

# Kommentare

## Im Irrgarten der Radikalenjudikatur: Politische Wechselbäder oder Teil-Liberalisierung?

*Die Entscheidungen des BAG vom 5. 8. 1982, LAG Bremen und Hamburg vom 17. 12. 1982 und 8. 10. 1982, OVG Lüneburg vom 16. 11. 1982, BDiszG Stuttgart vom 11. 11. 1982, BVerwG vom 28. 4. 1983, BVerfG vom 8. 3. 1983, BGH vom 25. 10. 1982*

Die Fortsetzung des Berichts über die Judikatur zur Verfassungstreue im öffentlichen Dienst einschließlich ihrer Ausuferungen beispielsweise auf den kirchlichen Gemeindedienst<sup>1</sup>, die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft<sup>2</sup> und als Notar<sup>3</sup>, auf den Entzug von staatlichen Fördermitteln für Jugendverbände<sup>4</sup> etc. ist bittere Chronistenpflicht, auch wenn es diesmal erfreulicherweise mehrheitlich über Urteile mit liberaleren Tendenzen zu berichten gilt. Die politischen Gesinnungsüberprüfungen aller Bewerber für eine Anstellung im Staatsdienst, gestützt auf die umfassenden, geheimen Recherchen des Verfassungsschutzes, sind seit inzwischen mehr als 11 Jahren kontinuierliche Praxis und mehrfach Gegenstand höchstrichterlicher Entscheidungen gewesen. Die naheliegende Vermutung, daß nunmehr alle wesentlichen Streitfragen »ausgepaukt« seien, trügt indes und wird immer wieder auf's neue durch unerwartete Judikate korrigiert. Offensichtlich versagt auf diesem ebenso umstrittenen wie schwankenden Boden politischer Gesinnungsjustiz die rechtsstaatliche Funktion des Rechts, wenigstens Gewißheit – gerade auch solche über zu erwartende Repressionen – zu erzeugen.

Noch vor wenig mehr als einem Jahr mußte auf Grund im wesentlichen gleichlauender Entscheidungen des Bundesarbeits-<sup>5</sup> und des Bundesverwaltungsgerichts<sup>6</sup> davon ausgegangen werden, daß die administrative Berufsverbotspraxis künftig weitgehend gerichtlich unbeanstandet bleiben werde, weil der Exekutive hierbei ein erheblicher Beurteilungsspielraum eingeräumt und das Datum der Behördenentscheidung zum zeitlichen Fixpunkt der justiziellen Kontrolle erhoben wurde mit der Konsequenz einer drastischen Einschränkung ihrer gerichtlichen Überprüfungs-

<sup>1</sup> Vgl. das ausgezeichnet begründete Urteil des ArbG Solingen v. 22. 12. 1982, in: DuR H. 2/1983, S. 220 mit Anm. Ridder.

<sup>2</sup> BGH, Beschuß vom 30. 6. 1980, BGHZ 77, 331 ff. = NJW 80, 2711.

<sup>3</sup> BGH, Beschuß vom 11. 12. 1978, BGHZ 73, 46 = NJW 79, 552.

<sup>4</sup> BVerwG, Urteil vom 16. 2. 1978, in: pd. extra Sozialarbeit, H. 12/1978, S. 44 f. mit Anm. von Th. Blanke, U. Stascheit, a. a. O. S. 46 f.

<sup>5</sup> Urteil vom 5. 3. 1980, NJW 1981, S. 71 ff., bestätigt in Urteil vom 10. 12. 1980, AP Nr. 15 zu Art. 33 Abs. 2 GG.

<sup>6</sup> Urteile vom 27. und 28. 11. 1980, NJW 1981, 1386 ff.; bestätigt in zahlreichen weiteren Urteilen, wenn auch mit im Einzelfall durchaus gegensätzlichen Folgen. Vgl. BVerwG, ZBR 1982, 81 – unzulässige Entlassung aus dem Vorbereitungsdienst; BVerwG, ZBR 1982, 85 – unzulässige Nichtzulassung in den Vorbereitungsdienst; BVerwG, ZBR 1982, 83 – zulässige Nichteinstellung in den Vorbereitungsdienst – Abweichung von der Vorinstanz; s. auch BVerwG, ZBR 82, 187 – Ablehnung der Weiterbeschäftigung eines Mitglieds der Jugendvertretung.

möglichkeiten<sup>7</sup>. Diese Tendenz zur Verschärfung der Berufsverbotspraxis schien nach dem Beschuß des Bundesgerichtshofs vom 30. 6. 1980<sup>8</sup>, mit dem erstmals die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft wegen verfassungsfeindlicher Aktivitäten höchststrichterlich versagt wurde, sowie nach dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 29. 10. 1981 im Fall Peter<sup>9</sup>, mit dem erstmals seit den 50er Jahren ein Beamter auf Lebenszeit wegen parteipolitischer Betätigung per Gerichtsbeschuß endgültig aus dem Bundesdienst entlassen wurde, vollends unaufhaltbar. Bestätigung erhielten diese Befürchtungen durch die Einleitung disziplinarischer Vorermittlungen gegen sämtliche niedersächsischen Beamten, die bei den Kommunalwahlen am 27. 9. 1981 für eine als verfassungsfeindlich angesehene Partei kandidiert hatten<sup>10</sup>. In Bayern wurde dies gar gegen einen bereits pensionierten Lehrer verfügt, der sich bei einer Landtagswahl um ein Mandat für die DKP beworben hatte<sup>11</sup>.

Es gehört zu den Eigentümlichkeiten des Verfassungstreuerrechts, daß derartige Prognosen beständig revidiert werden müssen<sup>12</sup>. Zwar kam die von den Bundesministern Baum und Schmude im April 1982 vorgeschlagene Änderung des § 45 des Beamtenrechtsrahmengesetzes sowie des § 77 des Bundesbeamten gesetzes, derzufolge hinsichtlich der Anforderungen an die Treuepflicht von Beamten auch die »dem Beamten übertragenen Aufgaben zu berücksichtigen« sein sollten (und im übrigen disziplinar- wie verfassungsrechtliche Gemeinplätze wie das Erfordernis eines »Minimum(s) an Gewicht und Evidenz der Pflichtverletzung« sowie die »Bachtung der dem Beamten zustehenden Grundrechte, insbesondere des Rechts auf freie Meinungsäußerung« gesetzlich in Erinnerung gerufen werden sollten), nicht über das Entwurfsstadium hinaus<sup>13</sup>.

Jedoch sind in der Zwischenzeit eine Reihe von – auch höchstrichterlichen – Entscheidungen ergangen, die sich dem zu befürchtenden Trend der Radikalisierung der Radikalenverfolgung erfreulicherweise nicht einfügen. Wenn es auch verfrüh erscheint, sie als Ausdruck einer den herrschenden politischen Zeitaläufen widersprechenden grundlegenden Trend-Wende zu deuten, so nötigen sie doch jedenfalls partiell zur Korrektur allzu pessimistischer Erwartungen im Hinblick auf eine fortschreitende Totalisierung politischer Loyalitätspflichten tendenziell aller Bürger.

7 Vgl. hierzu Th. Blanke, Die Radikalisierung der Radikalenverfolgung, KJ H. 1/1982, S. 95 ff. und Schick, Zwischenbilanz in Sachen ›Verfassungstreue des Beamten‹, NVwZ 1982, 161 ff.

8 NJW 80, 2711; für die Zulassung als Notar war entsprechendes bereits durch Beschuß vom 11. 12. 1978, BGHZ 73, 46 = NJW 79, 552 entschieden worden.

9 NJW 82, 779 ff.; vgl. hierzu H. Meier, U. Wollenteit, Disziplinarrecht und ›politische Treuepflicht‹, KJ H. 1/1983, S. 22 ff.

10 Vgl. hierzu den Bericht in: Erziehung und Wissenschaft (Niedersachsen), Hrsg.: Gewerkschaft Erziehung und Wissenschaft, Nr. 12/1981, S. 6; auch sofern der mit der Durchführung von disziplinarrechtlichen Vorermittlungen beauftragte Dienstherr zu dem Ergebnis gekommen ist, daß ein Dienstvergehen nicht vorliegt – wie z. B. der Präsident der Universität Oldenburg in bezug auf eine an der Universität beschäftigte Studienleiterin –, verfolgt der Niedersächsische Minister für Wissenschaft und Kunst die beabsichtigte Entfernung aus dem Dienst weiter, vgl. UNI INFO, Hrsg.: Presse- und Informationsstelle der Universität Oldenburg, Nr. 11/83 vom 29. 7. 1983. Durch Entscheidung des VG Hannover (Disziplinarkammer) v. 28. 9. 1983 wurde inzwischen ein beamter Lehrer wegen Kandidatur für die DKP entlassen, vgl. Nordwest Zeitung v. 29. 9. 1983 und FR v. 30. 9. 1983.

11 Der Spiegel Nr. 43/1982, S. 72 f. (»Zweifel nach Dienstschorf«).

12 Der von Schick, a. a. O. S. 165 geäußerten Vermutung, daß die Rechtsprechung nunmehr einigermaßen gefestigt sei und grundsätzlich neue Entwicklungen für die überschaubare Zukunft nicht zu erwarten seien, kann allenfalls »cum grano salis« zugestimmt werden; einschränkend auch Batis, Die Entwicklung des Beamtenrechts im Jahre 1982, NJW 83, 1768 ff. (1770).

13 BT-Drs. 290/82; vgl. die Darstellung und Kritik hieran bei Scholz, ZBR 82, 129; Kröger, ZRP 82, 161; Weiß, PersV 82, 305; Seuffert, DVBl 83, 68; Krölls, RiA 83, 10; von der SPD-Fraktion wurde dieser Entwurf nach der Bundestagswahl vom 6. 3. 1983 erneut eingebracht – ein eher symbolischer politischer Akt. BT-Drs. 9/2058.

*1. Das Urteil des BAG vom 5. 8. 1982: Differenzierung der Anforderungen an die politische Treuepflicht*

Einen ersten Markstein zur Begrenzung der Anforderungen an die politische Treuepflicht stellt das – in der Fachöffentlichkeit bislang kaum rezipierte – Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 5. 8. 1982<sup>14</sup> dar. Mit dieser Entscheidung kündigte der nunmehr zuständige zweite Senat die erst unlängst erfolgte Konzentrierung der obergerichtlichen Rechtsprechung partiell auf und stellt fest, daß die Mitgliedschaft sowie Aktivitäten für die DKP bzw. den MSB-Spartakus alleine nicht hinreichen, um ernsthafte Zweifel an der Verfassungstreue eines Bewerbers für den Vorbereitungsdienst auf die zweite Dienstprüfung als Lehrer im Angestelltenverhältnis zu begründen. Dementsprechend wurde die Revision des beklagten Landes Baden-Württemberg gegen das Urteil des LAG Baden-Württemberg vom 8. 8. 1979<sup>15</sup> zurückgewiesen und das Land dazu verurteilt, dem Kläger ein Angebot auf Abschluß eines sich auf 18 Monate erstreckenden Anstellungsvertrages für das Lehramt an Grund- und Hauptschulen mit einem Lehrauftrag von 16 Wochenstunden zu machen.

Zunächst geht das BAG in Übereinstimmung mit der bisherigen Rechtsprechung davon aus, daß sich ein Anspruch auf Einstellung in ein öffentliches Amt ausnahmsweise unmittelbar aus Art. 33 Abs. 2 GG ergeben kann, wenn sich nach den Verhältnissen des Einzelfalles jede andere Entscheidung als die Einstellung des Bewerbers als rechtswidrig oder ermessenfehlerhaft darstellt und damit die Einstellung die einzige rechtmäßige Entscheidung der Behörde über die Bewerbung ist. Dies ist u. a. dann der Fall, wenn für die Frage der Einstellung eines Bewerbers allein die Beurteilung seiner politischen Treuepflicht ausschlaggebend war und sich die Behördenentscheidung insoweit als rechtswidrig erweist. Das Gericht präzisiert sodann im Abschluß an die mit Urteil vom 29. 7. 1982<sup>16</sup> erfolgte Klarstellung die Grundsätze, denen zufolge diese Maßnahme der Einstellungsbehörde mit Rücksicht auf den ihr hierbei zustehenden Beurteilungsspielraum nur beschränkter justizieller Nachprüfung unterliegt.<sup>17</sup>

In der Tradition seiner bisherigen Judikatur bewegt sich das BAG – zumindest nominell – auch insoweit, als es hinsichtlich der Anforderungen an die politische Treuepflicht zwischen unterschiedlichen Beschäftigungsverhältnissen differenziert und für Lehramtsanwärter in einem – nach dem Dictum des Bundesverfassungsgerichts in der »Radikalenentscheidung« vom 22. 5. 1975 – »nicht diskriminierenden«

<sup>14</sup> NJW 83, 779 ff.; dagegen löste diese Entscheidung in der politischen Öffentlichkeit eine bemerkenswerte Kontroverse aus. Es wurde unter dem Titel »Der angestellte Lehrer erfüllt seine Verfassungstreuepflicht schon durch Neutralität« kritisch besprochen von F. K. Fromme in der FAZ v. 11. 1. 1983, S. 5; daraufhin haben Mitglieder des früher in Berufsverbotssachen zuständigen 5. Senats des BAG diese Ausführungen als weitgehend unzutreffend zurückgewiesen, eine »Posse, die diesmal allerdings das Trauerspiel nicht abschließt«, wie Bassis diese Legitimation der Bundesrichter vor dem obersten Gerichtshof der FAZ zu Recht qualifiziert.

<sup>15</sup> Az: 8 Sa 10/79.

<sup>16</sup> NJW 83, 782; damit stellte das Gericht fest, daß die Bewertung der Frage, ob die den Bewerber nach Auffassung der Behörde belastenden Umstände von »hinreichendem Gewicht« sind und bei »objektiver Betrachtungsweise« geeignet sind, die ernste Besorgnis an der künftigen Einhaltung der Verfassungstreuepflicht eines Bewerbers auszulösen, nicht dem nur beschränkt nachprüfbaren Beurteilungsspielraum der Behörde zuzurechnen ist und damit voller gerichtlicher Überprüfung unterliegt. Im Ergebnis kam dies der vom Berliner Senat als Erzieherin abgewiesenen Klägerin zugute. Aus ihrer Teilnahme an Veranstaltungen der KPD, der »Roten Hilfe« und anderer extremistischer Gruppierungen der »Neuen Linken« kann nach Ansicht des BAG nicht auf mangelnde Verfassungstreue geschlossen werden, weil nach den Themen der Demonstrationen und Veranstaltungen keine Anzeichen für eine gegenüber der verfassungsmäßigen Ordnung ablehnende Einstellung vorlägen.

<sup>17</sup> A. a. O. S. 780.

Vorbereitungsdienst im Angestelltenverhältnis von einer verminderten Intensität der geforderten Verfassungstreuepflicht ausgeht. Während jedoch bislang diese Differenzierung jedenfalls für Mitglieder der DKP regelmäßig folgenlos blieb, weil das Engagement für diese Partei als zuverlässiges Indiz mangelnder Verfassungstreue gewertet und auch ein explizites Bekenntnis zu den Grundsätzen der »freiheitlichen und demokratischen Grundordnung« meist als unbeachtliches Lippenbekenntnis angesehen wurde, gelangt das BAG nunmehr zum gegenteiligen Ergebnis:

399

»Das *LAG* hat aber übersehen, daß die vom Land vorgetragenen Tatsachen bei objektiver Betrachtung schon nicht geeignet sind, Zweifel daran zu begründen, daß der Kl. den an die Verfassungstreue eines Bewerbers für den Vorbereitungsdienst zu stellenden Anforderungen nicht genügen wird. [...]

Nach den Mindestvoraussetzungen an die Loyalitätspflicht, die von einem Lehramtsanwärter für den Vorbereitungsdienst zu erbringen sind, gehört nur, daß er gegenüber Staat und Verfassung eine gleichsam neutrale Haltung einnimmt, daß er gegebenenfalls die Grundwerte der Verfassung in dem durch das *BVerfG* geprägten Verständnis nicht in Zweifel stellen wird und daß er nicht darauf ausgeht, die freiheitlich-demokratische Grundordnung zu beeinträchtigen oder gar zu beseitigen.

Der *5. Senat* hat in NJW 1982, 2396 und im Urteil vom 9. 12. 1981 – 5 AZR 576/79 – angenommen, auch Tatsachen wie Mitgliedschaft und Aktivitäten für eine verfassungsfeindliche Partei bzw. Organisation könnten bei vernünftiger Würdigung bereits ausreichen, um ernsthaft vertretbare Zweifel an dem von einem Bewerber für den Vorbereitungsdienst zu fordern Mindestmaß an Verfassungstreue zu begründen. Andernfalls hätte er angesichts der weitgehend geklärten Sachverhalte in beiden Fällen abschließend zugunsten der klagenden Lehramtsanwärter entscheiden können.

Der erkennende und nunmehr zuständige *Senat* folgt der Auffassung des *5. Senats* nicht, soweit es sich um die aktive Mitgliedschaft in der DKP und im MSB-Spartakus handelt. Nach dem Prüfungsmaßstab des *5. und des erkennenden Senats* kommt es darauf an, ob der Lehramtsanwärter für den Vorbereitungsdienst gegenüber Staat und Verfassung nur eine gleichsam neutrale Haltung einnimmt und – insbesondere im Unterricht – die Grundwerte der Verfassung nicht in Zweifel stellen wird. Diese gegenüber dem späteren, auf Dauer angelegten Schuldienst geringeren Anforderungen müssen sich auch konkret auf die Praxis auswirken. Würde der *erkennende Senat* annehmen, auch die aktive Mitgliedschaft in DKP und MSB-Spartakus seien geeignet, gegenüber Lehramtsanwärtern ernsthafte Zweifel an ihrer geringeren Verfassungstreuepflicht zu begründen, dann liefe das in der praktischen Auswirkung darauf hinaus, im wesentlichen doch dieselben Anforderungen zu stellen, wie an einen vollausgebildeten Lehrer, der sich um eine *endgültige* Einstellung in den Staatsdienst bewirbt. [...]

Die aktive Mitgliedschaft in der DKP ist [...] allein nicht geeignet, ernsthafte Zweifel an der neutralen Haltung zu Staat und Verfassung während des Vorbereitungsdienstes zu begründen. Zu berücksichtigen ist insoweit nämlich, daß der Vorbereitungsdienst verhältnismäßig kurze Zeit, nämlich nur 1½ Jahre dauert. Das Programm der DKP und entsprechend das des MSB-Spartakus hat zwar durch das Bekenntnis zu den Lehren von *Marx*, *Engels* und *Lenins* und zur sozialen Revolution verfassungsfeindliche Elemente. Es darf aber nicht übersehen werden, daß die tagespolitischen Nahziele dieser Organisation sich in dem vom Grundgesetz abgesteckten Rahmen bewegen. Verfassungsfeindlich sind allein die Fernziele, die sie jedoch, um ihre in der gegenwärtigen politischen Situation in der Bundesrepublik Deutschland geringen Chancen nicht völlig einzubüßen, aus der aktuellen politischen Arbeit einstweilen sorgsam herauszuhalten versuchen. Dementsprechend vermag, auch insbesondere unter Berücksichtigung der Kontroll- und Kündigungsmöglichkeiten des bekl. Landes während des Vorbereitungsdienstes allein die aktive Mitgliedschaft bei der DKP und dem MSB-Spartakus ernsthafte Zweifel an der eingeschränkten Verfassungstreue nicht zu begründen. [...]

Aus dem Auftreten des Kl. als Referent auf Veranstaltungen von DKP und SDAJ ergibt sich nach den vom bekl. Land mitgeteilten Themen seiner Referate auch nicht andeutungsweise, daß er in ihnen aktiv verfassungsfeindliche Ziele propagiert haben soll, indem er etwa zur Beseitigung der freiheitlich-demokratischen Grundordnung aufgerufen hat. Die von ihm gehaltenen Referate könnten genauso gut auf einer Veranstaltung jeder anderen nicht verfassungsfeindlichen politischen Partei oder Organisation vorgetragen worden sein.«<sup>18</sup>

<sup>18</sup> A. a. O. S. 781 f.

Zu beachten ist freilich, daß diese durch Urteil vom 16. 12. 1982<sup>19</sup> bestätigte Entscheidung im Ergebnis im wesentlichen durch die Annahme einer verminderten Verfassungstreuepflicht für Lehramtsanwärter getragen wird. Noch wenige Tage vorher hatte der gleiche Senat des BAG mit Urteil vom 15. 7. 1982<sup>20</sup> für Lehrer im Angestelltenverhältnis nach Beendigung der Ausbildung festgestellt, daß er »dieselben Anforderungen erfüllen muß wie ein Beamter . . . Nur so ist er in der Lage, seinen Erziehungsauftrag in einem freiheitlichen demokratischen Staat wahrzunehmen«<sup>21</sup>. In Konsequenz dieser erhöhten Bekenntnisschwelle hielt das BAG die von der Einstellungsbehörde geltend gemachten Zweifel an der Verfassungstreue der Klägerin im Hinblick auf ihre Mitgliedschaft in der DKP und mehrfacher Kandidaturen für den MSB Spartakus – trotz ihres expliziten Bekenntnisses zu den Grundsätzen der freiheitlichen demokratischen Grundordnung – bei »objektiver Betrachtungsweise« – für gerechtfertigt und damit infolge des der Einstellungsbehörde eingeräumten Beurteilungsspielraums für gerichtlich nicht überprüfbar.

*2. Das Urteil des LAG Bremen vom 17. 12. 1982: Prinzipieller Widerspruch gegen die arbeitsrechtliche Berufsverbotspraxis und -judikatur.*

Was dem BAG recht ist, ist dem LAG Bremen billig. Während das oberste Arbeitsgericht die erst unlängst erzielte Abstimmung der höchstrichterlichen Rechtsprechung mit dieser Entscheidung wenn auch nicht in den normativen Leitlinien, so doch in ihrer konkreten Anwendung wieder aufkündigte, so bricht das LAG Bremen mit seinem Urteil vom 17. 12. 1982<sup>22</sup> gleich mit allen tragenden Grundsätzen der gerade etablierten Radikalenrechtsprechung. Diese mutige Entscheidung schreibt die gar nicht so seltenen unter- und mittelinstanzlichen Erkenntnisse<sup>23</sup>, die von dem Bemühen getragen sind, in den Irrgarten der Berufsverbotsjudikatur eine Gasse der Freiheit zu schlagen, in kritischer Auseinandersetzung mit der obergerichtlichen Rechtsprechung fort. Verdient sie schon deshalb besondere Aufmerksamkeit, so ist sie zudem ein weiteres Indiz für die Schwierigkeit, um nicht zu sagen Unmöglichkeit, auf diesem Sondergebiet politischer Justiz das Gerüst einer h. M. zu stabilisieren.

Abermals ging es um die Frage des Einstellungsanspruchs einer wegen DKP-Mitgliedschaft abgelehnten Bewerberin um eine Anstellung als Lehrerin im Angestelltenverhältnis. Ebenso wie das BAG bejaht das Gericht, welches die Einstellungsbehörde antragsgemäß verurteilte, das Vorliegen eines direkt aus Art. 33 Abs. 2 GG abgeleiteten Einstellungsanspruchs. Zur Ermittlung des Umfangs der von einem Lehrer im Angestelltenverhältnis geforderten Verfassungstreue knüpft das Urteil sodann an die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur unterschiedlichen Intensität der Treuepflicht von Beamten und Angestellten an, wobei letztere jeweils nach dem Inhalt der konkreten Dienstpflichten zu konkretisieren ist:

»Nach dem Beschuß des *BVerfG* vom 22. 5. 1975 dürfen an die Verfassungstreue von Angestellten im öffentlichen Dienst nicht generell die gleichen Anforderungen gestellt werden wie an die Verfassungstreue von Beamten (*BVerfGE* 39, 334 = *NJW* 1975, 1641 = *AP* Art. 33 V

<sup>19</sup> *NJW* 83, 1814; nach dieser Entscheidung begründet die Mitgliedschaft in dem Verein Deutsche Friedensgesellschaft – Vereinigte Kriegsdienstgegner e. V. dann keine Zweifel an der Verfassungstreue eines Lehramtsbewerbers, wenn dieser die Ziele der Organisation verfassungskonform versteht und seine Mitgliedschaft nicht erkennbar zu verfassungsfeindlichen Bestrebungen nutzt.

<sup>20</sup> *NJW* 83, 1812 ff.

<sup>21</sup> A. a. O. S. 1812.

<sup>22</sup> *NJW* 83, 1814 ff.

<sup>23</sup> Vgl. hierzu Th. Blanke, G. Frankenberg, Zur Kritik und Praxis des Radikalerlasses, *KJ H.* 1/1979, S. 45 ff.; ferner die umfassende Darstellung und Analyse der zehnjährigen Berufsverbotspraxis in: Komitee für Grundrechte und Demokratie (Hrsg.), *Ohne Zweifel für den Staat*, Reinbek 1982.

Nr. 2). Im Gegensatz zum Beamten, bei dem sich das Erfordernis der Verfassungstreue auf jeden Fall unbeschadet des Amtes aus den Beamten gesetzen i. V. mit Art. 33 V GG ergibt, muß beim Angestellten auf den jeweiligen Inhalt des Dienstverhältnisses abgestellt werden. [...]

Eine Vorschrift mit Verfassungsrang, die anordnet, daß Angestellte im öffentlichen Dienst das gleiche Maß an Verfassungstreue bieten müssen wie Beamte, ist nicht ersichtlich. Es kommt deshalb nur in Frage, mittels einer Interpretation des Art. 33 II GG selbst dazu kommen zu können, daß und in welchem Umfang Bewerber für Angestelltenstellen verfassungstreue sein müssen. Im Rahmen des Art. 33 II GG können sich Anforderungen an die Verfassungstreue nur aus den Begriffen »Eignung« und »Befähigung« ergeben. Der Inhalt dieser sog. »unbestimmten Rechtsbegriffe« kann nur danach bestimmt werden, welche Ansprüche der Staat legitimerweise an Bewerber für eine konkrete Stelle stellen kann.

Aus dem Auftrag, den der Staat aus Art. 7 I GG für die Schulen zu erfüllen hat, könnte sich ergeben, daß unter »Eignung« und »Befähigung« i. S. des Art. 33 II GG für Lehrer auch das inner- und außerdienstliche aktive Eintreten für die freiheitlich-demokratische Grundordnung zu verstehen ist. Grundsätzlich ist der Staat, wie sich aus den Regelungen der Art. 3 III, 4, 33 II und III GG etc. ergibt, zur weltanschaulichen Neutralität verpflichtet. Zur Erfüllung dieser Verpflichtung im Schulbereich ist es erforderlich, daß sich der Staat solcher Lehrer bedient, die die Lehrtätigkeit nicht zu einer weltanschaulichen Beeinflussung der Schüler mißbrauchen. [...] Die Anforderungen, die danach an die Verfassungstreue der Bewerber auf eine Angestelltenstelle zu stellen sind, lassen sich wie folgt konkretisieren:

Es ist nicht erforderlich, daß sich der Bewerber auch außerdienstlich stets aktiv für die freiheitlich-demokratische Grundordnung einsetzt, weil sein außerdienstliches Verhalten keine Beeinflussung der Schüler im Unterricht bedeutet.

Es ist aber erforderlich, daß sich der Lehrer innerhalb des Dienstes jeglicher weltanschaulicher Beeinflussung der Schüler enthält.

Möglicherweise kann gerade bei Lehrern, die nicht die Gewähr dafür bieten, jederzeit für den Erhalt der freiheitlich-demokratischen Grundordnung einzutreten, davon ausgegangen werden, daß sie ihre dienstliche Stellung zu Manipulationen der Schüler ausnutzen wollen. Da eine derartige Beeinflussung gleichzeitig eine Pflichtverletzung des Lehrers darstellt, setzt das auch voraus, daß derartige Lehrer dazu neigen, die ihnen obliegenden dienstlichen Verpflichtungen rechtswidrig zu verletzen. Für einen derartigen Rückschluß von der politischen Einstellung auf die Nichteinlösung vertraglicher Pflichten fehlen aber jegliche Anhaltspunkte. Es ist außerdem nicht ersichtlich, d. h. *zumindest nicht in rechtlich verwertbarer Weise feststellbar*, daß gerade sog. Radikale in besonderem Maße dazu neigen, ihre Meinung anderen aufzuzwingen. Auch diejenigen, an deren Verfassungstreue keine Zweifel bestehen können, haben mehr oder weniger ausgeprägt eine politische Überzeugung. Trotzdem kann auch ihnen nicht allein aufgrund der Tatsache, daß sie eine politische Überzeugung haben, unterstellt werden, daß sie zu Manipulationen der ihnen zur Ausbildung anvertrauten Schülern neigen. Ohne besondere Anhaltspunkte für eine zu befürchtende Verletzung von Dienstpflichten kann deshalb auch bei den »Radikalen« zunächst davon ausgegangen werden, daß sie sich entsprechend ihren dienstlichen Verpflichtungen verhalten.«<sup>24</sup>

Gegenüber den geläufigen Beschwörungsformeln von der Notwendigkeit jederzeitigen aktiven Eintretens und positiven Bekenntnisses zu Staat und Verfassung muten diese Ausführungen des LAG Bremen wie ein Stück überfälliger Säkularisierung des politischen Gemeinwesens an. Zugleich entzaubert das Gericht die verbreiteten Visionen von den universellen Indoktrinationsgelüsten sog. extremistischer Lehrer, vor deren Verführungskünsten der Staat Schüler und Eltern gleichermaßen schützen müsse und führt auf dem Weg exakter juristischer Methodik die arbeitsrechtliche Loyalitätspflicht der Lehrer auf das Gebot weltanschaulicher Neutralität des Staates zurück.

Doch das LAG Bremen bescheidet sich nicht allein mit der Rückführung der »Verfassungstreuepflicht« auf ihren rationalen, aus dem Gewaltenteilungsprinzip folgenden, staatsorganisatorisch begründeten Kern: Nämlich das insbesondere die Exekutive beherrschende Gebot weltanschaulich neutraler, sachlich korrekter Amtsführung, woraus hinsichtlich der Rekrutierung des Behördenpersonals gem. Art. 33

<sup>24</sup> A. a. O. S. 1815.

Abs. 3 und 2 GG ein umfassendes Diskriminierungsverbot folgt, welches gleichermaßen für die Wahrnehmung der dienstlichen Aufgaben durch die Beschäftigten im öffentlichen Dienst selbst gilt.

Es beansprucht zudem in gezielter Abkehr von der jüngsten höchstrichterlichen Rechtsprechung des BAG und des BVerwG aus grundsätzlichen rechtsstaatlichen Erwägungen das Recht, die Entscheidung der Einstellungsbehörde über die voraussichtliche Verfassungstreue eines Bewerbers in vollem Umfang zu überprüfen und gesteht ihr demnach keinen eigenen Beurteilungsspielraum zu – jedenfalls insoweit nicht, als es um die Beschäftigung in einem Angestelltenverhältnis geht:

»Das Gericht ist auch befugt, die Entscheidung der Einstellungsbehörde uneingeschränkt, und nicht in eingeschränktem Umfange nachzuprüfen. Ausgangspunkt ist der im allgemeinen Verwaltungsrecht angesiedelte Streit darüber, ob und in welchem Umfang den Behörden bei unbestimmten Rechtsbegriffen ein Beurteilungsspielraum zukommt, der gerichtlich nicht ersetzbar ist. In diesem Rahmen ist anerkannt, daß jedenfalls Entscheidungen, bei denen ein besonders zusammengesetztes Gremium seinen persönlichen Sachverstand einbringen soll, einer gerichtlichen Kontrolle entzogen sind (vgl. die Nachw. bei *Kopp*, VwGO, § 114 Rdnr. 11 ff.). Ein derartiger Fall eines besonders zusammengesetzten Gremiums könnte hier bezüglich der Anhörungskommission gegeben sein. Diese Kommission, die in besonderer Weise zusammengesetzt ist, entscheidet aber gar nicht selbst über die Einstellung eines Bewerbers, sondern macht seinerseits nur einen Vorschlag, über den der Magistrat der bekl. Stadt zu entscheiden hat. Bei dieser Entscheidung über die Einstellung liegt dem Magistrat ein persönlicher Eindruck von dem Bewerber ebensowenig vor wie dem Gericht, auch der Magistrat hat nur schriftliche Unterlagen. Er ist deshalb nicht in besonderer Weise dazu geeignet, eine unvertretbare Entscheidung zu treffen; das wäre höchstens die Anhörungskommission, die aber gerade nicht selbst entscheidet. Für eine Überprüfbarkeit der Entscheidung des Magistrats durch das Gericht spricht außerdem, daß vorliegend die Voraussetzungen eines Einstellungsanspruchs bis auf die Frage der Verfassungstreue unzweifelhaft vorliegen. Bei seiner Prüfung muß das Gericht deshalb nicht umfassend die Persönlichkeit des Bewerbers beurteilen, sondern sich nur damit auseinandersetzen, ob auch nach der Anhörung noch Zweifel an seiner Verfassungstreue bestehen. Es kommt deshalb allein auf die Beurteilung *eines* Persönlichkeitsmerkmals an, wobei die tatsächlichen Beurteilungsgrundlagen in Form der Protokolle der Anhörungskommission auch noch vorliegen. Im Verwaltungsrecht wird in vergleichbaren Fällen einer derartig eingeschränkten Fragestellung angenommen, daß eine volle Überprüfbarkeit durch das Gericht besteht (etwa bei der Gewissensprüfung bei einer Kriegsdienstverweigerung, w. Beisp. bei *Kopp*, § 114 Rdnr. 11b). Da im Regelfall aber das Gericht eine umfassende Prüfungskompetenz hat und da Art. 19 IV GG außerdem das Gebot umfassender Rechtsschutzgewährung enthält, ist bei Bestehen derartiger Zweifel von einer vollen Überprüfbarkeit der Entscheidung der Behörde auszugehen (so auch *Kopp*, § 114 Rdnr. 11 m. w. Nachw.).

Daneben spricht für eine volle Überprüfbarkeit der Verfassungstreue des Bewerbers durch das Gericht, daß zwischen dem Beamten- und Arbeitsrecht Unterschiede bestehen, die eine Differenzierung im Bereich der Überprüfbarkeit erlauben. [...] Die Situation im Arbeitsrecht ist insoweit anders, als nach den gesetzlichen und tariflichen Grundlagen die Behörde der Kl. kündigen kann, wenn sie ihre dienstliche Stellung mißbraucht oder in anderer Weise verfassungsfeindliche Aktivitäten an den Tag legt. Die Bekl. hätte somit die Möglichkeit einer ordentlichen und außerordentlichen Kündigung, so daß die Entscheidung des Gerichts nicht zu einer endgültigen Bevormundung der Bekl. führt, sondern nur ein normal kündbares Arbeitsverhältnis zustandekommt.«<sup>25</sup>

In der abschließenden gerichtlichen Beurteilung, ob nach der Anhörung der Klägerin Zweifel an deren Verfassungstreue bestehen, hatte sich das LAG Bremen mit der Tatsache auseinanderzusetzen, daß die Bewerberin sowohl Mitglied der DKP ist und für diese Partei auch kandidiert hat als auch sich in einer persönlichen Erklärung zum Grundgesetz bekannt und dies in der Anhörung bekundet hat. Ähnlich wie das BAG in der vorstehend referierten Entscheidung vom 5. 8. 1982 unterstellt das Gericht weder, daß es sich hierbei nur um ein sog. Lippenbekenntnis handele, noch geht es

<sup>25</sup> A. a. O. S. 1815 f.

umstandslos davon aus, daß die Klägerin dann notwendigerweise ein falsches Verfassungsverständnis besitze:

403

«Möglicherweise röhrt die Tatsache, daß die Kl. das Programm der DKP mit dem Grundgesetz für vereinbar hält, aber auch daher, daß sie dieses Programm und nicht das Grundgesetz in einem anderen Sinn interpretiert als etwa das BAG und andere Gerichte in der Bundesrepublik [...]»

Die Zweifel, die danach an der Bedeutung des Bekenntnisses der Kl. zum Grundgesetz bestehen, hat die Bekl. und das erstinstanzliche Gericht zu ihren Lasten gewertet. Ein derartiges Vorgehen ist in einer Situation, in der es um die Aktualisierung des Grundrechtsschutzes aus Art. 33 II GG geht, bedenklich. Zwar mögen aufgrund der DKP-Zugehörigkeit Zweifel an der erforderlichen Verfassungstreue der Kl. bestehen, unter Berücksichtigung der allem Bürgern gegenüber bestehenden Vermutung verfassungstreuen Verhaltens muß aber das Bekenntnis der Kl. zum Grundgesetz dazu führen, daß sie die Möglichkeit dargelegt hat, daß sie das Programm der DKP in einem mit der Verfassung vereinbaren Sinn versteht. In einer solchen Situation obliegt es der Einstellungsbehörde, das Fortbestehen der Zweifel zu begründen. Wäre dieses nicht der Fall, wäre der Bürger i. S. des Art. 33 II GG in einem Umfang darlegungsbelastet, der faktisch zu einer Undurchsetzbarkeit des Einstellungsanspruchs führt. Allein die Mitgliedschaft in der DKP hätte dann schon, weil sie den Bürger in Zugzwang brächte, quasi den Art. 33 II GG ausschließende Wirkung. Es muß deshalb davon ausgegangen werden, daß die Kl. durch das Bekenntnis zum Grundgesetz die Zweifel an ihrer Verfassungstreue zerstreut hat.»<sup>26</sup>

### *3. Das Urteil des LAG Hamburg vom 8. 10. 1982: Meinungsfreiheit contra Treuepflicht*

Die Tendenz zur Liberalisierung der arbeitsgerichtlichen Berufsverbotsrechtsprechung, welche auf Grund der Differenzierung der Anforderungen an die Verfassungstreue, sei es für angestellte Lehrer generell (so das LAG Bremen), sei es für solche im Vorbereitungsdienst auf die zweite Staatsprüfung (so das BAG), zu dem Ergebnis gelangt, daß die Mitarbeit in der DKP nicht schon per se ein Verstoß gegen die politische Loyalitätspflicht darstellt, wird vom LAG Hamburg im Urteil vom 8. 10. 1982<sup>27</sup> in bezug auf den Geltungsumfang des Grundrechts der Meinungsfreiheit für Beschäftigte im öffentlichen Dienst eindrucksvoll bestätigt.

Mit dieser Entscheidung stellt das LAG Hamburg die Rechtswidrigkeit der Kündigung der im Schuldienst des Landes Hamburg als Lehrerin im Angestelltenverhältnis beschäftigten Klägerin fest und verurteilt das Land, die Klägerin entsprechend ihrem Arbeitsvertrag als Lehrerin an ihrer früheren Schule zu beschäftigen. Die Schulbehörde hatte ihre Kündigung u. a. darauf gestützt, daß die Klägerin durch das Verteilen von Flugblättern für den Kommunistischen Bund Westdeutschland (KBW) gegen ihre Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis verstoßen habe. Das LAG mußte daher prüfen, ob sich aus dem Inhalt der von der Klägerin verteilten Flugblätter ein Verstoß gegen ihre arbeitsvertraglichen Pflichten ergab, welcher die ausgesprochene Kündigung hätte rechtfertigen können. Die hierzu vom LAG Hamburg unter Bezugnahme auf das Revisionsurteil gemachten Ausführungen sind von allgemeiner, weit über den konkret entschiedenen Fall hinausgehender Bedeutung. Zum einen wird nämlich die Intention, die Beschäftigten im Öffentlichen Dienst einer besonderen arbeitsvertraglichen Treuepflicht gegenüber ihrem Arbeitgeber, dem Staat, zu unterstellen, entschieden zurückgewiesen; zum anderen wird in ausdrücklicher Anknüpfung an die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts der demokratiekonstitutive Bedeutungsgehalt der Meinungsfreiheit betont und die Rechtsfigur der

<sup>26</sup> A. a. O. S. 1816.

<sup>27</sup> Az: 6 Sa 22/82 (unveröffentlicht).

wechselseitigen Beeinflussung und Beschränkung von Grundrecht und allgemeinen Gesetzen aufgenommen:<sup>28</sup>

»Soweit sich aus der Stellung und den Aufgaben des Lehrers, dem die Erziehung von Kindern und Jugendlichen im Geiste der freiheitlichen Demokratie, der Toleranz und der Achtung der Meinung Andersdenkender übertragen worden ist, eine Verpflichtung zur Zurückhaltung in der öffentlichen politischen Betätigung ergeben könnte, ist hervorzuheben, daß die von einem Bediensteten im öffentlichen Dienst zufordernde politische Treuepflicht es nicht ausschließt, an Erscheinungen des Staates Kritik zu üben und für Änderungen der bestehenden Verhältnisse mit verfassungsrechtlich vorgesehenen Mitteln einzutreten (BAG vom 19. März 1980, § AZR 794/78). Das Bundesarbeitsgericht hat in dieser Entscheidung, auf die auch im Revisionsurteil ausdrücklich hingewiesen wird, hierzu weiter ausgeführt, dieses Recht zur Kritik werde nicht dadurch eingeschränkt, daß der zu kritisierende Staat gleichzeitig Arbeitgeber sei. Das Grundrecht der freien Meinungsäußerung findet zwar seine Schranken in den Grundregeln des Arbeitsverhältnisses. Das daraus folgende Verbot, den Arbeitgeber in unangemessener Form anzugreifen und in der Meinung der Öffentlichkeit herabzusetzen, bedürfe aber da einer Modifizierung, wo es um die Kritik des Arbeitgebers als Staat gehe. Wegen der grundlegenden Bedeutung des Grundrechts der freien Meinungsäußerung für den demokratischen Staat müßten die dieses Grundrecht begrenzenden Grundregeln des Arbeitsrechts ihrerseits am Wesensgehalt des Grundrechts gemessen und ggf. wieder eingeschränkt werden (vgl. Bundesverfassungsgericht E 7, 198 ff. – 209 –; 42, 143 ff. – 150 –). Daraus folge, daß der Staat als Arbeitgeber eine Kritik seiner Politik auch durch seine Bediensteten grundsätzlich in gleichem Umfang hinnehmen muß wie die Kritik anderer Bürger. Ein Bewerber im öffentlichen Dienst könne daher nicht deswegen zurückgewiesen werden, weil dieser die Politik des Arbeitgebers als Staat kritisiert und dabei Maß und Zurückhaltung nicht geübt habe.

Diese Grundsätze, denen die Kammer ausdrücklich beitritt, müssen erst recht gelten, wenn es um die Kündigung des bereits bestehenden Arbeitsvertrages eines Mitarbeiters im öffentlichen Dienst geht.«<sup>29</sup>

Ausgehend von diesen Grundsätzen gelangt das LAG Hamburg zu dem Ergebnis, daß die im Verteilen der Flugblätter liegende Meinungsäußerung der Identifizierung mit deren Inhalt die ausgesprochene Kündigung nicht rechtfertigen könne. Soweit die darin gegen die Bundesregierung, die SPD und die sozialliberale Koalition gerichteten Äußerungen einen beleidigenden Inhalt hätten und insofern auch »nicht von dem allen Bürgern gleichmäßig zustehenden Recht auf freie Meinungsäußerung gedeckt«<sup>30</sup> seien, könnte allerdings ein Verstoß der Klägerin gegen ihre Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis vorliegen. Dies setze jedoch weiterhin voraus, daß dadurch eine konkrete Beeinträchtigung des Arbeitsverhältnisses gegeben sei. Nach dem Inhalt der inkriminierten Äußerungen war dies indessen nicht der Fall, weil sich der »ehrverletzende Angriff . . . nicht gegen die Beklagte, die Anstellungsbehörde oder ihre Repräsentanten (richtet)«<sup>31</sup>, so daß der konkrete Bezug zum Arbeitsverhältnis allenfalls durch die Reaktion eines aufgebrachten Vaters eines Schülers hergestellt werden könnte: »Auch wenn man insoweit einen Pflichtverstoß der Klägerin unterstellt, wäre dieser jedoch nicht so schwerwiegend, daß er eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses im Wege der Kündigung gerechtfertigt hätte.«<sup>32</sup>

## *II. Verwaltungs- und disziplinargerichtliche Entscheidungen*

Der insbesondere in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zum Ausdruck gekommenen Tendenz, aus der Mitgliedschaft in der DKP bzw. ihr nahesteh-

<sup>28</sup> Insoweit scheint sich, worauf U. Mückenberger in seiner Anmerkung zum Urteil des ArbG Frankfurt/M. vom 11. 5. 1982 (abgedruckt in: KJ H. 1/1983 S. 81 ff.) im einzelnen eingehet, eine bedeutsame Veränderung der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung unter Einschluß des BAG abzuzeichnen, die dem verfassungsrechtlichen Stellenwert der Meinungsfreiheit des Art. 5 GG stärker Rechnung trägt.

<sup>29</sup> A. a. O. S. 6 f. (zit. nach dem Urteilsumdruck).

<sup>30</sup> A. a. O. S. 8.

<sup>31</sup> A. a. O.

<sup>32</sup> A. a. O. S. 8 f.

hender Organisationen wie dem MSB-Spartakus im Wege starrer Zurechnung fixe Rückschlüsse auf die mangelnde Verfassungstreue von Beamten bzw. Beamtenbewerbern zu ziehen, widersprechen die Entscheidungen des OVG Lüneburg vom 16. 11. 1982<sup>33</sup> und des Bundesdisziplinargerichts Stuttgart von 11. 11. 1982<sup>34</sup>.

405

### *1. Das Urteil des OVG Lüneburg vom 16. 11. 1982: Justizielle Rehabilitationsarbeit*

In ähnlicher Weise wie das BAG mit Urteil vom 5. 8. 1982<sup>35</sup> hält das OVG Lüneburg in seiner der Anfechtungsklage stattgebenden Entscheidung zwar an den Grundsätzen der zeitlich wie sachlich beschränkten gerichtlichen Überprüfbarkeit der ablehnenden Behördenentscheidung fest, lässt sie jedoch erst jenseits einer vollinhaltlich nachprüfbaren Schwelle zur Geltung kommen,

»nämlich dann, wenn die begründeten Zweifel des Dienstherrn auf Umstände zurückgehen, die von hinreichendem Gewicht und bei objektiver Betrachtungsweise geeignet sind, ernste Besorgnis an der künftigen Erfüllung der beamtenrechtlichen Treuepflicht zur Verfassung auszulösen (BVerwG in ZBR 1982, S. 79). Unbegründete Zweifel sowie solche, die auf tatsächliche Umstände ohne das nötige Gewicht oder auf solche Umstände zurückzuführen sind, die lediglich geeignet sind, eine gewisse, aber doch noch leicht zu nehmende Besorgnis auszulösen, erreichen die genannte Schwelle nicht und eröffnen dem Dienstherrn somit auch noch keinen Beurteilungsspielraum.«<sup>36</sup>

Die Kandidatur der Klägerin für den MSB-Spartakus, welcher mit der freiheitlich demokratischen Grundordnung im Sinne des Grundgesetzes unvereinbare Ziele verfolge, »mag geeignet gewesen sein, gewisse Zweifel überhaupt zu begründen«<sup>37</sup>. Da dieses Verhalten jedoch im Zeitpunkt der Widerspruchentscheidung am 6. 7. 1976 bereits mehrere Jahre zurückgelegen habe und bei der »gewissermaßen «vorläufigen» Beurteilung vor der erstmaligen Übernahme der Klägerin in ein Beamtenverhältnis eine besonders vorsichtige Würdigung angebracht war«, hätten »die aus der Kandidatur herrührenden Zweifel für sich allein noch nicht eine Ablehnung der Klägerin gerechtfertigt«<sup>38</sup>. Das Gericht wendet sich sodann der für den Ausgang der meisten Berufsverbotsprozesse zentralen Frage zu, an welchen Maßstäben beurteilt werden kann, ob es dem Betroffenen gelungen ist, bestehende »Anfangszweifel« der Einstellungsbehörde an seiner Verfassungstreue zu zerstreuen. Hierbei dürfen, wenn

»die zu Zweifeln Anlaß gebenden Tatumstände bereits längere Zeit zurückliegen), . . . – schon mangels ausreichender Gelegenheit zu aktivem Eintreten für die freiheitlich demokratische Grundordnung – keine zu hoch geschraubten Erwartungen an eine Distanzierung gestellt werden (BVerwG in ZBR 1982, S. 78/79). Zwar kann von einem Lehrer grundsätzlich erwartet werden, daß er sich glaubwürdig gegen verfassungsfeindliche Zielsetzungen ausspricht, aber das setzt auch voraus, daß er eingehend und konkret genug befragt worden ist (BVerwG in ZBR 1982, S. 80).«<sup>39</sup>

Unter Zugrundelegung dieser Maßstäbe ergibt sich für das Gericht aus dem Anhörungsprotokoll die gegenteilige Schlußfolgerung wie für die Einstellungsbehörde. Widersprüche zwischen ihren eigenen Vorstellungen und den Zielen des MSB-Spartakus gehen keineswegs zu Lasten der Klägerin, weil »diese eigenen Vorstellungen und der persönliche Standort der Klägerin . . . entscheidend (sind) für das Ge-

33 Az: 2 OVG A 106/77 (unveröffentlicht); Nichtzulassungsbeschwerde eingelegt.

34 Az: III VL 26/80 (unveröffentlicht); gegen dieses Urteil hat der Bundesdisziplinaranwalt Berufung eingelegt.

35 NJW 83, 779.

36 A. a. O. S. 8 (zit. nach dem Urteilsumdruck).

37 A. a. O. S. 8.

38 A. a. O. S. 9 f.

39 A. a. O. S. 10.

wicht der Zweifel und das Maß an Besorgnis«<sup>40</sup>, ihr Schweigen bezüglich der Mitgliedschaft im MSB-Spartakus aus grundsätzlichen Erwägungen ist »nicht von vornherein schon eine völlig unhaltbare Ansicht, jedenfalls aber kein Anlaß, an ihrer künftigen Treue zu tragenden und grundlegenden Prinzipien der Verfassungsordnung – zu denen diese Frage nicht gehört – zu zweifeln«, ihre Antwort, »in der DDR bestehe kein Bedürfnis für antisozialistische Strömungen« könne auf mangelnder Kenntnis der politischen und gesellschaftlichen Verhältnisse in der DDR beruhen und kann daher nicht »als Beleg dafür dienen, daß die Klägerin Grundprinzipien der Verfassungsordnung künftig mißachten und für sie nicht aktiv eintreten könnte«.<sup>41</sup>

Inzwischen, nach über 8 Jahren, las sich das Anhörungsprotokoll offenbar anders. Dieser Umstand verweist auf ein weiteres Dilemma der neueren höchstrichterlichen Entscheidungsmaximen: Ihre zeitliche Fixierung auf das Datum der letzten Behördenentscheidung. Die Folge dieser – vom LAG Bremen in der oben dargestellten Entscheidung vom 17. 12. 1982 aus einleuchtenden rechtssystematischen Erwägungen abgelehnten – Auffassung ist, daß die von der Einstellungsbehörde getroffene *Prognoseentscheidung* über die künftige Verfassungstreue eines Bewerbers prinzipiell unabhängig davon überprüft werden soll, ob sie eingetroffen ist oder nicht. Gewiß entspricht es juristischer Logik, daß nicht die *Richtigkeit* der Prognose, sondern die *Rechtmäßigkeit* der durch sie gestützten Entscheidung auf ihre Konsistenz mit den normativen Vorgaben der Verfassung hin beurteilt werden soll, wobei allerdings hier – anders als bei sonstigen Verwaltungsakten, die sich auf einen abgeschlossenen bzw. invarianten Sachverhalt beziehen – infolge der auf die Zukunft gerichteten Dimension der Verwaltungsentscheidung beide Aspekte (Richtigkeit und Rechtmäßigkeit) nur künstlich gegeneinander isoliert werden können. Die von dieser juristischen Fiktion ausgehende Zumutung an die Gerichte, sich »ohne Ansehn der Person« in den häufig lange Jahre zurückliegenden Zeitgeist einer Behördenentscheidung zu versetzen und sie trotz erwiesener empirischer Falsifikation gleichsam wider besseres Wissen erneut zu sanktionieren, scheint nur für Anhänger eines drakonischen Normativismus aushaltbar. Zu diesem juristischen Charaktertypus gehören die Mitglieder des erkennenden Senats des OVG Lüneburg offensichtlich nicht:

»Daß eine positive statt negative Prognose zur Verfassungstreue der Klägerin abzugeben war, wird bestätigt durch ihren Werdegang in der Zeit von 1976 bis 1982: Zwar kann dieser Zeitraum nicht unmittelbar zur Beurteilung der Rechtmäßigkeit der angefochtenen Bescheide herangezogen werden, weil es bei der Anfechtungsklage auf den Zeitpunkt der letzten behördlichen Entscheidung ankommt, aber das während dieser Zeit gezeigte Verhalten der Klägerin in einem Beamtenverhältnis – im Geltungsbereich des BRRG (als Studienreferendarin in Bremen seit 1977, dort seit 1982 als Beamtin auf Lebenszeit, Th. B.) – läßt doch Rückschlüsse auf die im Zeitpunkt der Widerspruchentscheidung vorhanden gewesene innere Haltung der Klägerin zu (BVerwG in NJW 1981, S. 1392; BVerwG in ZBR 1982, S. 80). Danach ist die vom Beklagten im Jahre 1976 abgegebene, der Klägerin nachteilige Prognose ungerechtfertigt gewesen.«<sup>42</sup>

## 2. Das Urteil des Bundesdisziplinargerichts Stuttgart vom 11. 11. 1982: DKP-Mitgliedschaft keine Dienstpflichtverletzung eines Beamten

Von der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts in Berufsverbotsfällen war bislang nie – und wird es auch im Rahmen dieser Darstellung neuerer Entscheidungen nicht sein – auch nur ein Funken juristischer Liberalität zu vermelden. Mit dem

<sup>40</sup> A. a. O. S. 11.

<sup>41</sup> A. a. O. S. 11 f.

<sup>42</sup> A. a. O. S. 13 f.

›Peter-Urteil‘ seines 1. Disziplinarenats vom 29. 10. 1981<sup>43</sup> hatte es abermals eifernen politischen Verfolgungsabsichten neue Dimensionen eröffnet. Diesem Urteil zufolge begründet die Mitgliedschaft und Kandidatur für die DKP die kaum widerlegliche Vermutung mangelnder Verfassungstreue eines Beamten. Da ein Eintreten für die freiheitlich demokratische Grundordnung bei aktiver Zugehörigkeit zu einer als verfassungsfeindlich angesehenen politischen Organisation regelmäßig auszuschließen sei, liege darin ein schweres Dienstvergehen, welches angemessen nur mit der Entfernung des Beamten aus dem öffentlichen Dienst geahndet werden könne.

Diese Entscheidung bedeutete insofern eine erhebliche Verschärfung der Anforderungen an die Verfassungstreue, als in ihrer Konsequenz bei einer aktiven Mitgliedschaft von Beamten etwa in der DKP zwingend von dem Vorliegen des Verdachts eines schweren Dienstvergehens auszugehen wäre, so daß in all diesen Fällen entsprechend dem das Disziplinarrecht beherrschenden Legalitätsgrundsatz für den Dienstvorgesetzten die Pflicht zur Einleitung disziplinarischer Vorermittlungen bestünde. Das Urteil, so war zu vermuten und bestätigte sich auch teilweise, war ein Freibrief für die umfassende Säuberung des öffentlichen Dienstes von »Radikalen«.<sup>44</sup> Mehr noch: Indem es seiner durchaus eigenwilligen und neuen Interpretation der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 22. 5. 1975<sup>45</sup> die Dignität einer infolge der Bindungswirkung gemäß § 31 Abs. 1 BVerfGG i. Vb. mit Art. 100 Abs. 1 GG zwingend gebotenen Rechtsanwendung beimaß, kleidete sich diese Einzelfallentscheidung in das normative Gewand eines zwingenden Gesetzesbefehls zur Extremistenverfolgung. Verweigerung gegenüber solchem Ansinnen schien in Gefahr, in die Grauzone »zivilen Ungehorsams« abgedrängt zu werden.<sup>46</sup>

Man durfte deshalb gespannt sein, ob diese Entscheidung in der Judikatur die beanspruchte und (nicht zuletzt auch von der damaligen Bundesregierung) befürchtete Schule machen würde. Soweit ersichtlich, ist dem bislang nicht so – mit Ausnahme der unlängst ergangenen Entscheidung des VG Hannover vom 28. 9. 1983, in der die DKP im Wege einer bemerkenswerten verfassungsrechtlichen Kompetenzanmaßung als »verfassungswidrig« bezeichnet wird.<sup>46a</sup> Im Gegenteil nutzte das Bundesdisziplinargericht Stuttgart sogleich die nächste Gelegenheit, in dem dem »Fall Peter« parallelen Verfahren gegen den Fernmeldeamtmann Meister mit Urteil vom 11. 11. 1982<sup>47</sup> dem Bundesverwaltungsgericht die juristische Gefolgschaft zu versagen. Die Mitgliedschaft und Kandidatur dieses Beamten, so stellt das Gericht in seiner freisprechenden Entscheidung fest, stellt kein Dienstvergehen i. S. des § 77 Abs. 1 BBG dar.

Aus der Zugehörigkeit und Aktivität für die DKP folgt nach Auffassung der Kammer nicht zwingend,

43 NJW 82, 779 ff. = ZBR 82, 22 ff.

44 Vgl. oben S. 397 und Fn. 10 und 11.

45 BVerfGE 39, 334 ff.

46 Deshalb sah sich beispielsweise der Präsident der Universität Oldenburg veranlaßt, durch Rechtsgutachten prüfen zu lassen, ob ihm angesichts des ›Peter-Urteils‹ des BVerwG das beamtenrechtlich garantie Remonstrationsrecht gegen die Anweisung durch den Nds. Minister für Wissenschaft und Kunst zusteht, disziplinarische Vorermittlungen wegen Mitgliedschaft und Kandidatur für die DKP gegen ein auf Lebenszeit beamtetes Mitglied des Lehrkörpers dieser Universität einzuleiten. Vgl. hierzu die gutachterlichen Stellungnahmen von U. Battis und Th. Blanke/D. Sterzel, auszugsweise veröffentlicht in: UNI INFO, Hrsg.: Presse und Informationsstelle der Universität Oldenburg, Nr. 7/82.

46a Vgl. den Bericht in FR v. 30. 9. 1983.

47 Az: III VL 26/80; zur disziplinargerichtlichen Treuepflicht-Judikatur vgl. G. Frankenberg, Staatstreue, KJ H. 3/1980, S. 276 ff.; Breitbach, Anmerkung zum Urteil des Bundesdisziplinargerichts (Kammer III Stuttgart) vom 28. 3. 1980 (Hans Peter) und zum Urteil der Kammer IX Dortmund vom 4. 6. 1980, in: DuR 1980, S. 305 ff.; ferner BVerfG NJW 81, 1390 sowie BVerfG NJW 81, 2683.

»daß auch der Beamte die freiheitliche demokratische Grundordnung der Bundesrepublik Deutschland ablehnen und bekämpfen und sie aus seiner beamtenrechtlichen Stellung heraus zerstören wolle. [...]«<sup>48</sup>

Das Bundesverfassungsgericht hat hierzu ausgeführt, daß dies Fragen seien, die . . . (die Beamten) *selbst* durch ihr Verhalten beantworteten. Demgemäß sieht das Bundesverfassungsgericht den Beitritt oder die Zugehörigkeit zu einer politischen Partei, die verfassungsfeindliche Ziele verfolgt, – unabhängig davon, ob ihre Verfassungswidrigkeit durch Urteil des Bundesverfassungsgerichts festgestellt oder nicht – nur als einen Teil des Verhaltens an, das für die Beurteilung der Persönlichkeit . . . erheblich sein kann (BVerfG a. a. O. S. 359). Daraus folgt, daß aus der Mitgliedschaft zu einer politischen Partei, die verfassungsfeindliche Ziele verfolgt, keinesfalls eine – entscheidende – Bedeutung geschlossen werden kann (vgl. auch BVerwG, Urteil vom 29. Oktober 1981 – I D 50.80, S. 24 –). [...]«<sup>49</sup>

Der Beamte hat für seine Person durchaus glaubhaft dargelegt, daß in seiner Vorstellung eines Sozialismus in der Bundesrepublik Deutschland sämtliche demokratischen Prinzipien weiterhin geachtet werden sollten, daß eine ›Umwälzung der wirtschaftlichen Machtverhältnisse auf demokratischem Wege erfolgen solle und auch nach Erlangung einer Mehrheit weiterhin parlamentarisch-demokratische Verhältnisse herrschen sollten.«<sup>50</sup>

Hatte das BAG im Urteil vom 5. 8. 1982<sup>51</sup> zwischen den verfassungsfeindlichen »Fernzielen« und den grundgesetzkonformen »tagespolitischen Nahzielen« der DKP differenziert und deshalb die Mitgliedschaft in dieser Partei nicht als hinreichendes Indiz für Zweifel an der – in bezug auf Lehramtsanwärter für den Vorberichtungsdienst – eingeschränkten Verfassungstreuepflicht gewertet, so folgt das Bundesdisziplinargericht mit dieser Entscheidung dem vom LAG Bremen im Urteil vom 17. 12. 1982<sup>52</sup> sowie vom OVG Lüneburg im Urteil vom 16. 11. 1982<sup>53</sup> eingeschlagenen Weg: Es gestattet sich die sämtlichen anderen Parteien gegenüber selbstverständlich eingeräumte Annahme, daß sich nicht jedes aktive Mitglied mit allen politischen Zielen der Organisation identifiziert. Dementsprechend fehlt in diesen Entscheidungen auch der in den Urteilen des Bundesverwaltungsgerichts notorische, als empirische Aussage überflüssige und darum absurde (und eher im Umkehrschluß mißliebig gewordene frühere Parteizugehörigkeiten auch von Richtern – wie etwa in der NSDAP – beschönigende) Hinweis auf die »Freiwilligkeit« des Beitritts zur DKP, woraus regelmäßig umstandlos auf die totale Identifikation und Vereinnahmung durch diese Partei geschlossen wird. Statt dessen fährt das Gericht fort:

»Die Kammer war der Ansicht, daß es dem Beamten unbenommen bleiben muß, für sich selbst in der DKP diejenige politische Gruppe zu sehen, innerhalb derer er seine optimale Vorstellung einer politischen Ordnung glaubt durchsetzen zu können. Solange seine politischen Ziele sich unwiderlegt an der gegebenen Verfassung ausrichten und der Beamte eindeutig und ausdrücklich für diesen Staat und diese Verfassung Partei ergreift, kann von ihm nicht verlangt werden, sich von einer – verfassungsgerichtlich nicht verbotenen – Partei zu distanzieren. [...] Die aktive Unterstützung der Ziele der DKP, soweit sie der freiheitlichen demokratischen Grundordnung entsprechen, ist für diesen Beamten auf der Grundlage seiner politischen Überzeugung noch nicht pflichtwidrig. Daß er die übrigen Ziele der Partei, die die Rechtsprechung für verfassungsfeindlich hält, verfolgt, ist nicht erwiesen. [...]«<sup>54</sup>

Hinsichtlich der Kandidaturen des Beamten bei politischen Wahlen ist im übrigen zu beachten, daß solche Kandidaturen, solange die entsprechende Partei nicht verboten ist, gerade zum Schutze der Demokratie und einer freien Verwirklichung des Volkswillens nicht behindert werden dürfen.

Insofern kommt auch dem in Art. 48 Abs. 2 GG erkennbar gewordenen Willen des Grundgesetzgebers, eine Behinderung von Wahlkandidaten möglichst auszuschließen, Bedeutung zu.«<sup>55</sup>

<sup>48</sup> A. a. O. S. 17 f. (zit. nach dem Urteilsumdruck).

<sup>49</sup> NJW 83, 779.

<sup>50</sup> NJW 83, 1814.

<sup>51</sup> Az: 2 OVG A 106/77.

<sup>52</sup> A. a. O. S. 19 ff.

Im Gegensatz zu diesen differenzierenden Ausführungen des Bundesdisziplinargeichts halten seine Feststellungen zu Inhalt und Qualität der Bindungswirkung des Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts vom 22. 5. 1975 einer kritischen Überprüfung nicht stand. Die im Urteil nicht näher problematisierte Auffassung des Gerichts, es sei gemäß § 31 Abs. 1 BVerfGG an die Leitsätze dieser Verfassungsgerichtsentscheidung gebunden, steht zwar in Übereinstimmung mit der vom Bundesverwaltungsgericht im »Peter-Urteil« vom 29. 10. 1981<sup>53</sup> vertretenen Position, vermag jedoch aus gesetzesystematischen<sup>54</sup> sowie fundamentalen verfassungsstrukturellen<sup>55</sup> und rechtsstaatlichen<sup>56</sup> Gründen nicht zu überzeugen. Dies haben erst unlängst H. Meier/U. Wollenteit<sup>57</sup> in dieser Zeitschrift im einzelnen begründet, so daß sich hier nähere Ausführungen dazu erübrigen. Der These des Bundesdisziplinargeichts, den eher rechtslyrischen als von nüchternjuristischer Prosa diktierten Umbeschreibungen der politischen Treuepflicht in Leitsatz 2 der Radikalenentscheidung des Bundesverfassungsgerichts komme auf Grund der angenommenen Bindungswirkung nach § 31 Abs. 1 BVerfGG *Verfassungsrang* zu, kann ebensowenig zugestimmt werden. Nach § 31 Abs. 1 BVerfGG binden die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts »die Verfassungsorgane des Bundes und der Länder sowie alle Gerichte und Behörden«. Nach § 31 Abs. 2 BVerfGG haben Entscheidungen in bestimmten, dort näher bezeichneten Fällen (u. a. im Verfahren der konkreten Normenkontrolle nach Art. 100 Abs. 1 GG, welches Gegenstand des Radikalenbeschlusses war) Gesetzeskraft. Verfassungsrechtliche Funktion der Bindungswirkung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts ist die Sicherung des in Art. 20 Abs. 3 GG niedergelegten Rechtsstaatsprinzips, demzufolge »die Gesetzgebung an die verfassungsmäßige Ordnung, die vollziehende Gewalt und Rechtsprechung . . . an Gesetz und Recht gebunden« sind. Da dem Bundesverfassungsgericht lediglich und ausschließlich die Aufgabe übertragen ist, in strikter Bindung an die Verfassung diese auszulegen, führt die Ausgestaltung der Bindungswirkung in § 31 BVerfGG zu der Konsequenz, daß den Entscheidungen dieses Gerichts, soweit sie in Bindungswirkung erwachsen, allenfalls die Allgemeinverbindlichkeit einer einfachgesetzlichen Regelung zukommen kann. Originäres Verfassungsrecht in der Rangstufe einer Verfassungsnorm kann auch das Bundesverfassungsgericht als »Hüter der Verfassung« nicht setzen. Demzufolge kommt der gesetzeskräftigen Entscheidung im konkreten Normenkontrollverfahren nach Art. 100 Abs. 1 GG i. V. mit § 31 Abs. 2 BVerfGG in der Hierarchie der Rechtsnormen der Rang der Norm zu, deren Gültigkeit geprüft wurde, »weil es sonst Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts mit Verfassungsrang gäbe«.<sup>58</sup> Dies folgt im übrigen aus dem im Bundesverwaltungsgerichtsurteil vom 29. 10. 1981 (»Peter-Urteil«) enthaltenen Hinweis<sup>59</sup>, daß das Bundesverfassungsgericht auch bei gleichbleibender Verfassungslage jedenfalls selbst von seinen eigenen früheren Entscheidungen abweichen kann (unter Bezugnahme auf BVerfG E 4, 31 (38 f.), bestätigt in BVerfG E 20, 56 (86 f.)). Käme den tragenden

<sup>53</sup> NJW 82, 779.

<sup>54</sup> Die Gesetzesystematik spricht gegen die Annahme, daß im Verfahren der konkreten Normenkontrolle nach Art. 100 Abs. 1 GG zusätzlich zur Bindungswirkung nach § 31 Abs. 2 BVerfGG auch noch die nach Abs. 1 dieser Vorschrift eintreten soll. Andernfalls wären z. B. die Regelungen des § 67 S. 3 BVerfGG sowie des § 81 BVerfGG überflüssig.

<sup>55</sup> Wegen der demokratiestrukturell problematischen Erzeugung einer unabsehbaren Fülle von Normen, die weder parlamentarisch beschlossen noch als solche kenntlich publiziert sind.

<sup>56</sup> Im Hinblick auf die gänzlich unklare, weithin beliebig beantwortbare Frage, welche Ausführungen einer Entscheidung zu deren »tragenden Gründen« rechnen.

<sup>57</sup> A. a. O. (Fn. 9).

<sup>58</sup> Maunz in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 100 Rdz. 40.

<sup>59</sup> NJW 82, 780.

Gründen einer Entscheidung, deren Anwendungsbefehl gemäß § 31 Abs. 2 BVerfGG wie im Radikalenbeschuß lediglich Gesetzeskraft erlangt, die Qualität von Verfassungsnormen zu, was schon als solches paradox wäre, so wären künftige abweichende Entscheidungen, ja selbst bloß divergierende Begründungen permanente Verfassungsänderungen.

Da den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts demnach im Hinblick auf ihre Bindungswirkung allenfalls einfaches gesetzliche Qualität zukommt, können auch diese insoweit verbindlichen Urteilsspassagen mit verfassungsrechtlichen Argumenten erneut zur Überprüfung gestellt werden. Die vom Bundesdisziplinargericht unterstellte, nach Umfang und Intensität weit überdimensionierte Bindung an den Radikalenbeschuß des Bundesverfassungsgerichts legt dagegen der Judikatur wie auch dem verfassungspolitischen und -rechtlichen Prozeß insgesamt viel zu enge Fesseln an.

### *3. Das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 28. 4. 1983:*

Abschließend einzugehen ist bei diesem Überblick über die neuere verwaltungs- und disziplinargerichtliche Berufsverbotsrechtsprechung auf die bereits angesprochene Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 28. 4. 1983.<sup>60</sup> Dieses Urteil macht deutlich, daß bei aller Vorsicht, die – wie gerade diese Dokumentation neuerer Entwicklungstendenzen sichtbar macht – bezüglich derartiger Prognosen geboten ist, von dieser höchstrichterlichen Instanz Liberalisierungsansätze weder ausgehen noch derzeit geduldet werden. Gegenstand des Verfahrens ist ein vor fast 10 Jahren mit Bescheid des Präsidenten des Niedersächsischen Verwaltungsbezirks Oldenburg vom 14. März 1974 ausgesprochenes und seitdem aufrecht erhaltenes Berufsverbot gegen einen Lehrer z. A. (zur Anstellung), mit dem dieser mit sofortiger Wirkung gemäß § 39 Abs. 1 Nr. 1 des Niedersächsischen Beamtenvergütungsgesetzes (NBG) aus dem Beamtenverhältnis auf Probe entlassen wurde.

Vorgeworfen wurde dem Kläger seine Mitgliedschaft und Aktivität in der DKP und dem MSB-Spartakus sowie ein Diskussionsbeitrag auf dem DKP-Parteitag vom November 1973, welcher wenig später unter der Überschrift »Sacharow und Co. betreiben das Geschäft des Imperialismus« in der Tageszeitung »Unsere Zeit« erschien. Nachdem das Verwaltungsgericht Oldenburg seine Klage abgelehnt hatte, hob das OVG Lüneburg in der Berufungsinstanz<sup>61</sup> die Entlassungsverfügung und den Widerspruchsbescheid auf, weil dem Kläger der für die Annahme eines Dienstvergehens erforderliche *Schuldvorwurf* nicht gemacht werden könne. Er habe nämlich davon ausgehen können, daß seine Tätigkeit von dem Parteienprivileg des Art. 21 Abs. 2 GG gedeckt sei, weil dies erst durch die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 22. 5. 1975 im gegenteiligen Sinn richtiggestellt worden sei.

Die Revisionsentscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 28. 4. 1983, mit der das Berufungsurteil aufgehoben und die Sache zurückverwiesen wird, liest sich wie eine komplexe juristische Belehrung an die Adresse des Gerichts und der beklagten Verwaltungsbehörde, auf welchem Wege die streitige Entlassungsverfügung gleichwohl gerechtfertigt werden könnte. Zum einen habe das OVG die inkriminierten Äußerungen des Klägers bei seiner Entscheidung zu Unrecht gänzlich unbeachtet gelassen, worin nicht ein nur revisionsrechtlich unerheblicher Fehler in der Beweiswürdigung, sondern ein beachtlicher Verfahrensmangel liege:

<sup>60</sup> Az: 2 C 89.81 (unveröffentlicht).

<sup>61</sup> Urteil vom 4. 11. 1980, Az: 2 OVG A 55/76 (unveröffentlicht).

»Dem Berufungsurteil ist nicht zu entnehmen, aus welchem Grunde die Berufung des Klägers auf das Parteienprivileg und die hieran anknüpfende Annahme mangelnden Bewußtseins der Pflichtwidrigkeit ohne Einschränkung auch für den Diskussionsbeitrag und den Zeitungsartikel gelten und auch insoweit eine schuldhafte Dienstpflichtverletzung ausschließen sollen. [...] Das genannte außerdienstliche Verhalten des Klägers überschreitet nämlich den Rahmen der Mitgliedschaft und der Wahrnehmung von Funktionen einschließlich der Übernahme von Kandidaturen für eine nicht verbotene Partei. [...] Als verletzte Dienstpflichten kommen insoweit die – auch dem Grundrecht der freien Meinungsäußerung (Art. 5 Abs. 1 GG) in gewissem Umfang Grenzen setzende – beamtenrechtliche Pflicht zur Mäßigung und Zurückhaltung bei politischer Betätigung (§ 61 Abs. 3 NBG) sowie die Pflicht zu achtungs- und vertrauenswürdigem Verhalten (§ 62 Satz 3 NBG) in Betracht.«<sup>62</sup>

Gewiß sind die vom Kläger gemachten Ausführungen, mit denen er staatlichen Terror gegen Dissidenten in der Sowjetunion legitimiert, kritikwürdig. Jedoch sind vergleichbare Meinungsäußerungen von der Gegenseite des politischen Spektrums in der Bundesrepublik – bis hin in höchste Regierungskreise – ebenso auf der Tagesordnung, ohne daß dieses Verhalten bislang zu disziplinarrechtlichen Konsequenzen geführt hätte. Abgesehen von der politischen Herrschafts- und Zensurfunktion, in deren parteiischem Dienst solche repressive Einseitigkeit steht, perpetuiert das Bundesverwaltungsgericht mit der in Aussicht gestellten disziplinarischen Sanktion gegenüber dem Kläger als staatliche Praxis eben jene Intoleranz, die es ihm als verbale vorwirft.

Die beklagte Behörde hatte die ursprüngliche Entlassungsverfügung ausschließlich auf den Tatbestand eines schuldhaften Dienstvergehens nach § 39 Abs. 1 Nr. 1 NBG gestützt und erst mit Schriftsatz vom 25. 9. 1980 an das Berufungsgericht geltend gemacht, daß der Kläger sich in der Probezeit *nicht bewährt* habe und die Entlassung demnach auch nach § 39 Abs. 1 Nr. 2 NBG wegen – einen Schuldvorwurf nicht voraussetzender – *mangelnder Eignung* gerechtfertigt sei. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts, welches in diesem nachträglichen Vorbringen eine unzulässige, den Verwaltungsakt in seinem Wesen verändernde Umdeutung dieser Maßnahme sieht, hält das Bundesverwaltungsgericht ein derartiges Nachschieben zusätzlicher rechtlicher wie tatsächlicher Gründe – die eine erst später (hier über 8 Jahre nach Ablauf der Probezeit) erfolgte Beurteilung der Bewährung des Probebeamten und daran anknüpfende Ermessensentscheidung der Behörde voraussetzen – auch noch nach Abschluß des Verwaltungsverfahrens prinzipiell für zulässig:

»Sind [...] im Zeitpunkt einer ausschließlich auf § 39 Abs. 1 Nr. 1 NBG gestützten Entlassung auch die tatsächlichen Voraussetzungen für eine Entlassung nach Nr. 2 dieser Vorschrift gegeben, so ist der Dienstherr nicht schon wegen des Verbotes, einen Verwaltungsakt durch nachträglich vorgebrachte Gründe in seinem Wesen zu verändern, von vornherein daran gehindert, die für eine solche Entlassung erforderliche Beurteilung von Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung des Beamten nach seinem Verhalten in der Probezeit und die an dieses Bewährungsurteil anknüpfende Ermessensentscheidung noch nach Abschluß des Verwaltungsverfahrens nachzuholen und zur Begründung der im Verwaltungsstreitverfahren angegriffenen Entlassung wegen eines Dienstvergehens nachzuschieben.«<sup>63</sup>

Die Pointe dieser Entscheidung liegt darin, daß die Behörde demnach nicht daran gehindert ist, die Mitgliedschaft des Klägers in der DKP nun doch noch erfolgreich als Entlassungsgrund nach § 39 Abs. 1 Nr. 2 NBG geltend zu machen, obwohl ihm diesbezüglich kein Schuldvorwurf gem. § 39 Abs. 1 Nr. 1 NBG gemacht werden kann. Denn nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts begründet diese Organisationszugehörigkeit, auch wenn sie bis 1975 nicht als *schuldhaftes Dienstvergehen* gewertet werden kann, Zweifel an der Verfassungstreue des Beam-

62 A. a. O. S. 11 (zitiert nach dem Urteilsumdruck).

63 A. a. O. S. 15 ff.

ten, die wiederum als Eignungsmangel i. S. von Art. 33 Abs. 2 GG angesehen wird.

*III. Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 8. 3. 1983: Keine besondere Treuepflicht für Rechtsanwälte*

Der zunehmenden Ausuferung der Berufsverbotspraxis auf immer weitere öffentliche Bereiche, die nicht in direkter staatlicher Regie (in der Qualität als Dienstherr) organisiert sind, und ihrer justiziellen Absegnung, die sich mit besorgniserregender Geschwindigkeit über normative Schranken sowohl der Verfassung als auch der Kunstregele des juristischen Handwerks hinwegsetzte, hat das Bundesverfassungsgericht mit seiner Entscheidung vom 8. 3. 1983<sup>64</sup> an einem bedeutsamen Punkt den Riegel vorgeschoben. Danach kann die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft nicht aus politischen Gründen versagt werden, solange der Bewerber die freiheitliche demokratische Grundordnung nicht in strafbarer Weise i. S. des § 7 Nr. 6 BRAO bekämpft. Auch im Rahmen des Versagungsgrundes der »Unwürdigkeit« für den Rechtsanwaltsberuf nach § 7 Nr. 5 BRAO darf etwa ein aktives Eintreten für eine als »verfassungsfeindlich« angesehene Partei nicht nachteilig mitberücksichtigt werden.

Mit diesem Beschuß hat das Bundesverfassungsgericht auf die Verfassungsbeschwerde des betroffenen Assessors den Beschuß des Bundesgerichtshofs vom 30. 6. 1980<sup>65</sup> wegen Verstoßes gegen Art. 12 Abs. 1 GG aufgehoben. Der BGH vertrat die Auffassung, daß bei der Prüfung der Unwürdigkeit

»im Rahmen der Gesamtwürdigung nach § 7 Nr. 5 BRAO . . . ein aktives Eintreten des Bewerbers für eine verfassungsfeindliche Organisation (hier: KBW) auch dann zu seinem Nachteil mitberücksichtigt werden (kann), wenn es nicht den Tatbestand des § 7 Nr. 6 BRAO erfüllt«.<sup>66</sup>

Nach Ansicht des BGH stand dieser Entscheidung auch nicht das Parteienprivileg des Art. 21 GG entgegen, weil Bestand und Tätigkeit des KBW hierdurch nicht gezielt getroffen würden.<sup>67</sup> Außerdem lasse sich, wie das Bundesverfassungsgericht in bezug auf Beamtenanwärter entschieden habe, von der Gesamtpersönlichkeit seine politische Auffassung, die auf Umsturz und bewaffneten Aufstand gerichtet sei, jedenfalls dann nicht trennen, wenn sie nach außen durch aktive Unterstützung der verfassungsfeindlichen Partei hervorgetreten sei.<sup>68</sup>

Dieses vom BGH ausgesprochene Berufsverbot – hier ist der Terminus auch nach offizieller Sprachregelung<sup>69</sup> gestattet – nötigt das Bundesverfassungsgericht zu der bemerkenswerten Eingangsklarstellung:

»Maßstab für die verfassungsrechtliche Überprüfung der angegriffenen Entscheidung ist das Grundrecht der Berufsfreiheit. Soweit aus Art. 33 V GG Grundsätze zur politischen Treuepflicht von staatlichen Bediensteten hergeleitet werden (vgl. BVerfGE 39, 334 = NJW 1975, 1641 und BVerfGE 46, 43 = NJW 1978, 37), sind diese für Rechtsanwälte unanwendbar.«<sup>70</sup>

Das Verfassungsgericht arbeitet zunächst heraus, daß Art. 12 Abs. 1 GG als verfassungsrechtliche »sedes materiae« normativer Regelungen über den Anwaltsberuf Resultat der im 19. Jahrhundert erfolgten und reichseinheitlich durch die Rechtsan-

<sup>64</sup> NJW 83, 1535 ff.

<sup>65</sup> BGHZ 77, 331 = NJW 80, 2711.

<sup>66</sup> A. a. O. (Leitsatz).

<sup>67</sup> A. a. O.

<sup>68</sup> A. a. O.

<sup>69</sup> Vgl. die Ausführungen des BVerwG im »Peter-Urteil«, NJW 82, 782, bezugnehmend auf BVerfGE 39, 334 (370); kritisch hierzu D. Sterzel, Drei Lesarten des Wortes Berufsverbot, DuR 81, 57 ff.

<sup>70</sup> NJW 83, 1535.

waltsordnung vom 1. 7. 1878 durchgesetzten Herauslösung des Anwaltsberufs aus beamtenähnlichen Bindungen ist. Die Anerkennung des Anwaltsberufs als staatsunabhängiger, freier Beruf, mit dem sich das Prinzip der »freien Advokatur« erst durchgesetzt habe, betrachtet das Gericht als »wesentliches Element des Bemühens um eine rechtsstaatliche Begrenzung der staatlichen Macht«<sup>71</sup>, welches vom GG fortgeführt worden sei. Aus dem geltenden Recht ließe sich nichts dafür herleiten, daß der Anwaltsberuf entgegen dieser rechtsstaatlichen Tradition der freien Advokatur »an die Staatsorganisation herangeführt, beamtenähnlichen Treuepflichten unterworfen oder berufsrechtlich der Stellung von Richtern und Staatsanwälten angeglichen werden sollte«.<sup>72</sup> Im unmittelbar folgenden Satz markiert das Bundesverfassungsgericht eine auch für den Gesetzgeber aus prinzipiellen rechtsstaatlichen Gründen gezogene Grenze für die Ausgestaltung des Anwaltsrechts:

»Ebenso wie bei anderen freiberuflichen Tätigkeiten (vgl. dazu BVerfGE 39, 334, 373) wäre es auch im Anwaltsrecht nicht statthaft, unter Einschränkung der Freiheitsgarantie des Art. 12 Abs. 1 GG die für staatliche Bedienstete aus Art. 33 Abs. 5 GG hergeleiteten Grundsätze in irgendeiner Weise anzuwenden«<sup>73</sup>

und fährt mit deutlichem Seitenheb gegen den BGH unter Bezugnahme auf dessen frühere Rechtsprechung zugunsten solcher Personen, die wegen ihrer Mitwirkung an nationalsozialistischen Unrechtsurteilen vom Justizdienst in die Anwaltschaft übergewechselt waren, fort:

»Der deutlichen Unterscheidung zwischen Rechtsanwälten einerseits und Richtern und Staatsanwälten andererseits hat im übrigen auch der Bundesgerichtshof in seiner ehrengerichtlichen Rechtsprechung Rechnung getragen und demgemäß die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft solchen Bewerbern nicht versagt, die sich nach der Sonderregelung für Richter und Staatsanwälte in § 116 DRiG vorzeitig hatten in den Ruhestand versetzen lassen (BGHZ 40, 191, 193).«<sup>74</sup>

Nach Auffassung des Gerichts stellt der Versagungsgrund der Unwürdigkeit als subjektive Zulassungsvoraussetzung zur Rechtsanwaltschaft eine zulässige Einschränkung des Grundrechts der Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG zum Schutz des besonders wichtigen Gemeinschaftsguts der »funktionstüchtigen Rechtspflege«<sup>75</sup> angesichts der hohen Bedeutung der Rechtsanwaltschaft für die Rechtspflege dar. Die Entscheidung, welche konkrete Grenzziehung zwischen dem Spannungsverhältnis der verfassungsrechtlich relevanten Grundsätze der freien Advokatur und dem Allgemeininteresse an einer funktionstüchtigen Rechtspflege gezogen werde, sei gemäß Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG Sache des Gesetzgebers, der dies in den abschließenden Regelungen der BRAO getan habe. Auch an dieser Stelle sieht sich das Bundesverfassungsgericht veranlaßt, dem BGH eine weitere Lektion sowohl hinsichtlich der ihm nach der Verfassungsordnung zustehenden Kompetenzen als auch bezüglich der Grundregeln juristischer Hermeneutik zu erteilen: Den Gerichten obliegt zwar die Auslegung der Gesetze, ihnen

»ist es aber von Verfassungs wegen verwehrt, die gesetzgeberische Entscheidung im Wege der Auslegung zu unterlaufen und das Grundrecht über das vom Gesetzgeber vorgesehene Ausmaß hinaus einzuschränken [...] Die Auslegung des Bundesgerichtshofs wird von der übrigen Rechtsprechung und Literatur nicht geteilt . . . (und) läßt sich weder mit der Entstehungsgeschichte noch mit der Gesetzesystematik vereinbaren«.<sup>76</sup>

<sup>71</sup> NJW 83, 1536.

<sup>72</sup> A. a. O.

<sup>73</sup> A. a. O.

<sup>74</sup> A. a. O.

<sup>75</sup> A. a. O. S. 1537.

<sup>76</sup> A. a. O. S. 1537 f.

### Das Sondervotum des Verfassungsrichters Simon

Dieser im anspruchsvollen Sinne des Worts rechtsstaatlichen Entscheidung des 1. Senats des Bundesverfassungsgerichts, welche die politischen Rechtsschöpfungen des BGH in ihre legalen Schranken verweist und ihr bescheinigt, daß ihr »nach alledem die nach Art. 12 Abs. 1 GG erforderliche gesetzliche Grundlage (fehlt)«<sup>77</sup>, hat Verfassungsrichter Simon trotz im Ergebnis wie auch in dem tragenden Entscheidungsgrund (Verstoß gegen Art. 12 Abs. 1 GG) übereinstimmender Auffassung ein Sondervotum<sup>78</sup> beigefügt.

Darin führt er die die Entscheidung begründenden verfassungsrechtlichen Argumente über den von der Senatsmehrheit dargelegten rechtsstaatlichen, aus dem Legalitätsprinzip folgenden Bezugsrahmen hinaus und stellt sie ergänzend als zwingendes Resultat des fundamentalen verfassungsrechtlichen *Demokratiegebots* dar. Ausgangspunkt dieser lesenswerten Zusatzbegründung ist die – angesichts der Verwirrung, die die Berufsverbotspraxis angestiftet hat – offenbar notwendige Feststellung,

»daß sowohl kritische Meinungsäußerungen als auch die Unterstützung nicht verbotener Parteien als legal jedermann gestattet sind. Beides gehört sogar zu Verhaltensweisen, die unter besonderen Garantien der Verfassung stehen und durch Normen geschützt sind, die als konstitutiv für die freiheitliche Demokratie gelten«.<sup>79</sup>

Selbst wenn entgegen seiner Auffassung unterstellt würde, daß Art. 12 Abs. 1 GG »für sich allein«<sup>80</sup> über das geltende Anwaltsrecht hinausgehende gesetzgeberische Einschränkungen der freien Berufswahl gestatte, sei es zumindest mit dem Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 GG

»unvereinbar, den Zugang zum freien Anwaltsberuf wegen einer jedermann gestatteten Kritik an der verfassungsmäßigen Ordnung oder Zugehörigkeit zu einer nicht verbotenen Partei zu behindern.

Gem. Art. 3 III GG, auf den der BGH nicht eingegangen ist, darf niemand wegen seiner politischen Anschauungen benachteiligt oder bevorzugt werden. Dadurch wird der allgemeine Gleichheitssatz für einen bestimmten Lebenstatbestand zwingend konkretisiert und die politische Anschauung als Anknüpfungspunkt für eine Diskriminierung oder Privilegierung untersagt (BVerfGE 39, 334 [367 f.] = NJW 1975, 1641). Dieses Verbot beruht auf den Erfahrungen des Dritten Reiches (vgl. BK, Anm. Art. 3 GG I, II 3a). Die Beseitigung rassistischer, religiöser, politischer und geschlechtlicher Diskriminierungen gehörte sogar zu den bevorzugten Maßnahmen des Verfassunggebers, um dem unter der Weimarer Verfassung umstrittenen Gleichheitssatz als Grundprinzip der neuen rechtsstaatlichen Demokratie wirksame Geltung zu verschaffen. [...]

Gleichwohl führt das Diskriminierungsverbot ein merkwürdiges Schattendasein. Soweit ersichtlich ist es in der verfassungsrechtlichen Rechtsprechung nur vereinzelt als erheblich herangezogen worden [...].

Die Bedeutung des Diskriminierungsverbots wird verfehlt, wenn sein Schutz auf das bloße Haben einer politischen Überzeugung reduziert und das Äußern und Betätigen dieser Überzeugung allein nach anderen Maßstäben beurteilt wird (so aber BVerfGE 39, 334 [368] = NJW 1975, 1641). Damit wird das Gebot für seine praktische Anwendung völlig entleert und jedenfalls das Gegenteil von der gebotenen Effektivierung des Grundrechtsschutzes bewirkt. Denn eine bloße Überzeugung, die nicht nach außen tritt, bedarf keines rechtlichen Schutzes. [...]

Diese verfassungsrechtliche Beurteilung des Diskriminierungsverbots wird erhärtet, wenn der bislang wenig beachtete Umstand berücksichtigt wird, daß die Verfassungsväter die Aufnahme der Sondervorschrift des Art. 139 GG für erforderlich gehalten haben, wonach die Entnazifizierungsvorschriften von den Bestimmungen des Grundgesetzes nicht berührt werden. Durch

77 A. a. O. S. 1538.

78 Vollständig abgedruckt in NJW 83, 1539 f.

79 A. a. O.

80 A. a. O.

diese ausdrückliche Statuierung einer eng umgrenzten Ausnahme vom allgemeinen Diskriminierungsverbot wird dessen grundsätzliche Geltungskraft noch unterstrichen. Die Aufnahme dieser Ausnahmeverordnung in das Grundgesetz legt jedenfalls die Annahme nahe, daß Benachteiligungen wegen anderer politischer Gesinnungen und Betätigungen nach den Vorstellungen der Verfassungsväter unzulässig sein sollten, soweit nicht die Verfassung zu ihrem Schutz die im folgenden Abschnitt erörterten besonderen Regelungen vorgesehen hat.«<sup>81</sup>

Als solche besonderen, berufsrechtliche Beschränkungen u. U. rechtfertigenden Regelungen kommen nach Auffassung von Simon allein die Verwirklungsvorschrift des Art. 18 GG, die Verbotsbestimmung des Art. 21 Abs. 2 GG oder die »vielfach zitierte Grundentscheidung des Grundgesetzes für eine ›streitbare Demokratie.«<sup>82</sup> in Betracht. Der Begriff der streitbaren Demokratie, der auf der Zusammenschau mehrerer Normen des Grundgesetzes (insbesondere Art. 9 Abs. 2, 18, 20 Abs. 4, 21 Abs. 2 und 28 Abs. 3 GG) beruhe und in der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung im wesentlichen im Zusammenhang mit den einschlägigen Verfassungsnormen zu deren Auslegung verwendet werde, rechtfertige es nicht, ihm in der Weise selbständige rechtliche Tragweite beizumessen, daß aus ihm weitergehende Maßnahmen herzuleiten seien als aus den dem Begriff zugrunde liegenden Grundrechtsnormen:

»Die Verfassung hat sich unmißverständlich für ein grundsätzliches Diskriminierungsverbot entschieden und alle Staatsorgane an die Grundrechte als unmittelbar geltendes Recht gebunden. Zugleich hat sie selbst klare materiell- und verfahrensrechtliche Regelungen für die Fälle vorgesehen, in denen die Grundrechtsgarantie hinter den Maßnahmen zum Schutze der freiheitlichen demokratischen Grundordnung zurückzutreten haben. Es kann nicht statthaft sein, diese Entscheidungen durch Heranziehung eines Begriffs auszuhöhlen, dessen inhaltliche Unbestimmtheit es zuläßt, ihn jeweils unter dem Druck vermeintlicher Notwendigkeiten mit mancherlei Inhalten anzureichern.«<sup>83</sup>

Die das verfassungsrechtliche Diskriminierungsverbot durchbrechenden Sanktionsnormen für den Fall der Bekämpfung der freiheitlichen demokratischen Grundordnung in Art. 18 und 21 Abs. 2 GG besitzen daher nach seiner Ansicht exklusiven Charakter.<sup>84</sup> Sie sind die einzigen, wegen der besonderen Bedeutung des Diskriminierungsverbots zusätzlich mit einer speziellen Verfahrensgarantie – dem Entscheidungsmonopol des Bundesverfassungsgerichts – ausgestatteten, verfassungsrechtlich vorgegebenen Bestimmungen für die Einschränkung von Grundrechten aus politischen Gründen<sup>85</sup>:

»Das Monopol des *BVerfG* darf nicht dadurch gegenstandslos gemacht werden, daß der Gesetzgeber – oder im Wege der Auslegung die Rechtsprechung – Tatbestände schafft, deren Rechtsfolgen der Verwirkung von Grundrechten gleichkommen (vgl. *Hesse*, Grundzüge des VerfassungsR, 13. Aufl. [1982], S. 265).«<sup>86</sup>

Die gesetzlichen Versagungsgründe für die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft wegen eines strafbaren Kampfes gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung oder unwürdigen Verhaltens seien mit den genannten Grundsätzen vereinbar, weil sie einen Bewerber nicht schon wegen seiner Tätigkeit für eine Partei benachteiligten und sich nicht gegen das in Art. 21 Abs. 2 GG geschützte Rechtsgut richteten, sondern die Sanktionen auf besonderen Tatbestandsmerkmalen beruhten. Auch nach Artikel 18 GG könne es »nicht unzulässig sein, entsprechende subjektive Zulassungsvoraussetzungen für den Anwaltsberuf aufzustellen«.<sup>87</sup>

81 A. a. O. S. 1539 f.

82 A. a. O. S. 1540.

83 A. a. O.

84 A. a. O.

85 A. a. O.

86 A. a. O.

87 A. a. O.

Werde hingegen diese Zulassungsregelung mit dem BGH als weitergehender Eingriffstatbestand ausgelegt, so sei dies mit Art. 18 und 21 Abs. 2 GG unvereinbar:

»Alle demgegenüber angestellte ›Auslegungskrokatik‹ kann nicht darüber hinwegtäuschen, daß an einen gleichen Tatbestand (straflose Bekämpfung der freiheitlichen demokratischen Grundordnung) gleichartige Sanktionen i. S. des Art. 18 GG (Verbot der anwaltlichen Berufsausübung) geknüpft werden (vgl. *BVerfGE* 10, 118 [123] = *NJW* 1960, 29) und daß entgegen dem Parteienprivileg des Art. 21 II GG Sanktionen wegen der parteiverbundenen Tätigkeit von Mitgliedern einer Partei verhängt werden, obwohl sie zum Kreise der nichtbeamteten politischen Staatsbürger gehören und mit allgemein erlaubten Mitteln arbeiten, insbesondere nicht gegen die allgemeinen Strafgesetze verstößen (vgl. *BVerfGE* 47, 130 [139] = *NJW* 1978, 1047; *BVerfGE* 47, 198 [231] = *NJW* 1978, 1043). [...] Setzen Sanktionen wegen eines nicht strafbaren Kampfes gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung ein vorheriges Tätigwerden des *BVerfG* voraus, darf vor dessen Entscheidung dieser Umstand auch nicht in eine Gesamtwürdigung einbezogen werden. Andernfalls würden die von der Verfassung gewollten besonderen Rechtsgarantien der Art. 18 und 21 II GG unterlaufen.«<sup>88</sup>

Die abschließende Bemerkung von Simon, »die vorstehende Beurteilung bedeutet im Ergebnis nichts anderes als die Rückkehr zur historisch bewährten Normalität«<sup>89</sup> stellt den BGH noch deutlicher, als dies bereits die Senatsmehrheit getan hat, ins Abseits einer extralegalen Jurisdiktion im fiktiven Ausnahmezustand. Auch wenn dem Sondervotum in seiner verfassungsrechtlichen Argumentation weitgehend zuzustimmen ist, so soll doch kurz auf zwei Aspekte eingegangen werden, in denen Simon offenbar vor den Konsequenzen seiner eigenen Ausführungen zurückschreckt: »Die Verfassung statuiert kein Berufsverbot«, so heißt es juristisch korrekt in der überflüssigen Polemik des Radikalenbeschlusses des Bundesverfassungsgerichts<sup>90</sup> gegen die politischen Kampagnen, die eben diese Praxis des Staates angreifen. Auch Art. 18 GG sieht die Möglichkeit einer Verwirkung der Freiheit der Berufswahl nach Art. 12 GG nicht vor. Sie kann daher, wie Simon zu Recht betont, weder vom Bundesverfassungsgericht noch von irgendeiner anderen Instanz ausgesprochen werden.<sup>91</sup> Auch der Gesetzgeber kann keine Tatbestände schaffen, »deren Rechtsfolgen der Verwirkung von Grundrechten gleichkommen«.<sup>92</sup> Gleichwohl stimmt er ausdrücklich der Ansicht zu, daß die Verweigerung der Zulassung zur bzw. der Ausschluß aus der Anwaltschaft als vorläufiges oder dauerndes Berufsverbot »einer zeitlich begrenzten oder endgültigen Grundrechtsverwirkung gleich(komme)«.<sup>93</sup> Die Schlußfolgerung ist zwingend: Die Regeln der BRAO, wonach derartige Grundrechtsverwirkungen, die nicht einmal vom Bundesverfassungsgericht ausgesprochen werden könnten, verhängt werden können, sind verfassungswidrig. Seine nicht näher begründete These, daß es »auch nach Art. 18 GG nicht unzulässig sein kann (!), entsprechende subjektive Zulassungsvoraussetzungen für den Anwaltsberuf aufzustellen«<sup>94</sup>, löst diesen von ihm selbst dargestellten Widerspruch nicht auf.

Ähnliches gilt für seine Ausführungen zur Praxis der politischen Einstellungsüberprüfungen von Beamtenanwältern, gemeinhin in untechnischem (gleichwohl verfassungsrechtlich nicht unrichtigem) Sinn als Berufsverbote bezeichnet. Angesichts der besonderen Bedeutung, die er zu Recht dem grundsätzlichen Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 GG beimißt, sei eine Begrenzung nur durch »gleichrangige

<sup>88</sup> A. a. O.

<sup>89</sup> A. a. O. S. 1541.

<sup>90</sup> *BVerfGE* 39, 334 (370).

<sup>91</sup> A. a. O. S. 1540.

<sup>92</sup> Dgl. a. a. O.

<sup>93</sup> A. a. O.

<sup>94</sup> A. a. O.

verfassungsrechtliche Regelungen«<sup>95</sup> gerechtfertigt. Da »selbst solche anderen Regelungen« das Diskriminierungsverbot nur so weit zurückdrängen könnten, wie das nach dem verfassungskräftigen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit unerlässlich sei, folge daraus, »daß schon im öffentlichen Dienst eine Differenzierung nach Art der dienstlichen Obliegenheiten geboten wäre«.<sup>96</sup>

Die verfassungsrechtliche Ausgangsthese erscheint problematisch: Welches, so ist zu fragen, ist denn das dem Diskriminierungsverbot gleichrangige verfassungsrechtliche Schutzgut, welches mit den politischen Einstellungsüberprüfungen und Säuberungen im öffentlichen Dienst geschützt werden soll? Analog zu der in diesem Beschuß des Bundesverfassungsgerichts und auch von Simon<sup>97</sup> in bezug genommenen »Funktionstüchtigkeit der Rechtspflege« wohl die Funktionstüchtigkeit des öffentlichen Dienstes, des Beamtentums und des Staates insgesamt. Nun ist diese Kategorie der Funktionstüchtigkeit zunächst ein ganz inhaltsleerer Begriff: Was soll wie funktionieren und darin durch repressive Staatsschutzmaßnahmen unterstützt werden? Nach der Verfassung und der insoweit zutreffenden Rechtsprechung des BVerfG<sup>98</sup> kann es hierauf allenfalls eine Antwort geben: Die freiheitliche demokratische Grundordnung, also die Grundrechte und die fundamentalen staatsorganisatorischen Prinzipien des demokratischen, sozialen und rechtsstaatlichen Gemeinwesens. Wenn zu diesen aber ganz wesentlich das grundlegende Diskriminierungsverbot selbst gerechnet werden muß, dann kann im Interesse der Funktionstüchtigkeit des öffentlichen Dienstes in der Demokratie schwerlich das Diskriminierungsverbot, welches ja durch dessen Ausgestaltung gerade mitgeschützt werden soll, eingeschränkt werden. Daß dies keine logische Spielerei ist, geht aus der Verfassung selbst eindeutig hervor: Nach Art. 33 Abs. 3 GG wird speziell für den Zugang zum öffentlichen Dienst betont, daß »niemand aus seiner Zugehörigkeit oder Nichtzugehörigkeit zu einem Bekenntnis oder einer Weltanschauung ein Nachteil erwachsen darf«, womit ersichtlich nicht religiöse, sondern politische Bekenntnisse gemeint sind, weil erstere bereits in Satz 1 des Art. 33 Abs. 3 GG ausdrücklich in Schutz genommen werden. Ebenso unmißverständlich wird der Gleichheitsgrundsatz in den Formulierungen der Abs. 1 und 2 des Art. 33 GG in bezug genommen. Diese expresse Wiederholung des allgemeinen Diskriminierungsverbots bei der verfassungskräftigen Normierung der Zugangsregelungen zum öffentlichen Dienst ist nicht mehr und nicht weniger als ein durch die geschichtlichen und leider auch gegenwärtigen Erfahrungen gerechtfertigtes explizites Verbot, bei der Einstellung von Bewerbern für den öffentlichen Dienst deren legale politische Praxis zum Bezugspunkt rechtlicher Diskriminierungen zu machen. Dies wird, wie Simon zutreffend betont<sup>99</sup>, durch die ja speziell für den Öffentlichen Dienst und die Beamenschaft bedeutsame Sondervorschrift des Art. 139 GG zusätzlich klargestellt.

#### *IV. Der Beschuß des BGH vom 25. 10. 1982: Verfassungstreue eines Notaramtsbewerbers (Fall Eschen)*

Mit dieser Entscheidung<sup>100</sup> über die Zulassung zum Notaramt hat der BGH sein früheres Urteil, welches er sich im Beschuß vom 11. 12. 1978<sup>101</sup> über die »Gesamt-

<sup>95</sup> A. a. O.

<sup>96</sup> A. a. O.

<sup>97</sup> A. a. O. S. 1539.

<sup>98</sup> BVerfGE 39, 334.

<sup>99</sup> A. a. O. S. 1540.

<sup>100</sup> NJW 83, 756.

<sup>101</sup> BGHZ 73, 46 = 79, 552.

persönlichkeit« des Antragstellers gemacht hatte, revidiert und die von der Landesjustizverwaltung sowie vom Kammergericht Berlin auf den erneuten Antrag vom 13. 3. 1979 hin abermals ausgesprochene Ablehnung der Bestellung zum Notar im Bezirk des Kammergerichts Berlin aufgehoben.

Kernpunkt der ersten und zweiten Ablehnungsentscheidungen der Landesjustizverwaltung gem. § 6 BNotO wegen fehlender Eignung seiner Persönlichkeit war die Publikation eines Erfahrungsberichts als linker Anwalt im Kursbuch Nr. 40, vor allem folgende Passage: »Die Beachtung der Legalität ist für den Revolutionär ein taktisches, kein prinzipielles Problem. Wenn die Illegalisierung seinen Handlungsspielraum einengt, weil er sich illegal nicht behaupten kann, muß er sie vermeiden . . . Es gilt, sich in den Institutionen festzusetzen und drin zu bleiben, ohne Angst davor, rauszufliegen«. Diese im Juni 1975 publizierten Äußerungen sind nach jetziger Auffassung des BGH allein nicht mehr geeignet, Zweifel an der Verfassungstreue des Bewerbers zu begründen:

»Auf eine sich aus einer Veröffentlichung des Bewerbers ergebende *bloß theoretische Möglichkeit*, er könne in Verfolgung eines in absehbarer Zeit nicht erreichbaren Ziels zu irgendeinem Zeitpunkt unter irgendwelchen, nicht näher bestimmbaren Voraussetzungen die verfassungsmäßige Ordnung der Bundesrepublik Deutschland mißachten, darf die Versagung der Bestellung zum Notar nicht gestützt werden. Vielmehr muß sich die Möglichkeit *aufgrund konkreter Beweisanzeichen* jedenfalls soweit verdichtet haben, daß im Zeitpunkt der Entscheidung damit zu rechnen ist, der Bewerber werde sich über die verfassungsmäßige Ordnung hinwegsetzen. Eine andere Wertung würde dem Rang und der Bedeutung der Grundrechte der Gleichheit vor dem Gesetz (Art. 3 III GG), der freien Meinungsäußerung (Art. 5 I GG), der Freiheit der Berufswahl (Art. 12 I GG) und des gleichen Zugangs zu jedem öffentlichen Amt (Art. 33 II GG) nicht gerecht.«<sup>102</sup>

Auch wenn der BGH hiermit immerhin die in seiner Rechtsprechung zur Zulassung zur Rechtsanwaltschaft und zum Notar bislang weitgehend unbeachteten Grundrechte und Diskriminierungsverbote anführt, so hält er doch an seiner bisherigen Judikatur im Grundsatz fest, derzufolge die fehlende Gewähr, jederzeit die verfassungsmäßige Ordnung der Bundesrepublik Deutschland zu wahren, als Eignungsmangel der Persönlichkeit des Bewerbers i. S. von § 6 BNotO anzusehen sei:

»Diese Auffassung steht im Einklang mit dem Inhalt des Amtseides, den der Notar nach Aushändigung der Bestallungsurkunde leisten muß (§ 13 BNotO); an ihr ist festzuhalten.«<sup>103</sup>

Zumindest in diesem Punkt, so kann aus der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 8. 3. 1983<sup>104</sup> gefolgt werden, irrt der BGH. Denn ebensowenig wie sich dort aus der Vorschrift des § 26 BRAO, die in § 13 BNotO mit Ausnahme des dort enthaltenen Gebots der unparteiischen Wahrnehmung der Pflichten als Notar wortgleich wiederholt wird, wonach der Anwalt eidlich zu bekräftigen hat, »die verfassungsmäßige Ordnung zu wahren«, eine »weitergehende Einschränkung der freien Berufswahl« herleiten läßt »als aus den speziellen Vorschriften über die Zulassung«<sup>105</sup>, kann dies für die Bestellung als Notar der Fall sein. In beiden Fällen nämlich »deckt sich der Eidesinhalt mit den für den Anwalt (bzw. Notar, T. B.) ohnehin bestehenden Pflichten«.<sup>106</sup>

Andererseits kann diese Entscheidung auch nicht umstandslos als eine Bestätigung der Maximen der höchstrichterlichen beamten- und angestelltenrechtlichen Berufs-

<sup>102</sup> A. a. O. S. 756.

<sup>103</sup> A. a. O.

<sup>104</sup> NJW 83, 1535 ff. (1538)

<sup>105</sup> BVerfG, a. a. O.

<sup>106</sup> BVerfG, a. a. O.

verbotsrechtsprechung bezeichnet werden. Zwar stellt auch der BGH für die Überprüfung der Entscheidung der Landesjustizbehörde auf den Zeitpunkt des von ihr erlassenen Verwaltungsakts ab; allerdings fehlt in dem Beschuß vom 25. 10. 1982<sup>107</sup> jeder Hinweis darauf, daß der Behörde insoweit ein gerichtlich nicht voll überprüfbarer Beurteilungsspielraum zusteht und daß es bloß darauf ankäme, daß die geltend gemachten Zweifel »bei objektiver Betrachtungsweise von hinreichendem Gewicht wären . . .« Dies mag Ausdruck einer juristisch-dogmatischen Nachlässigkeit des Gerichts sein; näherliegend scheint jedoch die Annahme, daß diese ganze »Lehre« selbst sich auf Grund der hier dokumentierten Entscheidungen ad absurdum geführt hat: Wenn es richtig sein soll, daß der Begriff der »Eignung« in Art. 33 Abs. 2 GG und in § 6 BNotO ein prognostisches Urteil über die künftigen politischen Einstellungen eines Bewerbers umfaßt, dann ist die angeblich objektivierende Fundierung solcher Bewertungen auf bestimmte Anhaltspunkte, denen bereits als solchen individuelle Wirkung für mangelnde Verfassungstreue zukommen soll, pure Fiktion justizieller Selbstbeschränkung. Im Einzelfall entscheidet nämlich doch erst die letzte Instanz, wann die Schwelle für berechtigte Zweifel der Einstellungsbehörde erreicht bzw. überschritten ist.

#### *V. Resümee: Die fatale Eigenlogik der Radikalenrechtsprechung*

Wenn trotz der Erleichterung, mit der ein Großteil der dargestellten Entscheidungen nicht nur von den Betroffenen aufgenommen worden ist, die Berichterstattung über die jeweils neuesten Entwicklungen der Rechtsprechung zur Verfassungstreuepflicht zu einer zunehmend ärgerlichen, wiewohl notwendigen Arbeit wird, dann nicht nur deshalb, weil sie über Jahre hin praktiziertes und bis zur letzten Instanz verteidigtes staatliches Unrecht bestenfalls im Ergebnis feststellen, aber nicht mehr rückgängig machen können: In einer Vielzahl von Fällen liegen die rechtswidrigen Ablehnungsbescheide der Einstellungsbehörden, mit denen die Übernahme in den Vorbereitungsdienst bzw. die Anstellung im Öffentlichen Dienst versagt worden war, fast 10 Jahre zurück, die inkriminierte politische Aktivität häufig noch weiter. Die Stigmatisierung der Betroffenen sowie der politischen Gruppierungen, für die sie aktiv waren, ihre zwangswise Ausgrenzung aus den Erfahrungsfeldern beruflicher Praxis – mit der Konsequenz des Brachliegens und des Verschleißes der erworbenen Qualifikationen, die vielfältigen sozialen Existenzängste sind durch noch so richtige Urteilssprüche nicht mehr zu heilen. Die Bürokratie vergißt nicht, die Mühlen der Gerechtigkeit mahlen langsam, die Wirkung »ex tunc« bleibt juristische Fiktion, die die zugefügten Beschädigungen des Lebens nicht aufhebt. Das ist jedoch nur ein Teil des Ärgernisses, der konkrete. Der andere ist abstrakter, intellektueller Art: Die verbreitete, naturwissenschaftlichem Denken entlehnte Vorstellung, die justizielle Entwicklung lasse sich als Resultante divergierender Kräfte darstellen, trifft mit Blick auf die Entwicklungsrichtung der Berufsverbotsrechtsprechung ersichtlich nicht zu.

In der Phase zwischen 1976 und 1980, in der die von zahlreichen Initiativen getragene Bewegung gegen die Berufsverbote selbst auf höchster politischer Ebene eindeutige Distanzierungen von den Früchten dieses sozialliberalen Kuckuckseis sowie vorsichtige, weitgehend erfolglose »Liberalisierungsbemühungen« auslöste, zeigte sich die höchstrichterliche Rechtsprechung von solchen Tendenzen unbeeinflußt.<sup>108</sup>

<sup>107</sup> NJW 83, 756.

<sup>108</sup> Vgl. hierzu die ausführliche Darstellung in: Komitee für Grundrechte und Demokratie (Hrsg.), a. a. O. sowie zu den neuesten Entwicklungsperspektiven P. Grottian, Werden Berufsverbote wieder sichtbar?, in: Vorgänge Heft 62/63, 1983, S. 100 ff.

Sie wirkte im Gegenteil auf eine Ausweitung des Sanktionsspielraums hin. Ebenso-wenig kann die hier dargestellte jüngste Entwicklung der Rechtsprechung plausibel im Spannungsfeld einer veränderten Kräftekonstellation verortet werden. Das drastisch gesunkene Stellenangebot im Öffentlichen Dienst, die Selbstauflösung der meisten Organisationen der Neuen Linken, die Entpolitisierung der Ausbildungsinstitutionen haben dazu beigetragen, daß die Anzahl neuer Berufsverbotsfälle in den vergangenen Jahren kontinuierlich zurückgegangen ist und die Auseinandersetzung hierüber zunehmend an den Rand der öffentlichen Aufmerksamkeit gerückt ist.<sup>109</sup> Kann man demnach die Pendelbewegung der Judikatur auf diesem brisanten Aktionsfeld des Kampfs um Verfassungspositionen schwerlich als jeweiligen Sieg oder Niederlage einer politischen Bewegung interpretieren (naheliegender wäre die frei-liech metaphorische Rede vom Sieg oder Niederlage demokratischer Verfassungs-prinzipien) und lassen sich auch ansonsten außer zufälligen personellen Konstellationen keine auch nur halbwegs rationalen Kriterien für dieses Phänomen ausma-chen, so muß dieser irritierenden Beobachtung gleichwohl eine spezifische Bedeu-tung abzugewinnen sein: Die unerklärliche, gespenstische Eigenlogik, mit der sich die Radikalenrechtsprechung bald in die eine, bald in die andere Richtung fortent-wickelt, hat System. Sie erzeugt und stabilisiert in erster Linie Unsicherheit darüber, welche Form und welcher Inhalt politischer Opposition toleriert bzw. mit existen-tiell gravierenden Sanktionen geahndet wird und verbreitet auf diese Weise diffuse Ängste vor politischem Engagement. Dieser häufige beschriebene und analysierte, für die Wirkungsweisen der Politischen Justiz charakteristische Mechanismus ist immanent durch subtile Liberalisierungsbemühungen nicht außer Kraft zu setzen. Das Monstrum läßt sich nicht liberalisieren. Es läßt sich entweder ganz oder gar nicht abschaffen.

*Thomas Blanke*

<sup>109</sup> Insgesamt wurden nach den unvollständigen amtlichen Angaben im Zeitraum von 1973 bis 1980 min-destens 1102 Bewerber abgelehnt, mindestens 118 Entlassungen verfügt, wobei – soweit Statistiken überhaupt vorliegen – mit Ausnahme von Niedersachsen die Zahl der Berufsverbote seit 1979 deutlich zurückgegangen ist, vgl. Komitee für Grundrechte und Demokratie (Hrsg.), a. a. O. S. 116 ff.