

Aktenzeichen: 2 AZR 1093/79

Bundesarbeitsgericht 2. Senat - Urteil vom 29. Juli 1982
Az. 2 AZR 1093/79

I. Arbeitsgericht Berlin - Urteil vom 20. November 1978
Az. 22 Ca 98/78

II. Landesarbeitsgericht - Urteil vom 25. Juni 1979
Berlin Az. 12 Sa 15/79

Für die Amtliche Sammlung: Ja (Tatbestand und Gründe bis
B IV 2)

Für die Fachpresse: Ja

Entscheidungsstichwort:

Einstellung in den öffentlichen Dienst - Darlegungslast

Gesetz:

GG Art. 33 Abs. 2; ZPO § 561

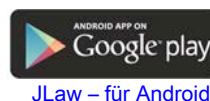
Leitsätze:

1. Die Einstellungsbehörde hat im Einstellungsprozeß den Sachverhalt darzulegen und bei Bestreiten des Bewerbers die Behauptungen zu beweisen, auf die sie die Zweifel an der Verfassungstreue des Bewerbers stützt (Bestätigung von BAG 34, 1 und im Anschluß an BVerwG Urteil vom 27. November 1980 - BVerwG 2 C 38.79 - AP Nr. 10 zu Art. 33 Abs. 2 GG).
2. Ob die von der Einstellungsbehörde angeführten tatsächlichen Umstände Zweifel an die Eignung des Bewerbers begründen, ist zwar keine dem "Beweis im prozesualen Sinne zugängliche Frage". Diese Bewertung unterliegt aber auch nicht nur dem nur beschränkt nachprüfbaren Beurteilungsspielraum der Einstellungsbehörde. Es ist vielmehr gerichtlich nachprüfbar, ob die den Bewerber nach der Darstellung der Einstellungsbehörde belastenden Umstände von "hinreichendem Gewicht" sind und bei objektiver Betrachtungsweise geeignet sind, "begründete Zweifel", d.h. die ernste Besorgnis an der künftigen Einhaltung der Verfassungstreuepflicht des Bewerbers auszulösen (Klarstellung von BAG 34, 1; Bestätigung von BAG, Urteil vom 10. Dezember 1980 - 5 AZR 18/79 - AP Nr. 15 zu Art. 33 Abs. 2 GG und im Anschluß an das

- 2 -



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)



JLaw – für Android



JLaw – für iOS

- 2 -

Urteil des BVerwG vom 27. November 1980, aaO).

3. Ein Beurteilungsspielraum steht der Einstellungsbehörde nur bei der abwägenden und zusammenfassenden Bewertung aller maßgebenden Beurteilungsmomente zu, die für und gegen die Prognose sprechen, daß der Bewerber nach seiner Persönlichkeit die an seine Verfassungstreue zu stellenden Anforderungen erfüllen wird, die für das jeweilige Amt erforderlich sind (Bestätigung von BAG 33, 43 und im Anschluß BVerfG 39, 334 und BVerwG, aaO).

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



JLaw – Gesetze und Urteile

Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile

[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Entscheidungsgründe berichtigt durch
Beschluß vom 26. November 1982.
Lohne, Reg.-Amtmann als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

2 AZR 1093/79

12 Sa 15/79 Berlin

Verkündet am
29. Juli 1982

Bittner,

Amtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

Urteil

In Sachen

pp.

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 29. Juli 1982 durch den Vorsitzenden Richter Hillebrecht, die Richter Professor Dr. Röhsler und Dr. Weller sowie die ehrenamtlichen Richter Dr. Hautmann und Mayr für Recht erkannt:

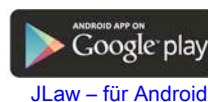
1. Die Revision des beklagten Landes gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Berlin vom 25. Juni 1979 - 12 Sa 15/79 - wird zurückgewiesen.
2. Das beklagte Land trägt die Kosten der Revision.

V o n R e c h t s w e g e n !

- 2 -



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



Tatbestand:

Die im März 1951 geborene Klägerin wurde vom 1. April 1974 bis zum 31. März 1975 als Erziehungspraktikantin in einer Kindertagesstätte im Berliner Bezirk Tiergarten ausgebildet. Sie ist seit Oktober 1976 als Erzieherin bei der Ev. Kirche tätig. Mit Schreiben vom 9. Februar 1978 bewarb sie sich beim Bezirksamt Neukölln um eine Anstellung als Erzieherin im Dienst des beklagten Landes. Am 16. März 1978 stellte sich die Klägerin bei der Leiterin der Kindertagesstätte in der H straße vor, bei der eine Stelle als Erzieherin frei war und noch frei ist. In diesem Gespräch und bei einer weiteren Vorstellung bei einer Vertreterin der Abteilung Jugend und Sport des Bezirksamtes Neukölln ergab sich, daß an der fachlichen Eignung der Klägerin, die die einzige Bewerberin für diese freie Stelle war, keine Zweifel bestanden. Die Einstellung sollte von einem positiven Ergebnis der sogenannten Treueprüfung und der Zustimmung des Personalrates abhängig gemacht werden.

Mit einem Schreiben der Geschäftsstelle der beim Senator für Inneres gebildeten Landeskommission vom 6. Juni 1978 wurden der Klägerin verschiedene politische Aktivitäten vorgehalten, von denen die Landeskommission aufgrund einer routinemäßigen Anfrage beim Landesamt für Verfassungsschutz Kenntnis erhalten hatte. Als Tatsachen, die es zweifelhaft erscheinen ließen, ob die Klägerin die Voraussetzungen für die erforderliche Treuepflicht erfüllt, werden in dem Schreiben eine von der Polizeiinspektion Hof gemeldete Betätigung als Wahlkampfshelferin der KPD in Bayern (September 1974) sowie folgende Beteiligungen der Klägerin an Veranstaltungen und Demonstrationen angeführt:

- " 15.10.1976 - Vom KSV in der Freien Universität Berlin veranstaltete Einführung in die "Schulung des Marxismus-Leninismus".
- 13.11.1976 - Demonstration der KPD im Rahmen ihrer Berufsverbotskampagne, die vom Winterfeldtplatz in Berlin-Schöneberg zum Wittenbergplatz führte.
- 23.12.1976 - Kundgebung der "Roten Hilfe" der KPD in Berlin-Wedding, Bernauer Straße, an der Mauer. Thema: Politische Unterdrückung in der DDR und in der Bundesrepublik Deutschland.



- 3 -

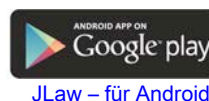
- 11.05.1977 - "Mauerkundgebung" der KPD in Berlin-Neukölln, Elsenstraße. An dieser Kundgebung, die sich gegen die beiden Supermächte - insbesondere gegen die Sowjetunion - richtete, wurden die Ausbeutung der Dritten Welt und der Arbeiterklasse sowie die sog. Berufsverbote angeprangert und ein vereintes, unabhängiges, sozialistisches Deutschland gefordert.
- 03.06.1977 - Kundgebung der "Roten Hilfe" der KPD in Berlin-Neukölln, Hermannplatz, unter dem Motto: Freiheit für Horst Mahler.
- 10.09.1977 - Sie befanden sich in einem Reisebus, dessen Insassen zur Abschlußkundgebung des II. Parteitages der KPD nach Offenbach reisten.
- 08.10.1977 - Demonstration der K-Gruppen in Bonn, die sich gegen ein mögliches Verbot dieser Organisation richtete.
- 19.10.1977 - Kundgebung der KPD, der "Roten Hilfe" und des Kommunistischen Jugendverbandes Deutschland (KJVD) - Jugendverband der KPD - vor der U-Haftanstalt Moabit aus Anlaß der Verurteilung und des Haftantritts von Sieghard G.
- 31.10.1977 - Gemeinsame Demonstration von KPD, KBW und anderen extremistischen Gruppierungen der Neuen Linken in Berlin-Moabit zur U-Haftanstalt. Die Demonstration richtete sich gegen die Durchsuchung der "Info-BUG-Druckerei" und die Inhaftierung der dort beschäftigten Drucker.
- 23.01.1978 - Veranstaltung der KPD in der "Neuen Welt", Berlin-Neukölln, zum Thema: Die KPD und die Opposition in der DDR."

Die Klägerin wurde gebeten, zu den mitgeteilten Tatsachen Stellung zu nehmen und anzugeben, ob sie Mitglied der KPD sei. Nachdem die Klägerin durch Schreiben ihrer Prozeßbevollmächtigten vom 20. Juni 1978 mitgeteilt hatte, sie sei nie Mitglied der KPD gewesen und habe auch keine Aktivitäten für diese Partei entwickelt, fand am 21. Juli 1978 eine Anhörung der Klägerin zu den ihr vorgehaltenen Bedenken statt. Über diese Anhörung ließ das beklagte Land eine von der Klägerin nicht gegengezeichnete stenografische Niederschrift fertigen. In einem Vorprozeß, in dem die Klägerin ihre Einstellung als Erzieherin beehrte, haben die Parteien am 24. Juli 1978 einen Vergleich geschlossen, der u.a. folgenden Inhalt hat:

- 4 -



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



- 4 -

- "1. Der Beklagte verpflichtet sich, die Bewerbung der Klägerin zügig weiter zu bearbeiten.
2. Der Beklagte verpflichtet sich weiterhin, die ausgeschriebene Stelle einer Kindergärtnerin in der Kindertagesstätte H straße bis zur Entscheidung über die Bewerbung der Klägerin nicht anderweitig zu besetzen.
3. ..."

Durch Bescheid vom 28. August 1978 hat das Personalamt des Bezirksamtes Neukölln die Bewerbung der Klägerin mit eingehender Begründung abgelehnt, weil die aufgrund der Erkenntnisse entstandenen Zweifel an der Verfassungstreue von ihr nicht ausgeräumt worden seien. Der Klägerin sei die Teilnahme an den im Schreiben vom 6. Juni 1978 genannten Veranstaltungen anzulasten. Die Richtigkeit der Angaben der Klägerin, daß sie sich im September 1974 anlässlich der Landtagswahlen in Bayern nicht als Wahlkampfhelferin der KPD betätigt habe, werde nicht bestritten und der Klägerin versichert, daß diese Erkenntnis für die Gesamtbeurteilung irrelevant sei und deswegen unberücksichtigt bleibe. Die kontinuierliche Teilnahme der Klägerin an Veranstaltungen der KPD und ihr aktiver Einsatz für diese Partei begründe die Vermutung, daß eine Identität zwischen den Zielen der KPD und ihren Zielvorstellungen bestehe. Es bestehe außerdem die begründete Vermutung, daß die Klägerin seit Jahren Mitglied der "Roten Hilfe" sei. Diese Organisation sei ohne Zweifel eine Hilfsorganisation der KPD, die vorbehaltlos die verfassungsfeindlichen Ziele der KPD teile. Wie auch die Einlassung der Klägerin bei der Anhörung zeige, sei sie nicht bereit, sich auch nur mit einer Silbe gegen die KPD bzw. deren Bestrebungen auszusprechen. Sie habe sich trotz mehrfacher Aufforderung nicht konkret zu den einzelnen Grundprinzipien der freiheitlich-demokratischen Grundordnung bekannt. Das sei jedoch Voraussetzung für die Übernahme einer pädagogischen Funktion im öffentlichen Dienst.

Zwischen den Parteien ist unstreitig, daß gegen die fachliche Qualifikation der Klägerin keine Bedenken bestehen und die Klägerin als Erzieherin eingestellt worden

- 5 -



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



- 5 -

wäre, wenn nicht beim beklagten Land Zweifel an der Verfassungstreue der Klägerin aufgekommen wären.

Die Klägerin hat Klage mit den Anträgen erhoben,

1. den Beklagten zu verpflichten, den Personalrat um Zustimmung zu ihrer Einstellung anzurufen und nach erfolgter Zustimmung mit ihr einen Arbeitsvertrag über eine Anstellung als Erzieherin abzuschließen,
hilfsweise
2. festzustellen, daß bei ihr kein Einstellungshindernis in den Dienst des Beklagten wegen Zweifel an der Verfassungstreue bestehe.

Sie hat die Auffassung vertreten, ihr stehe ein Anstellungsanspruch nach Art. 33 Abs. 2 GG zu, weil sich das beklagte Land nur auf unberechtigte Zweifel an ihrer Verfassungstreue berufe. Die vom Landesamt für Verfassungsschutz mitgeteilten Erkenntnisse hätten ihr überhaupt nicht vorgehalten werden dürfen, weil die Routineanfrage beim Landesamt für Verfassungsschutz unzulässig sei. Im übrigen bestünden auch nach dem Verlauf ihrer Anhörung, der in der stenografischen Niederschrift nicht korrekt wiedergegeben werde, keine Bedenken gegen ihre Verfassungstreue. Ihre Stellungnahme zu der Frage, ob sie bereit sei, verfassungsfeindlichen Bestrebungen, die durch Kollegen am Arbeitsplatz propagiert würden, entgegen zu treten, hat die Klägerin in der Verhandlung vor dem Arbeitsgericht unwidersprochen wie folgt klargestellt: Sie habe die Frage dahingehend verstanden, ob sie Kollegen am Arbeitsplatz denunzieren würde. Das halte sie nicht für richtig. Sie halte es aber auch nicht für richtig, Kinder einseitig zu indoktrinieren; dem würde sie eindeutig entgegenzutreten. Als Beispiel sei ihr genannt worden, daß im Kindergarten Bomben gebastelt würden. Darauf habe sich ihre Antwort bezogen, das halte sie für spekulativ, weil sie es sich schlecht vorstellen könne, daß im Kindergarten Bomben gebastelt würden.

Das beklagte Land hat beantragt, die Klage abzuweisen. Es hat seine Bedenken an der Verfassungstreue der Klägerin insbesondere wie folgt begründet: Die Klägerin habe nach

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

- 6 -



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 6 -

den Erkenntnissen des Landesamtes für Verfassungsschutz zu-
mindest seit Oktober 1976 kontinuierlich an Veranstaltungen
unterschiedlichster Art u.a. der KPD und der "Roten Hilfe",
einer Hilfsorganisation dieser Partei, teilgenommen. Sie
habe zu den ihr vorgehaltenen Erkenntnissen nicht konkret
Stellung genommen. Nur zu der Frage, ob sie im September
1974 als Wahlkampfhelferin der KPD in Bayern tätig gewesen
sei, habe sie definitive Aussagen gemacht, deren Richtigkeit
nicht mehr bestritten werde. Bei ihrer Anhörung sei sie einer
deutlichen Stellungnahme zu den ihr vorgehaltenen Fragen
ausgewichen und habe den Eindruck einer starken Verbunden-
heit zur KPD nicht ausräumen können. Erklärungen der Kläge-
rin zu einzelnen Fragen hätten eine totale Übereinstimmung
mit den Zielen der KPD ergeben. Sie habe es auch versäumt,
sich unzweideutig zu den Grundprinzipien der freiheitlichen
und demokratischen Grundordnung zu bekennen und habe trotz
einer entsprechenden Frage nicht zu erkennen gegeben, daß
sie bereit sei, verfassungsfeindlichen Bestrebungen am Ar-
beitsplatz entgegenzutreten.

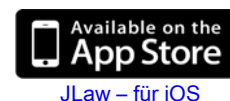
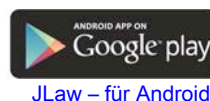
Das Arbeitsgericht hat der Klage nach dem Hauptantrag
der Klägerin stattgegeben.

Das beklagte Land hat zur Begründung seiner Berufung alle
in dem Schreiben vom 6. Juni 1978 enthaltenen Vorwürfe (ein-
schließlich der Behauptung, die Klägerin habe sich 1974 für
den Wahlkampf der KPD in Bayern eingesetzt) wiederholt und
sich zum Beweis für die Vernehmung der Klägerin als Partei
bezogen. Es hat außerdem die Auffassung vertreten, die Ab-
lehnung der Einstellung im öffentlichen Dienst sei auf die
Willkür-Kontrolle beschränkt. Die sogen. grundlegende Ent-
scheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 31. März 1976 (BAG
28, 62) sei sehr bedenklich, weil sie mit der Rechtsprechung
des Bundesverfassungsgerichts nicht übereinstimme. Das Bun-
desarbeitsgericht habe die vom Bundesverfassungsgericht auf-
gestellten Grundsätze durchbrochen und aufgeweicht. Bei
diesen divergierenden Entscheidungen sei nicht auf die
des Bundesarbeitsgerichts, sondern auf die des Bundesver-

- 7 -



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



fassungsgerichts abzustellen. Die Grundsätze der arbeitsrechtlichen Rechtsprechung seien zudem im Streitfall nicht anzuwenden. Sie setzten einen Kreis von mehreren Bewerbern für eine freie Stelle voraus, weil dann, wenn der Ablehnungsbescheid aufgehoben werde, der benachteiligte Bewerber wieder in den Kreis der anderen eingereiht werde. Das gelte nicht bei einem Einzelbewerber. Wenn das Verhalten der Klägerin lediglich einer kritischen Auseinandersetzung mit den Maßnahmen des Staates entspreche, dann habe es 1932 nicht einen einzigen Nazi gegeben. Es sei dann richtig gewesen, wenn ein Nazi 1932 Parteikundgebungen des Gauleiters Goebbels besucht habe. Es sei dann auch richtig, wenn sich ein Nazi an den Schulungsabenden der SA, am Reichsparteitag der NSDAP und an irgendwelchen Nazi-Aufmärschen teilgenommen habe. Wohin eine solche Auffassung von Demokratieverständnis geführt habe, habe Deutschland nach dem 30. Januar 1933 bitter gespürt. Es müsse dafür gesorgt werden, daß sich diese Entwicklung, ob sie von links oder von rechts angesteuert werde, nicht wiederhole.

Die Klägerin hat im Berufungsverfahren das Urteil des Arbeitsgerichts verteidigt und weiter hilfsweise beantragt, das beklagte Land zu verurteilen, erneut darüber zu entscheiden, ob mit der Klägerin ein Arbeitsvertrag als Erzieherin abgeschlossen werden könne.

Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des beklagten Landes zurückgewiesen. Mit der zugelassenen Revision verfolgt das beklagte Land seinen Antrag auf Abweisung der Klage weiter, während die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist unbegründet. Die Hauptbegründung des Berufungsgerichts, die Bedenken des beklagten Landes gegen die Verfassungstreue der Klägerin seien schon deswegen nicht



zu berücksichtigen, weil sie auf einer unzulässigen Regelanfrage beim Verfassungsschutz beruhten, ist zwar nicht zu billigen. Das angefochtene Urteil ist aber im Ergebnis mit der Hilfsbegründung des Landesarbeitsgerichts zu bestätigen, es bestünden keine ausreichenden Zweifel an der Verfassungstreue der Klägerin.

A. Entgegen der Auffassung der Revision ist der Hauptantrag der Klägerin zulässig und hinreichend bestimmt.

I. Der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts hat in dem Urteil vom 6. Februar 1980 - 5 AZR 848/77 - (AP Nr. 5 zu Art. 33 Abs. 2 GG - zu III der Gründe) einen sachlich gleichlautenden Klageantrag zur Entscheidung an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen. Er hat dazu ausgeführt, wenn ein Einstellungsanspruch bestehe, sei der Antrag begründet, das beklagte Land zu verurteilen, den Personalrat um Zustimmung zur Einstellung als Erzieherin zu bitten. Der weitere Antrag, das beklagte Land im Falle der Zustimmung durch den Personalrat zum Abschluß eines Arbeitsvertrages als Erzieherin zu verurteilen, könne gleichzeitig beschieden werden. Diese Verurteilung stehe zwar unter einer Bedingung, aber das sei bei einer Klage auf künftige Leistung nach § 259 ZPO nicht schlechthin unzulässig. Sachlich könne bei einem Bestehen des Einstellungsanspruches auch über diesen Antrag auf Abgabe einer Willenserklärung sofort entschieden werden. Wenn der Personalrat der Einstellung zugestimmt habe, stehe der Begründung eines Arbeitsverhältnisses nichts mehr im Wege.

Dieser Auffassung schließt sich der erkennende Senat an. Sie ist nicht durch die spätere Rechtsprechung des Fünften Senates (vgl. BAG 34, 1) überholt, nach der eine Klage auf Einstellung in den öffentlichen Dienst nicht mit der Begründung abgewiesen werden darf, die erforderliche Zustimmung des Personalrates sei noch nicht beantragt worden. Da nach dieser Entscheidung andererseits eine vom Personalrat zu Recht verweigerte Zustimmung zur Einstellung des Bewerbers einen Anspruch auf Einstellung ausschließt, nimmt die Klägerin mit ihrer Antragstellung letztlich auch auf die Interessen des beklagten Landes Rücksicht. Das kann ihr



nicht das Rechtsschutzbedürfnis für die von ihr vorab begehrte Einleitung des Zustimmungsverfahrens beim Personalrat nehmen.

II. In dem Urteil vom 6. Februar 1980 (aaO) hat es der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts zutreffend nicht für erforderlich gehalten, den begehrten Arbeitsplatz als Erzieherin im Antrag näher zu konkretisieren. Das ist auch im Streitfall nicht geboten. In den Tatsacheninstanzen ist zwischen den Parteien unstreitig gewesen, daß die Klägerin die einzige Bewerberin für eine freie Stelle als Erzieherin in der Kindertagesstätte in der H straße gewesen ist. Diese Stelle ist auch nach dem übereinstimmenden Vorbringen der Parteien bis zum Schluß der Berufungsverhandlung nicht anderweitig besetzt worden. Das beklagte Land hat sich damit an den im Vorprozeß abgeschlossenen Prozeßvergleich gehalten. Auch im Revisionsverfahren ist nach § 561 ZPO davon auszugehen, daß der Klagantrag auf die Einstellung auf eine freie Stelle als Erzieherin gerichtet ist. Der neue Sachvortrag des beklagten Landes im Revisionsverfahren, die freie Stelle in der Kindertagesstätte H straße sei ab Januar 1979 endgültig anderweitig besetzt worden, kann nicht berücksichtigt werden, weil die Klägerin diesen behaupteten Sachverhalt nicht unstreitig gestellt hat (§ 561 Abs. 1 ZPO).

B. Die Klage ist auch gegenwärtig nach den Hauptanträgen der Klägerin begründet, weil sie gegen das beklagte Land einen Anspruch auf Einstellung als Erzieherin hat, der nur bei einer späteren berechtigten Verweigerung der Zustimmung durch den Personalrat nicht durchzusetzen wäre (BAG 34, 1, 13 f.). Diese Möglichkeit hat die Klägerin bereits bei ihrer Antragstellung berücksichtigt.

I. 1. Das Landesarbeitsgericht hat im Ausgangspunkt in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG 28, 62 = AP Nr. 2 zu Art. 33 Abs. 2 GG m. zust. Anm. von Scheuner) zutreffend angenommen, über das Recht auf gleichen Zugang könne dem Bewerber um ein öffentliches Amt nur in Ausnahmefällen aufgrund von Art. 33 Abs. 2 GG auch ein Anspruch auf Abschluß eines Arbeitsvertrages zuerkannt werden. Der Bewerber habe einen Anspruch auf Zugang zu



einem öffentlichen Amt dann, wenn auch unter Berücksichtigung des gerichtlich nicht überprüfbaren Beurteilungsspielraumes bei der Anwendung der unbestimmten Rechtsbegriffe "Eignung, Befähigung und fachliche Leistung" nur noch eine einzige Entscheidung der Einstellungsbehörde, nämlich die Einstellung eines bestimmten Bewerbers als rechtmäßig angesehen werden könne. Ein derartiger Einstellungsanspruch sei insbesondere dann gegeben, wenn ein Bewerber um ein öffentliches Amt der am besten qualifizierte oder der einzige fachlich qualifizierte Bewerber sei, aber aus sachwidrigen Gründen nicht eingestellt werde. Dementsprechend müsse der Klägerin vorbehaltlich der personalvertretungsrechtlichen Mitbestimmung ein Einstellungsanspruch dann zuerkannt werden, wenn die vom beklagten Land geäußerten Zweifel an ihrem Bekenntnis zur freiheitlich-demokratischen Grundordnung nicht gerechtfertigt seien. Zu der erforderlichen Eignung gehöre auch das Bekenntnis zur freiheitlich-demokratischen Grundordnung, an das bei der Klägerin als Erzieherin uneingeschränkte Anforderungen zu stellen seien, weil sie Gewähr dafür bieten müsse, den ihr anvertrauten Kindern glaubwürdig die Grundwerte unserer Verfassung zu vermitteln.

2. Das Landesarbeitsgericht hat damit seiner Würdigung den zutreffenden allgemeinen Prüfungsmaßstab für das Bestehen eines Einstellungsanspruches und den richtigen Umfang der von der Klägerin zu erwartenden Treuepflicht zugrunde gelegt.

a) Das beklagte Land hat im Revisionsverfahren seine grundsätzlichen Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zur Bedeutung des Art. 33 Abs. 2 GG nicht aufrecht erhalten. Der im Berufungsverfahren erhobene Vorwurf, das Bundesarbeitsgericht habe mit der Anerkennung eines Einstellungsanspruches das aus dieser Bestimmung abzuleitende Willkürverbot unzulässig ausgeweitet, ist unbegründet. Auch nach der Rechtsprechung des Fünften Senates (aaO), der der erkennende Senat folgt, wird durch Art. 33 Abs. 2 GG kein allgemeiner Anspruch auf Zugang zu einem bestimmten Amt begründet. Es wird nur der gleiche Zugang für Bewerber mit entsprechenden Eignungen gewährleistet (vgl. Rüthers/Henssler, Anm. zu BAG AP Nr. 8 zu



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



Art. 33 Abs. 2 GG). Daraus ergibt sich als arbeitsrechtliche Konkretisierung des Willkürverbotes ausnahmsweise dann ein Anspruch auf Einstellung, wenn die ablehnende Entscheidung der Behörde rechtswidrig oder unheilbar ermessensfehlerhaft ist. Diese Voraussetzung ist nach den zutreffenden Ausführungen des Berufungsgerichts dann erfüllt, wenn bei mehreren Bewerbern ein Kandidat hinsichtlich aller Eignungskriterien am besten qualifiziert ist, seine Einstellung aber gleichwohl aus sachwidrigen Gründen abgelehnt wird. Das gleiche gilt dann, wenn sich - wie im Streitfall - um ein freies Amt nur ein fachlich qualifizierter Bewerber bemüht und die Zweifel der Einstellungsbehörde an der Bereitschaft zur Erfüllung der politischen Treuepflicht sachlich nicht gerechtfertigt sind. Erweist sich die Ablehnung des Bewerbers durch die Einstellungsbehörde zwar als fehlerhaft, ist aber eine andere, verfassungs- und gesetzeskonforme Begründung für die Ablehnung denkbar, dann ist noch ungeklärt, ob der Einstellungsanspruch begründet ist. Der Einstellungsbehörde muß dann zunächst Gelegenheit gegeben werden, sich erneut ein abschließendes Urteil über die Eignung des Bewerbers zu bilden (BAG 33, 43 und die Urteile des Fünften Senates vom 19. März 1980 - 5 AZR 794/78 - und vom 10. Dezember 1980 - 5 AZR 18/79 - AP Nr. 8 und 15 zu Art. 33 Abs. 2 GG).

b) Unbegründet ist weiter die Rüge der Revision, die Einstellung der Klägerin hänge nicht ausschließlich davon ab, ob sie die an ihre Treuepflicht zu stellenden Anforderungen erfülle. Die vom Landesarbeitsgericht festgestellte Qualifikation sei nur ein Kriterium, während offen geblieben sei, ob bereits die erforderliche amtsärztliche Untersuchung durchgeführt worden sei. Das beklagte Land hat in den Tatsacheninstanzen keine Zweifel an der gesundheitlichen Eignung der Klägerin geäußert. Dem damit unzulässigen neuen Tatsachenvortrag im Revisionsverfahren (§ 561 Abs. 1 ZPO) steht zudem die nicht mit einem Antrag auf Tatbestandsberichtigung (§ 320 ZPO) angegriffene Feststellung des Berufungsgerichts entgegen, zwischen den Parteien sei unstreitig, daß die Klägerin eingestellt worden wäre, wenn nicht beim beklagten Land Zweifel an ihrer Verfassungstreue



aufgekommen wären.

c) Wie das Landesarbeitsgericht weiter zutreffend angenommen hat, sind an die Klägerin bei einer Anstellung als Erzieherin im Arbeitsverhältnis die gleichen Anforderungen an ihre politische Treuepflicht zu stellen, wie bei einer Berufung ins Beamtenverhältnis. Da beide Parteien ersichtlich davon ausgehen, daß die Klägerin in der Kindertagesstätte nicht nur kleinere Kinder zu betreuen, sondern weitergehende erzieherische Aufgaben wahrzunehmen hat, muß sie die Gewähr dafür bieten, sich durch ihr gesamtes Verhalten zur freiheitlich-demokratischen Grundordnung im Sinne des Grundgesetzes zu bekennen (BAG Urteil vom 6. Februar 1980 - 5 AZR 848/77 - AP Nr. 5 zu Art. 33 Abs. 2 GG).

II. Nur im Ergebnis ist den grundsätzlichen Ausführungen des Landesarbeitsgerichts zur Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffes der "Eignung" im Sinne des Art. 33 Abs. 2 GG in politischer Hinsicht zuzustimmen.

1. Das Landesarbeitsgericht hat insoweit ausgeführt, allein die politische Überzeugung eines Bewerbers, wenn sie sich nicht in bestimmten Betätigungen "manifestiere" dürfe noch kein Ablehnungskriterium sein. Zudem sei im Grundsatz von der Verfassungstreue eines jeden Bürgers auszugehen. Deswegen müsse in aller Regel das notwendigerweise formale - d.h. materiell nicht überprüfbare - Bekenntnis eines Bewerbers zur freiheitlich-demokratischen Grundordnung genügen, um ihn als geeignet für ein öffentliches Amt anzusehen. Dieses Bekenntnis sei nur dann nicht ausreichend, wenn sich konkrete Anhaltspunkte dafür ergäben, daß es der Bewerber mit diesem Bekenntnis nicht ernst meine (Zweifel an der Verfassungstreue). Dabei genüge nicht der "vage Verdacht", sondern es sei erforderlich, daß sich angesichts des Verhaltens oder der von einem Bewerber abgegebenen Äußerungen Zweifel an seiner Verfassungstreue "geradezu" aufdrängten. Allein diese Grundsätze entsprächen den Prinzipien des freiheitlich-demokratischen Rechtsstaats, der auch unbequeme Meinungen politischer Anschauungen von Minderheiten zu schützen habe.



2. Der Revision ist einzuräumen, daß diese Begründung teilweise dann mißverständlich und bedenklich ist, wenn man sie nicht im Zusammenhang wertet, sondern - wie es die Revision versucht - die einzelnen Aussagen isoliert betrachtet. Bei der gebotenen einheitlichen Würdigung ist die Auffassung des Landesarbeitsgerichts jedoch im Ergebnis nicht zu beanstanden. Im einzelnen gilt folgendes:

Die Aussage des Landesarbeitsgerichts, regelmäßig genüge die Bereitschaft des Bewerbers, das Bekenntnis zur freiheitlich-demokratischen Grundordnung zu leisten, für seine Eignung in politischer Hinsicht kann nur aus dem Zusammenhang gerissen, dahin mißverstanden werden, es reiche ein "formales Lippenbekenntnis" zu den Grundwerten unserer Verfassung aus. Das Landesarbeitsgericht hat diesen Grundsatz aber zutreffend eingeschränkt, indem es weiter betont hat, das Bekenntnis zur freiheitlich-demokratischen Grundordnung dürfe dann nicht als ausreichend angesehen werden, wenn sich konkrete Anhaltspunkte dafür ergäben, daß es der Bewerber mit diesem Bekenntnis nicht ernst meine, d. h. Zweifel an seiner Verfassungstreue bestünden.

Auslegungsbedürftig ist auch der Vorbehalt, die Zweifel an der Verfassungstreue des Bewerbers müßten sich "geradezu" aufdrängen. Wie jedoch die weitere Begründung des Landesarbeitsgerichts erkennen läßt, hat es an die Verfassungstreue damit keine geringeren Anforderungen stellen wollen, als die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (aaO) und des Bundesverwaltungsgerichts (Urteil vom 27. November 1980 - BVerwG 2 C 38.79 - AP Nr. 10 zu Art. 33 Abs. 2 GG) verlangt. Das ergibt sich aus den einleitenden Ausführungen des Berufungsgerichts zur Hilfsbegründung. Das Landesarbeitsgericht hat dabei tragend und zutreffend darauf abgestellt, ob die der Klägerin vorgehaltenen politischen Aktivitäten im Zusammenhang mit den im Rahmen ihrer Anhörung abgegebenen Erklärungen "ausreichende Zweifel" an ihrer Verfassungstreue wecken und ob begründete Zweifel bestehen, die Klägerin werde ihre Aufgabe als Erzieherin nicht pflichtgemäß erfüllen, weil sie ein distanziertes oder sogar ablehnendes Ver-



hältnis zu den Grundprinzipien der freiheitlich-demokratischen Rechtsordnung habe. Dieser Prüfungsmaßstab entspricht im Ausgangspunkt den Anforderungen, die an die erforderliche Gewähr der Verfassungstreue zu stellen sind. Wie das Bundesverwaltungsgericht in seinem Urteil vom 27. November 1980 (aa0) überzeugend dargelegt hat, reicht für Zweifel an der Verfassungstreue ein – zumeist schon auf fehlender Gelegenheit beruhender – nicht zu erbringender Nachweis eines bisherigen aktiven Eintretens für die freiheitlich-demokratische Grundordnung noch nicht aus, weil dem Bewerber vor seinem Eintritt in den öffentlichen Dienst noch keine gesteigerte Treuepflicht obliegt. Die Zweifel der Einstellungsbehörde an der Verfassungstreue des Bewerbers müssen vielmehr auf Umständen beruhen, "die von hinreichendem Gewicht und bei objektiver Betrachtungsweise geeignet sind, ernste Besorgnis an der künftigen Erfüllung seiner Verfassungstreuepflicht auszulösen". Nur mit dieser gebotenen Einschränkung ist der Auffassung des Landesarbeitsgerichts zuzustimmen, daß zunächst ein "formales Bekenntnis" zu den Grundwerten der Verfassung ausreicht. Entscheidend ist stets, ob unter Berücksichtigung der besonderen Verhältnisse des Einzelfalles bei "vernünftiger Würdigung" (BAG 34, 1, 19 und BAG Urteil vom 10. Dezember 1980, aa0) "begründete Zweifel" (BVerwGE 47, 330, 338) an der Verfassungstreue des Bewerbers bestehen, d. h. ob "gewichtige Anhaltspunkte" dafür gegeben sind, daß er nicht in der Lage und bereit sein wird, seine Pflichten im Sinne der freiheitlich-demokratischen Grundordnung zu erfüllen (BAG 28, 62, 78). Die Zweifel an der Bereitschaft, die politische Treuepflicht zu erfüllen, dürfen nicht nur theoretisch möglich, sondern müssen ernsthaft vertreten sein (BAG Urteil vom 10. Dezember 1980, aa0).

III. Das Landesarbeitsgericht hat in seiner Hauptbegründung darauf abgestellt, die der Klägerin angelasteten politischen Aktivitäten seien bei der Prüfung ihrer Verfassungstreue schon deshalb nicht zu verwerten, weil es sich dabei nicht um bereits bekannte Tatsachen gehandelt habe, die durch Verfassungsschutzorgane ermittelt und dem beklagten Land aufgrund einer Regelanfrage mitgeteilt worden seien. Die vom Landesarbeitsgericht eingehend dargelegten verfassungs-



rechtlichen Bedenken gegen die Verwertung von Erkenntnissen, die die Einstellungsbehörde durch eine Auskunft bei den Verfassungsschutzbehörden gewonnen hat, hält der Senat nicht für durchgreifend.

1. Der Fünfte Senat hat bereits in seinem Urteil vom 5. März 1980 - 5 AZR 604/78 - (BAG 33, 43, 53 ff.) entschieden, die Einstellungsbehörde dürfe bei der Verfassungsschutzbehörde Erkenntnisse über den Bewerber einholen und ihm solche Erkenntnisse auch vorhalten. Sie dürfe bei der Entscheidung über die Eignung eines Bewerbers alle rechtlich zulässigen Möglichkeiten ausschöpfen. Eine dieser rechtlichen Möglichkeiten bestehe darin, daß die einstellende Behörde bei der Verfassungsschutzbehörde anfrage, ob und welche Erkenntnisse über den Bewerber vorlägen. Es sei rechters, wenn die Verfassungsschutzbehörde Mitglieder und Aktivitäten in verfassungsfeindlichen Organisationen beobachte und festhalte. Diese Erkenntnisse könnten auch anderen Behörden des beklagten Landes zugänglich gemacht werden. Das beklagte Land brauche sich nicht "künstlich unwissend zu halten". Eine Berechtigung des Landes, bei der jeweiligen Verfassungsschutzbehörde anzufragen, bestehe jedenfalls dann, wenn es sich nicht um die Einstellung zum Ausbildungs- und Vorbereitungsdienst, sondern um die Beschäftigung auf Dauer im erlernten Beruf handele.

2. Der erkennende Senat teilt die vom Fünften Senat vertretene Auffassung. Das Landesarbeitsgericht vermißt zu Unrecht deshalb eine Rechtsgrundlage für die Weitergabe der Erkenntnisse, weil sie Aktivitäten betreffen, die als solche nicht verboten gewesen seien und sich auch nicht als gegen die freiheitlich-demokratische Grundordnung gerichtete Bestrebungen qualifizieren ließen. Auch wenn die Veranstaltungen und Demonstrationen, an denen die Klägerin nach den Erkenntnissen des Verfassungsschutzes teilgenommen hat, nicht von verbotenen Parteien getragen wurden und die Aktionen selbst ebenfalls nicht verboten worden waren, ist doch insbesondere bei der KPD nicht auszuschließen, daß sie verfassungsfeindliche Ziele verfolgt und ihre Bestrebungen sich gegen die freiheitlich-demokratische Grundordnung richten.



Da die Teilnahme der Klägerin an diesen Veranstaltungen auch ein berechtigter Anlaß für die Einstellungsbehörde sein konnte, sie nach der Mitgliedschaft bei der KPD zu befragen, ist die Weitergabe und die Verwertung der Erkenntnisse rechtlich nicht zu beanstanden. Auch eine Differenzierung zwischen der Regelanfrage und einer Anfrage zur Ergänzung von Erkenntnissen, die der Einstellungsbehörde bereits vorliegen, ist weder rechtlich zwingend geboten, noch praktikabel. Sie könnte die Einstellungsbehörde nur dazu verleiten, vor der Regelanfrage auf nicht nachprüfbare angeblich anonym erfolgte Verdächtigungen des Bewerbers auszuweichen. Es ist aber eher mit rechtsstaatlichen Grundsätzen und dem Persönlichkeitsrecht des Bewerbers zu vereinbaren, wenn die Einstellungsbehörde auf die Ermittlungen der dazu gesetzlich berufenen Verfassungsschutzbehörden zurückgreift, als wenn bedenklichen "Ermittlungen" durch unbekannte Denunzianten Vorschub geleistet wird.

Der Bewerber ist zudem den Erkenntnissen der Verfassungsschutzbehörden nicht schutzlos ausgeliefert. Wenn er die Richtigkeit der ihm vorgehaltenen Ermittlungen bestreitet, müssen sie von der Einstellungsbehörde überprüft und von ihr im Einstellungsprozeß nachgewiesen werden (vgl. dazu unter B IV 2 a der Gründe). Benennt die Behörde für ihre beweisbedürftige Behauptung nicht die "Gewährsperson" selbst als Zeugen, sondern nur Vertreter des Amtes für Verfassungsschutz als sogen. "Zeugen vom Hörensagen", dann kann durch dieses Beweismittel allenfalls eine Hilfstatsache bewiesen werden. Es unterliegt dann der freien richterlichen Beweiswürdigung, ob die Hilfstatsache erwiesen ist und ob sie einen Schluß darauf zuläßt, daß die eigentliche bestrittene Parteibehauptung zutrifft (BAG Urteil vom 10. Dezember 1980, aaO).

IV. Dagegen ist die Hilfsbegründung des Landesarbeitsgerichts, die vom Landesamt für Verfassungsschutz mitgeteilten Erkenntnisse rechtfertigten jedenfalls nicht die Beurteilung des beklagten Landes, die Klägerin sei wegen mangelnder Verfassungstreue für eine Tätigkeit als Erzieherin ungeeignet, im Ergebnis zu bestätigen.



1. Auch diese Würdigung des Berufungsgerichts ist zwar nicht frei von einem Rechtsfehler, weil das Landesarbeitsgericht den der Einstellungsbehörde zuzubilligenden Beurteilungsspielraum bei der Entscheidung über die Einstellung des Bewerbers nicht richtig bestimmt hat. Das angefochtene Urteil beruht jedoch insoweit nicht auf diesem Rechtsfehler, weil das Landesarbeitsgericht davon ausgegangen ist, der öffentliche Arbeitgeber trage die volle Darlegungs- und Beweislast für die Tatsachen, aus denen er begründete Zweifel an die Verfassungstreue eines Bewerbers herleite. Bereits dieser zutreffende Grundsatz und die daraus für den Streitfall gezogenen Folgerungen tragen die Hilfsbegründung, so daß sich das beklagte Land nicht auf eine beschränkte gerichtliche Überprüfung seines Beurteilungsspielraumes zurückziehen kann.

2. Während einerseits das Berufungsgericht den Beurteilungsspielraum der Einstellungsbehörde unrichtig von dem der Beurteilung zugrunde liegenden, gerichtlich voll nachprüfbaren Sachverhalt abgegrenzt hat, irrt sich andererseits das beklagte Land über die Bedeutung der ihm obliegenden Darlegungs- und Beweislast. Es verweist gegenüber vermeintlich zu strengen Anforderungen an die Darlegungslast darauf, es gebe im Einstellungsprozeß keine "Beweislast", und zwar weder für den Bewerber, daß er die erforderliche Gewähr biete, noch für die Einstellungsbehörde, daß der Bewerber die Gewähr für die Verfassungstreue nicht biete.

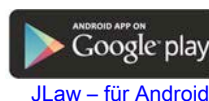
Nicht nur im Streitfall, sondern auch in anderen vom Senat bereits entschiedenen und noch zu entscheidenden Einstellungsprozessen sind die Urteile der Instanzgerichte und die Vorstellungen der Parteien ebenfalls von ähnlichen unrichtigen Rechtsauffassungen beeinflusst. Der Senat hält es deswegen im Interesse der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit für geboten, die Grundsätze zusammenzufassen und zu verdeutlichen, die nach der bisherigen Rechtsprechung des Bundesverwaltungs- und des Bundesarbeitsgerichts für die Darlegungs- und Beweislast der Parteien im Einstellungs-



prozeß und für die Abgrenzung und die gerichtliche Überprüfung des Beurteilungsspielraumes der Einstellungsbehörde gelten:

a) Der vom Bundesverfassungsgericht (BVerfGE 39, 334, 353) aufgestellte und vom Bundesarbeitsgericht (BAG 34, 1, 18 - 19) übernommene Grundsatz, bei der Entscheidung über die Eignung des Bewerbers gebe es weder für die Einstellungsbehörde (für die fehlende Gewähr) noch für den Bewerber (für die geforderte Gewähr) eine "Beweislast", betrifft nicht die tatsächlichen Grundlagen der Beurteilung der Eignung des Bewerbers, sondern nur die aufgrund eines bestimmten Sachverhaltes (einer Vielzahl von Beurteilungselementen) von der Einstellungsbehörde vorgenommene Eignungsprognose selbst (BVerwG Urteil vom 27. November 1980, AP Nr. 10 zu Art. 33 Abs. 2 GG und im Ergebnis auch BAG 34, 1, 19 - insbes. Leitsatz 4). Der dem Eignungsurteil der Behörde zugrunde liegende Sachverhalt ist dagegen - im Revisionsverfahren auf entsprechende Verfahrensrügen (§ 561 Abs. 2 ZPO) - gerichtlich in vollem Umfang auf seine Richtigkeit und Vollständigkeit nachprüfbar (BVerwG, aaO).

Die Darlegungs- und Beweislast der Einstellungsbehörde und des Bewerbers richtet sich nach dem allgemeinen Grundsatz, daß jede Partei für die Rechtsfolgen, die für sie günstig sind, die tatsächlichen Voraussetzungen darzulegen und im Streitfalle zu beweisen hat. Die Einstellungsbehörde hat demgemäß die Tatsachen vorzutragen, die ihre Zweifel an der Verfassungstreue des Bewerbers an sich rechtfertigen können. Sind die von ihr behaupteten tatsächlichen Umstände nicht nachzuweisen, dann trägt sie die materielle Beweislast und unterliegt schon deshalb im Rechtsstreit (BVerwG, aaO; im Ergebnis auch BAG Urteil vom 10. Dezember 1980, aaO, zu B IV 2 der Gründe). Dem Bewerber obliegt es, gegenüber Beurteilungselementen, die rechtserhebliche Zweifel an seiner Verfassungstreue begründen, die Umstände darzutun und zu beweisen, die geeignet sind, die zunächst berechtigten Zweifel zu zerstreuen. Gelingt ihm das nicht, dann geht das zu Lasten des Bewerbers.



b) Nicht allein dem Beurteilungsspielraum der Einstellungsbehörde ist auch die weitere Frage vorbehalten, ob bestimmte Umstände (einzelne Beurteilungselemente), die nach der Auffassung der Einstellungsbehörde den Bewerber belasten, "an sich", d.h. generell geeignet sind, Zweifel an der Verfassungstreue des Bewerbers zu begründen.

aa) Auch dieser Grundsatz ergibt sich bereits aus der bisherigen Rechtsprechung. Wie bereits dargelegt (vgl. oben unter II 2), ist nach dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 27. November 1980 (aaO) im Rahmen der Sachverhaltsüberprüfung auch zu prüfen, ob die von der Einstellungsbehörde dargelegten Tatsachen von "hinreichendem Gewicht" sind und bei "objektiver Betrachtungsweise" ernste Besorgnis an der Bereitschaft des Bewerbers zur Erfüllung der Verfassungstreue auslösen. Der in diesem Urteil später angebrachte Vorbehalt, die von der Einstellungsbehörde angeführten Umstände müßten bei objektiver Betrachtung unter Berücksichtigung der "Beurteilungsermächtigung" ihre Zweifel rechtfertigen, ist systematisch verfehlt. Damit wird die Prüfung der objektiven Eignung der einzelnen Umstände zu eng mit der im Rahmen des Beurteilungsspielraumes auch subjektiv beeinflussten Gesamtwürdigung der Vielzahl der zu beachtenden Beurteilungselemente durch die Einstellungsbehörde verbunden. Die gebotene richtige systematische Abgrenzung zwischen der Prüfung der einzelnen Beurteilungselemente und der gerichtlichen Kontrolle der Gesamtwürdigung entspricht der abgestuften Überprüfung des unbestimmten Rechtsbegriffes des wichtigen Grundes im Sinne des § 626 Abs. 1 BGB, bei der auch zunächst (unbeschränkt) gerichtlich zu prüfen ist, ob ein bestimmter Sachverhalt generell geeignet ist, einen wichtigen Grund zu bilden. Erst im zweiten Prüfungsabschnitt ist dann darauf einzugehen, ob ein an sich geeigneter Grund auch unter Berücksichtigung der Besonderheiten des Einzelfalles noch nach § 626 Abs. 1 BGB rechtserheblich bleibt (BAG 9, 263; König, RdA 1969, 13 ff. und KR-Hillebrecht, § 626 BGB Rz 58 - 64). Diese Unterscheidung ist auch bei der Überprüfung der Eignung



im Sinne des Art. 33 Abs. 2 GG systemgerecht und praktikabel, weil bei Umständen, die bereits generell nicht geeignet sind, begründete Zweifel an der Verfassungstreue zu wecken, eine weitere Persönlichkeitsbeurteilung des Bewerbers entbehrlich wird. Die unsystematische Verbindung zweier verschiedener Prüfungsmaßstäbe ist jedoch für die angezogene Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts nicht tragend gewesen, weil es danach jedenfalls bei der Prüfung des Beurteilungsspielraumes darauf ankommt, ob bei objektiver Betrachtung begründete Zweifel von hinreichendem Gewicht vorliegen.

bb) Auch der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts hat - wie es der Vorstellung des erkennenden Senates entspricht - unabhängig vom Beurteilungsspielraum der Behörde darauf abgestellt, ob die festgestellten Umstände bei "vernünftiger Würdigung" Zweifel an der Verfassungstreue des Bewerbers begründen (Urteil vom 10. Dezember 1980, aaO, zu B III 3 der Gründe). Die Bedeutung dieser objektiven Betrachtung - insbesondere auch für den Streitfall - zeigt sich darin, daß der Fünfte Senat in dem genannten Urteil folgende Tatbestände allgemein nicht für geeignet gehalten hat, begründete Zweifel an der Verfassungstreue des Bewerbers zu begründen:

Aus der Teilnahme eines Bewerbers, der keiner verfassungsfeindlichen Partei angehört, an Demonstrationen linksextremer Organisationen kann noch nicht geschlossen werden, der Bewerber identifiziere sich mit den verfassungsfeindlichen Zielen dieser Organisation und billige und fördere sie. Es kann nur angenommen werden, daß der Bewerber "das jeweilige Anliegen" der einzelnen Demonstrationen gebilligt hat und fördern wollte. Polemische und unsachliche Angriffe gegen den Staat, insbesondere gegen die fälschlich als Berufsverbot bezeichnete Einstellungsüberprüfung besagen nichts darüber, ob der so argumentierende Bewerber darauf ausgeht, die verfassungsmäßige Ordnung zu stören (ebenso BAG Urteil vom 19. März 1980 - 5 AZR 794/78 - AP Nr. 8 zu Art. 33 Abs. 2 GG). Ein



Bewerber, der - ohne Mitglied einer kommunistischen Organisation zu sein - in einer wissenschaftlichen Arbeit kommunistisches Gedankengut vertritt und sich auch sonst als ein von dieser Lehre überzeugter Student dargestellt hat, ist allein wegen dieser politischen Überzeugung noch nicht ungeeignet i. S. von Art. 33 Abs. 2 GG. Erforderlich ist vielmehr eine aufgrund der politischen Überzeugung entwickelte erkennbare verfassungsfeindliche Einstellung gegenüber der demokratischen Grundordnung (BAG Urteil vom 10. Dezember 1980 - 5 AZR 18/79 - AP Nr. 15 zu Art. 33 Abs. 2 GG).

cc) Das Bundesverwaltungsgericht hat in seinem Urteil vom 27. November 1980 (aaO) auf folgenden weiteren wichtigen Grundsatz hingewiesen: Wenn ein Bewerber aktiv für eine Vereinigung eintritt, die nicht nur der Verfassung widerstrebende, sondern in nicht nur untergeordnetem Maße auch politische Ziele verfolgt, die auf dem Boden der freiheitlich-demokratischen Grundordnung stehen, kann das der Einstellungsbehörde in der Regel nur Anlaß zu weiteren Ermittlungen geben. Diese politische Aktivität kann somit noch nicht allein, sondern erst unter Berücksichtigung weiterer Verhaltensweisen des Bewerbers Zweifel an seiner Verfassungstreue rechtfertigen.

dd) Die Kriterien der objektiven Bewertung der einzelnen Beurteilungselemente sind andererseits auch auf die vom Bewerber für seine Verfassungstreue vorgebrachten Umstände anzuwenden. Daraus folgt z.B., daß es bei durch Tatsachen belegten rechtserheblichen Zweifeln an der Verfassungstreue allein nicht ausreicht, wenn sich der Bewerber gegenüber verfassungsfeindlichen Zielen der Partei, der er angehört, auf eine verfassungskonforme "innere Einstellung" beruft. Eine vom äußeren Eindruck abweichende Einstellung des Bewerbers ist nur dann eine an sich zu seiner Entlastung geeignete Tatsache, wenn sie durch Rückschlüsse aus konkreten, nachprüfbaren Vorgängen festgestellt werden kann (BVerwG, aaO, und BVerwG Urteil vom 28. November 1980 - BVerwG 2 C 37.79 - AP Nr. 14 zu Art. 33 Abs. 2 GG).



Ebenso ist es ein objektiv ungeeigneter Versuch des Bewerbers, Zweifel an seiner Verfassungstreue allein durch seine Erklärung auszuräumen, eine verfassungsfeindliche Einstellung könne ihm deswegen nicht vorgeworfen werden, weil er ebenso wie seine Partei seine (verfassungsfeindlichen) politischen Ziele nur auf verfassungsrechtlich zulässigem Wege erreichen wolle (BAG 33, 43, 52).

c) Die Anforderungen, die an die politische Treuepflicht von Bewerbern um die Einstellung in den öffentlichen Dienst zu stellen sind, ergeben sich für Angestellte und Arbeiter jeweils nach der Aufgabe und nach dem Amt, das sie anstreben. Es ist ihnen deswegen nicht stets das gleiche Maß an politischer Treue abzuverlangen, das der Staat von einem Beamten erwarten darf. Ob die Einstellungsbehörde von zutreffenden Anforderungen an die Treuepflicht des Bewerbers um eine Anstellung im Arbeitsverhältnis ausgegangen ist, kann als Rechtsfrage von den Gerichten voll nachgeprüft werden (BAG 33, 43, 50).

d) Das Landesarbeitsgericht hat den der Einstellungsbehörde zuzubilligenden Beurteilungsspielraum unrichtig bestimmt und von den der vollen gerichtlichen Nachprüfung unterliegenden Umständen unrichtig abgegrenzt. Diesen Beurteilungsspielraum will das Landesarbeitsgericht auf die Fälle beschränken, in denen das Gericht eine sachgerechte Bewertung wegen fehlender Sachkunde, mangelnder Vergleichsmöglichkeit oder wegen Fehlens anderer Bewertungsvoraussetzungen nicht selbst treffen kann.

aa) Demgegenüber ist daran festzuhalten, daß der Einstellungsbehörde ein gerichtlich nur beschränkt überprüfbarer Beurteilungsspielraum bei der Gesamtabwägung (vorausschauenden Prognose) zusteht, ob unter Berücksichtigung der belastenden und der entlastenden Umstände, insbesondere auch des persönlichen Eindrucks und der Bewertung der Glaubwürdigkeit des Bewerbers die erforderliche Gewähr für seine Verfassungstreue vorliegt (BVerfGE 39, 334, 351 ff. =



AP Nr. 2 zu Art. 33 Abs. 5 GG, zu C I 5 der Gründe; BVerwG Urteil vom 27. November 1980 - BVerwG 2 C 38.79 - AP Nr. 10 zu Art. 33 Abs. 2 GG; BAG 33, 43, 50 - 51; 34, 1, 15 und BAG Urteil vom 10. Dezember 1980 - 5 AZR 18/79 - AP Nr. 15 zu Art. 33 Abs. 2 GG, zu B II 4 und III 4 der Gründe).

bb) Gerichtlich nachprüfbar ist insoweit nur, ob die Einstellungsbehörde bei ihrer Entscheidung alle wesentlichen Umstände (Beurteilungselemente) des Einzelfalles berücksichtigt und sachgerecht gewichtet hat (und zwar auch diejenigen, die wie die erfolgreiche Erprobung des Bewerbers für die Eignung des Bewerbers sprechen). Die Überprüfung erstreckt sich ferner darauf, ob die Behörde allgemein gültige Bewertungsgrundsätze beachtet, oder ob sie sich von sachfremden Erwägungen hat leiten lassen und ob sie ihre Entscheidung in einem fehlerfreien Verfahren gebildet hat.

cc) Diese gerichtliche Kontrolle ist nur dann möglich, wenn aus dem ablehnenden Bescheid der Einstellungsbehörde oder den in den Tatsacheninstanzen getroffenen Feststellungen ausreichend hervorgeht, ob und in welcher Weise die Einstellungsbehörde bei ihrem Eignungsurteil auch das Vorbringen des Bewerbers über sein Eintreten für eine verfassungsmäßige Ordnung sowie das dazu von ihm vorgelegte Material gewürdigt und aus welchen Gründen sie hierdurch ihre Zweifel nicht als ausgeräumt angesehen hat. Da nur aufgrund einer konkreten Würdigung das Eignungsurteil der Einstellungsbehörde auf Rechtsfehler geprüft werden kann, verletzt sie ihren Beurteilungsspielraum auch dann, wenn sie ihre Prognose nicht ausreichend begründet (BVerwG Urteil vom 28. November 1980 - BVerwG 2 C 27.78 - AP Nr. 13 zu Art. 33 Abs. 2 GG).

Diese Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts ist auch für das Arbeitsgerichtsverfahren besonders bedeutsam, weil sich die Einstellungsbehörden oft mit dem allgemeinen Hinweis begnügen, die durch politische Aktivitäten eines Bewerbers begründeten Zweifel an seiner Verfassungstreue seien "auch durch die von ihr geprüften Umstände, die der Bewerber zu seiner Entlastung angeführt habe, nicht ausgeräumt worden". Diese unzulänglichen Begründungen führen



oft zu einer vermeidbaren Verzögerung der Einstellungsprozesse.

dd) Gegen allgemeine Bewertungsgrundsätze verstößt u.a. die Beurteilung der Einstellungsbehörde auch dann, wenn sie aus den berücksichtigten Umständen Schlußfolgerungen auf eine mangelnde Verfassungstreue des Bewerbers zieht, die nur theoretisch möglich, aber nicht ernsthaft vertretbar sind. Das gilt z.B. für die Vermutung, ein Bewerber, der während seiner Studienzeit von verfassungsfeindlichen Organisationen angezogen worden sei, habe sich während seines Vorbereitungsdienstes bewußt unauffällig verhalten, weil er gewarnt worden sei (BAG Urteil vom 10. Dezember 1980, aaO).

Während zunächst die einzelnen Beurteilungselemente dahin zu überprüfen sind, ob sie - bei objektiver Betrachtung - begründete Zweifel wecken, ist auch für die grundsätzlich der Einstellungsbehörde vorbehaltenen abschließende Beurteilung der Persönlichkeit des Bewerbers erheblich, ob danach "vernünftige Zweifel" verbleiben. Die Behörde braucht zwar einen Bewerber nur dann einzustellen, wenn sie von seiner Eignung überzeugt ist. Dieser Grundsatz wird aber durch den Vorbehalt eingeschränkt, daß sie die Einstellung eines Bewerbers nur dann ablehnen darf, wenn vernünftige Zweifel an seiner Eignung nicht ausgeräumt werden können (BAG 33, 43, 50).

e) Im übrigen darf das Gericht den Beurteilungsspielraum der Behörde nicht durch seine eigene Würdigung, insbesondere hinsichtlich der persönlichen Glaubwürdigkeit der Angaben des Bewerbers ersetzen (BVerfGE 39, 334, 353, 354; BVerwG Urteil vom 27. November 1980, aaO; BAG 33, 41, 51).

pp.

Hillebrecht Dr. Rösler Dr. Weller

Dr. Hautmann Mayr



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
(mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile



2 AZR 1093/79

12 Sa 15/79 Berlin

B e s c h l u ß

In Sachen

pp.

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts am 26. November 1982 beschlossen:

Die Entscheidungsgründe des Urteils vom 29. Juli 1982 werden gemäß § 319 ZPO wie folgt berichtigt:

1. Auf Seite 14 Zeile 10 von unten der Ur-
schrift (= Ausfertigung) muß es statt
"...vertreten sein..." richtig lauten:
"...vertretbar sein..."
2. Auf Seite 14 Zeile 4 von unten der Ur-
schrift (= Ausfertigung) muß es statt
"...bereits bekannte Tatsachen..."
richtig lauten: "...bereits bekannte
sondern um Tatsachen..."

Hillebrecht

Dr. Röhler

Dr. Weller



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)

