



Staats- und
Universitätsbibliothek
Bremen



Kooperationsprojekt - Digitalisierung Drucksachen der Bremischen Bürgerschaft

Drucksache / Bremische Bürgerschaft, Landtag 10. Wahlperiode, 1979-1980

04.08.1980 - Drucksache 10/287

Staats-und Universitätsbibliothek Bremen - Digitale Sammlungen

Mitteilung des Senats

Verfahren bei Feststellung des Erfordernisses der Verfassungstreue von Bewerbern für den öffentlichen Dienst

Der Senat hat am 14. März 1977 Richtlinien für das Verfahren bei Feststellung des Erfordernisses der Verfassungstreue von Bewerbern für den öffentlichen Dienst erlassen (Amtsblatt 1977 Nr. 19 S. 87).

Die Bürgerschaft (Landtag) hat in ihrer Sitzung am 17. März 1977 über diese Richtlinien debattiert und sie durch Beschluß begrüßt.

In der Zwischenzeit ist verschiedentlich die Verfassungsmäßigkeit einiger Bestimmungen der Richtlinien in Zweifel gezogen worden.

Der Senat der Freien Hansestadt Bremen hat sich daher entschlossen, Herrn Prof. Dr. jur. Erhard Denninger von der Universität Frankfurt am Main mit der Erstellung eines Rechtsgutachtens zur Frage der Verfassungsmäßigkeit der bremischen Richtlinien zu beauftragen. Dieses Rechtsgutachten kommt zu dem Ergebnis, daß die umstrittenen Bestimmungen (Nr. 2.1, 2.3, 3 und 4.2 der Richtlinien) verfassungsrechtlich sämtlich unbedenklich sind. Der Senat prüft zur Zeit auf der Grundlage dieses Gutachtens, ob und ggf. in welchen Punkten die Bremer Richtlinien vom 14. März 1977 weiter zu entwickeln sind. **Es wird hiermit der Bürgerschaft (Landtag) zur Kenntnisnahme zugeleitet.**

zur Frage der Verfassungsmäßigkeit der Bremer Richtlinien für das Verfahren bei Feststellung des Erfordernisses der Verfassungstreue von Bewerbern für den öffentlichen Dienst vom 14. März 1977

erstattet im Auftrag des Senats der Freien Hansestadt Bremen

von

Dr. Erhard Denninger

Professor für Öffentliches Recht und Rechtsphilosophie an der
Johann Wolfgang Goethe-Universität
Frankfurt am Main

— 1979 —

Inhaltsübersicht

I. Vermutung der Verfassungstreue zugunsten des Bewerbers für den öffentlichen Dienst? (Zu Nr. 2.1 der Bremer Richtlinien)

1. Politische Erklärungen und Beschlüsse von Verfassungsorganen zur Treuevermutung
2. Stellungnahmen im rechtswissenschaftlichen Schrifttum
3. Positionen des Bundesverwaltungsgerichts und des Bundesverfassungsgerichts
4. Verfassungsrechtliche Unbedenklichkeit einer Ausgangsvermutung zugunsten der Verfassungstreue eines Bewerbers?
 - a) Präzisierung der Fragestellung
 - b) Treuevermutung als notwendige Hilfe zur Überwindung von Rest-Ungewißheit und zur Sicherung der Kontinuität des Treue-Gewährbietens
 - c) Verfassungsrechtliche Grenzen für die Annahme einer Loyalitätsvermutung. Diskussion der Argumente
 - d) **Erstes Teilergebnis**

II. Zulässigkeit eines (teilweisen) Verzichts auf die Regelanfrage bei den Verfassungsschutzbehörden? (Zu Nrn. 2.3 und 2.4 der Bremer Richtlinien)

1. Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und Grundsatz der Amtsermittlung, § 24 VwVfG
 - a) Grenzen der Amtsermittlung aus Gesichtspunkten rationaler Verwaltungsführung
 - b) Grenzen der Amtsermittlung aus der Berücksichtigung verfassungsrechtlicher Wertmaßstäbe
 - 1) Folgen des Verhältnismäßigkeitsprinzips
 - 2) Berücksichtigung der Folgen für die Allgemeinheit
 - 3) Rückwirkungen auf die Offenheit des demokratischen Prozesses und auf die Autonomie des Regelgehorsams
 - 4) Zur Gegenargumentation aufgrund der „Einheit der Staatsgewalt“
 - aa) der funktionellrechtliche Aspekt
 - bb) der grundrechtliche Aspekt
2. Zulässigkeit einer Differenzierung der Anfrage-Regelung nach den Funktionen der Bediensteten?
 - a) Zulässigkeit einer Gruppendifferenzierung überhaupt?
 - b) Zulässigkeit der in den Bremer Richtlinien getroffenen Differenzierung?

3. Teilergebnisse zu II.

III. Zulässigkeit einer besonderen Sicherheitsüberprüfung? (Zu Nr. 3 der Bremer Richtlinien)

Teilergebnis zu III.

IV. Zulässigkeit der Nichtberücksichtigung bestimmter Arten von Tatsachen?
(Zu Nr. 4.2 der Bremer Richtlinien)

1. Nichtberücksichtigung von Tatsachen aus der Studien- und Ausbildungszeit?
2. Nichtberücksichtigung länger zurückliegender Tatsachen

3. Teilergebnis zu IV.

V. Gesamtergebnis

I. Vermutung der Verfassungstreue zugunsten des Bewerbers für den öffentlichen Dienst? (Zu Nr. 2.1 der Bremer Richtlinien)

1. Nr. 2.1 der Bremer Richtlinien zum „Verfahren bei Feststellung des Erfordernisses der Verfassungstreue von Bewerbern für den öffentlichen Dienst“ vom 14. März 1977 (Amtsblatt Nr. 19 vom 31. 3. 1977, S. 87, im Folgenden: Bremer Richtlinien) lautet:

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

Dieser Grundsatz entspricht inhaltlich der Entschließung des **Deutschen Bundestages** vom 24. 10. 1975, 197. Sitzung, in der es unter Ziff. 1 u. a. heißt:

„— 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.“

(Vgl. Wortlaut auch bei **P. Frisch**, Extremistenbeschluß, 4. Aufl. Leverkusen 1977, S. 145)

Dieser Passus hat wörtliche Aufnahme gefunden in II.8. der „Grundsätze für die Prüfung der Verfassungstreue vom 19. Mai 1976“, welche die **Bundesregierung** beschlossen hat (Bulletin Nr. 59/S. 553, 21. 5. 1976). Schon vor der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 22. 5. 1975, nämlich in der Beratung des Deutschen Bundestages vom 15. 11. 1974 über einen Gesetzentwurf zur Änderung des Beamtenrechtsrahmengesetzes etc. hatte sich der damalige Bundesminister des Innern, **W. Mailhofer**, im Sinne einer Ausgangsvermutung für die Verfassungstreue eines Bewerbers ausgesprochen. Hierin liege ein „jedem unbescholtenen Bürger in einem freiheitlichen Staat gewährter **Vertrauensvorschuß**, der auch dem Bewerber um eine Stelle im öffentlichen Dienst zunächst einmal zugute kommt“. (BT-Protokolle 7/8959 ff.)

Die wichtigste verfahrenspraktische Konsequenz der Bejahung einer solchen Vermutung besteht in dem teilweisen oder sogar gänzlichen Verzicht auf die sog. **Regelanfrage** (Routineanfrage) der Einstellungsbehörden bei den Innenministern/-senatoren bzw. unmittelbar bei den Ämtern für Verfassungsschutz.

— Abw. **M. Kriele**, der einerseits eine Vermutungsregel,

„wonach jeder Bundesbürger für die freiheitlich-demokratische Grundordnung eintritt“, ausdrücklich **bejaht**, andererseits aber einen Verzicht auf die Regelanfrage (heute, im Gegensatz zu den Verhältnissen der 50er und 60er Jahre) für verfassungswidrig hält. Vgl. NJW 1979, S. 1 und 7. In seinem Aufsatz „Die Gewähr der Verfassungstreue“ in: Frankfurter Allgemeine Zeitung Nr. 236 vom 25. 10. 1978, S. 10 hatte sich **Kriele** aber **gegen** eine Vermutungsregel ausgesprochen, indem er mit Bezug auf eine Vermutung der Verfassungsloyalität in Verbindung mit dem Gleichheitssatz des Art. 33 Abs. 2 GG und einem aus beiden gefolgerten (von wem?) angeblichen Anspruch auf Einstellung in den öffentlichen Dienst meint, so führe „der Staat den Bürgern die Kunst der Rechtsverdrehung vor“.

In den Bremer Richtlinien ergibt sich die Konsequenz eines teilweisen Verzichts auf die Regelanfrage daraus, daß die Kategorien von Beamten bzw. Angestellten und diejenigen Fälle, bei denen vor der Einstellung beim Senator für Inneres regelmäßig nachgefragt werden muß, abschließend enumeriert werden.

Auch die **Bundesregierung** hat sich mit Beschluß vom 17. 1. 1979 und mit Wirkung vom 1. 4. 1979 an für ihren Bereich entschieden, von der Regelanfrage abzusehen. In der Neufassung der Grundsätze für die Prüfung der Verfassungstreue heißt es unter II.:

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

1.1 Anfragen dürfen nicht routinemäßig erfolgen.

1.2 ...“

— Bulletin Nr. 6/S. 45 ff. vom 19. 1. 1979, ferner in BT-Drs. 8/2482, S. 7, Anlage — Allerdings kommt die Bundesregierung hinsichtlich der **Treue-Vermutung** in ihrem am 8. 11. 1978 beschlossenen „Verfassungsrechtlichen Rahmen für die Verfassungstreue-Prüfung im öffentlichen Dienst“ zu einer im Vergleich zu den oben zitierten Grundsätzen vom 19. Mai 1976 zurückhaltenderen Auffassung. Zur Frage, ob „den Verfahren eine Rechtsvermutung der Verfassungstreue des Bewerbers zugrunde gelegt werden“ dürfe, heißt es unter 2.2:

„Der Staat geht bei der Prüfung aus von einer verfassungstreuen Einstellung seiner Bürger. Jedoch würde die Aufstellung einer dementsprechenden Rechtsvermutung (d. h. einer generell geltenden Rechtsfolge der Vermutung) für die Einstellungsprüfung nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nicht zulässig sein; das Bundesverfassungsgericht führt aus: nur wenn die Einstellungsbehörde zur Überzeugung von der Gewähr der Verfassungstreue gelangt ist, kann sie den Bewerber einstellen.“

— Bulletin Sonderdruck aus Nr. 131/S. 1221 ff. vom 14. 11. 1978 —

2. Im **Schrifttum** sind die beiden Fragen

- a) ob es eine Treue-Vermutung geben dürfe, und
- b) welche Rechtswirkungen ihr gegebenenfalls im Hinblick auf das Anfrageverfahren zukommen könne,

heftig umstritten, zum Teil in sachlich wenig qualifizierte Polemik eingebettet.

— Als Beispiel einer solchen vgl. **H. Krüger**, Verzicht auf die Gewähr der Verfassungstreue? in: ZPR 1978, S. 273 ff., 277. Vgl. ferner die Gegenkritiken von **Rasehorn**, **Wessig** und **Rieth**, in ZPR 1979, S. 79 f. —

Gegen eine allgemeine, also auch den Dienstbewerbern zugute kommende Vermutung der Verfassungstreue haben sich in jüngster Zeit vor allem **K. Stern** (Kurzes Rechtsgutachten für den Innenminister des Landes Nordrhein-Westfalen vom 1. 11. 1978) und der Bundesverfassungsrichter i. R. **W. Geiger** (Rechtsprobleme bei der Einstellung in den öffentlichen Dienst, in: EuGRZ 1978, S. 533 ff., 535) ausgesprochen. (Vgl. ferner: **G. Eiselt**, Vermutung der Verfassungstreue des Staatsbürgers? in: DOV 1979, S. 162 ff.; **K.-G. Meyer-Teschendorf**, Amtshilfe durch den Verfassungsschutz, ZBR 1979, S. 261 ff.)

Für eine solche Loyalitätsvermutung haben sich z. B. im Jahre 1976 **K. Lange**, („Radikale“ im öffentlichen Dienst?, NJW 1976, S. 1809 ff., 1816, unter Bezugnahme auf die BT-Entschließung 1975), 1977 **R. Dreier** (Verfassung und Ideologie, in: Gedächtnisschrift für F. Klein, 1977, S. 86 ff., 108) und 1978 der **Verfasser** (Verfassungstreue und Schutz der Verfassung, Bericht auf der Tagung der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer, in: VVDStRL Heft 37, 1979, S. 30, 32) sowie 1979 **M. Kriele** (a.a.O., NJW 1979, S. 1) ausgesprochen. Eine Sonderstellung nimmt in diesem Fragezusammenhang **E.-W. Böckenförde** (Der Staat als sittlicher Staat, 1978, S. 26 ff.; ferner: Verhaltensgewähr oder Gesinnungstreue? in: F.A.Z. Nr. 273 vom 8. 12. 1978, S. 9) insofern ein, als er die Ausweitung der Beamtentreuepflicht auf **Gesinnungstreue** grundsätzlich kritisiert, die Rückkehr zur Forderung bloßer **Verhaltenstreue**, also eines bloß gesetzmäßigen Verhaltens auch der Beamten befürwortet und von diesem Standpunkt aus zu einer impliziten Vermutung der Gesetzestreue bzw. Verfassungstreue des Bürgers gelangt: ... „ein Verhalten, das sich ... im gesetzlichen Rahmen bewegt, gibt keinen Anlaß zu Zweifeln der Gesetzestreue, darf auch kein Anknüpfungspunkt rechtlicher Nachteile sein“. Das müsse auch für den Zugang zum öffentlichen Dienst gelten (a.a.O., F.A.Z.). Gesinnungsprüfung sei letztlich unmöglich und hänge daher von einer Vorgabe an Vertrauen oder Mißtrauen ab. (Der Staat, als sittlicher Staat, a.a.O., S. 27.)

Selbst **Stern**, der sich 1978 (nach der Tagung der Staatsrechtslehrer) vehement

gegen eine Vermutung der Verfassungstreue wendet („Nichts darf vermutet werden, alles muß nachweisbar feststehen“, a.a.O., S. 3), um von hier aus die **Pflicht** zur Regelanfrage abzuleiten, hatte sich in der monographischen Behandlung des Themas 1974 (Zur Verfassungstreue der Beamten, München 1974, S. 29) wesentlich weniger apodiktisch gezeigt. Auch damals ist seine **materiellrechtliche** Aussage die gleiche: Steht die Verfassungstreue des Bewerbers nicht fest, darf eine Ernennung nicht erfolgen. Aber für die **verfahrensrechtliche** Seite des Problems soll (1974!) die Maxime gelten: „Sofern sich nicht Anhaltspunkte für ein Fehlen der Verfassungstreue ergeben, wird die Behörde diese in der Regel als gegeben annehmen können“ (Stern, a.a.O., S. 29). Man kann dies als eine de-facto-Vermutung der Verfassungstreue bezeichnen.

3. Das **Bundesverwaltungsgericht** hat eine dem strafrechtlichen Grundsatz „in dubio pro reo“ vergleichbare Vermutungsregel für das Recht der Beamtenernennung **verneint**, u. a. mit dem wichtigen Hinweis, im Strafrecht gehe es um die Beurteilung abgeschlossener Tatbestände, bei der Beamteneignungsprüfung jedoch um eine zukunftsbezogene Prognose, dazu s. aber unten 4. b) (BVerwGE 47, 330 ff., 339).

Das **Bundesverfassungsgericht** hat in seinem grundlegenden Beschluß zur Beamten-Treuepflicht (BVerfGE 39, 334 ff.) zur Frage der Loyalitätsvermutung nicht ausdrücklich Stellung genommen. Es hat jedoch die Treuepflicht und die **Prüfung des Bewerbers**, ob er die Gewähr biete, jederzeit für die freiheitliche demokratische Grundordnung einzutreten, als die (unmittelbar) aus Art. 33 Abs. 5 GG sich ergebende Rechtslage festgelegt und deren Differenzierung je nach der Art der dienstlichen Obliegenheiten des Beamten für unzulässig erklärt (a.a.O., S. 355). Der Staat müsse **sicherstellen**, „daß in den Beamtenapparat nicht Verfassungsfeinde eindringen“ (S. 370). Der Dienstherr habe, auch dem Bewerber gegenüber, die Pflicht, die verfassungsrechtlich möglichen Vorkehrungen zu treffen, damit er nicht genötigt werde, Beamte wegen Verletzung ihrer politischen Treuepflicht in ein Disziplinarverfahren zu ziehen (S. 352). Das Gericht macht, abgesehen von der vielzitierten Passage über den Vorbereitungs- und Probendienst (S. 356 f., dazu unten) nur wenige Aussagen darüber, **auf welche Weise** sich die Einstellungsbehörde die Grundlagen für ihre Urteilsbildung über das Gewährbieten des Bewerbers zu verschaffen habe. Die Regelanfrage wird — von der genannten Ausnahme für den Vorbereitungs- oder Probendienst abgesehen — so wenig erwähnt wie eine allgemeine Loyalitätsvermutung, welche jene eventuell teilweise ersetzen könnte. Immerhin hat sich das Gericht an einer Stelle doch auch über die Modalitäten der Urteilsbildung geäußert. Es müsse sich um ein prognostisches Urteil über die (ganze) Persönlichkeit des Bewerbers und nicht nur über einzelne Beurteilungselemente handeln. Hierfür sei nicht selten der persönliche Eindruck von Bedeutung. Deshalb hätten Personalreferenten und Behördenleiter seit je Wert auf eine persönliche Vorstellung der Bewerber gelegt oder sie zu einem Vorstellungsbuchung eingeladen, „und zwar nicht nur, wenn Bedenken dagegen bestanden, ob der Bewerber die Gewähr bietet, jederzeit für die freiheitliche demokratische Grundordnung einzutreten. Mehr als dies kann auch nicht für den letztgenannten Fall gefordert werden“ (a.a.O., S. 353 f.). Dieser letzte Satz ist in zahlreichen Analysen, die die Entscheidung bisher erfahren hat, entweder nicht gesehen oder nicht gewürdigt worden.

4. a) Auf dem Hintergrund dieses Sach- und Streitstandes ist die Frage nach der verfassungsrechtlichen Unbedenklichkeit einer Ausgangsvermutung zugunsten der Verfassungstreue zu stellen, wie sie in Nr. 2.1 der Bremer Richtlinien vorgesehen ist.

Zunächst ist der Sinn des Satzes zu klären, der Dienstherr gehe von der Vermutung aus, daß der Bewerber die Gewähr der Verfassungstreue biete (unten b). Sodann ist nach den Rechtswirkungen zu fragen, die dieser Satz als normativer Satz entfaltet. Denn da die Verfassung den Tatbestand des bloßen Habens oder Nichthabens einer Vermutung weder positiv noch negativ irgendwie sanktioniert, kann sich eine Verfassungswidrigkeit einer **normierten**, also als Präskription zu verstehenden Vermutung nur vermöge der an sie anknüpfenden Rechtswirkungen ergeben. Schließlich ist deren Verfassungsmäßigkeit zu untersuchen (unten c) und II.).

b) Während bei der juristischen **Fiktion** ein Tatbestand, dessen Nichtexistenz **gewiß** ist, im Hinblick auf bestimmte Rechtswirkungen doch als existent unterstellt wird (bzw. umgekehrt), besteht der Sinn einer **Vermutung** darin, in der Situation einer tatsachenbezogenen **Ungewißheit** die Entscheidung zugunsten

der Annahme oder Nichtannahme des Vorliegens eines Tatbestandes zu ermöglichen. Prozessual hat die Vermutung die Funktion einer Beweisersparnis oder -erleichterung: Wer sich auf eine Vermutung berufen kann, braucht den zu vermutenden Tatbestand nicht zu beweisen.

Für die **Beamtenernennung** ist zunächst weniger der prozeßrechtliche als vielmehr der materiellrechtliche Aspekt von Bedeutung. Die Situation der Ungewißheit, in der die Loyalitätsvermutung zum Tragen kommen kann, ist hier durch zwei Momente gekennzeichnet: 1. durch die Bezogenheit der beamtenrechtlichen Gewährleistungsklausel (vgl. § 4 Abs. 1 Nr. 2 BRRG, § 8 Abs. 1 Nr. 2 BremBG usw.) auf ein **zukünftiges** Verhalten („jederzeit . . . eintritt“), welche das Eignungsurteil mit der Ungewißheit belastet, welche jeder Zukunftsprognose anhaftet, und 2. durch ihre Bezogenheit, legt man die verbindliche Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zugrunde (E 38, 348 f.), auf den **inneren** Tatbestand einer **Gesinnung**, die sich zwar in äußeren, objektiv feststellbaren Verhaltensweisen mehr oder minder zuverlässig zu manifestieren vermag, deren Ermittlung aber immer mit den Unsicherheiten der Subjektivität dessen behaftet ist, der jeweils die äußeren Anzeichen für Gesinnung interpretiert. Das bloß „formal korrekte“, gesetzestreue Verhalten des Beamten soll ja eben nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (a.a.O.) für die Erfüllung der politischen Treuepflicht gerade nicht ausreichen. „Die Gesinnung aber kann nur von der Gesinnung erkannt und beurteilt werden . . .“, wie schon Hegel (Theorie Werkausgabe, Band 12, S. 532 f.) dargelegt hat; letztlich spielt, wie Böckenförde sagt (oben, a.a.O.), eine „**Vorgabe an Vertrauen oder Mißtrauen**“ hier eine entscheidende Rolle.

Diese Situation einer doppelten Ungewißheit besteht in den allermeisten Fällen ganz unabhängig davon, ob die Regelanfrage bei den Verfassungsschutzämtern erfolgt oder nicht. Dies zeigt folgende Überlegung: Ohne hier auf genaue Zahlen im einzelnen einzugehen — denn nur die Größenordnungen sind von Bedeutung — kann gesagt werden: Während bei praktizierter Regelanfrage in zweieinhalb Jahren (Anfang 1973 bis Mitte 1975) ca. 460 000 Anfragen erfolgten, erreicht die Zahl der Fälle, in denen sog. „Erkenntnisse“ (der unterschiedlichsten Qualität) mitgeteilt wurden, mit ca. 5700 rund 1,24 %; die Zahl der effektiven Ablehnungsfälle wegen mangelnder Gewähr der Verfassungstreue liegt im gleichen Zeitraum mit 328 noch deutlich unter 1 Promille (= 0,071 %). Man mag nun durchaus dafür halten, daß in den 1,24 % aller Anfrage-Fälle, in denen „Erkenntnisse“ vorhanden waren, eine etwa vorhandene positive Ausgangsvermutung für die Verfassungstreue des Bewerbers zerstört worden ist, dann bleibt doch die Frage, wie es sich in den mehr als 98 % ausmachenden übrigen Fällen verhält. Denn eine Anfrage bei den Verfassungsschutzbehörden, die keine „Erkenntnisse“ zutage fördert, im Sinne des Bewerbers also positiv verläuft, vermag der Einstellungsbehörde noch **keineswegs** die **Gewißheit** zu verschaffen, daß der insoweit für unbedenklich befundene Bewerber „Gewähr bietet“, künftig als Beamter seine Treuepflicht zu erfüllen. Diese verlangt ja, wie das Bundesverfassungsgericht ausdrücklich hervorhebt (a.a.O., S. 348), über die formal korrekte und gesetzestreue Amtsführung und Lebensweise des Beamten hinaus, „daß er sich eindeutig von Gruppen und Bestrebungen distanziert“, die Staat und Verfassung in verfassungsfeindlicher Weise angreifen, sie verlangt, kurz gesagt, eine staats- und verfassungspositive Gesinnung des Beamten und deren Manifestation mindestens in jeder kritischen Situation. Über solche staatspositiven Gesinnungs- und Verhaltensweisen irgendwelcher Bürger können aber die Verfassungsschutzbehörden keinerlei Auskunft geben; dies läge auch völlig außerhalb ihres gesetzlich umschriebenen Aufgabenkreises

— vgl. § 3 Abs. 1 und 2 BVerfSchG und die entsprechenden Vorschriften der Landesgesetze, z. B. § 3 BremVerfSchG vom 5. 3. 1974, GBl. S. 115 —.

Wenn sich also eine Einstellungsbehörde mit der Fehlanzeige des Verfassungsschutzamtes begnügt und den Bewerber, der die übrigen Voraussetzungen erfüllt, als Beamten oder Angestellten einstellt, so praktiziert sie auch mit diesem Verfahren, vielleicht ohne sich dessen ganz deutlich bewußt zu sein, eine Vermutung zugunsten der künftigen Verfassungstreue des Kandidaten. Nicht **prinzipiell** anders verhält sie sich aber, wenn sie statt oder auch zusätzlich zu der Regelanfrage ein Einstellungsgespräch führt oder wenn sie auf andere Weise versucht, sich ein konkretes Bild von dem Bewerber zu verschaffen. Ohne einen Rest an Ungewißheit, der durch eine Vermutung

zugunsten des Bewerbers überbrückt werden muß, ist auch hier nicht auszukommen.

In bezug auf die Treue-Gewährbietung liegt die Situation — entgegen der Argumentation **Sterns**, a.a.O., S. 3 — eben durchaus anders als im Hinblick auf die Gesundheit. Diese ist erstens ein durch objektive, wissenschaftliche Analysen und deren gemessene Ergebnisse definierter und feststellbarer Tatbestand und zweitens fordert man von dem Bewerber den Nachweis seiner Gesundheit nur für den Zeitpunkt seiner Einstellung, also für die **Gegenwart**. Kein Gesetzgeber würde auf die Idee kommen zu verlangen, Beamter dürfe nur werden, wer die Gewähr bietet, „jederzeit“, also auch in Zukunft, in voller Gesundheit seinen Dienst verrichten zu können. Wenn der Gesetzgeber bezüglich der Verfassungstreue auch für künftiges Verhalten und künftige Gesinnung — freilich wechselt man die Gesinnung nicht wie das Hemd — Gewähr fordert, so kann die notwendig verbleibende Rest-Ungewißheit gar nicht anders als durch das Eintreten einer Vermutung ausgeräumt werden.

Auch für den **ernannten** Beamten wirkt in der Regel lebenslang eine ungeschriebene, aber praktizierte Vermutung der Verfassungstreue. Sie entbindet ihn davon, täglich, stündlich und immerfort sich ausdrücklich zur freiheitlichen demokratischen Grundordnung bekennen zu müssen, wie dies vom Wortlaut des § 35 Abs. 1 S. 2 BRRG her an sich nahe liegt. Wenn ein durchschnittlicher Beamter pünktlich und vorschriftsmäßig seinen Dienst tut, sich aber im übrigen politisch völlig „neutral“ und „unauffällig“ verhält — und dies dürfte für die meisten Beamten zutreffen —, dann genügt dies dem Dienstherrn als „Bekenntnis“ im Sinne des § 35 BRRG, **denn er geht eben** — mangels gegenteiliger Anhaltspunkte — **von der Verfassungstreue seiner Beamten aus**. Auch hier wird eine Vermutung der Loyalität rechtlich praktisch wirksam. Das Verhaltensbild sähe ganz anders aus, wenn der Staat seinen Bürgern allgemein und speziell als Dienstherr seinen Beamten nicht mit diesem von **Maihofer** treffend so genannten Vertrauensvorschuß entgegenträte, sondern im Gegenteil mit einer grundsätzlichen **Mißtrauenshaltung**. Man darf mit Sicherheit annehmen, daß in diesem Fall die Antwort der überall verbandlich „erfaßten“ und organisierten Bürger in überschwänglichen, propagandistisch aufgemachten Treuebekundungen, in Reden, Aufmärschen, Spruchbändern, Huldigungsadressen etc. bestünde. Ein Blick über die „deutsch-deutsche Grenze“ vermag einem eine Vorstellung von dem möglichen Ausmaß der ideologisch-gesinnungsmäßigen Inpflichtnahme des Bürgers durch eine totalitäre Staatsgewalt zu vermitteln — sofern man die Fürchterlichkeit des NS-Blockwartsystems und der „Reichsparteitage“ bereits vergessen oder nicht miterlebt haben sollte. Der freiheitliche demokratische Staat kann und muß auf das hohle Pathos ständiger Treuebekundungen verzichten, weil er im Normalfall dem Bürger auf der Basis eines alltäglichen, selbstverständlichen **Grundvertrauens** begegnet. Dieses eröffnet dem Bürger „die Chance zur Identifikation, ohne die eine Demokratie nicht dauerhaft bestehen kann“ (so das BVerfG, E 40, 237 ff., 251). Vgl. weiter unten II. 1. b. 3).

- c) Es ist methodisch richtig, zuerst nach den Konstituentien der allgemeinen Bürger-Staat-Grundbeziehung zu fragen und auf der so gewonnenen Grundlage dann die Besonderheiten des Beamtenverhältnisses ins Auge zu fassen. Denn nur auf diese Weise ist gewährleistet, daß nicht eine vom gesamten demokratischen Willensbildungs- und Willensverwirklichungsprozeß abgelöste, isolierte Betrachtung des „Beamtenkörpers“ oder „Beamtenapparats“ (so: BVerfG, a.a.O., 370) stattfindet, die dann gar zu leicht in eine Identifikation von Beamtenschaft und Staat einmündet. (Vgl. zur Kritik solcher Positionen u. a.: **Denninger**, in: *Freiheitliche demokratische Grundordnung*, Band I, 1977, Einführung S. 22 ff.; ferner VVDStRL Heft 37, S. 22; **G. Jasper**, DVBl 1978, S. 732.). Im Folgenden ist nun aber nach den verfassungsrechtlichen Grenzen jener allgemeinen Loyalitätsvermutung im Hinblick auf die Begründung eines Beamtenverhältnisses zu fragen. Gibt es, m.a.W., beamtenrechtliche Grundsätze im Verfassungsrang, welche den Einsatz einer materiellrechtlichen Loyalitätsvermutung, sei es als allgemeine Ausgangsvermutung, sei es zur Überwindung von Rest-Ungewißheiten, verbieten? Die Frage wird, wie dargelegt, z. B. von **Stern** und **Geiger** mit etwas unterschiedlichen Akzentsetzungen bejaht.

Die Argumentation für diese Auffassung läßt sich bündig in folgenden acht Sätzen zusammenfassen:

1. Das Prinzip der **Gesetzmäßigkeit der Verwaltung** (Art. 20 Abs. 3 GG) gebiete, daß die Verwaltung eine Rechtsfolge — hier: Einstellung in den öffentlichen Dienst — nur eintreten lassen darf, wenn die tatbestandlichen Voraussetzungen, die das Gesetz verlangt, gegeben sind — hier: die „Eignung“ durch Gewährbieten der Verfassungstreue.

2. Diese Voraussetzung des Treue-Gewährbietens sei nicht nur eine einfach-gesetzliche, sondern eine unmittelbar von der **Verfassung** geforderte Bedingung, Art. 33 Abs. 5, vgl. BVerfGE 39, 334 LS. 4, und 352.

3. Zur Feststellung dieser Tatbestandsvoraussetzung müsse sich die Verwaltung in **jedem Einzelfall** über den jeweiligen Bewerber ein **prognostisches Urteil** bilden, dem eine komplexe Einschätzung der Gesamtpersönlichkeit zugrunde liegt.

4. Diese Urteilsbildung sei erst abgeschlossen, wenn auf Grund einer sorgfältigen, **alle** möglichen Erkenntnisquellen ausschöpfenden Prüfung zur **Überzeugung** (BVerfG, a.a.O., 355) der einstellenden Behörde feststehe, daß der Bewerber die Treue-Voraussetzung erfüllt.

5. An sich stehe der Verwaltung bei ihrem überzeugungsbildenden Erkenntnisprozeß ein **Beurteilungsspielraum** bezüglich des Umfangs und der Intensität der von ihr anzustellenden Ermittlungen zu; in diesem Sinne sei auch § 24 VwVfG auszulegen.

6. Jedoch ließen gerade bei der Beamteneinstellung die „Ranghöhe des in Rede stehenden Verfassungsgutes“ (scil.: ein verfassungstreuer „Beamtenkörper“, vgl. **Stern**, a.a.O., S. 6) einerseits und die Existenz speziell für die Mitwirkung bei einer solchen Prüfung vorgesehener Behörden, nämlich der Verfassungsschutzämter andererseits, den Beurteilungsspielraum schrumpfen und vielmehr zu einer **Rechtspflicht** sich verdichten, diese Erkenntnisquellen auszuschöpfen.

7. Der Staat dürfe sich nicht „künstlich unwissend halten“ oder „dummstellen“ (**Kriele**, S. 5 und 3); er dürfe Informationen, die bei einer Behörde abrufbar parat liegen, nicht durch eine andere, die sich ein Urteil bilden soll, außer acht lassen. Dies verbiete schon der Gedanke der Einheit der **Staatsgewalt** (in diesem Sinne auch schon: **Rottmann**, in AöR 1963, S. 227 ff., 236). Für die Anwendung des **Verhältnismäßigkeitsprinzips** mit daraus abgeleiteter Folgen-differenzierung sei in diesem Zusammenhang kein Raum, weil die Rechtsordnung die Abwägung bereits selbst getroffen habe (**Stern**, S. 6).

8. Schließlich stehe auch das vom Bundesverfassungsgericht für verbindlich erklärte Prinzip der **individuellen** Fallprüfung einer schematischen, egalisierenden Vorgehensweise mit Hilfe von generellen Loyalitätsvermutungen im Wege.

Eine **kritische Überprüfung** dieser acht Thesen insbesondere anhand der vom Bundesverfassungsgericht entwickelten Maßstäbe zeigt, daß nur ein Teil von ihnen der Prüfung standhält: Keiner weiteren Diskussion bedürfen die Sätze Nr. 1. bis 3. Sie beinhalten die Grundsätze der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, der Treuegewährbietung als Eignungsvoraussetzung und der Einzelfallprüfung, wie sie in BVerfGE 39, 353, 354 als verbindlich festgestellt worden ist. Von diesen drei Grundsätzen ist als von einer gesicherten rechtlichen Basis auszugehen.

Darüber hinaus ist zunächst einmal mit Präzision festzustellen, was das Bundesverfassungsgericht gesagt hat und was es nicht gesagt hat. Es hat (a.a.O., S. 355), aa) das Treue-Gewährbieten als Voraussetzung für **jedes** Beamtenverhältnis und bb) eine Prüfung **jedes** Bewerbers vorgeschrieben. Es hat ferner cc) (a.a.O., S. 356) **Vorbereitungsdienst** und **Probezeit** als die Stationen bezeichnet, wo der „Schwerpunkt liegen [müsse] für die Gewinnung des Urteils, ob der Bewerber die geforderte Gewähr bietet oder nicht“. Für die Übernahme in den Vorbereitungsdienst soll daher eine „gewissermaßen ‚vorläufige‘ Beurteilung“ ausreichen. Und schließlich wird dd) im Zusammenhang mit Ausführungen über Art und Umfang der Informationsbeschaffung ausdrücklich auf das „Gebot der Verhältnismäßigkeit“ Bezug genommen.

Das Gericht sagt also nicht, α) daß bei allen Arten von Bewerbern und von Beamtenverhältnissen die **gleiche** Prüfung oder eine Prüfung in gleicher Intensität erfolgen müsse. Im Gegenteil: für den Zugang zum Vorbereitungs-

dienst (und Entsprechendes muß nach dem Zusammenhang der Ausführungen des Gerichts auch für die Einstellung als Beamter auf Probe gelten) soll eine „vorläufige“ Beurteilung ausreichen, die aufgrund einer weniger strengen Prüfung vorgenommen werden kann. Wichtig und unverzichtbar ist nur, daß überhaupt geprüft wird. Diesbezüglich ist auch keine Differenzierung zulässig, etwa derart, daß bestimmte Anwärtergruppen gänzlich von jeglicher Prüfung freigestellt würden. Das Gericht sagt β) **auch nicht**, daß eine Überzeugungsbildung bei der Einstellungsbehörde hinsichtlich der Gewährbietung durch den Bewerber nur dann rechtsfehlerfrei erfolgen könne, wenn zuvor in jedem Falle eine Rückfrage bei dem Verfassungsschutzamt stattgefunden hat. (Dies als Kritik vorab zu These Nr. 4 oben). Für die Aufnahme in den Vorbereitungsdienst wird vielmehr eine solche Anfrage für den **Regelfall** („schwerlich vereinbar . . .“, S. 357) ausgeschlossen; im übrigen wird die Wichtigkeit eines Einstellungsgesprächs hervorgehoben: „Mehr als dies“ [d. h. als ein solches Gespräch] kann auch nicht für den „Fall gefordert werden“, daß Bedenken hinsichtlich der Treuegewähr bestehen (a.a.O., S. 354). Das auf S. 355 in E 39 ausgesprochene Verbot einer Differenzierung der Rechtslage nach der Art des Beamtenverhältnisses oder nach der Art der dienstlichen Obliegenheiten des Beamten steht, bei richtiger Auslegung, zu den unter α) und β) getroffenen Feststellungen nicht in Widerspruch. Der Sinn der Ausführungen des Gerichts kann nur sein, eine Graduierung der Anforderungen an die Treuepflicht je nach Beamtenverhältnis und Amtsaufgaben zu verbieten und ferner, zu fordern, daß jedenfalls irgendeine geeignete „Prüfung“ des Gewährbietens, also eine aufgrund sachlicher Informationen qualifizierte Prognosebildung stattfindet. Hätte das Gericht das Differenzierungsverbot hingegen auch auf die Anforderungen an die „Prüfung“ und das Prognosebildungsverfahren erstreckt wissen wollen, so hätte es sich damit in einen unauflösbaren Widerspruch zu seinen Ausführungen auf der folgenden Seite (S. 356) gesetzt, wo von der „gewissermaßen ‚vorläufigen‘ Beurteilung“ bei der Übernahme in den Vorbereitungsdienst die Rede ist. Ein solcher Widerspruch kann aber dem Gericht nicht unterstellt werden und braucht es auch nicht. Allerdings sagt das Gericht auch umgekehrt nichts über die Anwendung einer Loyalitätsvermutung.

Das Gericht hatte auch keine Veranlassung, unter **verfassungsrechtlichen** Gesichtspunkten näher zu den rechtlichen Gesichtspunkten Stellung zu nehmen, welche bei der behördlichen Urteilsbildung eine Rolle spielen dürfen oder müssen. Durch sein Schweigen verweist das Gericht insofern konkludent auf die allgemeinen Regeln des **Verwaltungsverfahrenrechts**, die freilich ihrerseits wiederum verfassungsrechtlich fundiert sind. Dazu unten.

- d) **Erstes Teilergebnis:** Aus dem vom Bundesverfassungsgericht in der erläuterten Art und Weise gezogenen verfassungsrechtlichen Rahmen ergibt sich für die Zulässigkeit einer Treue-Vermutung: Das Treue-Gewährbieten des Bewerbers darf **nicht** in der Weise, d. h. mit der **Rechtswirkung** vermutet werden, daß eine Prüfung des Bewerbers in diesem Punkte **ganz** entfällt. Es ist aber von Verfassungen wegen nicht ausgeschlossen, daß dort, wo eine Loyalitätsvermutung rechtlich möglich ist und eingreift, die gebotene Treuegewähr-Prüfung in anderer Weise vorgenommen wird als in den Fällen, in denen jene Vermutung nicht oder nicht mehr eingreift.

Die Regelung der Nr. 2.1 der Bremer Richtlinien ist daher verfassungsrechtlich insoweit unbedenklich, als sie nicht dazu führt, daß die dort statuierte Loyalitätsvermutung zum **einzigen** Element der Überzeugungsbildung der Einstellungsbehörde wird. Die übrigen Bestimmungen der Bremer Richtlinien, insbesondere die der Nr. 2.4, lassen erkennen, daß Vorbereitungsdienst, Praktikantenzeit und Probezeit im allgemeinen als Gelegenheit zur Gewinnung sicherer Beurteilungsgrundlagen dienen sollen. Dies steht in Einklang mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (a.a.O., S. 356). Zur Aufnahme in den Vorbereitungsdienst genügt eine „gewissermaßen ‚vorläufige‘ Beurteilung“, für die ein entsprechend sorgfältig zu führendes Einstellungsgespräch von Bedeutung sein kann.

II. Verzicht auf die Regelanfrage bei der Verfassungsschutzbehörde? (Zu Nr. 2.3 und 2.4 der Bremer Richtlinien)

Aus Nr. 2.3 und 2.4 der Bremer Richtlinien ergibt sich, daß nicht (mehr) in jedem Falle vor der Einstellung eines Beamten oder Angestellten eine Anfrage bei dem Senator für Inneres (Verfassungsschutzamt) nach Erkenntnissen erfolgen soll, die

die Verfassungstreue des Bewerbers bezweifeln lassen. Nur noch bei bestimmten Kategorien von Bewerbern darf und muß die Anfrage erfolgen, auch wenn im Einzelfall keinerlei Verdachtsgründe vorliegen (für diesen Fall gilt Nr. 2.2 der Richtlinien).

Diese Regelung wirft zwei getrennt zu behandelnde Fragen auf:

1. Ist es überhaupt rechtlich zulässig, in bestimmten Fällen auf die an sich mögliche Verfassungsschutzanfrage zu verzichten? Ist, m.a.W., die sog. **Regelanfrage** verfassungsrechtlich oder einfachgesetzlich geboten? (Dies wird von den Verfechtern der Thesen Nr. 6 und 7 [oben I. 4. c.] bejaht.)

Und

2. Ist es zulässig, die Regelung, ob angefragt werden soll oder nicht, nach den unterschiedlichen Funktionen der Bediensteten zu differenzieren, so daß bestimmte Bewerbergruppen generell von der Anfrage ausgenommen werden, andere nicht? (Dies wird u. a. durch die These Nr. 8, vgl. oben I. 4. c., verneint.)

1. **Zu Frage 1:** Eine Rechtspflicht, die Regelanfrage durchzuführen, könnte sich aus dem **Recht des Verwaltungsverfahrens** in Verbindung mit dem Prinzip der **Gesetzmäßigkeit der Verwaltung** ergeben. Die Einstellung eines Beamten, mit welcher das Beamtenverhältnis begründet wird, ist ein mitteilungs- und zustimmungsbedürftiger Verwaltungsakt (vgl. statt anderer: **Wolff/Bachof**, Verwaltungsrecht II, 4. Aufl. 1976, § 111 IVa, S. 506). Auf das Einstellungsverfahren finden somit die Vorschriften des Verwaltungsverfahrensgesetzes des Bundes bzw. der entsprechenden Landesgesetze Anwendung. Für das Verfahren zur Begründung eines arbeitsvertraglichen Dienstverhältnisses als Angestellter oder Arbeiter des öffentlichen Dienstes können die hier in Frage kommenden verwaltungsverfahrensrechtlichen Grundsätze entsprechend angewendet werden.

a) Auszugehen ist von dem **Untersuchungsgrundsatz** des § 24 VwVfG. Danach hat die Behörde den Sachverhalt, aufgrund dessen sie eine bestimmte Rechtsfolge ziehen, einen Verwaltungsakt verbindlich setzen will, von Amts wegen zu ermitteln. Sie bestimmt Art und Umfang der Ermittlungen. Dieses Prinzip der Amtsermittlung ist die verfahrensrechtlich-operationale Ergänzung zum materiellrechtlichen Prinzip der Gesetzmäßigkeit. Deswegen gilt als Grundsatz, „daß allein die möglichst vollständige Klärung der tatsächlichen Voraussetzungen einer Norm das Gebot der Gesetzmäßigkeit erfüllen kann“.

— Vgl. **W. Berg**, Zur Untersuchungsmaxime im Verwaltungsverfahren, in: Die Verwaltung, Band 9, 1976, S. 161 ff., 167 —

Die Verwaltungsbehörde muß „bei der Erforschung des Sachverhalts alle vernünftigerweise zu Gebote stehenden Möglichkeiten einer Aufklärung des für ihre Entscheidung maßgeblichen Sachverhalts ausschöpfen, die geeignet erscheinen, die für ihre Entscheidung erforderliche Überzeugung zu begründen“.

— Vgl. **F. O. Kopp**, VwVfG, 1976, 24 Anm. 2, S. 209 —

Die Einschränkungen, die in diesen Formulierungen enthalten sind („möglichst“, „vernünftigerweise“), deuten bereits an, daß der Untersuchungsgrundsatz kein Prinzip von mathematisch-theoretischer Reinheit und Strenge ist; vielmehr hat es handlungsleitenden pragmatischen Charakter. Die Anforderungen, die an eine rechtlich einwandfreie und ausreichende Sachverhaltsaufklärung zu stellen sind, werden in der einschlägigen Rechtsprechung und Literatur in Nuancen unterschiedlich beschrieben. Sicher ist, daß eine sorgfältige und objektive Prüfung der Sachlage zu erfolgen hat. Zum Teil wird etwas unbestimmt gesagt, es gebe „aus der Natur der Verwaltungstätigkeit heraus“ kein allgemein feststehendes Maß für die erforderliche Intensität der Sachverhaltsermittlungen — vgl. **H. J. Knack** (Hrg.), VwVfG, § 24, RNR. 3.1 —.

Überwiegend wird eine Relation zwischen Ermittlungsaufwand und Aufklärungsertrag gebildet und die Grenze dort gezogen, „wo weitere Bemühungen der Behörde im Verhältnis zum Erfolg nicht mehr vertretbar und zumutbar wären“,

— so die amtliche Begründung zum Regierungsentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes, BT-Drcks. VI/1173, zu § 17, S. 40, ebenso **Meyer-Borgs**, VwVfG, § 24, RNR. 4 —.

Im übrigen hat die Wissenschaft in topischer Methodik versucht, die Gesichtspunkte herauszuarbeiten, die im Einzelfall eine Abstufung der mehr oder

minder intensiven, mehr oder weniger kostspieligen und zeitaufwendigen Aufklärungsarbeit erlauben. Zunächst ist festzuhalten, daß die Verwaltungsbehörde, trotz der Ähnlichkeit im Wortlaut von § 86 Abs. 1 VwGO und § 24 Abs. 1 VwVfG, nicht mit derselben Strenge wie das Verwaltungsgericht zur restlosen Ausschöpfung aller nur erdenklichen Erkenntnisquellen verpflichtet ist, so lange auch nur ein Rest von Ungewißheit bleibt. Dies hat seinen Grund in der Verschiedenheit der Zwecke, denen das gerichtliche Erkenntnisverfahren einerseits, das Verwaltungsverfahren andererseits zu dienen bestimmt sind. Während dieses, jedenfalls nach neuerer verwaltungswissenschaftlicher Erkenntnis, sich nicht allein in der korrekten Gesetzesvollziehung, also nicht nur in einem „legalen Richtigkeitstest“ (C. Offe) erschöpfen darf, sondern auch an dem die Wirklichkeit gestaltenden Verwaltungserfolg gemessen werden muß, ist jenes, das Gerichtsverfahren (vor den Verwaltungsgerichten), in erster Linie an der ‚Wahrheitsfindung‘ in einem **Streitfall** und an seiner normativ gesteuerten ‚Lösung‘ zu orientieren (vgl. auch **Denninger**, Staatsrecht 2, 1979, S. 129 f.). Weitere Gesichtspunkte, die zu einer Graduierung der Aufklärungspflicht je nach Lage des Falles führen können, sind die vielfältige verwaltungsinterne und verwaltungsstranszendente **Korrigierbarkeit** und, damit eng zusammenhängend, der Grad **Vorläufigkeit** bzw. **Endgültigkeit** einer Verwaltungsentscheidung.

— Dazu: **W. Berg**, a.a.O., S. 183 ff. —

Bezogen auf die hier erörterte Einstellung als Beamter oder vertragliche Anstellung als Angestellter oder Arbeiter im öffentlichen Dienst bedeutet dies: Je stärker die Einstellung/Anstellung den Charakter der Endgültigkeit, der Unwiderruflichkeit hat, desto sorgfältiger sind die tatsächlichen Voraussetzungen aufzuklären, je „vorläufiger“ oder vorübergehender das zu begründende Rechtsverhältnis ist, desto weniger scharfe Anforderungen sind an die behördliche Überzeugungsbildung zu stellen. Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem Beamtentreue-Beschluß diesen verwaltungsrechtlichen Grundsatz in zwei verschiedenen Ausprägungen deutlich zur Anwendung gebracht, obwohl es rein verfassungsrechtlich argumentiert und deshalb an keiner Stelle eine abstrakte verwaltungsrechtliche Ableitung gibt:

1) Bekannt ist der auf das Verhältnismäßigkeitsprinzip gestützte Hinweis auf das Ausreichen einer „vorläufigen“ Beurteilung des Bewerbers, wenn es um die Aufnahme in den Vorbereitungsdienst oder in den Probendienst als Beamter auf Widerruf oder auf Probe geht — E 39, 356 —. Der Beamte auf Probe und erst recht der Beamte auf Widerruf sind eben noch nicht „endgültig“, also auf Lebenszeit Beamte. Dementsprechend kann sich der Dienstherr von diesen Beamten unter wesentlich einfacheren Voraussetzungen wieder trennen als dies bei einem Beamten auf Lebenszeit möglich ist. Der Beamte auf Widerruf kann jederzeit, d. h. aus jedem sachlichen Grund entlassen werden, § 23 Abs. 3 S. 1 BRRG. Der Beamte auf Probe kann entlassen werden — und er ist u. U. dann zu entlassen! —, wenn er sich während der Probezeit nicht bewährt hat, insbesondere, wenn sich seine mangelnde Eignung herausgestellt hat. Die Eignung fehlt auch dann, wenn er nicht die Gewähr der Verfassungstreue bietet, vgl. E 39, 353.

2) Umgekehrt gilt, und dies ist die zweite Bestätigung des Ausgangssatzes durch das Bundesverfassungsgericht (a.a.O., E 39, 352), daß die Prüfung des Gewährbietens bei der Begründung des **Lebenszeit-Beamtenverhältnisses** gründlicher vorzunehmen ist als bei der Begründung eines Probeverhältnisses, gerade weil die Auflösung des „endgültigen“ Rechtsverhältnisses wesentlich schwieriger, nämlich nur im Wege eines förmlichen Disziplinarverfahrens möglich ist (von den übrigen gesetzlichen Beendigungsgründen ist hier abzusehen), § 21 BRRG.

Weitere Gesichtspunkte, die bei der Begrenzung des Ermittlungsaufwandes eine Rolle zu spielen vermögen, seien hier nur erwähnt, um die Komplexität des Faktorenbündels anschaulich zu machen, welcher die Verwaltung bei der Gestaltung ihrer Verfahren ausgesetzt ist: Ein Faktor erster Ordnung ist, wie jeder Verwaltungsfachmann bestätigen kann, die „Knappheit der Zeit und die Vordringlichkeit des Befristeten“, — um mit **Luhmann** zu reden — (in: Politische Planung 1971, S. 143 ff.).

Allerdings sollte gerade dieser Gesichtspunkt bei der Einstellung eines Beamten auf Lebenszeit keine Rolle spielen dürfen. Anders bei kurzfristigen Dienstverhältnissen: Es führt eine geordnete Verwaltung ad absurdum, wenn z. B.,

wie geschehen, akademische Tutoren, die an der Universität jeweils für ein Semester für eine bestimmte Arbeitsgemeinschaft tätig sein sollen, wegen der Routineanfragen bei dem Verfassungsschutzamt länger auf ihren Arbeitsvertrag warten müssen, als das betreffende Semester dauert.

Ferner kann die **Quantität** der (innerhalb knapper Zeit) zu erledigenden Verwaltungsvorgänge, die **Massenhaftigkeit** der Verfahren die Ermittlungsintensität beeinflussen. Dieser Faktor spielt sicherlich eine Rolle bei der Überlegung, die ‚Regelanfrage‘ durch eine (fragebogenmäßige) Befragung des Bewerbers anhand eines Verzeichnisses der für verfassungsfeindlich gehaltenen Organisationen zu ersetzen.

— So aus Nordrhein-Westfalen bekannt gewordene Überlegungen, vgl. F.A.Z. Nr. 97, 26. 4. 79, S. 3 —

Eigentlich müßte ein intensives, individuelles Einstellungsgespräch mit jedem der in einem großen Bundesland (wie NRW) jährlich nach Zehntausenden zählenden Lehrer- und Polizeianwärter geführt werden. Dies erforderte, so argumentiert man, einen nicht zu bewältigenden Verwaltungsaufwand; deshalb soll das „Listenmodell“ als eine erste Filterstufe eingeschaltet werden. Die intensivere Individualprüfung kann dann auf die problematischen Fälle beschränkt werden. Die Bedenken, denen ein solches Verfahren begegnet, ergeben sich jedenfalls nicht prinzipiell aus dem Versuch, ein Massenproblem durch ein verhältnismäßig grobes Raster einer Vorselektion zu lösen. Schließlich kommen jenseits einer hier nicht näher aufzusuchenden Grenze auch die allgemeinen Grundsätze der **sparsamen und wirtschaftlichen Verwaltungsführung** ins Spiel. Das Zusammenwirken der genannten Gesichtspunkte führt notwendig dazu, daß der Ermittlungsaufwand je nach Sachlage variabel sein muß und „daß die dabei erreichbare ‚Wahrheit‘ höchst relativ sein kann“.

— So **Berg**, a.a.O., S. 187 —

Als **Ergebnis** dieses ersten Untersuchungsschrittes ist festzuhalten, daß objektiv-äußerlich feststellbare Faktoren wie Vorläufigkeit der Entscheidung, Zeitknappheit, Mittelknappheit und Massenhaftigkeit der Vorgänge **überhaupt** geeignet sind, das behördliche Verfahren zur Sachverhaltsermittlung zu beeinflussen und daß dies auch als rechtens hingenommen wird.

- b) Freilich ist damit noch kein Maßstab für die Entscheidung der Frage gewonnen, in welchem **Ausmaß**, mit welcher praktischen Rechtswirkung für die Ermittlungsarbeit der Behörde diese Faktoren gegebenenfalls zum Zuge kommen **dürfen**. Es leuchtet ein, daß diese Frage nicht ohne Zuhilfenahme **wertender**, also subjektiver Einschätzung unterliegender Gesichtspunkte beantwortet werden kann. Immerhin lassen sich auch hierzu noch verlässlich-verbindliche Leitlinien ausmachen, sofern man sich an den grundlegenden Verfassungsprinzipien, insbesondere dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, dem Prinzip der Menschenwürde und des Persönlichkeitsschutzes und am Prinzip der freien demokratischen Selbstbestimmung orientiert.

1) Eine erste, unmittelbar dem **Verhältnismäßigkeitsprinzip** zu entnehmende Maxime läßt sich so formulieren: Das Maß der notwendig zu leistenden ‚Amtsermittlung‘ ist abhängig von der Intensität und dem Ausmaß, in welchen die zu treffende Maßnahme wichtige Rechtsgüter des Einzelnen oder der Allgemeinheit betrifft. Im Hinblick auf den Individualrechtsgüterschutz wird der Satz vertreten, daß Gesichtspunkte der Eilbedürftigkeit und Sparsamkeit um so weniger ins Gewicht fallen dürfen, je schwerer der Eingriff, der mit der Entscheidung erfolgt, für die Rechtssphäre des Einzelnen wiegt.

— Vgl. **Knack**, a.a.O., § 24, RNr. 3.1 —

Die Umkehrung dieses Satzes könnte zu der voreiligen Schlußfolgerung (ver)führen, also dürfe sich die Verwaltung immer dann, wenn sie eine den Bürger **begünstigende** Entscheidung zu treffen habe, mit einer weniger gründlichen und sorgfältigen Sachverhaltsaufklärung zufrieden geben. Zur Stützung dieser These ist man sogar versucht, auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hinzuweisen, welche dem **Gesetzgeber** bei bevorzugenden, begünstigenden Regelungen eine gröbere Typisierung zubilligt als bei belastenden,

— BVerfGE 17,1; 34, 69 —.

Da die dem Wunsch des Bewerbers entsprechende Ernennung zum Beamten

doch wohl eher als begünstigender denn als belastender Verwaltungsakt anzusehen ist, käme man auf diese Weise zu einer (allzu wohlfeilen) Rechtfertigung des Verzichts auf die Regelanfrage. Eine solche Ableitung ist jedoch in mehrfacher Beziehung kurzschlüssig: Sie läßt erstens die Unterschiede zwischen dem Maß der Bindung des **Gesetzgebers** an die Verfassung bzw. dem Maß seiner Gestaltungsfreiheit und dem Maß der Bindung der **Verwaltung** an die Gesetze außer acht, wie sie im Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung ihren Ausdruck findet. Dieser Grundsatz gilt keineswegs **nur** zum Schutze des einzelnen Betroffenen, so daß dieser rechtswirksam auf seine Einhaltung verzichten könnte. Zweitens vernachlässigt sie ganz generell das Interesse und die Betroffenheit der Allgemeinheit an der und durch die Entscheidung und drittens verliert sie insbesondere die Bedeutung einer loyalen Beamtenschaft für das Funktionieren eines freiheitlichen Gemeinwesens aus dem Blick. Auf die einschlägigen Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts hierzu darf verwiesen werden — E 39, 347 f. —.

2) Weniger deutlich als die **Folgen der Entscheidung** (bzw. der Fehlentscheidung bei ungenügender Sachverhaltsaufklärung) für den Einzelnen oder für die Allgemeinheit und weniger deutlich als die Kosten (im weiten Sinne) der Ermittlungstätigkeit werden in der einschlägigen Literatur die **Folgen** dieser Ermittlungstätigkeit beachtet und in Anschlag gebracht. Auch hier ist wieder zwischen Folgen für den Einzelnen und Folgen für die Allgemeinheit zu unterscheiden. Es wird durchaus gesehen — z. B. von **Knack**, a.a.O. —, daß die Schwere von Eingriffen in die Individualrechtssphäre „zu Ermittlungszwecken“ zu den Folgen einer möglicherweise fehlerhaften Entscheidung ins Verhältnis zu setzen ist. In ganz entsprechender Weise sind aber auch die Folgen zu bedenken, die sich aus Art, Umfang und Eingriffsintensität von Ermittlungsmaßnahmen für „die Allgemeinheit“ ergeben oder ergeben können. Unter „Allgemeinheit“ ist dabei sowohl eine unbestimmte Vielzahl von Bürgern oder auch deren Gesamtheit zu verstehen als auch das freiheitlich verfaßte Gemeinwesen insgesamt, also die als freiheitliche Demokratie verfaßte Gesellschaft.

Als **Ergebnis** dieses zweiten Überlegungsschrittes ist festzustellen, daß unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit von Ermittlungsaufwand (im weiten Sinne) und Zweck der Ermittlungstätigkeit (= eine auf möglichst fehlerfrei ermittelten Voraussetzungen beruhende Entscheidung zu treffen) nicht nur individuelle Beschwerden in Verfahren und Ergebnis zu berücksichtigen sind, sondern auch etwaige Rückwirkungen auf das **gesamte Gemeinwesen**, auf das „Staatsganze“

— dieser Ausdruck in: BVerfGE 44, 149 —.

3) Eine gewisse Schwierigkeit besteht darin, solche Rückwirkungen, die sich aus dem Verfahren selbst ergeben, so in verfassungs- und verwaltungsrechtlichen Kategorien faßbar zu machen, daß sie in, notfalls gerichtlich, überprüfbarer Weise ihre maßstabbildende und damit gestaltende Funktion für das Ermittlungsverfahren erfüllen können. Das Bundesverfassungsgericht selbst hat, wenngleich bisher occasionell und wenig systematisch (was auch nicht seine Aufgabe ist), den Weg aufgezeigt, der hier mit Aussicht auf Erfolg besritten werden kann.

Die negative Folge, die die hunderttausendfach, ja millionenfach praktizierte Regelanfrage für die freiheitliche Demokratie gezeitigt hat, läßt sich in Termini der Bundesregierung als „Schwächung der demokratischen Substanz“ und „Entfremdung der jüngeren Generation gegenüber der Verfassung“ zusammenfassen.

— Vgl. Begründung der Grundsätze vom 17. 1. 1979, Bulletin Nr. 6/S. 45—47 v. 19. 1. 1979 —

Böckenförde, der hier stellvertretend für eine **Vielzahl** ähnlich sich äußernder Autoren genannt werden darf, spricht davon, daß

„ein teils eingebildetes, teils aber auch durch sonderliche Verwaltungsentscheidungen und Gerichtsurteile genährtes Bewußtsein der Eingeschüchtertheit ... dabei ist, in der gegenwärtigen Studentengeneration Bataillone von Duckmäusern und Opportunisten heranzuziehen“.

— **E.-W. Böckenförde**, Der Staat als sittlicher Staat, 1978, S. 27 —

Der Senator für Hochschulwesen und Wissenschaft des Landes Berlin, **Peter**

Glötz, schätzt, daß von den ca. 900 000 Studenten in der Bundesrepublik etwa die Hälfte insbesondere infolge der Verwaltungspraxis aufgrund des Extremistenbeschlusses vom Januar 1972 wirklich Angst habe.

— Vgl. Der Spiegel, Nr. 18, vom 30. 4. 1979, S. 25 —

Solche Feststellungen, die lediglich eine Aussage über einen **empirisch nachweisbaren** sozialwissenschaftlich faßbaren Sachverhalt treffen, nicht aber eine Bewertung oder gar einen normativen Satz enthalten, können natürlich nicht durch den immer wieder erhobenen Einwand „widerlegt“ werden, wer sich nicht verfassungsfeindlich betätige, wer also hinsichtlich seiner Verfassungstreue ein gutes Gewissen haben könne, der brauche in der Bundesrepublik auch nichts zu befürchten, auch nicht, wenn es um seine Chancen, etwa als Lehrer eingestellt zu werden, gehe. — Vgl. aber etwa Isensee in VVDStRL Heft 37, S. 130 —. Abgesehen von der Unschärfe des Begriffes „Verfassungsfeindschaft“, dessen Grenzen jeder öffentlich-rechtliche Dienstherr, ja jede Einstellungsbehörde unterschiedlich bestimmen kann, wird ein soziales **Faktum**, wie die weite Verbreitung von Einschüchterung oder gar von Angstgefühlen weder logisch noch tatsächlich dadurch aus der Welt geschafft, daß man nachweist, „nach der Rechtslage“ bestehe zu solcher Einschüchterung oder Angst kein Grund. Die jahrelang praktizierte Einschaltung der Verfassungsschutzbehörden in die Einstellungsverfahren und vor allem die Art und Qualität der Fragen und Vorhaltungen, mit denen viele Bewerber bei Einstellungsanhörungen konfrontiert wurden, haben — und dies nicht ohne psychologische Gründe — jene soziopsychischen Phänomene hervorgerufen, die heute von zahlreichen Beobachtern bestätigt und von zahlreichen, auch maßgeblichen Politikern bis hin zur Bundesregierung

— vgl. auch schon die Regierungserklärung von 1976, Bulletin, Sonderdruck, a.a.O. —

mißbilligt werden.

Dieser soziopsychische Tatbestand, dessen Einzelheiten hier nicht belegt werden sollen, dessen Vorhandensein aber heute von keinem unbefangenen Betrachter der Verhältnisse gelehrt werden kann, bedeutet nicht nur ein hochrangiges Politicum, sondern er hat auch eine demokratie-theoretisch faßbare und damit schließlich auch **verfassungsrechtlich** relevante Dimension. Wenn das Bundesverfassungsgericht im Hinblick auf systematische Ermittlungen der Verfassungsschutzämter zum politischen Verhalten der in der Ausbildung oder im Studium befindlichen jungen Menschen davon spricht, solche Ermittlungen vergifteten die politische Atmosphäre — a.a.O., S. 356 —, so bringt dies allein nur den politischen, nicht den rechtlichen Aspekt des Problems zum Vorschein. Dieser kommt ins Blickfeld, wenn das Gericht an ganz anderer Stelle auf das „Einverständnis“ des Bürgers mit dem Staat, seine Chance zur Identifikation mit dem Staat, „ohne die eine Demokratie nicht dauerhaft bestehen“ könne, hinweist,

— E 40, 251, vgl. oben S. 11 —.

In voller Klarheit wird das Problem dann in BVerfGE 44, 125 ff., 147 formuliert (**freilich im Zusammenhang mit den Grenzen zulässiger Wahlwerbungsarbeit der Regierung oder ihrer Mitglieder**):

„Die Demokratie des Grundgesetzes bedarf — unbeschadet sachlicher Differenzen in Einzelfragen — eines weitgehenden Einverständnisses der Bürger mit der vom Grundgesetz geschaffenen Staatsordnung. Dieser Grundkonsens wird von dem Bewußtsein der Bürger getragen, daß der vom Grundgesetz verfaßte Staat dem Einzelnen im Gegensatz zu totalitär verfaßten Staaten einen weiten Freiheitsraum zur Entfaltung im privaten wie im öffentlichen Bereich offenhält und gewährleistet.“

Das für eine freiheitliche Demokratie existenziell Notwendige ist die dauerhafte Erhaltung dieses **Grundkonsenses**. Im staatsrechtlichen Schrifttum, so schon bei Hermann Heller und Dietrich Schindler, seit langem auch schon bei Konrad Hesse

— vgl. die Nachweise im einzelnen bei E. Denninger, Verfassungstreue und Schutz der Verfassung, in VVDStRL Heft 37, 1979, S. 24 mit Fußnoten —

wird die Unentbehrlichkeit eines „gemeinsamen Staatswillens“, eines „Willens zur Verfassung“ für die Existenz gerade einer freien Demokratie hervor-

gehoben. Verfassungsrechtsprechung und Staatsrechtslehre stimmen also darin überein, daß gerade die Staatsform der rechtsstaatlichen Demokratie, wie sie das Grundgesetz in Verfassung gebracht hat, lebensnotwendig auf die innere, freiwillige und prinzipielle Zustimmung der großen Mehrzahl der Bürger angewiesen ist. Damit ist es — innerhalb gewisser Grenzen — durchaus vereinbar, daß gerade dieser Staatstypus der „freiheitlichen Demokratie“, der einerseits von seinen „Bürgern eine Verteidigung der freiheitlichen Ordnung erwartet“ — BVerfGE 28, 36 ff., 48 —, ihnen auf der anderen Seite sogar die Freiheit läßt, „diese verfassungsmäßige Ordnung abzulehnen und sie politisch zu bekämpfen, solange er (scil.: der Bürger) es innerhalb einer Partei, die nicht verboten ist, mit allgemein erlaubten Mitteln tut“.

— BVerfGE 39, 334, 359 —

Gerade in dieser weiten Spanne zwischen dem, was **noch toleriert** wird, und dem, was **„eigentlich“ erwartet** wird, konstituiert sich das autonome demokratische Staatsbürgerbewußtsein, bildet sich, bildlich gesprochen, „demokratische Substanz“. — Dies wird verkannt von **Roellecke**, VVDStRL Heft 37, S. 134 —. Eine staatstheoretisch vertiefte Begründung des Satzes von der Existenznotwendigkeit des demokratischen Grundkonsenses kann an dieser Stelle nicht geleistet werden. Es genügt hier, auf den Zusammenhang hinzuweisen, der zwischen dem „Menschenbild des Grundgesetzes“, das von der **autonomen** (im Sinne **Kants**), sittlich und strafrechtlich verantwortlichen, frei sich entfaltenden, jedoch gemeinschaftsgebundenen und gemeinschaftsbezogenen (BVerfGE 4, 15 f.) **Persönlichkeit** ausgeht, zwischen dem Leitbild des freien demokratischen Meinungs- und Willensbildungs-, damit auch Rechtserzeugungsprozesses und dem autonom geleisteten **Regelgehorsam** besteht. „Denn der auf Autonomie des Regelgehorsams angelegte freiheitliche demokratische Rechtsstaat bewährt und legitimiert sich nicht, wie der **Hobbes'sche** Souverän, ausschließlich durch die auf Gewaltüberlegenheit gegründete Fähigkeit, den Bürgerkrieg zu unterbinden, sondern darüber hinaus durch das Vermögen, Interessenkonflikte durch **politische Konsensbildungen** je und je zu überwinden.“

— Vgl. **Denninger**, in: Denninger/Lüderssen, Polizei und Strafprozeß im demokratischen Rechtsstaat, 1978, S. 180 —

Selbstverständlich muß auch die freiheitliche Demokratie rechtlich begründete und begrenzte Zwangsmöglichkeiten vorkehren, um ihren allgemein verbindlich gesetzten Normen auch gegen Widerstände faktisch Gehorsam verschaffen zu können. Der Regelfall muß aber die **Autonomie des Normgehorsams**, die Freiwilligkeit legalen Verhaltens, die mindestens mutmaßliche Zustimmung der Bürger oder doch ihrer großen Mehrheit zu den Normsetzungsakten der Gemeinschaft sein. Kehrt sich dieses Verhältnis von Regel und Ausnahme um, so verlöre die freiheitliche Demokratie ihren Charakter als freiheitlicher wie als demokratischer Staat, denn diesem kommt Hoheitsgewalt, rechtliche Herrschaftsmacht nur deshalb zu, „weil er der **freien Selbstbestimmung aller** unter Gewährleistung von Frieden und Ordnung einen institutionellen Rahmen verbürgt“.

— BVerfGE 44, 125, 142, Hervorhebung dort —

In dieser Entscheidung (zum Verbot der „parteiergreifenden“ Wahlwerbung durch Staatsorgane) hebt das Bundesverfassungsgericht die große Bedeutung der „Integrität“ des „Grundaktes demokratischer Legitimation“, der Wahl der Parlamentsabgeordneten hervor (a.a.O., 140). Der gesamte Vorgang demokratischer Meinungs- und Willensbildung bis hin zum Wahlakt im engeren Sinne müsse sich „vom Volk zu den Staatsorganen hin vollziehen“ und nicht umgekehrt und deshalb von staatsorganschaftlicher Einwirkung frei bleiben. Die hervorragende, existenziell notwendige Rolle der politischen Parteien für das Funktionieren der parlamentarischen Demokratie wird besonders unterstrichen (145). Vor allem darf der Staat nicht durch parteiergreifende Wahlwerbung den freien politischen Wettbewerb der Parteien beeinflussen (wollen). Auf der anderen Seite kann aber nicht übersehen werden, daß der Staat **tatsächlich** — und zwar durch seine zuständigen Organe, etwa den Bundesminister des Innern, und mit Billigung des Bundesverfassungsgerichts (E 39, 360 und E 40, 287, 293) — sehr massiv in den freien Parteienwettbewerb eingreift, so, wenn in den offiziellen „Verfassungsschutzberichten“ bestimmte Parteien als links- oder rechtsextremistisch und als verfassungsfeindlich klassifiziert werden, obwohl eine Verfassungswidrigerklärung gemäß Art. 21 Abs. 2 GG gegen sie nicht erfolgt ist. Ein solches — nun negativ **gegen** bestimmte Parteien an den Rändern

des politischen Spektrums gerichtetes — „Parteiergreifen“ von Staatsorganen im politischen Prozeß demokratischer Meinungs- und Willensbildung wird vom Bundesverfassungsgericht mit dem politischen Auftrag an die Regierungsorgane gerechtfertigt, die freiheitliche demokratische Grundordnung zu schützen — BVerfGE 40, 287 ff., 293 —.

Immerhin unterliegen auch diese Maßnahmen des politischen und informativ-schen Verfassungsschutzes verfassungsrechtlichen Schranken. Der regierungsamtlich, öffentlich erhobene Vorwurf der Verfassungswidrigkeit einer Partei wäre unzulässig, weil willkürlich, wenn er „bei verständiger Würdigung der das Grundgesetz beherrschenden Gedanken nicht mehr verständlich wäre“ und deshalb als sachfremd erscheinen müßte. Die Grenzziehung für staatliche Eingriffe erfolgt also — nicht wie sonst bei anderen grundrechtsrelevanten Maßnahmen am (strengerem) Maßstab des Grundsatzes des Übermaßverbotes (Verhältnismäßigkeitsprinzip), sondern, in Fortführung der Rechtsprechung zum Gleichheitssatz, hier in Verbindung mit Art. 21 GG — am weiteren Maßstab des „Willkürverbotes“. Es leuchtet ein, daß eine Übertragung und Anwendung dieses Maßstabes auf die Interpretation des Amtsermittlungsgrundsatzes und damit auf die Frage des Verzichts auf die Regelanfrage nicht zu dem verfassungsrechtlich zwingenden Gebot führen kann, auf diese zu verzichten, weil sie „sachfremd“, „willkürlich“ sei. Umgekehrt kann es aber auch nicht als „willkürlich“, sondern muß es als „sachgerecht“ bezeichnet werden, wenn — wegen der dargelegten Rückwirkungen auf den freien politischen Ideen — und Parteienwettbewerb — eine Landesregierung sich entschließt, überall dann und dort auf eine Anfrage bei den Verfassungsschutzbehörden zu verzichten, wo sie glaubt, sich auf andere Weise ein zuverlässiges Bild über die (künftige) Verfassungstreue eines Einstellungsbewerbers verschaffen zu können.

4) Besondere Sorgfalt verdient die Überprüfung eines häufig und mit scheinbar unangreifbarer Plausibilität vorgebrachten Argumentes, das einen uneingeschränkten Austausch sämtlicher Informationen über einen Bewerber zwischen den Verfassungsschutzbehörden und den Einstellungsbehörden nicht nur rechtfertigen, also erlauben, sondern sogar gebieten, zur Pflicht machen soll. Es stützt sich zentral auf den Gedanken der „**Einheit der Staatsgewalt**“: die Behörde, die sich ein Urteil zu bilden habe, dürfe sich nicht „dumm stellen“, sich nicht „künstlich unwissend halten“, indem sie Informationen, die bei einer anderen Behörde parat lägen, nicht abrufe. Kenntnisse eines Organs seien Kenntnisse des Staates insgesamt, ihre absichtliche Nichtverwendung an einer anderen Stelle dieses selben Staates stelle eine vorsätzliche grobe Pflichtverletzung dar

— so M. Kriele, in NJW 1979, S. 1 ff., 3, 5 —. Oder:

Angesichts der Einheit der Staatsgewalt sei es widersinnig, den Staat an der Verwertung von Material zu hindern, das sich legitimerweise in seinen Händen befindet und das er sich zum Schutze der freiheitlichen demokratischen Grundordnung, deren Erhaltung die Zulassungsvoraussetzung der Verfassungstreue gerade bezweckt, beschafft hat.

— so Richter **Wand** in seiner abweichenden Meinung in BVerfGE 39, 390. Ähnlich früher schon **Rottmann**, vgl. I. 4. c) —

Eine kritische Würdigung dieser Argumentation muß zunächst die **funktionell-rechtlichen** und die **grundrechtlichen** Aspekte des Problems voneinander unterscheiden.

aa) **Funktionell-rechtlich** ist zunächst zu beachten, daß ein Ersuchen um Informationsübermittlung, das an die Verfassungsschutzbehörde gestellt wird, weder deren Aufgabenkreis noch deren Befugnisse in irgendeiner Hinsicht erweitert.

Zur Bestimmung von Art und Umfang der Aufgaben des Verfassungsschutzes sind vielmehr in erster Linie die einschlägigen gesetzlichen Vorschriften heranzuziehen. Das für Bremen geltende „Gesetz über den Verfassungsschutz im Lande Bremen“ vom 5. März 1974 (GBl. S. 115) enumeriert in § 3 die Aufgaben des Verfassungsschutzes. Gemäß § 3 Abs. 2 Nr. 4 wirkt der Verfassungsschutz mit „bei der Überprüfung von Personen, die sich um Einstellung in den öffentlichen Dienst bewerben“. Hier seien die Bedenken zurückgestellt, die daraus hergeleitet werden können, daß diese Aufgabenzuweisung über das in § 3 Abs. 2 BVerfSchG von Bundesgesetz wegen Zugelassene hinausgeht.

— Vgl. aber: **B.-D. Kortmann**, Verfassungsschutz in Bund und Ländern, Bonn 1979, S. 77 —

Solche Bedenken können wegen der originären Hoheitsgewalt der Länder in Angelegenheiten des Verfassungsschutzes und wegen der ihnen verbliebenen Kompetenzen letztlich nicht durchschlagen.

Sollte der bremischen Vorschrift entnommen werden müssen, daß unterschiedslos bei jedem Einstellungsverfahren im Öffentlichen Dienst der Verfassungsschutz als Informant eingeschaltet werden **muß**, so würden damit weitere Überlegungen kompetenzrechtlicher Art über eine Beschränkung der Regelanfrage hinfällig. Allenfalls grundrechtliche Gesichtspunkte und übergeordnete verfassungsrechtliche Prinzipien (wie etwa das Übermaßverbot) kämen dann noch zum Tragen. Die Auslegung der Norm ergibt jedoch, daß sie eine Mitwirkung des Verfassungsschutzes bei jedem einzelnen Einstellungsfall nicht zwingend vorschreibt. a) Schon der Wortlaut des Gesetzes nötigt nicht zu einer gegenständlichen Annahme. Er bringt die Befugnis und auch die grundsätzliche Pflicht des Landesamtes zur Mitwirkung bei entsprechenden Überprüfungen zum Ausdruck; er sagt aber nichts darüber aus, ob immer oder in welchen Fällen überhaupt eine Überprüfung stattfinden muß noch auch, daß dann die Mitwirkung des Verfassungsschutzes immer notwendig ist. Hätte der Gesetzgeber dieses letztere gewollt, so hätte er es klar zum Ausdruck bringen können und müssen. b) Diese Erwägung wird durch folgende Überlegungen unterstützt: Das hier in Rede stehende Landesverfassungsschutzgesetz regelt ausschließlich (mit Ausnahme der erforderlichen Amtshilferegelung in § 5) Aufgaben und Befugnisse des Bremischen Verfassungsschutzes. Es trifft keine Regelungen darüber, wie bei beamtenrechtlichen oder arbeitsrechtlichen Einstellungen und Ernennungen zu verfahren ist. Insofern richtet es sich überhaupt nicht an die Einstellungsbehörden. Diese haben die für sie geltenden Normen, hier insbesondere die des Beamtenrechts, anzuwenden. Verfahrensrechtlich bedeutet dies u. a. die Anwendung des Amtsermittlungsgrundsatzes, dessen Konkretisierung und Begrenzung hier zur Prüfung steht. c) Die bremische Regelung ist im Zusammenhang ihrer Entstehungsgeschichte und mit parallelen Regelungen im Bund und in den anderen Bundesländern zu sehen. Der Bund hat bei seiner Novellierung des Gesetzes über die Zusammenarbeit des Bundes und der Länder in Angelegenheiten des Verfassungsschutzes durch Gesetz vom 7. 8. 1972 die Aufgabennorm des § 3 erweitert und neugefaßt. In Kenntnis der Beamten-treue-Überprüfungsproblematik — die einschlägigen Ministerpräsidentenbeschlüsse ergingen im Januar 1972 — hat der Bund darauf verzichtet, eine generelle Mitwirkungsbefugnis des Verfassungsschutzamtes bei Einstellungen in den öffentlichen Dienst vorzusehen. Die meisten Länder sind bei ihren wenig später ergangenen gesetzlichen Regelungen diesem Vorbild des Bundes gefolgt. Nur Baden-Württemberg, Bayern und Rheinland-Pfalz kennen, ebenso wie Bremen, eine ausdrückliche Mitwirkungsbefugnis der Ämter für Verfassungsschutz auch außerhalb der üblichen Sicherheitsüberprüfungen für bestimmte Personengruppen (Schleswig-Holstein sieht eine beratende Zusammenarbeit vor). Die Praxis der Regelanfrage im Gefolge der Ministerpräsidentenbeschlüsse, die in den Jahren 1972—1977 in den Bundesländern durch „Durchführungsbestimmungen“, „Richtlinien“ oder „Verwaltungsanordnungen“ im einzelnen, also durchweg durch Verwaltungsvorschriften näher normiert worden ist,

— vgl. die Dokumentation bei **P. Frisch**, Extremistenbeschluß, 4. Aufl., Leverkusen 1977 —

weist durchaus länderspezifische Unterschiede auf. Eine uneingeschränkte Regelanfrage findet sich in Ländern, wie Bayern, die eine generelle gesetzliche Mitwirkungsbefugnis vorsehen. Umgekehrt sieht das Land Bremen nur eine beschränkte Regelanfrage vor, obwohl das Verfassungsschutzgesetz die Mitwirkungsklausel enthält. Die geschichtliche Entwicklung, die das Problem der Regelanfrage in den letzten acht Jahren genommen hat, zeigt eindeutig, daß diese völlig unabhängig von den neueren Gesetzgebungen im Verfassungsschutzbereich sich vollzog. Die Bedeutung der Bremischen Regelung in § 3 Abs. 2 Nr. 4 VerfSchG 1974 erschöpft sich mithin in der förmlichen Klarstellung, daß das Landesamt nicht nur auf die „klassischen“ Aufgaben des Sammelns und Auswertens von Informationen über verfassungsfeindliche Bestrebungen usw. beschränkt sein, sondern daß es generell auch bei der Einstellungsüberprüfung mitwirkungsbefugt sein soll.

Unvereinbar mit der Regelung des § 3 Abs. 2 BremVerfSchG wäre somit eine Ausgestaltung des Beamten- bzw. Angestellten-Einstellungsverfahrens durch Verwaltungsvorschriften, welche eine Einschaltung des Senators für Inneres

(Verfassungsschutzamt) überhaupt nicht vorsähe oder zuließe. Eine solche Regelung liegt nicht vor.

Dies führt zu der Frage zurück, ob der in den Nrn. 2.1, 2.3 und 2.4 der Bremer Richtlinien ausgedrückte Teilverzicht auf eine Routineanfrage bei der Verfassungsschutzbehörde unter dem Gesichtspunkt der „Einheit der Staatsgewalt“ auf verfassungsrechtliche Bedenken stößt.

Zu unterscheiden ist die „Einheit der Staatsgewalt“ als eine gedankliche Größe normativer Zurechnung von einem Postulat der „Einheit der Staatsgewalt“ als einem realen Funktionsprinzip hoheitlicher Machtäußerungen. Erstere erweist sich als sinnvoll und notwendig als Legitimationsbezug (Urteile ergehen „Im Namen des Volkes“), als Haftungssubstrat für Organhandlungen (bei der Staatshaftung aber schon beschränkt auf die jeweilige Körperschaft: Bund, Land, Gemeinde usw.) oder als rechtliche Anknüpfung für die politische Einheit des als Staat organisierten Kollektivums (es gibt eine einheitliche deutsche Staatsangehörigkeit). Das Postulat der Einheit als reales Funktionsprinzip findet hingegen als solches in der Verfassung keine Stütze: Vielmehr gilt das Prinzip der **bundesstaatlichen Gliederung** (Art. 20 Abs. 1, 28 GG) einerseits, das Prinzip der **Gewaltenteilung** (Art. 20 Abs. 2 GG) andererseits. Es ist geradezu das elementare Strukturprinzip des verfassungsgesetzlich geordneten **Rechtsstaates** im Unterschied zu jedem totalitären Staatsgebilde, daß die Staatsfunktionen und damit auch die entsprechende Weisungsgewalt nicht in einem Punkt, nicht in einem oder wenigen Ämtern gehäuft und konzentriert werden, sondern daß sie funktional und personell aufgeteilt, jedoch kompetenziell aufeinander abgestimmt und einander zugeordnet werden. Dadurch wird, wie man seit **Aristoteles** und **J. Locke** weiß, „die Staatsmacht gemäßigt und die Freiheit des Einzelnen geschützt“

— so: BVerfGE 9, 268 ff., 279, st.Rsprg. —.

Dort, wo die Zuordnung der Kompetenzen und Funktionen unvollständig ist und Lücken aufweist, insbesondere auch im Geflecht der bundesstaatlichen Beziehungen, da hilft das allgemeine Prinzip der gegenseitig zu leistenden **Rechts- und Amtshilfe** aus (Art. 35 Abs. 1 GG). Vgl. BVerfGE 31, 43, 46. Dieses bestätigt somit gerade den primären Grundsatz der Gewalten- und Funktionenteilung, indem es für eine lücken- und reibungslose Zuordnung der institutionell und kompetenziell getrennten staatlichen „Stellen“ (vgl. § 1 Abs. 4 VwVfG) und ihrer Aufgaben Sorge trägt. Nicht aber ist umgekehrt aus dem Amtshilfeprinzip eine real-funktionale Einheit der Staatsgewalt herzuleiten.

Dieses Ergebnis wird durch folgende einfache Erwägung ergänzt und gestützt: Würde das Amtshilfeprinzip als Ausdruck einer real-funktionalen Einheit des Staates mißverstanden, so müßte man es — unter Verabschiedung aller gesetzlichen Kompetenzaufteilungen — totalisieren. Dies bedeutete, im Gedankenexperiment, folgendes: Entweder gelingt es einer Behörde, „im Wege der Amtshilfe“ alle anderen Behörden für sich tätig werden zu lassen, oder aber alle beliebigen Behörden versuchen, alle anderen Behörden im Interesse der jeweils eigenen Machtentfaltung zu mobilisieren. Das Ergebnis wäre im ersten Falle die totale Diktatur, im zweiten Falle das totale Chaos. Was — auf das Grundgesetz bezogen — völlig unmögliche Ergebnis dieser Extrapolation zeigt, daß der Gedanke der real-funktionalen Einheit der Staatsgewalt zwar ein (in den Konsequenzen fürchterliches) Postulat sein mag, daß er jedoch kein Verfassungssatz ist und schon gar keiner, der gegen die Verfassungsprinzipien der Bundesstaatlichkeit und der Gewaltenteilung und ihre einfachgesetzliche Konkretisierung ausgespielt werden dürfte.

Was hier für reale Organhandlungen staatlicher Organwalter ausgeführt wurde, gilt gleichermaßen für Informationsverarbeitung und, insbesondere, Informationsübermittlung. Der Umgang mit Daten stellt insoweit nur einen Unterfall des allgemeinen Behördenhandelns dar, der jedoch insofern besondere Aufmerksamkeit erfordert, als die **Gewaltenteilung durch Informationsstellung**, auf die es hier ankommt, im Zeitalter des technisch schier schrankenlos möglichen Datenspeicherns und Datenverbundes besonderen Gefährdungen unterliegt und daher auch besonderen Schutzes bedarf.

Schließlich sollte es nach dem Gesagten kaum noch der Erwähnung bedürfen, daß die Überlegungen zur Gewalten- und Funktionenteilung in ihrer Geltung nicht auf das Verhältnis der drei „klassischen“ Gewalten zueinander (Legislative—Exekutive—Judikative) beschränkt sind, sondern in gleichem Maße auch

für die „Feingliederung“, etwa, wie hier, **innerhalb der Exekutive** Geltung beanspruchen.

bb) Wenden wir uns nunmehr kurz dem **grundrechtlichen** Aspekt des Problems zu. Um Mißverständnissen vorzubeugen, sei hervorgehoben, daß es hier nicht um die Frage geht, unter welchen Voraussetzungen die (als Amtshilfe oder anders erfolgende) Informationsweitergabe von Behörde zu Behörde trotz ihres in Grundrechte eingreifenden Charakters verfassungsrechtlich erlaubt sein kann. An dieser Stelle geht es nur darum, ob die Behauptung der „Einheit der Staatsgewalt“ (als einer real-funktionalen) die bürokratische Allgegenwart personenbezogener Informationen und also einen schrankenlosen Informationsaustausch zwischen Hoheitsträgern angesichts des von der Verfassung geforderten grundrechtlichen Persönlichkeitsschutzes zu rechtfertigen vermag. Die Frage ist aus folgenden Gründen zu verneinen:

Ausgehend von der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Schutze des Persönlichkeitsrechts und der Privatsphäre (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG), wie sie in mehreren Entscheidungen entwickelt worden ist

— BVerfGE 27, 1 ff., 6 f. (Mikrozensus), 27, 344 ff., 350 f. (Scheidungsakten), 34, 238 ff., 245 ff. (Tonbandaufnahme) —,

ist ein grundrechtlich geschützter Bereich der **informationellen Selbstbestimmung** anzuerkennen.

— Vgl. **W. Schatzschneider**, Die Ermittlungstätigkeit der Ämter für Verfassungsschutz und Grundrechte, Frankfurter jur. Diss. 1979, S. 153 und passim, m.w.N. —

Es gehört zur freien, autonomen Entfaltung der Persönlichkeit und zur Erhaltung ihrer Würde, daß sie grundsätzlich selbst die Entscheidung darüber behält, wann, wo, und auf welche Weise sie sich nach „außen“, also im sozialen Verkehr darstellt.

— Zu „Freiheit“ und „Würde“ als Bedingungen des Gelingens der sozialen Selbstdarstellung: **N. Luhmann**, Grundrechte als Institution, 1965, S. 60 ff. —

Hieraus erhellt auch bereits, daß das informationelle Selbstbestimmungsrecht nicht auf den Schutz der „Intimsphäre“, also des „allerprivatesten“ Bereiches beschränkt bleiben kann, wenngleich dieser für das Bundesverfassungsgericht den Ausgangspunkt, den Kernbereich seiner Doktrin eines abgestuften Schutzes bildete. In der Auffassung des Gerichts besitzt jeder Bürger eine verfassungskräftig gesicherte Sphäre privater Lebensgestaltung, also einen letzten unantastbaren Bereich menschlicher Freiheit, „der der Einwirkung der gesamten öffentlichen Gewalt entzogen ist“

— BVerfGE 6, 32 ff., 41 —

Außerhalb dieser Kernzone hört aber der Schutz nicht einfach auf, vielmehr muß der Einzelne nur solche staatlichen Maßnahmen hinnehmen, „die im überwiegenden Interesse der Allgemeinheit unter strikter Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgebotes erfolgen“. Dabei „ist dem Schutz der Integrität der menschlichen Person in geistig-seelischer Beziehung ein besonders hoher Wert beizumessen“.

— BVerfGE 27, 351 —

Konkret bedeutet dies zum Beispiel, daß Akten, die personenbezogene Daten enthalten, nicht beliebig anderen Behörden zur Einsicht überlassen werden dürfen und daß entsprechende Amtshilfeersuchen eine substantiierte, „im einzelnen mit Tatsachen belegte Darstellung der Bedeutung der Sache und der Erforderlichkeit der Akteneinsicht“ enthalten müssen.

— BVerfG a.a.O., 353 —

Dies gilt nun keineswegs nur für Daten aus der „Privatsphäre“ im engeren Sinne, sondern, freilich immer in entsprechender Abwägung zu den Interessen der Allgemeinheit, auch für Informationen aus der „Öffentlichkeitssphäre“ des Bürgers. Soll die persönliche Entscheidungsfreiheit als wesentliches Element der autonomen Persönlichkeit erhalten bleiben, so bedarf die informationelle Selbstbestimmung gerade auch im Bereich des Öffentlichen einschließlich des Politischen des Schutzes gegen totale Registrierung, Überwachung und schrankenlose Informationsweitergabe

— vgl. vor allem: **W. Schmidt**, Die bedrohte Entscheidungsfreiheit, JZ 1974, S. 241 ff., 247 f. Ferner: **W. Schatzschneider**, a.a.O.; **H.-P. Schneider**, Rechtsschutz und Verfassungsschutz, NJW 1978, S. 1610 ff. —

Hier erfährt das oben (II. 1. b. 3.) unter demokratie-theoretischem Aspekt über die Notwendigkeit der Erhaltung des Grundkonsenses Ausgeführte seine Ergänzung aus individual-grundrechtlicher Sicht. Zu den unverzichtbaren Konstituenten der freiheitlichen Demokratie gehört, wie schon **Adolf Arndt** eindringlich aufgezeigt hat, die **Freiheit von Furcht**.

— **A. Arndt**, Der Rechtsstaat und sein polizeilicher Verfassungsschutz, NJW 1961, S. 898. Vgl. zum Thema auch **Denninger**, Verfassungstreue und Schutz der Verfassung, VVDStRL Heft 37, 1979, S. 7 ff., 26 ff. —

Ein Rechtsstaat, der für den Regelfall von der Autonomie des Normgehorsams seiner Bürger, und eine Demokratie, die von der Chance für die Mehrzahl ihrer Bürger, sich mit diesem Staat (wenigstens teilweise) zu identifizieren (BVerfGE 40, 251) ausgehen müssen, können weder, wie man im vorigen Jahrhundert gesagt hätte, auf Bajonette, noch, in aktueller Sprechweise, auf die Herrschaft der Computer (durch totale Datenspeicherung und -übermittlung) gegründet werden. Die These von der (informationellen) „Einheit der Staatsgewalt“ scheitert mithin auch an der grundrechtlich geschützten informationellen Selbstbestimmung des Bürgers.

Die Konsequenzen, die hieraus und aus dem (oben, zu 3) zur Erhaltung des demokratischen Grundkonsenses Gesagten auch im Hinblick auf die praktische Umsetzung des Gesetzmäßigkeitsprinzips zu ziehen sind, betreffen dann aber, wenn anders die zitierten Aussagen des Bundesverfassungsgerichts nicht zu einer bloßen façon de parler absinken sollen, nicht mehr nur eine „Frage der politischen Opportunität unter Abwägung des Für und Wider“

— so aber **W. Geiger**, a.a.O., EuGRZ 1978, S. 535 —,

sondern sie sind als **Rechtsfragen** der Zuordnung verfassungsrechtlich geschützter Rechtsgüter gemäß dem „Prinzip praktischer Konkordanz“

— **K. Hesse**, Grundzüge usw., 9. Aufl. 1976, S. 28, ebenso 10. Aufl., — zu behandeln.

2. Zu Frage 2 (vgl. oben II. 1.):

Die Frage, ob die Bewerber für bestimmte Beamten- oder Angestelltenpositionen **generell**, also gruppenspezifisch der Regelanfrage entweder unterworfen werden oder umgekehrt von ihr ausgenommen werden dürfen, stellt sich im Hinblick auf Nr. 2.3 und 2.4, aber auch auf Nr. 3 der Bremer Richtlinien in **zwei Teilfragen** dar: a) Darf hier überhaupt, und wenn ja, nach abstrakt abgegrenzten Gruppen von Funktionsbewerbern differenziert werden? und b) Ist die von den genannten Vorschriften der Bremer Richtlinien getroffene Gruppenabgrenzung verfassungsrechtlich unbedenklich?

a) Zu a)

In der Diskussion dieser nach wie vor umstrittenen Frage tauchen immer wieder zwei einander zuwiderlaufende Argumentationstopoi auf, ohne daß ihre Gegenläufigkeit klar bemerkt würde: Einerseits soll nämlich das Erfordernis der individuellen Einzelfallprüfung jede gruppenschematische Gleichbehandlung verbieten, andererseits soll die Einheitlichkeit des Staatsdienstes — die funktional in Analogie zur Einheit der Staatsgewalt (vgl. o.) gedacht wird — jede auch nur gruppenbezogene Differenzierung verbieten. Der erste Topos erscheint vornehmlich bei der Erörterung der Bedeutung der Mitgliedschaft in einer extremistischen, aber nicht für verfassungswidrig erklärten Partei; dem zweiten begegnet man insbesondere im Zusammenhang einer funktionspezifischen Differenzierung der Treueanforderungen — bis hin zu dem formalen Argument, die „Gewährbiete Klausel“ stehe in § 4 Abs. 1 Nr. 2 BRRG unter dem Titel „Allgemeines“, wolle also für alle Beamtenverhältnisse gelten.

— So **K. Stern**, Gutachten vom 1. 11. 1978, S. 10 —

Das ist an sich ebenso richtig wie, bezogen auf unser Problem, nichtssagend, denn die „Automatik“: Treuepflicht, also Regelanfrage, steht nicht im Gesetz, sondern müßte von ihren Verfechtern gerade erst nachgewiesen werden.

Den richtigen Zugang zur Lösung des Problems gewinnt man erst, wenn man auf der Basis der oben zu I. 4. c) durchgeführten Rechtsprechungsanalyse eine klare Unterscheidung trifft zwischen den materiell-rechtlichen Anforderungen, die an das Maß der Verfassungstreue eines Bewerbers zu stellen sind, und den verfahrensmäßigen Anforderungen, die an die Intensität der Nachprüfung derjenigen Faktoren zu stellen sind, aufgrund deren sich dann die Überzeugung der Einstellungsbehörde bei ihrem Prognose-Urteil bildet. Der Vollständigkeit halber sei vermerkt, daß auch noch eine dritte Ebene zu unterscheiden ist, nämlich die des Maßes an subjektiv zu fordernder Gewißheit (des „Grades an Überzeugtheit“) bei den entscheidenden Organwaltern. Unbestreitbar stehen diese drei Ebenen untereinander in einem Fundierungszusammenhang: Das Maß an Prüfung wird sich einerseits an dem Maß zu gewährleistender Treue, andererseits aber auch an dem Maß zu fordernder subjektiver Gewißheit, also an dem „Überzeugtheitsgrad“ zu orientieren haben; nichtsdestoweniger sind alle drei Ebenen phänomenologisch und auch rechtlich gesondert zu betrachten. Dann zeigt sich aber auch, in welcher ‚Station‘ des Gesamtvorganges der Prognosebildung überhaupt nur ein Spielraum für Differenzierungen entstehen und rechtlich zu Buche schlagen kann: Ein gewisses gleiches **Grundmaß** an Loyalität gegenüber den Grundprinzipien der Verfassungsordnung (gegenüber der ‚freiheitlichen demokratischen Grundordnung‘) ist, wie die Beamten-gesetze und die tarifvertraglichen Regelungen für Beamte und Angestellte übereinstimmend fordern, von **allen** Staatsbediensteten als unverzichtbare Dienst-voraussetzung zu fordern. Wird dieses Grundmaß unterschritten, fehlt es bei dem Beamten an der „Eignung“ im Sinne des Art. 33 Abs. 2 GG. **Insoweit** ist das Treue-Maß einer funktionsspezifischen Differenzierung unzugänglich.

— Abw. Ans. **W. Jung**, Der Zugang zum öffentlichen Dienst nach Art. 33 Abs. 2 GG, Diss. Saarbrücken 1978, S. 63, der aber übersieht, daß auch von seinem Standpunkt aus ein solches gleiches Grundmaß durchaus zu fordern wäre. Dort weitere Nachw. Vgl. ferner **J. Isensee** in JuS 1973, S. 265 ff., 271 f., der die Forderungen an die Verfassungstreue funktionsspezifisch abstufen möchte, der sich jedoch die zutreffende Problemdifferenzierung durch eine undifferenzierte Begrifflichkeit („Vertrauensgrundlage der Verbeamtung“) verstellt. Wie fast alle Autoren vermengt er die Ebenen des Treue-Maßes, der Prüfungsintensität und des Überzeugtheitsgrades bis zur Unkenntlichkeit. —

Es bedarf zweitens keiner Auseinandersetzung mehr darüber, daß das „Gewährbieten“ im Sinne der Ausschaltung bzw. des Nichtvorhandenseins von Zweifeln („Negation des Zweifels“, h.L. und Rsprg.) zu verstehen ist. Es genügt also nicht, wenn der Urteilende hofft oder vermutet, der Bewerber werde sich künftig verfassungstreu verhalten, sondern er muß in dem Maße, wie dies überhaupt in bezug auf künftige Ereignisse und Sachverhalte nur möglich ist, davon **überzeugt** sein, daß es so sein werde. Auch hier kommt eine Abstufung je nach den Funktionen oder nach der Stellung in der Ämterhierarchie, die der Einzustellende bekleiden soll, nicht in Betracht. Eine gewisse Variationsbreite ergibt sich aber drittens in der Antwort auf die Frage nach dem gebotenen Maß der Intensität, mit welcher die Grundlagen der Überzeugungsbildung zusammengetragen werden müssen. Daß in dieser Station der Entscheidungsfindung auch Randbedingungen des Prognosebildungsvorganges wie z. B. Folgewirkungen für die Allgemeinheit berücksichtigt werden können und u. U. aus verfassungsrechtlichen Gründen berücksichtigt werden müssen, ist vorhin gezeigt worden. Dies kann dazu führen, daß die Elemente der Prognosebildung nicht immer genau in der gleichen Weise konzentriert, auch dazu, daß u. U. unterschiedliche Elemente zusammengeführt werden müssen. Das für eine Überzeugungsbildung erforderliche Maß an Prognosebildungselementen wird prinzipiell jeweils vom Einzelfall abhängen; dies schließt jedoch eine typisierende Gleichbehandlung ähnlicher Individuen nicht aus, sofern nur im je einzelnen Verfahren der Übergang zu einer individuellen Betrachtung möglich bleibt. Je nach der Vorbildung, Tätigkeit und geistigen Differenziertheit eines Bewerbers — und diese Momente stehen wiederum in einer angebbaren Relation zu den Merkmalen und Qualifikationsprofilen des erstrebten Dienstpostens — ist für eine auf entsprechender Überzeugung beruhende Prognosebildung ein Mehr oder Weniger an Urteilselementen erforderlich. Diesen typischen Unterschieden kann durch eine sachgerechte Gruppen(= Typen-)bildung Rechnung getragen werden. Verfassungsrechtlich ist dies unbedenklich und zugleich entspricht es anerkannten Grundsätzen rationaler Verwaltungsführung.

b) Zu b):

Nr. 2.3 der Richtlinien sieht die Regelanfrage beim Senator für Inneres bei der Neueinstellung von Richtern, Staatsanwälten, Polizei- und Strafvollzugsbediensteten sowie bei Personen vor, die für eine „besondere Vertrauensstellung“ vorgesehen sind. Die besondere Behandlung der Bewerber dieser Gruppen könnte im Hinblick auf den grundrechtsgleich geschützten **Grundsatz der Gleichbehandlung** beim Zugang zum öffentlichen Dienst

— zum Grundrechtscharakter des Art. 33 Abs. 2 GG vgl. **Matthey** in v. Münch, Grundgesetz-Kommentar, Art. 33, Rdnr. 2 —

Bedenken auslösen, wenn sich kein vernünftiger, das heißt sachlich einleuchtender Grund für diese Gruppenabgrenzung und Gruppenbehandlung angeben läßt, wenn sie also in diesem Sinne als „willkürlich“ angesehen werden muß. Entsprechendes gilt für die in Nr. 2.4 der Richtlinien gebildete Gruppe, also insbesondere für Lehreranwärter, die ihren Vorbereitungsdienst nicht im Lande Bremen geleistet haben.

In Nr. 2.3 sollten offensichtlich diejenigen Funktionsträger zusammengefaßt werden, die den Kern der Institutionen Justiz und Polizei sowie der Innenverwaltung bilden. Es handelt sich dabei um Aufgaben, die zum Zentrum der Funktionen des modernen Staates gehören, um solche, die in Art. 33 Abs. 4 GG in besonderem Maße anvisiert werden. (Das schließt nicht aus, daß im Einzelfall eine besondere Vertrauensstellung auch einmal von einem Nichtbeamten, einem Verwaltungsangestellten ausgefüllt wird). Es ist ein sachlich einleuchtender Grund, wenn die Einstellungsbehörde vor der Besetzung solcher Positionen ihre Prognosebildung auf eine möglichst breite Tatsachenbasis stellen will, um Fehlprognosen zu vermeiden. Es ist auch durch die zentrale Bedeutung solcher Positionen für das Funktionieren des Rechtsstaates sachlich gerechtfertigt, wenn die Einstellungsbehörde in diesen Fällen die „praktische Konkordanz“ mit den oben erörterten, gegen eine generelle Praxis der Regelanfrage sprechenden Verfassungsrechtsaspekten in der Weise herstellt, daß sie diese hinter jene zurücktreten läßt. Das unvermeidbare „Restrisiko“ (um diesen Terminus aus der jüngsten Diskussion des technischen Sicherheitsrechts hier aufzugreifen) einer Fehlbeurteilung muß in diesen Fällen möglichst gering gehalten werden.

Bedenken könnten allenfalls unter dem Gesichtspunkt der rechtsstaatlichen Normbestimmtheit gegen die unbestimmte Fassung „Personen, die in der Verwaltung eine besondere Vertrauensstellung erhalten sollen“ geltend gemacht werden. Dieser Personenkreis muß, soll die Vorschrift verwaltungsmäßig vollziehbar sein, durch Verwaltungsanweisungen näher abgegrenzt werden. Einstweilen ist eine restriktive und damit verfassungskonforme Auslegung und Anwendung in der Weise vorzunehmen, daß diejenigen Bewerber erfaßt werden, die mit Sicherheit in diese Untergruppe fallen.

Die ratio für die in 2.4 der Richtlinien getroffene Regelung läßt sich unter dem Gesichtspunkt der Gleichbehandlung sehr leicht angeben. Der Bremische Senat geht zu Recht und in Einklang mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts davon aus, daß die in Bremen ausgebildeten Lehrer, Sozialarbeiter usw., die allesamt einen Vorbereitungsdienst oder/und eine Praktikantenzeit ableisten müssen, während dieses Vorstadiums intensiv auf ihre Verfassungstreue hin beobachtet und geprüft werden können. Nr. 2.4 erfaßt die von auswärts in den bremischen Staatsdienst strebenden Kandidaten für die genannten Berufe. Für sie stellt die Anfrage bei den Verfassungsschutzbehörden das Äquivalent dafür dar, daß sie jener Beobachtung in einem Vorbereitungsdienst des Landes Bremen nicht mehr unterzogen werden können. Auf diese Weise vermag das Land Bremen sich davor zu schützen, daß Beamtenbewerber, die in anderen Bundesländern wegen zweifelhafter oder negativer Treue-Prognose abgelehnt worden sind oder worden wären, in Ausnutzung einer insgesamt liberalen Einstellungspraxis in den bremischen Staatsdienst eindringen können. Auch diese Regelung muß mithin als sachgerecht und „willkürfrei“ angesehen werden.

3. Teilergebnisse zu II.

- a Es ist verfassungsrechtlich unbedenklich, auf die an sich mögliche Regelanfrage bei der Verfassungsschutzbehörde aus sachlich einleuchtenden Gründen zu

verzichten, sofern in anderer Weise dafür gesorgt ist, daß vor der endgültigen Einstellung als Beamter oder Angestellter eine in ausreichender Weise auf Tatsachen gestützte Prognosebeurteilung über die künftige Verfassungstreue des Bewerbers erfolgt.

- b Insbesondere die Einhaltung des Grundsatzes der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung erfordert nicht zwingend die Durchführung der Regelanfrage.
- c Der verwaltungsverfahrenrechtliche Grundsatz der Amtsermittlung (Untersuchungsgrundsatz) kann durch verfassungsrechtliche Prinzipien (Übermaßverbot, Demokratieprinzip, Erhaltung des demokratischen Grundkonsenses) in seiner Anwendungspraxis beeinflussen und modifiziert werden.
- d Die Verfassung des Grundgesetzes kennt keinen Grundsatz der „Einheit der Staatsgewalt“ als reales Funktionsprinzip, der die Regeln der Gewalten- und Kompetenzteilung zu mißachten erlaubte oder der eine norm- und schrankenlose Rechts- und Amtshilfe zu rechtfertigen vermöchte.
- e Der zunehmenden Bedeutung der Gewaltenteilung durch Informationsteilung entspricht die Anerkennung eines Grundrechtes auf informationelle Selbstbestimmung. Dieses darf nicht durch eine undifferenzierte Berufung auf die „Einheit der Staatsgewalt“ zunichte gemacht werden.
- f Es ist verfassungsrechtlich unbedenklich, aus sachlich einleuchtenden Gründen die Regelanfrage für bestimmte Gruppen von Bewerbern vorzusehen, für andere nicht.
- g Die in den Bremer Richtlinien Nr. 2.3 und Nr. 2.4 getroffene Gruppenabgrenzung beruht auf sachlich einleuchtenden Erwägungen und ist, verfassungskonform ausgelegt, verfassungsrechtlich unbedenklich.

III. Zulässigkeit einer besonderen Sicherheitsüberprüfung? (Zu Nr. 3 der Bremer Richtlinien)

Nr. 3 der Richtlinien trifft nicht selbst eine verfahrensrechtliche Regelung, sondern hat Verweisungs- und Klarstellungsfunktion. Die Vorschrift verweist auf die Vorschriften über den **vorbeugenden personellen Geheimschutz** und den **vorbeugenden personellen Sabotageschutz** in § 3 Abs. 2 Nr. 1 und 2 BremVerfSchG vom 13. 3. 1974, sowie auf die dazu ergangenen Ausführungsbestimmungen. Die gesetzliche Regelung im Lande Bremen entspricht fast wortgleich derjenigen des Bundes in § 3 Abs. 2 Nrn. 1 und 2 BVerfSchG von 1950/1972. Die Frage, ob möglicherweise gegen einzelne der (nichtveröffentlichten) Verwaltungsanweisungen zur Durchführung dieser beiden Arten von Sicherheitsüberprüfung verfassungsrechtliche Bedenken zu erheben wären, ist nicht Gegenstand dieser Untersuchung. Die Verweisungsvorschrift der Nr. 3 der Richtlinien könnte, unter dem Gesichtspunkt des Gleichheitssatzes, allenfalls dann Bedenken auslösen, wenn die Verfassungstreueüberprüfung für alle Bediensteten völlig gleich vorgenommen werden müßte **und** wenn außerdem diese Prüfung andere Prüfungen mit einem anderen Prüfungsziel ausschloße. Daß die erste Prämisse nicht zutrifft, ist unter II.2. gezeigt worden. Daß die zweite Prämisse nicht zutreffen kann, ergibt sich aus Art. 33 Abs. 2 GG, § 7 BRRG i.V.m. den entsprechenden Vorschriften des bremischen Beamtenrechts. So wie die Eignungsvoraussetzungen entsprechend den Funktionsunterschieden der unterschiedlichen Dienstposten variieren (müssen), so müssen auch die Prüfungen der Eignungsvoraussetzungen gemäß dem jeweiligen Prüfungsziel unterschiedlich ausfallen. Die Sicherheitsüberprüfungen im Rahmen des vorbeugenden personellen Geheim- und Sabotageschutzes sind Teil der Eignungsfeststellung hinsichtlich der Bewerber für die in Nr. 3 der Richtlinien genannten Dienstposten. Sie verfolgen partiell andere Ziele als die Treueüberprüfungen der übrigen Nrn. der Bremer Richtlinien. Es ist z. B. wichtig, daß die auf besonders sicherheitsempfindlichen Stellen zu Beschäftigenden weder bestechlich noch erpreßbar sind; die Prüfung dieser Eignungsvoraussetzungen hat aber nicht notwendig irgend etwas mit der Verfassungstreue der Bewerber und deren Prüfung zu tun.

Teilergebnis zu III.

Die Vorkehrung besonders ausgestalteter Sicherheitsüberprüfungen ist gerechtfertigt; die Verweisung hierauf in Nr. 3 der Bremer Richtlinien ist verfassungsrechtlich unbedenklich.

IV. Zulässigkeit der Nichtberücksichtigung bestimmter Arten von Tatsachen? (Zu Nr. 4.2 der Bremer Richtlinien)

Die grundsätzliche Nichtberücksichtigung bestimmter generell definierter Tatsachen (Tatsachen aus der Studienzeit oder einer Ausbildungszeit außerhalb des öffentlichen Dienstes, Tatsachen die länger als drei Jahre zurückliegen) betrifft nicht die — oben zu II. erörterte — Problematik der Grenzen der Tatsachenerhebung, sondern die Frage der **Würdigung** bereits erhobener, bekannter Tatsachen, die Frage ihrer **Prognoserelevanz**. Die unter die Kategorien der Nr. 4.2 der Richtlinien fallenden Tatsachen sind nach Auffassung des Senats der Freien Hansestadt Bremen „grundsätzlich“, d. h. also im Regelfall, von Ausnahmen abgesehen, **keine Tatsachen** im Sinne der Nr. 4.1 der Richtlinien. Sie seien nämlich „grundsätzlich“ für die Beurteilung der Verfassungstreue eines Bewerbers nicht bedeutsam. Es fragt sich, ob eine solche generelle (freilich widerlegliche) Negation der Eignung bestimmter Tatsachen zur Prognosebildung sachlich zu rechtfertigen ist.

1. Dies ist zunächst für die Tatsachen aus der Studien- und Ausbildungszeit (außerhalb des öffentlichen Dienstes) zu betrachten. Das Bundesverfassungsgericht hat — in E 39, 356 — die Prognoseeignung solcher Tatsachen mit der Begründung negativ beurteilt, die dabei einzuschätzenden Verhaltensweisen junger Menschen entsprängen „häufig Emotionen in Verbindung mit engagiertem Protest“, sie seien „Teil von Milieu- und Gruppenreaktionen“. Diese Feststellung mag als solche zutreffen, als Begründung für die geringe oder mangelnde Prognoseeignung der daraus entspringenden Verhaltensweisen ist sie nicht ausreichend. Es fehlt hier eine explizite Einbeziehung der neueren Erkenntnisse über die Entwicklung der Ich-Identität in der Adoleszenz einschließlich der Moral-Entwicklung und der Ausbildung des politischen Bewußtseins bei Jugendlichen.

— Vgl. zur Einführung: **Döbert/Habermas/Nunner-Winkler** (Hrg.), *Entwicklung des Ichs*, 1977, bes. S. 272 ff. —

Ohne hier in Einzelheiten einzutreten, kann gesagt werden, daß nicht die emotionale oder milieuhafte Bedingtheit der — u. U. extremen — Ausdrucksformen den Grund für ihre mangelnde Prognoseeignung bildet, sondern vielmehr die Tatsache, daß jene Verhaltensweisen nur in ihrer Einbettung in den vielfältig krisenhaft verlaufenden Entwicklungsprozeß der Adoleszenz begriffen werden können. Die Ausbildung der politisch-moralischen Ichidentität, die sich bis weit in das dritte Lebensjahrzehnt hineinziehen kann, vollzieht sich nicht einlinig nach dem Modell der russischen Holzpuppe, auch nicht nach dem Modell der antiken Homunkulus-Entelechie, sondern komplex und kontrastreich. **Deshalb** erlauben die Formen und Inhalte des politischen Verhaltens Jugendlicher in der Regel keine sicheren Rückschlüsse auf die späteren politischen Einstellungen und Verhaltensformen des Erwachsenen. Dies gilt insbesondere auch für die in bestimmten Entwicklungsphasen häufig zu beobachtende Tendenz zur Behauptung radikaler oder extremistischer oder utopischer Positionen. Mit welchem Ergebnis solche entwicklungsbedingten Haltungen individuell aufgearbeitet werden (können), hängt nicht zuletzt von den Reaktionen der zahlreichen Instanzen des Sozialisationsprozesses ab.

Der Kreis der Betrachtung schließt sich hier: Die oben zu II.1b) 3) angeführten demokratiethoretischen Argumente können auch in dem hier erörterten Zusammenhang Beachtung beanspruchen. Für die Entwicklung der freiheitlichen, auf gegenseitiger Achtung, Toleranz und kritischem Engagement aufgebauten Demokratie ist die Gewährleistung eines Klimas möglichst freier Meinungsäußerung, der nicht durch Karriereängste und antezipierte Anpassungsunterwerfung beeinträchtigten politischen Diskussion gerade in den Ausbildungs- und Studienjahren von unschätzbbarer Bedeutung. Und eben das gleiche gilt, auf das Individuum bezogen, für die Entwicklung einer auch in ihrem politischen Bewußtsein stabilen, harmonischen Ichidentität.

Die Kombination der beiden Aspekte: die ontogenetisch bedingte geringe Prognoseeignung jugendlicher politischer Verhaltensweisen und die Bedeutung eines möglichst repressions- und angstfreien Meinungsäußerungsklimas für die freiheitliche Demokratie — diese Kombination rechtfertigt es, politische sogenannte „Jugendsünden“ im typischen Regelfall für den weiteren Vorgang der Prognosebildung unbeachtet zu lassen.

Ein Verstoß gegen das Prinzip der individuellen Einzelfallprüfung
— BVerfGE 39, 353 —

liegt dabei schon deshalb nicht vor, weil die Fassung der Nr. 4.2 der Richtlinien (. . . „werden grundsätzlich nicht berücksichtigt“) erlaubt und gebietet, Tatsachen jener Art dann doch in die individuelle Prüfung miteinzubeziehen, wenn sie — atypischerweise — für die künftige Haltung des erwachsenen Bewerbers als aussagekräftig erscheinen. Das hängt von den konkreten Umständen des Einzelfalles ab, kann aber beispielsweise eintreten, wenn Tatsachen aus der „Erwachsenenzeit“ sinnvoll nur in Verbindung mit der Retrospektive auf die Jugendphase gewürdigt werden können.

2. Die grundsätzliche Nichtberücksichtigung länger zurückliegender Tatsachen ist Ausdruck eines unsere ganze Rechtsordnung von Verfassungs wegen durchziehenden Prinzips, nämlich des Respekts vor der autonomen Lebensgestaltung des Einzelnen. Er impliziert die Einräumung einer Chance an jenen Bewerber, der seine früheren politischen Auffassungen und Handlungen als Irrtümer erkannt hat und sich — vermutlich erfolgreich — von ihnen abgekehrt hat. Die prinzipielle Versagung einer solchen Chance zur Umkehr wäre mit dem rechtsstaatlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Hinblick auf Art. 33 Abs. 2 GG nicht vereinbar. Auf der anderen Seite lassen sich gegen eine solche Regelung zwei Einwände erheben:

- a) eine Frist von drei Jahren sei jedenfalls zu kurz, um die Vergangenheit eines Bewerbers für seine Zukunft unbeachtlich werden zu lassen, und
- b) gehe der Staat auf diese Weise bewußt das Risiko ein, im Hinblick auf das Treueerfordernis ungeeignete Bewerber zum Staatsdienst zuzulassen, sofern diese sich drei Jahre lang in ihrem politischen Verhalten geschickt genug verstellten. (Man wisse ja auch, daß z. B. Spione über viel längere Zeitspannen hin in einer untadeligen „bürgerlichen Existenz“ „aufgebaut“ würden).

Auf den ersten Einwand ist zu erwidern, daß, diesseits der Grenze offensichtlicher Willkür = Unvernünftigkeit, jede Fristbestimmung das Moment einer gewissen Zufälligkeit in sich trägt, wie schon **Hegel** unübertroffen ausgeführt hat

— **G. W. F. Hegel**, Grundlinien der Philosophie des Rechts, § 214 —.

Mit Sicherheit wäre eine Jahresfrist zu kurz und eine 15-Jahresfrist zu lang.

Ob aber drei, fünf oder acht Jahre als angemessen erscheinen, dies zu entscheiden, fällt in die Kompetenz der regelsetzenden Instanz. Die verfassungsgerichtliche Kontrolle hat hierbei keine (scheinbare oder wirkliche) Optimalität vorzuschreiben.

Gegen den zweiten Einwand (b)) ist auf die unter I. und II. vorgetragenen Argumente zu verweisen, welche eine in ihren rechtlichen Auswirkungen begrenzte **Loyalitätsvermutung** zugunsten des Bewerbers tragen. Das Risiko einer irrtümlichen Prognose ist, ganz unabhängig von einer solchen Fristenregelung, nie auszuschalten. Nachträgliche Korrekturen sind beamten-, disziplinar- und arbeitsrechtlich möglich. Absolute Sicherheit ist hier wegen der begrenzten Fähigkeit des Menschen, erstens die Seele des Anderen und zweitens die Zukunft zu erkennen, ohnehin nicht möglich, nicht einmal um den Preis freiheitsvernichtender staatlicher Indiskretion. Auf dem Hintergrund dieser Einsicht erweist sich die Umkehrung des Regel-Ausnahme-Verhältnisses nach einer Frist von drei Jahren lediglich als eine besondere Ausformulierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Denn auch wenn, mangels der Richtlinie Nr. 4.2, drei Jahre oder länger zurückliegende „Tatsachen“ im Sinne der Nr. 4.1 grundsätzlich zu berücksichtigen wären, so wäre im Rahmen der gesamten Eignungsprognose-Bildung eben doch in jedem Fall der Zeitablauf in einem für den Bewerber günstigen Sinne auch mit zu berücksichtigen, d. h., so lange zurückliegende Tatsachen verlören weitgehend ihr prognostisches Gewicht. Nichts anderes aber als eben dieses bringt die Richtlinie Nr. 4.2 in einer verwaltungstechnisch umsetzbaren Form zum Ausdruck.

3. Teilergebnis zu IV.

Die Urteilsbildungsregeln der Richtlinie Nr. 4.2 sind verfassungsrechtlich unbedenklich.

V. Gesamtergebnis

Die hier zur Prüfung gestellten Nummern 2.1, 2.3, 2.4, 3, sowie 4.2 der Bremer Richtlinien für das Verfahren bei Feststellung des Erfordernisses der Verfassungstreue von Bewerbern für den öffentlichen Dienst vom 14. März 1977 (Amtsblatt 1977, S. 87) sind verfassungsrechtlich unbedenklich.

Königstein im Taunus, den 20. Juli 1979

Prof. Dr. Erhard Denninger

