

jedoch nicht als *Muß*-Bestimmung, das Wehrdienstverhältnis eines verweigernden Soldaten auch ohne Anerkennungsverfahren in ein Zivildienstverhältnis umzuwandeln, wenn der Dienst mit der Waffe für den Soldaten eine unzumutbare und auf andere Weise nicht behebbar Härte darstellen würde.

4. Anforderungen an eine Reform

Nur eine Reform, die sich vom Primat der Freiheit der Gewissensentscheidung nicht jedoch von militärischen Zweckmäßigkeitserwägungen leiten läßt, wird dem Grundrecht der KDVer gerecht. Aus kriminologisch-rechtspolitischer Sicht wären flankierende, entkriminalisierende Maßnahmen unverzichtbarer Bestandteil der Novellierung.

Daran gemessen, hat sich der Leber/Iven-Entwurf als vollkommen unbrauchbar erwiesen, während die Pläne von SPD/FDP eine Minimalbasis für die Reform des KDVer-Rechts darstellen.⁴⁴ Zum einen wäre der kürzlich geäußerte Vorschlag des Vorsitzenden des Verteidigungsausschusses aufzugreifen.⁴⁵ Buchstaller befürwortete als Sofortmaßnahme bis zum Inkrafttreten der Reform im Juli 1976 die Wiedereinführung der früheren Regelung, die die Freistellung der KDVer-Soldaten vom *Waffendienst* bis zur Entscheidung über ihren Antrag vorsah. Zum anderen sollte die insbesondere von kirchlicher Seite⁴⁶ erhobene Forderung nach einer Amnestie für alle strafrechtlich verfolgten KDVer Berücksichtigung finden.

Die Reform des KDVer-Rechts sollte sich somit an folgenden Punkten orientieren:

- 1) *vollständige* Abschaffung des Anerkennungsverfahrens und Ersetzung durch ein Feststellungsverfahren.
- 2) *Verpflichtung* der Bundeswehr, verweigernde Soldaten bis zu deren Überführung zum Zivildienst vom *Waffendienst* freizustellen.
- 3) Ausrichtung der Dauer des Zivildienstes an der *tatsächlichen* zeitlichen Beanspruchung von Wehrdienstleistenden.
- 4) Amnestie für strafrechtlich verfolgte KDVer.

Albert Krölls

Die Praxis der Berufsverbote und die Karlsruher Entscheidung

Die behördliche Praxis bei der Überprüfung der Verfassungstreue ist bislang von der grundsätzlichen Debatte über die Berufsverbote unberührt geblieben. Trotz aller Appelle an rechtsstaatliche Grundlagen, an den antifaschistischen Gehalt des Grundgesetzes usw. hat sie unbekümmert für sich in Anspruch genommen, nach ihrem Gutdünken zu entscheiden, wer in den öffentlichen Dienst kommt. Durch das Lehnardt-Urteil des BVerwG¹ hat sie sich auch da bestätigt gesehen, wo das BVerwG nichts zu den einzelnen praktischen Fragen ausführte. Ihr genügte die

⁴⁴ Ähnlich: die Position der Jungdemokraten, Beschluß der Bundesdelegiertenkonferenz 1975, nach: Jugendinformationsdienst Nr. XVI/10 v. 12. 3. 75, S. 1.

⁴⁵ Vgl. Frankfurter Rundschau v. 30. 4. 75.

⁴⁶ Forderung des Kongresses der kirchlichen Beauftragten für KDVer, EAK/KAK (Katholische Arbeitsgemeinschaft für KDVer und Zivildienst), Gegen die Inquisition des Gewissens, Bremen-Oberursel 1974, S. 6; Pressemitteilung der EAK v. 3. 10. 74; Beschluß der Bundesdelegiertenkonferenz der Jungdemokraten, a. a. O.

¹ BVerwG NJW 1975, 1135 ff.

grundsätzliche Entscheidung des Gerichts für die Berufsverbote¹. Mehr noch jetzt, nachdem der Beschluß des BVerfG² in der Welt ist, verleiht er doch im Ergebnis offen oder verdeckt durchgeführten Berufsverboten die Legitimation verfassungsgerichtlicher Weihe.

Das gilt natürlich in erster Linie für die offen durchgeführten Berufsverbote,³ d. h. für die Fälle, in denen die Einstellungsbehörde, nachdem sie ihre Auskünfte vom Landesamt für Verfassungsschutz eingeholt hat, den Bewerbern ihre Zweifel mitteilt oder sie gleich aufgrund der Unterlagen ablehnt.

Das gilt aber auch für die Praxis des verdeckten Berufsverbots, in der andere Gründe vorgeschoben werden, um die eigentlichen – politischen – Gründe zu verschleiern und sie der Kontrolle der Betroffenen und der Gerichte zu entziehen. Hier arbeitet die Behörde im wesentlichen mit drei verschleiernenden Mitteln:

1. Ablehnung einer Einstellung wegen »fehlenden Bedarfs« (vor allem bei Lehrern)
2. Kündigung ohne Angabe von Gründen während der Probezeit
3. Nichtweiterbeschäftigung nach einem befristeten Vertrag

Verfährt die Behörde in der zuerst genannten Weise, so ist es fast ausgeschlossen, gerichtliche Hilfe in Anspruch zu nehmen. Einen Anspruch auf Einstellung in den öffentlichen Dienst gibt es nicht. Zwar gilt nach Art. 33 II GG der Grundsatz, daß niemand aus politischen Gründen benachteiligt werden darf. Jedoch steht man, sofern die Ablehnung nicht ausdrücklich politisch motiviert wird, auf nahezu aussichtsloser Position. Nicht einmal die zuständigen Personalräte sind in der Lage, verbindliche Auskünfte über die jeweilige Bedarfsplanung und -feststellung zu geben. Mit dem Bedarfsargument kann daher beliebig manipuliert werden. Es ist praktisch unmöglich, die Angaben der Behörde über die Besetzung freier Stellen zu widerlegen. Selbst wenn dies gelingt, ist man kaum einen Schritt weiter. Denn um einen Anspruch auf Einstellung in den öffentlichen Dienst durchzusetzen, muß man praktisch nachweisen, daß einzig und allein politische Gründe maßgebend gewesen und daß diese Gründe unzulässigerweise zur Begründung von Zweifeln an der Verfassungstreue herangezogen worden sind. Dieselbe Schwierigkeit besteht bei Kündigungen während der Probezeit und bei Nichtweiterbeschäftigung nach auslaufenem Vertrag.

Nur ein Bruchteil der von den Behörden ausgesprochenen Berufsverbote hat daher eine Chance, überhaupt vor einem Gericht verhandelt zu werden. Und selbst wenn dies der Fall ist, so bedeutet dies noch lange nicht, daß die Ablehnung in ihrer politischen Problematik der gerichtlichen Nachprüfung unterliegt.

I. Die Praxis der Verwaltungsbehörden und der Gerichte soll anhand von drei exemplarischen Fällen, die vom westberliner Arbeitsgericht⁴ entschieden wurden, kurz verdeutlicht werden.

1. Fall des Studienassessors F.

F. bewarb sich nach seinem 2. Staatsexamen bei mehreren westberliner Bezirksämtern. Ihm wurde schließlich, nachdem er sich bei einer Schule vorgestellt hatte und diese sich an seiner Beschäftigung interessiert zeigte, vom zuständigen Oberschulrat zugesagt, daß er mit einer Anstellung zum neuen Schuljahr fest rechnen könne. Für F. wurde eine Personalakte angelegt und er wurde aufgefordert, sich amtsärztlich

¹ Dies Wort charakterisiert Ziel und Auswirkung staatlicher Inquisition präzise. Es geht nicht darum, mit einem »Schlag- und Reizwort« irgendwelche »politischen Emotionen« zu wecken (so BVerfG NJW 1975, 1648); das besorgt die staatliche Praxis und die Entscheidung derer, die ihr den Segen erteilen, viel besser.

² BVerfG NJW 1975; 1641 ff.

³ Siehe dazu die Nachweise bei Groth KJ 1975, 295.

⁴ Die meisten Berufsverbotsfälle in Westberlin werden gegenwärtig vor Arbeitsgerichten verhandelt, weil – außer bei Referendaren – Bewerber zunächst im Angestelltenverhältnis beschäftigt werden.

untersuchen zu lassen. Im Stundenplan der Schule wurde F. für das neue Schuljahr eingetragen. Die endgültige Vertragsunterzeichnung sollte stattfinden, sobald die Unterlagen vom Verfassungsschutz bei der Behörde eingegangen seien. Am Tage vor dem beabsichtigten Arbeitsbeginn wurde ihm mitgeteilt, er könne mit seiner Arbeit so lange nicht beginnen, wie seine Unterlagen nicht vollständig seien. Tags darauf wurde ihm dann mitgeteilt, eine neue Bedarfsplanung habe ergeben, daß für seine Fächerkombination kein Bedarf vorhanden sei.

F. setzte seine Beschäftigung zunächst im Wege der einstweiligen Verfügung durch. Während der gesamten gerichtlichen Auseinandersetzung versuchte die Behörde nachzuweisen, daß für F. tatsächlich kein Bedarf vorhanden sei. Sie bestritt wiederholt ausdrücklich, daß irgendwelche politischen Gründe für die plötzliche Ablehnung maßgebend gewesen seien – F. hatte eben das von Anfang an behauptet. Daß F. damit Recht hatte zeigte sich, nachdem er in einem weiteren Klageverfahren durchgesetzt hatte, Einsicht in seine Personalakte nehmen zu können. Ihm wurde in dem Schreiben des Verfassungsschutzes an das zuständige Bezirksamt »vorgeworfen«: Mitgliedschaft im SHB 1967–1969, Kandidatur für den Institutrat des Otto-Suhr-Instituts der FU Berlin, Betätigung »im Sinne des SDS«, Mitgliedschaft in einem Verein zur Unterstützung von Wohngemeinschaften (»dem Verein gehören bekannte Mitglieder der »Neuen Linken« an«), ein eingestelltes Ermittlungsverfahren und ein Strafverfahren, das mit dem Freispruch (!) F's geendet hatte. Dies Schreiben war am Tage vor der Ablehnung beim Bezirksamt eingegangen. Weil diese Gründe selbst der SPD-Bürokratie zu dünn erschienen, praktizierte sie verdecktes Berufsverbot.

Das Gericht begründete sowohl im einstweiligen Verfügungsverfahren⁶ als auch im ordentlichen Klageverfahren⁷ den Anspruch F's damit, daß durch die Zusage des Oberschulrats ein vertragsähnliches Vertrauensverhältnis begründet worden sei. Die vertraglichen Beziehungen hätten sich soweit verdichtet, daß sich die Behörde an ihrer einmal gegebenen Zusage festhalten lassen müsse. Auf die eigentlichen (politischen) Ablehnungsgründe ging das Gericht dagegen nicht ein, nicht zuletzt deshalb, weil die Behörde bis zuletzt bestritt, daß sie maßgebend gewesen seien. Es beschränkte sich darauf, festzustellen, unter welchen Voraussetzungen eine einmal gegebene Zusage verbindlich ist.

2. Sippenhaft als Grund für verdecktes Berufsverbot – der Fall T.

T. hatte als Referendarin in einem Gymnasium gearbeitet und wurde noch vor ihrem Assessorexamen vom Rektor der Schule beim zuständigen Bezirksamt zur Einstellung als Mathematiklehrerin vorgeschlagen und angefordert. Es sollte – wie üblich – zunächst ein Anstellungsvertrag geschlossen werden und nach einigen Monaten die Ernennung zur Beamtin erfolgen. Der Sachbearbeiter der Einstellungsbehörde bereitete den Vertrag vor, holte die Zustimmung des Stadtrats und des Personalrates ein und bestellte die Bewerberin auf das Bezirksamt, damit dort der Vertrag unterzeichnet werden könne. Dort wurde T. dann aber gesagt, man habe ihre »Überprüfung« noch vergessen, sie solle in vier Tagen wiederkommen, bis dahin werde eine Eilanfrage gemacht.

Von diesem Zeitpunkt an wurde T. von Mal zu Mal getröstet. Als sie immer wieder auf Vertragsunterzeichnung drängte, wurde sie schließlich nach drei Monaten abgelehnt, weil für sie »kein Bedarf« mehr bestehe.

Erst als in der mündlichen Verhandlung vor dem Arbeitsgericht der Richter zu

⁶ ArbG Berlin, Urt. vom 21. 3. 74 –20 Ga 2/74–; bestätigt durch LAG Berlin, Urt. vom 22. 5. 74 –3 Sa 30/74–.

⁷ ArbG Berlin, Urt. vom 16. 6. 75 –20 Ca 54/74–.

verstehen gab, daß nach Lage der Dinge eine Verurteilung der Behörde zur Einstellung der klagenden T. erfolgen müsse, zog der Vertreter des Bezirksamtes ein Dossier aus der Tasche, demzufolge sich daraus Zweifel an der Verfassungstreue T's ergeben sollten, daß ihr Ehemann als Student für eine politische Gruppe kandidiert hatte und ihr Bruder wegen des Verdachts der Unterstützung einer kriminellen Vereinigung in U-Haft saß. Das Gericht verurteilte angesichts dieser »Vorwürfe« die Behörde zur Einstellung T's. Es stützte seine Entscheidung⁹ auf Art. 33 II GG, weil sich der Ermessensspielraum der Einstellungsbehörde so weit verdichtet habe, daß nur eine bestimmte Entscheidung – die Einstellung T's – richtig sein könne.

3. Der Fall des Lehrers C.

C. hatte als Referendar an einer Berufsfachschule gearbeitet. Nach der zweiten Staatsprüfung wurde er von der Schule übernommen. Das Bezirksamt war mit seiner Beschäftigung einverstanden. Weil die Unterlagen des Verfassungsschutzes noch nicht vorlagen, verweigerte das Bezirksamt den Abschluß eines schriftlichen Arbeitsvertrages. Erst nach Wochen bot es C. einen befristeten Vertrag an. Die Befristung wurde mit dem Fehlen der Unterlagen begründet⁹. C. unterschrieb diesen Vertrag, ließ aber keinen Zweifel daran, daß er mit der Befristung nicht einverstanden sei. Vier Monate nach Arbeitsbeginn äußerte sich schließlich der Verfassungsschutz. Aufgrund der Staatsschutzakunft wurde C. zweimal zu seiner Verfassungstreue verhört, ohne daß C. vor den Verhören im einzelnen mitgeteilt worden war, was gegen ihn vorlag. Man warf ihm vor allem vor, er sei zu Zeiten der Studentenbewegung Mitglied einer Basisgruppe gewesen, habe auf einer Demonstration, bei der auch »Anarchisten« mitgemacht hätten, eine Rede gegen die Subventions- und Fahrpreispolitik des westberliner Senats gehalten, ohne sich von den »Anarchisten« abzugrenzen und habe 1973 an den Weltjugendfestspielen im Rahmen einer FDJW-Delegation teilgenommen, ohne sich von der dort vertretenen Auffassung zu distanzieren.

Vor allem der letzte Punkt wurde ihm bei der schließlichen Ablehnung deswegen zur Last gelegt, weil C. die Teilnahme an den Festspielen nicht von sich aus angegeben habe: wer sich selbst nicht freiwillig »belastet« (und sei es, daß er sich nicht bezichtigt, von bislang selbstverständlichen Rechten Gebrauch gemacht zu haben), verfällt dem Berufsverbot.

Auch die Klage nützte C. bisher noch nichts. Das Arbeitsgericht¹⁰ befand, die tatsächlichen Gründe der Ablehnung seien völlig unmaßgeblich. Entscheidend sei allein, daß C. einen befristeten Vertrag unterschrieben habe. Damit habe er selbst sein Einverständnis mit der Befristung zum Ausdruck gebracht. Die Befristung habe zu Recht bestanden, denn die Behörde müsse in einem angemessenen Zeitraum Gelegenheit haben, die Verfassungstreue eines Bewerbers zu untersuchen. Nach Ablauf der Frist bestehe kein Anspruch auf Weiterbeschäftigung, da nicht ersichtlich sei, warum ein einmal befristeter Vertrag verlängert werden müsse. Auf die Gründe der Nichtweiterbeschäftigung komme es bei dieser Vertragsgestaltung nicht an.

Diese drei »Fälle«¹¹ beleuchten nicht nur die »Begründungen« und Verfahrenswei-

⁹ ArbG Berlin, Urt. vom 15. 5. 75 –17 Ca 67/75–

⁹ In diesem Fall handelt es sich nicht um ein verdecktes Berufsverbot. Die Befristung von Verträgen wird aber in Westberlin in vielen Fällen zur Verschleierung eines Berufsverbots benutzt. Die Behörde beruft sich in derartigen Fällen lediglich auf die formale Befristung, ohne Gründe für eine Nicht-Weiterbeschäftigung zu nennen.

¹⁰ ArbG Berlin, Urt. vom 26. 6. 75 –20 Ca 60/75–

¹¹ In allen drei Fällen ist in der Hauptsache noch kein rechtskräftiges Urteil ergangen, sie sind beim LAG anhängig.

sen beim verdeckten Berufsverbot, sie zeigen auch die Begrenztheit richterlicher Kontrolle behördlicher Ungesetzlichkeit. In jedem Fall geht das Arbeitsgericht auf die eigentlichen Gründe des von der Behörde versuchten Berufsverbots nicht ein, sondern entscheidet aufgrund formaler »Subsumtion«. Ganz offensichtlich ist dies im Fall C. verfehlt, denn hier fällt das Gericht noch hinter die Argumentation der Behörde zurück: trotz der Befristung stellt die Nichtweiterbeschäftigung materiell eine Entlassung aus politischen Gründen dar, die dann auch in vollem Umfang nachgeprüft werden muß, denn eine Befristung darf nicht zur Umgehung gesetzlicher Vorschriften dienen.

Bei den beiden anderen Urteilen war dagegen die rein formale Argumentation gerade notwendig, denn nur die besondere Gestaltung der vorvertraglichen Beziehungen und die gemachten Zusagen konnten hier einen Einstellungsanspruch begründen. Bei verdecktem Berufsverbot kann die Berufung auf die eigentlichen Gründe der Ablehnung nur dann etwas helfen, wenn von der Behörde selbst ein Tatbestand geschaffen worden ist, der dem Bewerber einen Anspruch auf Einstellung gibt, der über das allgemeine Recht des Art. 33 II GG hinaus geht. Es waren also nur behördliche »Pannen«, die F. und T. zum Recht verhalfen. In dem Maß aber, wie derartige Prozesse (noch) gewonnen werden, lernen die Einstellungsbehörden: In einem internen Rundschreiben des Bezirksamts Schöneberg vom 2. Juni 1975 wies der Bezirksbürgermeister Kabus (CDU) nach Rücksprache mit dem Bezirksamtskollegium darauf hin, daß auf die Bitte des Senators für Inneres »gegenüber Bewerbern keinerlei Hinweise bezüglich einer Überprüfung durch den Senator für Inneres bzw. über deren Ergebnis gegeben werden dürfen . . . Auch dürfen gegenüber Bewerbern keine positiven Angaben zur fachlichen Eignung gemacht werden, woraus dann Bewerber den Eindruck gewinnen könnten, die endgültige Mitteilung über die Einstellung sei eine »reine Formsache« und ggf. nur noch von dem Ergebnis der Prüfung der dienstrechtlich geforderten Treuepflicht abhängig . . . Falls über einen Bewerber negative Erkenntnisse beim Senator für Inneres vorliegen sollten, wird dies der Büroleitung bekanntgegeben. Dem Bewerber wird von der Abteilung Personal und Verwaltung lediglich mitgeteilt, daß die Bewerbung nicht berücksichtigt werden konnte.«¹³ Auch die anderen westberliner Behörden verfahren ähnlich. Es liegt auf der Hand, daß dieses Vorgehen dadurch begünstigt wird, daß mittlerweile das »Angebot« an Lehrern die zur Verfügung stehenden Planstellen übertrifft. Die allgemeine Verschlechterung der Ausbildungs- und Arbeitssituation von Lehrern führt dazu, daß sich im Schulbereich eine Selbstrekrutierung des öffentlichen Dienstes ohne effektive Möglichkeit einer Kontrolle durch Betroffene und Gerichte vollzieht. Die aufgeführten Fälle sind daher nur insofern Ausnahmen, als es bei den Bewerbern T. und F. gelang, den Schleier des verdeckten Berufsverbots zu lüften.

II. Die Reaktion auf die verdeckten Berufsverbote war bis hin zu rechtsliberalen Blättern (wie dem westberliner »Tagesspiegel«¹⁴) einhellig. Die staatlichen Maßnahmen selbst trugen wesentlich dazu bei, die Front der Gegner der Berufsverbote zu erweitern. Der Rechtfertigungsversuch des Bürgermeisters Kabus, sein Rundschreiben verstoße nicht gegen die Verfassung, sondern befinde sich im Einklang mit der Rechtsprechung¹⁵, wurde dann auch eher als plumpe Ignoranz verstanden. In dieser Situation setzten gerade in Westberlin manche eine Hoffnung in die zu erwartende Entscheidung aus Karlsruhe. Diese Hoffnung trug, denn der Beschluß¹⁶ ist weit

¹³ Zitiert nach »Der Tagesspiegel« vom 13. 6. 75.

¹⁴ »Der Tagesspiegel« vom 13. 6. 75.

¹⁵ »Der Tagesspiegel« vom 14. 6. 75.

¹⁶ BVerfG NJW 1975, 1641 ff.

davon entfernt, der verfassungswidrigen Behördenpraxis Einhalt zu gebieten – im Gegenteil, an dem entscheidenden Punkt leistet er ihr Vorschub: über das Verfassungs- und Gesetzesrecht, das sich die bürgerliche Gesellschaft selbst gegeben hat, wird das Erfordernis eines staatstreuen und krisenfesten Beamtenkörpers (bezeichnet als »fixierte Verfassungssubstanz«¹⁶) gestellt. Wird die geschriebene Verfassung zur Fessel der Gleichschaltung der Bürokratie, so tritt sie außer Kraft. Das gilt nicht nur für die Grundrechte der Beamten¹⁷, sondern vor allem für die Erweiterung des Spielraums, in dem die Verwaltung de facto von Art. 19 IV und 20 III GG entbunden ist. Wir wollen nicht auf alle Einzelheiten des Beschlusses eingehen, sondern uns auf den zuletzt genannten Aspekt beschränken.

Der Beschluß richtet sich nicht nur dort gegen die Rechte der Betroffenen, wo es den Überverfassungswert des nunmehr staatstreuen (die »Verfassungstreue« wird dadurch ersetzt, daß sich »jede verfassungsmäßige Regierung und die Bürger« darauf verlassen können muß, daß der Beamte »seinen Staat zu tragen bereit ist«¹⁸) Berufsbeamtentums einführt, oder die »herrschende Meinung« zu Art. 21 GG bestätigt, sondern vor allem auch dort, wo es in einer Fülle von obiter dicta zur praktischen Anwendung der Berufsverbote Stellung nimmt. Diese obiter dicta betreffen das Verfahren und den Rechtsschutz gegen Berufsverbote. Sie laufen im Ergebnis darauf hinaus, die Berufsverbotspraxis weitgehend öffentlicher Diskussion und Kontrolle zu entziehen und die Möglichkeiten des Rechtsschutzes entscheidend zu verkürzen. War ein Grund für das verdeckte Berufsverbot, daß die Einstellungsbehörden eben die Offenlegung und Kontrolle ihres besonderen Verfahrens und der tatsächlich vorliegenden Ablehnungsgründe fürchteten, so sind sie nun – sollte sich die Auffassung des BVerfG durchsetzen – vieler Sorgen enthoben.

1. Bisher erschien die Formulierung des Entwurfs zur Änderung des Beamtenrechtsrahmengesetzes¹⁹, der Betroffene sei vor einer Entscheidung zu hören, der Bescheid sei ihm gegenüber zu begründen, die Entscheidung dürfe sich nur auf gerichtsverwertbare Tatsachen stützen, als Wiederholung selbstverständlicher Mindestforderungen an ein »rechtsstaatliches Verfahren«²⁰, erklärbar nur daraus, daß der ganzen Berufsverboterei ein rechtsstaatlicher Anstrich gegeben werden sollte²¹. Glaubte man bisher noch: »Das rechtliche Gehör des Betroffenen vor einer ihm nachteiligen Verwaltungsentscheidung und der Begründungszwang bei belastenden Verwaltungsakten ist ebenso wie die Bindung der Verwaltung an das geltende Recht Verfassungsrecht seit 1949 . . .«²², so soll das seit 1975 laut Bundesverfassungsgericht nicht mehr gelten: Das Gericht konstatiert ohne weiteres, die Behörde sei zu vorheriger Anhörung nicht verpflichtet; der Bescheid brauche erst dann begründet zu werden, falls er durch Anfechtungsklage angegriffen werden solle²³.

In der weiteren Konsequenz des Beschlusses wird der Staatsapparat auch des Dilemmas enthoben, daß die Gründe, auf die die Ablehnungen gestützt wurden,

¹⁶ BVerfG NJW 1975, 1647.

¹⁷ Siehe schon das Lehnardt-Urteil des BVerwG, wo Art. 3 III GG gegen den Beamten gekehrt wird, BVerwG NJW 1975, 1141 f.

¹⁸ BVerfG NJW 1975, 1642.

¹⁹ Sog. »Genscher-Entwurf« abgedruckt in: Berufsverbote durch Gesetz? Köln 1974.

²⁰ Forsthoß, Verwaltungsrecht 10. Aufl. München 1973, S. 255: »Unverzichtbarer Bestandteil eines rechtlich geordneten Verfahrens.«

²¹ Preuß in: Berufsverbote durch Gesetz? A. a. O. S. 28.

²² Preuß ebenda.

²³ Das hatte schon das BVerwG NJW 1975, 1137 ohne jede Auseinandersetzung angenommen. Der Bundesverfassungsrichter Hirsch (»Der Spiegel« Nr. 32/1975 äußerte in einem Interview eine recht eigenartige Begründung: »Wenn ich in jedem Fall verlange, daß in einen ablehnenden Bescheid alles reingeschrieben wird, dann ist das unter Umständen für den Betroffenen vernichtend, vor allem, wenn er sich woanders bewerben will. Der Sinn ist doch, den Unschuldigen zu schützen, nicht den Schuldigen. Wenn der Betreffende einen Bescheid mit Gründen will, soll er ihn auch knegen.«

sowohl häufig öffentliche Empörung hervorriefen (also statt des beabsichtigten Effekts der Isolierung der Staats- und Verfassungsfeinde das Gegenteil bewirkten) als auch von den Gerichten in den meisten Fällen nicht als ausreichend erachtet wurden.

2. Während noch das Lehnardt-Urteil des BVerwG⁴⁴ von der vollen gerichtlichen Nachprüfbarkeit der Ablehnungsentscheidungen ausging⁴⁵ und der Behörde die Beweislast für die Umstände, aus denen sich Zweifel an der Verfassungstreue herleiten sollen, auferlegte, beseitigt das BVerfG diese Quelle behördlichen Ärgernisses. Es führt – auf diese Idee war noch niemand in der Diskussion der »Radikalenfrage« gekommen – die Konstruktion des Beurteilungsspielraums ein und zwar (was Wunder) ohne dies überhaupt zu begründen und ohne sich mit den Bedenken auseinanderzusetzen, die einem der gerichtlichen Nachprüfung entzogenen Spielraum bei der Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe entgegenstehen⁴⁶. Der verfassungsgerichtlich zugestandene Beurteilungsspielraum nimmt der behördlichen Entscheidung lästige formale Fesseln, der Streit um eine »rechtsstaatliche Verfahrensweise« wird ad acta gelegt, Fragen materieller Beweislast existieren nicht: »Bei dieser Entscheidung (d. i. über die »Prognose« künftiger Staatstreue, die Verf.) 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 Beurteilung . . . 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).«⁴⁷ (Hervorhebungen wie im Beschluß). Diese Beurteilung sei, ähnlich wie Prüfungsentscheidungen voller Nachprüfung entzogen, innerhalb des Beurteilungsspielraums könne sich die Behörde »frei bewegen«, lediglich begrenzt durch die Nachprüfung, »ob diese Stelle von einem unrichtigen Sachverhalt ausgegangen ist und ob sie den beamtenrechtlichen und verfassungsrechtlichen Rahmen (Art. 33 II und V GG) . . . verkannt hat.«⁴⁸ Eine nähere Beschäftigung mit der Logik der Berufsverbote und der sie absichernden Entscheidung des Gerichts macht deutlich, was von diesen »Grenzen« des frei beweglichen Ausleseverfahrens zu halten ist. Denn was ist der richtig zu ermittelnde Sachverhalt, der einem Berufsverbot zugrunde liegt? Die einzelnen Beurteilungselemente, also die Tatsachen, die einem Bewerber vorgehalten werden, sollen es gerade nicht mehr sein: die oben zitierten »Umstände«, für deren Vorliegen noch das BVerwG der Behörde die Beweislast zuschreibt, sind nur mehr bloße Anhaltspunkte, die nicht mehr entscheidendes Gewicht haben. Entscheidend ist nach dem BVerfG die Persönlichkeit des Bewerbers, genauer, der persönliche Eindruck, den die Einstellungsbehörde von ihm gewinnt – ob in einem Gespräch

⁴⁴ BVerwG NJW 1975, 1137.

⁴⁵ Selbst Stern, Zur Verfassungstreue der Beamten, München 1974, S. 27 lehnt ausdrücklich einen Beurteilungsspielraum ab.

⁴⁶ Vgl. die trotz BVerwGE 39, 204 zurückhaltende Rspr. des BVerwG; siehe auch Kopp, VwGO München 1974, § 114 Anm. 4.

⁴⁷ BVerfG NJW 1975, 1143.

⁴⁸ BVerfG NJW 1975, 1644.

oder nicht, hängt davon ab, welche Informationen die Behörde über ihn erhalten hat. Scheinen ihr diese Informationen so schwerwiegend, daß sie Gründe darstellen, die möglicherweise auch ein Gericht für ausreichend erachtet, bildet sie sich ihr Persönlichkeitsurteil ohne Anhörung und lehnt den Bewerber ohne weiteres ab. Vor Gericht braucht die Behörde dann nur noch die ihr zur Verfügung stehenden Unterlagen zu offenbaren. Insofern wird sich gerade bei den »schwerwiegenden Fällen« wenig an der bisherigen Praxis des offenen Berufsverbots ändern.

Sind die zugetragenen Gründe selbst der Behörde dagegen – als »Sachverhalt« – zu dünn, also bislang Grund für ein verdecktes Berufsverbot, dann schafft sich die Einstellungsbehörde den möglicherweise ausreichenden Sachverhalt selbst: Sie gewinnt in einem Anhörungsgespräch aufgrund des Inbegriffs des Sonderverhörs den persönlichen Eindruck, daß der Bewerber nicht die Prognose erlaubt, daß er sich jederzeit in diesem Staat zuhause fühlt. Die zugrunde liegenden dürren Anhaltspunkte für Zweifel werden angereichert durch Erkenntnisse, die im Gespräch selbst gewonnen werden: die Bereitschaft des Bewerbers, Fragen zur Staatstreue willig zu beantworten, sich von staatsfeindlichen Umtrieben zu distanzieren und dergleichen mehr. »Richtige Ermittlung des Sachverhalts« und Bewertung der Persönlichkeit des Bewerbers fallen also in einem einheitlichen Urteil zusammen – eine Entwicklung, die die neuere Rechtsprechung gerade bei sog. »Prognoseentscheidungen« (um solche handelt es sich laut BVerfG) anerkennt¹⁹. Dem verhörten Bewerber, der unter der Hand seine eigenen Aussagen²⁰ gegen sich gekehrt sieht, bleibt nur der Nachweis willkürlichen Vorgehens, denn die beiden anderen Schranken (Art. 33 II und V GG) erweisen sich als genauso effektiv wie die richtige Ermittlung des Sachverhalts.

Gerade der Beschluß des BVerfG läuft darauf hinaus, daß Art. 33 GG keine Schranke behördlichen Einschreitens gegen unsichere Beamtenbewerber ist, sondern deren Gegenteil: die verfassungsgerichtliche Auslegung des Abs. 5 (»hergebrachte Grundsätze des Berufsbeamtentums«) führt zur systemimmanenten Modifikation, willsagen Abschaffung politischer Grundrechte der Beamten und ist für das Gericht der Aufhänger für das Erfordernis jederzeitiger Staatstreue. Das Merkmal der Eignung in Abs. 2 ist für BVerfG und BVerwG Einfallstor der Berechtigung politischer Diskriminierung, indem darin die gesamte geltende verfassungsmäßige Ordnung (wie sie nun einmal existiert) inkorporiert und vom BVerfG die Berechtigung des unkontrollierbaren Beurteilungsspielraums »abgeleitet« wird. Maßgeblicher Inhalt beider Entscheidungen ist, daß Art. 33 II und V in der Auslegung, den ihm die Gerichte gegeben haben, Blankettnorm für die Einschränkung der Beamtenrechte ist, mithin weit entfernt davon, politischer Diskriminierung durch behördliche Beurteilungen Einhalt zu gebieten. Als letzte Schranke bleibt dann nur der Nachweis willkürlichen Vorgehens. Aber selbst dann, wenn dieser Nachweis gelingen sollte, ist dem Bewerber wenig geholfen, denn die Gerichte dürfen laut BVerfG in aller Regel nicht zur Einstellung verurteilen, sondern können lediglich ein Bescheidungsurteil erlassen (es sei denn ihr Spielraum bei Einstellungen habe sich »auf null« reduziert). Was das für den Rechtsschutz des abgelehnten Bewerbers heißt, kann sich jedermann leicht ausmalen: wenn er überhaupt vor Gericht Recht bekommt (die Einstellungsbehörde muß sich dann aber schon sehr ungeschickt angestellt haben), so wird – folgt das Gericht dem BVerfG – keine Verurteilung zur Einstellung erfolgen, sondern die Anweisung, unter Beachtung der Rechtsauffas-

¹⁹ Vgl. das Importquotenurteil des BVerwG DVBl. 1972, 895 f. und die Entscheidung des Gemeinsamen Senats der Obersten Bundesgerichte JZ 1972, 656 f. (Härteklausel in § 131 AO).

²⁰ Über die nach der Verhörspraxis kein Protokoll geführt wird, das der Bewerber zu genehmigen hätte und zu denen er eigene Erklärungen abgeben könnte.

sung des Gerichts erneut zu entscheiden. Die Behörde – gewitzt durch ihre Erfahrung – wird es leicht haben, nunmehr ein verdecktes Berufsverbot auszusprechen: sie wird vielleicht schreiben, daß sie die Verfassungstreue nicht mehr bezweifele, dafür aber leider keinen Bedarf mehr für den Bewerber habe, die Stelle sei besetzt usw. Sanktioniert wird also die Berechtigung des Behördenapparats zur Selbstrekrutierung.^{12a}

Was in den verdeckten Berufsverboten noch als »Anmaßung« des Staatsapparats erschien, sich seine Funktionäre unkontrolliert selbst auswählen zu dürfen, wird durch die gesamte Konstruktion, insbesondere durch den Beurteilungsspielraum, bestätigt. Es steht nicht mehr ein »strenger Gesetzesvollzug«, sondern die Verwirklichung eines Programms zur Debatte¹³, das das BVerfG mit dem Stichwort des staatstreuen einheitlichen Beamtenkörpers umschrieben hat.

Es bleibt abzuwarten, inwieweit sich diese Beschränkung der gerichtlichen Kontrolle durchsetzen wird. So geht der SPD/FDP-Gesetzesentwurf zu einem neuen § 112a BRRG¹⁴ weiter von der vollen Nachprüfbarkeit der zur Ablehnung herangezogenen Tatsachen aus. Zum anderen gibt es eine entwickelte Rechtsprechung zum Beurteilungsspielraum bei Prüfungsentscheidungen, die dahin tendiert, die Entscheidung um so eher nachzuprüfen, je mehr sich das Gericht aufgrund seiner eigenen Kompetenz dazu in der Lage sieht¹⁵. Bei schriftlichen Prüfungsleistungen hat das BVerwG schon eine vollständige Nachprüfungskompetenz des Richters auf bestimmten Gebieten angenommen.¹⁶ Das dafür angeführte Argument trifft auch voll auf die Überprüfung der Verfassungstreue zu: es wird selbst dem BVerfG schwerfallen, nachzuweisen, daß Verwaltungsbehörden besser als Gerichte in der Lage sind, die Verfassungstreue eines Bewerbers endgültig zu beurteilen. Es ist sicherlich keine Begründung, die Notwendigkeit der präventiven Überprüfung mit eingeschränkter richterlicher Kontrolle mit der Schwierigkeit zu rechtfertigen, die ein förmliches Disziplinarverfahren mit sich bringt: etwa, weil das Disziplinarverfahren »zu rechtsstaatlich« ist, gibt es das frei bewegliche Vorsorgeverfahren. Das BVerfG¹⁷ leistet sich dabei noch die merkwürdige »Ironie«, daß es seine Fürsorgepflicht für Verfassungsfeinde entdeckt und ausführt, die Überprüfung der Verfassungstreue vor Dienstantritt liege nicht zuletzt im Interesse des Bewerbers, denn sonst sei der Dienstherr genötigt, diejenigen, die schon Beamte seien, bei plötzlich ausbrechender Staatsuntreue aus dem Dienst zu entfernen, wie gut für Bewerber – bleiben ihnen doch die Mühseligkeiten eines Disziplinarverfahrens erspart, da ist es schon besser, arbeitslos zu sein.

Mit diesem »Vorbeugen-ist-besser-als-heilen«-Argument wird das Denken der Bürokratie verfassungsrechtlich abgesichert, es komme gar nicht so sehr darauf an, was ein Bewerber wirklich getan habe, sondern darauf, was er wohl in Zukunft noch alles anstellen könne.

3. Das dritte, fast ebenso brisante Thema wie die Frage nach den Grenzen des

^{12a} Der Bundesverfassungsrichter Hirsch weiß das auch: »Wenn ich mehr Bewerber habe, als ich einstellen will, werde ich immer einen Grund finden, jemanden nicht zu nehmen« (Interview in »Der Spiegel« Nr. 32/1975, S. 20).

¹³ Zum Beurteilungsspielraum allgemein Ossenbühl DVBl 1974, 309, 310, der den »strengen Gesetzesvollzug« dort als »antiquiert« ansieht, wo Gesetze nicht mehr »streng konditional programmiert« sind (im Sinne einer »Wenn-dann-Entscheidung«) sondern einen Auftrag an die Verwaltung enthalten, gestaltend vorgegebene Zwecke und Ziele anzusteuern. Das ist sicherlich nicht auf die Problematik der Berufsverbote gemünzt, trifft aber ungewollt die Bedeutung des Beurteilungsspielraums auch in diesen Fällen: es wird eine »Letzt-Zuständigkeit« der Verwaltung für bestimmte Entscheidungen begründet.

¹⁴ Abgedruckt in: »Der Spiegel« Nr. 39/1975 S. 26 f.

¹⁵ Vgl. die Nachweise bei Semmler NJW 1973, 1774 f.

¹⁶ BVerwGE 8, 273 f.

¹⁷ So BVerfG NJW 1975, 1643.

Beurteilungsspielraums, dem sich das BVerfG in seiner Entscheidung zuwandte (und als einzigem auf Grund des Vorlagebeschlusses zuwenden mußte – alle seine übrigen Bemerkungen gehören nicht zur Sache und waren damit nach guter Richtertradition überflüssig), betrifft das Verhältnis zwischen Verfassungstreueüberprüfung und Ausbildungsfreiheit. Hier wartet das Gericht mit gänzlich unerwarteten Ausführungen auf, die mittlerweile zu beträchtlicher Verwirrung geführt haben. Der erste Vorschlag bezieht sich auf die Verwendung von Unterlagen des Verfassungsschutzes. Bei Ausbildungs- und Probeverhältnissen sollen die Behörden nicht mehr auf Erkenntnisse zurückgreifen, die »für Zwecke der Einstellungsbehörden« gespeichert werden¹⁶, da sie die politische Atmosphäre »vergiften«, den »freiheitlichen Staat diskreditieren« und sich auf die »Ausbildungs- und Studienzeit eines jungen Menschen« beziehen. Die Widersprüchlichkeit dieser Passage, gegen die der Richter Wand in einem Sondervotum¹⁷ auch (vom Standpunkt des Ausgangspunkts des Beschlusses konsequent) Stellung bezogen hat, wurde schon an den behördlichen Reaktionen deutlich: so sah der baden-württembergische Innenminister Schieß keinen Grund, von der bisherigen Praxis abzuweichen, da die Anforderung von Unterlagen, die der Verfassungsschutz allgemein (also nicht direkt für Zwecke der Einstellungsbehörden) sammele verfassungs- und gerichtskonform sei.¹⁸ Das Bundesinnenministerium legt die Entscheidung so aus, daß darunter nur »auftragsmäßige« Schnüffelei falle¹⁹. Den Einstellungsbehörden bleibt daher trotz der scheinbar »liberalen« Passage der Entscheidung die Verwendung dieser Unterlagen freigestellt. Daß die Einstellungsbehörden diese Unterlagen weiter anfordern, ist auch nach dem Karlsruher Beschluß Praxis. Was die Behörden mit den Unterlagen anfangen, bleibt ihnen überlassen. Wenn der Fall nicht so schwer wiegt, daß der Ausbildungsfreiheit der Garaus gemacht werden kann (wegen Bekämpfung der freiheitlich demokratischen Ordnung), wird der Bewerber entweder verhört werden – mit den eingeholten Informationen als Hintergrund²⁰ – oder erstmal eingestellt werden; die Behörden wissen dann aufgrund ihrer Informationen, welch zweifelhaftes »Früchtchen« sie da vor sich haben. Ihnen wird es nicht schwer fallen, auf den üblichen Wegen über dienstliche Beurteilungen, Prüfungsnoten und Verweigerung endgültiger Anstellung den »Verfassungs- und Staatsfeind« dorthin zu befördern, wo sie ihn am liebsten sehen: in die Arbeitslosigkeit. Offergeld²¹ wird also kein Einzelfall bleiben.

Für den langfristigen Gebrauch hat sich das Gericht eine noch probatere Lösungsmöglichkeit einfallen lassen: Die »Nicht-Verfassungstreuen« bekommen eine Sonderausbildung in einem nicht beamtenrechtlich sondern privat- oder sonstwie öffentlichrechtlichen »Praktikantenverhältnis«.²² Da schlägt man dann gleich mehrere Fliegen mit einer Klappe: man ist lästige Streitigkeiten über die Verfassungstreue und die Einstellung zweifelhafter Bewerber für einen Ausbildungsplatz los, denn diejenigen, die in den »nicht diskriminierenden Vorbereitungsdienst« außerhalb des Beamtenverhältnisses übernommen werden, können sich gegen diese Einstufung schwerlich wehren (mangels Rechtsschutzbedürfnisses), gleichzeitig sind diese Bewerber aber allein durch die Art des Ausbildungsverhältnisses hinreichend verdächtig, daß sie zu ihrem Staat nicht das richtige Verhältnis haben. Dieses ihnen anhaftende Etikett kann dann hinreichend bei der endgültigen Anstellung berück-

¹⁶ BVerfG NJW 1975, 1644.

¹⁷ NJW 1975, 1650, 1651.

¹⁸ »Der Tagesspiegel« vom 28. 8. 75.

¹⁹ »Frankfurter Rundschau« vom 30. 7. 75.

²⁰ Siehe auch Grottmann, Zur Erosion des demokratischen Rechtsstaats, »Leviatan« 3/75.

²¹ Dazu v. Auer (Hrsg.), Der Fall Offergeld, Frankfurt a. M., S. 31 ff.

²² BVerfG NJW 1975, 1649.

sichtigt werden, wo es gilt, zwischen mehreren gleich geeigneten Bewerbern auszuwählen. Wenn aber schon die Übernahme in ein Ausbildungsverhältnis die Ordnung innerhalb der Bürokratie stören kann – also bei den offensichtlichen »Verfassungsfeinden« – braucht gar nicht erst übernommen zu werden. Auch hier sind sich die Innenministerien uneins⁴³, die CDU-regierten Länder wollen sich offensichtlich auf den hier dargestellten Vorschlag einigen.

4. Es bleibt schließlich noch festzustellen, daß die Passagen des Beschlusses, die sich mit der Beschränkung der Berufsverbote durch die Grundrechte (oder auch umgekehrt) und Art. 21 GG befassen alles andere als klar sind. Auf den ersten Blick erscheint das immer wieder auftauchende »Wenn-und-Aber« als unverständlich. Es erfüllt aber seinen Zweck, wenn es in Zusammenhang mit dem gesamten Urteil gelesen wird: klarere Aussagen zu diesen entscheidenden Punkten vertragen sich nicht mit der mittels des Beurteilungsspielraums eingeräumten Behördenermächtigung. Ihr soll es weitgehend überlassen bleiben, wie sie in ihrem »unvertretbaren« Urteil die Grundrechte im konkreten Fall gelten läßt. Das wird an solchen vagen Aussagen deutlich: so kann ein Beamter ohne weiteres eine bestimmte Überzeugung haben, dies ist »niemals eine Verletzung der Treuepflicht«, Folgerungen aus dieser freien Überzeugung »für seine *Einstellung* gegenüber der verfassungsmäßigen Ordnung der Bundesrepublik Deutschland« darf er nicht ziehen.⁴⁴ Einem klar denkenden Menschen wird der Unterschied nicht einleuchten, vielleicht eher einem Richter, der die Überzeugung hat, er sei berufen, den Rechtsstaat zu schützen und daraus »folgert«, daß man ihn in wichtigen Punkten erst mal beseitigen müsse. Immerhin wird man den Schluß ziehen müssen, daß Ablehnungen, die sich auf bloße Ansichten eines Bewerbers, auf kritische Einstellungen stützen, keinen Bestand haben dürfen.

Auch bei der so umstrittenen Frage des Art. 21 und der weitergehenden Mitgliedschaft in irgendwelchen Gruppen ist der Beschluß widersprüchlich. So wird auf der einen Seite den Einstellungsbehörden überlassen, festzustellen, welche Organisation verfassungsfeindlich und deren Mitglieder daher abzulehnen seien⁴⁵, auf der anderen Seite wird das Preußische OVG offensichtlich zustimmend zitiert, das die bloße Mitgliedschaft in seiner Rechtsprechung nicht als ausreichend für eine Entfernung aus dem Dienst ansah⁴⁶. Die gleiche Unbestimmtheit zeigt sich bei der Frage der freien Meinungsäußerung: denn der »Beamtenkörper« soll kritisch sein, »Agitationen« aber sind verboten. Man darf zwar auch für weitgehende Änderungen des Gesellschaftssystems eintreten, muß sich aber dennoch der geltenden Ordnung »innerlich verbunden« fühlen. »Diffamierungen« des Staates – was immer das sei – sind verboten. Vollends unklar bleibt endlich die Anwendung der »Schaukeltheorie«: »Jedes Verhalten, das als politische Meinungsäußerung gewertet werden kann, ist danach nur dann verfassungsrechtlich durch Art. 5 GG gedeckt, wenn es nicht unvereinbar ist mit der in Art. 33 V GG geforderten politischen Treuepflicht des Beamten. Im *konkreten* Fall ist dann die Vereinbarkeit oder Unvereinbarkeit der Äußerung mit der politischen Treuepflicht des Beamten nach dem Grundsatz, daß rechtlich begründete Grenzen des Art. 5 GG im Lichte des durch sie begrenzten Grundrechts auszulegen sind, zu entscheiden«⁴⁷ (Hervorhebungen wie im Beschluß). Unklar insoweit, als Behörden und Gerichten eine nicht näher bestimmbare

⁴³ Siehe »Der Spiegel« Nr. 39/75, S. 25 f.

⁴⁴ BVerfG NJW 1975, 1643.

⁴⁵ Dagegen nimmt sich selbst Sterns (Zur Verfassungstreue der Beamten, München 1974, S. 62 f.) Vorschlag *de lege ferenda* noch kleinlich rechtsstaatlich aus.

⁴⁶ BVerfG NJW 1975, 1645 f.

⁴⁷ BVerfG NJW 1975, 1647.

Auslegung nahegelegt wird, bei der das Licht des Grundrechts allenfalls noch dämmert.

Viele Fragen der Berufsverbote sind durch die Karlsruher Entscheidung alles andere als geklärt worden. Es wird auch wesentlich von dem weiteren Kampf gegen die Berufsverbote abhängen, wie weit der Spielraum der staatlichen Disziplinierung gesteckt wird. Hoffnungen, die vielleicht in das BVerfG gesetzt wurden (und noch immer gesetzt werden⁴⁾) sind enttäuscht worden, denn nach der Rechtsprechung dieses hohen Gerichts hat Art. 1 III GG nunmehr wohl so zu lauten: »Die Grundrechte gelten als unmittelbar bindendes Recht, soweit nicht die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums und der Grundsatz der streitbaren Demokratie etwas anderes gebieten«.

Veronika Arendt-Rojahn/Michael Tscherch

Die Politisierung des Arbeitskampfrechts

Der Beschluß des Bundesverfassungsgerichts zur lösenden Aussperrung von Betriebsräten

Von der publizistischen Öffentlichkeit, die in den beiden vergangenen Jahren sich ausführlich mit dem Aussperrungsrecht des Bundesarbeitsgerichts (BAG) beschäftigt hat, nur flüchtig beachtet, verkündete das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) im April¹ den Beschluß zur Verfassungsbeschwerde der Spielbank Bad Neuenahr gegen den Beschluß des Großen Senats des BAG von 1971². Bei der Spielbank kam es 1966 nach Beendigung des Tarifvertrags mit der Gewerkschaft Handel, Banken und Versicherungen (HBV) zu einem gewerkschaftlichen Streik, da die Spielbank sich weigerte, weiterhin einen Tarifvertrag mit der HBV abzuschließen, vielmehr sich nur mit der Deutschen Angestelltengewerkschaft vertraglich binden wollte. Im Verlauf des Streiks sperrte der Arbeitgeber sämtliche Streikenden mit lösender Wirkung aus. Nach der Rechtsprechung des BAG³ war die lösende Aussperrung hinsichtlich sämtlicher Beschäftigten, gleichviel ob sie unter bestimmte Schutznormen (wie das BetrVG, MuSchG oder SchwebG) fielen oder überhaupt nicht am Streik beteiligt waren, zulässig. Die Klage einzelner nach der Aussperrung von 1966 nicht wieder Eingestellter führte in der Revisionsinstanz zum Vorlagebeschluß des 1. Senats des BAG an den Großen Senat zur Überprüfung seiner bisherigen Rechtsprechung zur lösenden Aussperrung⁴. Der Große Senat blieb zwar hinter den Vorstellungen des 1. Senats, der die lösende Aussperrung generell für unzulässig

⁴⁾ So beauftragte der Hauptausschuß der GEW seine Bundes-Rechtsschutzstelle, einen Fall vor das BVerfG zu bringen, der geeignet scheint, »eine Fortentwicklung der Rechtsprechung im Sinne der GEW-Forderung nach Abbau des Entscheidungsspielraums der Exekutive zu erreichen« (»Erziehung und Wissenschaft« Nr. 10/75). Nicht nur diese Fehleinschätzung der Tendenz des Urteils ist unverständlich, sondern auch, daß der GEW-Hauptausschuß es als Bestätigung wesentlicher gewerkschaftlicher Forderungen ansieht, daß »die Entscheidung der Behörde der »Willkürkontrolle« durch die Verwaltungsgerichte« unterliegt. Daß diese Willkürkontrolle eine entscheidende Beschränkung des Rechtsschutzes darstellt, ist offenbar nicht gesehen worden.

¹⁾ BvR 418/71 = BB 75,515 = JZ 75, 321 = AuR 75, 249.

²⁾ BAG AP Nr. 43 zu Art. 9 GG Arbeitskampf sowie die beiden Folgeurteile des 1. Senats BAG AP Nr. 44 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, BAG AZR 275/68.

³⁾ BAG AP Nr. 1, zu Art. 9 GG Arbeitskampf sowie die Urteile AP Nr. 6, 10, 11, 24, 31 und 36 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

⁴⁾ BAG AP Nr. 39 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.