

JURA Jahrestage

Prof. Dr. Thorsten Kingreen*

Niemals geht man so ganz: Zum 50. Geburtstag des Radikalenbeschlusses des Bundesverfassungsgerichts

<https://doi.org/10.1515/jura-2025-2029>

1972 beschlossen Bund und Länder, Bewerber für öffentliche Ämter zukünftig mit sog. Regelanfragen bei den Verfassungsschutzbehörden auf ihre Verfassungstreue zu überprüfen. Das Bundesverfassungsgericht hat diese Praxis im sog. Radikalenbeschluss vom 22. Mai 1975 gebilligt. Die Entscheidung enthält grundlegende Aussagen zum Inhalt einer als Identifikationspflicht verstandenen Verfassungstreuepflicht, zeichnet sich aber nicht durch einen übertriebenen Elan beim Schutz der Grundrechte aus. Für die verfassungsrechtliche Beurteilung der mittlerweile wiederbelebten Praxis der Regelanfragen taugt sie nur mit Einschränkungen als Präjudiz.

I. Verfassungsgerichtsrechtsprechung im Kontext

In dieser Zeitschrift haben wir vor einigen Jahren die Abteilung »Jahrestage« ins Leben gerufen. In Beiträgen feiern wir Geburtstage von Verfassungen¹ und erinnern an Ge-

richtsentscheidungen, die die weitere Rechtsentwicklung maßgeblich geprägt haben.² Die Beiträge zu Gerichtsentscheidungen sollen die ihnen zugrunde liegende Sachverhalte in Erinnerung rufen und die historischen Kontexte beleuchten. Sie vermitteln damit zunächst einen Eindruck von den gesellschaftlichen Zuständen und Befindlichkeiten ihrer Zeit. So sind viele Leitentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts Folge besonderer Konflikte in der Nachkriegszeit,³ andere sind nur noch vor dem Hintergrund der seinerzeitigen Moralvorstellungen verständlich⁴.

Wenn Gerichtsentscheidungen aus Anlass von Jahrestagen gewürdigt werden, so geschieht dies aber auch, um ihr Wirken als Präjudizien für nachfolgende Entscheidungen und ihre Bedeutung für rechtspolitische Projekte der Gegenwart zu beurteilen. Große Bedeutung haben grundlegende Präjudizien vor allem für die Auslegung des Verfassungsrechts.⁵ Texte von Verfassungen werden, anders als das einfache Gesetzesrecht, selten geändert, und ihre Normen bestehen oftmals nur aus wenigen Worten. Es kommt daher wesentlich darauf an, wie ein Verfassungsgericht sie interpretiert. Aber Entscheidungen der Verfassungsgerichte bestehen nicht nur aus abstrakten und vermeintlich zeitlo-

¹ Jäkel, Die »Paulskirchenverfassung« der Frankfurter Nationalversammlung: Umstände und Grundzüge ihrer Entstehung, Inhalte und historischen Bedeutung, *JURA* 2019, 231; Steiner, 70 Jahre Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, *JURA* 2019, 441; Pieroth, 100 Jahre Weimarer Verfassung: Errungenschaften und Fehlentwicklungen, *JURA* 2019, 789; Wegener, Glanz und Elend der Reichsverfassung von 1871, *JURA* 2021, 347.

Hinweis: Ich widme den Beitrag meinem akademischen Lehrer Prof. Dr. Bodo Pieroth zum 80. Geburtstag am 13.06.2025. Sein unbestechlicher grundrechtsliberaler Zugang nicht nur zu diesem Thema (etwa Pieroth, Regimebelastung und rechtsstaatlicher öffentlicher Dienst, NJ 1992, 89; ferner Pieroth/Schlink, Christen als Verfassungsfeinde?, JuS 1984, 345; dies., Grundrechte. Staatsrecht II, 28. Aufl. 2012, Rn. 510f.) ist mir ein stetes Vorbild.

*Kontaktperson: Thorsten Kingreen, Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Sozialrecht und Gesundheitsrecht an der Universität Regensburg und Herausgeber dieser Zeitschrift.

² Rixen, Entgrenzte Meinungsfreiheit, reduzierter Persönlichkeitschutz?: 25 Jahre »Soldaten sind Mörder« und die Folgen, *JURA* 2020, 1151; Bryde, Abhörurteil, *JURA* 2020, 1277; Schlink, Das vormundschaftliche Gericht. Anmerkungen zur Mauerschützen-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 24. Oktober 1996, *JURA* 2021, 1137; Roßnagel, 40 Jahre Volkszählungsurteil des Bundesverfassungsgerichts, *JURA* 2023, 1363; Haltern, 50 Jahre Solange I, *JURA* 2024, 449; Kingreen, 50 Jahre Grundfreiheiten: Die EuGH-Entscheidung Dassonville im Kontext, *JURA* 2024, 673; Hartmann/Christmann, Von »Unsinn«, »Phrasen« und Randbemerkungen mit »nahezu beleidigendem Charakter«: Das Gebot der Sachlichkeit bei der Bewertung juristischer Prüfungsleistungen, *JURA* 2024, 905; Vasel, Verfassungsgerichtliche Verkehungen? 50 Jahre Schwangerschaftsabbruch-I-Entscheidung des BVerfG, *JURA* 2025, 107.

³ BVerfGE 6, 32 – Elfes und BVerfGE 7, 198 – Lüth.

⁴ Krass: BVerfGE 6, 389 – Strafbarkeit der Homosexualität nur von Männern.

⁵ Kingreen Woher weißt Du das?, Eine Selbstbefragung in verfassungsrechtspraktischer Absicht, 2024, 13 ff.

sen Leitsätzen und Maßstabsteilen,⁶ wie man sie in Kommentaren und Lehrbüchern nachlesen kann. Vielmehr stehen hinter ihnen Fälle, über die das Bundesverfassungsgericht in einer konkreten historischen und prozessualen Situation entschieden hat. Aber die Zeitumstände können sich ändern, und die Verfassungsinterpretation steht dann vor der Frage, ob und wie sie Veränderungen der sozialen Wirklichkeit rezipiert, ohne sich der Volatilität eines Zeitgeistes hinzugeben.⁷ Je älter Verfassungen und Entscheidungen der Verfassungsgerichte werden, desto neugieriger sollte man jedenfalls sein, welche Sachverhalte eigentlich hinter den zur Dogmatik gewordenen Kernaussagen einer Entscheidung stehen und welche Prämissen die Entscheidungen geleitet haben. Eine in diesem Sinne kontextorientierte Verfassungsinterpretation berücksichtigt daher neben den abstrakten Maßstabsteilen einer Entscheidung stets auch die tatsächlichen und rechtlichen Umstände eines bereits entschiedenen Falls. Auf diese Weise lässt sich etwa erklären, warum die sog. Fristenlösung bei Schwangerschaftsabbrüchen zur Erfüllung der staatlichen Schutzpflicht für das Leben (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG) 1975 noch unter Strafe gestellt werden musste, 1993 aber nicht mehr.⁸ Und man versteht, warum die Hürden für ein Parteiverbot (Art. 21 Abs. 4 GG) 1956 höher waren als 2017,⁹ und vermutlich wird 2025 schon wieder gefragt, ob die Hürden 2017 nicht zu hoch, hingegen 1956 genau richtig angesetzt wurden. Und warum hat, um ein letztes Beispiel zu nennen, das Bundesverfassungsgericht eine Sperrklausel bei Europawahlen 1979 für verfassungsgemäß, 2011 und 2014 hingegen für verfassungswidrig erklärt, um sie dann 2024 wieder für verfassungsrechtlich möglich zu halten?¹⁰

Die als »Radikalenbeschluss« bekannt gewordene Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 22. Mai 1975 bietet für eine solche kontextorientierte Verfassungsinterpretation reichhaltiges Anschauungsmaterial. Bund und Länder hatten 1972 beschlossen, Bewerber für öffentliche Ämter präventiv auf ihre Verfassungstreue zu überprüfen. Diese Praxis wurde einem Kläger, der die erste juristische Staatsprüfung bestanden hatte und sich nun um einen Platz

im Referendariat beworben hatte, zum Verhängnis; der zuständige Präsident des Oberlandesgerichts lehnte den Antrag mit der Begründung linksextremistischer Aktivitäten des Klägers ab.¹¹ Die Entscheidung steht in einem bestimmten historischen Kontext, sie weist eine prozessuale Besonderheit auf und sie enthält Aussagen, die durch spätere Rechtsprechung überholt wurden. Das war seit Mitte der 1980er Jahre vorübergehend nicht mehr von gesteigertem Interesse, weil sich die Zeitumstände und die Gefahrenwahrnehmungen zwischenzeitlich verändert hatten. Aber niemals geht man so ganz:¹² Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts wird wieder vermehrt aufgerufen,¹³ seit es einen ehemaligen AfD-Abgeordneten, der sich als »Mini-Höcke« bezeichnet und über die »Herstellung von Mischvölkern, um die nationalen Identitäten auszulöschen« schwadroniert, zurück in die Gerichtsbarkeit zog,¹⁴ seit rechtsextreme Chatgruppen bei der Bundeswehr¹⁵ und Reichsbürger mit Putschfantasien beim Bundesnachrichtendienst¹⁶ aufgefliegen sind und seit ein ehemaliger Präsident des Bundesamtes für Verfassungsschutz von »seiner« früheren Behörde als rechtsextremer Verdachtsfall beobachtet wird.¹⁷ Zur Beantwortung der Frage, wie viel Identifikation der freiheitliche Staat, der die Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG) hochhält und die Diskriminierung wegen politischer Anschauungen verbietet (Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG), mit Staat und Verfassung legitimerweise erwarten darf, gilt der Beschluss vom 22. Mai 1975 insbesondere in der Behördenpraxis und verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung nach wie vor als zentrale Referenz.

Nachfolgend werden zunächst der Radikalerlass und seine Zeitumstände skizziert (II.), bevor die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts behandelt wird, die nicht nur in der Literatur, sondern auch innerhalb des Gerichts selbst umstritten war (III.). Anschließend wird die neue Aktualität der Entscheidung (IV.) ebenso beleuchtet wie ihre nur noch eingeschränkte Maßstäblichkeit als Präjudiz (V.), bevor abschließende Bemerkungen (VI.) den Text beschließen.

⁶ Zum Begriff Jestaedt/Lepsius/Möllers/Schönberger/Lepsius Das engtgericht. Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht, 2011, 159 (168 ff.).

⁷ Kingreen/Poscher Grundrechte. Staatsrecht II, 40. Aufl., 2024, Rn. 43.

⁸ S. BVerfGE 39, 1 einerseits und BVerfGE 88, 203 andererseits; dazu Kingreen Woher weißt Du das? Eine Selbstbefragung in verfassungsrechtlicher Absicht, 2024, 30 ff. und Vasel JURA 2025, 117 ff.

⁹ BVerfGE 5, 85 und BVerfGE 144, 20 andererseits; dazu Kingreen JURA 2017, 499 (499 f.).

¹⁰ BVerfGE 51, 22 einerseits und BVerfGE 129, 300 und 135, 259 andererseits, dann aber wieder BVerfG NVwZ 2024, 675. Der Text, der diese Diskrepanzen erklärt, muss allerdings noch geschrieben werden.

¹¹ BVerfGE 39, 334. Zum Sachverhalt noch näher unten III. 2.

¹² https://de.wikipedia.org/wiki/Wikipedia:Lokal_K/Schlagerrallye/Niemals_geht_man_so_ganz.

¹³ Die Entscheidung wird ausweislich der Aufstellungen in Beck-Online seit 2023 etwa 80-mal in Gerichtsentscheidungen und 40-mal in Aufsätzen zitiert.

¹⁴ Dazu Fischer-Lescano Warum der Rechtsextremist Jens Maier nicht wieder Richter werden darf, VerfBlog, 2022/1/10; ferner Wagner Rechte Richter, 2. Aufl., 2023.

¹⁵ BVerwG NVwZ-RR 2020, 694.

¹⁶ BVerwGE 174, 219.

¹⁷ <https://www.tagesschau.de/investigativ/kontraste/maassen-verfassungsschutz-106.html>.

II. Radikalenerlass und Regelanfrage: Inhalt und Kontext

Am 28. Januar 1972 verständigten sich Bund und Länder anlässlich einer Ministerpräsidentenkonferenz darauf, dass Bewerberinnen und Bewerber sowie Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter im öffentlichen Dienst zukünftig auf ihre Verfassungstreue hin überprüft werden sollen. Dieser als »Radikalenerlass« bekannt gewordene Beschluss lautete in seinen wesentlichen Inhalten wie folgt:

»2.1. Bewerber

2.1.1. Ein Bewerber, der verfassungsfeindliche Aktivitäten entwickelt, wird nicht in den öffentlichen Dienst eingestellt.

2.1.2. Gehört ein Bewerber einer Organisation an, die verfassungsfeindliche Ziele verfolgt, so begründet diese Mitgliedschaft Zweifel daran, ob er jederzeit für die freiheitliche demokratische Grundordnung eintreten wird. Diese Zweifel rechtfertigen in der Regel eine Ablehnung des Einstellungsantrages.

2.2. Beamte

Erfüllt ein Beamter durch Handlungen oder wegen seiner Mitgliedschaft in einer Organisation verfassungsfeindlicher Zielsetzung die Anforderungen des § 35 Beamtenrechtsrahmengesetz nicht, aufgrund derer er verpflichtet ist, sich durch sein gesamtes Verhalten zu der freiheitlichen demokratischen Grundordnung im Sinne des GG zu bekennen und für deren Erhaltung einzutreten, so hat der Dienstherr aufgrund des jeweils ermittelten Sachverhaltes die gebotenen Konsequenzen zu ziehen und insbesondere zu prüfen, ob die Entfernung des Beamten aus dem Dienst anzustreben ist.

3. Für Arbeiter und Angestellte im öffentlichen Dienst gelten entsprechend den jeweiligen tarifvertraglichen Bestimmungen dieselben Grundsätze.«¹⁸

Bund und Länder haben diesen Beschluss zwar nicht gesetzlich umgesetzt, und die Praxis in den Ländern ist uneinheitlich geblieben.¹⁹ Er fungierte aber als informaler und informeller Maßstab für die Konkretisierung der Voraussetzungen in den Beamtengesetzen von Bund und Ländern, wonach die Bewerber und Beamten die Gewähr dafür bieten müssen, dass sie jederzeit für die freiheitlich demokratische Grundordnung im Sinne des Grundgesetzes eintreten.

Das prozedurale Instrument für die Umsetzung des Radikalenerlasses waren sog. Regelanfragen der Einstellungsbehörden an die Verfassungsschutzbehörden dahingehend, ob verfassungsfeindliche Aktivitäten der Bewerber bekannt seien. Diese Anfragen erfolgten also nicht nur anlassbezo-

gen bei entsprechenden Verdachtsmomenten, sondern durchgängig für alle Bewerber. Lagen entsprechende Erkenntnisse vor und konnte der Bewerber diese im Rahmen einer Anhörung nicht ausräumen, wurde seine Einstellung in den öffentlichen Dienst abgelehnt.

Zwischen 1972 und 1991 sollen schätzungsweise 3,5 Millionen solcher Regelanfragen gestellt worden sein; es wird davon ausgegangen, dass etwa 1.250 Bewerber abgelehnt und nicht eingestellt worden sind; etwa 260 bereits verbeamtete oder angestellte Mitarbeiter wurden aus dem öffentlichen Dienst entlassen, praktisch ausschließlich wegen linksextremistischer Bestrebungen. Betroffen waren mehrheitlich angehende oder aktive Lehrer (80 %), aber auch Hochschullehrer. Zu den Betroffenen zählten auch Mitarbeiter bei der Bundeswehr, der Polizei und den ehemaligen Staatsbetrieben Bahn oder die Post.²⁰ Der Radikalenerlass galt – wie in dem der Grundsatzentscheidung des Bundesverfassungsgerichts zugrunde liegenden Fall²¹ – auch für Bewerber zum Rechtsreferendariat. Er war zwar neutral formuliert, richtete sich also gegen verfassungsfeindliche Bestrebungen sowohl von rechts als auch von links. Tatsächlich traf er in der Praxis fast ausschließlich Personen, denen die Verfassungsschutzbehörden links-extremistische Umtriebe attestierten. Die politischen Motive für die Bekämpfung gerade des Linksextremismus waren zwar durchaus unterschiedlich, aber den gemeinsamen Rahmen setzte der Ost-West-Konflikt:

Vor allem in konservativen Kreisen fürchtete man nichts mehr als einen sozialistischen Einheitsstaat nach dem Vorbild der DDR. Schon 1950 hatte die Adenauer-Regierung beschlossen, dass nicht im Staatsdienst arbeiten dürfe, wer bestimmten, als verfassungsfeindlich eingestuften Organisationen aus dem vorwiegend linksextremistischen Milieu angehörte (»Adenauer-Erlass«). Zudem hatte Adenauer mit fragwürdigem Aufwand, aber letztlich erfolgreich ein Parteiverbotsverfahren gegen die KPD betrieben,²² die allerdings politisch schon weitgehend bedeutungslos war, als sie 1956 verboten wurde. An ihre Stelle als linke Staatsfeinde rückten alsbald die Aktivisten der seit Mitte der 1960er aufkommenden Studentenbewegung, die sich für eine radikale Demokratisierung und Entnazifizierung von Staat und Gesellschaft einsetzte, politische Missstände wie den Vietnamkrieg und die Notstandsgesetze anprangerte und zum »Marsch durch die Institutionen« (*Rudi Dutschke*) ansetzte, von dem sie sich die Emanzipation vom vermeintlich menschenfeindlichen Kapitalismus versprach. Zum Zeitpunkt

¹⁸ Der Wortlaut des Radikalenerlasses findet sich etwa in BVerfGE 39, 334 (366).

¹⁹ Das zeigt auch der Ausgangsfall der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, dazu unten III. 2. a).

²⁰ Zahlen aus <https://www.bpb.de/kurz-knapp/hintergrund-aktuell/346271/vor-50-jahren-radikalenerlass/>.

²¹ S. unten III.

²² BVerfGE 5, 85.

des Radikalenerlasses war sie allerdings bereits in sog. K-Gruppen und die linksterroristische Rote Armee-Fraktion zerfallen, die bis zu Beginn der 1990er Jahre für zahlreiche Terroranschläge verantwortlich zeichnete.²³

Für die SPD war der Radikalenerlass hingegen die innenpolitische Kompensation für ein bedeutsames außenpolitisches Reformprojekt. *Willy Brandt* hatte seit Beginn seiner Kanzlerschaft einen neuen Kurs in der Ostpolitik eingeschlagen, den er als »Wandel durch Annäherung« bezeichnete. Für diesen Wandel stand zunächst sein Besuch in Erfurt im Mai 1970, noch im gleichen Jahr der bewegende Kniefall am Mahnmal des jüdischen Ghettoaufstands in Warschau und dann vor allem der Ende 1972 abgeschlossene Grundlagenvertrag mit der DDR, der zur Normalisierung der innerdeutschen Beziehungen beitragen sollte, von CDU/CSU aber als Verrat am Ziel der Wiedervereinigung angesehen wurde.²⁴ Unter innenpolitischen Druck geraten, wollte *Willy Brandt* mit dem Radikalenerlass klarstellen, dass seine politisch ambitionierte Außenpolitik nicht als Anbiederung an den Kommunismus missverstanden werden durfte. Es ist daher kein Zufall, dass der Radikalenerlass gerade aus der außenpolitischen Hochphase seiner Kanzlerschaft stammte – auch wenn *Brandt* ihn schon wenige Jahre später als politischen Fehler bezeichnet haben soll.²⁵ Dass er im Mai 1974 ebenso tragisch wie naiv ausgerechnet über den Stasi-Spitzel *Günter Guillaume* stürzen sollte, könnte man allerdings als Beleg dafür anführen, dass es schon immer einen gewissen Theorie-Praxis-Bruch in seinem Verhältnis zur Regelanfrage gab.

III. Die juristische Auseinandersetzung um den Radikalenerlass

1. Vorgeschichte: Das G131-Gesetz

Der Radikalenerlass hat eine Vorgeschichte – zwar nicht im engeren verfassungsrechtsdogmatischen, aber doch in einem verfassungspolitischen Sinne. Nach dem 8. Mai 1945 stellte sich die Frage, ob die Rechtsverhältnisse der Beamten, die dem nationalsozialistischen Unrechtsstaat gedient hatten, mit der Kapitulation erloschen waren oder ob sie in

der Bundesrepublik Deutschland als Nachfolgerin des Deutschen Reichs fortbestanden.²⁶ Einerseits kam ein nahtloser Übergang wie zu Beginn der Weimarer Republik – Art. 129 Abs. 1 S. 3 WRV erklärte die »wohlerworbenen Rechte« der Beamten aus der Monarchie für unverletzlich – vor dem Hintergrund der Verstrickung vieler Beamten in die grausamen Gewaltverbrechen des NS-Regimes nicht in Betracht; andererseits benötigten die Alliierten Verwaltungspersonal, um den Aufbau eines demokratischen Rechtsstaats in Deutschland einzuleiten und musste die Frage beantwortet werden, wie mit den vielen Versorgungsempfängern umzugehen sei.

In dieser historischen Sondersituation löste Art. 131 GG das Problem des Verhältnisses von notwendiger Diskontinuität und vertretbarer Kontinuität durch einen Gesetzgebungsauftrag und entlastete damit zunächst die Verfassungsberatungen im Parlamentarischen Rat.²⁷ Das am 11. Mai 1951 beschlossene und rückwirkend zum 01. April 1951 in Kraft getretene sog. G 131-Gesetz²⁸ sah im Wesentlichen eine »Wiedereinsetzung« der Beamten in ihre Dienstverhältnisse vor, nahm davon aber insbesondere diejenigen aus, die in den Entnazifizierungsverfahren als Hauptbeschuldigte und Belastete eingestuft worden (§ 3 Nr. 2 und 3) oder die am 8. Mai 1945 bei einer Dienststelle der Gestapo beschäftigt waren – wobei § 67 davon wiederum alle Beamten ausnahm, die aus anderen Behörden zur Gestapo versetzt worden waren.

Das G 131-Gesetz ermöglichte damit eine sehr weit gehende Weiterverwendung von Personen, die schon dem NS-Staat gedient hatten. Trotz der großzügigen Integration in das bundesrepublikanische Berufsbeamtentum²⁹ gab es gegen das G 131-Gesetz massiven Gegenwind. Politisch versuchte man die Verantwortung der Beamtenschaft für die NS-Diktatur zu relativieren und rechtlich wurde bestritten, dass die bestehenden Beamtenverhältnisse am 8. Mai 1945 überhaupt erloschen waren. Der seinerzeit noch zuständige 1. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs behauptete gar, dass Art. 129 WRV und die in ihm garantierten wohlerworbenen Rechte der Beamten »auch nach dem Zusammenbruch als Verfassungsrecht weiter galt.«³⁰ Damit hätte sich die Frage einer »Wiederverwendung« gar nicht stellen

²³ Zu diesem Kontext *Frotscher/Pieroth* Verfassungsgeschichte, 20. Aufl., 2022, Rn. 985f.

²⁴ Eine Klage der bayerischen Staatsregierung blieb erfolglos: BVerfGE 36, 1.

²⁵ *Wolfrum/Rigoll* Verfassungsfeinde im Land?, 2022, 530 (545). Dazu noch unten IV. 1.

²⁶ *Nöcker* Die Gewähr der Verfassungstreue, 2025, 31.

²⁷ *Huber/Voßkuhle/Dietlein* Grundgesetz. Kommentar, 8. Aufl., 2024, Art. 131 Rn. 1.

²⁸ Gesetz zur Regelung der Rechtsverhältnisse der unter Artikel 131 des Grundgesetzes fallenden Personen, BGBl. I, 1685.

²⁹ So auch die Bewertung von *Pieroth* NJ 1992, 89 (90) und *Sommer-Weisel* BRJ 2017, 71 (72).

³⁰ BGH NJW 1952, 933 (933); anders zuvor BGHZ 1, 274 (283). Zur erratischen Entwicklung der BGH-Rechtsprechung *Kirn* Verfassungsumsturz oder Rechtskontinuität?, 1972, 131 ff., 150 ff.

dürfen, denn die Beamtenverhältnisse hätten eben einfach fortbestanden.

Das Bundesverfassungsgericht ist dieser Auffassung in einer seinerzeit als »sensationell«³¹ angesehenen Entscheidung vom 17. Dezember 1953 mit deutlichen Worten entgegengetreten. »Alle Beamtenverhältnisse sind am 8. Mai 1945 erloschen«, heißt es im 2. Leitsatz der über hundertseitigen Entscheidung.³² Das lasse sich zwar weder dem Wortlaut noch der Entstehungsgeschichte von Art. 131 GG entnehmen, werde aber deutlich, »wenn man die Ereignisse vom Mai 1945 in ihrer politisch-historischen und in ihrer staatsrechtlichen Bedeutung erkennt.«³³ Der 8. Mai 1945 war nach Meinung des Bundesverfassungsgerichts zwar nicht staatsrechtlich,³⁴ wohl aber beamtenrechtlich eine Zäsur. Das Beamtentum habe im NS-Staat eine »tiefgreifende, sein Wesen berührende Umgestaltung«³⁵ erfahren, indem es von einer parteipolitisch neutralen Institution zum »Machtapparat im Sinne der NSDAP«³⁶ mutiert sei. Die Behauptung einer Kontinuität verharmlose »die Ereignisse historisch-politisch«³⁷. Das Beamtenverhältnis im nationalsozialistischen Staat sollte ein »nur auf diesen Staat und die ihn tragende Ideologie der NSDAP zugeschnittenes Rechtsverhältnis sein.« Aus dieser immanenten Verbundenheit mit einem bestimmten verfassungsrechtlichen Zustand ergebe sich denknotwendig, dass die Beamtenverhältnisse mit dem Zusammenbruch des von der NSDAP beherrschten Staats erloschen seien.³⁸

Diese Zäsurthese war hochgradig umstritten. Für ihre Kritiker galt: »Staat ist Staat. Beamter ist und bleibt Beamter.«³⁹ Oskar Georg Fischbach – Ministerialbeamter in insgesamt vier politischen Systemen und einer der führenden Kommentatoren des Beamtenrechts von der Weimarer Republik über die nationalsozialistische Zeit bis in die frühe Bundesrepublik⁴⁰ – lamentierte schon vor der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, pro domo und nicht ohne einen Schuss Selbstmitleid, dass Beamte, die im Interesse des Gemeinwohls in Erfüllung ihrer Treuepflicht für die bestehende Staatsmacht arbeiteten, es nicht verdienten, »nach dem Sturz des bisherigen politischen Systems von den neuen

Machthabern verfolgt zu werden.«⁴¹ Auch in der staatsrechtlichen Literatur stieß die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts erwartungsgemäß auf überwiegende Ablehnung.⁴² Allzu gerne sah man in den Beamten unpolitische Staatsdiener, die in Distanz zu den politischen Entscheidungen der Regierung nur pflichtgetreu und allein aufgrund ihrer Fachlichkeit das geltende Recht vollzogen haben.⁴³ Aber diese Sicht wurde eben auch durch die eigenen Biografien geprägt; diverse renommierte Hochschullehrer waren trotz ihrer offensichtlichen Belastung nach 1949 wieder in den Dienst übernommen worden.⁴⁴ Der Große Senat des Bundesgerichtshofs erlaubte sich sogar die Dreistigkeit, die Bindungswirkung des Urteils des Bundesverfassungsgerichts in Frage zu stellen; das Bundesverfassungsgericht habe sich ein »geschichtliches Werturteil« erlaubt, das verkenne, dass die Beamten vor allem »Opfer« und nicht Täter des NS-Terrors gewesen seien.⁴⁵ Das Bundesverfassungsgericht reagierte gelassen: Die Vorlage des Großen Senats wies es am 19. Februar 1957 als unzulässig ab⁴⁶ und am gleichen Tag eine Verfassungsbeschwerde eines früheren Gestapo-Beamten unter Bekräftigung seiner bisherigen Rechtsauffassung als unbegründet zurück.⁴⁷

Eine grundlegende Gefahr für den demokratischen Wiederaufbau war die personelle Kontinuität im Berufsbeamtentum zwar nicht – zu sehr hatte sich der Nationalsozialismus diskreditiert und zu sehr überwog auch bei den Belasteten der Wunsch nach Neuanfang und Vergessen. Man muss diese Vorgeschichte aber kennen, um die verbreitete Empörung über den Radikalerlass von 1972 zu verstehen. Der Staat, der auch fast dreißig Jahre nach Kriegsende immer noch zu einem erheblichen Teil von Beamten getragen wurde,⁴⁸ die schon im Nationalsozialismus gedient hatten, schwang sich nun auf, vom Linksextremismus ausgehenden Gefahren für die freiheitlich-demokratische Grundordnung zu bekämpfen und damit auch Men-

31 Forsthoff DVBl 1954, 69 (69).

32 BVerfGE 3, 58.

33 BVerfGE 3, 58 (85).

34 So die seit BVerfGE 2, 1 (56) vertretene, allerdings stets umstritten gebliebene Rechtsauffassung.

35 BVerfGE 3, 58 (89).

36 BVerfGE 3, 58 (86).

37 BVerfGE 3, 58 (85).

38 BVerfGE 3, 58 (113 ff.).

39 So die treffende Beobachtung von Meinel/Wahl Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bonner Republik, 2019, 27 (39).

40 S. Günther ZNR 34 (2012), 69 ff.

41 Fischbach DVBl 1951, 99 (101).

42 Eine bemerkenswerte Dokumentation der Stimmungslage zeigen Referate und Aussprache der Tübinger Staatsrechtslehrertagung 1954, Das Berufsbeamtentum und die Staatskrisen VVDStRL 13 (1955), 88 ff. Ernst Friesenhahn war seinerzeit einer der wenigen, der sich gegen »Ausmaß, Inhalt und Form der Kritik« (S. 162) verwahrte. – Ferner etwa Forsthoff DVBl 1954, 69; differenzierter hingegen etwa Bachof DÖV 1954, 33.

43 Zu diesem Aspekt etwa Schlink Der Staat 1976, 335 (342 f.).

44 Späte Aufarbeitung auf der Jahrestagung 2000 mit den Referaten von Dreier und Pauly (VVDStRL 60 [2001], 9 ff.).

45 BGHZ 13, 265 (299).

46 BVerfGE 6, 222.

47 BVerfGE 6, 132.

48 1973 waren noch über die Hälfte der in Bundesministerien beschäftigten Abteilungs-, Unterabteilungs- und Referatsleiter ehemalige NSDAP-Mitglieder, Görtemaker/Safferling Die Akte Rosenberg. Das Bundesministerium der Justiz und die NS-Zeit, 2016, 29.

schen aus dem öffentlichen Dienst fernzuhalten, die eine Aufarbeitung der NS-Vergangenheit anmahnten. Wer Mitte der 1970er Jahre zur Schule gegangen ist, wird sich nicht nur an Schulstunden durch verkopfte linke Che Guevara-Verehrer, sondern auch von alten Nazis mit unverändert reaktionärem Habitus erinnern.

2. Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 22. Mai 1975

Der Kläger im Ausgangsverfahren hatte im Oktober 1971 die erste juristische Staatsprüfung vor dem Justizprüfungsamt für Schleswig-Holstein abgelegt und wollte nun in den Referendardienst des Landes eintreten. Das wurde vom Oberlandesgerichtspräsidenten u. a. deshalb abgelehnt, weil der Bewerber während seiner Studienzeit an Veranstaltungen der »Roten Zelle Jura an der Universität Kiel« teilgenommen habe. Diese Organisation verfolge verfassungsfeindliche Bestrebungen; es sei daher nicht gewährleistet, dass sich der Kläger zur freiheitlichen demokratischen Grundordnung bekenne, wie dies § 9 Landesbeamtengesetz (LBG) aufgrund des Verweises aus der einschlägigen Juristenausbildungsordnung auch für Rechtsreferendare voraussetze.

a) Streitgegenstand

Für das Verständnis der materiellen Aussagen der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts ist zunächst wichtig, dass der Radikalerlass zwar den politischen Hintergrund bildet, aber als Binnenrecht der politischen Verwaltung keinen geeigneten Gegenstand einer verwaltungsgerichtlichen Klage darstellte.

Klagegegenstand beim zunächst angerufenen VG Schleswig war vielmehr die Entscheidung des Präsidenten des Oberlandesgerichts. Das VG Schleswig setzte allerdings das Verfahren nach Art. 100 Abs. 1 GG (konkrete Normenkontrolle) aus, weil es ernsthafte Bedenken an der Vereinbarkeit von § 9 LBG mit Art. 12 Abs. 1 GG hatte. Verwaltungsprozessrechtlich handelte es sich allerdings zum Zeitpunkt der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts allerdings nur noch um eine Fortsetzungsfeststellungsklage (§ 113 Abs. 1 S. 4 VwGO analog), weil der Kläger unterdessen vom Land Bremen in den Referendardienst übernommen worden war. Der zuständige Senator hatte auch im Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht die Auffassung vertreten, dass in allen Fällen, in denen der Staat ein Ausbildungsmonopol besitze, den Hochschulabsolventen die Möglichkeit zu geben sei, ihre Ausbildung abzuschließen, auch wenn dabei vorübergehend ein Beamtenverhältnis auf Wi-

derruff begründet werde.⁴⁹ Dass der Kläger während seines Referendariats oder im weiteren Verlauf die verfassungsrechtliche Ordnung im Land Bremen in Gefahr gebracht hätte, ist jedenfalls nicht überliefert.

Das Bundesverfassungsgericht hat also im Verfahren der konkreten Normenkontrolle (Art. 100 Abs. 1 GG) entschieden. Zulässiger Vorlagegegenstand ist allein ein Parlamentsgesetz. In Betracht kam insoweit nur § 9 LBG, wonach Beamte die Gewähr dafür bieten müssen, dass sie jederzeit für die freiheitlich demokratische Grundordnung im Sinne des Grundgesetzes eintreten müssen. Das ist nun aber an sich eine ziemlich unverdächtige und zweifelsohne verfassungsmäßige Anforderung an Beamte. Keine Organisation – weder der Staat noch private Vereinigungen – kann sich auf Dauer Funktionäre leisten, die ihre Grundregeln prinzipiell ablehnen.⁵⁰ Doch um die generelle Berechtigung der Verfassungstreuepflicht ging es dem Kläger im Ausgangsverfahren auch gar nicht. Problematisch war allein, ob man die Anforderungen in § 9 LBG so verstehen konnte, wie sie der Oberlandesgerichtspräsident verstand, nämlich in dem Sinne, dass schon die Mitgliedschaft in der Vereinigung »Rote Zelle Jura an der Universität Kiel« die fehlende Gewähr für Verfassungstreue begründen durfte.

Das ist an sich eine Frage der Auslegung des einfachen Rechts, über die das VG Schleswig selbst hätte entscheiden können, sodass sich die Frage der Entscheidungserheblichkeit i. S. v. Art. 100 Abs. 1 GG hätte stellen müssen.⁵¹ Vor dem Hintergrund des Radikalerlasses, der schon die Mitgliedschaft in einer verfassungsfeindlichen Organisation ausreichen ließ (vgl. 2.2.1. des Erlasses), sind das VG Schleswig und das Bundesverfassungsgericht aber offenbar übereinstimmend davon ausgegangen, dass § 9 LBG nur so verstanden werden könne. Zu prüfen war damit genau genommen, ob § 9 LBG verfassungswidrig war, wenn man ihn in dem Sinne interpretierte, dass die Mitgliedschaft bei der »Roten Zelle« ein Eintreten für die freiheitlich-demokratische Grundordnung ausschließt.

b) Die Verfassungstreuepflicht des Beamten als hergebrachter Grundsatz des Berufsbeamtentums (Art. 33 Abs. 5 GG)

Das Bundesverfassungsgericht erklärte § 9 LBG im Ergebnis für verfassungsgemäß. Der Beschluss enthält grundlegende

⁴⁹ S. den Hinweis in BVerfGE 39, 334 (342 f.).

⁵⁰ S. nur Rieger ZBR 2020, 227 (229).

⁵¹ Zur Frage der Entscheidungserheblichkeit, an die mittlerweile sehr strenge Anforderungen gestellt werden (s. nur Huber/Voßkuhle/Kessal-Wulff Grundgesetz. Kommentar, 8. Aufl., 2024, Art. 100 Rn. 35 ff.) findet sich im Urteil gleichwohl nichts.

Aussagen zu den hergebrachten Grundsätzen des deutschen Berufsbeamtentums und zu den Anforderungen an die Verfassungstreue der Beamten, aber als freiheitsrechtliche Entscheidung sollte sie nicht in die Geschichte eingehen.

aa) Prüfungsaufbau der Entscheidung

Schon der Aufbau der Entscheidung ist einigermaßen unorthodox. Es wird nicht etwa geprüft, ob die in § 9 LBG vorausgesetzten Anforderungen an die Gewähr für das Eintreten für die freiheitlich-demokratische Grundordnung gegen die Grundrechte der Bewerber für einen Platz im Rechtsreferendariat verstoßen, sondern es werden zunächst ohne jeden Bezug zum Vorlagegegenstand die »hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums« i. S. v. Art. 33 Abs. 5 GG aufgeföhren.⁵² Erst in einem zweiten Teil wird dann gefragt, ob andere Verfassungsnormen der Interpretation des Art. 33 Abs. 5 GG entgegenstehen, was – wenig überraschend – natürlich nicht der Fall ist.⁵³ Grundrechtsdogmatisch formuliert: Die verfassungsrechtliche Rechtfertigung wird vor dem Eingriff in den Schutzbereich geprüft.

Mit diesem auch der Vorlagefrage nicht gerecht werden den Aufbau der Entscheidung – das VG Schleswig hatte insbesondere um Prüfung von Art. 12 Abs. 1 GG gebeten – war der Ton gesetzt: Es geht vordringlich nicht um die Grundrechte des Beamten als Person, sondern um die Anforderungen an sein Amt. Zu diesen gehöre »der Grundsatz, dass vom Beamten und Richter zu fordern ist, dass er für die Verfassungsordnung, auf die er vereidigt ist, eintritt.«⁵⁴ Diese mit der »Geschichte des deutschen Beamtentums« begründete Kernthese nimmt »eine besondere Bindung des Beamten, die auf einer mit dem Eintritt in das Beamtenverhältnis verbundenen und übernommenen Treuepflicht beruht,« an. Von einer solchen Treuepflicht gehe auch das Grundgesetz aus, insbesondere in Art. 33 Abs. 4 GG (»Dienst- und Treueverhältnis«) und Art. 5 Abs. 3 S. 2 GG (»Treue zur Verfassung«); das sei auch sachgerecht, denn der Staat sei nun einmal »auf einen intakten, loyalen, pflichttreuen, dem Staat und seiner verfassungsmäßigen Ordnung innerlich verbundenen Beamtenkörper angewiesen« anderenfalls seien »Gesellschaft und ihr Staat in kritischen Situationen »verloren.«⁵⁵

Es war dem Bundesverfassungsgericht auch ein Bedürfnis, die Verfassungstreuepflicht in den Kontext der »Wertgebundenheit« des Grundgesetzes und der sog. »wehrhaften Demokratie« zu stellen, die es aus einem nur schwer zu

entwirrenden Konglomerat von Verfassungsnormen ableitet (»Art. 2 Abs. 1, Art. 9 Abs. 2, Art. 18, Art. 20 Abs. 4, Art. 21 Abs. 2, Art. 79 Abs. 3, Art. 91, Art. 98 Abs. 2 GG«). Diese »Grundentscheidung der Verfassung« schließe es aus, dass der Staat »zum Staatsdienst Bewerber zulässt und im Staatsdienst Bürger belässt, die die freiheitliche demokratische, rechts- und sozialstaatliche Ordnung ablehnen und bekämpfen. Der Beamte kann nicht zugleich in der organisierten Staatlichkeit wirken und die damit verbundenen persönlichen Sicherungen und Vorteile in Anspruch nehmen und aus dieser Stellung heraus die Grundlage seines Handelns zerstören wollen. Der freiheitliche demokratische Rechtsstaat kann und darf sich nicht in die Hand seiner Zerstörer geben.«⁵⁶ So viel bekennenhaftes Pathos in einer Gerichtsentscheidung ist meistens kein gutes Zeichen für die Qualität der juristischen Argumentation.

bb) Materialisierung der Treuepflicht

Trotz der erheblichen Unschärfen der »wehrhaften Demokratie« und ihrem unklaren Verhältnis zur Verfassungstreuepflicht des Beamten⁵⁷ ist die Grundaussage, dass der Staat auf loyale Beamte angewiesen ist, natürlich unstrittig. Dementsprechend enthalten alle einschlägigen bundes- und landesrechtliche Regelungen auf die freiheitlich-demokratische Grundordnung bezogene Verpflichtungen (s. nur §§ 7 Abs. 1 Nr. 2 und 60 Abs. 1 S. 3 BBG; §§ 7 Abs. 1 Nr. 2 und 33 Abs. 1 S. 3 BeamStG).

Fraglich ist nur, was genau diese Loyalität ausmacht und was Indizien für fehlende Loyalität sind. Insoweit kommt es maßgeblich auf die materiellen Gehalte der Treuepflicht an. Das Bundesverfassungsgericht sieht sie in der zur Pflicht erhobenen »Bereitschaft, sich mit der Idee des Staates, dem der Beamte dienen soll, mit der freiheitlichen demokratischen, rechts- und sozialstaatlichen Ordnung dieses Staates zu identifizieren.« Zwar hätten Staat und Gesellschaft an einer »unkritischen« Beamtenschaft kein Interesse. Unverzichtbar sei aber, dass »der Beamte den Staat – ungeachtet seiner Mängel – und die geltende verfassungsrechtliche Ordnung, so wie sie in Kraft steht, bejaht, sie als schützenswert anerkennt, in diesem Sinne sich zu ihnen bekennt und aktiv für sie eintritt.« Das erfordere ihm mehr ab »als nur eine formal korrekte, im Übrigen uninteressierte, kühle, innerlich distanzierte Haltung gegenüber Staat und Verfassung«; vielmehr werde vom treuen Beamten erwartet, dass »er sich eindeutig von Gruppen und Bestrebungen distanziert, die diesen Staat, seine verfas-

⁵² Zu Recht krit. Wilke/Weber/Dreier Gedächtnisschrift für Friedrich Klein, 1977, 86 (88 f.).

⁵³ BVerfGE 39, 334 (357 ff.).

⁵⁴ BVerfGE 39, 334 (346).

⁵⁵ BVerfGE 39, 334 (346 f.).

⁵⁶ BVerfGE 39, 334 (349).

⁵⁷ Nöcker Die Gewähr der Verfassungstreue, 2025, 102 ff.

sungsmäßigen Organe und die geltende Verfassungsordnung angreifen, bekämpfen und diffamieren.«⁵⁸

Diese Passagen mit ihrem Hintergrundrauschen des illoyalen Weimarer Beamtentums⁵⁹ enthalten eine bis heute wirkmächtige Positionsbestimmung für das deutsche Berufsbeamtentum. Von den Beamten wird nicht nur erwartet, dass sie ihre gesetzlichen Pflichten unparteilich und sachgerecht unter Beachtung des geltenden Rechts erfüllen (sog. Dienst- und Gesetzmäßigkeitsmodell). Vielmehr wird ihnen darüber hinaus eine »identifikatorische Treuebindung« abverlangt, deren Bezugspunkt zwar nicht der Staat und die Regierung, wohl aber die Verfassung ist (Treueverhältnis-Modell).⁶⁰ Während sich das Dienst- und Gesetzmäßigkeitsmodell also »auf äußere, in der staatlichen Legalordnung niedergelegte Anforderungen« an die Ausführung des Amts beschränkt, nimmt das vom Bundesverfassungsgericht favorisierte Treueverhältnis-Modell den Beamten auch als Person in den Blick und verlangt ihm auch in dieser Eigenschaft eine aktive Identifikation mit der für ihn maßgebenden verfassungsrechtlichen Ordnung ab. Der Beamte muss sich »bekennen«, er muss »Partei ergreifen«, muss Verantwortung »für ›seinen‹ Staat« tragen, dem »er dienen soll« und in dem er sich »zu Hause fühlt«.⁶¹

Diese Prämissen der Verfassungstreuepflicht werden im Schrifttum nicht durchgängig geteilt. Vor dem Hintergrund, dass die Geschichte des deutschen Berufsbeamtentums keineswegs linear verlaufen ist – insbesondere im Spätkonstitutionalismus und zu Beginn der Weimarer Republik waren das rein dienstrechtliche Verständnis des Beamtenverhältnisses vorherrschend⁶² – wird kritisch gefragt, ob eine solchermaßen aufgeladene Verfassungstreuepflicht tatsächlich ein hergebrachter Grundsatz des Berufsbeamtentums i. S. v. Art. 33 Abs. 5 GG ist.⁶³ Letztlich gehe es bei der Verfassungstreue, so die Kritik, um eine Eignungsanforderung für den Zugang zu öffentlichen Ämtern (Art. 33 Abs. 2 GG), für die es indes auf äußere Qualitäten, aber nicht auf innere Einstellungen ankomme.⁶⁴

Ferner wird darauf hingewiesen, dass das Bundesverfassungsgericht das Verhältnis dieser Aussagen zu seiner G 131-Entscheidung nicht reflektiere. In dieser Entscheidung hatte das Bundesverfassungsgericht noch eindrucksvoll nachgezeichnet, wie sich das neutrale Fachbeamtentum unter dem Einfluss der Nationalsozialisten allmählich zu einem »politisch-gesinnungsmäßig bestimmten Beamtentum« gewandelt habe, »bei dem die fachliche Leistung hinter der politischen Gesinnung zurücktritt.«⁶⁵ Hingegen fordere »der Beschluss von 1975 gesinnungsmäßige Identifikation, ohne deren politische Pervertbarkeit auch nur mit einem Wort zu erwähnen.«⁶⁶

cc) Folgerungen aus der materialisierten Verfassungstreuepflicht

Die Prämissen der Entscheidung vom 22. Mai 1975 sind damit einigermaßen brüchig. Das Konstrukt einer Identifikationsverpflichtung des Beamten, die ihn deutlich vom Bürger unterscheidet, dem schon aus Gründen der Meinungsfreiheit keine Wertloyalität abverlangt werden darf,⁶⁷ hat weitere, ebenfalls fragwürdige Konsequenzen:

(1) Amts- und tätigkeitsbezogene Differenzierung?

Nach Meinung des Bundesverfassungsgerichts scheidet eine amts- und tätigkeitsbezogene Differenzierung hinsichtlich der Anforderungen an die Verfassungstreue aus.⁶⁸ An den als Beamten auf Widerruf beschäftigten Rechtsreferendar müssen daher die gleichen Anforderungen gestellt werden wie an den Gerichtspräsidenten, der städtische Gärtner muss sich ebenso aktiv identifizieren wie der Leiter des Rechtsamts der Stadt. Das ist auf der Grundlage einer qualifizierten Verfassungstreuepflicht konsequent, denn Bezugspunkt der Treuepflicht ist ja eben nicht nur die konkrete, nach Recht und Gesetz zu erfüllende Tätigkeit, sondern insgesamt ein der Verfassung zugewandtes und damit tätigkeitsunabhängiges Verhalten des Beamten. Wenn dieses fehlt, drohe, so meint das Bundesverfassungsgericht, die Gefahr einer verfassungsfeindlichen Beeinflussung des beruflichen Umfelds dieses Beamten.⁶⁹

58 Alle vorstehenden Zitate aus BVerfGE 39, 334 (347f.).

59 *Schmahl* Disziplinarrecht und politische Betätigung der Beamten in der Weimarer Republik, 1977.

60 Zum Folgenden grundlegend Böckenförde/Tomuschat/Umbach/Böckenförde *Extremisten im Öffentlichen Dienst*, 1981, 9 (13ff.).

61 Alle Anforderungen aus BVerfGE 39, 334 (348f.).

62 Böckenförde/Tomuschat/Umbach/Böckenförde *Extremisten im Öffentlichen Dienst*, 1981, 9 (18f.); vertiefend Nöcker *Die Gewähr der Verfassungstreue*, 2025, 96ff., 109ff.

63 S. etwa Sachs/Battis *Grundgesetz. Kommentar*, 10. Aufl., 2024, Art. 33 Rn. 34; Pieroth/Schlink *JuS* 1984, 345; zweifelnd auch Voßkuhle *NVwZ* 2022, 1841 (1843 Fn. 30).

64 Kahl/Waldhoff/Walter/Höfling *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, Art. 33 Abs. 1–3 [2007] Rn. 203f.; krit. zur fehlenden Klarheit des

bundesverfassungsgerichtlichen Konzepts etwa auch Loebe *RIa* 2021, 4 (8f.).

65 BVerfGE 3, 58 (103).

66 So treffend Wilke/Weber/Dreier *Gedächtnisschrift für Friedrich Klein*, 1977, 86 (90).

67 BVerfGE 124, 300 (320).

68 BVerfGE 39, 334 (358).

69 BVerfGE 39, 334 (358).

Die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung hat diese Position lange Zeit geteilt.⁷⁰ Das für privatrechtliche Dienstverhältnisse zuständige Bundesarbeitsgericht hält hingegen Abstufungen der Treuepflicht schon seit jeher für denkbar.⁷¹ Auch das verfassungsrechtliche Schrifttum fordert unter Hinweis auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verbreitet eine Funktionsdifferenzierung.⁷² Dafür sprechen gute Gründe. Eingriffsintensität auf der einen und Gefährdungslagen auf der anderen Seite sind so unterschiedlich, dass sich pauschale Anforderungen verbieten. Mittlerweile hält es daher auch das Bundesverwaltungsgericht unter Hinweis auf das staatliche Ausbildungsmonopol und die damit besonders betroffene Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) für verfehlt, die Anforderungen an die Verfassungstreuepflicht von Beamten und Richtern »unbesehen auf den juristischen Vorbereitungsdienst« zu übertragen.⁷³

(2) Vereinbarkeit mit dem Parteienprivileg (Art. 21 Abs. 4 GG)

Wenn sich die Verfassungstreuepflicht auf die Identifikation mit der freiheitlich-demokratischen Grundordnung bezieht und nicht auf gesetzliche Verhaltensnormen, ist es mit dem Radikalerlass (unter 2.1.2.) konsequent, schon die bloße Mitgliedschaft in nach behördlicher Ansicht verfassungsfeindlich agierenden Organisationen als Indiz für fehlende Verfassungstreue anzusehen.⁷⁴

Problematisch ist allerdings, ob das auch für die Mitgliedschaft und die aktive Betätigung in einer Partei i.S.v. Art. 21 GG gelten kann, die nach Auffassung der Einstellungsbehörde verfassungsfeindliche Ziele verfolgt, aber vom Bundesverfassungsgericht nicht nach Art. 21 Abs. 4 GG (sog. Parteienprivileg) verboten wurde. Diese Frage war im Ausgangsfall nicht streitentscheidend, denn die »Rote Zelle Jura an der Universität Kiel« war keine Partei. Dennoch war es dem Bundesverfassungsgericht ein Bedürfnis, zu dieser Frage einige obiter dicta auf einer recht abstrakten Flughöhe beizusteuern. Es zitiert seine bisherige Rechtsprechung zum

Parteienprivileg, die allerdings »den normalen Status des politischen Aktivbürgers in der Gesellschaft vor Augen [habe], nicht dagegen den Bürger in seiner besonderen rechtlichen Stellung als Beamten.« Wegen der ins Private ausgreifenden Treuepflicht des Beamten möchte es schon gar keinen Konflikt mit Art. 21 Abs. 2 GG a.F. erkennen, weil ohnehin nur der Bürger, nicht aber der (von ihm unterschiedene) Beamte die im Parteienprivileg vorausgesetzte Freiheit besitze, »die verfassungsmäßige Ordnung abzulehnen und sie politisch zu bekämpfen, solange er es innerhalb einer Partei, die nicht verboten ist, mit allgemein erlaubten Mitteln tut.«⁷⁵

Das Bundesverfassungsgericht folgert aus alledem, es gebe keinen »Widerspruch«⁷⁶ zwischen Art. 33 Abs. 5 und Art. 21 Abs. 2 S. 2 GG a.F.: (= Art. 21 Abs. 4 GG); schon die Zugehörigkeit zu einer verfassungsfeindlichen, aber nicht verbotenen Partei sei eines von mehreren Kriterien, die der Prognoseentscheidung zugrunde gelegt werden dürfe, ob ein Bewerber für die freiheitlich-demokratische Grundordnung eintrete.⁷⁷ Dass das für Irritationen sorgen würde, war vorprogrammiert; immerhin war die bloße Mitgliedschaft in der NSDAP seinerzeit kein Hindernis dafür, in ein von der Bundesrepublik Deutschland begründetes Beamtenverhältnis übernommen zu werden.⁷⁸ Mit der These vom fehlenden »Widerspruch« entzieht sich das Bundesverfassungsgericht der Auflösung des Spannungsverhältnisses. Um einen »Widerspruch« zwischen zwei Verfassungsnormen kann es nämlich methodisch nicht ernsthaft gehen, sondern darum, ob allein die Mitgliedschaft in einer nicht verbotenen Partei in die Prognoseentscheidung zur Verfassungstreue einbezogen werden darf. Es entsprach vor der Entscheidung noch der ganz überwiegenden (vom Bundesverfassungsgericht aber nicht rezipierten) Auffassung im rechtswissenschaftlichen Schrifttum, dass die Mitgliedschaft in einer zwar möglicherweise verfassungsfeindlichen, aber nicht vom Bundesverfassungsgericht für verfassungswidrig erklärten Partei keinen Einfluss auf die Beurteilung der Verfassungstreue haben dürfe.⁷⁹ Auch im Minderheitsvotum des Richters *Rupp* wird die strikte Trennung des allein unter Art. 33 Abs. 5 GG fallenden Beamten und des nach Art. 21 Abs. 2 GG a.F. zu beurteilenden Parteiverbots unter Hinweis auf die Schutzbedürftigkeit auch und gerade der betroffenen Parteien abgelehnt: »Gerade wenn das sog. Parteienprivileg in erster Linie die Parteiorganisation vor staatlichen Eingriffen schützen soll, erstreckt es seine Wirkung notwendigerweise auch auf Funktionäre, Mit-

⁷⁰ S. nur BVerwGE 73, 263 (267).

⁷¹ BAGE 62, 256 (267); BAG NZA-RR 2012, 43 (45).

⁷² S. etwa Dreier/Brosius-Gersdorf Grundgesetz. Kommentar Bd. II, 3. Aufl., 2015, Art. 33 Rn. 107; Groß JURA 2023, 549 (554); Kahl/Waldhoff/Walter/Höfling Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 33 Abs. 1–3 [2007] Rn. 205; Jarass/Pieroth/Jarass Grundgesetz. Kommentar, 18. Aufl., 2024, Art. 33 Rn. 26 (allerdings abschwächend in Rn. 86); Sodan/Leisner Grundgesetz. Kommentar, 5. Aufl., 2024, Art. 33 Rn. 11.

⁷³ BVerwG, 10.10.2024, 2 C 15.23, Rn. 34 mit Fehlverweis auf BVerwG, NJW 1982, 784 (785), wo – anders als der Senat insinuiert – genau das Gegenteil vertreten worden war (S. 785 vorletzter Absatz a.E.). – Vgl. zum Ganzen noch unten IV. 2.

⁷⁴ Zu diesem Kontext Dreier RW 2010, 11 (25).

⁷⁵ BVerfGE 39, 334 (358f.).

⁷⁶ BVerfGE 39, 334 (359).

⁷⁷ BVerfGE 39, 334 (359).

⁷⁸ S. oben I.

⁷⁹ Vgl. die Nachweise bei Schlink Der Staat 1976, 335 (344).

glieder und sonstige Anhänger.«⁸⁰ Wenn ihre Mitglieder nur wegen ihrer Mitgliedschaft erlitten, so höhle dies das Parteienprivileg aus; denn eine Partei existierte »nur durch ihre Mitglieder«⁸¹. Der ebenfalls dissentierende Richter *Seuffert* betonte dementsprechend, dass die bloße Zugehörigkeit zu einer politischen Partei keine Dienstpflichtverletzung des Beamten darstellen und auch nicht zur Begründung herangezogen werden dürfe, die Einstellung eines Beamten oder Angestellten in den öffentlichen Dienst abzulehnen.⁸²

Ungeachtet dieser Kritik hat das Bundesverwaltungsgericht in den 1980er Jahren regelmäßig schon die aktive Mitgliedschaft in der (nicht verbotenen und nach wie vor existierenden) Deutschen Kommunistischen Partei (DKP) als Verstoß gegen die Verfassungstreuepflicht angesehen, ohne dass es darauf angekommen wäre, ob er nach seiner inneren Einstellung das Programm und die Ziele der Partei in ihrer Gesamtheit oder nur insoweit billigt, als er sie für verfassungskonform hält.⁸³ 1995 hat es der EGMR, wenn auch mit denkbar knapper Mehrheit, indes als Verstoß gegen die Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK) und die auch Parteien und ihre Mitglieder schützende Vereinigungsfreiheit (Art. 11 EMRK) angesehen, dass eine der (nicht verbotenen) DKP angehörende Lehrerin nur wegen dieser Mitgliedschaft aus dem Beamtenverhältnis entlassen wurde.⁸⁴ Die Absolutheit, mit der die deutschen Gerichte die Verfassungstreuepflicht auslegten, sei, so der EGMR, »auffallend«: »Sie wird von jedem Beamten unabhängig von seiner Funktion und Stellung gleichermaßen verlangt. Sie impliziert, dass jeder Beamte unabhängig von seiner eigenen Meinung zu diesem Thema eindeutig alle Gruppen und Bewegungen ablehnen muß, die nach Ansicht der zuständigen Behörden verfassungsfeindlich sind. Sie lässt keinen Unterschied zwischen dem Dienst und dem Privatleben zu; die Beamten sind diese Pflicht in jedem Zusammenhang schuldig.« Kein anderer Mitgliedstaat des Europarats kenne ein derart rigides Verständnis der Verfassungstreuepflicht.⁸⁵ – Zum Zeitpunkt der Entscheidung des EGMR hatte sich Deutschland allerdings längst vom Radikalenerlass verabschiedet und war damit beschäftigt, einen weiteren Systemwechsel verfassungs- und beamtenrechtlich zu bewältigen. Für die Integration der früheren DDR-Bediensteten in den Staatsdienst der Bundesrepublik Deutschland war nach den Regelungen des Einigungsvertrages die bloße Mitgliedschaft in einer der

Blockparteien kein hinreichender Grund mehr für das fehlende Vertrauen in die Verfassungstreue; vielmehr wurde lediglich im Einzelfall geprüft, ob Eignungsmängel i.S.v. Art. 33 Abs. 2 GG bestanden.⁸⁶

Es ist vor diesem Hintergrund höchst fragwürdig, dass die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung unter Berufung auf den Radikalenbeschluss nach wie vor die Mitgliedschaft in einer nicht verbotenen Partei als Indiz für die fehlende Verfassungstreue ansieht.⁸⁷ Das Bundesverfassungsgericht betont demgegenüber in seiner späteren Rechtsprechung mit hinreichender Deutlichkeit, »dass bis zur Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts niemand die Verfassungswidrigkeit einer Partei rechtlich geltend machen kann.«⁸⁸ Das geschieht aber, wenn der Staat negative Folgen an das erlaubte Verhalten von Parteimitgliedern knüpft; denn derartige Sanktionen würden sich negativ auf die Bereitschaft zur Mitwirkung in dieser Partei auswirken und würden daher die auch durch das Parteienprivileg geschützte Parteienfreiheit beeinträchtigen.⁸⁹ Deshalb muss der Schutz des Parteienprivilegs m.E. auch alle parteispezifischen Verhaltensweisen, insbesondere die Übernahme von Ämtern und Funktionen in der Partei erfassen. Das bedeutet aber natürlich nicht, dass die Person und ihr Verhalten selbst bis zum Verbot der Partei als verfassungstreu behandelt werden müssten. Art. 21 Abs. 4 GG ist »Parteienprivileg, kein Beamtenprivileg«⁹⁰. Selbstverständlich darf und muss daher eine Prognoseentscheidung hinsichtlich ihrer Verfassungstreue auch die Aktivitäten und Äußerungen im Rahmen der Parteiarbeit einbeziehen; sie darf m.a.W. nicht an den Vorsitz in der Partei anknüpfen, wohl aber an die Äußerungen als Vorsitzender.

(3) Grundrechte der Beamten

Die mit Aktivitäten bei der »Roten Zelle Jura an der Universität Kiel« begründete Nichteinstellung des Klägers in den Referendardienst durch den Präsidenten des Oberlandesgerichts betrifft diverse Grundrechte. Um nur die wichtigsten zu nennen: Betroffen sind die Meinungsfreiheit (Art. 5

⁸⁰ *Rupp*, abwM BVerfGE 39, 334 (382).

⁸¹ BVerfGE 39, 339 (382).

⁸² *Seuffert*, abwM BVerfGE 39, 224 (376).

⁸³ BVerwG NJW 1982, 779; NJW 1985, 503; NJW 1987, 2691, teilw. mit ausführlicher Befassung mit dem Parteiprogramm der DKP.

⁸⁴ EGMR NJW 1996, 375.

⁸⁵ EGMR NJW 1996, 375 (377 f.).

⁸⁶ Dazu BVerfG NJW 1997, 2307 (2308).

⁸⁷ S. nur VGH München, Beschl. vom 22.12.2022, 3 B 21.2793, Rn. 37 ff. und OVG Weimar NVwZ-RR 2021, 493 (496 f.); tendenziell zustimmend *Kenntner* NVwZ 2025, 9 (12 f.); zu Recht krit. *Neuhäuser* DVBl 2024, 1509 (1518). – Zu diesen Entscheidungen auch noch unten IV. 2.

⁸⁸ BVerfGE 107, 339 (362).

⁸⁹ In diesem Sinne auch *Sachs/Koch* Grundgesetz. Kommentar, 10. Aufl., 2024, Art. 21 Rn. 201; *Pieroth* NJ 1992, 89 (89); *Huber/Voßkuhle/Strein* Grundgesetz. Kommentar, 8. Aufl., 2024, Art. 21 Rn. 219; *Kahl/Waldhoff/Walter/Towfigh/Keesen* Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 21 [2020] Rn. 629; vgl. auch *Kingreen* JURA 2017, 499 (507).

⁹⁰ *Lindner* ZBR 2020, 1 (7).

Abs. 1 S. 1 GG), die durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Ausbildungsfreiheit und das Verbot der Benachteiligung wegen der politischen Anschauungen (Art. 3 Abs. 3 GG).

Das Bundesverfassungsgericht behandelt zwar alle Grundrechte. Aus den genannten prozessualen Gründen⁹¹ wurde aber nicht der konkrete Einzelakt (= kein Zugang zum Referendariat wegen der Mitgliedschaft in einer kommunistischen Studentenvereinigung) verfassungsrechtlich gewürdigt, sondern allein die gesetzliche Verpflichtung, jederzeit für die freiheitlich demokratische Grundordnung im Sinne des Grundgesetzes einzutreten. Den abstrakten Aussagen, dass die Meinungsfreiheit des Beamten durch die aus Art. 33 Abs. 5 GG abgeleitete Treuepflicht des Beamten begrenzt wird und dass die entsprechenden einfachgesetzlichen Konkretisierungen »allgemeine Gesetze« im Sinne von Art. 5 Abs. 2 GG sind,⁹² wird zwar niemand widersprechen. Auch ist die Einsicht, dass die Anforderung der Verfassungstreue eine subjektive und grundsätzlich legitime Zulassungsvoraussetzung im Sinne der zu Art. 12 Abs. 1 GG entwickelten Drei-Stufen-Lehre darstellt, so selbstverständlich, dass sie keiner Erwähnung bedarf.⁹³ Aber auf dieser abstrakten Flughöhe lässt sich die Frage nicht beantworten, ob am Maßstab der späteren liberalen Rechtsprechung zur Meinungsfreiheit⁹⁴ schon die Mitgliedschaft in einer kommunistischen Studentenvereinigung mit Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG vereinbar ist und ob es im Hinblick auf das Ausbildungsmonopol des Staates verhältnismäßig ist, Absolventen der ersten juristischen Staatsprüfung aus diesem Grunde von allen Berufen auszuschließen, die die Absolvierung des Rechtsreferendariats voraussetzen.⁹⁵

Hingegen sind schon die abstrakten Ausführungen zu Art. 3 Abs. 3 GG fünfzig Jahre später kaum mehr haltbar:⁹⁶ Das gilt zunächst für die Behauptung, dass Art. 3 Abs. 3 GG nur das »Haben« der politischen Anschauungen schütze.⁹⁷ Die Begründung des BVerfG, das Äußern und Betätigen einer politischen Überzeugung falle doch unter die Freiheitsrechte,⁹⁸ ist überholt, weil die Rechtsprechung das Äußern und Betätigen im Hinblick auf die religiösen Anschauungen

in neuerer Rechtsprechung ohne weitere Diskussion in den Schutzbereich des Diskriminierungsverbots aufnimmt.⁹⁹ Das ist auch überzeugend, denn »eine bloße Überzeugung, die nicht nach außen tritt, bedarf keines rechtlichen Schutzes;«¹⁰⁰ wer nur still vom Kommunismus oder Islamismus träumt, wird ihren Schutz niemals benötigen. Zudem wird die Auffassung, dass Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG nur finale Diskriminierungen erfasse,¹⁰¹ auch vom Bundesverfassungsgericht selbst mittlerweile nicht mehr vertreten.¹⁰² In seiner Rechtsprechung zu Art. 5 Abs. 1 und 2 GG betont es, dass die Bürger rechtlich nicht gehalten seien, »die der Verfassung zugrunde liegenden Wertsetzungen persönlich zu teilen;« zudem schließt der Topos der »allgemeinen Gesetze« gesetzliche Regelungen, die nach dem Inhalt von Meinungen differenzieren, grundsätzlich aus.¹⁰³ Gleichwohl dürfen bei der Anwendung der allgemeinen Gesetze (etwa der Beamtengesetze) Differenzierungen mit dem Schutz anderer Verfassungsgüter begründet werden.¹⁰⁴ Es begegnet daher im Hinblick auf Art. 33 Abs. 2 und 5 GG keinen verfassungsrechtlichen Bedenken, dass Beamte nach den Beamtengesetzen gehalten sind, die freiheitlich-demokratische Grundordnung zu achten. Auch dürfen Parteien und Vereinigungen, die diese in Frage stellen, nach Art. 9 Abs. 2 und 21 Abs. 4 GG verboten werden.¹⁰⁵

dd) Zwischenfazit

Der Beschluss ist zwar ein Klassiker, aber eine Grundsatzentscheidung ist er nicht. In der Rückschau hat er – teils aus prozessualen Gründen, teils wegen seiner handwerklichen Unzulänglichkeiten – wesentliche verfassungsrechtliche Fragen nicht beantwortet.¹⁰⁶ Zu sehr ist er auf die Ordnungsfunktion des Berufsbeamtentums und die Ausbuchstabierung einer mit Identifikationserwartungen über-

91 S. oben a).

92 BVerfGE 39, 334 (367).

93 BVerfGE 39, 334 (370).

94 S. nur BVerfGE 93, 266 (289 ff.); dazu die »Jahrestage«-Würdigung durch Rixen JURA 2020, 1151.

95 Mit dem eifernden Hinweis, dass »das politische Schlag- und Reizwort vom »Berufsverbot« für Radikale« sei »völlig fehl am Platz und soll offensichtlich nur politische Emotionen wecken« (BVerfGE 39, 334 [370]), wird das Bedürfnis nach einer Begründung jedenfalls nicht bedient.

96 Das Folgende aus Kahl/Waldhoff/Walter/Kingreen Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 3 [2020] Rn. 552.

97 So aber BVerfGE 39, 334 (368).

98 BVerfGE 39, 334 (368).

99 S. etwa BVerfGE 138, 296 (348): »Werden äußere religiöse Bekundungen durch das pädagogische Personal in der Schule untersagt, so muss dies grundsätzlich unterschiedslos geschehen.«

100 abwM Simon in BVerfGE 63, 266 (304); ebenso die mittlerweile fast einhellige Ansicht im Schrifttum, vgl. nur Huber/Voßkuhle/Baer/Markard Grundgesetz. Kommentar, 8. Aufl., 2024, Art. 3 Rn. 522.

101 BVerfGE 39, 334 (368). »Wegen« ist, anders als es das BVerfG meint, kein Final-, sondern ein Kausaladverb. Auch die Beispiele des BVerfG (etwa, dass es angeblich auf der Hand liege, dass eine Mädchenschule von einer Frau geleitet wird), belegen die Bruchigkeit der Argumentation, dazu Kingreen/Poscher Grundrechte. Staatsrecht II, Rn. 569 f.

102 Distanzierung in BVerfGE 85, 191 (206).

103 BVerfGE 124, 300 (320, 324).

104 S. zum Verständnis der Diskriminierungs- als Begründungsverbote Kingreen/Poscher Grundrechte. Staatsrecht II, Rn. 648.

105 Dazu noch unten V. 2.

106 Näher zur vorwiegend negativen Rezeption der Entscheidung Nöcker Die Gewähr der Verfassungstreue, 2025, 189 ff.

frachteten Verfassungstreuepflicht fokussiert und zu wenig nimmt er die Perspektive der Freiheitsrechte ein, die damit zwangsläufig unter die Räder von pathetischen Großformeln wie der »wehrhaften Demokratie« geraten mussten. In einer umstrittenen Frage, die wegen der großzügigen G131-Regelungen verfassungspolitisch und im Hinblick auf die Bürgerechte und den Schutz des demokratischen Parteienstaats auch verfassungsrechtlich förmlich nach Differenzierung schrie, hat der Beschluss auf hohem Abstraktionsniveau einseitig und praktisch ohne wirksame freiheitsrechtliche und parteirechtliche Grenzziehungen den Schutz der staatlichen Ordnung durch ein zur aktiven Identifikation angehaltenes Berufsbeamtentum überhöht.

IV. Entwicklungen nach dem Radikalenbeschluss

1. Abschied und Rückkehr der Regelanfrage

Radikalerlass und Regelanfrage gerieten alsbald nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zunehmend politisch unter Druck.

Am 12. Oktober 1975 erhielt der französische Intellektuelle *Alfred Grosser*, dessen Familie vor den Nazis nach Frankreich hatte fliehen müssen, in Frankfurt den Friedenspreis des Deutschen Buchhandels. Seine Dankesrede nutzte er auch zu einer Kritik am Radikalerlass, der Regelanfrage und der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts; sie soll insbesondere *Willy Brandt* zum Umdenken veranlasst haben.¹⁰⁷ Nach grundlegenden einführenden Worten zur freiheitsgefährdenden Überhöhung staatlichen Ordnungsdenkens in Deutschland führte er aus, eine Demokratie werde von innen weniger durch kleine, ihr feindlich gesonnene Gruppen gefährdet, sondern durch Mitläufertum und Zwang zum Konformismus. Dieses Mitläufertum werde begünstigt, wenn schon jungen Leuten signalisiert werde, was sie sagen oder wo sie sich engagieren dürften und »Rebellen« unterstellt werde, dass sie ihre Einstellungen auch in Zukunft nie mehr ändern würden – während zugleich Männern, die 1933 als »Verteidiger des Rechtsstaats völlig versagt« hätten, wichtige staatliche Funktionen anvertraut worden seien.¹⁰⁸

¹⁰⁷ Wolfrum/Rigoll *Verfassungsfeinde im Land?*, 2022, 530 (545).

¹⁰⁸ Die Rede *Alfred Grossers* kann hier angehört werden: <https://www.friedenspreis-des-deutschen-buchhandels.de/alle-preistraeger-seit-1950/1970-1979/alfred-grosser>. Die für das Thema einschlägigen Passagen beginnen etwa mit Minute 20; *Grosser* führt in sie wie folgt ein: »Was mich beunruhigt ist, dass in der letzten Zeit in der Bundesrepublik so viel vom

In der weiteren politischen Diskussion wurden insbesondere von SPD und FDP zunehmend Zweifel an der Praxis des Radikalenerlasses und insbesondere der Regelanfrage artikuliert. Der freiheitlich-demokratische Staat müsse grundsätzlich von der Verfassungsloyalität seiner Bürger ausgehen und dürfe daher Überprüfungen nur anlassbezogen und unter strikter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit vornehmen. Schon 1979 wurde daher die Regelanfrage auf Bundesebene abgeschafft und durch eine Zweifelsanfrage ersetzt. Die Länder folgten im Laufe der 1980er Jahre, als letztes Bundesland schaffte 1991 Bayern die Regelanfrage ab.¹⁰⁹ Seither wurden Überprüfungen nur noch anlassbezogen durchgeführt. Zu dieser Entwicklung mag die wachsende Erkenntnis beigetragen haben, dass der Linksextremismus und noch nicht einmal der Linksterrorismus es vermocht hatten, die freiheitlich-demokratische Grundordnung ernsthaft zu gefährden. Mit dem Fall der Mauer am 9. November 1989 und der Vereinigung Deutschlands in einem demokratischen Rechtsstaat hatten sich dann alte Bedrohungsängste vorerst gänzlich erledigt. In einem zunächst eher gemäßigten politischen Klima rückten die Gefahren des Extremismus zunächst in den Hintergrund. In der Folgezeit überführte man dann manchen Bediensteten aus der ehemaligen DDR in den Staatsdienst der Bundesrepublik, der noch wenige Jahren zuvor keine Regelanfrage unbeschadet überstanden hätte.

Etwa 20 Jahre später verschärfen sich die politischen Auseinandersetzungen in Deutschland aus einer Vielzahl von Gründen erneut. Als Gefahren für die freiheitlich-demokratische Grundordnung gelten seither vor allem rechtsextremistische, den demokratischen Staat teilweise offen ablehnende Vereinigungen und seit einigen Jahren mit der AfD auch eine im Europäischen Parlament, im Bundestag und fast allen Landtagen vertretene politische Partei, die das Bundesamt für Verfassungsschutz und die Landesverfassungsschutzbehörden als gesichert rechtsextremen Verdachtsfall beobachten dürfen.¹¹⁰ In jüngster Zeit haben da-

Rechtsstaat und von der freiheitlich-demokratischen Grundordnung gesprochen wird. Vielleicht höre ich schlecht: Aber mir scheint, die Betonung liegt etwas zu sehr und immer mehr auf Staat und auf Ordnung und nicht mehr genug auf der Idee der freien politischen Tätigkeit des Einzelnen, den gerade die Begriffe »Staat« und »Ordnung« nicht geradezu zum autonomen und politischen Denken auffordern.« Und: »Vielleicht bin ich zu sehr Franzose, oder denke zu sehr an 1933, aber es scheint mir doch, als ob in der Bundesrepublik immer mehr von der Verteidigung der Grundordnung durch den Staat die Rede sei, und immer weniger von der Verteidigung der Grundrechte gegen den Staat.«

¹⁰⁹ Ausführliche Dokumentation der Debatten seit 1976 bei *Nöcker* Die Gewähr der Verfassungstreue, 2025, 197 ff.

¹¹⁰ OVG Münster, 13.05.2024 – 5 A 1216/22.

her einige Bundesländer Regelanfragen generell¹¹¹ oder für besonders sensible Tätigkeitsbereiche in der öffentlichen Verwaltung und Justiz¹¹² gesetzlich wieder eingeführt. In Bayern werden Regelanfragen nur auf untergesetzliche Verwaltungsvorschriften gestützt, setzen allerdings das Einverständnis des Betroffenen voraus.¹¹³ Zwar lässt sich noch nicht von einer generellen und flächendeckenden Tendenz zur Wiedereinführung der Regelanfrage sprechen.¹¹⁴ Vor dem Hintergrund diverser Vorfälle in jüngster Vergangenheit¹¹⁵ darf man aber insgesamt von einer verstärkten, zumindest anlassbezogenen Überprüfungspraxis ausgehen und damit einhergehend vermehrten gerichtlichen Auseinandersetzungen.

2. Der Rechtsreferendar 2.0

Beinahe 50 Jahre nach dem Radikalenbeschluss war es erneut ein Bewerber für das Rechtsreferendariat, der die verfassungsrechtlichen Grenzen zwischen Parteien-, Meinungs- und Berufsfreiheit auf der einen Seite und der Verfassungstreuepflicht auf der anderen Seite ausgetestet hat.

Das Verfahren weist bemerkenswerte Parallelen zum Ausgangsfall im Radikalenbeschluss auf, obwohl die politische Ausgangslage nicht unterschiedlicher sein könnte: War es 1975 ein Kommunist, beschäftigte nunmehr ein rechtsextremistischer Kandidat die Gerichte.¹¹⁶ Der Kläger, der das erste juristische Examen in Würzburg absolviert hatte, war zunächst Mitglied der NPD und zeitweise sogar als Kreisvorsitzender tätig. Über ein neonazistisches Netzwerk, das 2014 verboten wurde, landete er schließlich in der Partei »Der Dritte Weg« – eine nach den Feststellungen des bayerischen Verfassungsschutzes am historischen Nationalsozialismus orientierten Partei, in der der Kläger auch herausgehobene Funktionen hatte. Seine Übernahme in den Referendardienst in Bayern wurde versagt, und seine Klagen vor den bayerischen Verwaltungsgerichten blieben ohne Erfolg.¹¹⁷ Allerdings hatte er sich zwischenzeitlich auch in Thüringen (wo die Verweigerung des Zugangs ebenfalls

verwaltungsgerichtlich bekräftigt wurde¹¹⁸) sowie in Sachsen zum Referendariat beworben. Auch dort wurde ihm der Zugang zunächst mit verwaltungsgerichtlicher Bestätigung¹¹⁹ versagt. Seine Verfassungsbeschwerde vor dem Sächsischen Verfassungsgerichtshof gegen diese Entscheidung hatte Erfolg.

Der Sächsische Verfassungsgerichtshof sieht in den ablehnenden Entscheidungen zu Lasten des Klägers eine Verletzung der auch in der Landesverfassung gewährleisteten Ausbildungs- und der Berufswahlfreiheit. Es handele sich um einen schwerwiegenden Eingriff, weil die Verweigerung der Teilnahme am Vorbereitungsdienst Bewerbern der Weg zu sämtlichen Berufen versperre, welche rechtlich die Qualifikation als Volljurist voraussetzen, neben dem des Richters auch des Rechtsanwalts und Notars. Nach § 7 Nr. 6 der Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO) dürfe aber die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft erst versagt werden, wenn der Bewerber die freiheitliche demokratische Grundordnung *in strafbarer Weise* bekämpfe. Es sei »unverhältnismäßig, die vorgelagerte Berufsausbildung bereits wegen eines Verhaltens zu verwehren, das mangels Überschreitens der Strafbarkeitsschwelle dem späteren Zugang zum Anwaltsberuf selbst gerade (noch) nicht entgegengehalten werden könnte.«¹²⁰ Die Straftaten des Klägers lagen schon länger zurück und bezogen sich auch nicht auf die freiheitlich-demokratische Grundordnung. Die Aktivitäten in der Partei »Der III-Weg« spielen für den Sächsischen Verfassungsgerichtshof entgegen der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung keine Rolle, denn die Partei sei nicht verboten.¹²¹ Anmerkungen zu der Entscheidung des Sächsischen Verfassungsgerichtshofs monieren, dass dieser mit der Argumentation zu § 7 Nr. 6 BRAO den Radikalenbeschluss des Bundesverfassungsgerichts beachte, das nicht mit dieser Norm argumentiert und den Ausschluss dementsprechend für verhältnismäßig gehalten habe.¹²² Sie werfen damit die Frage auf, welche Bindungswirkungen der Radikalenbeschluss entfaltet.¹²³

Der Kläger konnte aufgrund der Entscheidung des Sächsischen Verfassungsgerichtshofs sein Rechtsreferendariat absolvieren und soll nunmehr in Bayern als Rechtsanwalt tätig sein.¹²⁴ Er hat zudem das fachgerichtliche Verfahren

¹¹¹ Namentlich Brandenburg (§ 3a LBG).

¹¹² Insbesondere für Richter (3a Abs. 1 RiG Mecklenburg-Vorpommern) sowie für die erstmalige Aufnahme in den Polizeivollzugsdienst (s. etwa § 34 Abs. 1a S. 1 SÜGG Hamburg, § 12a LBG Mecklenburg-Vorpommern und § 108a Abs. 1 S. 1 Nr. 1 LBG Niedersachsen).

¹¹³ Dazu *Dieterle/Kühn* ZD 2017, 69 ff.

¹¹⁴ Zur Uneinheitlichkeit und Unübersichtlichkeit der einschlägigen Bestimmungen *Nöcker* Die Gewähr der Verfassungstreue, 2025, 479.

¹¹⁵ S. bereits oben I.

¹¹⁶ Schilderung des Verfahrensgangs bei *Fiedler* Verfassungsfeinde müssen nicht zu Volljuristen ausgebildet werden, Ito v. 10.10.2024.

¹¹⁷ S. zuletzt VGH München, 22.12.2022, 3 B 21.2793.

¹¹⁸ OVG Weimar NVwZ-RR 2021, 493.

¹¹⁹ OVG Bautzen, 29.04.2021, 2 B 210/21.

¹²⁰ SächsVerfGH NVwZ 2022, 1793 (1795 f.).

¹²¹ SächsVerfGH NVwZ 2022, 1793 (1796).

¹²² von *Roettecken*, jurisPR-ArbR 2/2022 Anm. 2; zustimmend *Gerster* GSZ 2022, 83 (84 f.).

¹²³ Dazu unten V.

¹²⁴ *Fiedler* Verfassungsfeinde müssen nicht zu Volljuristen ausgebildet werden, Ito v. 10.10.2024.

gegen die Entscheidung des VGH München im Wege der Fortsetzungsfeststellungsklage weiterverfolgt. Das Bundesverwaltungsgericht hat seine Revision allerdings zurückgewiesen. Es akzeptiert zwar, dass die Anforderungen an die Verfassungstreuepflicht für Beamte und Richter schon wegen der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) nicht unbesehen auf Rechtsreferendare übertragen werden könnten, sieht es aber anders als der Sächsische Verfassungsgerichtshof nicht als relevant an, dass Rechtsreferendare unter der Kontrolle und Beurteilung ihrer Ausbilder stehen.¹²⁵

V. Maßstäblichkeit und Nicht-Maßstäblichkeit des Radikalenbeschlusses

Die Entscheidung vom 22. Mai 1975 erzeugt zwar keine Selbstbindung des Bundesverfassungsgerichts, das daher von den Auffassungen in dieser Entscheidung zukünftig abweichen könnte.¹²⁶ Sie bindet aber nach § 31 Abs. 1 BVerfGG alle Fachgerichte und Behörden. Für die behördliche und gerichtliche Praxis bleibt sie damit ein wesentlicher Referenzpunkt für die zukünftige verfassungsrechtliche Beurteilung bei Ausschlüssen von öffentlichen Ämtern, die mit dem fehlenden Eintreten für die freiheitlich-demokratische Grundordnung begründet werden. Allerdings sah sich die Entscheidung auch unter dem Aspekt ihrer Bindungswirkung schon sehr früh der Kritik ausgesetzt, sie enthalte zu viele obiter dicta,¹²⁷ etwa zur Reichweite des im Ausgangsfall nicht relevanten Parteienprivilegs¹²⁸. Obiter dicta nehmen zwar nach allgemeiner Meinung nicht an der rechtlichen Bindungswirkung nach § 31 Abs. 1 BVerfGG teil,¹²⁹ die Fachgerichte dürfen sich aber gleichwohl an ihnen orientieren. Die Entscheidung ist damit ein Lehrstück für den Umgang mit Präjudizien und damit für die Abteilung »Jahrestage« in dieser Zeitschrift. Am Maßstab von § 31 Abs. 1 BVerfGG ist zu fragen, was sie rechtlich verbindlich entscheiden hat und was insbesondere aus prozessualen Gründen nicht, und am Maßstab späterer Rechtsprechung ist zu prüfen, welche Aussagen – seien sie rechtlich verbindlich

oder nur obiter dicta – heute nicht mehr haltbar sind. Dazu nur einige Hinweise:

1. Regelanfrage

Die Regelanfrage war nicht Gegenstand des Radikalenbeschlusses. Trotz seiner Tendenz zu ausschweifenden obiter dicta finden sich auch keine beiläufigen Ausführungen zu dieser Frage. Will man also die in einigen Bundesländern wieder neu eingefügten Regelanfrage verfassungsrechtlich beurteilen, ist der Radikalenbeschluss kein geeignetes Präjudiz.

Ein wichtiges Präjudiz ist allerdings das gut acht Jahre später ergangene Volkszählungsurteil, in dem das Bundesverfassungsgericht den informationellen Umgang des Staates mit den Bürgern unter Regelungs- und Rechtfertigungszwang gestellt hat. Das im Radikalenbeschluss noch nicht erwähnte allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) gewährte »die Befugnis des Einzelnen, grundsätzlich selbst über die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten zu bestimmen.« Es wende sich daher gegen die »unbegrenzte Erhebung, Speicherung, Verwendung und Weitergabe« von persönlichen Daten.¹³⁰ Einschränkungen seines Rechts auf informationelle Selbstbestimmung müsse der Einzelne zwar hinnehmen; diese bedürften aber einer parlamentsgesetzlichen Grundlage.¹³¹ Das Bundesverfassungsgericht hat das später dahingehend konkretisiert, dass das nicht nur für die Erhebung der Daten gilt, sondern auch für deren Weiterverarbeitung. Insoweit bedarf es dann nicht nur einer Rechtsgrundlage für die Übermittlung an andere Behörden, sondern auch für die Abfrage der Daten durch diese Behörden.¹³² Diesen Anforderungen dürfte etwa die Praxis in Bayern, die allein auf ministeriellen Bekanntmachungen beruht, nicht genügen. Zwar erfolgt die Regelanfrage nur mit Einwilligung der Betroffenen. Aber einen Grundrechtseingriff (und damit die Notwendigkeit einer parlamentsgesetzlichen Regelung) kann die Einwilligung nur ausschließen, wenn diese freiwillig erfolgt, was im Verhältnis zu einer Einstellungsbehörde regelmäßig zu verneinen sein dürfte;¹³³ insbesondere Be-

¹²⁵ BVerfG, 10.10.2024, 2 C 15.23, Rn. 34, 41.

¹²⁶ BVerfGE 4, 31 (38).

¹²⁷ Vgl. für Nachweise auf die Kritik Nöcker Die Gewähr der Verfassungstreue, 2025, 189 ff., die resümiert, dass dem »überwiegenden Teil« des Beschlusses keine Bindungswirkung nach § 31 Abs. 1 BVerfGG zukomme.

¹²⁸ Dazu schon oben III. 2. b) cc) (2).

¹²⁹ BVerfGE 96, 375 (404).

¹³⁰ BVerfGE 65, 1 (43); dazu die »Jahrestage«-Würdigung durch Roßnagel JURA 2023, 1363.

¹³¹ BVerfGE 65, 1 (44).

¹³² BVerfGE 130, 151 (184); sog. Doppeltürprinzip, s. Kingreen/Poscher Polizei- und Ordnungsrecht, 13. Aufl., 2024, § 19 Rn. 34.

¹³³ Zur regelmäßig fehlenden Freiwilligkeit bei asymmetrischen Kräfteverhältnissen Kühling/Klar/Sackmann Datenschutzrecht, 5. Aufl., 2021, Rn. 509 ff.

werber um einen Platz im Referendariat sind mit dem Entscheidungsdilemma »Friss oder stirb« konfrontiert.

Schon im Volkszählungsurteil hat das Bundesverfassungsgericht zudem vor den »chilling effects« von behördlichen Datensammlungen gewarnt: »Wer nicht mit hinreichender Sicherheit überschauen kann, welche ihn betreffende Informationen in bestimmten Bereichen seiner sozialen Umwelt bekannt sind, und wer das Wissen möglicher Kommunikationspartner nicht einigermaßen abzuschätzen vermag, kann in seiner Freiheit wesentlich gehemmt werden, aus eigener Selbstbestimmung zu planen oder zu entscheiden.« Das habe erhebliche Auswirkungen auf die Ausübung der Freiheitsrechte: Wer unsicher ist, ob abweichende Verhaltensweisen jederzeit notiert und als Information dauerhaft gespeichert, verwendet oder weitergegeben werden, wird versuchen, nicht durch solche Verhaltensweisen aufzufallen.¹³⁴ In seiner späteren Rechtsprechung hat es daraus die Konsequenz gezogen, dass die Übermittlung von Daten durch Verfassungsschutzbehörden an andere Behörden nicht nur einer gesetzlichen Grundlage bedürfe, sondern auch an den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gebunden sei. Das Bundesverfassungsgericht hat zur Verhältnismäßigkeit der Datenerhebung und weiteren Datenverarbeitung mittlerweile ein zunehmend ausdifferenziertes skaliertes Prüfungsprogramm entwickelt.¹³⁵ Es rechtfertigt die insbesondere im Vergleich mit Polizeibehörden weitergehenden Datenerhebungsbefugnisse der Verfassungsschutzbehörden damit, dass diese keine operativen Anschlussbefugnisse gegenüber den Bürgern haben.¹³⁶ Diese weitreichenden Datenerhebungsbefugnisse der Verfassungsschutzbehörden sind nach dieser Logik aber nur verfassungsrechtlich zu rechtfertigen, »wenn die daraus gewonnenen Informationen nicht ohne Weiteres an andere Behörden mit operativen Anschlussbefugnissen übermittelt werden dürfen.«¹³⁷ Für die Datenübermittlung an Behörden mit operativen Anschlussbefugnissen fordert das Bundesverfassungsgericht, »dass für ein besonders gewichtiges Rechtsgut [...] eine wenigstens konkretisierte Gefahr [...] besteht.«¹³⁸

Ob und ggfs. inwieweit diese Rechtsprechung auf die Regelanfrage übertragbar ist, müsste näher geprüft werden. Die Einstellungsbehörden haben ebenso wie die Polizeibehörden operative, d.h. in Grundrechte eingreifende Befugnisse, die für die Betroffenen beruflich existentiell sein können. Das

spricht erstens dafür, die vom Bundesverfassungsgericht bereits vorgenommene Beschränkung des Schutzzguts »freiheitlich-demokratische Grundordnung«¹³⁹ in der behördlichen und gerichtlichen Anwendungspraxis ernst zu nehmen. Zweitens wäre zu fragen, ob die anlasslose Übermittlung von Daten der Verfassungsschutzbehörden an die Einstellungsbehörden durch den Tatbestand der »konkretisierten Gefahr« gerechtfertigt werden kann, denn diese erfordert zumindest eine jedenfalls ansatzweise Konkretisierung des drohenden Schadensereignisses auch in personeller Hinsicht.¹⁴⁰

2. Eintreten für die freiheitliche demokratische Grundordnung

Grundlegend und bis heute wirkmächtig sind die Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts im Beschluss vom 22. Mai 1975 zur Pflichtbindung des Beamten. Ihm wird nicht nur ein passiv-distanziertes Dienen nach Maßgabe der Gesetze abverlangt, sondern eine identifikatorische Treuebindung.¹⁴¹ Zwingend ist dieses Modell, das die aktive Zuwendung zur Verfassung mit Rechtsnormen meint garantieren zu können, zwar keineswegs. Seine Konkretisierung wirft zudem das praktische Problem der Reichweite der Distanzierungspflichten vom rechtswidrigen Verhalten Dritter auf.¹⁴² Aber es ist eine dem Grunde nach vertretbare und nach wie vor aktuelle Antwort auf das historische Versagen des Beamtentums in der Weimarer Republik, das die beamtenrechtliche Praxis in Behörden und Gerichten nach § 31 Abs. 1 BVerfGG bindet.¹⁴³

Allerdings müssen die Ausführungen zu den Konsequenzen aus der verfassungsrechtlichen Identifikationsverpflichtung des Beamten heute relativiert werden. So sind die Passagen zum Parteienprivileg (Art. 21 Abs. 4 GG) und zum Verbot der Benachteiligung wegen der politischen Anschauungen (Art. 3 Abs. 3 GG) aufgrund späterer Rechtsprechung nicht mehr uneingeschränkt haltbar; auch gibt es an der fehlenden Funktionsdifferenzierung begründete Bedenken im Hinblick auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.¹⁴⁴

Die wichtigste Weichenstellung für eine Neugewichtung zwischen der Verfassungstreuepflicht und den Freiheitsrechten der Beamten findet sich aber in der Entscheidung des

¹³⁴ BVerfGE 65, 1 (43).

¹³⁵ Dazu im Überblick *Kingreen/Poscher* Polizei- und Ordnungsrecht, 13. Aufl., 2024, § 18 Rn. 15 ff., § 19 Rn. 27 ff.

¹³⁶ BVerfGE 162, 1 (77).

¹³⁷ Zu diesem informationellen Trennungsprinzip zuletzt BVerfG NVwZ-RR 2025, 10 (12).

¹³⁸ BVerfG NVwZ-RR 2025, 10 (14).

¹³⁹ Dazu noch unten 2.

¹⁴⁰ BVerfGE 141, 220 (272 f.).

¹⁴¹ Dazu ausführlich oben III.2. b) bb).

¹⁴² S. nur beispielhaft VGH Kassel NVwZ 2024, 1944 (1946 ff.); dazu *Nitschke* NVwZ 2024, 1904 ff.

¹⁴³ Zur Prägekraft der Entscheidung *Hebeler* JA 2023, 617 (619 f.).

¹⁴⁴ Dazu im Einzelnen jeweils oben III.2. b) cc).

Bundesverfassungsgerichts im NPD-Parteiverbotsverfahren. In dieser Entscheidung hat das Bundesverfassungsgericht den Topos der »freiheitlich-demokratischen Grundordnung«, auf den sich auch alle Beamtengesetze beziehen, wesentlich eingeschränkt. In den frühen, auch 1975 noch maßgeblichen Parteiverbotsentscheidungen hatte es zur »freiheitlich-demokratischen Grundordnung« noch ein ziemlich beliebiges Sammelsurium von Verfassungsprinzipien gezählt.¹⁴⁵ In der Entscheidung im NPD-Parteiverbotsverfahren formuliert das Bundesverfassungsgericht demgegenüber, der Begriff der freiheitlichen demokratischen Grundordnung erfordere »eine Konzentration auf wenige, zentrale Grundprinzipien, die für den freiheitlichen Verfassungsstaat schlechthin unentbehrlich sind.«¹⁴⁶ Das sind nicht alle in Art. 79 Abs. 3 GG genannte Prinzipien, sondern nur, und an oberster Stelle, die Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) und der mit ihr verbundene egalitäre »Achtungsanspruch des Einzelnen als Person«¹⁴⁷, ferner das Demokratieprinzip, die Volkssouveränität (Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG) und das parlamentarisch-repräsentative System,¹⁴⁸ und schließlich das Rechtsstaatsprinzip, für das im Bereich der freiheitlichen demokratischen Grundordnung die Gesetzesbindung (Art. 20 Abs. 3 GG), die Kontrolle dieser Bindung durch unabhängige Gerichte und das Gewaltmonopol bestimmend seien.¹⁴⁹

Das Bundesverfassungsgericht konzentriert damit die »freiheitlich-demokratische Grundordnung« auf die unverzichtbaren Grundlagen einer menschenfreundlichen, freiheitlichen Gesellschaft: Wer den anderen nicht als gleichen anerkennt, wer Mehrheitsentscheidungen und Minderheitenschutz nicht akzeptiert oder wer Macht an die Stelle von Recht setzt, stellt in Frage, »was zur Gewährleistung eines freiheitlichen und demokratischen Zusammenlebens schlechthin unverzichtbar ist und daher außerhalb jedes Streits stehen muss.«¹⁵⁰ Weil nichts dafür spricht, die »freiheitlich-demokratische Grundordnung« im einfachen Beamtenrecht anders zu interpretieren als im Verfassungsrecht,¹⁵¹ wird damit der Bezugspunkt der Identifikationsverpflichtung des Beamten wesentlich enger gefasst als im Radikalenbeschluss, in dem das Bundesverfassungsgericht die Treuepflicht noch undifferenziert auf »den Staat und seine geltende Verfassungsordnung, auch soweit sie im Wege einer Verfassungsänderung veränderbar ist,«¹⁵² bezogen

hatte. Man musste es also auch richtig finden und sich im Konfliktfall dafür einsetzen, dass Religionsgemeinschaften in öffentlichen Schulen Religionsunterricht anbieten dürfen (Art. 7 Abs. 3 GG), dass das Grundgesetz die Vergesellschaftung erlaubt (Art. 15 GG) und Bund und Länder bei der Grundsicherung für Arbeitsuchende zusammenwirken (Art. 91e GG).

Die Fokussierung des Schutzguts der Verfassungstreuepflicht auf die Fundamente unserer Gesellschaftsordnung stärkt die bürgerlichen Freiheitsrechte der Beamten und könnte damit auch geeignet sein, der staatlichen Überprüfungspraxis eine breitere politische Legitimation zu verschaffen als dem Radikalerlass. Wie wichtig das ist, zeigt ein befremdlicher Fall aus der jüngsten bayerischen Einstellungspraxis. Einer erfolgreichen Absolventin im Lehramtsstudium wird derzeit die Übernahme in den Referendardienst mit der Begründung versagt, sie habe sich im Zuge ihrer Aktivitäten für Klimaschutz in verfassungsfeindlichen Organisationen wie der legalen Gruppe »Offenes antikapitalistisches Klimatreffen München« engagiert. Die dort verwendeten Begrifflichkeiten (etwa der »Profitmaximierung«) möchte das zuständige Kultusministerium »der kommunistischen Ideologie« zuordnen, die mit der freiheitlich-demokratischen Grundordnung unvereinbar sei.¹⁵³ Zwar stehen auch mögliche Straftaten im Kontext des Klimaprotests im Raum, die tatsächlich eine fehlende Eignung begründen könnten; eine rechtskräftige Verurteilung ist aber bislang nicht erfolgt. Man muss also davon ausgehen, dass das Ministerium seine Ablehnung bislang im Wesentlichen auf die Kapitalismuskritik der Betroffenen und die Mitgliedschaft in einer nicht verbotenen antikapitalistischen Organisation stützt. Beides unterminiert aber die drei Pfeiler der freiheitlich-demokratischen Grundordnung (Menschenwürde, Demokratie und Rechtsstaatlichkeit) nicht ernsthaft – Kapitalismuskritik ist legitime Ausübung der Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG), und die bloße Mitgliedschaft in einer antikapitalistischen Organisation wird durch Art. 9 Abs. 1 GG geschützt, solange die Organisation nicht i. S. v. Art. 9 Abs. 2 GG verboten ist. Nicht ein konkreter Gesetzesverstoß, sondern unbotmäßiger Freiheitsgebrauch scheinen den Vorwurf zu begründen. So zeigt der Fall paradigmatisch und einmal mehr, dass eine zur Identifikationspflicht überhöhte Verfassungstreuepflicht stets Gefahr läuft, politisch instrumentalisiert zu werden, wenn man sie nicht konsequent auf die Grundlagen für das Zusammenleben in der freiheitlich-demokratischen Grundordnung beschränkt. Nach den Erfahrungen mit den unerbittlichen

¹⁴⁵ BVerfGE 2, 1 (14); 5, 85 (140).

¹⁴⁶ BVerfGE 144, 20 (205).

¹⁴⁷ BVerfGE 144, 20 (207 f.).

¹⁴⁸ BVerfGE 144, 20 (208 ff.).

¹⁴⁹ BVerfGE 144, 20 (210).

¹⁵⁰ BVerfGE 144, 20 (205).

¹⁵¹ Arzt ZRP 2024, 24 (25).

¹⁵² BVerfGE 39, 334 (348).

¹⁵³ Zum Sachverhalt *Steinke* Die Rückkehr der Berufsverbote, Süddeutsche Zeitung vom 27. 01. 2025.

Auseinandersetzungen um den Radikalerlass muss man um die politische Legitimation der Überprüfungen fürchten, auf die sie eigentlich zwingend angewiesen ist.

VI. Schluss

Die Frage, welches Maß an Verfassungstreue der Staat von Beamten verlangen kann, ist fundamental, denn der Staat kann nicht ohne seine Amtsträger gedacht werden.¹⁵⁴ Daher ist die Geschichte des deutschen Beamtentums »eine Geschichte auch der Frage, wie Staat und Staatsrecht auf eine Verschärfung der politischen Auseinandersetzung und ein Zerbrechen des politischen Konsenses reagieren und reagieren sollen.«¹⁵⁵ Insoweit erleben wir gerade eine bemerkenswerte Gleichzeitigkeit: Während in mehreren Bundesländern der alte Radikalerlass wissenschaftlich und politisch aufgearbeitet wird,¹⁵⁶ beginnt die regelhafte anlasslose Überprüfungspraxis anderenorts schon wieder, wenn auch unter veränderten Vorzeichen. War es vor 50 Jahren der Linksextremismus, ist es nunmehr der Rechtsextremismus, vor dem es die freiheitlich-demokratische Grundordnung zu schützen gilt. Plötzlich ist es die vormals staatskritische Linke, die in neo-etatistischer Verklärung eine stramme Sanktions- und Verbotspolitik lobpreist, während sich autoritäre Rechte ironischerweise als Schutzpatronen der Meinungsfreiheit aufspielen dürfen.

Aus distanziert-liberaler Perspektive irritierten vor allem die Kontinuitäten: Die Protagonisten der neuen Überprüfungsarchitektur konstatieren, damals wie heute, eine systemische Gefahr für die verfassungsmäßige Ordnung, die sie mit Homogenitätserwartungen und Leitbildern verbinden, die – Überraschung! – der eigenen Lebenswelt auffallend gleichen. Damals wie heute geht diese Gefahr folglich nicht so sehr von Verstößen gegen Gesetze aus (die selbstverständlich beamtenrechtliche Konsequenzen haben dürfen und müssen), sondern davon, dass immer mehr Menschen es wagen, von ihrer Freiheit nicht den Gebrauch machen, der von ihnen erwartet wird: Man »darf nicht falschen (wenngleich nicht verbotenen) Organisationen angehören, nicht falsche (wenngleich nicht gesetzwidrige) Aufrufe und Flugblätter unterschreiben, nicht an falschen

(wenngleich legalen) Demonstrationen teilnehmen, nicht falsche Reden halten und so weiter. Was aber falscher und was richtiger Freiheitsgebrauch ist, ergibt sich nicht aus greifbaren, weil gesetzlich ausgeformten Kriterien, sondern hängt von den Auffassungen und Einschätzungen (vornehmlich der Behörden und Verfassungsschutzberichte in Bund und Ländern) über die »Verfassungsfeindlichkeit« ab.« Diese fast 50 Jahre alte Beobachtung von *Ernst-Wolfgang Böckenförde*¹⁵⁷ hat nichts an Aktualität verloren. Die erneute Verengung von Meinungskorridoren durch Sozialnormen könnte in eine Spirale von Spaltungen und damit die gleiche Polarisierungsfalle führen, in die schon die übereifrigen Verfassungsschützer in den 1970er Jahren getappt sind. Unsicherheiten der Bürger darüber, was der Staat über ihre Gesinnung weiß, welche Kritik und welcher Protest legitim sind und welche/r nicht, begünstigen konformistisches Anpassungsverhalten und erlegen den Bewerbern das Risiko auf, die verfassungskonformen Zielsetzungen von Vereinigungen zu beurteilen, in denen sie sich engagieren. Aber nicht alles, was uns individuell unerträglich erscheint, gefährdet gleich die freiheitlich-demokratische Grundordnung. Wie konnte es nur so weit kommen, dass die Verteidiger des Liberalismus so wenig Vertrauen in den Liberalismus haben?¹⁵⁸

Zusammengenommen ist damit zwar gegen anlassbezogene Überprüfungen, die sich unter strikter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit konsequent auf den Markenkern der freiheitlich-demokratischen Grundordnung beschränken, nichts einzuwenden. Für diese Konzentration auf das Wesentliche wäre ein Radikalenbeschluss 2.0 des Bundesverfassungsgerichts von Nutzen, der von der gesinnungsethischen Identifikationspflicht im Radikalenbeschluss vom 22. Mai 1975 Abstand nimmt und sich auf die Verfassungsschützerin besinnt, die das Grundgesetz gewährleistet: die freie und offene Auseinandersetzung unter Menschen, die einander als Gleiche auch dann anerkennen, wenn sie unterschiedlich leben und denken.

154 Böckenförde/Tomuschat/Umbach/Böckenförde Extremisten im Öffentlichen Dienst, 1981, 9 (10).

155 Schlink Der Staat 1976, 335 (345).

156 S. etwa für Baden-Württemberg <https://www.staatsanzeiger.de/nachrichten/kreis-und-kommune/opfer-warten-weiter-auf-entschuldigung-und-geld/>.

157 Böckenförde Staat, Verfassung, Demokratie, 1991, S. 277 (280). Der Originaltext stammt aus der Frankfurter Allgemeinen Zeitung vom 25.10.1978.

158 In diesem Sinne auch Schulz KJ 2022, 80 (98): »Autoritären Bewegungen kann man autoritär begegnen, aber dabei kommt nicht mehr Demokratie heraus. Minus mal minus ist hier nicht plus.« Dort (S. 99) auch dem Vorwurf der Naivität mit dem berechtigten Hinweis entgegentretend, dass »politische Krisen, Transformations- und Modernisierungsprozesse starke demokratische und partizipatorische Institutionen brauchen, in denen die Menschen tatsächlich ihre Verhältnisse gestalten können und nicht zu bloßen Objekten der Verhältnisse werden.«