

„Recht im Amt — Zeitschrift für Behörden, Verwaltungen und öffentliche Betriebe“ erscheint einmal monatlich. Versandtag 10. jeden Monats. Bezugspreis vierteljährlich 12,— DM, darin enthalten 5,5% Mehrwertsteuer, zuzüglich Portokosten, Bestellungen nehmen sämtliche Postämter, Buch- und Zeitschriftenhandlungen und der Verlag entgegen. Der Versand erfolgt auf Rechnung und Gefahr des Empfängers.

Bei der Abbestellung der Zeitschrift muß eine Frist von 6 Wochen zum Quartalschluß eingehalten werden. Unverlangte Beiträge werden bei Nichtverwendung nur dann zurückgesandt, wenn Rückporto beigefügt ist. Nachdruck nur mit Genehmigung des Verlages und mit Quellenangabe gestattet.

Alle Rechte, auch die der fotomechanischen Wiedergabe sind vorbehalten, jedoch wird gewerblichen Unternehmen die Anfertigung einer fotomechanischen Vervielfältigung (Fotokopie, Mikrokopie) für den innerbetrieblichen Gebrauch nach Maßgabe des zwischen dem Börsenverein des Deutschen Buchhandels und dem Bundesverband der Deutschen Industrie abgeschlossenen Rahmenabkommens gestattet. — Werden die Gebühren durch Wertmarken entrichtet, so ist je Seite eine Marke im Betrag von —,10 DM zu verwenden.

Hermann Luchterhand Verlag, Neuwied/Rh., Berlin 20. — Bankkonten: Deutsche Bank, Neuwied; Kreissparkasse Neuwied Nr. 5800; Postscheckkonto: Köln 278 85; Stadtsparkasse Neuwied 39 883. Gerichtsstand ist nach Wahl des Verlages Neuwied/Rh. oder Berlin-West. Schriftleitung und Redaktion Peter Stechele und Assessor Edgar Handwerk, Neuwied/Rh. Heddesdorfer Str. 31; Ruf: 80 11, Fernschreiber: 08-622 853; Gesamtherstellung: Druck- und Verlags-Gesellschaft mbH Darmstadt.

Zitierweise: RiA

Professor Dr. Wolfgang Däubler, Bremen/Tübingen

Radikale im öffentlichen Dienst?

I. Der soziale Sachverhalt

„Radikalenproblem und kein Ende“ — so war schon Anfang 1975 ein Beitrag überschrieben, der sich mit der politischen Überprüfung von Bewerbern für den öffentlichen Dienst befaßte¹⁾. Ein Ende ist auch heute noch nicht in Sicht. Die Flut der juristischen und politikwissenschaftlichen Veröffentlichungen ist weiter im Ansteigen begriffen²⁾, die Öffentlichkeit nimmt sich verstärkt der Problematik an: Kaum ein Parteitag, der nicht in der einen oder anderen Form Stellung bezieht³⁾; kaum eine Gewerkschaft, die sich nicht auf verschiedenen Ebenen ihrer Organisation mit der Problematik auseinandergesetzt hätte⁴⁾.

Betrachtet man das vorliegende Zahlenmaterial, so erscheint diese konzentrierte Aufmerksamkeit auf den ersten Blick ein wenig übertrieben. Nach Angaben des Bundesinnenministeriums wurden in der Zeit vom 1. 1. 1973 bis zum 30. 6. 1975 insgesamt 328 Bewerber abgelehnt, weil sie nach Ansicht der Einstellungsbehörde nicht die Gewähr dafür boten, jederzeit für die freiheitlich-demokratische Grundordnung einzutreten⁵⁾. Dem stehen im selben Zeitraum 454 585 Anfragen bei den Verfassungsschutzämtern gegenüber⁶⁾ — die Zahl der definitiv Betroffenen liegt daher bei ganzen 0,72‰ (Promille). Bedenkt man weiter, daß der öffentliche Dienst über 4 Millionen Beschäftigte zählt, so handelt es sich offenbar um Probleme einer verschwindend kleinen Minderheit — vermutlich werden mehr Bewerber aus Gesundheitsgründen von der Übernahme in das Beamtenverhältnis ausgeschlossen.

Die öffentliche Aufmerksamkeit, die den „Extremisten“ zuteil wird, ist gleichwohl berechtigt.

Zum einen ist eine Grundsatzfrage für jeden bürgerlich-demokratischen Staat, wie er mit seinen politischen Minderheiten umgeht. Die Freiheitlichkeit einer Ordnung erweist sich nicht in der Behandlung der diese tragenden Mehrheit, sondern in der Toleranz gegenüber Andersdenkenden; die Solidarisierung mit „Dissidenten“ in sozialistischen Ländern wird ungläubig, wenn man den Kritikern im eigenen Lande mit staatlicher Repression begegnet.

Zum zweiten grenzt es ein wenig an Zynismus, allein auf die Zahl der Betroffenen und nicht darauf abzustellen, was eine Ablehnung aus politischen Gründen für den einzelnen bedeutet. Rein rechtlich gesehen ist er zwar weiterhin in der Lage, seine Arbeitskraft einem Arbeitgeber außerhalb des öffentlichen Dienstes anzubieten, doch steht dieses „Recht“ jedenfalls bei Lehrern in den meisten Fällen auf dem Papier: Die Zahl der Privatschulen ist gering, die wenigen vorhandenen Stellen werden im Zweifel mit Bewerbern besetzt, gegen deren Person keine politischen Be-

denken bestehen. Die Ablehnung durch die Schulbehörde ist daher in 99 von 100 Fällen das endgültige „Aus“ — das von vielen so sehr bekämpfte Wort „Berufsverbot“⁷⁾ hat hier seine volle Berechtigung.

Zum dritten hat die Praxis der Einstellungsbehörden Auswirkungen weit über den Kreis der betroffenen Individuen hinaus: Sie ist geeignet, jedes stärkere politische Engagement zu verhindern, Mitläufertum und Konformismus zu züchten und so den Prozeß demokratischer Willensbildung aufs schwerste zu gefährden. Diese relativ weitgehenden Thesen bedürfen näherer Begründung.

Die Frage, wann ein Bewerber die „Gewähr“ bietet, jederzeit für die freiheitlich-demokratische Grundordnung einzutreten⁸⁾, läßt sich ersichtlich nicht mit mathematischer Exaktheit beantworten. Es geht um eine Prognose in bezug auf künftiges Verhalten, die nach bisheriger Auffassung der Einstellungsbehörden nur auf Grund einer umfassenden Würdigung aller Umstände des Einzelfalls möglich ist. Durch Rückfrage bei den Ämtern für Verfassungsschutz werden deshalb Tatsachen ermittelt und der Entscheidung zugrunde gelegt, die nicht nur das öffentliche Auftreten des Bewerbers, sondern auch seine Privatsphäre betreffen. So wurde es etwa als Indiz für mangelnde „Gewähr“ gewertet, daß der Bewerber in einer Wohngemeinschaft wohnte, der auch Mitglieder kommunistischer Organisationen angehörten⁹⁾, und dasselbe wurde für den Besuch einer von der DKP veranstalteten Weihnachtsfeier und für das Verkehren in einer „kommunistischen Stammkneipe“ anonom-

1) Schick ZBR 1975, 1 ff.

2) Vgl. etwa die Literatur-Übersichten bei Brandt (Hrsg.), Die politische Treupflicht, Karlsruhe und Heidelberg 1976, S. 255; Denninger (Hrsg.), Freiheitliche demokratische Grundordnung, Bd. II, Frankfurt/Main 1977, S. 497; Bethge-Bünemann u. a., Die Zerstörung der Demokratie in der BRD durch Berufsverbote, 2. Aufl., Köln 1976.

3) Vgl. etwa den Beschluß des Bundesparteitags der SPD in Mannheim, abgedruckt bei Bethge-Bünemann u. a. S. 256 f. Frühere Beschlüsse bei Bethge-Roßmann (Hrsg.), Der Kampf gegen das Berufsverbot, Köln 1973, S. 364 ff.

4) Vgl. etwa den Beschluß des Bundesausschusses des DGB vom 8. 6. 1977, abgedr. u. a. in: ÖTV-Magazin 8/1977 S. 17. Eine Zusammenstellung von Beschlüssen findet sich bei Bethge (Hrsg.), Gewerkschaftsstimmen gegen Berufsverbote, Köln 1977.

5) Bundesminister des Innern (Hrsg.), Innere Sicherheit, Informationsdienst, 13. 4. 1976, S. 5. Lange (NJW 1976, 1813) teilt mit, daß in der Zeit von August 1972—1. März 1976 insgesamt 428 Bewerber aus politischen Gründen abgelehnt wurden.

6) Ähnlich die Angaben bei Schmude DDB 1976, 93.

7) Vgl. etwa BVerfGE 39, 334, 370: „Das politische Schlag- und Reizwort vom ‚Berufsverbot‘ für Radikale ist völlig fehl am Platz und soll offensichtlich nur politische Emotionen wecken.“

8) So die durchgehende Formulierung der Beamtengesetze — vgl. § 7 Abs. 1 Ziff. 2 BBG und § 4 Abs. 1 Ziff. 2 BRBG.

9) So im Fall VG Gelsenkirchen DuR 1977, 100.

men¹⁰). Bekannt ist auch der Fall eines Juristen, dessen mangelnde Verfassungstreue unter anderem damit begründet wurde, daß er im persönlichen Gespräch mit seiner Ausbilderin zu erkennen gab, der in der Sowjetunion existierende Sozialismus sei dem jugoslawischen Modell vorzuziehen¹¹). Unklar ist daneben, welches politische Engagement im Einzelfall als „verfassungsfeindlich“ und welches noch als „tolerierbar“ angesehen wird. Neben dem Eintreten für die Ziele kommunistischer Organisationen und Parteien wurde etwa auch die Tätigkeit in der Vereinigung Demokratischer Juristen¹²) sowie die Anmeldung einer Demonstration von Amnesty International¹³) als Gesichtspunkt gewertet, der gegen künftige Verfassungstreue spricht. In einigen Verfahren wurde auf eine viele Jahre zurückliegende Teilnahme an Aktionen gegen die Notstandsgesetze zurückgegriffen¹⁴). Auch besonders starkes gewerkschaftliches Engagement wurde in Einzelfällen „erschwerend“ berücksichtigt¹⁵).

Diese Praxis hat nun die ebenso naheliegende wie verheerende Folge, daß viele Mitbürger sich scheuen, überhaupt politisch aktiv zu werden und abweichende, „ungenehme“ Meinungen zu vertreten. Da niemand wissen kann, ob nicht die Unterschrift unter eine Resolution gegen die weiße Minderheitsherrschaft in Rhodesien oder die Teilnahme an einer Demonstration für die Reform des § 218 StGB irgendwann einmal als Verdachtsmoment in den Akten auftaucht¹⁶), hält man sich besser zurück und verzichtet auf derlei riskante Dinge. Ähnliches wird in bezug auf Seminararbeiten über „verfängliche“ Themen und für Diskussionsbeiträge in universitätsinternen Veranstaltungen berichtet. Martin Kriele — selbst Hochschullehrer und alles andere als ein Freund der „Radikalen“ — spricht davon, nach außen hin herrsche „ein Klima des Mißtrauens, der Verstellung, der Verschlagenheit“¹⁷). Dieser Einschüchterungseffekt verstärkt sich noch wegen der heute herrschenden verbreiteten Arbeitslosigkeit. Jedes „Auffallen“ kann die eh schon geringen Berufschancen vollends zunichte machen: Das große Angebot an Arbeitskräften bietet einem einstellungsunwilligen Dienstherrn den bequemen Ausweg, andere als politische Gründe vorzuschützen und durch solche verdeckten Diskriminierungen, für die es eine Reihe von Beispielen gibt¹⁸), vollends jede Sicherheit zu zerstören. Dorothee Sölle konstatiert daher mit Recht „Heuchelei und Anpassung“¹⁹).

Politische Passivität und Rückzug ins Privatleben nutzen naturgemäß jenen, die die Macht in Staat und Gesellschaft besitzen. Wenn nur noch kleine Gruppen sich engagieren, verliert jede Reformpolitik ihre Grundlage. Mit ängstlichen Bürgern läßt sich der Status quo verwalten, jedoch kein Widerstand überwinden, der erfahrungsgemäß bei jedem gesellschaftlichen Fortschritt zu erwarten ist. Betroffen sind daher nicht nur Parteien mit Reformanspruch, sondern auch die Gewerkschaften, deren Schutz- und Gestaltungsaufgabe nur durch ständiges Engagement der Mitglieder in der Organisation erfüllt werden kann. Es sollte keinem Zweifel unterliegen, daß sich gewerkschaftliche Forderungen in einem Klima der Einschüchterung schwerer durchsetzen lassen als in einer offenen, demokratischen Atmosphäre — ganz abgesehen davon, daß diese Forderungen selbst immer häufiger als verfassungswidrig abqualifiziert werden²⁰).

Diese Auswirkungen stellen die bisherige Einstellungspraxis nachhaltig in Frage. Ist der heutige Zustand nach geltendem Recht wirklich unvermeidbar oder wäre auch eine andere Handhabung möglich und sinnvoll? Dabei wird nicht verkannt, daß der „Umgang mit Minderheiten“ eine eminent politische Frage ist, deren Lösung nicht von rein juristischen Argumenten erwartet werden kann. Wenn dennoch im folgenden die rechtliche Seite behandelt wird, so primär deshalb, weil sich in der Praxis der Einstellungsbehörden wie der Personalräte das Radikalenproblem in dieser Gestalt stellt und die bestehende Rechtslage von den Beteiligten in der Regel als unabänderliches Datum behandelt wird.

II. Das Richterrecht und seine Defizite

1. Neue Handhabung des unveränderten Beamtenrechts seit 1972

Die in den Beamtengesetzen verwendete Formulierung, der Beamte müsse die Gewähr dafür bieten, jederzeit für die freiheitlich-demokratische Grundordnung einzutreten, hat keineswegs immer Anlaß geboten, nach der politischen

Haltung von Bewerbern zu fragen. Der Aufstieg der NPD in den Jahren 1967 bis 1969 sowie die Neugründung kommunistischer Parteien seit 1968 hatte zunächst so gut wie keine Auswirkungen auf die Einstellungspraxis im öffentlichen Dienst. Angehörige dieser Parteien oder ihnen nahestehender Organisationen wurden als Beamte übernommen, ohne daß ihre Verfassungstreue irgendwie zum grundsätzlichen Problem gemacht worden wäre²¹). Dies beruhte nicht etwa darauf, daß die Einschätzung der in Frage stehenden politischen Positionen prinzipiell anders gewesen wäre als heute — man nahm eben von der Partei- oder Vereinszugehörigkeit im Regelfall keine Notiz.

Ohne daß auch nur ein Buchstabe am Gesetzestext geändert worden wäre, wandelte sich diese Situation grundlegend durch die sogenannten Ministerpräsidentenbeschlüsse vom 28. 1. 1972²²): Vom Wortlaut her kaum über die gesetzlichen Formulierungen hinausgehend²³) setzten sie neue Maßstäbe auf Grund des politischen Kontextes, in dem sie ergangen waren. Von nun an wurden insbesondere Mitglieder kommunistischer Parteien im Regelfall nicht mehr zu Beamten ernannt, die Überprüfung der politischen Gesinnung wurde zur ständigen Praxis der Einstellungsbehörden.

Diese neue Handhabung unverändert weitergeltender Vorschriften hatte politische Proteste zur Folge, die allerdings nur von einer Minderheit getragen wurden. Die kritische Haltung großer Teile der SPD-Mitgliedschaft führte zwar zu Parteitagbeschlüssen, die insbesondere im Hinblick auf das Verfahren eine Rückkehr zu konsequent rechtsstaatlichen Verhältnissen forderten²⁴), doch konnten sie sich in der Verwaltungspraxis der koalitionsregierten Länder nicht durchsetzen. Die Gewerkschaften kritisierten die Ministerpräsidentenbeschlüsse²⁵), doch beschränkte sich die den Betroffenen erwiesene Solidarität in der Regel auf die Gewährung von Rechtsschutz. Der Nicht-Einsatz gewerkschaftlicher Druckmittel beruhte zum einen darauf, daß zahlreiche Mitglieder die Probleme der „Radikalen“ nicht als die ihren empfanden, zum anderen auf der deutschen Tradition, Konflikte im Einzelfall durch Anrufung staatlicher Gerichte zu lösen²⁶). Im Ergebnis wurde so die

- 10) Mitgeteilt bei Brückner-Damm-Seifert, 1984 schon heute oder: Wer hat Angst vorm Verfassungsschutz, Frankfurt/Main 1976, S. 28 ff.
- 11) Fall Goetz. Die Bezugnahme findet sich in dem Ablehnungsschreiben des Justizministers des Landes NRW vom 8. 9. 1973, Gesch.-Z.: I G 313-I A.
- 12) Fall Charlotte Nieß. Dazu das der Klage der Bewerberin stattgebende Urteil des VG München DuR 1977, 93 ff.
- 13) Mitgeteilt bei Bethge-Bünemann u. a., Zerstörung der Demokratie, S. 31.
- 14) So im Fall Narr, dokumentiert in KJ 1975, 152.
- 15) So etwa der Fall Topp (dokumentiert in: Bethge-Roßmann (Hrsg.), Kampf gegen das Berufsverbot, S. 269) oder der Fall Offergeld.
- 16) Z. B. wegen der Mitwirkung kommunistischer Initiatoren.
- 17) Kriele ZRP 1975, 203.
- 18) Dokumentiert bei Arendt-Rojahn und Tschersch KJ 1975, 381 ff.
- 19) Sölle, in: Bethge-Bünemann u. a., Zerstörung der Demokratie, S. 126.
- 20) Dies gilt insbesondere für die Mitbestimmungsforderung — dazu die Übersicht bei Nagel Mb-Gespr. 1977, 112 ff. Die Frage nach der Verfassungswidrigkeit der gewerkschaftlichen Programmatik insgesamt stellte schon im Jahr 1972 Ernst Forstthoff (Wochenendbeilage der „Welt“ vom 30. 12. 1972).
- 21) Hieraus erklärt sich auch, daß sich ausweislich des Verfassungsschutzberichts 1976 etwa 2000 „Radikale“ im öffentlichen Dienst des Bundes, der Länder und der Gemeinden befanden. Von ihnen dürfte ein Teil in der Zeit von 1968—1972 ernannt worden sein, der Rest trat vermutlich extremistischen Organisationen erst nach der Ernennung bei.
- 22) Bulletin der Bundesregierung vom 3. 2. 1972, S. 142 (abgedr. auch bei Brandt, Die politische Treupflicht, S. 162). Auf dieser Grundlage erging der Gemeinsame Runderlaß der Ministerpräsidenten und aller Landesminister vom 18. 2. 1972, abgedruckt u. a. im Ministerialblatt für das Land NRW 1972, 342 sowie bei Denninger, Freiheitliche demokratische Grundordnung, Bd. II, S. 518.
- 23) Die „Grundsätze“ formulieren in ihrem letzten Absatz: „Die Einstellung in den öffentlichen Dienst setzt nach den genannten Bestimmungen voraus, daß der Bewerber die Gewähr dafür bietet, daß er jederzeit für die freiheitlich-demokratische Grundordnung im Sinne des Grundgesetzes eintritt. Bestehen hieran begründete Zweifel, so rechtfertigen diese in der Regel eine Ablehnung.“ Der Gemeinsame Runderlaß wiederholt zunächst die gesetzlichen Vorschriften und führt dann aus: „Jeder Einzelfall muß für sich geprüft und entschieden werden. Von folgenden Grundsätzen ist dabei auszugehen: Ein Bewerber, der verfassungsfeindliche Aktivitäten entwickelt, wird nicht in den öffentlichen Dienst eingestellt. Gehört ein Bewerber einer Organisation an, die verfassungsfeindliche Ziele verfolgt, so begründet diese Mitgliedschaft Zweifel daran, ob er jederzeit für die freiheitlich-demokratische Grundordnung eintreten wird. Diese Zweifel rechtfertigen in der Regel eine Ablehnung des Einstellungsantrags.“
- 24) So der Beschluß des Hannoveraner Parteitags, abgedr. u. a. bei Bethge-Roßmann (Hrsg.), Der Kampf gegen das Berufsverbot, S. 364.
- 25) Siehe die Zusammenstellung der Beschlüsse bei Bethge a. a. O. (oben Fn. 4).
- 26) Zur Kritik dieses sog. gewerkschaftlichen Legalismus s. Reinhard Hoffmann, Rechtsfortschritt durch gewerkschaftliche Gegenmacht, 7. Aufl., Frankfurt/Main 1972.

Kompetenz zur inhaltlichen Ausfüllung des „Gewähr-Bietens“ auf die Gerichte verlagert, die in der Folgezeit zum ausschlaggebenden Faktor für die Einstellungspraxis wurden.

2. Die Grundsatzentscheidung des Bundesverfassungsgerichts

Nach zahlreichen Entscheidungen unterer Gerichte brachte das Jahr 1975 eine erste höchstrichterliche Klärung. Nachdem zunächst das Bundesverwaltungsgericht im sog. Lenhart-Urteil die Ablehnung einer Lehramtskandidatin wegen Betätigung für die DKP bestätigt hatte²⁷⁾, stellte das Bundesverfassungsgericht in seinem Beschluß vom 22. 5. 1975 eine Reihe von Grundsätzen auf, die Verbindlichkeit für die Praxis beanspruchen²⁸⁾. Im Kern geht es dabei um folgende Erwägungen:

Die Rechtsstellung aller Beamten sei durch die sog. politische Treupflicht geprägt, die zu den in Art. 33 Abs. 5 GG genannten hergebrachten und zu beachtenden Grundsätzen des Berufsbeamtentums gehöre. Sie verlange vom einzelnen Beamten, sich zwar nicht mit der Politik der jeweiligen Regierung, wohl aber mit der Idee des Staates, dem er dienen soll, zu identifizieren. Das bedeutet, daß er den Staat und die geltende Verfassungsordnung einschließlich ihrer veränderbaren Teile bejahen muß. Die politische Treupflicht — so heißt es weiter²⁹⁾ — fordere mehr als eine formal korrekte, im übrigen uninteressierte, kühle, innerlich distanzierte Haltung gegenüber Staat und Verfassung; der Beamte müsse sich in „seinem“ Staat „jetzt und jederzeit“ zu Hause fühlen³⁰⁾.

Ein Bewerber um eine Beamtenstelle ist — so weiter das Bundesverfassungsgericht — nur dann „geeignet“ i. S. des Art. 33 Abs. 2 GG, wenn er die Erwartung rechtfertigt, er werde sich der so bestimmten Treupflicht entsprechend verhalten³¹⁾. Die in diesem Zusammenhang von der Einstellungsbehörde abzugebende Prognose setze sich aus einer Vielzahl von Umständen zusammen, von denen die Mitgliedschaft in einer Partei „ein Stück“ sei³²⁾.

Das Abstellen auf die Verfassungstreue verstoße auch dann nicht gegen das Parteienprivileg i. S. des Art. 21 GG, wenn die Ablehnung eines Bewerbers wegen seiner Tätigkeit für eine verfassungswidrige, nicht verbotene Partei erfolge. Die Treupflicht betreffe einen ganz anderen Regelungsgegenstand, etwaige Benachteiligungen einzelner Parteien seien als „Reflexwirkungen“ in Kauf zu nehmen³³⁾.

Auch Grundrechte des einzelnen Beamten bzw. Bewerbers sind nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts nicht verletzt. Das Verbot der Diskriminierung wegen politischer Anschauungen (Art. 3 Abs. 3 GG) schütze das bloße „Haben“ und „Mitteilen“ einer Überzeugung, nicht das Äußern und Betätigen, das durch andere Grundrechte erfaßt sei³⁴⁾. Die insoweit eingreifende Meinungsfreiheit des Art. 5 Abs. 1 GG werde durch die Treupflicht als einem „allgemeinen Gesetz“ i. S. des Art. 5 Abs. 2 GG beschränkt³⁵⁾.

Sonderregelungen gelten für Ausbildungsverhältnisse, die auch auf Berufe vorbereiten, die außerhalb des Staatsapparats ausgeübt werden³⁶⁾. Generell soll bei Aufnahme in einen Vorbereitungsdienst auf systematische Ermittlungen unter Einschaltung der Staatsschutzbehörden verzichtet werden, da dies unter anderem die politische Atmosphäre vergifte und nicht nur die Betroffenen in ihrem Vertrauen in die Demokratie irritiere³⁷⁾.

Mit dieser Entscheidung sind beträchtliche Teile der bisherigen Praxis festgeschrieben, ohne daß es letztlich darauf ankäme, wie weit die Bindungswirkung des Beschlusses reicht³⁸⁾.

So dürfte es etwa schwer fallen, zu der vor 1972 geübten Praxis zurückzukehren und die Prognose künftigen „verfassungstreuen“ Verhaltens aus der Eignungsprüfung nach Art. 33 Abs. 2 GG stillschweigend wieder auszuklammern. Auch gesetzgeberische Initiativen — die angesichts der gescheiterten Bemühungen der Bundesregierung und der Bundestagsmehrheit³⁹⁾ sowieso reichlich unwahrscheinlich sind — hätten insoweit nur dann Aussicht auf Erfolg, wenn das Bundesverfassungsgericht zu einer Revision seiner Auffassungen bereit wäre. Da es hierfür wenig Indizien gibt, bleibt als vorläufiges Fazit die Feststellung, daß die Verlagerung der Entscheidungskompetenz von der Exekutive auf die rechtsprechende Gewalt nicht nur keinen Fortschritt brachte, sondern im Gegenteil die Chancen einer künftigen Liberalisierung verringerte.

Auf der anderen Seite sollte man jedoch auch nicht in den Fehler verfallen, den gesamten Status quo als festgeschrieben zu betrachten. Zum einen bleiben insbesondere im Hinblick auf das Verfahren zahlreiche Fragen offen; zum anderen ist die Begründung des Bundesverfassungsgerichts in vielen Punkten so angreifbar, daß eine einengende Handhabung der von ihm aufgestellten Grundsätze nicht ausgeschlossen erscheint. Auch aus diesem Grund soll im folgenden ein kurzer Überblick über die wichtigsten Kritikpunkte gegeben werden.

3. Kritik des BVerfG-Beschlusses

Naheliegender und häufig aufgegriffener Einwand gegen die Argumentation des Bundesverfassungsgerichts ist sein Abstellen auf die innere Haltung des Beamten. Vom einzelnen nicht nur loyales Verhalten, sondern eine bestimmte Einstellung zu verlangen, bedeutet einen Rückfall in vorbürgerliche, irrationale Vorstellungen⁴⁰⁾. Das heutige Recht regelt bewußt nur das äußere Verhalten, weil andernfalls der tiefste Kern menschlicher Freiheit, die Gedankenfreiheit im wörtlichsten Sinne, aufgehoben wäre. Damit wird einem grundlegenden emanzipatorischen Anliegen Rechnung getragen, daneben aber auch dafür gesorgt, daß die vom Recht geordneten sozialen Beziehungen berechenbar bleiben, daß der einzelne mit dem Eintreten oder Ausbleiben bestimmter Rechtsfolgen fest kalkulieren kann⁴¹⁾. Genau diese Bedingung ist hier nicht mehr erfüllt: Ob einem Bewerber die gebührende innere Haltung zu „seinem“ Staat bescheinigt wird, entzieht sich sicherer Voraussage. Nimmt man die Formulierungen des Bundesverfassungsgerichts ernst, so wird den Einstellungsbehörden ein nahezu uferloses Ermessen eingeräumt, da sich immer ein paar Anhaltspunkte für ein leicht „abgekühltes“ Verhältnis zur Staatsidee oder zu Staat und Verfassung⁴²⁾ finden lassen. Außerdem wird das Messen mit zweierlei Maß geradezu vorprogrammiert: Während der unpolitische Normalbewerber nicht das Geringste zu befürchten hat (obwohl ihm dieser Staat vielleicht völlig gleichgültig ist und als Arbeitgeber wie jeder andere erscheint)⁴³⁾, wird der „Außen-seiter“ voll nach den formulierten Ansprüchen beurteilt.

Der politischen Treupflicht wird weiter — und das wäre der zweite Kritikpunkt — im Rahmen des Art. 33 GG eine Bedeutung zugemessen, die alle anderen Vorschriften, insbesondere über Einstellungsvoraussetzungen entscheidend determiniert. Eine solche Annahme verbietet sich schon mit Rücksicht auf die vorsichtige Formulierung des vom Bundesverfassungsgericht allein herangezogenen Art. 33 Abs. 5 GG, der nur von der „Berücksichtigung“ hergebrachter Grundsätze, nicht von ihrer aktuellen Verbindlichkeit spricht⁴⁴⁾. Weiter hat das Bundesverfassungsgericht die Bestimmung des Art. 33 Abs. 3 Satz 2 GG nicht zur Kenntnis genommen, die im unmittelbaren Anschluß an den in Art. 33 Abs. 2 GG garantierten freien Zugang zu allen öffentlichen Ämtern den Grundsatz ausspricht, niemandem dürfe aus seiner Zugehörigkeit oder Nichtzugehörigkeit zu einem Bekenntnis oder einer Weltanschauung

27) BVerfG JZ 1975, 412 ff.

28) BVerfGE 39, 334 ff.

29) BVerfGE 39, 334, 348.

30) a. a. O. S. 349.

31) a. a. O. S. 352.

32) a. a. O. S. 359.

33) a. a. O. S. 359, 360.

34) a. a. O. S. 368.

35) a. a. O. S. 367.

36) a. a. O. S. 371 ff.

37) a. a. O. S. 356.

38) Dazu etwa Lange NJW 1976, 1810 ff.; Zuck JuS 1975, 695 ff.

39) Siehe den Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 31. 7. 1974, BT-Drucks. 7/2432 und die Debatte im Deutschen Bundestag vom 15. 11. 1974, BT-Protokolle S. 8959 ff., beides abgedr. bei Denninger (Hrsg.), Freiheitliche demokratische Grundordnung, S. 563 ff.

40) Dazu insbes. Goerlich ZBR 1975, 100 ff.; H. P. Schneider, Blätter für deutsche und internationale Politik 1975, 1024 (mit Bezug auf ähnliche Überlegungen des Bundesverwaltungsgerichts in der Lenhart-Entscheidung).

41) Zur Rationalität der bürgerlichen Rechtsordnung s. etwa Franz Neumann, Der Funktionswandel des Gesetzes im Recht der bürgerlichen Gesellschaft, in: Ders. Demokratischer und autoritärer Staat, Frankfurt/Main-Wien 1967, S. 37 ff.

42) Zum (in der BVerfG-Entscheidung nur unklar umschriebenen) Adressaten der Treue s. Lange NJW 1976, 1814 f.

43) Mit Recht weist Thieme (Politischer Radikalismus und öffentliches Dienstrecht, in: Festschrift für Wacke, Köln 1972, S. 79) darauf hin, mit der Bekenntnispflicht werde eine mehr oder weniger irrealer Forderung aufgestellt.

44) Näher dazu Däubler, Der Streik im öffentlichen Dienst, 2. Aufl., Göttingen 1971, S. 107 ff.; ähnlich auch Isensee, Beamtenstreik, Bonn-Bad Godesberg 1971, S. 59 f.

ein Nachteil erwachsen⁴⁵⁾. Mittelbar hat das Gericht allerdings insofern Stellung bezogen, als es in dem analog formulierten Art. 3 Abs. 3 GG nur das „Haben“ und „Mitteln“ einer Überzeugung als geschützt ansieht. Wäre dies richtig, so wäre Art. 33 Abs. 3 Satz 2 GG z. B. auch dann nicht verletzt, wenn ein Katholik wegen Zugehörigkeit zur Katholischen Kirche, wegen der Teilnahme am Gottesdienst und wegen seines Engagements bei einer Geldsammlung der Caritas nicht in den öffentlichen Dienst übernommen würde. Nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts müßte es genügen, daß der Betroffene weiterhin das Recht behält, die Dogmen der Katholischen Kirche zu glauben und diese Tatsache auch anderen mitzuteilen. Die Absurdität eines solchen Ergebnisses macht deutlich, wie lebensfremd hier das Bundesverfassungsgericht argumentiert. Als Diskriminierungsverbote wollen Art. 3 Abs. 3 und Art. 33 Abs. 3 Satz 2 GG keine fiktiven, so gut wie nie vorkommenden Fälle regeln, sondern realen Gefahren vorbeugen: In der Wirklichkeit ist nicht derjenige gefährdet, der in seinem Innern bestimmte Überzeugungen hat und diese auch mal einem anderen Menschen mitteilt, sondern allein derjenige, der sich in einer dieser Überzeugung entsprechenden Weise engagiert.

Der Grundsatz, daß politisches Bekenntnis den freien Zugang zu öffentlichen Ämtern weder positiv noch negativ beeinflussen darf, folgt nicht nur aus Wortlaut und Sinn des Art. 33 GG, sondern auch und in erster Linie aus dem Demokratieprinzip. Ähnlich wie das Wahlrecht will Art. 33 Abs. 2 GG dafür sorgen, daß sich die in der Gesellschaft vorhandenen Kräfte und Gruppierungen in den Staatsapparat hinein „verlängern“, daß sich ihr Wille auch dort niederschlägt und gegebenenfalls durchsetzt.

Wahlen und Abstimmungen, die sich nur auf das Parlament und mittelbar auf die Exekutivspitzen erstrecken, können keine vollständige Kontrolle der Verwaltungstätigkeit sicherstellen, da sich die innerhalb einer großen bürokratischen Organisation fallenden Entscheidungen nicht von der Spitze her voll programmieren und in ihrer Ausführung überwachen lassen. Will man die darin liegende Gefahr einer Verselbständigung des Staatsapparats und damit einer Relativierung der Volkssouveränität nicht hinnehmen, so bleiben verfassungspolitisch zwei Möglichkeiten. Zum einen kann man den Wahlakt amerikanischem Vorbild entsprechend auf alle wichtigeren Funktionsträger in der Verwaltung erstrecken, nimmt dabei allerdings in Kauf, daß auch fachlich ungeeignete Bewerber zum Zuge kommen.

Zum anderen kann man wie das Grundgesetz versuchen, zwar die für eine effiziente Erfüllung von Staatsaufgaben notwendigen Qualifikationen zu verlangen, innerhalb dieses Rahmens jedoch eine Öffnung der Verwaltung zu allen in der Gesellschaft vorhandenen Kräften hin zu praktizieren⁴⁶⁾. Wie bereits im Parlamentarischen Rat betont wurde⁴⁷⁾, ist Art. 33 Abs. 2 GG somit ein demokratisches Mitwirkungsrecht, das allen politischen Gruppierungen und Individuen in gleicher Weise offensteht.

Wollte man nun — wie es das Bundesverfassungsgericht tut — bestimmte politische Positionen als „verfassungsfeindlich“ vom öffentlichen Dienst ausschließen, so wäre dies ein ähnlich schwerer Eingriff in den demokratischen Prozeß wie der von niemandem befürwortete Entzug des Wahlrechts. Die vom Grundgesetz gewollte Pluralität wird für einen Bereich — die Zusammensetzung der Verwaltung — aufgehoben, für einen anderen Bereich — die Parlamente und Exekutivspitzen — dagegen bestehen gelassen, was zu dem grotesken Ergebnis führt, daß Mitglieder „verfassungsfeindlicher“ Parteien und Organisationen zwar Abgeordnete und Minister, nicht aber Lehrer, Regierungsinспекtor und Briefträger werden können. Ein solcher Teilentzug von Bürgerrechten ist im Grundgesetz nicht vorgesehen. Wendet sich eine Partei in aggressiv-kämpferischer Weise gegen die freiheitlich-demokratische Grundordnung, so kann sie nach Art. 21 Abs. 2 GG vom Bundesverfassungsgericht verboten werden und scheidet damit aus dem gesamten politischen Leben aus. Solange dieser konstitutive Akt noch nicht vorliegt, nimmt sie in vollem Umfang am demokratischen Prozeß teil — andernfalls hätte es die an der Macht befindliche Gruppierung in der Hand, eine unerwünschte Opposition als verfassungsfeindlich zu definieren und sie so zwar nicht von Wahlen und Abstimmungen, wohl aber von dem Bürgerrecht des Art. 33 Abs. 2 GG auszuschließen⁴⁸⁾. Dem „Parteienprivileg“ kommt des-

halb elementare Bedeutung für das Funktionieren demokratischer Willensbildung zu. Entsprechendes gilt für Organisationen mit dem einzigen Unterschied, daß das Verbotsmonopol nicht beim Bundesverfassungsgericht, sondern beim Innenminister liegt.

III. Überlegungen zu einer rechtsstaatlichen Praxis

Trotz dieser und anderer Kritikpunkte⁴⁹⁾ ist nicht damit zu rechnen, daß sich Verwaltungsbehörden in näherer Zukunft über einzelne vom Bundesverfassungsgericht aufgestellte Grundsätze im Sinne einer liberaleren Handhabung hinwegsetzen werden⁵⁰⁾. Will man die heute bestehende Rechtsunsicherheit, die zur Einschüchterung zahlreicher, potentiell politisch engagierter Bürger führt, nicht bedingungslos akzeptieren, so kann es nur darum gehen, auf der Basis dieser Rechtsprechung zu Handlungsmaximen zu kommen, die den Prinzipien rechtsstaatlicher Bestimmtheit entsprechen und die jede Unterdrückung bloß „unbequemer“ Kritik ausschließen. Insofern sind insgesamt vier Fragenkomplexe anzugehen:

Welche Bedeutung kommt der Mitgliedschaft in einer von der Exekutive für verfassungswidrig gehaltenen Partei oder Organisation zu, wie ist die Aktivität in ihnen zu beurteilen? (unten 1)

Wann liegt eine verfassungsfeindliche Zielsetzung vor? Welches sind die Grundwerte der bestehenden Ordnung, die unter keinen Umständen in Frage gestellt werden dürfen? (unten 2)

Welche Tatsachen dürfen bei der Entscheidung der Einstellungsbehörde berücksichtigt werden? Wie ist gegebenenfalls einer „schränkenlosen Durchleuchtung“ der Persönlichkeit von Bewerbern vorzubeugen? (unten 3)

Nach welchen Grundsätzen ist die Prognose über das künftige Verhalten des Bewerbers zu treffen? Gibt es insoweit bereits Erfahrungssätze? (unten 4)

1. Mitgliedschaft in Parteien und Vereinigungen

Die Mitgliedschaft in einer verfassungswidrigen, aber nicht verbotenen Partei wird vom Bundesverfassungsgericht als „ein Stück“ des Verhaltens gewertet, das für die Beurteilung der Persönlichkeit des Bewerbers erheblich sein kann⁴⁹⁾. Damit ist der Gemeinsame Runderlaß der Ministerpräsidenten und aller Landesminister vom 18. 2. 1972⁵⁰⁾ insoweit korrigiert, als er davon ausgeht, die Zugehörigkeit zu einer solchen Organisation würde Zweifel an der Verfassungstreue begründen, diese würden „in der Regel“ zu einer Ablehnung führen. „Ein Stück“ des Verhaltens ist dem Wortsinn nach nicht mehr als ein Element unter vielen, das durch andere Teile des Verhaltens „ausgeglichen“ oder bestätigt werden kann. Bezeichnenderweise setzt sich das Bundesverfassungsgericht im folgenden auch nur mit der Frage auseinander, ob die Parteizugehörigkeit nicht völlig aus der Beurteilung auszuschneiden hat. Von einem besonderen Gewicht dieses Elements, gar von einer „Regelvermutung“, ist auch nicht andeutungsweise die Rede.

Mit Recht hat das BAG diesen Grundsatz dahingehend weiterentwickelt, daß auch eine Landtagskandidatur für eine verfassungswidrige Partei für sich allein nicht ausreicht, Zweifel an der Verfassungstreue des Bewerbers zu begründen⁵¹⁾. Damit ist außer der Mitgliedschaft auch die Betätigung mit allgemein erlaubten Mitteln zu einem bloßen Indiz geworden, wäre es doch widersinnig, weniger herausgehobene und die Partei nach außen darstellende Betätigungen als stärkere Anhaltspunkte für eine verfassungsfeindliche oder verfassungsindifferente Haltung zu werten. Der organisatorische Kontext einer Betätigung

45) Vgl. Esser JZ 1975, 557.

46) Dies schließt nicht aus, daß daneben noch weitere Partizipationsmöglichkeiten geschaffen werden wie z. B. die Bürgerbeteiligung an einzelnen Verwaltungsmaßnahmen oder die Mitbestimmung der öffentlichen Bediensteten.

47) Abg. von Mangoldt, Hauptausschuß, Stenographische Protokolle S. 587.

48) Zum Parteienprivileg in diesem Sinne das Minderheitsvotum von Rupp (BVerfGE 39, 380 ff.) sowie Damkowski RiA 1976, 9; Maurer NJW 1972, 61 ff.; Friedrich Müller, Blätter für deutsche und internationale Politik 1972, 139; Schweigerer JZ 1974, 743 ff.

49) BVerfGE 39, 334, 359.

50) Abgedruckt bei Brandt, Die politische Treupflicht, S. 163.

51) BAG NJW 1976, 1708, 1712. Der Fall betraf einen Angestellten des öffentlichen Dienstes, der nach Ansicht des BAG mit Rücksicht auf die Bedeutung seiner Aufgaben denselben Treueanforderungen wie ein Beamter unterlag.

führt daher weder zu einer Vergünstigung des Betroffenen (etwa in dem Sinne, daß die Verfassungsfeindlichkeit nicht geltend gemacht werden könnte) noch zu einer Benachteiligung, die die negative Einschätzung der Organisation automatisch auf das einzelne Mitglied überträgt. Richtigerweise haben deshalb die von der Bundesregierung aufgestellten Grundsätze für die Prüfung der Verfassungstreue⁵²⁾ auf jede gesonderte Berücksichtigung der Partei- und Organisationszugehörigkeit verzichtet; die CDU/CSU-regierten Länder, die weiterhin nach dem Runderlaß vom Februar 1972 verfahren, setzen sich insoweit über geltendes Recht hinweg.

Die Ablehnung jeder „Regelvermutung“ kann sich auch auf die Erfahrungstatsache stützen, daß die Mitgliedschaft in einer von der Verwaltung als verfassungsfeindlich betrachteten Partei nicht notwendigerweise einer Identifikation mit den verfassungswidrigen Zielen der Partei gleichkommt. Auch „extremistische“ Organisationen weisen nicht notwendig das Maß an innerer Homogenität auf, die ihnen eine verbreitete Vorstellung zuspricht. Häufig machen schon die zu Parteitag eingereichten Anträge und die daraufhin einsetzenden Auseinandersetzungen deutlich, daß von einer Uniformität der Überzeugungen und politischen Absichten nicht die Rede sein kann⁵³⁾. Auch wenn der Fall anders liegt, können sehr unterschiedliche Gründe für das Engagement des einzelnen maßgebend sein. Neben einer vollen Unterstützung aller Ziele ist genauso gut das andere Extrem denkbar, daß es dem Betroffenen ausschließlich darum geht, die von ihm für falsch und schädlich gehaltene Zielsetzung zu korrigieren. In der Realität wird meist eine mittlere Haltung dominieren, die einige oder auch viele Programmpunkte billigt, andere jedoch unbedingt verändern möchte. Dieselbe Einschätzung machte sich im übrigen der amerikanische Supreme Court zu eigen, der den ausdrücklichen Nachweis verlangte, daß der betreffende öffentliche Bedienstete die verfassungsfeindlichen Absichten seiner Organisation selbst teilte⁵⁴⁾. Auch der am Radikalen-Beschluß beteiligte Bundesverfassungsrichter Martin Hirsch verdeutlichte unter ausdrücklicher Bezugnahme auf die amerikanische Entwicklung vor einiger Zeit noch einmal, daß der Beschluß des Bundesverfassungsgerichts in diesem Sinne zu verstehen sei⁵⁵⁾.

2. Kriterien der Verfassungswidrigkeit

Die Ablehnung jeder schematischen Behandlung von Bewerbern mit bestimmter Organisationszugehörigkeit läßt die Entwicklung eindeutiger Kriterien für die Abgrenzung verfassungswidriger und verfassungskonformer Zielsetzung besonders dringlich werden. Wann ist ein Widerspruch zwischen einer von dem Bewerber vertretenen politischen Forderung bzw. einem von ihm unterstützten Programmpunkt seiner Organisation und der „freiheitlich-demokratischen Grundordnung“ anzunehmen? Nur eine Distanzierung von diesem obersten Wert, nicht etwa schon eine Distanzierung von einzelnen Verfassungsbestimmungen kann für das „Gewähr-Bieten“ relevant sein, da sich eine Kritik an Einzelbestimmungen im Rahmen des Art. 5 Abs. 1 GG bewegt⁵⁶⁾ und da eine solche Form der Grundrechtsbetätigung nicht anders behandelt werden darf als die Inanspruchnahme des Art. 5 Abs. 1 GG in bewußt affirmativem oder in nicht verfassungsbezogenem Sinne.

Der Begriff der freiheitlich-demokratischen Grundordnung hat in der SRP-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts eine Definition erfahren⁵⁷⁾, die im KPD-Urteil wiederholt wurde⁵⁸⁾ und die seither der Praxis zugrunde gelegt wird. Danach ist darunter eine Ordnung zu verstehen, „die unter Ausschluß jeglicher Gewalt und Willkürherrschaft eine rechtsstaatliche Herrschaftsordnung auf der Grundlage der Selbstbestimmung des Volkes nach den Zielen der jeweiligen Mehrheit und der Freiheit und Gleichheit darstellt. Zu den grundlegenden Prinzipien dieser Ordnung sind mindestens zu rechnen: die Achtung vor den im Grundgesetz konkretisierten Menschenrechten, vor allem vor dem Recht der Persönlichkeit auf Leben und freie Entfaltung, die Volkssouveränität, die Gewaltenteilung, die Verantwortlichkeit der Regierung, die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, die Unabhängigkeit der Gerichte, das Mehrparteienprinzip und die Chancengleichheit für alle politischen Parteien mit dem Recht auf verfassungsmäßige Bildung und Ausübung einer Opposition.“

Damit ergibt sich eine weitgehende, wenn auch nicht vollständige Übereinstimmung mit den von Art. 79 Abs. 3 GG

für unveränderbar erklärten Grundsätzen der Art. 1 und 20 GG. Zu diesen zählt auch das vom Bundesverfassungsgericht nicht erwähnte Sozialstaatsprinzip sowie der bundesstaatliche Aufbau, während das ausdrücklich erwähnte Mehrparteiensystem seine Rechtsgrundlage allenfalls in Art. 21 GG findet⁵⁹⁾. Dies mag zu Bedenken Anlaß geben, doch ist hier nicht der Ort, diese komplexe Fragestellung in der erforderlichen Weise zu vertiefen. Geht man deshalb — gewissermaßen als Arbeitshypothese — von der Formel des Bundesverfassungsgerichts aus, so muß im Einzelfall die Feststellung getroffen werden, ob der von einem Bewerber gewünschte Zustand sich noch innerhalb dieses Rahmens bewegt. Dabei sind zwei Dinge zu berücksichtigen:

Zum einen ist zu ermitteln, welche wirklichen politischen Inhalte sich für den Bewerber hinter bestimmten Begriffen verbergen. „Demokratisierung“, „Völkerverständigung“ und „Diktatur des Proletariats“ ebenso wie auch das „Führerprinzip“ haben keinen ein für allemal feststehenden Bedeutungsgehalt. So ist es beispielsweise denkbar, unter „Diktatur des Proletariats“ eine Gesellschaftsform zu verstehen, in der eine (letztlich selbst ernannte) Avantgarde alle Bereiche des gesellschaftlichen Lebens durch autoritäre Dezierionen selbst dirigiert und jede „Abweichung“ mit schweren Sanktionen belegt. Statt dessen ist es aber auch möglich — und zwar durchaus unter Berufung auf Lenin⁶⁰⁾ — mit derselben Formel einen Zustand zu bezeichnen, in dem die abhängig Beschäftigten und ihre Familien, d. h. 85% der Bevölkerung zu einer einheitlichen Kraft (etwa in Form eines Bündnisses von Parteien) zusammengeschlossen sind, die als Mehrheit die Herrschaft im Staat ausüben, und die der verbliebenen Minderheit unter Umständen weitere Betätigungsmöglichkeiten einräumen als sie nach herrschender Auffassung „Verfassungsfeinden“ gebührt⁶¹⁾. Es soll hier nicht behauptet werden, daß die „eurokommunistische“ Konzeption von relevanten Kräften in der BRD vertreten wird — wesentlich ist, Pauschalbeurteilungen auf Grund bestimmter Reizworte zu vermeiden und die konkreten Vorstellungen herauszuarbeiten, von denen sich ein Bewerber leiten läßt.

Zum zweiten ist zu beachten, daß die vom Bundesverfassungsgericht entwickelte Umschreibung der freiheitlich-demokratischen Grundordnung ihrerseits sehr viele Gestaltungen erfaßt und verschiedenen Auslegungen zugänglich ist. So ist es mit dem Grundsatz der Unabhängigkeit

52) Bulletin der Bundesregierung 1976, S. 553 ff.

53) Vgl. den Bericht von Otto-Ernst Maetzke in FAZ vom 4. X. 1976 über den letzten Parteitag der DKP.

54) Dazu Lewan ZRP 1975, 173. Die Praxis der McCarthy-Zeit ist mit leicht kritischem Unterton dargestellt bei Karl Carstens, Grundgedanken der amerikanischen Verfassung und ihre Verwirklichung, Berlin 1954, S. 230 ff.

55) Hirsch DDB 1976, 223 f.

56) So im Prinzip auch BVerfGE 39, 334, 338, allerdings mit der Einschränkung, daß die Kritik nicht in Widerspruch zu der verfassungsfreundlichen Grundhaltung des Beamten stehen darf.

57) BVerfGE 2, 1, 13.

58) BVerfGE 5, 85, 140.

59) Vgl. dazu Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Kommentar zum Grundgesetz, München 1958 ff., Art. 21 Rn. 34 m. w. N.

60) Vgl. etwa Lenin, Staat und Revolution, in: Werke, Bd. 25, Berlin 1960 S. 477.

„Im Kapitalismus haben wir den Staat im eigentlichen Sinne des Wortes, eine besondere Maschine zur Unterdrückung einer Klasse durch eine andere, und zwar der Mehrheit durch eine Minderheit. Damit eine solche Sache wie die systematische Unterdrückung der Mehrheit der Ausbeuteten durch die Minderheit der Ausbeuter erfolgreich ist, bedarf es natürlich der größten Grausamkeit und bestialischer Unterdrückung, sind Meere von Blut nötig, durch die dann auch die Menschheit im Zustand der Sklaverei, der Leibeigenschaft und der Lohnarbeit ihren Weg geht.“

Weiter. Beim Übergang vom Kapitalismus zum Kommunismus ist die Unterdrückung noch notwendig, aber es ist das bereits eine Unterdrückung der Minderheit der Ausbeuter durch die Mehrheit der Ausbeuteten.

Ein besonderer Apparat, eine besondere Maschine zur Unterdrückung, ein „Staat“ ist noch notwendig, aber es ist das bereits ein Übergangsstaat, kein Staat im eigentlichen Sinne mehr, denn die Niederhaltung der Minderheit der Ausbeuter durch die Mehrheit der Lohnsklaven von gestern ist eine so verhältnismäßig leichte, einfache und natürliche Sache, daß sie viel weniger Blut kosten wird als die Unterdrückung von Aufständen der Sklaven, Leibeigenen und Lohnarbeiter, daß sie der Menschheit weit billiger zu stehen kommen wird.“

Gegenüber den Verhältnissen in einem bürgerlichen Staat nimmt Lenin für die Diktatur des Proletariats somit weniger harte Unterdrückungsmaßnahmen gegenüber einer das System ablehnenden Minderheit an. An anderer Stelle (a. a. O. S. 467) spricht er von einer „breiteren, freieren, offeneren Form des Klassenkampfes und der Klassenunterdrückung“.

61) Um Mißdeutungen zu vermeiden, wird allerdings meist auch die Terminologie geändert und von „politischer Herrschaft der Arbeiterklasse“ gesprochen.

der Gerichte sicherlich vereinbar, sich für generelle Richtervahlen durch die Bevölkerung oder ein Repräsentativorgan auszusprechen, solange nur die sachliche Unabhängigkeit bei der Entscheidung von Einzelfällen gewahrt bleibt. Die „Gewaltenteilung“ verlangt nicht, daß alle Staatsorgane direkt vom Volk legitimiert sein müssen, sondern läßt die Wahl der übrigen durch ein zentrales Organ wie das Parlament zu. Auch ist damit nicht ausgeschlossen, daß eine Gewalt letztlich die anderen kontrolliert, sofern diese Kontrolle bestimmten normativen Festlegungen und Voraussetzungen unterliegt⁶²). Die Achtung vor den Menschenrechten verlangt sicherlich die Anerkennung des Eigentums an denjenigen Gütern, die der einzelne für ein menschenwürdiges Leben benötigt. Nicht erfaßt ist dagegen — wie Art. 15 GG zeigt — das Eigentum an Grund und Boden sowie wie an Produktionsmitteln, dessen Überführung in die öffentliche Hand im Rahmen der freiheitlich-demokratischen Grundordnung gefordert werden darf⁶³).

Bei der praktischen Handhabung der vom Bundesverfassungsgericht entwickelten Formel wird es darauf ankommen, daß die Einstellungsbehörde nicht ihre eigene Auslegung für die allein maßgebende erklärt, sondern daß sie einen Widerspruch zur freiheitlich-demokratischen Grundordnung erst dann annimmt, wenn die Position des Bewerbers *eindeutig* aus diesem Rahmen herausfällt. Abweichende Auffassungen sind so lange zu akzeptieren, wie sie vertretbar sind und keine reine Schutzbehauptung darstellen. Wollte man anders entscheiden, so würde die Formel von der freiheitlich-demokratischen Grundordnung zu einer Art Katechismus, der nur eine Wahrheit kennt und der keiner Fortentwicklung zugänglich ist⁶⁴). Auch wäre es eine Überforderung (zumindest) aller Nicht-Juristen, wollte man von ihnen verlangen, gerade die Interpretation zu „erraten“, die von der Einstellungsbehörde für richtig gehalten wird.

3. Tatsachenermittlung und Verfahren

Die vom Bundesverfassungsgericht vorgeschriebene Prüfung aller Umstände des Einzelfalls und die damit gegebene Gefahr der Ausforschung persönlicher Verhältnisse wirft die Frage auf, wo die Grenzen der Ermittlungstätigkeit der Einstellungsbehörde und der von ihr um Auskunft gebetenen Staatsschutzbehörden liegt. Können wirklich alle wie auch immer ermittelten Tatsachen zur Begründung eines Ablehnungsbescheids herangezogen werden?

a) Zeitliche Grenzen

Der in einigen Verfahren praktizierte Rückgriff auf Vorgänge, die sieben oder acht Jahre zurücklagen⁶⁵), ist zu Recht auf verbreitete Kritik gestoßen⁶⁶). Daß ein solches Vorgehen schwerlich rechters sein kann, wird an der einfachen Erwägung deutlich, daß ein Bewerber unter Umständen besser dastünde, wenn er sich nicht nur verfassungsfeindlich betätigt, sondern im Rahmen dieser Tätigkeit auch strafbar gemacht hätte. Liegt etwa ein relativ leichter Fall des Landfriedensbruchs (§ 125 Abs. 1 StGB), der landesverräterischen Agententätigkeit (§ 98 Abs. 1 StGB) oder der Unterstützung einer kriminellen Vereinigung (§ 129 StGB) vor, so kommt eine Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe von weniger als drei Monaten durchaus in Betracht. In einem solchen Fall wird die Verurteilung gem. § 44 BZRG nach fünf Jahren aus dem Bundeszentralregister getilgt, was nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ein generelles Verwertungsverbot auch bezüglich des zugrunde liegenden Sachverhalts begründet⁶⁷). Damit ist das strafbare Verhalten des Bewerbers auch für eine Einstellungsbehörde inexistent und darf bei ihrer Entscheidung in keiner Weise mit berücksichtigt werden. Weniger gravierende — d. h. nicht strafbare — Handlungen im Gegensatz dazu zu berücksichtigen, wäre widersinnig und ist mit geltendem Recht nicht zu vereinbaren.

Die Existenz zeitlicher Grenzen ist als solche weithin unbestritten; die von der Bundesregierung aufgestellten „Grundsätze für die Prüfung der Verfassungstreue“ betonen ausdrücklich, „Äußerungen und Handlungen eines jungen Menschen aus seiner Ausbildungs- und Studienzzeit“ dürften „insbesondere wenn sie längere Zeit zurückliegen“ nur in besonders schweren Fällen zur Begründung einer Ablehnungsentscheidung herangezogen werden⁶⁸). Die Schwierigkeit liegt jedoch in der Festlegung exakter Grenzen, die allein in der Lage sind, jede rechtsstaatswidrige Rechtsunsicherheit zu vermeiden. Als unübersteigbare

Höchstgrenze sind in entsprechender Anwendung des § 44 BZRG fünf Jahre anzusehen, doch ist es Aufgabe der Einstellungsbehörden, von sich aus eine geringere Frist — z. B. drei Jahre⁶⁹) — vorzusehen, die dem im Vergleich zu Straftaten geringeren Gewicht einer verfassungsfeindlichen Betätigung Rechnung tragen. Solange dies nicht erfolgt ist, unterliegen die gleichwohl ergangenen Ablehnungsbescheide wegen Verfahrensmangels der verwaltungsgerichtlichen Aufhebung⁷⁰).

b) Einschaltung der Ämter für Verfassungsschutz?

Verschiedene verwaltungsgerichtliche Entscheidungen haben es in jüngster Zeit den Einstellungsbehörden untersagt, ihre Entscheidung auf Erkenntnisse der Verfassungsschutzämter zu stützen, soweit sie routinemäßig angefordert worden waren⁷¹). Der darin liegende Widerspruch zur bisherigen Praxis nötigt zu einigen näheren Überlegungen.

§ 3 des Gesetzes über die Zusammenarbeit des Bundes und der Länder in Angelegenheiten des Verfassungsschutzes⁷²) bestimmt in seinem Absatz 1, Aufgabe der Verfassungsschutzämter sei die Sammlung und Auswertung von Auskünften, Nachrichten und sonstigen Unterlagen u. a. über Bestrebungen, die gegen die freiheitlich-demokratische Grundordnung gerichtet sind. Nach Abs. 2 wirken diese Behörden ferner mit

1. bei der Überprüfung von Personen, denen im öffentlichen Interesse geheimhaltungsbedürftige Tatsachen, Gegenstände oder Erkenntnisse anvertraut werden, die Zugang dazu erhalten sollen oder ihn sich verschaffen können,
2. bei der Überprüfung von Personen, die an sicherheitsempfindlichen Stellen von lebens- und verteidigungswichtigen Einrichtungen beschäftigt sind oder werden sollen,
3. bei technischen Sicherheitsmaßnahmen zum Schutz im öffentlichen Interesse geheimhaltungsbedürftigen Tatsachen, Gegenständen oder Erkenntnissen gegen die Kenntnisnahme durch Unbefugte.“

Aus dieser abschließenden Aufzählung der Kompetenzen hat das VG Kassel zu Recht den Schluß gezogen, daß über die Fälle des § 3 Abs. 2 Ziff. 1 und 2 hinaus keine Mitwirkung der Verfassungsschutzämter bei Personenüberprüfungen vorgesehen ist⁷³). Die besonderen tatbestandlichen Voraussetzungen, die in § 3 Abs. 2 Ziff. 1 und 2 genannt sind, wären sonst gegenstandslos. Auch aus der Entstehungsgeschichte der Vorschrift, die ihre heutige Fassung dem Änderungsgesetz von 1972 verdankt, ergeben sich keinerlei Anhaltspunkte für eine stillschweigende Ausdehnung der Kompetenzen; die ausdrücklich erklärte Absicht des Bundestagsinnenausschusses, zu einer Präzisierung der Aufgabenzuweisung an die Verfassungsschutzbehörden zu kommen⁷⁴), spricht im Gegenteil für die hier vertretene Auslegung auf Grund von Wortlaut und Systematik. Auch die Vorschrift des § 3 Abs. 4 des Gesetzes, die in Konkretisierung des Art. 35 GG Gerichte und Behörden auf der einen und das Bundesamt für Verfassungsschutz

62) Dieses Recht zur „Letztkontrolle“ steht nach geltendem Verfassungsrecht dem Bundesverfassungsgericht zu, doch wäre es auch denkbar, statt dessen das Parlament oder einen seiner Ausschüsse mit dieser Funktion zu betrauen.

63) So auch Kriele ZRP 1971, 271. Eine entschädigungslose Enteignung stellt nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE 2, 237) keinen Verstoß gegen eine „übergesetzliche Norm“ dar; da in diese Kategorie auch die in Art. 1 Abs. 2 rezipierten Menschenrechte gehören, dürfte die Entschädigungspflicht kein notwendiger Bestandteil der freiheitlich-demokratischen Grundordnung sein.

64) Für systemimmanente Fortentwicklung der in Art. 79 Abs. 3 GG genannten Prinzipien BVerfG NJW 1971, 275 ff.

65) So im Fall Narr, dokumentiert in KJ 1975, 152.

66) Einschränkend auch BVerfG NJW 1975, 1138.

67) BVerfG NJW 1977, 1075.

68) Bulletin der Bundesregierung 1976, S. 553.

69) So die Bremer Richtlinien unter 4.2. (veröffentlicht im Amtsblatt der Freien Hansestadt Bremen 1977, 87), wobei die Nichtberücksichtigung länger zurückliegender Erkenntnisse allerdings nur eine „grundsätzliche“ ist. In Hamburg beträgt die „Normalfrist“ 2 Jahre.

70) Dies gilt ebenfalls dann, wenn die Ablehnung auf Gründe gestützt wurde, die möglicherweise unter ein Verwertungsverbot gefallen wären.

71) VG Kassel NJW 1977, 692; VG Berlin KJ 1977, 179 sowie die Entscheidung vom 28. 4. 1977, Az.: VG VII A 174.74.

72) i. d. F. vom 7. 8. 1972, BGBl. I S. 1382.

73) VG Kassel NJW 1977, 693 r. Sp.

74) BT-Drucks. VI/3533 S. 1.

auf der anderen Seite zu gegenseitiger Rechts- und Amtshilfe verpflichtet, ändert nichts an dieser Beurteilung. Zum einen kann eine solche Vorschrift keine neuen Kompetenzen schaffen, sondern als verwaltungsinterne Organisationsnorm lediglich Pflichten im Rahmen bestehender Zuständigkeiten begründen. Zum anderen bietet auch hier die Entstehungsgeschichte nicht den geringsten Anhaltspunkt⁷⁵⁾. Eine ungeschriebene Kompetenz anzunehmen verbietet sich schließlich auch deshalb, weil die Weitergabe von Personaldaten an andere Behörden einen Eingriff in die Rechte der betroffenen Bürger darstellt⁷⁶⁾, der nicht ohne gesetzliche Ermächtigung zulässig ist⁷⁷⁾.

Die sich für das Bundesrecht ergebende Unzulässigkeit jeglicher Einschaltung der Verfassungsschutzämter gilt auch für diejenigen Landesgesetze, die die bundesrechtliche Regelung übernommen⁷⁸⁾ oder die eine engere Aufgabenschreibung vorgenommen haben⁷⁹⁾. Anders stellt sich jedoch die Situation in Bayern und Rheinland-Pfalz dar, wo die Zuständigkeit der Landesämter für Verfassungsschutz ausdrücklich auf die Überprüfung von Personen erstreckt wurde, die sich um eine Einstellung in den öffentlichen Dienst bewerben⁸⁰⁾. Ist hier eine jederzeitige Rückfrage möglich?

Die routinemäßige Einschaltung des zuständigen Landesamts stößt jedenfalls dann auf verfassungsrechtliche Bedenken, wenn es um die Aufnahme in einen Vorbereitungsdienst geht, der in der Regel in einem Beamtenverhältnis auf Widerruf abgeleistet wird. Nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts genügt in diesen Fällen eine „vorläufige“ Beurteilung, da die Verwaltung sich während des Vorbereitungsdienstes ein sehr viel vollständigeres Bild über den Bewerber machen kann⁸¹⁾. Es reiche daher aus, wenn alle die Umstände berücksichtigt würden, „die der Einstellungsbehörde ohne weitere zusätzliche Ermittlungen bekannt sind, beispielsweise aus Personal- und Strafakten oder allgemein zugänglichen Berichterstattungen, die sich aber nicht erst von anderen (Staatsschutz-)Behörden systematisch nach entsprechenden Erhebungen zutragen läßt“⁸²⁾. Das bedeutet, daß jedenfalls eine Routineanfrage in jedem zu entscheidenden Fall ausscheidet, und zwar auch dann, wenn sie sich auf die beim Verfassungsschutz bereits gespeicherten Informationen beschränken sollte⁸³⁾. Nicht entschieden ist damit, ob die Behörde dann nachfragen darf, wenn sich etwa aus Zeitungsmeldungen ein Verdacht auf eine wenig verfassungsfreundliche Haltung des Bewerbers ergibt. In diesem Fall könnte jedoch der zweite Gesichtspunkt relevant werden, den das Bundesverfassungsgericht gegen eine Regelüberprüfung ins Feld führt: Sie soll nicht nur wegen der besseren Erkenntnismöglichkeiten im Laufe der Ausbildung, sondern auch deshalb gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verstoßen, weil Ermittlungen dieser Art

„nur Verhaltensweisen zutage fördern, die in die Ausbildungs- und Studienzeiten 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.“⁸⁴⁾

Damit ist nicht allein die bisher praktizierte Massenüberprüfung, sondern jede Einschaltung der Verfassungsschutzämter ausgeschlossen. Etwas anderes könnte nur dann gelten, wenn im Einzelfall das öffentliche Interesse an der Abwehr verfassungsfeindlicher Bewerber gegenüber den beschriebenen negativen Auswirkungen überwiegen würde. Dies wäre etwa bei den sog. sicherheitsempfindlichen Bereichen der Fall⁸⁵⁾, doch ist insoweit nach allen einschlägigen Gesetzen (mit Recht) die Einschaltung der Verfassungsschutzbehörden sowieso vorgesehen. In anderen Teilen der Verwaltung ist ein überwiegendes öffentliches Interesse kaum denkbar, zumal eine etwaige Pflichtverletzung durch verfassungsfeindliche Betätigung mit dem sofortigen Widerruf des Beamtenverhältnisses beantwortet werden kann.

Gelten diese für den Vorbereitungsdienst aufgestellten Grundsätze auch für die Berufung in das Beamtenverhältnis

auf Probe? Meines Erachtens ist nichts ersichtlich, was einer Übertragung der Argumente des Bundesverfassungsgerichts auf diesen Fall entgegenstehen würde: Auch hier hat der Dienstherr während der mehrere Jahre dauernden Probezeit umfassende Möglichkeiten, den Bewerber samt seiner Einstellung zur Verfassung kennenzulernen. Auch hier hätte eine Regelüberprüfung dieselben Effekte für das öffentliche Bewußtsein und das Ansehen des freiheitlichen Staates. Auch hier könnte im Falle verfassungsfeindlicher Aktivitäten im Dienst die Tätigkeit sofort beendet, d. h. die Entlassung aus dem Probebeamtenverhältnis verfügt werden. Eine andere Beurteilung käme daher allenfalls bei der Ernennung zum Lebenszeitbeamten in Betracht, doch ist dies ein mehr theoretisches Problem, da nach § 9 Abs. 1 Ziff. 3 BBG und nach § 6 Abs. 1 BRRG eine Bewährung als Beamter auf Probe vorausgehen muß⁸⁶⁾.

c) Rechtliches Gehör

Hat die Einstellungsbehörde auch ohne Rückgriff auf länger zurückliegende Vorgänge (oben a) und ohne Einschaltung des Verfassungsschutzes (oben b) auf Tatsachen gegründete Zweifel an der Verfassungstreue eines Bewerbers, so sollte sie ihm Gelegenheit geben, sich zu den gegen ihn sprechenden Verdachtsmomenten schriftlich oder mündlich zu äußern⁸⁷⁾. Das dabei einzuhaltende Verfahren ist in den Grundsätzen der Bundesregierung für die Prüfung der Verfassungstreue relativ detailliert und nach rechtsstaatlichen Erfordernissen geregelt worden, so daß hierauf verwiesen werden kann⁸⁸⁾.

4. Die Prognose künftiger Verfassungstreue

Die bei der Einstellung vorgenommene Überprüfung der Verfassungstreue hat nicht den Sinn, negative Urteile über Vergangenes zu formulieren, sondern soll — wie niemand bestreitet — allein eine Prognose über das künftige Verhalten des Bewerbers ermöglichen. In der Praxis scheint dabei in vielen Fällen die Vorstellung einer Art Verhaltenskontinuität zu bestehen — wer sich einmal verfassungswidrig betätigt hat, wird — so eine verbreitete Annahme — auch in Zukunft Aktivitäten gegen die freiheitlich-demokratische Grundordnung entfalten. Das Bundesverwaltungsgericht hat der Zugrundelegung eines solchen „Erfahrungssatzes“ dadurch Vorschub geleistet, daß es auf der einen Seite zwar mit Recht darauf hinwies, menschliches Verhalten sei nicht sicher vorherbestimmbar, daß es sich auf der anderen Seite aber mit der formelhaften Umschreibung begnügte, es dürften „keine Umstände vorliegen, die nach der Überzeugung der Ernennungsbehörde die künftige Erfüllung der Pflicht zur Verfassungstreue zweifelhaft erscheinen lassen“⁸⁹⁾. Damit ist die Abgabe einer pessimistischen Prognose bei einiger (gewollter oder unbewußter) Skepsis so gut wie immer möglich.

Demgegenüber ist mit Nachdruck zu betonen, daß die Einstellungsbehörde wie jede andere Verwaltungsbehörde zu

75) Eingehend VG Kassel NJW 1977, 694.

76) So die ganz herrschende Meinung im Datenschutzrecht — s. die Nachweise in der Entscheidung des VG Berlin vom 28. 4. 1977.

77) Ähnlich BVerfG NJW 1971, 275, 278, wonach die durch Überwachungsmaßnahmen nach dem Gesetz zu Art. 10 GG erlangten Informationen nicht an andere Behörden weitergeben dürfen.

78) Z. B. § 2 des Berliner Gesetzes über das Landesamt für Verfassungsschutz i. d. F. vom 6. 5. 1974 (GVBl. S. 1250).

79) Z. B. § 2 des Saarländischen Gesetzes Nr. 588 über die Errichtung eines Landesamtes für Verfassungsschutz (vom 8. 7. 1957, Abl. S. 669).

80) § 2 Abs. 2 Ziff. 4 bayr. Gesetz über die Errichtung eines Landesamts für Verfassungsschutz (in der Fassung vom 8. 8. 1974, GVBl. S. 467); § 3 Abs. 2 Ziff. 4 des Landesgesetzes über den Verfassungsschutz in Rheinland-Pfalz (vom 23. 1. 1975, GVBl. S. 33).

81) BVerfGE 39, 334, 356.

82) Wie Fn. 81.

83) So aber Specht ZBR 1977, 95 ff., der überdies nicht bedenkt, daß der Zeitpunkt von Ermittlungen sich gerade in diesem Bereich sehr schwer kontrollieren läßt.

84) BVerfGE 39, 334, 356/357.

85) Hier würde dann die sog. Zweckentfremdungsregel nicht eingreifen, die es verbietet, die mit Rücksicht auf einen bestimmten öffentlichen Zweck gesammelten Informationen einer anderen Behörde zugänglich zu machen, die sie dann für ihre (andersartigen weniger gravierenden) Zwecke verwendet. Dazu VG Berlin a. a. O.

86) Eine Ausnahme gilt nach § 107 BRRG für ordentliche und außerordentliche Professoren, doch greift insoweit Art. 5 Abs. 3 GG ein, der die Berücksichtigung früherer wissenschaftlicher Äußerungen zu Lasten des Bewerbers verbietet.

87) Das BVerfG beschränkt sich auf die Pflicht der Behörde, die zur Ablehnung führenden Gründe dem Bewerber nachträglich mitzuteilen (BVerfGE 39, 334, 352 ff.).

88) Bulletin der Bundesregierung 1976, 553.

89) BVerfG NJW 1975, 1137.

einer umfassenden Aufklärung des ihrer Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalts verpflichtet ist⁹⁰⁾. Daraus folgt, daß sie keine Erfahrungssätze zugrundelegen darf, deren Existenz zumindest zweifelhaft ist⁹¹⁾. Sozialpsychologische Forschungen haben ergeben, daß sich die Einstellung des einzelnen meist an die „Rollenerwartungen“ seiner Umwelt anpaßt, daß er sich einem Konformitätsdruck beugt⁹²⁾. Besonders interessant sind in diesem Zusammenhang auf breiter Basis angestellte empirische Untersuchungen zur Einstellung von Lehrern: Während sich ihre Einstellungen zu Problemen von Schule und Erziehung während des Hochschulstudiums in „progressiver“ Weise verändert, kehren sie nach ihrem Eintritt in die Praxis relativ schnell wieder zu den ursprünglichen Auffassungen zurück⁹³⁾. Kann Vergleichbares nicht auch für politische Haltungen angenommen werden? Deutet nicht der relativ hohe Wahlerfolg „radikaler“ Studentengruppen und die totale Wahlniederlage vergleichbarer Parteien gerade in diese Richtung?

Es ist hier nicht der Ort, auf diese Probleme eine endgültige Antwort zu versuchen. Was allein deutlich werden soll, ist die Fragwürdigkeit des in der Praxis zugrunde gelegten Erfahrungssatzes, wer einmal ein „Verfassungsfeind“ sei, bleibe dies auch in Zukunft, und zwar unter veränderten beruflichen, wirtschaftlichen und familiären Bedingungen. Ein weiteres Indiz für die Unrichtigkeit dieser Annahme ist die Tatsache, daß sich bisher so gut wie nie die Notwendigkeit ergab, gegen die im öffentlichen Dienst befindlichen „radikalen“ Lebenszeitbeamten im Disziplinarwege vorzugehen⁹⁴⁾. Da diese Personengruppe entweder in den Jahren 1968 bis 1972 eingestellt oder erst nach endgültiger Verbeamtung einer „radikalen“ Organisation beigetreten ist, läßt sich dies nicht damit erklären, es handle sich hier um eine atypische Gruppe von „Verfassungsfeinden“. Alles spricht vielmehr für die Annahme, daß sich ihre politische Einstellung eben nicht in der Amtsführung ausgewirkt hat, daß sie — wie dies auch sonst vom Beamten gefordert wird — Persönliches und Dienstliches streng auseinanderhalten⁹⁵⁾. Mit Recht haben weiter Kriele⁹⁶⁾ und Martin

Hirsch⁹⁷⁾ darauf hingewiesen, daß man nach 1945 Hunderttausende ehemalige Angehörige der NSDAP und anderer nationalsozialistischer Organisationen im öffentlichen Dienst beließ oder auf Grund des 131er Gesetzes wieder aufnahm, und daß die hierbei gemachten Erfahrungen jedenfalls insoweit positiv sind, als die Verbreitung nationalsozialistischen Gedankenguts eine absolute Ausnahmeerscheinung blieb. Auch dies spricht eindeutig gegen den angeblichen Grundsatz der Verhaltenskontinuität und legt eher einen gegenteiligen Erfahrungssatz nahe. Von Extremfällen strafbaren Verhaltens und einer in der Vergangenheit erwiesenen „Rollenresistenz“ einmal abgesehen, stellt sich so in der Tat die Frage, ob man das, was man hunderttausenden ehemaligen Nationalsozialisten einräumte, nämlich einen Vertrauensvorschuß im Hinblick auf ihre Integration in den demokratischen Staat — nicht auch den ca. fünftausend Personen gewähren sollte, die in den letzten Jahren auf Grund von „Erkenntnissen“ des Verfassungsschutzes einer eingehenden politischen Überprüfung unterzogen wurden⁹⁸⁾. Der Satz des Bundesarbeitsgerichts, die Demokratie solle nicht die Hoffnung aufgeben, daß ihre Argumente letztlich die überzeugenderen sind⁹⁹⁾, muß mehr als bisher Beachtung finden.

90) Vgl. auch BVerfGE 39, 334, 353.

91) Die Zugrundelegung von Erfahrungssätzen unterliegt der gerichtlichen Überprüfung sogar noch in der Revisionsinstanz.

92) Siehe den Überblick bei Berkowitz, Grundriß der Sozialpsychologie, München 1976, S. 111 ff.

93) Jens-Jörg Koch, Lehrer-Studium und Beruf. Einstellungswandel in den beiden Phasen der Ausbildung, Ulm 1972.

94) Ausweislich des Verfassungsschutzberichtes 1976 befanden sich im Jahre 1976 insgesamt 144 „Linksextremisten“ und 559 „Rechtsextremisten“ im öffentlichen Dienst des Bundes, der Länder und der Gemeinden.

95) Zur Trennung von Persönlichem und Politischem im Beamtenrecht zu referend Groth KJ 1975, 297; H. P. Schneider, Blätter für deutsche und internationale Politik 1975, 1029 ff.

96) ZRP 1975, 204.

97) DDB 1976, 224.

98) Zahlenangabe nach Lange NJW 1976, 1813 und Schmude DDB 1976, 93.

99) BAG NJW 1976, 1712.

Professor Dr. Wulf Damkowski, Hamburg

Zur Effizienz von Partizipation an öffentlichen Planungsprozessen

Die semantische Inflation des Partizipationsbegriffes in den letzten Jahren ist nicht zu leugnen¹⁾. Eine kurze definitorische Vorbemerkung erscheint daher notwendig. In Abgrenzung zu Formen innerorganisatorischer Demokratie²⁾ soll hier unter Partizipation die unmittelbare Teilhabe direkt betroffener Bevölkerungsgruppen an öffentlichen Planungen verstanden werden³⁾. Hiermit ist zunächst absichtlich zweierlei ausgeklammert, nämlich:

1. Die Frage nach Reichweite und Verbindlichkeit von Partizipation und
2. das Problem der Teilhabe an nicht-öffentlichen, insbesondere privatwirtschaftlichen Planungen.

Auf beide Punkte wird im folgenden noch zurückzukommen sein.

Ein wesentliches Argument der Gegner von verstärkter Partizipation ist, daß Partizipation zu Effizienzverlusten führe⁴⁾. Von der Position einer überwiegend positiven Beurteilung von Partizipation lohnt es sich daher, diese Effizienzfrage näher zu beleuchten.

I. Partizipation und Effizienzbegriff

Die Kontroverse um diese Frage beruht offenbar auf der Verwendung unterschiedlicher Effizienzbegriffe. Denn der verbreiteten Einschätzung, Partizipation führe zu Effizienzverlusten, liegt ein stark verengter Begriff von Effizienz zugrunde, der hier als technisch-ökonomische Effizienz bezeichnet werden soll.

1. Dieser Begriff wird im allgemeinen definiert als optimale Relation quantifizierter Kosten und Nutzen, wobei

entweder der Akzent auf die Nutzenmaximierung oder auf die Kostenminimierung oder sogar auf beides gelegt wird⁵⁾. Hinsichtlich der Einschätzung von Partizipation

- 1) Hierzu U. v. Alemann, Partizipation, Demokratisierung, Mitbestimmung, in: ders. (Hrsg.), Partizipation — Demokratisierung — Mitbestimmung, S. 13 ff. (16).
- 2) Grundlegend F. Naschold, Organisation und Demokratie.
- 3) Zur vertieften Ausformung dieser Definition vgl. Damkowski, Partizipation und Innovation in der Gesamthochschule (erscheint voraussichtlich Ende 1977), Kap. I, 2. Abschn. 1.
- 4) Vgl. hierzu die verschiedenen Einschätzungen von Partizipation bei U. v. Alemann a. a. O., S. 24/25.
- 5) Vgl. P. Neffgen, Zur Notwendigkeit einer betriebswirtschaftlichen Orientierung in der öffentlichen Verwaltung, Staats- und Kommunalverwaltung 1976, 295 ff. (296); B. A. Macy, P. H. Mirvis, A Methodology for Assessment of Quality of Work Life and Organizational Effectiveness in Behavioral — Economic Terms, ASQ 1976, Nr. 2 212 ff. (215/216); E. S. Redford, Ideal and Practice in Public Administration, S. 5; D. K. Pfeiffer, Organisationssoziologie, S. 42; J. Schmidt, Wirtschaftlichkeit in der öffentlichen Verwaltung, S. 16; W. Scheel, Wirtschaftlichkeit im kommunalen Haushalts- und Finanzwesen, in: A. Rehkopp (Hrsg.), Dienstleistungsbetrieb Öffentliche Verwaltung, S. 116/117; J. Denso, D. Ewingmann, K. H. Hansmeyer, R. Koch, H. König, H. Siedentopf, Verwaltungseffizienz und Motivation, S. 24; H. U. Derlin, Theoretische und methodische Probleme der Beurteilung organisatorischer Effizienz der öffentlichen Verwaltung, Die Verwaltung 1974, 1 ff. (2 ff., aber differenzierend, vgl. S. 11, 15); C. Offe, Rationalitätskriterien und Funktionsprobleme politisch-administrativen Handelns, Leviathan 1974, 333 ff. (336, aber Tendenz zur Erweiterung des Effizienzbegriffes: vgl. S. 341); W. Rushing, Differences in Profit and Nonprofit Organizations: A Study of Effectiveness and Efficiency in General Short-Stay Hospitals, ASQ 1974, 474 ff. (477); W. H. Staehle, Die Stellung des Menschen in neueren betriebswirtschaftlichen Theoriesystemen, ZfB 1975, 713 ff., der die engen Effizienzbegriffe in der neueren Betriebswirtschaftslehre darstellt (S. 717, 719, 722); K. Olshausen, Partizipation und Demokratie, Beiträge zur Konfliktforschung 1976, H. 4, 95 ff. (106; Forderung nach empirischer Überprüfung der These, daß Partizipation die Effizienz steigere).