

Kommentare, Berichte, Dokumentation

45

Zur Kritik und Praxis des »Radikalenerlasses«

A. Die Beschlüsse von SPD und FDP zur Änderung des »Radikalenerlasses«

»Überblicken wir nun die traurige lange Reihe der politischen Untersuchungen von 1819 bis 1842, . . . so können wir uns des wehmüthigen Gefühls nicht ent schlagen, welches uns auch öfters bei Betrachtung anderer Zeiten in der Geschichte des Vaterlandes befällt: daß das deutsche Volk bei so herrlicher Anlage, damals gehoben durch frische Begeisterung, geläutert durch langes Leiden, nicht zu jener politischen Entwicklung gelangen konnte, welche seiner innersten Natur gemäß war, und statt dessen in seinen vernünftigsten Forderungen, ja in seinen vertrauensvollen Bitten, behandelt wurde, als begehe es damit Hoch- und Landesverrat.« (L. Fr. Ilse, Geschichte der politischen Untersuchungen 1860, S. 557)

I. KOMMENTAR

Die Diskussion über den Umfang der Verfassungstreue und die Grenzen des Verfassungsschutzes, über die politischen Gesinnungskontrollen, wie sie Verfassungsschutzämter und Einstellungsbehörden praktizieren,¹ und über deren Konse-

¹ Die Zeitschrift Erziehung u. Wissenschaft (E & W) der GEW hat durch eine Umfrage bei den zuständigen Ministerium und Behörden der einzelnen Länder die Zahl der »Anfragen« und »Erkenntnis se« und aus deren Verhältnis die »Ablehnungsquote« ermittelt (in: E & W 11/1978, S. 14/15), um die Vermutung für die Verfassungstreue empirisch zu belegen:

Bayern

Zeitraum: 1. April 1973 bis 31. Dezember 1977

»Anfragen« der Einstellungsbehörden beim Verfassungsschutzamt:

116 653

»Erkenntnisse«:

908

»Ablehnungen«:

81

»Ablehnungsquote

0,07 Prozent

Baden-Württemberg

In Baden-Württemberg wurde die Gesamtzahl der Einschaltungen der Verfassungsschutzbehörde nicht registriert bzw. nicht mitgeteilt. Es liegen deshalb nur Angaben vor über die Anzahl der

»Erkenntnisse«:

1300

»Ablehnungen«:

213

»Ablehnungsquote«: konnte aufgrund der fehlenden Angaben über die Zahl der Anfragen bei den Verfassungsschutzbehörden nicht errechnet werden.

Berlin

In Berlin gibt es für den Zeitraum von Anfang 1972 bis Ende 1976 keine statistische Übersicht. Die einzelnen Anstellungsbehörden haben in dieser Zeit eigenverantwortlich über Anstellungen, auch in Fällen in denen »Erkenntnisse« vorlagen, entschieden und über die Anzahl der Anfragen beim Verfassungsschutzamt bzw. die Zahl der »Erkenntnisse« und »Ablehnungen« nicht Buch geführt.

Dies geschieht erst seit Anfang 1977, nachdem die sogenannte »Landeskommission« eingerichtet worden ist. Die »Landeskommission« prüft jedoch nur »Erkenntnisfälle«; somit gibt es aus Berlin auch nur eine Schätzung über die tatsächliche Zahl der »Anfragen«. Nach Auskunft des Leiters der Geschäftsstelle der

quenzen ist innerhalb des sozialliberalen Lagers in Bewegung geraten. Wir dokumentieren die wesentlichen Ergebnisse der partei- und koalitionsinternen Debatten von SPD und FDP, weil sich hier ein (allerdings zwiespältiges) Verfassungsverständnis zeigt, das sich, unabhängig von der Reichweite der einzelnen Vorschläge, eine Sensibilität für öffentliche Kritik und eine (allerdings prekäre) Bindung an das Grundgesetz bewahrt hat. An den zentralen Fragen der parteipolitischen Auseinandersetzungen läßt sich zeigen, daß die Vorschläge von SPD und FDP eher partiell denn prinzipiell einem am Text des Grundgesetzes orientierten Verfassungsverständnis folgen und darauf angelegt sind, einen Konflikt mit der Rechtsprechung vor allem des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE 39,334 ff.) möglichst zu vermeiden:

1. Hat jeder Bürger der Bundesrepublik die Vermutung der Verfassungstreue für sich – oder nicht?

Sozial- und Freie Demokraten haben sich mehrheitlich für eine solche Vermutung entschieden, wenngleich das Gutachten des Bundesinnenministeriums (II.4) dies nach der Rechtsprechung des BVerfG und BVerwG für problematisch hält und der Beschluß der Bundesregierung (II. 7) dieses Thema nicht explizit aufgreift. Von den

»Landeskommission« wird die Zahl der »Erkenntnisse« auf zwei Prozent der Gesamtzahl der »Anfragen« geschätzt. Somit dürfte die Gesamtzahl der »Anfragen« bei rund 14 500 liegen.

Zeitraum: 1. Januar 1977 bis 31. Dezember 1977

»Anfragen« (geschätzt):	14 500
»Erkenntnisse«:	290
»Ablehnungen«:	34
»Ablehnungsquote«:	ca. 2,3 Prozent

Bremen

In Bremen wurde vor Einführung des neuen Verfahrens für die Einstellung im öffentlichen Dienst keine Statistik zu diesem Problembereich geführt. Es liegen deshalb für den Zeitraum Januar 1972 bis Januar 1977 bzw. April 1977 bis September 1978 sehr unterschiedliche Zahlen vor.

Zeitraum: Januar 1972 bis Januar 1977

»Anfragen«:	31 385
»Erkenntnisse«:	653
»Ablehnungen«:	23
»Ablehnungsquote«:	0,07 Prozent

Zeitraum: April 1977 bis September 1978

»Anfragen«:	1093
»Erkenntnisse«: (ab 14. März 1977)	40
(davon sind vom Senator für Inneres in nur 15 Fällen die Erkenntnisse als erheblich angesehen und weitergegeben worden)	
»Ablehnungen«:	1
»Ablehnungsquote«:	0,009 Prozent

Hamburg

Zeitraum: Februar 1972 bis Juli 1978

»Anfragen«:	90 600
»Erkenntnisse«:	225
»Ablehnungen«:	65
»Ablehnungsquote«:	0,07 Prozent

Hessen

In Hessen wurden diese Zahlen nicht statistisch festgehalten. Es gab deshalb keine Möglichkeit, vergleichbare Angaben zu den übrigen Bundesländern festzustellen.

Niedersachsen

Zeitraum: August 1972 bis 31. Juli 1978

»Anfragen«:	62 485
»Erkenntnisse«:	501
»Ablehnungen«:	94
»Ablehnungsquote«:	0,15 Prozent

Nordrhein-Westfalen

Zeitraum: 1975 bis 1977

»Anfragen«:	134 841
»Erkenntnisse«:	5 207
»Ablehnungen«:	91
»Ablehnungsquote«:	0,07 Prozent

politischen Gegnern der SPD/FDP-Vorschläge werden die Befürworter einer Vermutung für die Verfassungstreue umstandslos des Verfassungsbruchs bezichtigt:

»Die Haltung der SPD in der Frage der Beschäftigung von Extremisten im öffentlichen Dienst muß als notorisch prokommunistisch bezeichnet werden. In ihrem zwanghaften Bemühen, Kommunisten die Tür zum Staatsdienst zu öffnen, scheut die SPD – wie die Erklärungen von Klose und Koschnick zeigen – nicht vor einem weiteren Bruch der Verfassung zurück.«² »Die SPD zeigt ihr wahres Gesicht. Radikale sollen ausgestattet mit Pensionsanspruch die Möglichkeit erhalten, unseren freiheitlich demokratischen Staat im öffentlichen Dienst zu unterlaufen. Alle Erfahrungen vor 1933 werden beiseitegeschoben. (. . .)

Das ganze ist ein Lehrstück dafür, wie ein Staat mit offenen Augen seinen Feinden ins Messer läuft. (. . .)

Brandt versucht diese Entwicklung zu vertuschen, indem er das Ausland vor angeblich Rechtsradikalen in der Bundesrepublik warnt. Das ist dieselbe Methode, wie wenn er die sozialistischen Deutschen als die anständigen Deutschen und die nicht sozialistischen Deutschen als Reaktionäre bezeichnet. Dahinter steckt System.«³

Obwohl die Formel von der Vermutung der Verfassungstreue rechtspolitisch-strategisch dazu dient, die von den Exekutivbehörden seit 1972 gehandhabte Vermutung außer Kraft zu setzen, alle Bewerber für den öffentlichen Dienst seien potentiell »verfassungsuntreu« und müßten daher einer Anfrage beim Verfassungsschutz unterworfen werden, ist der verfassungstheoretische Gehalt jener Formel reichlich unproblematisch. Verfassungstheoretisch bedeutet die Formel nämlich die Umkehrung liberaler Prinzipien. Denn umgekehrt war es konzipiert: Nicht der Staat hatte sich seine Bürger gewählt und ihnen eine Konstitution geschenkt, deren Konsensfähigkeit er erhoffte, notfalls erzwang; vielmehr hatten die Bürger der absolutisti-

*Rheinland-Pfalz**

Zeitraum: 1. Januar 1973 bis 31. August 1978

»Anfragen«:	61 275
»Erkenntnisse«:	505
»Ablehnungen«:	71
»Ablehnungsquote«:	0,1 Prozent

* Staatsanzeiger-Rheinland-Pfalz, 4. Oktober 1978

Saarland

»Die Überprüfung der Bewerber für den öffentlichen Dienst erfolgt im Saarland nach den »Vorläufigen Richtlinien über die Beurteilung von Zweifeln an der Verfassungstreue von Bewerbern für den öffentlichen Dienst auf der Grundlage des Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts vom 22. Mai 1975« vom 26. 10. 1977 (GMB 1. Saar S. 618) – (Drcks. des Landtages des Saarlandes Nr. 7/1245 (7/1215) v. 21. 7. 78).

Zeitraum: 1. Januar 1978 bis 30. Juni 1978

»Anfragen«:	13 718
»Ablehnungen«:	keine

»In zwei Fällen hat sich die Einstellung wegen mitgeteilter Erkenntnisse verzögert . . .«

»Die Landesregierung ist der Auffassung, daß die Überprüfungsmaßnahmen nicht an der Anzahl der Fälle und an der Effektivität sonstiger Verwaltungsmaßnahmen gemessen werden können, sondern daß es einzig und allein darum geht, Verfassungsfeinde aus dem öffentlichen Dienst fernzuhalten. Aus diesem Grunde hat die Landesregierung derzeit keine Veranlassung, die nach den »vorläufigen Richtlinien« vom 26. Oktober 1977 bestehende Überprüfungspraxis zu ändern«.

Schleswig-Holstein

Zeitraum: Januar 1972 bis Dezember 1977

»Anfragen«:	50 218
»Erkenntnisse«:	340
(Fälle, die den Einstellungsbehörden mitgeteilt wurden)	
»Anhörungen«:	93
»Ablehnungen«:	24
»Ablehnungsquote«:	0,05 Prozent

² CSU-Pressmitteilung Nr. 559/1978, Bonn, 3. 10. 1978.

³ F. J. Strauß, in: Abendzeitung (München) v. 6. 10. 1978. Oder auch CSU-Pressmitteilung Nr. 523/1978, Bonn, 18. 9. 1978: »Baums Erklärung, der Staat müsse »seinen Bürgern mit Vertrauen begegnen, ist in Wahrheit eine Aufforderung zu blinder Vertrauensseligkeit gegenüber z. B. 42 000 Mitgliedern allein in der DKP und zigtausenden von anderswo organisierten oder aktiven Verfassungsfeinden.«

schen Staatsgewalt eine politische Verfassung abgerungen und politische Organe geschaffen, die konstitutionell gebunden waren. Das profunde Mißtrauen in die Staatsgewalt, sie möchte in vorbürgerliche Menschenrechtsreservate wie bürgerliche Freiheitssphären eingreifen wollen, prägt auch die Struktur des Bonner Grundgesetzes. Die Art. 1, 20 I-III und 19 GG lassen allenfalls eine Vermutung der Verfassungstreue staatlicher Organe zu – eine Vermutung, auf die gerade politische Demokratien wie die der BRD und der USA mit ihrer ausgeprägten Suprematie der Verfassungsgerichtsbarkeit nur wenig bauen wollten. Die Formel von der vermuteten Verfassungstreue der Bürger stellt die Verhältnisse auf den Kopf. Es ist die vermutete Konstitutionalitätshaltung derer, die die Konstitution erst konstituieren, diese freilich auch ändern können (vgl. Art. 20 II, 79 I und II GG). Die hoheitliche Vermutung der Verfassungsloyalität der Bürger gründet also auf der Verkehrung von Gesellschaft (Subjekt) und ihrer politischen Organisationsform (Instrument).

2. Gilt die Vermutung der Verfassungstreue als widerlegt bzw. ist die Verfassungstreue bewiesen durch die legale Mitgliedschaft und ggf. Aktivität in einer nicht verbotenen bzw. nicht für verfassungswidrig erklärten, von der Exekutive als »verfassungsfeindlich« eingestuften politischen Organisation oder Partei? Oder taugt eine solche Mitgliedschaft nicht oder nur neben anderen Faktoren als Kriterium für die Beurteilung der Verfassungstreue?

Böckenförde hat die Frage gestellt, »ob diese Verlässlichkeit durch eine bestimmt geartete Gesinnung und bestimmte Gesinnungsbekennnisse oder Antibekennnisse oder grundsätzlich durch das Verhalten im Rahmen der Gesetze erwiesen wird.« Er kommt zu der bündigen Antwort: »Zum rechtsstaatlichen Freiheitsprinzip gehört, daß der Bürger, der sich im Rahmen der Gesetze, also legal, verhält, ein loyaler Bürger ist. Die Grenzen zulässiger Freiheitsbetätigungen werden durch (von der Volksvertretung beschlossene) Gesetze, also gesetzliche Gebote und Verbote, vollziehbar umschrieben, und ein Verhalten, das sich an diese Gebote und Verbote hält, sich damit im gesetzlichen Rahmen bewegt, gibt keinen Anlaß zu Zweifeln (an) der Gesetzestreue, darf auch kein Anknüpfungspunkt rechtlicher Nachteile sein. Darin liegt gesetzliche Freiheit . . . Wenn der Rechtsstaat unteilbar ist, kann beim Zugang zum öffentlichen Dienst nicht auf einmal davon dispensiert werden.« Böckenförde folgert daraus: »Nicht zulässig ist es allerdings, in diesem Rahmen die Mitgliedschaft in Vereinigungen und Parteien, die die Behörden zwar als verfassungsfeindlich ansehen, deren Verfassungswidrigkeit jedoch nicht durch ein Verbot festgestellt ist, unter Sonderrecht zu stellen.«⁴

Dieser Auffassung, nach der erlaubt sein muß und nicht unter dem Loyalitätsaspekt diskriminiert werden darf, was nicht verboten ist, kommen das Bremer Modell (II.2) und die Punkte 1 und 2, 1. und 2. Satz des Klose-Vorschlags (II.3) am nächsten. Der Beschluß der Bundesregierung klammert die Frage der Mitgliedschaft kurzerhand aus (II.7). In Anlehnung an das Gutachten (II.4), das von der Aufstellung förmlicher Beurteilungskriterien abrät, hinsichtlich der Mitgliedschaft die Unentschiedenheit des BVerfG rezipiert und wie dieses die »einzelfallbezogene Beurteilung« empfiehlt, beläßt es auch die SPD (II.6) bei dem weder originellen noch präzisen Vorschlag, die Einstellungsbehörden sollten »den Einzelfall im Auge haben« (warum eigentlich nicht den Verfassungstext?) und ihre Entscheidung »auf eine von Fall zu Fall wechselnde Vielzahl von Elementen und deren Bewertung« gründen. Daß die

4 E. W. Böckenförde, Verhaltensgewähr oder Gesinnungstreue. Sicherung der freiheitlichen Demokratie in den Formen des Rechtsstaats, in: FAZ v. 8. 12. 1978, S. 9/10. Vgl. auch die abw. Begründung des Verfassungsrichters Rupp zum »Radikalen«-Beschluß, BVerfGE 39,334 ff., 378 ff.

Mitgliedschaft und Aktivität in einer Partei ein für die Beurteilung relevantes »Stück des Verhaltens« sein kann, setzt Einstellungsbehörden instand, an diese Mitgliedschaft Rechtsfolgen zu knüpfen, obwohl das BVerfG einst (BVerfGE 12,296/304) gerade dies – vor dem formellen Verbot der Partei – kategorisch ausschließen wollte. Auf der Suche nach anderen Kriterien für die Beurteilung der Verfassungsloyalität als die Parteizugehörigkeit werden höchst ambivalente Maßstäbe ins Spiel gebracht. Zweifel an der Verlässlichkeit der Bürger sollen indiziert sein durch

- »Tatsachen«, d. h. »vorhaltbare und vor Gericht verwertbare Erkenntnisse über den Bewerber, die für die Beurteilung seiner Verfassungstreue bedeutsam sind«, so die Zirkeldefinition des Bremer Modells (II.1)
- »aktives Handeln gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung« (Klose-Vorschlag – II.3)
- »konkretes Verhalten« im Sinne einer aktiven Bekämpfung des »Kernbestandes der FdGO« (SPD-Grundsätze – II.6) oder gar
- »Tatsachen«, »die auf Handlungen des Bewerbers hindeuten, nach denen die Voraussetzungen nach Abschnitt III vorliegen« (FDP-Forderungen – II.5)
- »konkret verfassungsfeindliche Propaganda«, »einseitige ideologische Beeinflussung am Arbeitsplatz«, »Befürwortung von Gewalt zur Durchsetzung politischer Ziele« (Klose-Vorschlag)
- »tatsächliche Anhaltspunkte« (Beschuß der Bundesregierung – II.7).

Obwohl die Anknüpfung an äußeres Verhalten, wie es in dem die *Gewährbieten*-Formel des Beamtenrechts eingrenzenden Kriteriums der *aktiven Bekämpfung* (der freiheitlich-demokratischen Grundordnung) zum Ausdruck kommt, eine Erweiterung des legalen Handlungsspielraums von Bewerbern für den öffentlichen Dienst bedeuten kann, geben andere Kriterien zu erheblichen Zweifeln Anlaß: Ist das Verteilen von DKP-Flugblättern »konkret verfassungsfeindliche Propaganda«? Beeinflußt der Lehrer, der entschieden für das Verbot der Aussperrung eintritt, seine Schüler »einseitig ideologisch«? Was ist »Befürwortung von Gewalt« -angesichts der extensiven Interpretation des Gewaltbegriffs durch die Rechtsprechung (z. B.: Streik = potentiell Gewalt: BGHSt 8, 102 f.)? Derartig unscharfe Kriterien legen die Vermutung nahe, daß sich die sozialliberale Führungsspitze im Verlauf ihrer legislativen und administrativen Tätigkeit an unbestimmte Rechtsbegriffe und generalklauselartige Formulierungen so sehr gewöhnt hat, daß ihr diese Einbruchstellen für autoritärstaatliche Denkmuster, Handlungsimperative und Sicherheitsinteressen durchaus funktional erscheinen und nicht mehr als Durchbrechung des Legalitätsprinzips zum Problem werden. Insgesamt ist dies Ausdruck eines Rechts- und Verfassungsverständnisses, dem weder eine *prinzipielle* Orientierung an liberal-demokratischen Verfassungspostulaten, es sei denn am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, noch eine *kategorische* Argumentation für den Vorrang politischer Freiheit gelingt.

3. *Gelten für alle Bewerber und Angehörigen des öffentlichen Dienstes die gleichen Anforderungen an die Verfassungstreue? Oder ist diese einer Differenzierung nach Alter, nach der angestrebten oder ausgeübten Funktion oder nach dem staatlichen Sicherheitsbedürfnis zugänglich?*

Hinsichtlich der politischen »Jugendsünden« (welch ein Verständnis der politischen Sozialisation!), die die Verfassungstreue nicht berühren sollen, und bezüglich der verschärften Treuanforderungen im sicherheitsempfindlichen Bereich weichen die Vorschläge von SPD und FDP nicht nennenswert voneinander ab. In der Frage der funktionalen Differenzierung geht das Gutachten (II.4) vorsichtig auf Distanz zum BVerfG, das im »Radikalen«-Beschuß apodiktisch, aber wenig einsichtig feststellt: Die Treuepflicht »ist auch einer Differenzierung je nach der Art der Obliegenheiten

des Beamten nicht zugänglich«.⁵ Das Gutachten beruft sich auf das Griesse-Urteil des BAG⁶, das in der Tat eine funktionale Differenzierung, d. h. abgestufte Anforderungen an die Verfassungstreue für vertretbar hält. Das Bremer Modell (II.2) und der Hamburger Sechs-Punkte-Vorschlag (II.3) nehmen für Justiz, Polizei und für »Personen, die in der Verwaltung eine besondere Vertrauensstellung erhalten sollen« (Punkt 4 des Klose-Vorschlags), offensichtlich eine gesteigerte Treuepflicht an. Diese Differenzierung enthält eine Vorentscheidung für die Beantwortung der nächsten von SPD und FDP aufgegriffenen Frage:

4. *Mit welchem institutionellen Aufwand und in welchem Umfang ist die Verfassungstreue zu überprüfen? Insbesondere: sind die Verfassungsschutzämter routinemäßig oder nur bei Vorliegen konkreter Anhaltspunkte oder nur im Rahmen von Sicherheitsüberprüfungen und/oder nur dann einzuschalten, wenn ein Bewerber keinen Vorbereitungs- oder ähnlichen (zur Beobachtung seiner Verlässlichkeit geeigneten) Dienst abgeleistet hat?*

Trotz der Vorgabe des BVerfG, das »die Ermittlungen« der Staatsschutzbehörden und »die Speicherung ihrer Ergebnisse für Zwecke der Einstellungsbehörden« »mit dem im Rechtsstaatsprinzip verankerten Gebot der Verhältnismäßigkeit« für »schwerlich vereinbar« hält,⁷ unterschreiten SPD und FDP Interpretationsspielräume. Die Anfrage beim Verfassungsschutz vor der Einstellung eines Bewerbers soll zwar abgeschafft werden; das Tor für Ausnahmen ist jedoch offengehalten worden. Das Gutachten (II.4) baut der unbequemen Frage, ob die eingerichtete und ausgeübte Erkenntnisproduktion und -verwertung verfassungsmäßig ist, dadurch vor, daß es ein generelles Verbot von Anfragen beim Verfassungsschutz für bedenklich erklärt. Die SPD betont in ihrem Nachwort zu den Grundsätzen (II.6) die »wichtige Rolle, die die Ämter für Verfassungsschutz bei der Beobachtung antidemokratischer Kräfte« und bei der Spionageabwehr spielen, um der Kritik am Verzicht auf die Regelanfrage die Spitze abzubreaken. Der auch im Beschluß der Bundesregierung vom 17. 1. 1978 enthaltene Verzicht auf die routinemäßige Einschaltung des Verfassungsschutzes hat Kritiker auf den Plan gerufen, die zu bemerkenswerten Thesen kommen. Nach der Auffassung von Kriele – immerhin Mitglied der SPD – gilt: »Der Verzicht auf den Abruf von Informationen bedeutet das bewußte Inkaufnehmen einer leicht vermeidbaren falschen Urteilsbildung. Dies stellt eine vorsätzliche, grobe Pflichtverletzung dar.«⁸ Kriele behauptet allen Ernstes, »daß in den ersten beiden Jahrzehnten der Bundesrepublik die Regelanfrage nicht geübt wurde«, weil »die Zahl der Verfassungsfeinde damals erheblich kleiner (war)«⁹ – als ob es den Aufschwung der NPD in den 60er Jahren nicht gegeben hätte. Der Position von Kriele entspricht die Apodiktik der CDU/CSU. Die christlich-konservativen Parteien vertreten die Auffassung, daß

- »der Verzicht auf die Karteianfrage beim Verfassungsschutz im Ergebnis nichts anderes (wäre) als die Abschaffung der Treuepflicht auf kaltem Wege« und deshalb
- der Bereich der Routinekontrollen (im Freistaat Bayern) künftig auf *alle* Bewerber des öffentlichen Dienstes ausgedehnt werden soll, die über 18 Jahre sind;
- daß außerdem auch bei Bewerbern unter dieser Altersstufe beim Verfassungsschutz »Erkundigungen« einzuziehen sind, wenn »besondere Verdachtsmomente«

⁵ BVerfGE 39,355.

⁶ BAG NJW 1976, 1708 ff.

⁷ BVerfGE 39,357. Das OVG Berlin hält dagegen die routinemäßige Anfrage nicht für anstößig (DÖV 1978, 739).

⁸ Eilgutachten . . . (Anm. 7); vgl. auch die abweichende Begründung des Verfassungsrichters Wand zum »Radikalen«-Beschluß, BVerfGE 39,390/1.

⁹ M. Kriele, a. a. O.

bestehen oder wenn sie im Justiz- oder Sicherheitsbereich arbeiten wollen, daß also der Überwachung auch von Schülern¹⁰ keine verfassungsprinzipiellen (geschweige denn politischen) Erwägungen entgegenstehen.¹¹

5. Die Frage, was mit den sozialliberalen Vorschlägen erreicht ist, wird dann genauer zu beantworten sein, wenn ihre Auswirkungen auf die Praxis der Einstellungs- und Verfassungsschutzbehörden und auf das politische Klima in der Bundesrepublik sichtbar werden. Anzumerken ist jedoch, daß die Vorschläge eine Reihe von heiklen Problemen nicht berühren bzw. erst produzieren:

Die Vorschläge gehen teils explizit, teils implizit davon aus, daß »Verfassungsfeindlichkeit« eine präzise¹² im Grundgesetz zu verortende¹³ Kategorie ist, obgleich bekanntlich das Gegenteil zutrifft. Der Verzicht auf die *Regelanfrage*, so positiv er im Blick auf die Zurückdrängung eines auswuchernden Kontrollapparats ist, erscheint als eine in sich nicht konsequente Neuerung: Einmal bleibt unklar, worauf tatsächlich verzichtet wird, solange Verfassungsschutzgesetze, wie z. B. § 3 BayerVerfSchG, § 3 II Nr. 4 LSGV-Rheinl. Pf. oder § 3 II Nr. 1 NdsVerfSchG, die Mitwirkung der Landesämter für Verfassungsschutz bei Einstellungsüberprüfungen vorsehen und den nicht näher qualifizierten Datenaustausch als »Amtshilfe« institutionalisieren (vgl. § 5 Nds. VerfSchG, § 4, 5 BayerVerfSchG). Zum anderen impliziert der Klose-Vorschlag, möglicherweise gegen dessen Intention, die Berufspraxis aller Angehörigen des öffentlichen Dienstes permanent zu überwachen, um etwaige »konkret verfassungsfeindliche Propaganda« oder »einseitig ideologische Beeinflussung« rechtzeitig aufzuspüren und über die vorgesehenen erleichterten Entlassungsmöglichkeiten wirksam zu unterbinden. Schließlich stehen die Abschaffung der *Regelanfrage* wie übrigens auch die *Vermutung der Verfassungstreue* faktisch unter einem Widerrufsvorbehalt, der sich aus der einseitigen Verknüpfung dieser Vorschläge mit dem – zweifach verkürzten – Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ergibt. Diese Verkürzungen: (a) auf die Verhältnismäßigkeit der Mittel (vgl. Gutachten Punkt 2.1; Forderung 1 der FDP und Punkt 1 des Beschlusses der Bundesregierung – II.7) und (b) auf die Zweckmäßigkeit gesetzlicher und parlamentarischer Kontrollen der Staatsschutzorgane (vgl. Schlußbemerkung der SPD-Grundsätze), offenbaren ein instrumentell-technokratisches Verfassungsverständnis, das sich an Opportunitätskalkülen orientiert, um zu verhindern, daß der »Staat . . . mit Kanonen nach Spatzen« schießt.¹⁴ Gleichwohl besitzt dieses Verfassungsverständnis¹⁵ eine ambivalente Struktur, die bei aller grundsätzlichen Kritik – im Blick auf die sog. Vermutung der Verfassungstreue, den Verzicht auf die Anfrage beim Verfassungsschutz und auf die teilweise Objektivierung der Abgrenzungskriterien für den Begriff der Verfassungstreue – für eine offensive liberal-demokratische Interpretation des Grundgesetzes genutzt werden sollte. *Thomas Blanke / Günter Frankenberg*

¹⁰ Nach Auffassung des damaligen bayerischen Justizministers Seidl muß die »Erfassung extremistischer Bestrebungen« grundsätzlich unabhängig vom Alter der Person verfolgen; er bestätigte, daß bayerische Verfassungsschutzbehörden »in konkreten Einzelfällen« an Schulen ermitteln, SZ vom 25. 7. 1978.

¹¹ Zur Staatsschutzpraxis in Bayern vgl. Der Spiegel 50/1978, S. 132 und FR v. 5. 12. 1978.

¹² Verfassungsrichter M. Hirsch: »In dem Urteil (»Radikalen«-Beschuß – Th. B. / G. F.) wird sehr präzise gesagt, was unter Verfassungsfeind zu verstehen ist – das ist jemand, der an die Grundsubstanz der Verfassung herangeht.« (Interview, Der Spiegel 48/1978, S. 41)

¹³ So M. Kriele, der die »Verfassungsfeindlichkeit« in Art. 21 II GG definiert sieht – ein Tatbestand, der die Rechtsfolge »Verfassungswidrigkeit« haben könne, falls das BVerfG diese feststellt (FAZ v. 8. 12. 1978, S. 10).

¹⁴ Bundeskanzler H. Schmidt auf dem Landesparteitag der Hamburger Sozialdemokraten, zit. nach SZ v. 9./10. 12. 1978.

¹⁵ Das sich im übrigen wohltuend von der Auffassung des bayer. Ministerpräsidenten abhebt, der in seiner Regierungserklärung befand, daß es ein »Überangebot demokratisch gesinnter Bewerber« gäbe und daher die »angeblichen Rechtsansprüche weniger Außenseiter« ohne Belang seien. In: Der Spiegel a. a. O.

1. Entschließung des Bundestages vom 24. Oktober 1975:¹

Der Bundestag erwartet, daß bei der Prüfung, ob ein Bewerber für die Einstellung in den öffentlichen Dienst die von der Verfassung geforderte Gewähr des jederzeitigen Eintretens für die freiheitliche demokratische Grundordnung bietet, unter Zugrundelegung des Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts vom 22. Mai 1975 insbesondere folgende Grundsätze beachtet werden:

- Der freiheitliche demokratische Staat geht von der Verfassungsloyalität seiner Bürger aus. Zugunsten der Bewerber für den öffentlichen Dienst spricht daher grundsätzlich die Vermutung, daß sie in ihrer Person die Gewähr der Verfassungstreue bieten. Wenn bei Behörden Tatsachen vorliegen, die diese Vermutung im Einzelfall ernsthaft in Frage zu stellen geeignet sind, ergibt sich für die Einstellungsbehörden das Recht und die Pflicht, eine konkrete Überprüfung vorzunehmen.
- Der Bewerber hat das Recht, sich zu den Tatsachen und Gründen zu äußern, die gegen die Gewähr seiner Verfassungstreue sprechen. Zu seiner Unterstützung kann er einen Rechtsbeistand hinzuziehen.
- In der Begründung einer Einstellungsablehnung sind nicht nur die Tatsachen anzugeben, auf die sich die Entscheidung stützt, sondern auch deren Bewertung (Verfassungsfeindlichkeit).
- Äußerungen und Handlungen eines jungen Menschen aus seiner Ausbildungs- und Studienzeit, insbesondere wenn sie längere Zeit zurückliegen, dürfen zur Begründung einer Einstellungsablehnung nur herangezogen werden, wenn sie nach Art und Schwere berechtigten Anlaß zu der Annahme geben, der Bewerber werde nach seiner Ernennung nicht die Gewähr bieten, daß er jederzeit für die freiheitliche demokratische Grundordnung eintritt. Das Bundesverfassungsgericht hat hierzu ausgeführt:

»Ermittlungen« der letztgenannten Art können nur Verhaltensweisen zutage fördern, die in die Ausbildungs- und Studienzeit eines jungen Menschen fallen, häufig Emotionen in Verbindung mit engagiertem Protest entspringen und Teil von Milieu- und Gruppenreaktionen sind, also sich wenig eignen als ein Element (von vielen), aus dem man einen Schluß auf die Persönlichkeit des zu Beurteilenden ziehen könnte; sie vergiften andererseits die politische Atmosphäre, irritieren nicht nur die Betroffenen in ihrem Vertrauen in die Demokratie, diskreditieren den freiheitlichen Staat, stehen außer Verhältnis zum »Ertrag« und bilden insofern eine Gefahr, als ihre Speicherung allzu leicht mißbraucht werden kann.«

[. . .]

2. Verfahren zur Feststellung des Erfordernisses der Verfassungstreue (Bremen):²

1. Erfordernis der Verfassungstreue

Bei jeder Einstellung von Beamten, Richtern, Angestellten und Arbeitern sind Artikel 33 Abs. 2 des Grundgesetzes, § 8 Abs. 1 Nr. 2 des Bremischen Beamtengesetzes, § 9 Nr. 2 des Deutschen Richtergesetzes, § 8 Abs. 1 des Bundes-Angestelltentarifvertrages und § 9 Abs. 9 des Mantel-Tarifvertrages für Arbeiter der Länder zu beachten.

2. Feststellung

2.1 Der Dienstherr bzw. Arbeitgeber geht von der Vermutung aus, daß der einzelne Bewerber die Gewähr der Verfassungstreue bietet.

2.2 Kann die Gewähr der Verfassungstreue nicht vermutet werden, weil die Beschäftigungs- oder Einstellungsbehörde aufgrund von Tatsachen, die ohne besondere Ermittlungen bekannt sind, Zweifel an der Verfassungstreue eines Bewerbers hat, ist durch Rückfrage beim Bewerber und gegebenenfalls durch eine Anfrage beim Senator für Inneres zu klären, ob diese Zweifel berechtigt sind. Die Beschäftigungs- und Einstellungsbehörden stellen keine eigenen Nachforschungen an.

2.3 Vor der Neueinstellung von Richtern, Staatsanwälten, Polizei- und Strafvollzugsbediensteten und solchen Personen, die in der Verwaltung eine besondere Vertrauensstellung erhalten

¹ Im Zusammenhang mit dem vom Bundestag beschlossenen, vom Bundesrat aber abgelehnten Gesetz zur Änderung dienstrechtlicher Vorschriften vom 24. Oktober 1975 angenommen. In: Deutscher Bundestag – 7. Wahlperiode, BT-Drucks. 7/4183, S. 5/6.

² Amtsbl. d. freien Hansestadt Bremen Nr. 19/31. 3. 1977, S. 87–88.

sollen, wird beim Senator für Inneres angefragt, ob Tatsachen vorliegen, die die Vermutung der Verfassungstreue im Einzelfall in Frage zu stellen geeignet sind.

2.4 Eine Anfrage beim Senator für Inneres wird weiterhin bei solchen Bewerbern um eine Stelle als Lehrer, Sozialpädagoge, Erzieher und Sozialarbeiter gestellt, die keinen Vorbereitungsdienst oder keine Praktikantenzeit im bremischen öffentlichen Dienst abgeleistet haben.

[. . .]

3. Sicherheitsüberprüfung

Die nach besonderen Richtlinien durchzuführende Sicherheitsüberprüfung, die erforderlich ist für Bedienstete bei Behörden, die am VS-Verkehr beteiligt sind oder die einem erhöhten Sicherheitsrisiko unterliegen, sowie die dazu ergangenen Regelungen bleiben unberührt.

4. Tatsachen

4.1 Tatsachen sind vorhaltbare und vor Gericht verwertbare Erkenntnisse über den Bewerber, die für die Beurteilung seiner Verfassungstreue bedeutsam sind.

4.2 Tatsachen, die in die Studienzeit oder in die Zeit einer außerhalb des öffentlichen Dienstes abgeleisteten Ausbildung eines jungen Menschen fallen oder die mehr als drei Jahre zurückliegen, werden grundsätzlich nicht berücksichtigt.

[. . .]

5. Anhörung

5.1 Ist der verantwortliche Senator der Auffassung, daß die Tatsachen die Vermutung der Gewähr der Verfassungstreue des Bewerbers ernsthaft in Frage stellen, so ist diesem in einer Anhörung Gelegenheit zu geben, dazu Stellung zu nehmen und vorhandene Zweifel auszuräumen. Die Anhörung findet vor einer Kommission statt.

[. . .]

5.3 Die Anhörkommission ermittelt die entscheidungserheblichen Tatsachen unter Berücksichtigung der be- und entlastenden Umstände, bildet sich ein Urteil über die Persönlichkeit des Bewerbers, nimmt eine rechtliche Würdigung vor und gibt eine abschließende Empfehlung an den verantwortlichen Senator ab.

Die Mitglieder unterliegen keinen Weisungen.

[. . .]

5.5 Die Anhörung ist nicht öffentlich. Die Mitglieder der Anhörkommission sowie hinzugezogene Bedienstete unterliegen der Schweigepflicht.

5.6 Der zuständige Personalrat und der Gesamtpersonalrat können jeweils ein Mitglied mit beratender Stimme zur Anhörung entsenden.

5.7 Die Mitwirkung eines Rechtsbeistands ist zu gestatten. Sie ist auf eine Beratung des Bewerbers und auf Verfahrensfragen beschränkt.

5.8 Dem Bewerber bzw. seinem Rechtsbeistand wird auf Antrag vor der Anhörung Akteneinsicht unter Anwendung des § 29 VwVfG gewährt.

5.9 Über die Anhörung wird eine Niederschrift angefertigt. Die Niederschrift ist vom Vorsitzenden der Anhörkommission und vom Protokollführer zu unterzeichnen. Der Bewerber bekommt eine Durchschrift der Niederschrift.

[. . .]

3. Sechs-Punkte-Vorschlag (Klöse):¹

1. Für jeden Bewerber und Mitarbeiter gilt die positive Vermutung der Verfassungstreue.

2. Diese Vermutung kann nur durch aktives Handeln gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung widerlegt werden. Das bedeutet, daß Mitgliedschaft einschließlich Funktion in einer Organisation für sich genommen für die Ablehnung eines Bewerbers oder für die Entlassung nicht ausreicht. Entscheidend ist das persönliche Verhalten, also zum Beispiel konkret verfassungsfeindliche Propaganda oder einseitige ideologische Beeinflussung am Arbeitsplatz oder die Befürwortung von Gewalt zur Durchsetzung politischer Ziele.

3. Grundlage der Beurteilung des Verhaltens sind nur solche Tatsachen, die der Einstellungsbehörde ohne besondere Ermittlungen während der Probezeit bekanntgeworden sind. Eine routinemäßige Anfrage beim Verfassungsschutz wird nicht vorgenommen.

4. Vor der Neueinstellung von Richtern, Staatsanwälten, Polizei- und Strafvollzugsbediensteten und solchen Personen, die in der Verwaltung eine besondere Vertrauensstellung erhalten

¹ Vgl. dazu die Bürgerschaftsdebatte vom 11. 10. 1978, in: Extremisten und Staatsdienst, Arbeitshefte zur Politik in Hamburg Nr. 6, 1978 und die Interviews mit dem Ersten Bürgermeister der Hansestadt Hamburg, H. U. Klöse, in der Monitor-Sendung vom 10. 10. 78 sowie in: Konkret 12, 1978, S. 8 ff.

sollen, wird beim Verfassungsschutz grundsätzlich nachgefragt, ob Tatsachen vorliegen, die die Vermutung der Verfassungstreue im Einzelfall in Frage zu stellen geeignet sind.

5. Über eine evtl. Einschaltung des Verfassungsschutzes nach Nr. 3 sowie über Ablehnungen oder die Einleitung von Entlassungsverfahren entscheidet der zuständige Minister/Senator bzw. eine von der Regierung einzusetzende politisch verantwortliche Kommission.

6. Die nach besonderen Richtlinien durchzuführende Sicherheitsüberprüfung bleibt unberührt.

4. Gutachten des Bundesinnenministeriums:¹

1. Materielle Fragen:

1.1. Kann auf das Erfordernis der Verfassungstreue bei der Einstellung oder endgültigen Übernahme verzichtet werden?

Nach den einschlägigen beamtenrechtlichen Bestimmungen (vgl. Paragraph 7 Abs. 1 Nr. 2 BBG) darf in das Beamtenverhältnis nur berufen werden, wer die Gewähr dafür bietet, daß er jederzeit für die freiheitliche demokratische Grundordnung im Sinne des Grundgesetzes eintritt. Dabei ist nach der Entscheidung des BVerfG (Bundesverfassungsgericht; die Red.) vom 22. Mai 1975 (E 39, 334) für den Eintritt in jedes Beamtenverhältnis die Gewähr der Verfassungstreue eine von der Verfassung geforderte und durch das einfache Gesetz lediglich konkretisierte materielle Eignungsvoraussetzung. Auf der Grundlage des derzeit bestehenden einheitlichen Beamtenstatus kann auf das Erfordernis der Verfassungstreue schon bei der Einstellung auch im Wege einer Gesetzesänderung nicht verzichtet werden.

Die demnach gebotene Verfassungstreueprüfung erfordert ein Urteil über die Persönlichkeit des Bewerbers, »das zugleich eine Prognose enthält« (Leitsatz 5 der BVerfG-Entscheidung vom 22. Mai 1975). Dabei ist nur auf das tatsächliche Verhalten abzustellen; bloße Mutmaßungen ohne tatsächliche Anhaltspunkte (vermutete Gesinnungen) können nicht maßgeblich sein.

1.2. Kann für die Beurteilung der Verfassungstreue allein auf das dienstliche Verhalten abgestellt werden?

Die beamtenrechtlichen Vorschriften fordern, daß der Beamte »jederzeit« (vgl. Paragraph 7 Abs. 1 BBG) und durch sein gesamtes Verhalten (vgl. Paragraph 52 Abs. 2 BBG) für die freiheitliche demokratische Grundordnung eintritt. Das schließt dienstliches und außerdienstliches Verhalten ein. Es handelt sich bei diesen Erfordernissen um eine Konkretisierung verfassungsrechtlicher Anforderungen, die einer Änderung durch einfaches Gesetz nicht zugänglich sind.

1.3. Können die Ablehnung von Bewerbern und Disziplinarmaßnahmen allein auf die Mitgliedschaft in verfassungsfeindlichen Organisationen einschließlich mitgliedschaftsbezogener Aktivitäten gestützt werden?

Mit dem Beschluß des BVerfG vom 22. Mai 1975 wäre eine Automatik oder Regelvermutung in dem Sinne, daß die bloße Mitgliedschaft in einer Partei oder Vereinigung mit verfassungsfeindlicher Zielsetzung in der Regel Zweifel daran begründet, ob der Bewerber um Aufnahme in den öffentlichen Dienst jederzeit für die freiheitliche demokratische Grundordnung eintreten wird, nicht vereinbar. Die Mitgliedschaft in einer solchen Partei kann für das prognostische Urteil über die Bewerberpersönlichkeit relevant sein, sie muß es aber nicht. Das Urteil kann nur den Einzelfall im Auge haben und muß sich jeweils auf eine von Fall zu Fall wechselnde Vielzahl von Elementen und deren Bewertung gründen. Eines dieser Einzelelemente kann auch die Zugehörigkeit zu einer Vereinigung oder Partei sein, ohne daß diesem Element Vorrang vor anderen Einzelumständen zukommt.

Dieser Auffassung des BVerfG würde es zuwiderlaufen, wollte man die Relevanz bestimmter Einzelelemente, wie zum Beispiel der Mitgliedschaft in einer verfassungsfeindlichen Partei und sogar bestimmter Aktivitäten im Rahmen dieser Mitgliedschaft, für die Gesamtbeurteilung ausschließen und in diesem Zusammenhang allgemein fordern, daß für die Ablehnung eines Bewerbers darüber hinausgehende verfassungsfeindliche Aktivitäten festgestellt werden müßten; dies kann, wie das BVerfG ausdrücklich festgestellt hat, auch aus Art. 21 GG nicht abgeleitet werden. Von der Aufstellung förmlicher Beurteilungskriterien ist abzusehen; vielmehr sollte nach der Entscheidung des BVerfG eine einzelfallbezogene Beurteilung stattfinden.

¹ Erstellt im Auftrag des Bundeskanzlers H. Schmidt (in Abstimmung mit dem Bundesjustizministerium); zit. nach FR v. 4. 11. 1978.

1.4. Kann bei Arbeitnehmern hinsichtlich des Verfassungstreueerfordernisses nach Funktionen differenziert werden?

Mit Rücksicht auf die unterschiedliche Rechtsstellung ist bei Arbeitnehmern eine funktionale Differenzierung auch unter Berücksichtigung der Entscheidung des BVerfG vom 22. Mai 1975 vertretbar. Je nach der von Arbeitnehmern auszuübenden Funktion kann es jedoch notwendig sein, an sie hinsichtlich der Verfassungstreue die gleichen Anforderungen wie an Beamten zu stellen (Vgl. BAG, Urteil vom 31. März 1976).

2. Verfahrensfragen:

2.1. Unter welchen Voraussetzungen kann von Anfragen bei den Verfassungsschutzbehörden abgesehen werden?

Aus dem Beschluß des BVerfG vom 22. Mai 1975 ergibt sich keine verfassungsrechtliche Verpflichtung, daß die Einstellungsbehörden und Beschäftigungsbehörden in allen Fällen routinemäßig beim Verfassungsschutz anfragen müssen.

Das BVerfG hat sich expressis verbis zum Thema der Anfrage beim Verfassungsschutz nur negativ, und zwar dahin geäußert, daß eine solche Anfrage bei der Übernahme in den Vorbereitungsdienst, die zu zusätzlichen Ermittlungen führen würde, schädlich ist und unterbleiben soll.

Eine positive Äußerung dahin, daß und in welchen Fällen eine Anfrage erfolgen muß, weist die Entscheidung nicht auf. Allerdings kann aus zwei Aussagen des Gerichts gefolgert werden, daß es eine Anfrage beim Verfassungsschutz nur als eines von mehreren denkbaren Mitteln zur Prüfung der Verfassungstreue ansieht: Das Gericht bezeichnet den Vorbereitungsdienst als eine Möglichkeit, »den Bewerber intensiv kennenzulernen, ihn zu beobachten und sich schließlich ein Urteil über seine Persönlichkeit zu bilden«, und es fordert selbst dann, wenn Zweifel an der Verfassungstreue des Bewerbers bestehen, nicht mehr als ein Einstellungsgespräch.

Verfassungsrechtlich bedenklich wäre es allerdings, wollte man die Anfrage generell oder für bestimmte Bereiche verbieten. Nach der Entscheidung des BVerfG ist von der verfassungsrechtlichen Verpflichtung auszugehen, die Gewähr der Verfassungstreue in jedem Fall zu prüfen.

Verfassungsrechtlich ist es jedoch vertretbar, die Entscheidung, ob beim Verfassungsschutz angefragt wird, von den Umständen des konkreten Einzelfalls abhängig zu machen.

Die Anfrage muß ein geeignetes und angemessenes Mittel sein, das unter Beachtung des Gebotes der Verhältnismäßigkeit eingesetzt wird. Dieser Grundsatz der Verhältnismäßigkeit erlaubt auch einen differenzierenden Gebrauch der Verwaltungsmaßnahme »Anfrage«, welcher auch mögliche Nebenwirkungen der Maßnahmen insgesamt (Störung des Vertrauens in die Liberalität des Staates) mit dem durch sie erreichten Nutzen (Abwehr von Extremisten) abwägt.

Offen ist, ob eine Regelung verfassungsrechtlich zulässig wäre, die derart differenzieren würde, daß sie Anfragen für bestimmte Fallgruppen von vornherein generell vorschreibt – wie zum Beispiel für Tätigkeiten in Erfüllung bedeutsamer hoheitlicher Aufgaben, oder solche, die ohne ein aktives Eintreten für die freiheitliche demokratische Grundordnung nicht ausgeübt werden können.

2.2. Kann den Verfahren eine Rechtsvermutung der Verfassungstreue des Bewerbers zugrunde gelegt werden?

Der Staat geht bei der Prüfung aus von einer verfassungstreuen Einstellung seiner Bürger. Jedoch würde die Aufstellung einer dementsprechenden Rechtsvermutung für die Einstellungsprüfung nach der Rechtssprechung des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts problematisch sein.

2.3. Wie ist die Weitergabe des bei den Verfassungsschutzbehörden vorhandenen Materials einzugrenzen?

Folgende Eingrenzungen kommen in Betracht:

Der Verfassungsschutz gibt nur gerichtsverwertbares Material an die Einstellungsbehörden weiter.

Die Eingrenzung des Beurteilungszeitraumes auf Erkenntnisse, die längere Zeit zurückliegen, erscheint zulässig, sofern sie nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit abgewogen wird gegen die Relevanz dieser Erkenntnisse. Dies gilt insbesondere bei »Jugendsünden«.

2.4. Zu welchem Zeitpunkt soll bei den Verfassungsschutzbehörden angefragt werden (Verfassungstreue als letzte zu prüfende Einstellungsvoraussetzung)?

Rechtlich unbedenklich ist es, bei den Verfassungsschutzbehörden erst dann anzufragen, wenn eine Einstellung des Bewerbers tatsächlich beabsichtigt und wenn die Verfassungstreue des Bewerbers nur noch die letzte zu prüfende Einstellungsvoraussetzung ist.

I. Mit den auf dem Bundesparteitag 1976 in Frankfurt beschlossenen »Forderungen der FDP zum Schutz liberaler Freiheitsrechte bei der Einstellung von Bewerbern für den öffentlichen Dienst« hat die FDP als erste Partei für die Verfassungstreueprüfung die Anwendung des im Rechtsstaatsprinzip verwurzelten Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit gefordert.

Dieser Beschluß trug bereits der nunmehr gefestigten Erkenntnis Rechnung, daß der Extremistenbeschluß von 1972 am Anfang eines Irrwegs stand. Die Gefahr ist nämlich nicht zu verkennen, daß durch die Überprüfungspraxis das, was bewahrt werden sollte, nämlich das jederzeit aktive Eintreten für die freiheitlich-demokratische Grundordnung, in Wirklichkeit auf der Strecke bleibt. Die FDP fordert deshalb die endgültige Abkehr vom Extremistenbeschluß in Bund und Ländern und die ersatzlose Aufhebung aller darauf beruhenden Erlasse und Verordnungen.

II. Kritik an Staat und Gesellschaft ist ein Leberelement der Demokratie. Die FDP tritt darum für den Vorrang der politischen Auseinandersetzung vor juristischen Verboten auch gegenüber extremistischen Parteien und Vereinigungen ein.

III. Für den öffentlichen Dienst jedoch gilt: Wer den Kernbestand unserer freiheitlich-demokratischen Grundordnung wie Volkssouveränität, Mehrparteienprinzip, Recht auf Opposition, Grundrechtsverbürgung, Gewaltenteilung und Unabhängigkeit der Gerichte nachweislich bekämpft, kann nicht im Dienste dieses freiheitlichen Staates stehen.

IV. Die demokratischen Verhältnisse in der Bundesrepublik Deutschland sind so gefestigt, daß der liberale Rechtsstaat von der Verfassungstreue seiner Bürger ausgeht. Das gilt natürlich auch für den öffentlichen Dienst.

Aus den Überlegungen, daß die Verteidigung der Freiheit auch und gerade gegenüber den Feinden der Freiheit mit einem Höchstmaß an Rechtsstaatlichkeit erfolgen muß, hat die FDP sich auf ihrem Wiesbadener Bundesparteitag (November 1973) zum Grundsatz der Einzelfallprüfung bekannt und wesentliche rechtsstaatliche Verfahrensgarantien bei der Einstellung von Bewerbern für den öffentlichen Dienst beschlossen. Diese Forderungen der FDP haben sich der Bundestag in seiner Entschließung vom 24. Oktober 1975 und die Bundesregierung in einer Erklärung vom 21. März 1976 zu eigen gemacht. Danach

sind die Einstellungsbehörden verpflichtet, Bedenken, die gegen die Einstellung eines Bewerbers sprechen und die dafür erheblichen Tatsachen schriftlich mitzuteilen;

hat der Bewerber das Recht, sich dazu schriftlich oder mündlich zu äußern;

ist bei Anhörungsgesprächen ein Protokoll zu führen, in das dem Bewerber auf Antrag Einsicht zu gewähren ist;

ist auf Antrag des Bewerbers die Mitwirkung eines Rechtsbeistands zu gestatten;

liegt die Zuständigkeit für ablehnende Entscheidungen bei der obersten Dienstbehörde, d. h. grundsätzlich bei dem politisch verantwortlichen Minister;

darf eine ablehnende Entscheidung nur auf gerichtsverwertbare Tatsachen gestützt werden;

ist dem Bewerber die Ablehnungsbegründung unter Angabe der dafür maßgeblichen Tatsachen, jedenfalls auf seinen Antrag hin, schriftlich mitzuteilen und der Bescheid mit einer Rechtsmittelbelehrung zu versehen;

muß sichergestellt werden, daß den anfrageberechtigten Einstellungsbehörden nur solche (gerichtsverwertbare und vorhaltbaren) Tatsachen mitgeteilt werden, die Zweifel an der Verfassungstreue eines Bewerbers begründen können.

Mit großer Sorge verfolgt die FDP, daß auch nach der Entschließung des Bundestages und der Erklärung der Bundesregierung

durch eine ausufernde Anfrage- und Prüfungspraxis ein gesellschaftliches Klima mitverursacht worden ist, in dem es vielen Bundesbürgern riskant erscheint, politisches Engagement – gleich welcher Richtung – offen zu zeigen und die Bereitschaft, unsere Demokratie durch aktives Engagement zu halten, gerade bei jungen Menschen der Angst gewichen ist, eines Tages hierdurch Nachteile zu erleiden;

in mehreren Bundesländern über das von der Verfassung gebotene Maß hinaus bei jeder Bewerbung für den öffentlichen Dienst eine Anfrage beim Verfassungsschutz erfolgt (über 500 000 Anfragen in den letzten Jahren im Bundesgebiet insgesamt),
Rechtsungleichheit und -unsicherheit wegen der unterschiedlichen Richtlinien für die Einstellung von Bewerbern im öffentlichen Dienst in den einzelnen Bundesländern fortbestehen.

¹ Die »Forderungen zum Schutz liberaler Freiheitsrechte bei der Einstellung von Bewerbern für den öffentlichen Dienst« wurden auf dem Mainzer FDP-Parteitag 1978 verabschiedet; zit. nach FR v. 15. 11. 1978.

Zum Schutz liberaler Freiheitsrechte setzt sich die FDP daher für die Verwirklichung folgender Forderungen ein:

Forderung 1

1. Bei Einstellungen in den öffentlichen Dienst gilt der allgemeine Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Deshalb fordert die FDP, daß bei Bewerbungen und vor Einstellungen in den öffentlichen Dienst nicht mehr beim Verfassungsschutz angefragt wird. Die bisherige Praxis der Sicherheitsüberprüfung bleibt unberührt.

Die FDP lehnt es ab, außerhalb des Bereichs der Sicherheitsüberprüfung einzelne Gruppen von Bediensteten des öffentlichen Dienstes festzulegen, bei denen an der Praxis routinemäßiger Anfragen festzuhalten wäre.

2. Sind jedoch der Einstellungsbehörde Tatsachen bekannt, die auf Handlungen des Bewerbers hindeuten, nach denen die Voraussetzungen nach Abschnitt III dieses Beschlusses vorliegen, hat sie beim Verfassungsschutz anzufragen, wenn die Einstellung des Bewerbers tatsächlich beabsichtigt und seine Verfassungstreue nur noch letzte Einstellungsvoraussetzung ist. Eine ablehnende Entscheidung kann nur vom politisch Verantwortlichen getroffen werden.

3. Die FDP fordert eine gesetzliche Regelung der Weitergabe von Erkenntnissen der Verfassungsschutzämter in den Verfassungsschutzgesetzen des Bundes und der Länder, die von diesen Ämtern gegenüber den Einstellungs- und Dienstbehörden zu leistende Rechts- und Amtshilfe auf der Grundlage der vorgenannten Grundsätze regelt. In diese gesetzlichen Bestimmungen sind Tilgungsvorschriften für sämtliche Daten mit abgestuften Tilgungsfristen aufzunehmen.

4. Die FDP fordert die Parlamente in Bund und Ländern auf, sofort alle gesetzgeberischen Schritte einzuleiten, um dem Auftrag des Bundesverfassungsgerichts entsprechend, die Voraussetzungen für einen einheitlichen, nichtbeamtenrechtlich organisierten Vorbereitungsdienst zu schaffen.

5. Die Bundestagsfraktion unternimmt noch in dieser Legislaturperiode einen energischen Vorstoß zur Reform des öffentlichen Dienstes, insbesondere was die Frage der Neudefinition hoheitlicher Aufgaben betrifft.

Forderung 2

Die Verfassungsschutzbehörden geben auf Anfrage nicht alle ihnen vorliegenden Erkenntnisse, sondern nur solche gerichtsverwertbaren Tatsachen an die Einstellungsbehörden weiter, die überhaupt geeignet sind, ein Urteil über die Verfassungstreue des Bewerbers zu begründen. Es dürfen deshalb insbesondere nicht weitergegeben werden:

1. Erkenntnisse über Tätigkeiten des Bewerbers vor dessen 18. Lebensjahr, soweit sie nicht Gegenstand eines anhängigen Strafverfahrens sind;

2. lange zurückliegende und im Hinblick auf den Zeitablauf nicht mehr bedeutsame Erkenntnisse über Tatbestände, die vor drei oder mehreren Jahren abgeschlossen waren;

3. unter die berufliche Schweigepflicht fallende Äußerungen gegenüber Ärzten, Seelsorgern, Rechtsanwälten etc.;

4. bloße Beschuldigungen, die mangels Begründetheit oder Beweisbarkeit nicht weiterverfolgt worden sind.

Forderung 3

Erkenntnisse, die von den Verfassungsschutzbehörden auch bei Anfragen nicht an die Einstellungsbehörden weitergegeben werden dürfen, dürfen von der Einstellungsbehörde auch dann nicht verwendet werden, wenn sie ihr von anderer Seite zugetragen worden sind.

Forderung 4

Wenn eine Einstellung trotz vorliegender Erkenntnisse des Verfassungsschutzes erfolgt ist, müssen alle aus dem Verfassungsschutzbereich vorgelegten Unterlagen aus den Personalakten entfernt werden, um den betreffenden Angehörigen des öffentlichen Dienstes in seinem weiteren Fortkommen nicht zu beeinträchtigen.

6. Grundsätze für die Feststellung der Verfassungstreue im öffentlichen Dienst (SPD):¹

Die SPD bittet die Parlamente und Regierungen, das Verfahren zur Feststellung der Verfassungstreue im öffentlichen Dienst an Hand der folgenden Grundsätze neu zu ordnen:

I.

1. Der Staat hat von der Vermutung auszugehen, daß der einzelne Bewerber für den öffentlichen Dienst die Gewähr der Verfassungstreue bietet. Das entspricht der Entschließung des Deutschen Bundestages vom 24. Oktober 1975.
2. Grundlage für einen Ablehnungsbescheid darf nur konkretes Verhalten sein. Wer durch aktive Betätigung den Kernbestand unserer freiheitlich-demokratischen Grundordnung, wie Achtung vor den Menschenrechten, Volkssouveränität, Gewaltenteilung, parlamentarische Verantwortlichkeit der Regierung, Unabhängigkeit der Gerichte, Mehrparteiensystem, Recht auf Opposition, gewaltfreie Durchsetzung politischer Ziele nachweislich bekämpft, kann nicht im Dienste des freiheitlichen Staates stehen. Das gilt für Verhalten sowohl innerhalb als auch außerhalb einer Partei.
3. Die Entscheidung der Einstellungsbehörde muß den Einzelfall im Auge haben und gründet sich jeweils auf eine von Fall zu Fall wechselnde Vielzahl von Elementen und deren Bewertung. Ein Stück des Verhaltens, das dabei für die Beurteilung der Verfassungstreue des Bewerbers erheblich sein kann, kann auch der Beitritt oder die Zugehörigkeit zu einer politischen Partei oder eine Betätigung in einer politischen Partei sein. Die bloße Feststellung, daß der Bewerber Mitglied einer politischen Partei ist oder in einer Partei die in der Verfassung oder in den Gesetzen gesicherten staatsbürgerlichen Rechte wahrnimmt, reicht jedoch allein nicht aus, um seine Eignung für den öffentlichen Dienst zu verneinen. Es muß vielmehr konkretes Verhalten im Sinne von I.2. im Einzelfall nachgewiesen werden.
4. Bei der Einstellung ist nur von Tatsachen auszugehen, die der Einstellungsbehörde ohne besondere Ermittlungen bekannt sind. Eine Ablehnung darf nur auf vorhaltbare und vor Gericht verwertbare Erkenntnisse gestützt werden, die für die Beurteilung der Verfassungstreue bedeutsam sind. Erkenntnisse über Tatsachen, die aus der Zeit vor Vollendung des 18. Lebensjahres stammen, sind nicht zu berücksichtigen. Im übrigen dürfen Tatsachen, die längere Zeit, in der Regel zwei Jahre, zurückliegen, nur herangezogen werden, wenn dies nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit geboten ist.

II.

1. Eine Routineanfrage beim Verfassungsschutz findet nicht statt.
2. Eine Anfrage beim Verfassungsschutz muß jedoch stattfinden, wenn der Behörde Tatsachen bekannt sind, die im Sinne von I.2. Zweifel an der Verfassungstreue eines Bewerbers begründen könnten.
3. Eine Anfrage darf erst erfolgen, wenn der Bewerber alle sonstigen dienstrechtlichen Voraussetzungen erfüllt und seine Einstellung beabsichtigt ist.
4. In Fällen, in denen begründete Zweifel an der Verfassungstreue des Bewerbers bestehen, liegt die Zuständigkeit für Anfragen beim politischen verantwortlichen Minister/Senator (bzw. bei der obersten Dienstbehörde).
5. Der Innenminister/Innensenator gibt an die Einstellungsbehörde nur solche vom Verfassungsschutz mitgeteilten Tatsachen weiter, die für die Beurteilung der Verfassungstreue des Bewerbers relevant sein können und gerichtsverwertbar sind.
6. Die Entscheidung über die Ablehnung eines Bewerbers liegt beim verantwortlichen Minister/Senator (bzw. bei der obersten Dienstbehörde).

III.

Bei der Entlassung von Angehörigen des öffentlichen Dienstes sind die vorstehenden Grundsätze entsprechend anzuwenden.

Die SPD schlägt ferner vor, bei den staatlichen Monopol-Ausbildungsverhältnissen, die auf eine Berufsausübung sowohl im Staatsdienst als auch außerhalb des Staatsdienstes vorbereiten, auf eine einheitliche Regelung außerhalb des Beamtenverhältnisses hinzuwirken.

[. . .]

¹ Beschlossen vom Parteivorstand und Parteirat am 8. 12. 1978; zit. nach SPD Pressemitteilung (Köln) vom 10. 12. 1978.

Die SPD betont nachdrücklich die wichtige Rolle, die die Ämter für Verfassungsschutz bei der Beobachtung antidemokratischer Bestrebungen und bei der Abwehr von Spionage für die freiheitliche und gesicherte Entwicklung unseres Landes spielen. Sie müssen den für diese Arbeit erforderlichen Raum staatlichen Handelns behalten und sollten nicht mit Personenüberprüfungen allgemeiner Art von ihren eigentlichen Aufgaben abgehalten werden. Deshalb erscheint es zweckmäßig, die Aufgabenstellung der Ämter in Bund und Ländern – soweit das nicht ausreichend geschehen – gesetzlich zu definieren und die parlamentarische Kontrolle der Ämter sachgerecht zu regeln.

7. Beschluß der Bundesregierung vom 17. 1. 1978:¹

Bei der Feststellung, ob ein Bewerber die für die Einstellung in den öffentlichen Dienst erforderliche Gewähr der Verfassungstreue bietet, sollen einheitlich folgende Verfahrensgrundsätze beachtet werden:

1. Bei der Entscheidung, ob bei der Verfassungsschutzbehörde angefragt wird, gilt der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit:

1.1. Anfragen haben zu erfolgen, wenn tatsächliche Anhaltspunkte darauf hindeuten, daß der Bewerber nicht die Voraussetzungen für die Einstellung in den öffentlichen Dienst erfüllt. Diese Anhaltspunkte können insbesondere während Vorbereitungsdienst und Probezeit gewonnen werden.

1.3 Anfragen dürfen nur erfolgen, wenn eine Einstellung tatsächlich beabsichtigt und die Verfassungstreue nur noch die letzte zu prüfende Einstellungsvoraussetzung ist.

1.4 Anfragen erfolgen nicht, wenn der Bewerber das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet hat.

2. Für die Mitteilung der Verfassungsschutzbehörde auf Grund von Anfragen der Einstellungsbehörden des Bundes ist zu beachten:

2.1 Den anfrageberechtigten Stellen dürfen nur solche gerichtsverwertbaren Tatsachen mitgeteilt werden, die Zweifel an der Verfassungstreue eines Bewerbers begründen können.

2.2 Erkenntnisse des Verfassungsschutzes, die Tätigkeiten vor der Vollendung des 18. Lebensjahres betreffen, dürfen nicht weitergegeben werden, es sei denn, sie sind Gegenstand eines anhängigen Strafverfahrens.

2.3 Erkenntnisse über abgeschlossene Tatbestände, die mehr als zwei Jahre zurückliegen, dürfen nicht weitergegeben werden, es sei denn, die Weitergabe ist im Hinblick auf das besondere Gewicht der Erkenntnisse nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit geboten.

2.4 Erkenntnisse, die unter eine gesetzlich geregelte Schweigepflicht fallen, dürfen nicht weitergegeben werden.

3. Die obersten Bundesbehörden stellen für ihren Geschäftsbereich sicher, daß die Prüfung der Relevanz der von der Verfassungsschutzbehörde evtl. mitgeteilten gerichtsverwertbaren Erkenntnisse durch eine von ihnen zu bestimmende zentrale Stelle erfolgt.

4. Die Einstellungsbehörden des Bundes sind verpflichtet, Bedenken, die gegen die Einstellung eines Bewerbers sprechen, und die dafür erheblichen Tatsachen schriftlich mitzuteilen.

5. Der Bewerber hat das Recht, sich hierzu mündlich oder schriftlich zu äußern.

6. Findet ein Anhörungsgespräch statt, ist ein Protokoll zu führen. Dem Bewerber ist auf Antrag Einsicht zu gewähren.

7. Die Mitwirkung eines Rechtsbeistandes ist auf Antrag des Bewerbers zu gestatten. Sie ist auf die Beratung des Bewerbers und auf Verfahrensfragen zu beschränken.

8. Die Entscheidungszuständigkeit in den Fällen, in denen die Eignung des Bewerbers nicht festgestellt werden kann, liegt bei der obersten Dienstbehörde, d. h. grundsätzlich bei dem Bundesminister.

9. Ablehnende Entscheidungen dürfen nur auf gerichtsverwertbare Tatsachen gestützt werden.

10. Dem Bewerber ist die Ablehnungsbegründung unter Angabe der hierfür maßgeblichen Tatsachen, jedenfalls auf seinen Antrag hin, schriftlich mitzuteilen. Der Bescheid erhält eine Rechtsmittelbelehrung.

11. Erkenntnisse, die von den Verfassungsschutzbehörden nicht an die Einstellungsbehörde weitergegeben werden dürfen (Ziff. 2.2, 2.3, 2.4), dürfen von ihr auch dann nicht verwertet werden, wenn sie ihr von anderer Seite mitgeteilt worden sind.

12. Wenn eine Einstellung trotz vorliegender Erkenntnisse des Verfassungsschutzes erfolgt ist, müssen alle aus dem Verfassungsschutzbereich vorgelegten Unterlagen aus den Personalakten entfernt werden.

¹ Nach SZ v. 19. 1. 1978.

B. Arbeitsgerichtliche Rechtsprechung in Berufsverbotsverfahren

I. KOMMENTAR

Die nachstehend abgedruckten Auszüge aus arbeitsgerichtlichen Entscheidungen sind vor allem deshalb von Interesse, weil sie auf eine Eingrenzung der pauschalen Übertragung der beamtenrechtlichen Treuepflicht auf sämtliche Bereiche des öffentlichen Dienstes und alle Kategorien von Beschäftigungsverhältnissen zielen. In ihrer Frontstellung gegenüber der auswuchernden Praxis der Exekutive, politisch mißliebigen Bewerbern um eine Anstellung als Angestellte im öffentlichen Dienst die Anstellung zu versagen, korrespondieren sie mit den in Teil A unserer Dokumentation dargestellten Bestrebungen innerhalb der Sozialdemokratischen Partei und Teilen der FDP, die den Prüfungsaktivitäten des Verfassungsschutzes und der peinlichen Gesinnungskontrolle durch Anhörungskommissionen enger definierte Grenzen setzen wollen. Die Dokumentation von Entscheidungen, die derartige Bemühungen juristisch absichern können, erscheint um so wichtiger, als die Apologeten der herrschenden Praxis in der »Radikalenfrage« diese längst nicht mehr als Gegenstand politischer – und daher auch politisch revidierbarer – Entscheidungen begreifen, sondern als das zwingende Gebot angeblich verfassungsrechtlich fundierter Grundsätze des öffentlichen Dienstes.

Die diesen Entscheidungen zugrundeliegenden Sachverhalte sind durch eine spezifische, von anderen Berufsverbotsfällen abweichende soziale Interessen- und daher auch juristische Problemkonstellation charakterisiert: Die Kläger bewarben sich jeweils um Angestelltenstellen im Rahmen von Forschungsvorhaben, die aus sog. »Drittmitteln« (also nicht aus dem normalen Universitätsetat oder Mitteln des Landeshaushalts) finanziert wurden. Auf Grund der relativ kurzen Laufzeit der Forschungsprojekte sind auch die jeweiligen Stellen für angestellte Forscher zeitlich befristet (Laufzeit jeweils ½ Jahr, evtl. mit Verlängerungsmöglichkeit). Da die Forschungsprojekte ihre Arbeit zu einem bestimmten Zeitpunkt beginnen, besteht die Gefahr, daß infolge einer verzögerten Einstellung von Mitarbeitern das gesamte Projekt in seinem geplanten zeitlichen und inhaltlichen Ablauf empfindlich gestört wird: Mit der beabsichtigten Einstellung evtl. vom »Radikalerlaß« bedrohter Bewerber riskiert es seinen Mißerfolg und damit den Wegfall von möglichen Anschluß- und Fortsetzungsprojekten. Erst recht ist die Situation für den Bewerber selbst extrem ungünstig, da ihm durch die Verzögerung infolge der oftmals langwierigen Prüfungs- und Anhörungsverfahren entweder der gänzliche Wegfall der zeitlich befristeten Stelle droht oder aber die verbleibende Zeit kaum mehr dazu ausreicht, sich nutzbringend in das Forschungsprojekt zu integrieren. Dagegen fehlt es auf Seiten des beklagten Landes bei diesen Fallkonstellationen regelmäßig an spezifischen Interessen, die gesteigerte Anforderungen an die verfassungspolitische Loyalität solcher Beschäftigter legitimieren könnten: Sie sollen weder als Beamte noch dauerhaft als Angestellte in den öffentlichen Dienst übernommen werden, sie werden nicht Inhaber einer Planstelle, die durch Haushaltsmittel zugewiesen ist, noch sollen sie eine Lehrtätigkeit ausüben und schließlich besteht meist auch zwischen dem konkreten Gegenstand der Projekte und besonderen Sicherheitsinteressen kein Zusammenhang.

Diese Interessenkonstellation erklärt zunächst, daß es sich bei sämtlichen der hier dokumentierten Urteile – soweit es um die Durchsetzung des Beschäftigungsan-

spruchs geht – um Entscheidungen in Eilverfahren handelt.¹ Sämtliche Gerichte haben außerdem einen Einstellungsanspruch der von den Forschungsprojekten sowie den fachlich zuständigen Universitätsgremien ausgewählten Bewerber gegenüber dem Land Niedersachsen aus Art. 33 Abs. II GG bejaht, weil ihre Einstellung die einzig rechtmäßige Behördenentscheidung darstelle. Für den Fall, daß infolge verzögerlicher Überprüfungspraxis eine Einstellung nicht mehr möglich ist, hat das Arbeitsgericht Hannover (Urt. 2) außerdem dem Kläger einen Schadensersatzanspruch in Höhe des entstandenen Verdienstaufschlags zuerkannt: Die Rechtzeitigkeit der Loyalitätsüberprüfungen sicherzustellen liegt in der Risikosphäre des Landes. Bemerkenswert an den Entscheidungen ist weiterhin, daß sie nicht nur im rechtlichen Ergebnis dem politischen Konformitätsdruck der niedersächsischen Landesregierung, der durch die selektive Einstellungspraxis ausgeübt wird, einen Riegel vorschieben, sondern in den Entscheidungsgründen an allgemeine rechtsstaatlich-demokratische Maximen erinnern, die weithin – insbesondere in den Judikaten der oberen Verwaltungsgerichte – in Vergessenheit zu geraten schienen. So z. B., daß – die Mitgliedschaft und Kandidatur für eine als verfassungsfeindlich angesehene, nicht verbotene Partei nicht schon die Ablehnung des Bewerbers mangels »Gewähr der Verfassungstreue« rechtfertigt (LAG Hannover v. 13. 6. 77, Urt. 1); – daß sich eine darauf gestützte Ablehnung bereits auf Grund des Art. 21 Abs. II GG verbietet (AG Hannover, v. 24. 2. 78, Urt. 2); – daß das inkriminierte politische Verhalten (Demonstration gegen Gaspreiserhöhung, Verkauf von Schriften des KBW) nicht per se verfassungsfeindlich ist, sondern im Gegenteil vom Grundgesetz geschützt ist (AG Oldenburg v. 14. 4. 78, Urt. 3);

¹ In beiden Prozessen, sowohl dem Oldenburger wie dem Hannoveraner Verfahren kam es nicht zu Entscheidungen im Hauptverfahren. Nachdem das beklagte Land jeweils in erster Instanz im Verfügungsverfahren unterlegen war, hatte es gegen die Verfügungsurteile Berufung eingelegt. Die hier dokumentierte Entscheidung des LAG Hannover vom 13. 6. 77 (Urt. 1) bejaht zwar ebenfalls grundsätzlich einen Einstellungsanspruch des Klägers, der auch nicht wegen mangelnder Gewähr der Verfassungstreue entfällt, kommt aber dennoch im Ergebnis zur Aufhebung der erstinstanzlichen Entscheidung des AG Hannover vom 9. 2. 1977: Es fehle an einer sinnvollen Beschäftigungsmöglichkeit für den Kläger. In der verbleibenden Zeit bis zum Auslaufen des Forschungsprojekts und damit dem Wegfall der angestrebten Stelle könne sich der Kläger nicht mehr sinnvoll einarbeiten. Nach dem Grundsatz, daß die öffentliche Hand sparsam mit ihren Finanzmitteln umgehen müsse, käme daher eine Verurteilung des Landes zur Beschäftigung des Klägers nicht in Frage. Anstelle einer Entscheidung in der Hauptsache auf Beschäftigung, die wegen Zeitablaufs (die Kläger sollten jeweils für 6 Monate eingestellt werden) ohnedies nicht mehr zur Durchsetzung des ursprünglichen Klagebegehrens hätte führen können, hat der Kläger sodann das Land auf Schadensersatz verklagt. Diesem Antrag hat das AG Hannover in der Entscheidung vom 24. 2. 1978 stattgegeben (Urt. 2), weil die verzögerliche Überprüfungspraxis zur Risikosphäre des Landes gehöre und daher auch der Wegfall einer sinnvollen Beschäftigungsmöglichkeit in der verbleibenden kurzen Zeitspanne bis zum Auslaufen des Projekts vom Land zu vertreten sei (wobei das AG das LAG Hannover explizit mit der Feststellung kritisiert, daß es nicht Zweck des § 611 BGB sei, »sinnvolle« oder »nützliche« Dienste zu erbringen – eine zutreffende Einsicht in die sozialen Verhältnisse –, so daß dem Beschäftigungsanspruch des Klägers entgegen der Ansicht des LAG Hannover hätte stattgegeben werden müssen). In dem Oldenburger Verfahren wurde auf die Berufung des Landes gegen das erstinstanzliche Urteil des AG Oldenburg vom 3. 2. 1978 (Urt. 3) durch Entscheidung des LAG Oldenburg vom 24. 5. 1978 festgestellt, daß das Verfügungsverfahren in der Hauptsache erledigt sei. Das Land war hier nämlich durch das Verfügungsurteil des AG verurteilt worden, mit dem Kläger den vorgesehenen Arbeitsvertrag abzuschließen. In der Annahme, dieses Urteil sei vorläufig vollstreckbar, tat dies das Land und entzog damit seiner eigenen Berufung den Streitgegenstand: Durch den Vertragsabschluß hatte das Land die klägerische Forderung erfüllt, so daß für eine einstweilige Regelung zur Sicherung des geltend gemachten Anspruchs kein Anlaß mehr bestand und die Berufung des Landes kostenpflichtig zurückgewiesen werden mußte. Das Land hatte übersehen, daß die Verurteilung zum Abschluß des Arbeitsvertrages – als Urteil auf Abgabe einer Willenserklärung – gemäß § 894 ZPO nicht vorläufig vollstreckbar war, so daß dem Verfügungskläger im Oldenburger Verfahren durch dies Urteil auch nicht sinnvoll hätte genützt werden können. Richtigerweise mußte der Verfügungskläger daher seinen Antrag auf Verurteilung des Landes richten, ihn bis zu einem klageabweisenden Urteil im Hauptverfahren auf der angestrebten Stelle zu beschäftigen, weil nur ein entsprechendes Urteil vorläufig vollstreckbar ist.

- daß die Ablehnung einer Distanzierung vom Programm einer politischen Partei (KBW) in der ministeriellen Anhörung einer »durchaus zulässigen Rechtsauffassung« entspricht (ebenda);
- daß die Verwertung von Verfassungsschutzkenntnissen, die über ein Jahr zurückliegen, »unzulässig sein dürfte« (AG Oldenburg v. 5. 9. 78, Urt. 4), wenn der Betroffene zwischenzeitlich im öffentlichen Dienst beschäftigt war, ohne daß es zu weiteren Beanstandungen gekommen ist.

Insbesondere der letzte Grundsatz macht deutlich, worin die politische Bedeutung dieser arbeitsgerichtlichen Entscheidungen liegt: Sie eröffnen den Betroffenen, deren Bewerbung für die Übernahme in das Beamtenverhältnis häufig mangels politischer »Eignung« sei es abgelehnt worden ist, sei es als aussichtslos erscheint, nicht nur den Zugang zum öffentlichen Dienst und damit die Chance, die erworbenen fachlichen Qualifikationen auch beruflich auszuüben und zu erhalten. Vielmehr wird damit den zu »Verfassungsfeinden« Stigmatisierten zugleich überhaupt erst die Möglichkeit gegeben, die einmal erfolgte negative Etikettierung wieder loszuwerden, ohne in einem demütigenden Kniefall (und zugleich impliziten Schuldbekennnis) politischen Überzeugungen demonstrativ abschwören zu müssen. Gewiß, auch eine solche, durch die Arbeitsgerichte eröffnete Perspektive der »politischen Rehabilitation« behält den peinlichen Beigeschmack obrigkeitsstaatlicher Gesinnungskontrolle. Angesichts der feststellbaren Tendenz nicht nur der Exekutive, sondern auch der höchstrichterlichen Verwaltungsrechtsprechung,² die Berufsverbotspraxis auch auf private Rechtsverhältnisse und Institutionen zu übertragen und damit jegliche berufliche Perspektive der Betroffenen zu zerstören, markieren sie jedoch eine beachtliche justizielle Gegentendenz.

In der Tat scheint es uns gerechtfertigt, die nachstehend dokumentierten Urteilsauszüge der Arbeitsgerichte Hannover und Oldenburg als exemplarische Beispiele und Belege für eine Tendenz der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung insgesamt³ zu charakterisieren, die in Ergebnis und Begründung deutlich der Ausuferung der politischen Treuepflicht sowie der prinzipiellen Überordnung staatlicher Loyalitätsansprüche gegenüber politischen Meinungs- und Betätigungsfreiheiten, wie sie von der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung betrieben wird, entgegentritt. Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang u. a. auf die Entscheidungen der ArbG Wetzlar⁴, Ludwigshafen⁵, Berlin⁶, Hamburg⁷, Radolfzell⁸, Lörrach⁹, München¹⁰, Düsseldorf¹¹, Aachen¹², der Landesarbeitsgerichte Berlin¹³, Bremen¹⁴, Düsseldorf¹⁵, Mainz¹⁶, München¹⁷ sowie des Bundesarbeitsgerichts¹⁸, welches sich im Kontext der höchstrichterlichen Verwaltungs- und Verfassungsgerichtsrechtsprechung ausge-

² Vgl. hierzu das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts v. 16. 2. 1978 zum Entzug der Förderungsmittel für den Ring Bündischer Jugend durch die Stadt Hamburg, in: päd. extra Sozialarbeit, H. 12 1978 S. 44 f. mit einer Anmerkung von Th. Blanke / U. Stascheit, a. a. O., S. 46 f.

³ Vgl. hierzu auch die kurze Skizze dieses Phänomens bei N. Paech, H. Altendorf, DuR 4/78, 414 ff., 416 f.

⁴ KJ 1/73, 94 ff.

⁵ KJ 1/75, 101 ff.

⁶ KJ 3/75, 306 ff. und KJ 1/76, 103 ff.

⁷ DuR 2/77, 221 ff.

⁸ Nach: FR v. 4. 10. 78.

⁹ Urt. v. 11. 9. 78, Az: Ca 3 GA 3/78.

¹⁰ Urt. v. 26. 7. 78, Az: 24 Ca 4997/78.

¹¹ Urt. v. 1. 8. 78, Az: 1 Ca 2921/78.

¹² Urt. v. 18. 5. 78, Az: 4 Ca 389/78.

¹³ KJ 3/75, 306 ff.

¹⁴ DuR 2/74, 217 f.; DuR 1/78, 106 ff. = NJW 78, 910.

¹⁵ Urt. v. 24. 5. 78, Az: 19 Sa 30/78.

¹⁶ Nach: FR v. 13. 10. 78.

¹⁷ DuR 2/77, 219 f.

¹⁸ NJW 76, 1709.

sprochen liberal ausnimmt. Aufsehen erregte jüngst die Entscheidung des Arbeitsgerichts Freiburg¹⁹, nach der der aus dem Beamtenverhältnis wegen seiner Mitgliedschaft in der DKP entlassene Sonderschullehrer Faller nunmehr vom Land Baden-Württemberg als Lehrer im Angestelltenverhältnis beschäftigt werden muß. Und selbst das Nachrichtenmagazin »Der Spiegel« spricht, gestützt auf Entscheidungen der Arbeitsgerichte Köln, Düsseldorf, Aachen und Arnsberg davon, daß die Arbeitsgerichte »einen Ausweg aus der fragwürdigen Radikalen-Rechtsprechung . . . weisen (können)«²⁰. Ironischerweise hatten die Länderregierungen selbst die Voraussetzung dafür geschaffen, daß die Arbeitsgerichte ihren »Widerspruch zur einhelligen Rechtsprechung in der Verwaltungsgerichtsbarkeit«²¹ offenkundig machen konnten, indem sie angesichts der sogenannten »Lehrerschwemme« in den vergangenen Jahren zunehmend dazu übergegangen waren, angehende Pädagogen zunächst im Angestelltenverhältnis zu beschäftigen. Damit änderte sich der Rechtsweg; und wie es scheint nutzen die Arbeitsgerichte überwiegend die ihnen damit zugefallene Chance, den politischen Freiheitsrechten des Einzelnen Vorrang vor einem umfassenden Treueverlangen des öffentlichen Arbeitgebers einzuräumen. Die stärkere Orientierung der Arbeitsgerichte an rechtsstaatlich-demokratischen Verfahrensweisen und Prinzipien, ihre vergleichsweise restriktive Auslegung der politischen Treuepflicht (inklusive ihrer Distanz zu Argumentationsfiguren wie »Staatstreue« oder »Verfassungsfeindlichkeit«) ist erklärungsbedürftig. Besonders nahe zu liegen scheint die Vermutung, daß die offensichtlichen Differenzen zwischen der arbeitsgerichtlichen und der herrschenden²² verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung darauf zurückzuführen seien, daß politisch engagierte, nicht lediglich normativ-juristisch, sondern auch sozialwissenschaftlich-kritisch reflektierende jüngere Juristen sich in den vergangenen Jahren vermehrt um eine Anstellung als Arbeitsrichter beworben hätten und auch eingestellt worden wären. Die Charakteristika der arbeitsgerichtlichen Berufsverbotsrechtsprechung seien also auf eine spezifisch politische Rekrutierung der Arbeitsgerichte zurückzuführen. Diese Hypothese ist gewiß nicht generell von der Hand zu weisen: Sozial engagierte Juristen mögen auf Grund des dort thematischen Konflikts zwischen Lohnarbeit und Kapital eher zu einer Anstellung bei den Arbeitsgerichten als etwa bei der Staatsanwaltschaft oder den Zivilgerichten neigen.²³ Empirisch belegt ist ein derartiger Trend freilich

19 Urt. v. 29. 11. 78, Az: 3 Ca 442/78. Vgl. hierzu den Bericht in FR v. 1. 12. 78.

20 Der Spiegel, Nr. 37/1978 v. 11. 9. 78, S. 27.

21 So der nordrhein-westfälische Wissenschaftsminister Rau nach: Der Spiegel, a. a. O.

22 Die Einheitlichkeit der kontinuierlich verschärften Radikalenrechtsprechung der Verwaltungsgerichtsbarkeit mußte häufig gegen den Widerstand der Untergerichte erst von den Oberverwaltungsgerichten und dem Bundesverwaltungsgericht durchgesetzt werden. Vgl. z. B. das Urt. des VG Neustadt/Weinstraße vom Februar 1973 (auszugsweise zit. in: H. Baethge, E. Roßmann, Der Kampf gegen das Berufsverbot, Dokumentation der Fälle und des Widerstandes, Köln 1973) im Berufsverbotsverfahren gegen Anne Lenhard, aufgehoben durch Urt. des OVG Koblenz und schließlich des BVerwG vom 5. 2. 1975; ebenso entschied das VG Kassel im Berufsverbotsverfahren gegen Silvia Gingold mit Urt. vom 12. 5. 76 (DuR 4/76, 438 ff) zugunsten der Klägerin, aufgehoben durch Urt. des Hess. VGH v. 27. 7. 77 (Az: I OE 65/76, teilweise abgedruckt in: DVBl 77, 828); auch im Verfahren gegen Charlotte Nieß hatte die Klägerin zunächst vor dem VG München (Urt. v. 13. 10. 76, DuR 1/77, 93 ff.) mit ihrer Klage Erfolg. Wiederum entschied die nächsthöhere Instanz zugunsten der Exekutive: Bayer VGH, Urt. v. 25. 11. 77 (Az. 222 III/77) vgl. dazu G. Frankenberg, Der Verwaltungsrechtsstreit als Parteiordnungsverfahren, KJ 3/1978, 310 ff. Die Entwicklung der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung in Berufsverbotsverfahren insgesamt ist dargestellt in dem Gutachten von Thomas Blanke für die erste Sitzung des Russell-Tribunals vom 29. 3. 78–2. 4. 78, auszugsweise veröffentlicht in: 3. Internationales Russell-Tribunal Zur Situation der Menschenrechte in der Bundesrepublik, Bd. 1, Berlin 1978, S. 143 ff.; vgl. auch KJ 1/78, 75–97.

23 Diese Vermutung legen z. T. die verwendeten sozialwissenschaftlichen und ökonomischen Argumentationsmuster einiger Arbeitsgerichtsurteile nahe, die jüngst die Aussperrung für rechtswidrig erklärt haben. Allerdings zeigt sich gerade in dieser Frage, daß die gewerkschaftliche Rechtsauffassung nur von einem geringen Teil der Arbeitsgerichte geteilt wird. Vgl. hierzu die Dokumentation von R. Erd in KJ 4/78 S. 404 ff., insbesondere die Auszüge aus den Urteilen des AG Lörrach und des AG Frankfurt.

nicht und uns ist nicht bekannt, daß eine solche personelle Konstellation für die Arbeits- und Landesarbeitsgerichte Hannover oder Oldenburg charakteristisch wäre. Schon gar nicht scheint es realistisch anzunehmen, daß dieser Trend die Mehrzahl der Arbeitsgerichte bis hin zum Bundesarbeitsgericht ergriffen hätte mit der Folge der Etablierung einer dominanten, progressiv-liberalen Rechtsprechung. Wir müssen uns daher nach zusätzlichen Erklärungsfaktoren für dies Phänomen umsehen.

Jeder Versuch, Begründungen für diese »eigensinnige« Rechtsprechung der Arbeitsgerichte in Berufsverbotssachen zu finden, ist zunächst mit dem Handicap belastet, nicht unter der Hand eine Autonomie dieser Gerichte zu hypostasieren. Als Zweig der Justiz sind auch die Arbeitsgerichte Bestandteil des staatlichen Integrations- und Repressionsapparats, dessen normativ-legitimatischer Bezugspunkt die Verfassung ist. Gleichwohl – und dies scheint uns entscheidend – sind sie im Unterschied zu den Verwaltungs- und Strafgerichten weniger staatsbezogen ausgerichtet: Objektiv haben es die Arbeitsgerichte infolge der funktionalen und strukturellen Innendifferenzierung des Justizsystems typischerweise mit anderen Adressaten, anderen Konflikten, daher auch unterschiedlichen Handlungsimperativen, Entscheidungszwängen sowie dogmatischen Systematisierungs- und Konsistenzgeboten zu tun als die staatliche Verwaltung und die Verwaltungsgerichte. Während diese an den im engeren Sinne staatlich-hoheitlichen Handlungsimperativen und Legitimationsbedürfnissen orientiert sind und eine Affinität zur repressiv-administrativen Regelung von Konflikten (daher eine verständliche, weil entlastende Vorliebe für autoritär-staatliche Argumentationsfiguren wie »übergesetzlicher Notstand«, Gemeinwohlvorbehalt, Effektivität staatlichen Handelns, Staatsstreue versus Staatsfeindlichkeit etc.) haben, staatlicher Autorität unmittelbar zum Durchbruch verhelfen, werden die Arbeitsgerichte in den gesellschaftlich-ökonomischen Konflikten zwischen Lohnarbeit und Kapital tätig, haben sie die Funktion als Schlichter in privatrechtlichen Streitigkeiten. Wenn auch die Streitentscheidungen der Arbeitsgerichte generell auf Integration und einen möglichst störungsfreien Verlauf des Verwertungsprozesses gerichtet sind, so bleiben sie dennoch dem Druck antagonistischer Interessen ausgesetzt, deren Kräfteverhältnis allzu eilfertig-repressive Lösungen als zu prekär erscheinen läßt. Insofern können sich Arbeitsgerichte weniger leicht durch staatsmetaphysische Erwägungen oder durch den Rückgriff auf Meta-Grundrechte des Staates legitimatorisch entlasten. Sie müssen vielmehr in ihrer Spruchpraxis subtilere Integrationstechniken entwickeln, durch die Einhaltung rechtsstaatlicher Verfahren und Argumentationstechniken den Eindruck aufrechterhalten und bestärken, die Arbeitsgerichtsbarkeit als staatliche Agentur sei neutrale, nicht parteiische Schlichtungsinstanz, und garantieren, daß die private Interessenverfolgung vermittle der privatrechtlichen Verkehrsformen als gerechtfertigt und aussichtsreich erscheint.

Diese vom juristischen Gegenstand und der sozialen Interessen – wie Konfliktstrukturen her erforderte Orientierung der Arbeitsgerichte an den strengeren formalrationalen Formen der zivilrechtlichen wie zivilprozessualen Dogmatik war freilich immer schon gebrochen durch den Einbruch genuin öffentlichrechtlicher Ordnungsformeln (wie Gemeinwohl, Sozialadäquanz und Verhältnismäßigkeit) und vorbürgerlicher Gemeinschaftsethiken (wie Treue und Fürsorge), mit denen der Sprengsatz der antagonistischen Interessenlage der Produzenten ideologisch überzüncht und der Konflikt rechtsstrategisch entschärft wurde.²⁴ Insbesondere die

²⁴ Bereits für die Weimarer Republik hatte Otto Kahn-Freund in seiner berühmten Studie »Das soziale Ideal des Reichsarbeitsgerichts« die Übereinstimmung der herrschenden arbeitsgerichtlichen Rechtspre-

historische Erfahrung aus der Zeit des Nationalsozialismus hat jedoch gezeigt, daß dieser Angriff auf die formale Rationalität des zivilrechtlichen, privaten Interessenausgleichs die Legitimationsbasis der bürgerlichen Gesellschaft eminent gefährden kann: Wo die Arbeitsgerichtsrechtsprechung vollends zum zivilrechtlichen Vollstrecker staatlicher Ordnungsvorstellungen degeneriert, kompromittiert sie zugleich mit den formell freien, privatautonomen Verkehrsformen den sozialen und ökonomischen Funktionsmechanismus der bürgerlichen Gesellschaft. Darin sind sich alle Kritiker der nationalsozialistischen Rechtsprechung bei aller Divergenz ihrer politischen Positionen²⁵ durchaus einig – und eben auf denselben Kernpunkt, nämlich den Einfluß unausgewiesener und demokratisch nicht legitimierter Ordnungsvorstellungen, zielt auch die insoweit gemeinsame Kritik von liberalen und linken Arbeitsrechtlern²⁶ an der Rechtsprechung des BAG, eine Gegenposition, die in den letzten Jahren zunehmend an Einfluß gewonnen hat.

Der autoritären Politisierung des Arbeitsrechts, so lassen sich unsere Überlegungen zusammenfassen, sind daher Grenzen gesetzt. Dies gilt insbesondere im zivilrechtlich durchrationalisierten Individualarbeitsrecht. Daraus mag sich der Widerstand zahlreicher Arbeitsrichter gegenüber einer von der Exekutive zugemuteten Rechtsentwicklung erklären, die die Gewähr der beamtenrechtlichen Treuepflicht und damit staatspolitischen Loyalität zur zivilrechtlich beachtlichen »verkehrswesentlichen Eigenschaft« der Ware Arbeitskraft i. S. des § 119 Abs. 2 BGB überhaupt macht. Der Skandal der autoritären Transformation der Demokratie wird stets dann besonders deutlich, wenn sich dieser Prozeß ungebrochen ins Zivilrecht fortsetzt und damit totalitäre Züge annimmt.²⁷ Es hat den Anschein, daß den Arbeitsgerichten in der Bundesrepublik die Sensibilität für diese politische Gefahr nicht verloren gegangen ist.

Thomas Blanke / Günter Frankenberg

chung mit dem faschistischen Sozialideal konstatiert (in: Abhandlungen zum Arbeitsrecht, 7. Heft, Mannheim/Berlin/Leipzig 1931, wieder abgedruckt in: T. Ramm, Arbeitsrecht und Politik, Neuwied/Berlin 1966, S. 149 ff.).

Kahn-Freund bezieht diese Kennzeichnung auf die Sozialprogrammatik des italienischen Faschismus, die keineswegs ineingesetzt werden darf mit der nationalsozialistischen Terrordiktatur gegenüber dem Proletariat. F. Neumann (vgl. Anm. 25) hat gezeigt, daß in Deutschland das Rechtssystem insgesamt aufgelöst wurde.

- 25 Exemplarisch seien als Beispiele für die Gemeinsamkeit dieses Aspekts der Kritik an der nationalsozialistischen Arbeitsrechtsprechung folgende Arbeiten genannt: Die des konservativen Arbeitsrechtlers Bernd Rührers, (Die unbegrenzte Auslegung, Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus, Tübingen 1968), die des liberalen Öffentlichrechtlers Michael Stolleis, (Gemeinwohlformeln im nationalsozialistischen Recht, Berlin 1974) und schließlich die des sozialistischen Arbeitsrechtlers Franz Neumann, (Behemoth, Struktur und Praxis des Nationalsozialismus 1933–1944, Köln-Ffm. 1977).
- 26 Vgl. etwa die Kritik an der BAG-Rechtsprechung von T. Ramm (Der Arbeitskampf und die Gesellschaftsordnung des Grundgesetzes, Stuttgart 1965) und von R. Wiethölter (Rechtswissenschaft, Ffm. 1968) einerseits und von W. Abendroth (Streik und Verfassungsrecht in der modernen Demokratie, in: Sultan/Abendroth, Bürokratischer Verwaltungsstaat und soziale Demokratie, Hannover/Frankfurt a. M. 1955 S. 73 ff.) und W. Däubler (Das soziale Ideal des Bundesarbeitsgerichts, Frankfurt/Köln, 1975) andererseits.
- 27 Erinnert sei hier als Beispiel an das Aufsehen (und Erschrecken), welches die Nichtanerkennung einer auf Werkvertragsbasis erstellten Forschungsarbeit als »vertragsgemäße Leistung« zur Folge hatte, die unabhängig von jeglicher wissenschaftlicher Auseinandersetzung mit dieser Arbeit allein deshalb erfolgte, weil die betreffende Wissenschaftlerin – nach Fertigstellung und Abnahme der Arbeit – einen Wahlauftritt für eine als verfassungsfeindlich angesehene, aber nicht verbotene Partei unterzeichnet hatte. Damit habe sie nämlich »ihr Werk nachträglich unbrauchbar gemacht«, LG Berlin, Urt. v. 26. 1. 1976, NJW 77/251 f. vgl. hierzu den Kommentar von Eike Schmidt in DuR 1/1977 S. 55 ff.

II. AUSZÜGE AUS ARBEITSGERICHTLICHEN URTEILEN IN BERUFSVERBOTSVERFAHREN

1. Urteil des Landesarbeitsgerichts Niedersachsen vom 13. 6. 77 – Az: 2 Sa 23/77

»Bei der Entscheidung kann mit dem Bundesarbeitsgericht davon ausgegangen werden, daß in besonderen Fällen der Anspruch auf Einstellung und Beschäftigung im Öffentlichen Dienst unmittelbar auf Art. 33 Abs. 2 GG gestützt werden kann (BAG, Urteil vom 31. März 1976 – 5 AZR 104/74 –). Nach dieser Bestimmung hat jeder Deutsche nach seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amte. Nach Wortlaut, Sinn und Zweck der Bestimmung gilt Art. 33 Abs. 2 GG als unmittelbar anwendbares Recht für den gesamten Öffentlichen Dienst und nicht nur für die Ämter mit hoheitsrechtlichen Befugnissen. Entsprechend dem Anliegen des Art. 33 Abs. 2 GG, verfassungswidrige Unterscheidungen zu verbieten, kann der Bewerber aber grundsätzlich nur verlangen, daß eine den in der Verfassung festgelegten Gesichtspunkten entgegenstehende Ablehnung aufgehoben und der Bewerber erneut beurteilt wird. Lediglich unter ganz besonderen Umständen kann sich aus Art. 33 Abs. 2 GG darüber hinaus ein Einstellungsanspruch des Bewerbers ergeben, wenn sich nämlich nach den Verhältnissen im Einzelfall jede andere Entscheidung als die Einstellung gerade dieses Bewerbers als rechtswidrig oder ermessensfehlerhaft erweist. Daß der Kläger die rein fachlichen Voraussetzungen für die angestrebte Stelle als wissenschaftlicher Mitarbeiter im Teilprojekt Forschungsplanung des Sonderforschungsbereichs 79 von allen Bewerbern am besten erfüllt und daß sich die Beklagte durch das Schreiben des für die fachliche Beurteilung zuständigen Teilprojektleiters vom 24. September 1976 insoweit bereits festgelegt hat, hat das Arbeitsgericht treffend dargetan. – Bei der Entscheidung kann hier weiter davon ausgegangen werden, daß der Kläger auch die erforderlichen charakterlichen Eigenschaften und die Bereitschaft besitzt, der für die begehrte Stelle notwendigen politischen Treuepflicht zu genügen. Denn gegen die Verfassungstreue des Klägers sind keine durchgreifenden Bedenken vorgebracht worden. Die bloße Mitgliedschaft und Kandidatur für die DKP und den MSB-Spartakus reichen dafür allein nicht aus (Vgl. BAG, a. a. O.).«

[...]

2. Urteil des Arbeitsgerichts Hannover vom 24. 2. 1978 – Az: 5 Ca 515/77

»Der Kläger hat gegenüber dem beklagten Land in entsprechender Anwendung des § 325 BGB einen Schadensersatzanspruch, der darin begründet ist, daß das Land mit dem Kläger trotz bestehenden Einstellungsanspruches für die Zeit vom 1. 11. 1976 bis zum 30. 6. 1977 einen Arbeitsvertrag nicht abgeschlossen und den Kläger – mit Ausnahme von 6 Wochen – nicht beschäftigt hat.«

[...]

»Der Kläger hatte jedoch gegenüber dem Land einen Einstellungsanspruch nach Artikel 33 Abs. 2 GG, da nach dem zwischen den Parteien unstreitigen Sachverhalt jede andere Entscheidung als die Einstellung des Klägers ermessensfehlerhaft und somit rechtswidrig war. [...] Das beklagte Land, das den Kläger unter mehreren Bewerbern als den fachlich qualifiziertesten ausgesucht hat, konnte dessen Einstellung nicht wegen angeblicher Zweifel an dessen Verfassungstreue ablehnen. Nach dem diesbezüglichen Vortrag beider Parteien und den zu den Gerichtsakten gereichten Unterlagen bestanden nämlich gegen die Einstellung des Klägers keinerlei Bedenken, die eine Ablehnung der Einstellung hätten rechtfertigen können. Nach den der Anhörkommission laut deren Schreiben vom 3. 1. 1977 vorliegenden Informationen kandidierte der Kläger für die DKP bei den Kommunalwahlen im Jahre 1973 und im Jahre 1976 in Niedersachsen. Ferner kandidierte er für den MSB-Spartakus bei den Studentenratswahlen an der Universität Göttingen im November 1972 und im Januar 1974. Aufgrund dieser Tatsachen und einiger im Schreiben vom 3. 1. 1977 erwähnter Publikationen ist die Anhörkommission davon ausgegangen, daß der Kläger Mitglied der DKP und des MSB-Spartakus sei. Unterstellt man diese Schlußfolgerungen als zutreffend, so ist gleichwohl nicht ersichtlich, weshalb aufgrund dieser »Erkenntnisse« Zweifel bestehen, ob der Kläger die Gewähr dafür bietet, jederzeit für die freiheitliche demokratische Grundordnung im Sinne des Grundgesetzes einzutreten. Denn die bloße Zugehörigkeit zu einer nicht verbotenen Partei läßt nicht den Schluß zu, daß sich ein Bürger nicht zur demokratischen Staatsordnung bekennt (so auch: LAG Bremen, NJW 1978, 910 f.). Eine solche Schlußfolgerung verbietet sich bereits aufgrund des in Artikel 21 Abs. 2 GG statuierten Parteienprivilegs. Infolgedessen reichen bloße Hinwei-

se auf »Erkenntnisse« und auf eine Mitgliedschaft und Kandidatur für die DKP nicht aus (vergleiche: BAG AP Nr. 83 zu § 1 KSchG; BAG NJW 1976, 1708, 1712; Arbeitsgericht Ludwigshafen, Kritische Justiz 1976, 423 ff. = Arbeit und Recht 1976, 346). Zur Begründung von Zweifeln an der Eignung eines Bewerbers bedarf es vielmehr des Nachweises, daß der betreffende Bewerber selbst sich gegen die freiheitlich demokratische Grundordnung betätigt hat. Derartige Aktivitäten des Klägers werden jedoch selbst von dem beklagten Land nicht behauptet. Es ist des weiteren nicht ersichtlich, inwieweit das geschilderte politische Engagement des Klägers, das den grundgesetzlichen Schutz nach Artikel 5 Abs. 1, 9 Abs. 1, 21 GG genießt, konkreten Einfluß auf seine Forschungstätigkeiten im Teilprojekt Z 2 im Rahmen des Sonderforschungsbereichs 79 hätte haben können. Selbst wenn man die im Schreiben der Geschäftsstelle der Anhörkommission vom 3. 1. 1977 erwähnten Tatsachen als wahr unterstellt, ergeben sich hieraus keine Zweifel an der Eignung des Klägers, die dessen Ablehnung hätten rechtfertigen können.

Das beklagte Land hat die aus dem Einstellungsanspruch des Klägers folgende Rechtspflicht verletzt, mit dem Kläger einen Arbeitsvertrag für die Zeit vom 1. 11. 1976 bis zum 30. 6. 1977 abzuschließen. Zwar kann der Kläger, der seine Arbeitskraft dem Land gegenüber rechtzeitig angeboten hat, Vergütungsansprüche aus Annahmeverzug gem. § 615 BGB nicht geltend machen, da ein – in dieser Bestimmung vorausgesetzter – Arbeitsvertrag zwischen den Parteien nicht zustandegekommen ist. Der Kläger hat jedoch gegenüber dem beklagten Land einen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung in analoger Anwendung des § 325 Abs. 1 Satz 1 BGB. Die durch den Einstellungsanspruch des Klägers zwischen den Parteien geschaffenen Rechtsbeziehungen sind als ein – unmittelbar durch Artikel 33 Abs. 2 GG geschaffenes – gesetzliches Schuldverhältnis anzusehen, auf das die Unmöglichkeitsregeln des allgemeinen Schuldrechtes (§§ 323 ff. BGB) entsprechende Anwendung finden (vgl. auch: rechtskräftiges Schlußurteil des Arbeitsgerichts Hannover vom 5. 7. 1977 – 2 Ca 261/76 –, das in einem ähnlichen Fall die Verletzung einer einseitigen vertraglichen Verpflichtung annimmt und zu einer Schadensersatzpflicht nach § 280 BGB gelangt).

Die dem beklagten Land obliegende Leistung, dem Kläger den Abschluß eines Arbeitsvertrages anzubieten und ihn vom 1. 11. 1976 bis 30. 6. 1977 als wissenschaftlichen Angestellten zu beschäftigen, ist aus vom Land zu vertretenden Umständen unmöglich geworden. Der das beklagte Land vertretende Kanzler der TU Hannover hat nämlich das Anerbieten des Klägers, am 1. 11. 1976 seine Tätigkeit aufzunehmen, abgelehnt, weil dessen politische Einstellung noch überprüft werden sollte. Das beklagte Land kann sich nicht darauf berufen, daß es für die verzögerliche – und letztlich dann nicht durchgeführte – Überprüfung des Klägers nicht verantwortlich sei. Dies ergibt sich bereits daraus, daß die beim Innenministerium ressortierende Anhörkommission eine Behörde des Landes Niedersachsen ist, ihr Handeln mithin dem beklagten Land zuzurechnen ist. Selbst wenn man jedoch den Kanzler der TU Hannover – als Arbeitgeber des Klägers – und die Anhörkommission – als Gremium zur Prüfung der politischen Eignung – als verschiedene Rechtsträger ansieht, hat das beklagte Land ein verzögerliches Handeln oder gar Untätigbleiben der Anhörkommission sich zurechnen zu lassen. Der Kanzler bediente sich nämlich bei der Einschaltung der Anhörkommission dieser Behörde für Zwecke, die seinem Gefahrenbereich zuzuordnen sind. Zwar mag es sinnvoll sein, zur Feststellung der politischen Eignung von Bewerbern sich derartiger, aus dem eigenen Einflußbereich ausgegliederter Behörden zu bedienen. Sofern jedoch der Kanzler der TU Hannover als Arbeitgeber zur Einstellung eines bestimmten Bewerbers zu einem bestimmten Zeitpunkt verpflichtet ist, hat er selbst dafür Sorge zu tragen, daß das Verfahren zur Feststellung der politischen Eignung rechtzeitig und fristgerecht vor dem in Aussicht genommenen Arbeitsbeginn abgeschlossen ist.«

[...]

»Da ein Einstellungsanspruch des Klägers zum 1. 11. 1976 bestand, hätte der das Land vertretende Kanzler der TU Hannover sich um eine umgehende Entscheidung der Anhörkommission bemühen müssen. Die Kammer ist insoweit der Auffassung, daß dem beklagten Land in Fällen der vorliegenden Art eine Frist von allenfalls 4 Wochen zur Überprüfung der politischen Eignung des Bewerbers zuzubilligen ist. Sofern die beim Niedersächsischen Minister des Innern gebildete Anhörkommission wegen Arbeitsüberlastung in diesem Zeitraum eine Überprüfung nicht durchführen kann, wäre es ggfs. Sache der zuständigen Landesbehörden, durch geeignete Schritte, z. B. die Einrichtung weiterer Anhörkommissionen, ein angemessen zügiges, die existentiellen Interessen der Bewerber hinreichend berücksichtigendes Überprüfungsverfahren zu gewährleisten. Das beklagte Land war aufgrund des Antwortschreibens des Klägers vom 29. 9. 1976, dem Land etwa am 30. 9. 1976 zugegangen, instande, während des gesamten Monats Oktober 1976 das Überprüfungsverfahren durchzuführen.«

[...]

»Das beklagte Land hatte mithin mehr als 4 Wochen vor dem in Aussicht genommenen Einstellungstermin Gelegenheit, die politische Überprüfung des Klägers durchführen zu lassen. Die nicht rechtzeitige Einleitung dieses Verfahrens ist von dem Land ebenso zu vertreten, wie die auf einen Zeitpunkt nach geplantem Arbeitsbeginn erfolgte Terminierung zur Anhörung durch die Anhörkommission. Schließlich ist dem Land im Sinne des § 325 Abs. 1 Satz 1 BGB auch zuzurechnen, daß die Anhörkommission gerade auf Veranlassung der TU Hannover den Anhörungstermin am 19. 1. 1977 ergebnislos abgebrochen hat.«
[...]

3. Urteil des Arbeitsgerichts Oldenburg vom 14. 4. 1978 – Az: 4 (2) Ca 17/78

»Für den einzelnen Bewerber ergeben sich aus Artikel 3 III GG gerichtlich durchsetzbare Rechte, die sich dann, wenn nach den konkreten Umständen jede andere Entscheidung als die Einstellung des betreffenden Bewerbers rechtswidrig oder ermessensfehlerhaft wäre, zu einem Einstellungsanspruch verdichten können. (Näheres dazu BAG, Urteil vom 31. März 1976, NJW 1976, 1708). Diese Situation ist im vorliegenden Fall, nach dem Parteivortrag zu urteilen, gegeben:

Da die fachliche Eignung des Klägers außer Zweifel steht und andere geeignete Bewerber nicht vorhanden sind, käme eine Ablehnung des Klägers nur dann in Betracht, wenn der Kläger im Hinblick auf die mit dem angestrebten Amt verbundene Treuepflicht ungeeignet wäre.

aa) Wie jeder andere Arbeitnehmer auch, schuldet der Angestellte im öffentlichen Dienst seinem Arbeitgeber Loyalität. Mit dieser Grundpflicht eines jeden Arbeitnehmers wäre es unvereinbar, wenn der Kläger das beklagte Land und seine Verfassungsorgane in unangemessener Weise angreifen, verächtlich machen oder beschimpfen würde. Daß er sich so verhalten würde, wird zwar in dem Schreiben des niedersächsischen Ministers für Wissenschaft und Kunst vom 29. September 1977 implizit behauptet, ist jedoch in keiner Weise durch Tatsachen begründet worden. Auch das Schreiben des Innenministers vom 11. November 1976 enthält nicht die Behauptung, daß der Kläger derartige Verhaltensweisen in der Vergangenheit an den Tag gelegt hat. Es sind deshalb keinerlei Anhaltspunkte dafür ersichtlich, daß er sie während der ohnehin kurzen Dauer des erstrebten Arbeitsverhältnisses an den Tag legen wird.

bb) Spezifisch politische Treue kann Angestellten, da Artikel 33 V GG, aus dem das Bundesverfassungsgericht für Beamte eine politische Treuepflicht abgeleitet hat, auf die Rechtsverhältnisse der Angestellten nicht anzuwenden ist (Bundesverfassungsgericht NJW 1954, 27), nicht ohne weiteres abverlangt werden. Nach der Rechtsprechung des BAG ist vielmehr entsprechend der jeweiligen Aufgabe und Funktion zu differenzieren (BAG, Urteil vom 31. März 1976, NJW 1976, 1709). Wie das BAG a. a. O. ausgeführt hat, gibt es innerhalb der staatlichen Verwaltung im weiteren Sinne zahlreiche Aufgaben, die auch Bewerbern anvertraut werden können, die das einem Beamten abzuverlangende Maß an politischer Treue nicht aufbringen können, für die es andererseits aber auch wegen der jeweils geschuldeten Arbeitsleistung auf die gesteigerte politische Treuepflicht nicht ankommt. Generell sind ähnliche Maßstäbe anzulegen wie im Kündigungsrecht. Gekündigt werden darf wegen einer politischen Meinungsäußerung oder Betätigung nur, wenn das Arbeitsverhältnis konkret berührt wird. Wirken sich die politische Einstellung oder das Verhalten des Arbeitnehmers dagegen nicht im Betrieb aus, dürfen diese Umstände nicht herangezogen werden. Entsprechend kann die Einstellung nur abgelehnt werden, wenn die Besorgnis gerechtfertigt ist, daß die politischen Aktivitäten des Bewerbers die ordnungsgemäße Erbringung der arbeitsvertraglich geschuldeten Leistung beeinträchtigen werden.

Zu ähnlichen Ergebnissen führt die Interpretation des Artikels 33 II GG selbst. Der Begriff der Eignung darf nicht so extensiv ausgelegt werden, daß dadurch die Diskriminierungsverbote des Artikels 33 III GG und des Artikels 3 III GG aus den Angeln gehoben werden. Der potentielle Konflikt zwischen dem Grundsatz, daß der Staat ungeeignete Bewerber von öffentlichen Ämtern ausschließen darf, und den Diskriminierungsverboten ist vielmehr nach dem Grundsatz der praktischen Konkordanz (vgl. dazu Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 2. Auflage, S. 28 f.) so zu lösen, daß beides zu optimaler Wirksamkeit gelangen kann. Es ist der nach beiden Seiten hin schonendste Ausgleich zu suchen. Dieser Ausgleich besteht nach Ansicht des erkennenden Gerichts darin, die politische Komponente des Eignungsbegriffs auf das Minimum zu beschränken, das für die Funktionsfähigkeit des öffentlichen Dienstes unerlässlich ist. Da die Funktionsfähigkeit des öffentlichen Dienstes hinreichend gesichert ist, wenn die Arbeitsverhältnisse nicht zu verfassungsfeindlichen Aktivitäten mißbraucht werden, kann der Begriff der Eignung im Sinne des

Artikels 33 II GG in politischer Hinsicht nur die Bereitschaft umfassen, den Mißbrauch des Arbeitsverhältnisses für verfassungsfeindliche Aktivitäten zu unterlassen.

Da der Kläger eine reine Forschungstätigkeit in einem Bereich anstrebt, der in keiner Weise sicherheitssensitiv ist, kann ihm schon auf der Basis der BAG-Rechtsprechung keine gesteigerte politische Treue abverlangt werden. Zwar meint das beklagte Land, für einen wissenschaftlichen Angestellten sei das gleiche Maß an politischer Treue zu fordern wie von den Beamten. Ein Rechtssatz dieses Inhalts läßt sich jedoch aus den oben dargelegten Grundsätzen nicht ableiten. Die Begründung des beklagten Landes, daß den wissenschaftlichen Angestellten auf Grund ihrer Position eine besondere Verantwortung obliege, vermag nicht zu überzeugen. Mit demselben Argument könnte man von nahezu allen Beschäftigten des öffentlichen Dienstes das gleiche Maß an politischer Treue wie von den Beamten fordern; denn der großen Mehrzahl dieser Beschäftigten obliegt auf Grund ihrer Position eine je besondere Verantwortung – den Müllmännern für die öffentliche Hygiene, den Arbeitern des Winterdienstes für die Sicherheit der Straßen, den Krankenschwestern für das Wohl der Patienten usw. Daß von allen diesen Bediensteten die politische Treue eines Beamten gefordert werden muß, wird jedoch auch das beklagte Land nicht behaupten wollen.

Überzeugende Gründe dafür, daß die Untersuchung der Ausbreitung von Schall mit wissenschaftlichen Methoden nur Personen anvertraut werden kann, die diesen Staat zu tragen in besonderem Maße bereit sind, sind nicht ersichtlich. Der Kläger ist deshalb für die von ihm begehrte Stelle schon dann als in politischer Hinsicht geeignet anzusehen, wenn anzunehmen ist, daß er das Arbeitsverhältnis nicht für verfassungsfeindliche Aktivitäten mißbrauchen wird. Daß insoweit Zweifel am Platze sind, hat das beklagte Land nicht schlüssig dargelegt. Die im Schreiben des Innenministers vom 11. November 1976 zitierten »Erkenntnisse« rechtfertigen, ihre Richtigkeit unterstellt, für sich genommen nicht schon die Annahme, daß sich der Kläger in der Vergangenheit verfassungsfeindlich betätigt hat. Die Beteiligung an einer Demonstration gegen die Erhöhung von Gaspreisen kann auf keinen Fall als verfassungsfeindliche Aktivität gewertet werden. Auch das öffentliche Anbieten von KBW-Schriften ist nicht per se eine verfassungsfeindliche Aktivität. Daß unter den vom Kläger am 10. und 17. Juli 1976 angebotenen Schriften solche verfassungsfeindlichen Inhalts waren, ist nicht vorgetragen und erst recht nicht substantiiert worden. Angaben darüber, welche konkreten Tätigkeiten der Kläger als 1. Sekretär der GUV entwickelt hat, fehlen, weshalb auch insoweit verfassungsfeindliche Aktivitäten nicht schlüssig dargetan sind.«

[. . .]

»Da nach alledem ein Mißbrauch des Arbeitsverhältnisses für verfassungsfeindliche Aktivitäten nicht zu befürchten ist, kann dem Kläger die Eignung für die begehrte Stelle nicht abgesprochen werden. Sie kann ihm insbesondere nicht mit der Begründung abgesprochen werden, daß er sich im Anhörungsverfahren nicht vom Programm des KBW distanziert habe. Der Kläger hat sich bei der Anhörung auf den Standpunkt gestellt, daß die Mitgliedschaft in einer nicht verbotenen politischen Partei oder Gruppierung bei der Entscheidung über die Einstellung eines Bewerbers in den öffentlichen Dienst keine Rolle spielen dürfe, und aus diesen prinzipiellen Erwägungen heraus abgelehnt, Angaben über sein Verhältnis zu politischen Organisationen zu machen. Die Rechtsauffassung, an der sich der Kläger orientierte, wird selbst in Kreisen des Bundesverfassungsgerichts vertreten (vgl. die abweichende Meinung des Richters Dr. Rupp zu der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 22. Mai 1975, abgedruckt in NJW 1975, 1650 f.). Daraus, daß er sie im Anhörungsverfahren zur Richtschnur seines Verhaltens machte, lassen sich Bedenken gegen seine Verfassungstreue nicht herleiten. Dies gilt um so mehr, als der Kläger, wie aus der Stellungnahme der Anhörungskommission hervorgeht, seine Bereitschaft erklärt hatte, die Erklärung nach Ziffer 2.2 des Beschlusses des Landesministeriums vom 10. Juli 1972 abzugeben, die das Bekenntnis zur freiheitlich demokratischen Grundordnung enthält.

cc) Der Einstellung des Klägers steht auch § 8 I 2 BAT nicht entgegen.« [. . .] »Die Vorschrift kann keine weitergehenden Anforderungen an die politische Treuepflicht der Angestellten des öffentlichen Dienstes stellen, als Artikel 33 II GG selbst. Zu berücksichtigen ist außerdem, daß die Regelungszuständigkeit der Tarifparteien ohnehin den privaten Bereich nicht erfaßt.«

4. Urteil des Arbeitsgerichts Oldenburg vom 5. 9. 1978 – Az: 3 Ga 64/78

»Der Verfügungsanspruch folgt aus Art. 33 Abs. 2 GG, nach dieser Vorschrift hat der Verfügungskläger einen Anspruch auf Einstellung. Nach Art. 33 Abs. 2 GG hat jeder Deutsche nach seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt.« [. . .]

»Nach diesen Grundsätzen besteht im vorliegenden Fall ein Anspruch des Verfügungsklägers auf Einstellung. Er war der einzige Bewerber für die fragliche Stelle, seine Einstellung wurde von den Universitätsgremien beschlossen und gegen seine fachliche Qualifikation bestehen keine Bedenken. Die Ablehnung der Einstellung wird vom verfassungsbeklagten Land allein gestützt auf Zweifel an der Verfassungstreue des Verfügungsklägers.

Diese Gründe für die Ablehnung der Einstellung greifen jedoch nach Auffassung der Kammer nicht durch, die Ablehnung der Einstellung ist deshalb ermessensfehlerhaft, als allein rechtmäßige Entscheidung kommt unter Berücksichtigung des bisherigen Parteivortrages nur die Einstellung des Verfügungsklägers in Betracht.

Zum Umfang der politischen Treuepflicht eines Angestellten hat das BAG a. a. O. ausgeführt: Von einem Beamten sei unabhängig vom übertragenen Amt zu verlangen, daß er sich voll und ganz mit der freiheitlich demokratischen, rechts- und sozialstaatlichen Verfassung identifiziere und den Staat und seine Verfassung als einen positiven Wert anerkenne, für den einzutreten es sich lohne. Das sei jedoch nicht ohne weiteres auf einen Angestellten oder Arbeiter zu übertragen, hier sei das übertragene Amt besonders zu berücksichtigen. Entsprechend den zum Kündigungsrecht entwickelten Grundsätzen müsse verlangt werden, daß die politische Einstellung oder das Verhalten des Arbeitnehmers das Arbeitsverhältnis konkret berührten. Es komme bei der Einstellung an auf eine Prognose, ob der Arbeitnehmer seine Arbeitspflichten korrekt und gewissenhaft erfüllen werde.

Die Besorgnis, der Verfügungskläger werde wegen seiner politischen Einstellung oder Betätigung seine arbeitsvertraglichen Verpflichtungen nicht korrekt erfüllen, ist aber nach Auffassung der Kammer aufgrund des bisherigen Vorbringens des verfassungsbeklagten Landes nicht begründet. Vorgeworfen wird dem Verfügungskläger insoweit entsprechend einem Schreiben des Niedersächsischen Ministers des Innern vom 11. Nov. 1976, er sei erster Sekretär der Gesellschaft zur Unterstützung der Volkskämpfe Göttingen, einer Massenorganisation des KBW. Am 1. Nov. 1974 habe er an einer vom KBW initiierten Demonstration gegen die Erhöhung der Gaspreise teilgenommen, am 10. Juli und 17. Juli 1976 habe er für den KBW einen nicht genehmigten Informationsstand in Göttingen-Weende betrieben. Die Teilnahme an einer Demonstration gegen Gaspreiserhöhung sowie das zweimalige Betreiben eines nicht genehmigten Informationsstandes rechtfertigen für sich allein keine Zweifel an der Verfassungstreue des Verfügungsklägers. Die Stellung eines ersten Sekretärs einer Massenorganisation des KBW sowie das Betreiben eines Informationsstandes des KBW, unterstellt, diese Angaben sind richtig, rechtfertigen allenfalls den Schluß einer Verbindung zum KBW im Jahre 1976. Eine Mitgliedschaft im KBW sowie eine umfangreiche, andauernde aktive Betätigung innerhalb dieser Organisation ist vom verfassungsbeklagten Land weder dargelegt noch unter Beweis gestellt worden. Aufgrund der Aktivitäten des Verfügungsklägers aus den Jahren 1976 und vorher läßt sich aber nicht ohne weiteres folgern, daß seine politische Einstellung Auswirkungen hat auf die Erfüllung der arbeitsvertraglichen Verpflichtungen. Immerhin ist der Verfügungskläger im Fachbereich Physik der Universität Oldenburg seit 1976 bis August 1978 tätig gewesen, ohne daß es – nach den Angaben des verfassungsbeklagten Landes – zu weiteren Beanstandungen gekommen ist. Diese Tatsache rechtfertigt die Annahme, daß der Verfügungskläger auch in einem neuen Arbeitsverhältnis, das befristet ist bis zur Einstellung eines akademischen Rates, seine Arbeitspflichten ohne Beanstandung ausführen wird.

Zur Bedeutung und Bewertung der politischen Betätigung des Verfügungsklägers in den Jahren 1976 und vorher ist im übrigen auf die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 22. Mai 1975 hinzuweisen (Bundesverfassungsgericht, EZA Art. 33 GG, Nr. 4; siehe auch LAG Bremen vom 2. Dez. 1977, NJW 1978, S. 910). Das Bundesverfassungsgericht hat ausgeführt, der Schwerpunkt für die Gewinnung des Urteils darüber, ob der Bewerber die geforderte politische Gewähr biete oder nicht, müsse in erster Linie bei der Einstellung eines Beamten in der Beurteilung des Vorbereitungsdienstes und der Probezeit liegen. Ermittlungen, die die davorliegende Zeit betreffen, könnten nur Verhaltensweisen zutage fördern, »die in die Ausbildungs- und Studienzeit eines jungen Menschen fallen, häufig Emotionen in Verbindung mit engagiertem Protest entspringen und Teil von Milieu- und Gruppenreaktionen sind, also sich wenig eignen als ein Element (von vielen), aus denen man einen Schluß auf die Persönlichkeit des zu Beurteilenden ziehen könnte; sie vergiften andererseits die politische Atmosphäre, irritieren nicht nur die Betroffenen in ihrem Vertrauen in die Demokratie, diskreditieren den freiheitlichen Staat, stehen außer Verhältnis zum Ertrag und bilden insofern eine Gefahr, als ihre Speicherung allzu leicht mißbraucht werden kann. Deshalb sind solche Ermittlungen und die Speicherung ihrer Ergebnisse für Zwecke der Einstellungsbehörden schwerlich vereinbar mit dem im Rechtsstaatsprinzip verankerten Gebot der Verhältnismäßigkeit.«

Da der Verfügungskläger bereits zwei Jahre bei dem verfassungsbeklagten Land beschäftigt

war, ist gerade auch unter Berücksichtigung der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts der Schwerpunkt für die Frage der Eignung des Klägers zu legen auf die Beurteilung seines Verhaltens und seiner Leistungen während dieser Tätigkeit, und nicht auf seine politische Betätigung während der Studienzeit. Die Verwertung dieser gespeicherten Erkenntnisse aus den Jahren 1976 und vorher dürfte im vorliegenden Fall unzulässig sein.

Selbst wenn man von einem Angestellten einen Grundstock an politischer Treue auch unabhängig von dem ausgeübten Amt verlangt – wie es das verfügbare Land in der Berufungsbegründung vom 27. Juni 1978 im Verfahren zwischen den Parteien LAG Niedersachsen 7 Sa 79/78 darlegt – ergeben sich keine ausreichenden Bedenken gegen die Einstellung. Dieser Grundstock politischer Treue dürfte erfüllt sein, solange der Angestellte die verfassungsmäßige Ordnung nicht aktiv bekämpft und den Staat und seine Verfassungsorgane nicht in unangemessener Weise angreift, verächtlich macht oder beschimpft (vgl. BAG a. a. O.). Hierzu gehört nicht, daß der Angestellte auch in seiner inneren Einstellung dem Staat uneingeschränkt positiv gegenübersteht und ihn anerkennt. Dies sind Anforderungen, die allenfalls im Bereich des Beamtenrechts zu stellen sind oder bei Angestellten, die mit besonderen, die Belange des Staates in besonderer Weise berührenden Aufgaben betraut sind. Daß der Verfügungskläger den Staat und seine Verfassungsorgane aktiv bekämpft, und zwar zur Zeit, ist aber auch dem Vortrag des verfügbaren Landes nicht zu entnehmen. Die Vorwürfe, die gemacht werden – er sei erster Sekretär einer Massenorganisation des KBW, er habe für den KBW einen nicht genehmigten Informationsstand betrieben – beziehen sich auf die Jahre 1976 und vorher.

Ein Verfügungsanspruch, nämlich ein Anspruch auf Einstellung nach Art. 33 Abs. 2 GG ist nach alledem gegeben.

Auch ein Verfügungsgrund ist für den Beschäftigungsanspruch zu bejahen. Würde der Verfügungskläger auf das Klageverfahren verwiesen, würde er zumindest bis zum erstinstanzlichen Abschluß des Verfahrens nicht beschäftigt werden. Hierdurch würde ein nicht wieder gutzumachender Schaden entstehen, da insbesondere seine Forschungstätigkeit unterbrochen würde.«^{*}

* Die vorstehend auszugsweise dokumentierte Entscheidung des AG Oldenburg v. 5. 9. 78 (Dok. 4) ist inzwischen durch zwei weitere Entscheidungen bestätigt worden. Die Berufung des Landes gegen dieses erstinstanzliche Verfügungsurteil wurde vom LAG Oldenburg mit Urteil v. 1. 12. 78 – Az: 7 Sa 148/78 – zurückgewiesen. Im Verfahren in der Hauptsache wurde das Land mit Urte. des AG Oldenburg v. 24. 10. 78 – Az: 3 Ca 1354/78 – zum Abschluß des angestrebten Arbeitsvertrages verurteilt. In diesem Verfahren legte das Land eine Anklageschrift aus einem gegen den Kläger angestregten Strafverfahren vor, um seine behauptete Verfassungsfeindlichkeit darzulegen, obwohl der Kläger in diesem Prozeß freigesprochen worden war. Bedenklich an diesem Vorgang ist zum einen, daß entgegen dem rechtsstaatlichen Fundamentalgrundsatz der Unschuldsvermutung Anklageschriften zu Beweis Zwecken eingesetzt werden. Will man zum anderen nicht unterstellen, daß das Land den erfolgten Freispruch bewußt verschwie, so haben doch entweder die politischen Überwachungs- und Ermittlungsorgane selbst die Kontrolle über die von ihnen eingeleiteten Verfahren verloren oder aber das Innenministerium vertraut darauf, daß die Gerichte ihm von sich aus – entgegen den Prinzipien der Gewaltenteilung und der richterlichen Unabhängigkeit – Mitteilung vom Ausgang derartiger Strafverfahren machen.