

# Entscheidungen

## Entscheidung des Arbeitsgerichts Berlin vom 20. 3. 1975

### *Einstweilige Verfügung*

In dem Verfahren  
der Lehramtsbewerberin [. . .]  
Verfügungsklägerin,

gegen  
das Land *Berlin*,  
vertr. d. d. Bezirksamt Kreuzberg, Abteilung Volksbildung, [. . .]  
Verfügungsbeklagte,

[. . .]

hat die Kammer 19 des Arbeitsgerichts Berlin, durch den Vorsitzenden, Richter a. Arb. Ger. Dr. *Preis* und die ehrenamtlichen Richter Rüdiger und de Michieli, auf die mündliche Verhandlung vom 20. März 1975 beschlossen:

I. Die Verfügungsbeklagte wird verurteilt bei Vermeidung eines vom Gericht festzusetzenden Zwangsgeldes, die Verfügungsklägerin ab 2. April 1975 bis zur rechtskräftigen Entscheidung der Hauptsache (19 Ca 31/75) als Lehrerin zur Anstellung im Angestelltenverhältnis im Schuldienst zu beschäftigen.

II. Die Verfügungsbeklagte trägt die Kosten des Verfahrens.

III. Der Wert des Streitgegenstandes wird auf 5951,- DM festgesetzt.

### *Tatbestand*

Die jetzt 26 Jahre alte Klägerin bestand nach einem achtsemestrigen Studium an der Universität Regensburg und an der Pädagogischen Hochschule Berlin am 30. 9. 1974 die Erste Staatsprüfung für Lehrer mit dem Prädikat »gut«.

Noch vor der Ersten Staatsprüfung hatte sich die Klägerin am 20. Mai 1974 bei der Beklagten als Lehrerin für die Sekundarstufe I (Hauptschule) unter Hinweis darauf beworben, daß sie neben ihrem Wahlfach Bildnerisches Gestalten auch die Fächer Deutsch, Geschichte, Sozialkunde und Sport unterrichten würde. Mit einem von dem Schulrat, Herrn Köppen, unterzeichneten Schreiben vom 17. Juli 1974 teilte die Beklagte der Klägerin mit, daß sie bereit sei, sie vorbehaltlich der Zustimmung des Personalrates, des positiven Ergebnisses einer zu veranlassenden amtsärztlichen Untersuchung und des Nachweises der bestandenen Ersten Staatsprüfung für das Amt des Lehrers ab 1. Oktober 1974 an der Friedrich-Ludwig-Jahn-Oberschule einzustellen und zu beschäftigen. Weiterhin wies die Beklagte in diesem Schreiben

darauf hin, daß noch im einzelnen genannte Unterlagen übersandt werden müssen, damit über die Bewerbung endgültig entschieden werden könne.

Da sich die Erste Staatsprüfung der Klägerin verzögerte, konnte es zu dieser in Aussicht genommenen Einstellung nicht kommen.

Mit einem von dem leitenden Schulrat, Herrn Willert, unterzeichneten Schreiben vom 28. August 1974 teilte die Beklagte der Klägerin mit, daß an den Hauptschulen des Bezirkes Kreuzberg für die Klägerin keine Einstellungsmöglichkeit mehr gegeben sei, daß sie jedoch eventuell eine freie Stelle zum 1. November 1974 an einer Grundschule für die Klägerin habe.

Am 9. September 1974 kam es zwischen der Klägerin und dem Schulrat, Herrn Köppen, in Anwesenheit des Leitenden Schulrates, Herrn Willert, zu einem Gespräch über die geplante Einstellung. Es wurde über eine Beschäftigung der Klägerin an der Grundschule Jens-Nydahl gesprochen. Die Parteien streiten darüber, ob Herr Köppen der Klägerin bestimmte Zusagen hinsichtlich der Einstellung gemacht habe.

Mit einem von Herrn Köppen unterzeichneten Schreiben vom 7. Oktober 1974 forderte die Beklagte von der Klägerin die Übersendung der noch fehlenden Unterlagen sowie eines amtsärztlichen Gutachtens und teilte mit, daß nach Eingang der noch fehlenden Unterlagen endgültig über die Einstellung der Klägerin entschieden werde.

Im November 1974 teilte die Beklagte dem Personalrat für Lehrer und Erzieher mit, daß eine Einstellung der Klägerin beabsichtigt sei. Dieser Absicht stimmte der Personalrat wohlwollend zu.

In der Folgezeit setzte sich die Klägerin mit der Klassenlehrerin der Klasse 5 c der Grundschule Jens Nydahl, Frau Holland-Moritz, die zum 1. Februar 1975 ausscheiden wollte, in Verbindung und hospitierte häufig im Unterricht der Klasse 5 c. Von der Direktorin der Jens-Nydahl-Grundschule wurde die Klägerin als Nachfolgerin der bisherigen Klassenlehrerin, Frau Holland-Moritz, angesehen.

Auf Fragen der Klägerin, wann denn nun die Einstellung für die Jens-Nydahl-Schule vorgenommen werden würde, wurde ihr als Einstellungstermin zunächst der 1. Dezember 1974, dann der 1. Januar 1975 und schließlich der 1. Februar 1975 genannt. Als Grund für die Verzögerung gab die Beklagte an, die Unterlagen des Senators für Inneres seien noch nicht eingetroffen.

Mit einem von Herrn Köppen unterzeichneten Schreiben vom 17. Januar 1975 teilte die Beklagte der Klägerin mit, daß zur Zeit im Schuldienst keine Planstellen mehr für die Einstellung an einer Grundschule zur Verfügung stünden und daß der Klägerin deshalb eine Absage erteilt werden müsse. Tatsächlich waren im Januar 1975 im Bezirk Kreuzberg mehrere Planstellen an Grundschulen frei.

Die Klägerin, die mit Rücksicht auf die in Aussicht genommene Einstellung in der Jens-Nydahl-Schule eine ihr angebotene Einstellung im Mittelstufenzentrum Delfter Ufer des Bezirkes Neukölln abgelehnt hatte, sprach am 24. Januar 1975 in Anwesenheit von Frau Holland-Moritz und des Elternvertreters der Klasse 5 c der Jens-Nydahl-Schule, Herrn Dieter Haut, bei Herrn Köppen vor. In diesem Gespräch erklärte Herr Köppen der Klägerin, daß nicht eine fehlende Planstelle, sondern Bedenken gegen die demokratische Gesinnung der Klägerin die Einstellung verhindert hätten.

Mit einem an die Beklagte gerichteten Schreiben vom 25. Januar 1975 hielt die Klägerin ihre Bewerbung ausdrücklich aufrecht.

Am 30. Januar 1975 fand ein weiteres Gespräch zwischen der Klägerin und Herrn Köppen statt. In diesem Gespräch teilte Herr Köppen der Klägerin mit, daß gegen ihre Einstellung wegen ihrer Teilnahme an einer Demonstration gegen das Verbot

des Sozialistischen Deutschen Studentenbundes Heidelberg im Jahre 1970 in München Bedenken erhoben würden. Diesbezüglich wurde ein weiteres Gespräch zwischen der Klägerin und dem zuständigen Stadtrat für Volksbildung, Herrn Hänel, in Aussicht genommen. Die Klägerin erklärte zunächst, daß sie dieses Gespräch nur im Beisein eines Rechtsbeistandes führen wolle. Nachdem die Beklagte dies abgelehnt und die Klägerin vor die Wahl gestellt hatte, entweder ohne Beistand zu dem Gespräch zu erscheinen oder überhaupt kein Gespräch zu führen, fand am 13. Februar 1975 ein Gespräch mit dem Stadtrat Herrn Hänel und dem Vertreter des Personalamtes, Herrn Pawlaczyk, statt. [ . . . ]

Mit einem Schreiben vom 14. Februar 1975 forderten die Prozeßbevollmächtigten der Klägerin die Beklagte auf, der Klägerin bis zum 28. Februar 1975 einen Einstellungsbescheid zu übermitteln. Andernfalls kündigten die Prozeßbevollmächtigten der Klägerin eine Klage vor dem Arbeitsgericht und eventuell den Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung an.

[ . . . ]

Die Klägerin beantragt, die Beklagte bei Vermeidung eines vom Gericht festzusetzenden Zwangsgeldes im Wege einer einstweiligen Verfügung zu verpflichten, die Klägerin bis zur rechtskräftigen Entscheidung der Hauptsache als Lehrerin zur Anstellung im Angestelltenverhältnis im Schuldienst ab 2. April 1975 zu beschäftigen.

Die Beklagte beantragt, die Klage abzuweisen.

Die Beklagte verweist darauf, daß in ihren sämtlichen an die Klägerin gerichteten Schreiben für die Entscheidung über eine Einstellung der Klägerin Vorbehalte gemacht worden seien. Außerdem bestreitet die Beklagte, daß Herr Köppen eine Zusicherung »mit 99% Wahrscheinlichkeit« gegeben habe.

Schließlich vertritt die Beklagte die Auffassung, die Zuerkennung des Beschäftigungsanspruchs im Wege einer einstweiligen Verfügung sei unzulässig, da die einstweilige Verfügung nur der vorübergehenden Sicherung von Rechten, nicht aber der Befriedigung von Rechten diene.

Die Klägerin hat gleichzeitig mit dem Antrag auf Erlaß der einstweiligen Verfügung gegen die Beklagte Klage erhoben mit dem Antrag, die Beklagte zu verurteilen, mit der Klägerin ein Dienstverhältnis als Angestellte für eine Tätigkeit als Lehrerin zur Anstellung im Schuldienst abzuschließen.

### *Entscheidungsgründe*

Der Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung ist zulässig und begründet. Der Klägerin steht gegen die Beklagte gemäß Artikel 33 Abs. 2 Grundgesetz ein Anspruch auf Abschluß eines Arbeitsvertrages als Lehrer zur Anstellung für den Schuldienst zu. Mit dem Abschluß eines Arbeitsvertrages wiederum steht der Klägerin ein arbeitsvertraglicher Anspruch auf Beschäftigung entsprechend dem zwischen den Parteien abzuschließenden Arbeitsvertrag als Lehrerin zur Anstellung zu. Da dieser Beschäftigungsanspruch der Klägerin zeitgebunden ist, kann sie zur Durchsetzung dieses Anspruchs nicht auf das ordentliche Klageverfahren verwiesen werden. Die Durchsetzung dieses Anspruchs ist vielmehr – was die Zeit bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Hauptklage anbelangt – nur noch im Wege der einstweiligen Verfügung möglich, da anderenfalls die Verwirklichung des Anspruchs der Klägerin für den genannten Zeitraum durch Zeitablauf vereitelt werden würde (§ 935 ZPO). Eine sofortige Durchsetzung dieses Anspruchs ist insbesondere deshalb notwendig, weil die Tätigkeit als Lehrer zur Anstellung eine Voraussetzung

zur Zulassung zur Zweiten Staatsprüfung für die Lehrämter und damit zur Erlangung des Berufszieles einer Lehrerin ist (vgl. §§ 11, 12 Berliner Lehrerbildungsgesetz sowie § 2 Abs. 3 Nr. 4 der Vierten Verordnung über die schulpraktische Ausbildung im Anschluß an die Erste Staatsprüfung vom 8. 4. 1970 und § 4 Abs. 3 Nr. 4 der Dritten Verordnung über die Zweite Staatsprüfung für die Lehrämter vom 16. 4. 1964 in der Neufassung vom 2. 2. 1973).

### I.

Das Arbeitsgericht ist zur Entscheidung über den Antrag auf Erlaß der einstweiligen Verfügung sachlich zuständig. Wenn die Klägerin den Abschluß eines Arbeitsvertrages und in Verfolg dieses Arbeitsvertrages ihre Beschäftigung fordert, so macht sie damit einen bürgerlich-rechtlichen Anspruch im Verhältnis zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber im Sinne von § 2 Abs. 1 Nr. 2 ArbGG geltend (Rechtsstreitigkeiten aus Verhandlungen über die Eingehung eines Arbeitsverhältnisses). An dieser Feststellung ändert auch der Umstand nichts, daß Artikel 33 Abs. 2 Grundgesetz als die den Anspruch materiell entscheidend stützende Norm dem öffentlichen Recht angehört. Denn bei der Frage, ob Artikel 33 Abs. 2 Grundgesetz zur Anerkennung eines Einstellungsanspruchs der Klägerin führen kann, handelt es sich lediglich um eine öffentlich-rechtliche Vorfrage im Rahmen der arbeitsrechtlichen Streitigkeit über den Anspruch auf Abschluß eines Arbeitsvertrages. An dieser formalen Zuordnung des Rechtsstreits ändert sich auch nichts dadurch, daß inhaltlich der Beantwortung der öffentlich-rechtlichen Vorfrage die ganz entscheidende Bedeutung für die Zuerkennung des zwischen den Parteien streitigen arbeitsrechtlichen Einstellungsanspruchs ist.

### II.

Angesichts der Zuerkennung eines Einstellungsanspruchs aufgrund von Artikel 33 Abs. 2 Grundgesetz kann es dahingestellt bleiben, ob der Klägerin ein derartiger Einstellungsanspruch auch aufgrund einer verbindlichen, im Rahmen der Bewerbungsverhandlungen erklärten Zusage der Beklagten oder sogar aus Artikel 12 Abs. 1 S. 1 Grundgesetz zuerkannt werden könnte.

1. [...]

2. Sicherlich ist es nicht von der Hand zu weisen, daß der Anspruch der Klägerin sich auch aus Artikel 12 Abs. 1 S. 1 Grundgesetz ergeben könnte. Insoweit wäre jedoch zunächst zu berücksichtigen, daß Artikel 33 Grundgesetz als Spezialvorschrift für alle Berufe des öffentlichen Dienstes weitgehend Sonderregelungen enthält, so daß sich die Berufsfreiheit der Bewerber auf das Recht des gleichen Zugangs zu den öffentlichen Ämtern reduziert (Bundesverfassungsgericht, Entscheidung 16, 6, 21; Bundesverwaltungsgericht Entsch. 9, 334, 336; Bachof, JZ 1966, 167, 173) und demgemäß der von der Klägerin geltend gemachte Anspruch ohnehin nach den in Artikel 33 Abs. 2 Grundgesetz aufgestellten Kriterien beurteilt werden müßte. Eine andere den Bewerber in seiner grundrechtlichen Position noch stärker stützende Bewertung kommt jedoch deshalb in Betracht, weil die Beschäftigung als Lehrer z. A. Zulassungsvoraussetzung für die Zweite Staatsprüfung für das Lehramt ist und demgemäß diese Tätigkeit als Inanspruchnahme einer »Ausbildungsstätte« im Sinne von Artikel 12 Abs. 1 S. 1 Grundgesetz angesehen werden müßte. Diese in der Rechtsprechung der Oberverwaltungsgerichte offenbar sehr

umstrittene Frage, ob die Tätigkeit eines Lehrers zwischen der Ersten Staatsprüfung und der Zweiten Staatsprüfung auch als Inanspruchnahme einer Ausbildungsstätte im Sinne von Artikel 12 Abs. 1 S. Grundgesetz qualifiziert werden kann (bejahend: BayVGH, ZBR 1973, 27 ff.; BayVGH, ZBR 1974, 136; VG Neustadt, ZBR 1973, 147 ff.; verneinend: OVG Rheinland-Pfalz, ZBR 1973, 338 ff. und wohl auch VGH Baden-Württemberg, ZBR 1973, 176 ff.), braucht vom Gericht nicht beantwortet zu werden, weil sich der Einstellungsanspruch der Klägerin jedenfalls aus Artikel 33 Abs. 2 Grundgesetz ergibt.

### III.

1. Der Anspruch der Klägerin auf Einstellung in den Schuldienst im Angestelltenverhältnis ergibt sich aus Artikel 33 Abs. 2 Grundgesetz, der den gleichen Zugang aller Deutschen zu jedem öffentlichen Amt nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung gewährleistet.

Die Tätigkeit eines angestellten Lehrers im Berliner Schuldienst ist als öffentliches Amt im Sinne des Art. 33 Abs. 2 Grundgesetz anzusehen. Die Vorschrift des Art. 33 Abs. 2 ergreift ganz allgemein den öffentlichen Dienst in seiner verfassungsrechtlichen Stellung und ist deshalb weit auszulegen. Demgemäß kommen, wie sich im übrigen auch aus einer vergleichenden Betrachtung von Abs. 2 und Abs. 4 des Art. 33 Grundgesetz ergibt, als Träger eines öffentlichen Amtes im Sinne von Art. 33 Abs. 2 Grundgesetz nicht nur Beamte, sondern selbstverständlich auch Angestellte in Betracht, wenn sie nur eine Tätigkeit ausüben, die materiell-öffentliche Verwaltung ist (in diesem Sinne auch BAG AP Nr. 1 zu Art. 33 Abs. 2 GG). Die Qualifizierung der Schule als öffentliche Verwaltung folgt schon aus Art. 7 Abs. 1 Grundgesetz.

2. Art. 33 Abs. 2 Grundgesetz gewährleistet den Bewerbern um ein öffentliches Amt nicht lediglich ein gleiches Recht auf Bewerbung (so aber von Mangold/Klein, Grundgesetz, Art. 33, Anm. IV 1, 5; BVerWGE 2, 151, 153), sondern ein Recht auf gleiche Behandlung der Bewerbung nach den aufgeführten Kriterien (Eignung, Befähigung und fachliche Leistung), das sich in einem Sonderfall zu einem Einstellungsanspruch verdichten kann (vgl. das bisher nur auszugsweise veröffentlichte Urteil des LAG Bremen vom 25. 1. 1974 – 1 Sa 100/73 – S. 16/17). Art. 33 Abs. 2 dient sowohl dem Schutz der Verwaltung und damit der Allgemeinheit vor ungeeigneten Bewerbern als auch dem Schutz des einzelnen Bewerbers vor ungerechtfertigter Benachteiligung. Diese Doppelfunktion dient wiederum der Durchsetzung des Leistungsprinzips des Art. 33 Abs. 2 Grundgesetz, das durch die drei aufgestellten Kriterien insbesondere betont wird (vgl. dazu von Münch, Öffentlicher Dienst, in Besonderes Verwaltungsrecht, 1969, S. 42; Battis, JZ 1972, 384, 387). Allein diese Auslegung des Art. 33 Abs. 2 im Sinne eines Rechtes des Bewerbers auf gleiche Behandlung seiner Bewerbung erscheint mit der vom Grundgesetz in Art. 12 Abs. 1 S. 1 getroffenen Bewertung vereinbar. Wenn nämlich Art. 12 Abs. 1 S. 1 für Berufe des öffentlichen Dienstes nur eingeschränkte Bedeutung haben soll bzw. Art. 33 Abs. 2 Grundgesetz insoweit *lex specialis* zu Art. 12 Abs. 1 S. 1 Grundgesetz sein soll, dann muß Art. 33 Abs. 2 Grundgesetz jedenfalls im Lichte der grundsätzlichen Wertentscheidung für die Freiheit der Berufswahl ausgelegt werden. Dies gilt insbesondere deshalb, weil der Staat in immer stärkerem Maße Aufgaben, die früher von der privaten Wirtschaft erledigt wurden, an sich zieht und demgemäß als Dienstherr immer stärkere Bedeutung gewinnt. Gerade angesichts der ständigen Zunahme des öffentlichen Dienstes erscheint es zwingend geboten, Art. 33 Abs. 2

Grundgesetz im Sinne eines subjektiven Rechts des Bewerbers auf gleiche, d. h. nur an den in Art. 33 Abs. 2 Grundgesetz genannten Kriterien ausgerichtete Behandlung seiner Bewerbung zu verstehen. Mit einem solchen Verständnis des Art. 33 Abs. 2 Grundgesetz ist es unvereinbar, wenn man der Verwaltung für die Entscheidung, ob und welchen Bewerber sie einstellt, einen Ermessensspielraum im Sinne der verwaltungsrechtlichen Terminologie einräumen wollte. Eine Relativierung des Rechts der Bewerber um ein öffentliches Amt folgt nur daraus, daß dem öffentlichen Dienstherrn bei der Auslegung der unbestimmten Rechtsbegriffe »Eignung, Befähigung und fachliche Leistung« ein gerichtlich nur in begrenztem Umfang nachprüfbarer Beurteilungsspielraum zusteht (in diesem Sinne Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art. 33, Rdn. 16).

Die Zuerkennung eines solchen Rechts eines Bewerbers kollidiert auch nicht mit der als selbstverständlich anzuerkennenden staatlichen Organisationsgewalt und der aus ihr abzuleitenden Ämterhoheit. Das Recht eines Bewerbers auf gleiche Behandlung seiner Bewerbung entfaltet vielmehr seine Bedeutung erst dann, wenn der Staat aufgrund seiner Ämterhoheit ein öffentliches Amt eingerichtet hat, das zu besetzen ist. In diesem Sinne ist das subjektive Recht des Bewerbers der staatlichen Organisationsgewalt nachgeordnet.

Die Anerkennung der staatlichen Organisationsgewalt kann jedoch nicht dazu führen, daß dem Staat bei der Besetzung der von ihm eingerichteten Stellen – d. h. dann, wenn er seine Organisationsgewalt bereits ausgeübt hat – ein Ermessen bei der Auswahl der Bewerber eingeräumt werden müßte. Dem Staat kann daher nur für die Frage, ob er überhaupt Stellen einrichten soll, ein – im übrigen sehr weiter – Ermessensspielraum zuerkannt werden; hat er jedoch in Ausübung seines Ermessens tatsächlich Stellen eingerichtet, so ist er bei der Besetzung dieser Stellen und der Auswahl der Bewerber an Art. 33 Abs. 2 Grundgesetz gebunden.

3. Über das Recht auf gleichen Zugang hinaus kann dem Bewerber um ein öffentliches Amt in Sonderfällen aufgrund von Art. 33 Abs. 2 Grundgesetz auch ein Recht auf den Zugang selbst zuerkannt werden. Ein solcher Anspruch auf Zugang besteht dann, wenn auch unter Berücksichtigung des gerichtlich nicht überprüfbar Beurteilungsspielraumes bei der Anwendung der unbestimmten Rechtsbegriffe »Eignung, Befähigung und fachliche Leistung« nur noch eine einzige Entscheidung der Einstellungsbehörde, nämlich die der Einstellung eines bestimmten Bewerbers, als rechtmäßig angesehen werden kann. Demgemäß wird für den Bereich des Beamtenrechts einem Beamtenbewerber ein Ernennungsanspruch dann zuerkannt, wenn sich seine Ernennung als die einzig rechtmäßige Entscheidung der Behörde darstellt (vgl. BVerwGE 15, 3, 5; VGH Mannheim, DVBl 1968, 256; von Münch, a. a. O., S. 42; Battis JZ 1972, 384, 388). Ein derartiger Ernennungsanspruch ist insbesondere dann gegeben, wenn ein Beamtenbewerber unter Berücksichtigung der in Art. 33 Abs. 2 zum Ausdruck kommenden Kriterien eindeutig, d. h. auch bei Anerkennung eines Beurteilungsspielraums, als der am besten qualifizierte Bewerber anzusehen ist, jedoch aus sachwidrigen Gründen nicht ernannt wird.

Diese Grundsätze müssen auch auf die Begründung eines Angestelltenverhältnisses übertragen werden, wenn der Staat öffentliche Ämter durch Angestellte besetzt. Zwar bewegt sich der Staat insoweit formal auf dem Gebiete des Privatrechts, so daß ihm bei der Auswahl der Bewerber um ein Angestelltenverhältnis grundsätzlich das Prinzip der Vertragsfreiheit in seiner besonderen Ausformung der Abschluß- bzw. Auswahlfreiheit zustehen könnte. Mit einer derartigen Betonung der Vertragsfreiheit des Staates bei der Besetzung öffentlicher Ämter würde man jedoch verkennen, daß der Staat nicht schon deshalb, weil er privatrechtlich handelt, seiner Bindung an die Grundrechte und sonstige verfassungsrechtliche Normen enthoben ist (vgl.

insoweit Maunz-Dürig-Herzog, Grundgesetz, Art. 1, Rdn. 134). Mindestens in dem Bereich, bei dem es sich um materiell »öffentliche« Verwaltung handelt, ist der Staat auch dann an die Grundrechte bzw. an grundrechtsähnliche Rechtspositionen wie Art. 33 Abs. 2 Grundgesetz gebunden, wenn er in der Rechtsform des Privatrechts handelt. Anderenfalls könnte sich die öffentliche Verwaltung durch bloße Auswechslung der Rechtsform ihrer öffentlich-rechtlichen Verantwortung entziehen. Mit der Einrichtung von Schulen und der Besetzung dieser Schulen durch Lehrer kommt der Staat einer öffentlichen Aufgabe nach, was sich sowohl aus Art. 7 Grundgesetz als auch aus dem Berliner Schulgesetz ergibt. Für den Bereich der Besetzung von öffentlichen Ämtern, d. h. auch für die Einstellung von Lehrern, geht mit anderen Worten Art. 33 Abs. 2 Grundgesetz dem Prinzip der Vertragsfreiheit vor.

4. Unter Berücksichtigung der vorstehend erörterten Grundsätze muß der Klägerin gegen die Beklagte ein Anspruch auf Abschluß eines Arbeitsvertrages zuerkannt werden.

Da im Bezirk Kreuzberg unstreitig freie Lehrerstellen zu besetzen sind, ist die Grundvoraussetzung für die Anwendung des Art. 33 Abs. 2 Grundgesetz gegeben. Ein Einstellungsanspruch der Klägerin gemäß Art. 33 Abs. 2 Grundgesetz kommt unter folgenden, alternativ möglichen Voraussetzungen in Betracht:

1. Die Klägerin ist sämtlichen anderen Bewerbern für die Besetzung einer Stelle eines Lehrers zur Anstellung unter Berücksichtigung der Kriterien des Art. 33 Abs. 2 Grundgesetz eindeutig überlegen.

2. Die Klägerin war – entweder weil sie die einzige Bewerberin war oder weil sie aufgrund einer Vorauswahl unter mehreren Bewerbern den Vorzug erhalten hatte – aufgrund der normalerweise üblichen Prüfung einer Bewerbung für eine Anstellung vorgesehen, ist jedoch letztlich aufgrund von Erwägungen, die nicht durch Art. 33 Abs. 2 Grundgesetz gerechtfertigt sind, nicht eingestellt worden.

Im Streitfall liegen nach der Überzeugung des Gerichts die Voraussetzungen dieser zweiten Alternative vor. Der behördliche Entscheidungsprozeß hinsichtlich der Bewerbung der Klägerin war soweit vorangeschritten, daß mit der Einstellung der Klägerin ohne weiteres gerechnet werden konnte, wenn nicht die Zweifel an ihrer Verfassungstreue aufgekommen wären. Die von der Beklagten angeführten Zweifel an der Verfassungstreue der Klägerin waren das einzige Einstellungshindernis. Ohne diese nach Auffassung der Beklagten bestehenden Zweifel wäre die Klägerin nach der Überzeugung des Gerichts eingestellt worden.[. . .]

Es kann deshalb bezüglich der Entscheidung des Rechtsstreits nur noch darum gehen, ob die von der Beklagten angeführten Zweifel an der demokratischen Gesinnung der Klägerin gerechtfertigt waren und damit die »Eignung« der Klägerin aufgrund neuer Tatsachen in zulässiger Weise in Frage gestellt werden konnte. Wenn dagegen diese Zweifel ungerechtfertigt waren, so daß die zunächst von der Beklagten bejahte Eignung der Klägerin nicht mehr in Frage gestellt werden konnte, dann muß der Klägerin der Einstellungsanspruch zuerkannt werden, unabhängig davon, ob der Beklagten auch noch andere Bewerber zur Verfügung stehen. In diesem Zusammenhang ist schließlich auch noch darauf hinzuweisen, daß die Beklagte ihrerseits nicht einmal behauptet hat, ihr hätten geeigneter Bewerber als die Klägerin zur Verfügung gestanden.

Aufgrund der Umstände, daß die Klägerin 1970 in München an der besagten Demonstration und während ihres Aufenthalts in Berlin an mehreren Demonstrationen teilgenommen hat, ergeben sich nach Auffassung des Gerichts keine begründeten Zweifel an ihrer verfassungstreuen Einstellung; in gleicher Weise können daraus keine negativen Schlüsse im Hinblick auf ihre Eignung für das Amt eines Lehrers im öffentlichen Dienst gezogen werden.

Das Gericht verkennt nicht, daß bei einer Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs »Eignung« die verschiedensten Deutungen möglich sind. Allein dies rechtfertigt auch die Annahme, daß der Verwaltung insoweit ein gerichtlich nicht nachprüfbarer Beurteilungsspielraum zusteht. Es geht im vorliegenden Rechtsstreit auch gar nicht darum, den Begriff der »Eignung« positiv abzugrenzen, d. h. darzulegen, welche Voraussetzungen gegeben sein müssen, damit ein Bewerber als geeignet angesehen werden kann. Es geht vielmehr allein um eine negative Abgrenzung in dem Sinne, daß bestimmte Eigenschaften bzw. Verhaltensweisen eines Bewerbers in keinem Falle zu der Bewertung führen können, er sei für das zu besetzende Amt nicht geeignet. Eine solche negative Abgrenzung erscheint insbesondere deshalb notwendig, weil sonst der unbestimmte Rechtsbegriff der Eignung zum Einfallstor für eine Umgehung des Art. 33 Abs. 2 Grundgesetz werden könnte (vgl. Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art. 33, Rdn. 19).

Demgemäß muß der vom Grundgesetz her zulässige Sinn des Begriffs »Eignung« durch die von der Verfassung ausgesprochenen Diskriminierungsverbote beschränkt werden. Ein ganz spezielles Diskriminierungsverbot enthält zunächst Art. 33 Abs. 3 Grundgesetz, wonach das religiöse Bekenntnis und die Weltanschauung nicht zum Anknüpfungspunkt für die Zulassung zu öffentlichen Ämtern gemacht werden dürfen. Darüber hinaus muß der Begriff »Eignung« weiterhin in dem Sinne beschränkt werden, daß die nach dem speziellen Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 Abs. 3 Grundgesetz unzulässigen Abgrenzungskriterien (z. B. die politische Anschauung) nicht als Kriterien zur Konkretisierung des Begriffs der Eignung verwendet werden dürfen. Deshalb darf kein Bürger wegen seiner politischen Anschauungen für ungeeignet zum öffentlichen Dienst erklärt werden (vgl. Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art. 33, Rdn. 21, 23). Eine letzte negative Eingrenzung des Begriffs der »Eignung« ergibt sich schließlich aus dem allgemeinen Willkürverbot (in diesem Sinne offenbar BAG AP Nr. 1 zu Art. 33 Abs. 2 GG). So kann z. B. keinem Bewerber die Eignung für ein öffentliches Amt deshalb abgesprochen werden, weil er – im Gegensatz zu anderen Bewerbern – von bestimmten Grundrechten, insbesondere den öffentlichkeitswirksamen Grundrechten der Kommunikationssphäre (Art. 5, Art. 8 und Art. 9 Grundgesetz), Gebrauch gemacht hat.

Demgegenüber kommt das fehlende Bekenntnis zur freiheitlichen demokratischen Grundordnung im Sinne des Grundgesetzes (§ 8 Abs. 1 Satz 2 BAT) nach Auffassung des Gerichts durchaus als ein zur Verneinung der Eignung führendes Kriterium in Betracht. Es ist mit anderen Worten mit dem Wesensgehalt des Art. 33 Abs. 2 Grundgesetz vereinbar, wenn von dem Bewerber für ein öffentliches Amt das Bekenntnis zur freiheitlich demokratischen Grundordnung im Sinne einer Eignungsvoraussetzung verlangt wird. Bei dieser Bewertung kann es im Gegensatz zu der Auffassung des Landesarbeitsgerichts Bremen in seinem oben zitierten Urteil vom 25. Januar 1924 nicht darauf ankommen, ob eine solche Bekenntnispflicht allgemein aus § 8 Abs. 1 S. 2 BAT hergeleitet werden kann. Denn es geht gar nicht um die Frage, aufgrund welcher Rechtsnormen eine solche Bekenntnispflicht verlangt wird, sondern allein um die anders gelagerte Frage, ob das Verlangen nach einem solchen Bekenntnis und damit die verfassungstreue Einstellung eines Bewerbers Eignungsvoraussetzung im Sinne des Art. 33 Abs. 2 Grundgesetz sein kann. Dies ist für den Bereich der öffentlichen Ämter möglicherweise mit Abstufungen, jedenfalls aber für das Amt des Lehrers ohne weiteres zu bejahen. Da den Lehrern aufgrund ihres Erziehungsauftrages eine besondere Wirkung als »Multiplikatoren« zukommt, muß der Staat auf die Verfassungstreue der Lehrer unbedingten Wert legen (vgl. BayVGh, ZBR 1973, 27 ff.). Auch unter Berücksichtigung dieser Einschränkung bestehen an der »Eignung« der Klägerin nach Auffassung des

Gerichts keine Bedenken. Die Klägerin hat sich sowohl in dem protokollierten Gespräch mit dem Stadtrat für Volksbildung, Herrn Hänel, als auch in ihrer eidesstattlichen Versicherung vom 7. März 1975 zur freiheitlich demokratischen Grundordnung bekannt. Dieses Bekenntnis muß genügen, um die Klägerin als geeignet für das öffentliche Amt einer Lehrerin anzusehen. Demgegenüber kann nicht eingewendet werden, es handle sich um ein rein formales Bekenntnis, das als solches keinen Wert habe, weil auch Verfassungsfeinde ein solches Bekenntnis abgeben werden. Dieser Einwand ist deshalb ungerechtfertigt, weil üblicherweise von keinem Bewerber mehr als dieses formale Bekenntnis verlangt wird. Denn kein Bewerber für ein öffentliches Amt muß z. B. positiv darlegen, mit welchen einzelnen Handlungen er im Laufe seines Lebens bzw. in der letzten Zeit aktiv für die Verwirklichung der freiheitlich demokratischen Grundordnung im Sinne des Grundgesetzes eingetreten ist. Demgemäß kann das im Rahmen von Bewerbungsgesprächen notwendigerweise formale, d. h. materiell nicht überprüfbare Bekenntnis eines Bewerbers nur dann als nicht ausreichend angesehen werden, wenn sich konkrete Anhaltspunkte dafür ergeben, daß es der Bewerber mit diesem Bekenntnis nicht ernst meint. Im Grunde sind sich in dem unter dem Stichwort »Radikale im öffentlichen Dienst« geführten Streit hinsichtlich dieses Obersatzes sämtliche Vertreter der unterschiedlichen Ansichten einig. Die wesentlichen Auseinandersetzungen in diesem teilweise sehr emotional geführten Streit gehen im Grunde darum, aus welchen Anhaltspunkten in der Persönlichkeit bzw. im Verhalten eines Bewerbers sich ernsthafte Zweifel an seiner verfassungstreuen Einstellung ergeben. Insoweit wird insbesondere darüber gestritten, ob allein die Mitgliedschaft oder die Tätigkeit für eine vom Bundesverfassungsgericht zwar nicht gemäß Art. 21 Abs. 2 S. 2 Grundgesetz für verfassungswidrig erklärte, aber von weiten Teilen der Öffentlichkeit für verfassungswidrig gehaltene Partei ausreichenden Anlaß zu Zweifeln an der verfassungstreuen Einstellung eines Bewerbers geben kann (eine Übersicht zum Streitstand sowohl in der Rechtsprechung als auch in der Rechtswissenschaft findet sich bei Weiß, ZBR 1974, 81 sowie bei Arndt ZBR 1974, 121 und Saenger, ZBR 1974, 128).

Auch unter Berücksichtigung der unterschiedlichen Auffassungen bezüglich dieses vorstehend skizzierten Streites reichen die von der Beklagten herangezogenen Anhaltspunkte im Falle der Klägerin keinesfalls aus, um Zweifel an ihrer verfassungstreuen Einstellung zu begründen. Soweit die Klägerin an Demonstrationen teilgenommen hat, muß die Beklagte darauf verwiesen werden, daß die Klägerin damit von dem durch Art. 8 Grundgesetz verbürgten Grundrecht der Versammlungsfreiheit Gebrauch gemacht hat (vgl. dazu von Münch, Grundgesetz-Kommentar, 1974, Art. 8, Rdn. 18 ff.). Die Beklagte hat selbst nicht behauptet, daß es sich dabei um unfriedliche Demonstrationen gehandelt habe und daß die Klägerin sich etwa bewußt und aktiv an derartigen unfriedlichen, durch Art. 8 Grundgesetz nicht gedeckten Demonstrationen beteiligt hat. Ebenso wenig liegen Anhaltspunkte dafür vor, daß die Klägerin im Rahmen einer dieser Demonstrationen individuell rechtswidrige Handlungen begangen hat. Wenn aber der Klägerin weder ein individueller Rechtsbruch noch die Teilnahme an einem kollektiven Rechtsbruch (z. B. einer rechtswidrigen Demonstration) vorgeworfen werden kann, so besteht keine Veranlassung, an ihrer durch ihr Bekenntnis erklärten Verfassungstreue zu zweifeln. Wenn die Klägerin das Recht für sich in Anspruch nimmt, von den durch das Grundgesetz verbürgten Kommunikationsgrundrechten in einem Ausmaß Gebrauch zu machen, das viele Menschen, die von diesen Rechten so wenig Gebrauch machen, verunsichert, so kann ihr daraus kein Vorwurf gemacht werden. Denn wer sich für die öffentlichen Angelegenheiten aktiv interessiert, kann sich nicht darauf

beschränken, sich lediglich zu informieren, sondern wird seinerseits die kollektive Kommunikation suchen. Ein solches Kommunikationsverhalten erscheint zwar bedauerlicherweise vielen Mitbürgern unverständlich, ja suspekt, bewegt sich aber eindeutig im Rahmen der verbürgten Grundrechte der Art. 8 und 5 Grundgesetz. Derartige politische Aktivitäten, die sich in der Teilnahme an Demonstrationen ausdrücken, können als solche nie Zweifel an der verfassungstreuen Einstellung eines Bürgers begründen; sie können im Gegenteil sogar für eine aktive Wahrnehmung grundrechtlicher Positionen und damit für ein aktives Bekenntnis zur freiheitlich demokratischen und sozialen Grundordnung des Grundgesetzes sprechen. Abschließend sei in diesem Zusammenhang noch darauf hingewiesen, daß selbstverständlich auch die Mitgliedschaft der Klägerin in der Gewerkschaft Erziehung und Wissenschaft, der Mitgliedsgewerkschaft des Deutschen Gewerkschaftsbundes, keinerlei Zweifel an der von ihr bekundeten Verfassungstreue wecken kann. Demgemäß kann die Eignung der Klägerin für das Amt einer Lehrerin, die von der Beklagten grundsätzlich bereits bejaht worden war, im Hinblick auf die in diesem Prozeß eingeführten Anhaltspunkte keinesfalls verneint werden. Der Klägerin muß daher gemäß Art. 33 Abs. 2 Grundgesetz ein Anspruch auf Abschluß des von der Beklagten üblicherweise mit Lehrern z. A. abzuschließenden Arbeitsvertrages zuerkannt werden.

#### IV.

Wenn der Klägerin ein Anspruch auf Abschluß eines Arbeitsvertrages, d. h. ein Einstellungsanspruch, zuerkannt wird, dann steht ihr damit automatisch auch ein Beschäftigungsanspruch zu. Im Gegensatz zu der früher vertretenen Auffassung, wonach ein Beschäftigungsanspruch nur bestimmten Berufsgruppen von Arbeitnehmern (z. B. Künstlern) zuerkannt worden war, ist seit der grundlegenden Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 10. 11. 1955 allgemein anerkannt, daß *jedem* Arbeitnehmer ein Beschäftigungsanspruch im Sinne eines Rechts auf vertragsgemäße Beschäftigung zusteht (vgl. BAG AP Nr. 2 zu § 611 BGB Beschäftigungspflicht; Hanau-Adomeit, Arbeitsrecht, 2. Aufl. 1973, S. 160). Dieser allgemeine Beschäftigungsanspruch ergibt sich aus der grundgesetzlichen Anerkennung der personalen Würde jedes Menschen (Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG). Es wäre mit der Würde eines Arbeitnehmers und mit seinem Recht auf freie Entfaltung seiner Persönlichkeit unvereinbar, wenn ein Arbeitgeber ihm das Recht zur vertragsgemäßen Arbeit verweigert und ihn auf den bloßen Anspruch auf Arbeitsentgelt (§ 615 S. 1 BGB) verweisen könnte. Jeder Mensch sucht in der Arbeit sich selbst zu verwirklichen. Wenn schon bedauerlicherweise viele Menschen nicht die Arbeit finden, in der sie sich selbst verwirklichen können, dann muß man als grundgesetzlichen Minimalschutz jedem Arbeitnehmer wenigstens einen Anspruch auf Beschäftigung mit den Arbeiten geben, die er mit seinem Arbeitgeber vertraglich vereinbart hat bzw. die sein Arbeitgeber mit ihm vertraglich zu vereinbaren verpflichtet ist. Ein solcher Beschäftigungsanspruch ist in besonderem Maße für diejenigen Arbeitnehmer anzuerkennen, die sich noch in der Ausbildung befinden und die Beschäftigung benötigen, um ihre Ausbildung überhaupt beenden zu können. Diese Bewertung gilt auch für die Klägerin; denn die Klägerin ist auf die Beschäftigung als Lehrerin z. A. angewiesen, wenn sie zur zweiten Lehrprüfung zugelassen werden will.

Die Klägerin kann ihren Beschäftigungsanspruch entgegen der Auffassung der Beklagten auch im Wege einer einstweiligen Verfügung gemäß § 935 ZPO durchsetzen. Der Verfügungsgrund ist schon deshalb gegeben, weil die Klägerin angesichts des Zeitablaufs sonst ihren Beschäftigungsanspruch jedenfalls für die Zeit bis zur Entscheidung über die Hauptklage nicht verwirklichen könnte und darüber hinaus in ihrem Streben nach praktischer Anwendung ihrer während des Studiums erworbenen theoretischen Kenntnisse und in ihrer Hoffnung auf den zügigen Abschluß ihrer Ausbildung in unangemessener Weise zurückgeworfen werden würde.

[. . .] Es ist eine Erfahrungstatsache, daß auch jüngere Menschen durch eine längere Unterbrechung ihrer Ausbildung in der Erreichung der gesteckten Ausbildungsziele weit zurückgeworfen werden können. Dies gilt auch für das zweistufige Ausbildungsmodell, in dem der überwiegend theoretischen Ausbildung des Studiums an der Pädagogischen Hochschule die überwiegend praktische Ausbildung, bestehend aus dem Einsatz als Lehrer z. A. und der Seminarteilnahme, folgt. Nachdem die Klägerin seit dem Bestehen der ersten Lehrprüfung nunmehr nahezu 6 Monate ohne Beschäftigung gewesen ist, erscheint es unumgänglich notwendig, daß sie nunmehr mit Beendigung der Osterferien die Beschäftigung als Lehrerin z. A. aufnimmt. [. . .]

[. . .]

[Az.: 19 Ga 5/75]\*

gez. Dr. Preis

## Urteil des Landesarbeitsgerichts Berlin vom 12. 5. 1975

IM NAMEN DES VOLKES

Urteil

In dem Rechtsstreit

Land *Berlin*,

vertr. d. d. Bezirksamt Kreuzberg, Abteilung Volksbildung, [. . .]

Verfügungsbekl. und Berufsklägerin

[. . .]

gegen die Lehramtsanwärterin [. . .]

Verfügungskl. und Berufungsbeklagte,

[. . .]

hat das Landesarbeitsgericht Berlin, 3. Kammer, auf die mündliche Verhandlung vom 12. Mai 1975 durch die Vorsitzende Richterin am Landesarbeitsgericht Dr. Höhlmann als Vorsitzende und die ehrenamtlichen Richter Wailand und Kuhlisch für Recht erkannt:

Die Berufung der Verfügungsbeklagten gegen die einstweilige Verfügung des Arbeitsgerichts Berlin – 19 Ga 5/75 – vom 20. März 1975 wird kostenpflichtig zurückgewiesen.

[. . .]

\* Die Entscheidung der 2. Instanz ist nachstehend abgedruckt, d. Red.