

Kommentare und Berichte

Die Transformation der Verfassung durch die Berufsverbote*

Anmerkungen zu dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts im Fall Lenhardt¹

1. Zu kommentieren ist ein Urteil, dessen Leitsätze in den nächsten Jahren zu den meistzitiertesten Äußerungen eines deutschen Gerichts seit dem »Kreuzberg-Urteil« des Preußischen Oberverwaltungsgerichts aus dem Jahre 1882² gehören werden. Hunderte von Verwaltungsbescheiden werden darauf verweisen, daß »die von Bewerbern um Übernahme in den Beamtdienst geforderte Gewähr des jederzeitigen Eintretens für die freiheitliche demokratische Grundordnung im Sinne des Grundgesetzes ein persönliches Eignungsmerkmal im Sinne des Art. 33 Abs. 2 GG« ist und »daher Verfassungsvorrang« hat.³ In jeder juristischen Fachzeitschrift und vielen Festschriften wird nachvollzogen werden, warum trotz allseitiger Hochachtung vor dem »Parteienprivileg« des Art. 21 GG »die Mitgliedschaft und Berätigung eines Beamtenbewerbers in einer nicht verbotenen Partei« es nicht ausschließt, »die damit zusammenhängenden tatsächlichen Umstände unter dem Gesichtspunkt seiner Eignung zum Beamten zu überprüfen«.⁴ Kaum ein deutsches Verwaltungsgericht wird von Prozessen verschont bleiben, in denen zu entscheiden ist, wann bei Bewerbern für ein Ausbildungsverhältnis »Ausnahmen« von der grundsätzlich zufordernden »Verfassungstreupflicht«⁵ zu machen sind.

* Zur gegenwärtigen Praxis der Berufsverbote im Öffentlichen Dienst aus politischen Gründen sowie den Möglichkeiten einer Gegenwehr vgl. die im folgenden genannten Beiträge aus der KJ. Soweit die abgedruckten Urteile Berufsverbote für rechtswidrig erklären, enthalten sie Beispiele für juristische Argumentationen zur Verteidigung gegen solche Maßnahmen.

Entscheidung des Arbeitsgerichts Berlin vom 20. 3. 1975 und Urteil des Landesarbeitsgerichts Berlin vom 12. 5. 1975 (Nichteinstellung einer Lehrerin wegen Teilnahme an Demonstrationen) in diesem Heft S. 306 und S. 316, Anatomie eines Berufsverbotes (Dokumentation zum Fall Narr) KJ 1975, S. 151; Erklärung von 100 baden-württembergischen Professoren gegen die Einstellungspraxis beim Öffentlichen Dienst, KJ 1975, S. 174; Urteil des Arbeitsgerichts Berlin vom 27. 5. 1974 (Berufsverbot für einen Sozialarbeiter) KJ 1975, S. 200; Urteil des Arbeitsgerichts Ludwigshafen vom 15. 9. 1974 (Entlassung eines kommunistischen Arztes) KJ 1975, S. 101; Klaus Groth, Berufsverbote – Funktion und Gegenwehr, KJ 1974, S. 111; Beschluß des Oberverwaltungsgerichts Berlin vom 25. 4. 1974 (Berufsverbot für eine Forschungsangestellte) KJ 1974, S. 190; Urteil des Arbeitsgerichts Pforzheim vom 7. 10. 1974 (Kündigung einer Sozialarbeiterin) KJ 1974, S. 74; Dauerzensur von Wissenschaft? (Dokumentation zur Überprüfung der Veröffentlichungen von Peter Brückner) KJ 1973, S. 444; Diethelm Damm, Berufsverbot durch Verfassungsschutz, KJ 1973, S. 447 (dazu s. a. die Stellungnahmen von Claus Arndt und Diethelm Damm in KJ 1974, S. 68, S. 183); Brauns/Leibfried/Wagner, Verbot der Rechtssoziologie in Berlin, KJ 1973, S. 72 (dazu Mußgnug KJ 1973, S. 223); Dokumentation zum »Fall« Mandel (Nichtberufung in Berlin) KJ 1972, S. 179; Urteil des Verwaltungsgerichts Gelsenkirchen vom 24. 6. 1971 (Nichteinstellung als Richter) KJ 1972, S. 112; Urteil des Arbeitsgerichts Ludwigshafen vom 1. 12. 1969 (Kündigung eines Fernmeldehandwerkers der Post wegen Ablehnung der Notstandsgesetze) KJ 1970, S. 234. (Red. KJ)

¹ Urteil vom 6. Februar 1975 – BVerwG II C 68/73. Da zum Zeitpunkt der Abfassung der folgenden Anmerkungen das Urteil noch nicht vollständig veröffentlicht war, wird es nach dem Text einer Abschrift von der Originalausfertigung zitiert. Auszugsweise ist das Urteil jetzt abgedruckt in: JZ 1975, S. 412 ff.

² PrOVG E 9, 353 ff.

³ S. 2, Leitsatz 2.

⁴ S. 3, Leitsatz 5.

⁵ S. 2, Leitsatz 4.

Die Urteilsgründe werden das Schicksal der Leitsätze nicht teilen. Bezeichnet das oben erwähnte »Kreuzberg-Urteil« den Beginn einer Rechtsprechung, die sich anschickte, gestützt auf ein differenziertes normatives Programm und eine komplexe Hermeneutik, die Reste des feudalen Staates in seine bürgerlichen Schranken zu weisen, so ist das Lenhardt-Urteil ein wichtiger Schritt auf dem Weg der *Rücknahme dieser judikativen Funktion in einen allgemeinen, die Gesellschaft überwuchern-den, staatlichen Gewaltzusammenhang*.

Dementsprechend haben die Urteilsgründe nichts mehr von der peniblen Aufbereitung normativer Grundlagen, die die deutsche Jurisprudenz seit den Tagen des Allgemeinen Preußischen Landrechts auszeichnete. Sie lassen die für die »Dritte Gewalt« konstitutive Bemühung um konsistente (Verfassungs-)Dogmatik und widerspruchsfreie Interpretationslogik weitgehend vermissen. Sie sind vielmehr gekennzeichnet durch einen inhaltlich wie stilistisch autoritären Duktus.

Daß politische Entscheidungen durch Legislative und Exekutive gefällt werden, Gerichte dagegen diese Entscheidungen auf ihre Vereinbarkeit mit einem vorgegebenen normativen, für die bürgerliche Gesellschaft konstitutiven Programm überprüfen, war als Kernsatz der Lehre von der Gewaltenteilung schon immer keine zureichende Beschreibung der sozialen Realität. Zu ungewiß ist, was eigentlich für die bürgerliche Gesellschaft konstitutiv ist, als daß nicht aus legitimationsbezogenen wie funktionellen Gründen immer auch die Gerichte konkrete Politik⁸, die Exekutive praktische Verfassungsgebung⁹ und die Legislative judikative Kontrollen übernommen hätten. Aber erst seit dem Beginn der siebziger Jahre beginnt dieser Zustand in einen *Prozeß des realen Abbaus funktioneller Differenzierung* umzuschlagen. Die einzelnen staatlichen Institutionen beantworten ihre zunehmende Insuffizienz bei der Bewältigung gesellschaftlicher Probleme dadurch, daß jede versucht, sich zum Wahrer aller staatlichen Funktionen aufzuspielen und mit allen ihr zur Verfügung stehenden Mittel »zu retten, was zu retten ist«¹⁰. Kaum eine staatliche Äußerung spiegelt diesen Prozeß und die ihm zugrundeliegende Selbstein-schätzung der Akteure deutlicher wider, als die Begründung des Bundesverwaltungsgerichts in der Lenhardt-Entscheidung.

Zentrale Topoi der Argumentation sind dabei die »obersten Grundwerte des Grundgesetzes«.¹¹ Ulrich K. Preuß hat mehrfach darauf hingewiesen, daß das wichtigste Ergebnis der in den letzten Jahrhunderten herausgebildeten »rationalisierten Rechtskultur« der Begriff der »Legalität« ist. Er versteht darunter den »Inbegriff einer rechtlichen Struktur, deren Elemente einen Grad der Bestimmtheit haben, daß ihr Vorliegen im Rahmen gesicherter Methoden in überprüfbarer Weise festgestellt werden und ein bestimmtes Verhalten daran überprüft werden kann«.¹² Dieser Begriff ist deshalb so zentral, weil er den Funktionsmodus der Bürokratie im Kapitalismus beschreibt: Nicht Intention und Folgen bürokratischen Handelns insgesamt sind entscheidend für dessen Bestand, sondern ausschließlich seine Übereinstimmung mit dem vorgegebenen normativen Programm. Eine Rekrutierung des bürokratischen Personals unter Beachtung des Legalitätsgrundsatzes hätte somit

⁸ Ein Tatbestand, der in der Rechtswissenschaft bisher hauptsächlich unter dem Gesichtspunkt der »Generalklauseln« diskutiert wurde, nach B. Rüthers, *Die unbegrenzte Auslegung, Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus*, Tübingen 1968, inzwischen aber weitgehend als Problem jeder Rechtsanwendung erkannt ist.

⁹ Vgl. H.-H. Hartwich, *Sozialstaatspostulat und gesellschaftlicher Status quo*, Köln 1970.

¹⁰ Vgl. U. K. Preuß, in: »Radikale« im öffentlichen Dienst? Eine Dokumentation, hrsg. von Knirsch/Nagel/Voegeli, Frankfurt 1973, 118 ff., der diesen Tatbestand mit mehreren Urteilen des Kammergerichts Berlin und des Bundesverfassungsgerichts belegt.

¹¹ S. 22 u. a.

¹² A. a. O. (vgl. Anm. 8), S. 122.

ausschließlich darauf abzustellen, ob ein Bewerber »Gewähr« dafür bietet, in diesem Sinne »legal« zu handeln.

297

Das Bundesverwaltungsgericht hält eine solche Gewähr zur »ordnungsgemäßen Erfüllung der Staatsaufgaben« nicht für ausreichend. »Beamtdienst« ist nach seiner Auffassung »Dienst an der freiheitlichen demokratischen Grundordnung« nicht nur in dem (legalen) Sinne, daß der Beamte rechtmäßig – und das heißt weisungsgemäß, gesetzmäßig und verfassungkonform – handeln muß, sondern auch in dem Sinne, daß über den rechtlichen Bereich hinaus Intentionen und Folgen seines Handelns dem »Grundwertesystem der Verfassung verpflichtet« sind.¹¹ Das Gericht exemplifiziert diese Auffassung an zwei Beispielen: dem Unterricht in der Grundschule und der Anwendung des Gleichheitssatzes beim Verwaltungshandeln. Beide Beispiele belegen, worauf die Entscheidung des Gerichts zielt: *Transformation unserer Verfassung aus einem System legaler Verbürgungen und entsprechender Staatsfunktionszuweisungen in ein System von Legitimationsformeln und entsprechender genereller staatlicher Durchsetzungskompetenz.*

Zum Unterricht an der Grundschule führt das Gericht aus, eines seiner Ziele »von großer staatspolitischer Bedeutung« sei es, »den Schülern das Wissen und die Überzeugung zu vermitteln, daß die freiheitliche Demokratie in der Prägung des Grundgesetzes bei allen ihren Schwächen und Unzulänglichkeiten ein verteidigungswertes und zu erhaltendes Gut ist, an dessen Gestaltung und Verwirklichung zu arbeiten Aufgabe aller staatsbewußten Bürger der Bundesrepublik Deutschland sein muß«.¹² »Ein selbständiger und unbeaufsichtigter Unterrichtender, der kein positives Verhältnis zu den unabdingbaren Grundprinzipien des Grundgesetzes hat . . . sondern ihnen bestenfalls neutral gegenüber steht«, sei jedoch nicht in der Lage, dieses Erziehungsziel zu verwirklichen. Zur Feststellung des mangelnden positiven Verhältnisses von Frau Lenhardt zu den unabdingbaren Grundwerten reicht dem Gericht dann die »freiwillige«¹³ Mitgliedschaft in der DKP.

Dieser Versuch, das Eignungskriterium vom System der Bildungspatente abzulösen und sowohl zu materialisieren, wie positiv zu konkretisieren – *de facto* eine politische Achtungskonstruktion –, muß schon deshalb scheitern, weil das Gericht eine konsistente Eignungsinterpretation nicht plausibel durchhalten kann: So ist es z. B. in der pädagogischen Wissenschaft noch niemandem gelungen, eindeutig festzustellen, wann einem Schüler die »Überzeugung« vermittelt ist, die ihm von Verfassungs wegen vermittelt werden soll. Noch viel weniger ist man sich darüber einig, durch wen und wie eine solche Vermittlung didaktisch richtig zu geschehen hätte. Einigkeit dürfte in der Wissenschaft nur darüber herrschen, daß ein einzelner Lehrer hier nie erfolgreich oder nicht erfolgreich sein kann. Überzeugungen sind ein soziales Problem. Angesehene Lernpsychologen wie A. und D. Tausch sind darüber hinaus der Meinung, daß die Vermittlung von Einstellungen hauptsächlich von der Form des Unterrichts abhängt; sie halten die herrschende Form des Frontalunterrichts für nahezu ungeeignet zur Vermittlung von demokratischen Wertvorstellungen.¹⁴ Kein deutsches Gericht würde – auch wenn es die Auffassungen von Tausch für erwiesen hielte – je entscheiden, daß ein Lehrer, der sich trotzdem für diese Methode ausgesprochen hätte, nicht Beamter werden dürfte. Dem stände nämlich

¹¹ Alle Zitate S. 20–23.

¹² S. 31.

¹³ S. 26: »zumal dann, wenn der Parteibeitritt auf Grund freier Willensentscheidung erfolgt ist . . .« Da in der Bundesrepublik Deutschland kein Fall denkbar ist, in dem jemand anders als durch »freie Willensentscheidung« einer Partei beitritt, muß man den Grund für diesen Nebensatz des Gerichts in der deutschen Vergangenheit suchen: zur NSDAP konnte man – jedenfalls nach dem glaubhaften Zeugnis vieler, die heute in hohen Ämtern walten und Recht sprechen – auch unfreiwillig kommen.

¹⁴ Annemarie und Reinhard Tausch, *Erziehungspychologie*, Göttingen 1971 (7. Auflage), S. 223 ff.

Art. 33 Abs. 2 GG entgegen. »Eignung« (interpretiert man den Begriff im Rahmen der obigen Legalitätsdefinition) kann immer nur heißen: Fehlen einer formell oder materiell zu Berufsausübung *mit Sicherheit* unabdingbaren Qualifikation. Kein Gericht würde trotz der Untersuchungen von A. und D. Tausch diese Sicherheit im Fall des für Frontalunterricht eintretenden Lehrers als gegeben erachten und kein Lehransatz der pädagogischen Wissenschaft erlaubt dem Bundesverwaltungsgericht diese Sicherheit im Fall des DKP-Mitglieds Lenhardt.

Es geht dem Gericht also nicht um eine »legale« Interpretation von Art. 33 Abs. 2 GG sondern um eine legitimatorische: der Staat dürfe die »Unterwanderung der Beamtenschaft«¹¹ durch nicht verfassungstreue Beamte nicht zulassen. Verfassungstreue – als Eignungsmerkmal zwei Seiten vorher noch neutralisierend definiert »wie körperliche Behinderung oder intellektuelle Unfähigkeit«¹² – gerät unter der Hand zum außerlegalen, politischen Kampfbegriff.

Die gleiche Argumentationsweise wird sichtbar, wenn das Gericht nachzuweisen versucht, warum ein DKP-Mitglied sich nicht auf den Gleichheitsgrundsatz (Art. 3 Abs. 3 GG) berufen dürfe, wenn es Beamter werden will. Dieses Grundrecht sei ein Recht aller Bürger. Zu ihrem Schutze müsse die Einstellungsbehörde prüfen, ob ein Beamtenbewerber »die Gewähr für die Erfüllung des den Bürgern aus Art. 3 Abs. 3 GG zustehenden Grundrechts bietet«.¹³ Engagierte Gewerkschaftsmitglieder als Arbeitsrichter, Ehegatten von Großindustriellen im Finanzministerium, katholische Kriminalinspektoren im Sittendezernat, katholische Richter in der Scheidungskammer – bieten sie diese Gewähr? Weil in jedem dieser Fälle dem Amtsträger eine *distanzierte* Amtsausübung zugemutet wird, würde jedes deutsche Gericht die Frage mit Recht bejahen. Selbst *konkrete* Verstöße gegen Art. 3 Abs. 3 GG würden diesen Amtsträgern nicht sofort ihr Amt kosten. Anders ist die Sache bei Frau Lenhardt. Ihr verwehrt nach Meinung des Bundesverwaltungsgerichts schon die *abstrakte* angebliche Gefahr für die Bürger die Aufnahme in den Staatsdienst. Bei ihr als DKP-Mitglied ist die Berufung auf Art. 3 Abs. 3 GG selbst Verfassungstreue, denn sie zeige, daß verkannt werde, »daß Art. 3 Abs. 3 GG als Grundrecht aller von ihm (dem Beamten, d. Verf.) ein bestimmtes Dienen in einer bestimmten Form verlangt«¹⁴, die Inanspruchnahme des Grundrechts somit »gleichsam gegen den Bürger«¹⁵ erfolge. Art. 3 Abs. 3 GG wird substantiell im Sinne »freiheitlicher Werte« aufgeladen, so daß eine Berufung auf rechtsstaatliche, allgemeine politische Verkehrsformen aus der »Natur der Sache« ins Leere greifen muß.

Das Gericht sieht Staat und bürgerliche Wertordnung in Gefahr.¹⁶ Weil es anders der Gefahr nicht Herr zu werden glaubt, überschreitet es die Grenze seiner herkömmlichen Funktion, nämlich der Legalitätskontrolle, und legitimiert die Maßnahmen, die es für nötig hält, um Staat und bürgerliche Wertordnung zu retten. Wieweit durch eine derartige offene Politisierung der Rechtsprechung die Funktion der Gerichte im bisherigen Sinn in Frage gestellt ist, zeigt die bewußt taktisch geführte Diskussion

¹¹ S. 39.

¹² S. 37.

¹³ S. 43.

¹⁴ S. 44.

¹⁵ Besonders natürlich den Staat: der »Stärke des Staates« zuliebe wäre das Gericht sogar bereit, das Parteienprivileg des Art. 21 GG überhaupt zu opfern, »wenn nicht verbürgt wäre, daß die zuständigen Behörden der verfassungstreuen Exekutive ihr Erkenntnismaterial über Tätigkeit und Ziel einer politischen Partei im Bewußtsein ihrer Verpflichtung gegenüber der freiheitlichen demokratischen Grundordnung sammeln und entsprechend behandeln« (S. 40). Mit dem Bürger ist das Gericht etwas großzügiger: »Wird die Ermittlung der Eignung eines Beamten (durch den Verfassungsschutz und andere zuständige Behörden – d. Verf.) nur in dem jeweils gebotenen Umfang vorgenommen, so stellt sie aber – wie das Bundesverwaltungsgericht schon geklärt hat (vgl. BVerwGE 19, 252 ff.) – keine Schnüffelei dar« (S. 28). Geboten sind »Ermittlungen« wiederum solange, bis »der Beamtenbewerber sich zuverlässig erkennbar von den früher von ihm verfolgten Zielen abgewandt hat« (ebd.).

über die Anrufung des Bundesverfassungsgerichts in diesem Fall.¹⁰ Eine Materialisierung der Grundrechte als »Diktatur der Werte«, hinter der sich politische Dezisionen verbergen, muß auf die Dauer den Glauben an die Unparteilichkeit der Gerichte, eine der tragenden Legitimationen für den Justizsektor, strukturell relativieren.

2. Das Ausmaß der Realpolitik in der Entscheidung des BVerwG ist bisher nicht vollständig gewürdigt worden. Das Urteil liefert nur scheinbar keine »endgültige« Entscheidung des seit langem innerhalb der »demokratischen« Parteien und zwischen der Mehrheit der Bundesländer und der Bundesregierung schwebenden Streits über die Zulässigkeit der Berücksichtigung der »reinen«¹¹ Mitgliedschaft in einer nicht verbotenen Partei bei der Einstellung in den öffentlichen Dienst. Bevor das Gericht nämlich überhaupt zur Abwägung von Art. 21 gegen Art. 33 Abs. 2 GG kommt, stellt es fest: Die Treueklausel in den Beamten gesetzen des Bundes und der Länder hat »Verfassungsrang«. Damit wird praktisch eine Regelungsform, die ihre heute noch typischen »totalitären« Konturen im Faschismus gefunden hat, unter dem Grundgesetz als verfassungsfest angesehen. Das heißt: jeder Versuch (wie der der Bundesregierung), durch einfaches Gesetz festzulegen, wann ein Bewerber noch »Gewähr« bietet und wann nicht, ist verfassungswidrig, wenn er weniger strenge Anforderungen an die Verfassungstreue des Bewerbers stellt, als sie (z. Zt.) das Bundesverwaltungsgericht aufgrund seiner Verfassungsinterpretation für notwendig hält. Diese Wendung, die im Gegensatz zur Entscheidung zu Art. 21 GG auch in der neuesten Literatur nicht so vorbereitet war,¹² fügt sich nahtlos in die Tendenz der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, den Kompetenzbereich der »Dritten Gewalt« zu erweitern, und legt die gesamte »Radikalenfrage« letztlich in dessen Hände.

Weiterhin stellt das Bundesverwaltungsgericht fest, daß möglicherweise nicht nur die Mitgliedschaft in einer nicht verbotenen, sondern sogar in einer nach Art. 21 Abs. 2 GG keinesfalls einem Verbot unterfallenden Partei Zweifel an der »Gewähr« des Mitglieds wecken könnte, denn die Voraussetzungen des Art. 21 Abs. 2 GG »liegen ganz anders« und zwar wesentlich enger. Sinngemäß dürfte dies auch für Arbeitsgemeinschaften innerhalb einer Partei, für Ortsverbände und ähnliches gelten, wenn nur ein genügend großer Zwang zur Identifikation mit den proklamierten Zielen besteht und diese »Zweifel« wecken. Ausgesprochen wird dies für nicht verbotene Vereine: Auf den Unterschied zwischen Art. 21 Abs. 2 (Opportunitätsprinzip) und Art. 9 Abs. 2 GG i. V. m. § 3 VereinsG (dem Wortlaut nach: Legalitätsprinzip und damit die Möglichkeit eines Vertrauens des Bürgers auf die Verfassungsmäßigkeit der Vereinigung) geht das Gericht nicht ein.

¹⁰ Der Prozeßbevollmächtigte von Frau Lenhardt hat am 13. Mai 1975 der GEW, die Frau Lenhardt Rechtsschutz gewährte, mitgeteilt, seine Mandantin werde keine Verfassungsbeschwerde einlegen, da sie »vom Bundesverfassungsgericht nicht erwarten könne, daß ihr Recht, wegen ihrer Gesinnung nicht benachteiligt zu werden, in Schutz genommen werde« (Meldung des Berliner Tagesspiegel vom 12. Mai 1975).

¹¹ S. 26: »In diesem Zusammenhang kann bei gebotener Berücksichtigung der Einzelumstände des jeweils zu entscheidenden Falles schon allein das auf innerer Überzeugung fußende Bekenntnis des Bewerbers zu den mit der freiheitlichen demokratischen Grundordnung nicht zu vereinbarenden Zielen einer extremistischen politischen Partei linker oder rechter Prägung – das sinnfällig durch die Zugehörigkeit zur Partei Ausdruck erlangt – geeignet sein, Zweifel der in Rede stehenden Art auszulösen.«

¹² Vgl. z. B.: J. Semmler, Dürfen Beamte verfassungfeindlichen Parteien angehören?, in: ZBR 4/1971, S. 107 ff., E. Plümer, Mitgliedschaft von Beamten und Beamtenanwärtern in verfassungfeindlichen Parteien, in: NJW 1973, S. 4 ff.; D. Dicke, Radikale im öffentlichen Dienst, in: ZBR 1/1973, S. 1 ff.; J. Isensee, Der Beamte zwischen Parteifreiheit und Verfassungstreue, Zur Vereinbarkeit der Mitgliedschaft in einer verfassungfeindlichen Partei mit dem Beamtenstatus, in: JuS 5/1973, S. 265 ff.; A. Azzola/G. Lautner, Loyalitätspflicht und politische Kommunikationsrechte der Beamten, in: ZBR 5/1973, S. 125 ff.; dies., Öffentlicher Dienst, »Verfassungfeinde« und Parteienprivileg, in: ZBR 10/1973, S. 243 ff., N. Gatzweiler, Rechtsgutachten zum »Radikalerlaß« in NRW, Dortmund 1974.

Makulatur ist nach der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts auch der Passus des Gesetzentwurfs der Bundesregierung zur Radikalenfrage, in dem es heißt: »Die Ausbildung in einem öffentlichrechtlichen Dienstverhältnis wird gewährleistet.«⁴¹ Aus einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts⁴² ziehen die Richter nämlich den kühnen Schluß, eine Einschränkung des Anspruchs auf Ausbildung sei immer schon dann von Verfassungs wegen gefordert, wenn die Ausbildung in ihrer *gegenwärtigen* Organisation auch die selbständige Wahrnehmung hoheitlicher Befugnisse mit sich bringe. Daß das Bundesverfassungsgericht in einer anderen Entscheidung⁴³ ausdrücklich festgestellt hat, eine Einschränkung des Art. 12 GG sei lediglich vertretbar, wenn sie im richtigen Verhältnis zu den (ihrerseits an der Verfassung zu messenden) Anforderungen an den *künftigen* Beruf stehe, findet das Gericht nicht einmal der Erwähnung wert, obwohl es einige Seiten vorher darlegt, der praktische Teil der Lehrerausbildung diene sehr wohl auch der Qualifikation für die Berufsausübung außerhalb des öffentlichen Dienstes.

Da nach Meinung des OVG Lüneburg⁴⁴ und einiger Stimmen der Literatur⁴⁵ auch Rechtsreferendare und nach Meinung des Bayrischen VGH und des OVG Berlin auch Studienreferendare hoheitlich selbständig tätig sind, hat das Bundesverwaltungsgericht die »Berufsverbotsschwelle«⁴⁶ endgültig an den *Hochschulausgang* vorverlegt. Überdies zeigt sich an diesem Punkt ein weiteres Mal die Ambivalenz der mit der Einphasenausbildung verknüpften Reformen: wegen der »Integration von Theorie und Praxis« besteht hier die inzwischen konkrete Gefahr, daß die Berufsverbotsschwelle schon bis zum *Hochschuleingang* vorgeschoben wird. Auf die noch offene Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Vorverlagerung der Berufsverbotsschwelle an den *Hochschulausgang*⁴⁷ darf man deshalb nur noch mit gemischten Gefühlen warten, ebenso wie auf das demnächst anstehende Urteil des VG Bremen zur Frage, ob schon bei der Beurteilung von Staatsexamensarbeiten Kriterien der »Verfassungstreue« ausschlaggebend sein dürfen.⁴⁸

Schließlich hat das Bundesverwaltungsgericht entschieden, daß durch die Forderung nach Verfassungstreue auch das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 GG), das Diskriminierungsverbot (Art. 3 GG), die Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 GG), die Vereinigungsfreiheit (Art. 9 Abs. 1 GG) und die Bekenntnisfreiheit (Art. 4 GG) nicht verletzt sind, weil – so bündig durch den Berliner Senatsrat und hauptamtlichen Prüfer am Justizprüfungsamt Kempa in einem Leserbrief resümiert – »von Beamten mehr, nämlich auch der Verzicht auf die volle Ausschöpfung aller Grundrechte, verlangt wird – ein in unserem Staatswesen schon fast vergessener Umstand.«⁴⁹ Was Kempa auf diese Weise seinen potentiellen Schützlingen ins Gedächtnis rufen will, ist in Wahrheit seit Jahren Gegenstand lebhafter Diskussion. Gerade das Bundesverwaltungsgericht hatte sich im Beamtenrecht stets um mög-

⁴¹ Veröffentlicht in der Frankfurter Rundschau.

⁴² BVerfGE 33, 44 (50). Es geht in dieser Entscheidung um die Frage, ob sich ein Referendar (als Beamter auf Widerfuß) auf das in Art. 33 Abs. 5 GG gewährleistete Alimentationsprinzip berufen kann. Das Bundesverfassungsgericht verneint dies, da Art. 12 GG das Beamtenverhältnis modifiziere; nur beamtenrechtliche Normen im weiteren Sinne seien anwendbar.

⁴³ BVerfGE 33, 303 (»numerus-clausus-Urteil«).

⁴⁴ Vgl. OVG Lüneburg, ZBR 1973, S. 12 und S. 84 ff.

⁴⁵ D. Dicke, a. a. O. (vgl. Anm. 22).

⁴⁶ Vgl. zur Diskussion um den Begriff des »Berufsverbots«: Klaus Groth, Berufsverbote – Funktion und Gegenwehr, KJ 2/74, S. 111 ff.; weitergehend als der »kritisch-demokratische Jurist« Groth (S. 106) Franz Arendt/Dieter Popp, Zur Funktion der Berufsverbote im Ausbildungssektor und Überlegungen zu ihrer Abwehr, in: Ästhetik und Kommunikation, 17/1974, S. 86 ff., die glauben, man könne dem Problem durch (oberflächliche) Marx-Engels-Lehrsätze und historische Exkurse beikommen.

⁴⁷ Vorlagesache 2 BvL 13/73 im Fall Sämisch – Präsident des Schleswig-Holsteinischen OLGs.

⁴⁸ Verwaltungsstreitsache Behrends / Bremen, vgl. die Dokumentation der GEW-Bremen »Verfassungswidrige Inhalte oder Behördenwillkür«, Bremen 1974.

⁴⁹ Berliner Tagesspiegel vom 10. Mai 1975, S. 26.

lichst weitgehende Anwendung der Grundrechte – insbesondere des Art. 2 Abs. 1 GG – bemüht,“ jedenfalls soweit es darum ging, gegenüber bereits auf Lebenszeit angestellten Beamten »Wohlwollen und Großzügigkeit walten zu lassen.«¹⁴ Weder auf diese Rechtsprechung noch auf die Literatur zu den im einzelnen eingeschränkten Grundrechten nimmt das Bundesverwaltungsgericht in seinem Urteil Bezug – mit der Folge, daß sich nunmehr auch die Untergerichte die Mühe der Auseinandersetzung mit diesen Problemen ersparen können.

3. Das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts bringt auch eine positive Klarstellung verfahrensrechtlicher Grundsätze, die von der Literatur und von einigen Behörden bisher nicht immer beachtet wurden. So stellt es klar, daß der Dienstherr die »materielle Beweislast« dafür trägt, daß tatsächliche Umstände gegeben sind, »die geeignet sind, ernste Besorgnis auszulösen . . . daß der Bewerber nicht die . . . Gewähr bietet, sich jederzeit für die freiheitliche demokratische Grundordnung einzusetzen.«¹⁵ Allerdings besteht keine Pflicht der Behörde, diese Umstände vor der Ablehnung mitzuteilen und mit dem Bewerber zu erörtern¹⁶. Sie muß dies erst im Ablehnungsbescheid selbst oder vor Gericht tun. Erst wenn der Behörde der »materielle Beweis« gelungen ist, entsteht die Pflicht des Bewerbers – will er eingestellt werden – nun seinerseits darzutun, daß er sich doch »durch Wort und sonstiges Verhalten, also in äußerlich erkennbarer Weise – aktiv –, für die freiheitliche demokratische Grundordnung einsetzt.«¹⁷ Diesen Beweis wird er durch Erklärungen im Prozeß allein niemals führen können, denn sie werden dem Gericht als »Lippenbekenntnisse« für die Feststellung der Distanzierung von dem früheren Verhalten nicht hinreichen.¹⁸ Für Bewerber, denen länger zurückliegende Umstände vorgeworfen werden, führt diese Rechtsprechung dazu, daß sie sich auf das bekannte und für Tausende von NSDAP-Mitgliedern hilfreiche »Persilscheinverfahren« werden besinnen müssen, das heißt, sie müssen sich durch Personen, an deren aktivem Einsatz für die freiheitliche demokratische Grundordnung kein Zweifel besteht, bescheinigen lassen, daß sie selbst schon vor Beginn des Verfahrens ebenfalls solchen aktiven Einsatz gezeigt haben.

4. Zwar bescheinigt das Bundesverwaltungsgericht den Organisationen mit vorgeblich »verfassungsfeindlicher« Zielsetzung, daß ihr »Bestand oder das politische Wirken . . . in rechtlicher Weise nicht betroffen« sind.¹⁹ »Niemand ist gehindert, sich zu einer nicht verbotenen politischen Partei zu bekennen und sich für ihre Ziele tätig einzusetzen.«²⁰ Das Gericht weiß jedoch genau, daß eine sinnvolle und erfolgreiche politische Arbeit an wichtigen sozialen Problemen heute ohne die materiellen Reproduktions- und informatorischen Möglichkeiten von Mitgliedern des öffentlichen Dienstes unmöglich ist und auf absehbare Zeit erfolglos bleiben wird.²¹ Es verweist zwar ausdrücklich nur auf das zum Zeitpunkt der Entstehung des Grundgesetzes »gerade überwundene totalitäre System des Nationalsozialismus«²², bezeichnet damit aber nur die eine Seite des Problems: daß selektive

¹⁴ Vgl. z. B. BVerwGE 29, 304; 31, 241; ZBR 1971, S. 57.

¹⁵ So der Bundesrichter J. Oppenheimer, Entwicklungstendenzen in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, in: ZBR 7/1971, S. 190.

¹⁶ Oppenheimer, a. a. O. (vgl. Anm. 33).

¹⁷ Vgl. als erstes öffentlich erörtertes Beispiel den »Fall Narr«, dokumentiert und kommentiert in: KJ 2/1975, S. 171 ff.

¹⁸ S. 25.

¹⁹ Vgl. S. 25.

²⁰ S. 38.

²¹ Zu Zahlen über die Mitgliedschaft und die Funktionsträger der »demokratischen Parteien« aus dem öffentlichen Dienst vgl. Schmalinger, Abhängig Beschäftigte in den Parteien der BRD, in: Zeitschrift für Parlamentsfragen, März 1974.

²² S. 39.

Machtausübung durch mit dieser oder jener gesellschaftlichen Kraft sympathisierende Amtsträger die politischen Kräfteverhältnisse entscheidend beeinflussen kann – alle faschistischen Bewegungen haben sich in einem Klima der massiven staatlichen Repression gegen die Arbeiterbewegung entwickelt. Wichtiger ist die im Urteil nicht erwähnte andere Seite: Die Bevölkerung misst – zu Recht – die politische Qualität einer Bewegung an ihrer Fähigkeit, die praktischen Lebensumstände zu beeinflussen – nicht an ihren Programmen. Die Beeinflussung praktischer Lebensumstände ist heute aber selbst in bescheidenstem Ausmaß nur durch den Einsatz politischer und finanzieller Ressourcen des öffentlichen Apparates (im weitesten Sinne) z. B. einschließlich der Gewerkschaften möglich. Massenhafte Bewegungen an der Basis können sich immer nur in der Dialektik erfolgreicher und erfolgloser Einflußnahme auf die staatliche Politik entwickeln. Die Chancen solcher Erfolge sind aber ebenso wie die politisch richtige Interpretation der Mißerfolge angewiesen auf die Bedingungen der Amtsdistanzierung währende Kooperation im Staatsapparat selbst. Ohne die Aussicht auf solche Kooperation kann keine politische Aktivität massenhaft Zustimmung und Selbsttätigkeit erzeugen. Auch dieser Tatbestand verleiht dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts seine weitreichende politische Bedeutung.

Klaus Groth

Aktionskomitee gegen Berufsverbote (FU-Berlin)

Wie verhalte ich mich bei Berufsverbot?

Diese Broschüre von Jens Brückner (Rechtsanwalt) stellt alle Fallgruppen von Berufsverboten zusammen und enthält Verhaltensvorschläge für politische Überprüfungen sowie Möglichkeiten der offensiven verfassungsrechtlichen Ausschöpfung. Darüber hinaus sind die wichtigsten Entscheidungen der Gerichte zu den einzelnen Fallgruppen dokumentiert.

Das Aktionskomitee hat außerdem eine erste umfassende Dokumentation »Überprüfung der politischen Treuepflicht – Berufsverbot« Berliner Berufsverbotsfälle veröffentlicht.

Beide Broschüren sind gegen Voreinsendung von jeweils 3 DM in Briefmarken zu beziehen durch:

Aktionskomitee gegen Berufsverbote

1000 Berlin 33
Ihnestr. 21
Tel.: 0 30/8 38 23 30