz der bestehenden Staatsordnung ist. Ein Beamter, der an einer solchen Organisation teilnimmt, sich für sie betätigt oder sie sonst unterstützt, verletzt dadurch die aus seinem Beamtenverhältnis sich ergebende besondere Treueverpflichtung gegenüber dem Staate und macht sich eines Dienstvergehens schuldig. Allen Beamten ist demnach die Teilnahme an diesen Organisationen, die Betätigung für sie oder ihre sonstige Unterstützung verboten.* 69

*Das Staatsministerium bringt diese Auffassung der Beamtenschaft hiermit besonders zur Kenntnis und weist sie darauf hin, daß künftig gegen jeden unmittelbaren oder mittelbaren Staatsbeamten, der dem zuwiderhandelt, disziplinarisch eingeschritten wird.* 70

*Das Staatsministerium ordnet gleichzeitig an, daß die nachgeordneten Behörden über jeden Fall der Zuwiderhandlung dem zuständigen Fachminister zu berichten haben.* 71

*(u.a. veröffentlicht durch Allgemeinverfügung des Preußischen Justizministers vom 9. Juli 1930 - I 10237 - im Justizministerialblatt 1930, S. 220).* 72

Die herrschende Meinung über das Verhältnis von Meinungsfreiheit und Treuepflicht der Beamten während der Geltung der Weimarer Verfassung gibt die Rechtsprechung des preußischen Oberverwaltungsgerichts wieder: 73

*... steht dem Oberpräsident die Bestätigung der vom Kreistage gewählten Amtsvorsteher zu, ... (so) ist ihm unbenommen, bei dem von ihm über die Bestätigung zu treffenden Entscheidung alle Umstände, welche gegen die Bestätigung der gewählten Persönlichkeit sprechen könnten, nach freiem pflichtgemäßem Ermessen zu berücksichtigen, namentlich auch in Erwägung zu ziehen, ob die Zugehörigkeit des Gewählten zu einer Partei, deren Ziel der gewaltsame Umsturz der Staatsordnung ist, die Besorgnis rechtfertigt, er werde während seiner Amtsführung für die Verwirklichung des Ziels seiner Partei tätig sein. Hat der Oberpräsident aber seine Bestätigung erteilt, so steht ihm eine Entscheidung über das Verbleiben des von ihm bestätigten Amtsvorstehers im Amte nicht mehr zu. Hierüber kann vielmehr nur im Disziplinarverfahren vom* 74

Disziplinarrichter entschieden werden, ... . Im vorliegenden Falle ist den Angeschuldigten lediglich zur Last gelegt, Pflichten, die ihnen ihr Amt auferlegt, dadurch verletzt zu haben, daß sie sich zu der kommunistischen Partei bekennen. Der Umstand aber, daß ein Beamter sich zu einer politischen Partei bekennt, stellt für sich allein noch keine Verletzung der ihm durch sein Amt auferlegten Pflichten und ebensowenig ein unwürdiges Verhalten in oder außer dem Amte dar ... . Eine disziplinarische Bestrafung eines Beamten wegen eines bloßen Bekenntnisses zu einer politischen Partei (ist) jedenfalls ausgeschlossen. Ein Dienstvergehen, das zur Dienstentlassung führen könnte, würde ein Beamter erst dann begehen, wenn er die Erreichung des auf gewaltsamen Umsturz der bestehenden Staatsordnung gerichteten Zieles der Partei, zu der er sich bekennt, durch positive Handlungen zu fördern versuchte ... (OVGE 77, 493 [494f.]).

Ob als Betätigung für die Partei schon der bloße Beitritt zu derselben anzusehen ist, kann dahingestellt bleiben; denn der Angeschuldigte war unstreitig seit der Spaltung der unabhängigen Sozialdemokratischen Partei Deutschlands im Herbst 1920 nicht nur Mitglied, sondern auch erster Vorsitzender der Ortsgruppe K. der Vereinigten Kommunistischen Partei Deutschlands und ist über den Kreis des engeren Vereinslebens hinaus während der Unruhen in der Provinz Sachsen im März 1921 besonders für die Vereinigte Kommunistische Partei Deutschlands dadurch tätig geworden, daß er am 30. März 1921 früh morgens bei Beginn der Arbeit in der Grube G., auf der er als Dreher beschäftigt war, die an sich arbeitswilligen Arbeiter verleitet hat, in den Generalstreik einzutreten, der, wie auf Grund der amtlichen Ermittlungen des Preußischen Ministers des Innern festgestellt ist, zur Herbeiführung des gewaltsamen Umsturzes der bestehenden staatlichen Ordnung ausgerufen war (OVGE 78, 445 [446]).

(Es) ist daran festzuhalten, daß die unmittelbare Beteiligung an Handlungen, die politische Parteiziele auf ungesetzlichem Wege zu verwirklichen suchen, mit der Bekleidung eines öffentlichen Amtes unvereinbar ist. ... (Es) sind zahlreiche Stufen politischer Betätigung denkbar, die über das bloße Bekenntnis zu einer Partei hinausgehen, ohne eine unmittelbare Teilnahme an gesetzwidrigen Handlungen darzustellen, vom Beitritte zur Partei und der üblichen Beitragszahlung bis zur agitatorischen Wirksamkeit und leitenden Parteistellung. Wie weit solches Verhalten zu Gunsten einer Partei, die auf den gewaltsamen Umsturz der bestehenden Staatsordnung hinarbeitet, gegen die Amtspflichten oder die einem Beamten außerdienstlich zu stellenden Anforderungen verstößt, bedarf im Einzelfalle der Entscheidung, ebenso wie bei zahlreichen anderen Verstoßen eines Beamten im Einzelfalle die Grenze der disziplinarischen Strafbarkeit festzustellen ist, z.B. bei Ungehorsam, Achtungsverletzung, sittlich anstößigem Lebenswandel und dgl. (OVGE 78, 448 [455]).

Das Arbeitsverhältnis eines Beamten, sofern dieser Ausdruck überhaupt anwendbar erscheint, erfaßt ... nicht nur den Dienst des Beamten, sondern die gesamte Persönlichkeit, so daß also das gesamte Verhalten in und außer dem Amte mit diesem Arbeitsverhältnisse in Beziehung gesetzt wird. Der Beamte bewegt sich dauernd innerhalb seines Arbeitsverhältnisses, so daß also die Verfassungsbestimmung, nach welcher kein Arbeitsverhältnis die freie Meinungsäußerung hindern darf, auf den Beamten nur insoweit Anwendung finden kann, als diese Äußerungen innerhalb der Schranken bleiben, die durch das Beamtenverhältnis gezogen sind (OVGE 77, 512 [518f.]).

Danach schränken die besonderen Pflichten aus dem Beamtenverhältnis die Meinungsfreiheit ein. Die bloße politische Gesinnung und ihr Bekenntnis allein - auch wenn es sich auf eine verfassungsfeindliche politische Partei und ihr Programm bezog - stellte keine disziplinar zu ahnende Pflichtverletzung dar. Eine in der "Äußerung" zum Ausdruck kommende Unterstützung der verfassungsfeindlichen Partei war aber sehr wohl eine Pflichtverletzung (Anschütz, Weimarer Reichsverfassung 1933, Anm. 1 bis 3 zu Art. 130; Häntzschel in Anschütz-Thoma, Handbuch des Deutschen Staatsrechts, 2. Bd. "Das Recht der freien Meinungsäußerung" S. 670f.; vgl. auch Häntzschel und Berner in Reichsverwaltungsblatt und Preußisches Verwaltungsblatt 1930, S. 509 ff., 667 ff.).

Unter der Geltung des Grundgesetzes wurde dieselbe Frage zum ersten Mal 1950 aktuell: Damals galt § 3 Abs. 2 des Deutschen Beamtengesetzes in der Bundesfassung vom 17. Mai 1950: "Die im Dienste des Bundes stehenden Personen müssen sich durch ihr gesamtes Verhalten zur demokratischen Staatsauffassung bekennen". Die Bundesregierung faßte dazu folgenden Beschluß vom 19. September 1950:

Die Gegner der Bundesrepublik verstärken ihre Bemühungen, die freiheitliche demokratische Grundordnung zu untergraben. Jede Teilnahme an solchen Bestrebungen ist unvereinbar mit den Pflichten des öffentlichen Dienstes. Alle in unmittelbarem oder mittelbarem Bundesdienst stehenden Personen haben sich gemäß § 3 des vorläufigen Bundespersonalgesetzes durch ihr gesamtes Verhalten zur demokratischen Staatsordnung zu bekennen. Wer als Beamter, Angestellter oder Arbeiter im Bundesdienst an Organisationen oder Bestrebungen gegen die freiheitlich demokratische Staatsordnung teilnimmt, sich für sie betätigt oder sie sonst unterstützt, wer insbesondere im Auftrage oder im Sinne der auf Gwalthatlungen abzielenden Beschlüsse des 3. Parteitages der kommunistischen SED und des sogenannten "Nationalkongresses" wirkt, macht sich einer schweren Pflichtverletzung schuldig.

Zu den Organisationen, deren Unterstützung mit den Dienstpflichten unvereinbar sind, gehören insbesondere:

1.-13. ...

Die Bundesregierung ersucht die Dienstvorgesetzten, gegen Beamte, Angestellte und Arbeiter, die ihre Treuepflicht gegenüber der Bundesrepublik durch Teilnahme an solchen Organisationen oder Bestrebungen verletzen, die erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen. Gegen Schuldige ist unnachlässig die sofortige Entfernung aus dem Bundesdienst, und zwar bei Beamten auf Lebenszeit durch Einleitung eines förmlichen Dienststrafverfahrens unter gleichzeitiger vorläufiger Dienstenthebung und Gehaltseinbehaltung, bei Beamten auf Widerruf durch Widerruf, bei Angestellten und Arbeitern durch fristlose Kündigung herbeizuführen.

Die Bundesregierung empfiehlt den Landesregierungen, sofort entsprechende Maßnahmen zu treffen.

(vgl. dazu H. Jellinek u.a., Grewe, Scheuner in Deutscher Bund für Bürgerrechte, Frankfurt/M., Politische Treuepflicht im öffentlichen Dienst, 1951, S. 9 ff., 35 ff., 65 ff.).

Am 28. Januar 1972 einigten sich Bund und Länder auf folgenden Beschluß des Bundeskanzlers und der Regierungschefs der Länder:

Nach den Beamtengesetzen von Bund und Ländern und den für Angestellte und Arbeiter entsprechend geltenden Bestimmungen sind die Angehörigen des öffentlichen Dienstes verpflichtet, sich zur freiheitlich-demokratischen Grundordnung im Sinne des Grundgesetzes positiv zu betätigen. Ich habe diese Entscheidung mit folgenden Bemerkungen zu gestiftet:

1. Ich begründe die Pflicht des Beamten, Gewähr für sein Bekenntnis zu freiheitlichen demokratischen Grundordnung zu bieten, und die Pflicht des Staates, diese Gewährleistung zur Voraussetzung der Einstellung in den öffentlichen Dienst (als Mitgliedenschaft von Angehörigen des öffentlichen Dienstes in Parteien oder Organisationen, die die verfassungsmäßige Ordnung bekämpfen, wie auch die sonstige Förderung solcher Parteien und Organisationen - wird daher in aller Regel zu einem Loyalitätskonflikt führen, führt das zu einem Pflichtverstoß, so ist im Einzelfall zu entscheiden, welche Maßnahmen der Dienstherr ergreift.

Beamter oder als Angestellter) zu machen (hierzu C I 4 der Entscheidung), auch aus Art. 3 Abs. 3 GG. Diese Verfassungsvorschrift gibt den Staatsbürgern insgesamt ein Grundrecht darauf, daß der Staat von seinen Organwaltern die Gewähr für die Beachtung dieses Grundrechts fordert (Dürig, Maunz-Dürig-Herzog, Randziffer 11 zu Art. 3 Abs. 3 GG, mit weiterer Begründung), so daß dieses Bürgerrecht insoweit auch für die Eignung zum öffentlichen Amt - Art. 33 Abs. 2 GG - bestimmend ist, und zwar in weitem Vorrang vor den Rechten der Bewerber in bezug auf den Zugang zum öffentlichen Dienst.

2. Unter C I 4 ist dargelegt, daß das bloße Haben einer Überzeugung und die Mitteilung darüber keine Verletzung der dem Beamten auferlegten Treuepflicht sein kann. Ich gehe davon aus, daß unter diesen Tatbestand auch die bloße Mitgliedschaft in einer verfassungsgerichtlich nicht verbotenen Partei und das Bekenntnis zu dieser Mitgliedschaft fällt; unberührt bleibt, daß der Tatbestand auch für diesen Fall überschritten ist, wenn der Beamte zu Folgerungen oder Aktivitäten der in der Entscheidung bezeichneten Art übergeht.

Daraus muß folgen, daß die bloße Zugehörigkeit zu einer politischen Partei - und erst recht nicht eine solche Zugehörigkeit in der Vergangenheit -, insoweit sie keine Dienstpflichtverletzung des Beamten darstellen würde, auch für sich allein keinen Grund abgeben kann, die Einstellung eines Beamten oder Angestellten in den öffentlichen Dienst abzulehnen. Unberührt bleibt, daß dieser Tatbestand als Stück des Verhaltens des Bewerbers, das insgesamt Gegenstand der bei der Einstellung erforderlichen Gesamtbeurteilung seiner Persönlichkeit ist, in Betracht kommen kann, und zwar unabhängig davon, ob ein Ausspruch des Bundesverfassungsgerichts über die Verfassungswidrigkeit der Partei vorliegt oder nicht (C II 3 der Entscheidung). Unberührt muß aber auch bleiben, daß in der Vergangenheit liegende Tatbestände bei dieser Beurteilung nur insoweit herangezogen werden können, als sie für die dabei zu treffende, auf den Zeitpunkt der Einstellung abzustellende Prognose des künftigen Verhaltens des Bewerbers (C I 5 der Entscheidung) noch von Bedeutung sein können.

3. Ich stimme dem, was unter C IV 1, 2 der Entscheidung zur Rechtslage für den Vorbereitungsdienst gesagt ist, mit folgender Maßgabe zu:

Für den - hier gegebenen - Fall, daß die Ableistung des Vorbereitungsdienstes zugleich Voraussetzung der durch Art. 12 Abs. 1 GG gewährleisteten freien Berufswahl für verschiedene Berufe außerhalb des öffentlichen Dienstes ist, kann die Zulassung zur Ausbildung im Vorbereitungsdienst nur von sachgemäßen Bedingungen, die auch die Grundrechte aus Art. 5 und Art. 3 Abs. 3 GG beachten müssen, abhängig gemacht werden. Hierzu gehört sicher, soweit der Vorbereitungsdienst bei Gerichten oder Behörden, oder in Verbindung mit ihnen, abgeleistet wird, die Gewährleistung dafür, daß die aus dem Dienstbetrieb sich ergebenden Verpflichtungen eingehalten werden und daß der Vorbereitungsdienst nicht zu verfassungsfeindlichen Aktivitäten mißbraucht wird. Wird der Auszubildende für die Zeit des Vorbereitungsdienstes - in der Regel auch in seinem eigenen Interesse - ins Beamtenverhältnis übernommen, so halte ich es allerdings für möglich und dann auch für geboten, die sich aus diesem besonderen, nur zum Zwecke der Ausbildung begründeten (BVerfGE 33, 44 [50]) Beamtenverhältnis, mit dem kein öffentliches Amt im Sinne des Art. 33 Abs. 2 GG übernommen wird, ergebende Gewährleistungspflicht wegen Art. 12 Abs. 1 GG verfassungskonform als auf den soeben bezeichneten Inhalt hin modifiziert zu verstehen. Es handelt sich hier um die Ingerenz des Art. 12 Abs. 1 GG für einen besonderen, genau umrissenen Fall; im übrigen gilt, daß die Treuepflicht des Beamten und die Prüfung, ob er Gewähr für deren Erfüllung bietet, einer Differenzierung nach der Art des Beamtenverhältnisses und nach der Art seiner dienstlichen Obliegenheiten nicht zugänglich ist (C I 7a der Entscheidung). Will man dem nicht beitreten, so bleibt unbenommen, entweder die beamtenrechtlichen Vorschriften für diesen Fall ausdrücklich abzuwandeln (etwa im Sinne des vorliegenden Gesetzentwurfs der Bundesregierung) oder auf die Begründung eines Beamtenverhältnisses zu verzichten und die Bedingungen für die Zulassung zum Vorbereitungsdienst anderweitig zu regeln. Ein Verfassungsgebot, einen Vorbereitungsdienst in verschiedener Form anzubieten (wie in C IV 2, a.E. angedeutet), vermag ich dagegen nicht zu erkennen, und die damit etwa zu verbindende Auffassung, es könnte, wenn Vorbereitungsdienste verschiedener Form eingerichtet werden, für diese eine jeweils unterschiedliche Gewährleistung gefordert und übernommen werden, halte ich für verfassungsrechtlich untragbar.

Seuffert

#### **Abweichende Meinung des Richters Dr. Rupp zur Begründung des Beschlusses des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 22. Mai 1975 - 2 BvL 13/73 -**

Ich kann der Begründung der Entscheidung in einem wesentlichen Punkt nicht zustimmen.

Die Senatsmehrheit hält es für verfassungsrechtlich zulässig, daß die Einstellungsbehörde bei ihrer Entscheidung über die Eignung des Bewerbers auch seine bloße - inaktive - Mitgliedschaft in einer politischen Partei, die sie für verfassungsfeindlich hält, die aber vom Bundesverfassungsgericht nicht für verfassungswidrig erklärt worden ist - wenn auch nur in Verbindung mit anderen Tatsachen -, zu seinem Nachteil wertet.

Dies verstößt nach meiner Meinung gegen Art. 21 GG.

#### **I.**

1. In der Begründung des Beschlusses wird zutreffend dargelegt, daß ein Beamter, der gegen die von ihm in Art. 33 Abs. 5 GG geforderte Treuepflicht verstößt, seine Dienstpflicht verletzt und daß ein Beamter auf Lebenszeit wegen einer solchen Dienstpflichtverletzung durch disziplinargerichtliches Urteil aus dem Dienst entfernt werden kann. Es heißt dann weiter, das bloße Haben einer Überzeugung und die bloße Mitteilung dieser Überzeugung an Andere sei niemals eine Verletzung der Treuepflicht und könne daher auch nicht disziplinarisch geahndet werden. Dieser Tatbestand sei aber überschritten, wenn der Beamte aus seiner politischen Überzeugung Folgerungen für seine Einstellung gegenüber der verfassungsmäßigen Ordnung der Bundesrepublik, für die Art der Erfüllung seiner Dienstpflichten oder für politische Aktivitäten im Sinne seiner politischen Überzeugung ziehe. Es wird zwar nicht ausdrücklich gesagt, daß das "bloße Haben einer Überzeugung" auch in der - inaktiven - Mitgliedschaft bei einer politischen Partei zum Ausdruck kommen dürfe. Dies ist aber offenbar die Meinung der Mehrheit, wie sich daraus ergibt, daß in späteren Ausführungen als Beispiele aus der Weimarer Zeit Entscheidungen des Preußischen Oberverwaltungsgerichts zustimmend zitiert werden (z.B. PrOVGE 77, 493 [494]), die für die damalige Zeit eine disziplinarische Bestrafung eines Beamten wegen des bloßen Bekenntnisses zu einer politischen Partei ausgeschlossen haben.

2. Im Anschluß an die Darlegungen über Treuepflicht und Dienstvergehen führt die Mehrheit dann aus: Gerade weil die Entfernung eines Beamten auf Lebenszeit oder auf Zeit aus dem Dienst wegen Verletzung seiner Treuepflicht nur im Wege eines förmlichen Disziplinarverfahrens möglich sei, müsse der Dienstherr darauf achten, daß niemand Beamter werde, der nicht die Gewähr dafür biete, jederzeit für die freiheitliche demokratische Grundordnung einzutreten. Er müsse Vorkehrungen treffen, damit er nicht genötigt werde, den Beamten nach seiner Einstellung später wegen Verletzung seiner

politischen Treuepflicht in ein Disziplinarverfahren zu ziehen. Daher müsse er vor der Einstellung prüfen, ob der Bewerber nach seiner Persönlichkeit die geforderte Gewähr biete.

Bei dieser "Prognose" soll es nach der Meinung der Senatsmehrheit für die Beurteilung der Persönlichkeit des Bewerbers - in Verbindung mit anderen Tatsachen - erheblich sein können, daß der Bewerber einer politischen Partei angehört, die nach Meinung des Dienstherrn verfassungsfeindliche Ziele verfolgt, die aber vom Bundesverfassungsgericht noch nicht für verfassungswidrig erklärt worden ist.

Diese These überzeugt nicht. Ganz abgesehen davon, daß sie nicht mit Art. 21 GG vereinbar ist - davon unten unter II. -, steht sie im Widerspruch zu dem, was im Beschluß vorher über die Voraussetzungen einer Treuepflichtverletzung beim aktiven Beamten auf Lebenszeit gesagt worden ist, nämlich: allein durch die Mitgliedschaft bei einer politischen Partei, die vom Bundesverfassungsgericht nicht für verfassungswidrig erklärt worden ist, verletzt er seine Treuepflicht nie und begeht deshalb kein Dienstvergehen. Wenn aber ein aktiver Beamter auf Lebenszeit sich auf diese Weise *nicht einmal* eines Dienstvergehens schuldig machen kann, wie kann es dann zulässig sein, *bei der Entscheidung über die Einstellung eines Bewerbers* den gleichen Sachverhalt der Parteizugehörigkeit zu dessen Nachteil zu bewerten?

Der Umstand, daß der Dienstherr andernfalls diesen Beamten, den er ohne Verwertung der Tatsache seiner Parteizugehörigkeit eingestellt hat, später nicht mehr "loswerden" könnte, ist gewiß keine ausreichende Begründung für die verfassungsrechtliche Zulässigkeit des genannten Verfahrens bei der Prüfung eines Bewerbers.

## II.

1. Die Mehrheit ist der Meinung, daß Art. 21 GG die Entscheidungsfreiheit des Dienstherrn bei der Anwendung beamtenrechtlicher Vorschriften, die die politische Treuepflicht des Beamten näher regeln, nicht einschränke. Art. 21 GG habe nur das ungestörte und unbehinderte Funktionieren der Parteien im Auge. Die ratio des verfassungsrechtlichen Grundsatzes, daß dem Beamten eine politische Treuepflicht auferlegt sei, stehe in einem anderen rechtlichen Zusammenhang. Deshalb soll nach der Beschlußbegründung der Umstand, daß eine politische Partei, der ein Bewerber angehört, vom Bundesverfassungsgericht nicht verboten ist, bei seiner Einstellung unbeachtlich sein; es soll vielmehr genügen, daß der Dienstherr selber die Partei für verfassungsfeindlich hält.

a) Art. 21 GG ist objektives Verfassungsrecht. Selbst wenn diese Vorschrift in erster Linie den Zweck hat, die politische Partei und ihre Organisation vor staatlichen Eingriffen zu schützen, gilt sie auch in anderen Bereichen, für die sie zwangsläufig relevant wird. Es ist nicht möglich, bestimmte Bereiche, etwa den Bereich "Beamter und politische Partei" auszugrenzen und dort dem Art. 21 GG die Anwendung zu versagen.

Selbst wenn man mit der Mehrheit davon ausgeht, daß "Parteienrecht" und "Beamtenrecht" grundsätzlich voneinander getrennte Bereiche sind, für die das Grundgesetz jeweils verschiedene Regelungen getroffen hat - nämlich für das Parteienrecht in Art. 21 GG, für das Beamtenrecht in Art. 33 Abs. 5 GG -, so muß man doch sehen, daß bei der Frage, welche rechtlichen Folgen aus der Zugehörigkeit eines Beamten oder eines Bewerbers um eine Beamtenstelle zu einer Partei gezogen werden müssen oder nicht gezogen werden dürfen, die beiden Bereiche sich überschneiden. Dies muß aber zur Folge haben, daß bei der Entscheidung dieser Frage auch Art. 21 GG beachtet werden muß. Noch eine weitere Überlegung führt zu diesem Ergebnis: Art. 33 Abs. 5 GG verweist für die Regelung des Beamtenstatus ganz allgemein auf die "hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums", die berücksichtigt werden müssen. Diese aus der Vergangenheit, in der es noch keinen Art. 21 GG gab, tradierten Grundsätze, sind aber ihrerseits durch den vom Grundgesetz neu eingeführten Art. 21 GG in der oben dargelegten Weise modifiziert worden.

Es kann so keinem Zweifel unterliegen, daß ein Beamter, der einer Partei angehört, die durch Urteil des Bundesverfassungsgerichts bereits für verfassungswidrig erklärt worden ist, seine Treuepflicht verletzt und sich damit eines Dienstvergehens schuldig macht - ganz abgesehen davon, daß sein Verhalten gleichzeitig den Tatbestand des § 84 Abs. 2 StGB erfüllen kann. In diesem Fall "gilt" Art. 21 GG zwangsläufig auch im Bereich des Beamtenrechts. Wenn das aber richtig ist, dann muß er auch in dem Fall "gelten", daß die Partei, welcher der Bewerber angehört, vom Bundesverfassungsgericht noch nicht für verfassungswidrig erklärt worden ist.

In *beiden* Fällen sind aus der "Anwendung" des Art. 21 GG Folgerungen zu ziehen: im ersten Fall ist der Beamte seines Dienstes zu entheben, der Bewerber muß abgelehnt werden; im zweiten Fall muß bei Einstellung des Bewerbers die Tatsache seiner bloßen Mitgliedschaft bei der nicht verbotenen Partei außer Betracht bleiben.

b) Gerade wenn das sog. Parteienprivileg in erster Linie die Parteiorganisation vor staatlichen Eingriffen schützen soll, erstreckt es seine Wirkung notwendigerweise auch auf Funktionäre, Mitglieder und sonstige Anhänger. Die in Art. 21 GG garantierte Parteienfreiheit erschöpft sich nicht in der Freiheit, eine Partei zu gründen. Die Partei muß auch frei sein, Mitglieder zu haben und neue Mitglieder zu werben. Wenn daher ihre Mitglieder nur wegen ihrer Mitgliedschaft durch staatliche Maßnahmen Nachteile erleiden oder wenn durch ein faktisches Verbot einem größeren Kreis - wie den Beamten oder den Bewerbern um Beamtenstellen - der Parteibeitritt unmöglich gemacht wird, so bedeutet dies - zumal in einem Staat, in dem die Zahl der Beamten beträchtlich ist - in Wahrheit eine Aushöhlung des Parteienprivilegs; denn eine Partei "existiert" nur durch ihre Mitglieder. Das sind nicht nur "faktische Nachteile", sondern Folgen eines rechtserheblichen, mit Art. 21 GG nicht vereinbaren Handelns der Exekutive.

2. Steht damit fest, daß man auch den Bereich des Beamtenrechts nicht der Wirkkraft des Art. 21 GG entziehen kann, so ist in diesem Zusammenhang noch besonders darauf hinzuweisen, daß nach einschlägigen Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts bis zu einem Verbot durch dieses Gericht niemand die Verfassungswidrigkeit einer Partei *rechtlich geltend machen* kann und daß die Zugehörigkeit zu einer solchen Partei nicht rechtswidrig ist.

Was anderes aber als ein - unzulässiges - rechtliches Geltendmachen der Verfassungswidrigkeit ist es, wenn die Einstellungsbehörde die Zugehörigkeit des Bewerbers zu einer nicht verbotenen Partei zu seinem Nachteil wertet?

3. Art. 21 Abs. 2 GG hat die Zuständigkeit, durch eine Entscheidung mit konstitutiver Wirkung die Verfassungswidrigkeit einer politischen Partei auszusprechen, *ausschließlich* dem Bundesverfassungsgericht übertragen. Damit ist es nicht vereinbar, daß jeder Dienstherr - möglicherweise, wie die Praxis zeigt, auch noch von Land zu Land verschieden - nach seinem Ermessen bis zur Grenze der Willkür in jedem einzelnen Fall inzidenter darüber entscheidet, ob eine politische Partei nach ihren Zielen darauf ausgeht, die freiheitliche demokratische Grundordnung zu beeinträchtigen oder zu beseitigen.

4. Der hier vertretenen Meinung kann man auch nicht entgegenhalten, daß die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts über die Verfassungswidrigkeit einer Partei von einem Antrag abhängig sei, der weithin im Ermessen der Antragsteller stehe.

Wenn die nach § 43 BVerfGG allein zur Antragstellung befugten obersten Verfassungsorgane (Bundestag, Bundesrat, Bundesregierung) auf die Stellung eines Verbotsantrags beim Bundesverfassungsgericht verzichten, so kann dies verschiedene Gründe haben. Entweder sie halten die "verfassungsfeindliche" Partei für so unbedeutend, daß sie ohne weiteres in der laufenden politischen Auseinandersetzung allmählich ausgeschaltet werden kann. Dann kann es für einen Staat, der sich als eine streitbare Demokratie versteht, nicht schwierig sein, auch mit Beamten, die einer solchen Partei angehören, "fertig zu werden". Oder die zur Antragstellung Ermächtigten haben selbst Bedenken, ob das gegen die Partei vorliegende Material für ein Verbot ausreicht. Auch dann muß die Partei als legal behandelt werden, und es dürfen niemand allein aus der Mitgliedschaft bei dieser Partei irgendwelche Nachteile erwachsen.

Jedenfalls muß man davon ausgehen, daß die zur Antragstellung berechtigten Organe *sämtliche* Konsequenzen ihres Entschlusses, keinen Verbotsantrag zu stellen, wohl überlegt haben und diese in Kauf zu nehmen bereit sind. Wenn also z.B. die Bundesregierung, die bisher in zwei Fällen Verbotsanträge gestellt hat, aus den angeführten Erwägungen gegen eine bestimmte Partei einen solchen Antrag nicht stellt, darf sie im verwaltungsinternen Bereich im Einzelfall nicht trotzdem von der Verfassungswidrigkeit dieser Partei ausgehen und daran etwa, einem Bewerber um eine Beamtenstelle gegenüber, rechtliche Folgen knüpfen. Die Landesregierungen, denen ein allgemeines Antragsrecht nach § 43 Abs. 2 BVerfGG nicht zusteht, müssen dem folgen, es sei denn, daß es ihnen gelingt, im Bundesrat einen Verbotsantrag durchzusetzen und daß dieser beim Bundesverfassungsgericht Erfolg hat.

5. Für die Mehrheitsmeinung kann man nicht anführen, daß die Bundesregierung alljährlich dem Parlament und der Öffentlichkeit einen Bericht über die Entwicklung verfassungsfeindlicher Kräfte und Parteien vorlege, ohne daß zuvor das Bundesverfassungsgericht über die Frage der Verfassungswidrigkeit solcher Parteien entschieden habe. Das Bundesverfassungsgericht hat mit Recht entschieden, daß derartige Äußerungen für die betreffenden Parteien und damit auch für ihre Mitglieder ohne Rechtswirkung sind und daß sie ein Verbotsverfahren nach Art. 21 Abs. 2 GG nicht ersetzen können.

6. Schließlich können Folgerungen für die heutige Rechtslage auch nicht aus dem Beschluß der Bundesregierung vom 19. September 1950 (GMBI. S. 93) hergeleitet werden. Er untersagte für Beamte, Angestellte und Arbeiter im Bundesdienst die Teilnahme an verfassungsfeindlichen Organisationen, wie z.B. an der damals noch nicht verbotenen Kommunistischen Partei Deutschlands und der Sozialistischen Reichspartei. Damals war aber das Bundesverfassungsgericht noch nicht errichtet und es fehlten die das Parteiverbotsverfahren nach Art. 21 GG regelnden Vorschriften.

### III.

Aus dem Vorstehenden folgt nach meiner Auffassung zwingend, daß kein Dienstherr befugt ist, bei der Prüfung, ob ein Bewerber die Gewähr dafür bietet, daß er jederzeit für die freiheitliche demokratische Grundordnung im Sinne des Grundgesetzes eintritt, dessen bloße Mitgliedschaft in einer politischen Partei, die vom Bundesverfassungsgericht nicht für verfassungswidrig erklärt worden ist, für sich allein oder in Verbindung mit anderen Tatsachen zum Anlaß für eine Ablehnung des Bewerbers zu nehmen.

Wenn andere Tatsachen als die Mitgliedschaft bei einer solchen Partei vorliegen, die hinreichend erkennen lassen, daß der Bewerber nicht die geforderte Gewähr bietet, so kann er deswegen - aber nur deswegen - abgelehnt werden.

Wenn man, wie es die Mehrheit für zulässig hält, in diesen Fällen dem Grundsatz des Art. 21 GG die Anwendung versagt, wonach eine Partei solange als legal anzusehen ist und die Mitgliedschaft bei ihr nicht verfassungswidrig ist, bis sie vom Bundesverfassungsgericht verboten wird, so besteht die Gefahr, daß in Zukunft unter einer ganz anderen politischen Konstellation möglicherweise einmal eine Regierung einen Bewerber deshalb nicht einstellt, weil er einer Partei angehört, die sie zwar nicht für verfassungswidrig halten kann, die ihr aber aus anderen Gründen mißliebig oder unbequem ist.

Dr. Rupp

## **Abweichende Meinung des Richters Wand zum Beschluß des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 22. Mai 1975 - 2 BvL 13/73 -**


### I.

Entgegen der Ansicht der Mehrheit fordert das Grundrecht der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) nicht, Bewerbern um Übernahme in den juristischen Vorbereitungsdienst, die nicht die Gewähr bieten, daß sie sich jederzeit für die freiheitliche demokratische Grundordnung im Sinne des Grundgesetzes einsetzen, einen Vorbereitungsdienst außerhalb des Beamtenverhältnisses zu ermöglichen.



1. Wer Beamter oder Richter werden will, muß - unbeschadet der Besonderheiten, die für bestimmte beamtenrechtlich organisierte Ausbildungsverhältnisse gelten - die Gewähr bieten, daß er jederzeit für die freiheitliche demokratische Grundordnung im Sinne des Grundgesetzes eintritt; dieser Satz hat Verfassungsrang (Art. 33 Abs. 5 GG). Die Berufung eines Bewerbers in das Beamten- oder Richter Verhältnis hängt mithin davon ab, ob er bereit ist, die verfassungsmäßige Ordnung in ihrer Gesamtheit zu bejahen, sein Amt in ihrem Geiste auszuüben und sich aktiv für die Erhaltung der im Grundgesetz niedergelegten unabdingbaren Grundprinzipien einzusetzen (vgl. BVerwGE 10, 213 [215, 216]; BVerwG, EuGRZ 1975, S. 250 [257] und S. 270 [273]). Dies gilt ohne Einschränkung auch für die Übernahme in einen beamtenrechtlich organisierten Vorbereitungsdienst, *der nur ins Beamtenverhältnis führen kann*. Dieses Ergebnis wird durch das Grundrecht der freien Berufswahl aus Art. 12 Abs. 1 GG nicht in Frage gestellt. Denn das Erfordernis "Gewähr für Verfassungstreue" schränkt als subjektive Zulassungsvoraussetzung, die den Schutz der freiheitlichen demokratischen Grundordnung und der Funktionsfähigkeit der Beamten- und Richterschaft bezweckt, dieses Grundrecht aus zwingenden Gründen des Gemeinwohls ein.

2. Hingegen erlaubt das Grundrecht der freien Berufswahl grundsätzlich nicht, den Zugang zum *Vorbereitungsdienst*, in dem die Ausbildung auch für Berufe außerhalb des Staatsdienstes vermittelt wird, in derselben Strenge zu beschränken.

a) Im Vorbereitungsdienst, der nach der derzeitigen Rechtslage im Beamtenverhältnis auf Widerruf abzuleisten ist, tritt der Auszubildende zum Staat in eine weniger enge Beziehung. Bedingt durch seinen Ausbildungszweck, ist der Vorbereitungsdienst, wie jede berufliche Ausbildung, seiner Natur und seiner rechtlichen Ausgestaltung nach vorübergehender Art. Das Beamtenverhältnis, in dessen Rahmen er abgeleistet wird, ist allein zum Zwecke der Ausbildung begründet; es endet kraft ausdrücklicher Rechtsvorschrift mit dem Ende der Ausbildung. Der Dienstherr ist berechtigt, das Ausbildungsverhältnis aus gegebener Veranlassung durch einseitige Entscheidung vorzeitig aufzulösen. Die geringere Bindung zwischen dem Beamten im Vorbereitungsdienst und dem Staat zeigt sich auch darin, daß er keinen Anspruch auf Alimentation hat (BVerfGE 33, 44 [50]), deshalb kein Gehalt, sondern lediglich Unterhaltszuschuß bezieht. Schließlich kommt der Auszubildende im Rahmen seiner Tätigkeit nur in begrenztem Umfang mit hoheitlichen Funktionen in Berührung



und handelt in solchen Fällen, sofern die Ausbildung ordnungsgemäß überwacht wird, grundsätzlich unter Aufsicht. Die von ihm vorzulegenden schriftlichen Arbeiten sind, soweit sie eine von der Ausbildungsbehörde zu treffende Maßnahme zum Gegenstand haben, lediglich Entwürfe, die der Ausbilder jederzeit ändern kann. Die Eigenart des Vorbereitungsdienstes als vorübergehendes Ausbildungsverhältnis und die in ausreichendem Maße vorhandenen Aufsichts- und Korrekturmöglichkeiten lassen danach die Übernahme von Bewerbern, die nicht die Gewähr "aktiver" Verfassungstreue bieten, die andererseits aber auch keinen begründeten Anlaß zu der Annahme geben, daß sie sich während der Ausbildung verfassungsfeindlich betätigen, nicht als ernsthafte Gefahr für die freiheitliche demokratische Grundordnung und die Funktionstüchtigkeit der Beamtenschaft erscheinen. 

b) Deshalb drängt bei der Entscheidung über die Zulassung eines Bewerbers zum beamtenrechtlich ausgestalteten Vorbereitungsdienst, der auch zu einem Beruf außerhalb des Staatsdienstes führen kann, die Wirkungskraft des Grundrechts der freien Berufswahl die subjektive Zulassungsvoraussetzung aus Art. 33 Abs. 5 GG mit der Folge zurück, daß die Schwelle zum Vorbereitungsdienst herabgesetzt wird (vgl. hierzu BVerwG, EuGRZ 1975, S. 250 [259f.]). In diesen Fällen bewirkt Art. 12 Abs. 1 GG, daß es zur Übernahme in das beamtenrechtlich ausgestaltete Ausbildungsverhältnis genügt, wenn der Bewerber die Gewähr bietet, daß er für die Dauer seiner Ausbildung loyal zum Staat steht und seine Dienstpflichten gewissenhaft erfüllt. Er muß die *verfassungsmäßige Ordnung*, gleichgültig, wie er innerlich zu ihr steht, *respektieren* und darf nicht zu der Befürchtung Anlaß bieten, er werde sich während seiner Ausbildung verfassungsfeindlich betätigen.

c) Hingegen kann Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG nicht bewirken, daß der Staat auch solche Bewerber in den Vorbereitungsdienst übernehmen muß oder darf, die der freiheitlichen demokratischen Grundordnung nicht nur innerlich gleichgültig oder ablehnend gegenüberstehen, sondern nach der Beurteilung ihrer Persönlichkeit begründeten Anlaß zu der Annahme bieten, sie würden sich während ihrer Ausbildung *verfassungsfeindlich betätigen*. Das Erfordernis, der Bewerber müsse die Gewähr bieten, daß er die freiheitliche demokratische Grundordnung nicht bekämpft, stellt eine nicht weiter einschränkbare Zulassungsvoraussetzung für seine Übernahme in den Vorbereitungsdienst dar, gleichgültig, in welcher rechtlichen Gestalt dieser abzuleisten ist. Insoweit findet das Grundrecht seine Grenze am übergeordneten Gemeinschaftswert eines funktionstüchtigen öffentlichen Dienstes. Der Auszubildende kommt in jedem Fall mit der Ausübung hoheitlicher Funktionen in Berührung. Dabei müßten die vorhandenen Aufsichts- und Korrekturmöglichkeiten, die auch der Sicherung der durch die Zulassungsvoraussetzung der Verfassungstreue geschützten Werte dienen, versagen, wenn zu befürchten ist, daß   der Auszubildende sich ihnen zur Durchsetzung seiner verfassungsfeindlichen Ziele vorsätzlich entzieht. Die Verfassung gebietet es, dieser Gefahr dadurch zu begegnen, daß solchen Bewerbern der Zugang zum Vorbereitungsdienst verwehrt wird.

d) Bei diesem Ergebnis hätte es nahe gelegen, § 9 Abs. 1 Nr. 2 des Schleswig-Holsteinischen Landesbeamtengesetzes insoweit mit Art. 12 Abs. 1 GG für unvereinbar und nichtig zu erklären, als er den Zugang zum Vorbereitungsdienst im Beamtenverhältnis auf Widerruf, der auch zu einem Beruf außerhalb des Staatsdienstes führen kann, davon abhängig macht, daß der Bewerber die Gewähr bietet, jederzeit für die freiheitliche demokratische Grundordnung *einzutreten*. Indessen scheint mir angesichts des weiten Begriffs der "Gewähr" eine die Besonderheiten des Vorbereitungsdienstes als eines bloßen Ausbildungsverhältnisses angemessen berücksichtigende verfassungskonforme Auslegung der Vorschrift nicht außerhalb des Vertretbaren zu liegen.

## II.

In der Begründung des Beschlusses ist zutreffend dargelegt, daß der Dienstherr in der Beurteilung der beamtenrechtlichen Verfassungstreue (Art. 33 Abs. 5 GG) durch Art. 21 Abs. 2 GG nicht eingeschränkt ist, wie dies zuvor schon das Bundesverwaltungsgericht überzeugend entschieden hat (EuGRZ 1975, S. 250 [259, 261 ff.] und S. 270 [274 ff.]). Der Senat hat jedoch keine klare Stellung zu der Frage bezogen, nach welchen brauchbaren Maßstäben die persönliche Eignung eines Beamtenanwärters zu beurteilen ist, der Mitglied einer nicht verbotenen politischen Partei ist, die ersichtlich verfassungsfeindliche Ziele verfolgt. Hierzu heißt es lediglich: "*Ein Stück* des Verhaltens, das für die hier geforderte Beurteilung der Persönlichkeit des Bewerbers erheblich sein kann, kann auch der Beitritt oder die Zugehörigkeit zu einer politischen Partei sein, die verfassungsfeindliche Ziele verfolgt, ...". Dem ist hinzuzufügen: Ein Bewerber um Übernahme in den Beamten- oder Richterdienst, der Mitglied einer politischen Partei mit verfassungsfeindlichen Zielsetzungen ist,   muß sich - wie ich meine selbstverständlich - entgegenhalten lassen, daß er sich mit den verfassungsfeindlichen Zielen seiner Partei identifiziere. Damit drängen sich der Natur der Sache nach Zweifel an seiner Verfassungstreue auf, die die Eignung für das erstrebte Amt regelmäßig ausschließen. Es ist Sache des Bewerbers, solche Zweifel auszuräumen; insoweit trägt er die materielle Beweislast (BVerwG, EuGRZ 1975, S. 250 [259] und S. 270 [277]).

## III.

Den Ausführungen unter C I 7c des Beschlusses - ersichtlich obiter dicta, die weder die Verfassungsorgane des Bundes und der Länder noch die Gerichte und Behörden binden - vermag ich nicht zuzustimmen:

1. Wenn es - und dies ist auch die Ansicht der Mehrheit - zutrifft, daß die Behörden *von Verfassung wegen verpflichtet* sind, die freiheitliche demokratische Grundordnung und die Funktionstüchtigkeit der Beamtenschaft dadurch zu schützen, daß sie nur solchen Bewerbern den Zugang zum Beamtenverhältnis ermöglichen, die die erforderliche Gewähr für Verfassungstreue bieten, so *müssen* sie die Eignung eines Bewerbers - gleichgültig, ob dieser die Ernennung zum Beamten oder Richter auf Lebenszeit, Zeit oder Probe oder zum Beamten auf Widerruf erstrebt - schon vor seiner Einstellung, und zwar nicht nur "vorläufig", sondern eingehend prüfen; anderenfalls verletzen sie selbst die Verfassung. Zu dieser Prüfung gehört selbstverständlich auch die Einsichtnahme in Erkenntnisse des Verfassungsschutzes und deren sachgerechte Verwertung: Es wäre aus dieser Sicht des Staatsinteresses unverantwortlich, wenn dies unterbliebe, und angesichts der Einheit der Staatsgewalt geradezu widersinnig, den Staat an der Verwertung von Material zu hindern, das sich legitimerweise in seinen Händen befindet und das er sich zum Schutze der freiheitlichen demokratischen Grundordnung, deren Erhaltung die Zulassungsvoraussetzung der Verfassungstreue gerade bezweckt, beschafft hat. Es liegt m.E. auf der Hand, daß die Ermittlungen der Staatsschutzbehörden, die Speicherung ihrer Ergebnisse und deren Verwertung weder Grundrechte der Bewerber verletzen noch unvereinbar mit dem Verfassungsgrundsatz der Verhältnismäßigkeit sind. Nur eine frühzeitige Überprüfung des Bewerbers auch für den Vorbereitungsdienst bietet wirksamen Schutz gegen die Gefahr einer Unterwanderung der Beamtenschaft durch - Verfassungstreue simulierende - Verfassungsfeinde.

Demgegenüber birgt die von der Mehrheit empfohlene Verlagerung des Schwergewichts der Prüfung der Verfassungstreue in den Vorbereitungsdienst und in die Probezeit hinein die m.E. unerträgliche Gefahr unzumutbarer "Schnüffelei" und laufender Bespitzelung in sich, zumal der Staat, der sich bis dahin lediglich ein "vorläufiges" Urteil über die Verfassungstreue des Beamten oder Richters gebildet hätte, zu ständigem Argwohn verpflichtet wäre. Im Vorbereitungsdienst würde zudem der häufige Wechsel der Ausbildungsstationen die gebotene "Überwachung" erschweren oder gar unmöglich machen.

Es bleibt danach festzuhalten, daß der öffentlich-rechtliche Dienstherr von Verfassungs wegen verpflichtet ist, die Verfassungstreue eines Bewerbers ausnahmslos schon vor dessen Berufung in das Beamten- oder Richter Verhältnis eingehend zu prüfen. Hierbei hat die Einstellungsbehörde im Rahmen ihrer verfassungsmäßigen Gebundenheit im Einzelfall zu entscheiden, welchen Stellenwert gerichtsverwertbare Erkenntnisse des Verfassungsschutzes bei der Bildung des Urteils über die Persönlichkeit des Bewerbers haben. 153

2. Ich halte im übrigen fest: Dem den Abschnitt C I 7c des Beschlusses einleitenden Satz: "Für den Vorbereitungsdienst ... ist allerdings im Hinblick auf gewisse Entwicklungen in der Verwaltungspraxis noch folgende Bemerkung nötig" liegen nach meiner Auffassung keine ausreichenden Feststellungen des Senats über irgendeine Praxis irgendwelcher Behörden zugrunde. 154

Wand 

© 1994-2010 Das Fallrecht (DFR).