

keiten des Arbeitnehmers ab. Auch dies kann zu (rechts-) erheblichen Verzerrungen im Quervergleich führen und zu einem falschen „Übersetzungsergebnis“. Erhält etwa ein Arbeitnehmer nach 25-jähriger Beschäftigung von seinem Arbeitgeber ein hervorragendes Zwischenzeugnis und verschlechtern sich seine Leistungen danach bis einem späteren Ausscheiden nach 2 oder 3 Jahren signifikant, wird ein auf die ganze Beschäftigungszeit abstellendes qualifiziertes Endzeugnis nur eine relativ geringfügige Verschlechterung der Leistungsbeurteilung enthalten. Im Beamtenbereich kommt man bei der gleichen Konstellation zu anderen Ergebnissen. Vorherige gute Leistungen einer vorangegangenen Beurteilungsrunde sind für die aktuelle Beurteilung eines späteren (Beurteilungs-)Zeitraums irrelevant. Eine Bewertung der langjährigen Leistung des Beamten findet gerade nicht statt. Auch insoweit liegt ein relevanter Unterschied zwischen qualifizierten Arbeitszeugnissen und strikt auf einzelne Beurteilungszeiträume abstellende Beurteilungen vor.

Ein weiteres Problem besteht darin, dass bei einem qualifizierten Arbeitszeugnis die Benotung im Hinblick auf die Leistung unter den Anforderungen des ganz bestimmten besetzten Arbeitsplatzes erfolgt, der möglicherweise dem Arbeitnehmer besonders fachlich und persönlich liegt. Dies ist bei dienstlichen Beurteilungen gerade nicht der Fall. Deren Maßstab hat sich am jeweiligen (abstrakten) Statusamt und den daraus abzuleitenden Anforderungen zu orientieren. Bei einer bloßen Übersetzung von qualifizierten Arbeitszeugnissen in dienstlichen Beurteilungskategorien wird auch dieser Umstand zu Lasten der Beamten verkannt bzw. willkürlich ausgeblendet. Es ist z. B. durchaus möglich, dass ein Beamter im Hinblick auf die Erfüllung der Anforderungen seines Statusamtes eine durchschnittliche oder schlechte Note erlangt, bezogen auf seinen konkreten Arbeitsplatz jedoch ein absoluter leistungsstarker „Profi“ ist, welcher folgerichtig in einer Arbeitnehmerstellung ein hervorragendes Zeugnis erhalten würde. Bei einer reinen „Übersetzung“ in dem erörterten Sinne würde folglich eine Bewertung in Bezug auf ein Statusamt mit einer Bewertung über die konkreten Anforderungen an den ganz konkreten Arbeitsplatz verglichen, was eine weitere Unwucht darstellt, die sich regelmäßig im Quervergleich zu Lasten eines Beamten auswirken dürfte.

Der Annahme des OVG Weimar (und des BVerwG), die beiden Bewertungsarten „qualifiziertes Arbeitszeugnis“ und „Beurteilung“ seien grundsätzlich vergleichbar und die Bewertung in einem Arbeitszeugnis in die Benotung eine dienstlichen Beurteilung problemlos übersetzbar, ist somit entgegenzutreten.⁸⁸ Die Annahme einer Vergleichbarkeit ohne weitere Einschränkungen ist fehlleitend, da ein schlichter Vergleich durch die fragwürdige „Übersetzung“ der Noten eines

Arbeitszeugnisse in das Beurteilungssystem aufgrund der unterschiedlichen Bewertungskriterien und der unterschiedlichen Voraussetzungen zum Zugang zu den Bestnoten gerade keine sachgerecht/faire und belastbare vergleichende Aussage über die konkrete Befähigung in Hinsicht auf andere Bewerber zulässt.

Neben einen schlichten Notenvergleich sollten bzw. müssen daher (weitere) andere Auswahlinstrumente hinzugezogen werden bzw. entscheidend sein. Dabei sollten zum einen persönliche Gespräche geführt werden, zum anderen sind Informationen über die Berufserfahrung der Bewerber, besondere Auszeichnungen oder Leistungs-/Befähigungsbescheinigungen anderer Art einzubeziehen. Eine weitere Möglichkeit wäre das Hinzuziehen eines qualifizierten Dienstzeugnisses, falls vorhanden oder einholbar. Nur so kann sichergestellt werden, dass ein ermessens- und beurteilungsfehlerfreier Vergleich der Bewerber erfolgt. Eine Ideallösung vermögen die Autoren nicht vorzuschlagen. Die Nachteile eines Assessment-Center-Verfahrens als sekundäre Erkenntnisquelle, wo oft die Tagesform und die konkreten (in gewisser Weise „willkürlichen“/ zufälligen) Aufgabenstellungen über den Erfolg eines Bewerbers entscheiden, sind bekannt.⁸⁹ Man wird oft aber diesen Weg gehen müssen.⁹⁰

VII. Fazit

Ein bei der Besetzung von Stellen im öffentlichen Dienst stattfindender auswahlentscheidender Vergleich von qualifizierten Arbeitszeugnissen und dienstlichen Beurteilungen ist entgegen der h.M. in der Rechtsprechung wegen der mannigfaltigen gravierenden Unterschiede der Bewertungssysteme abzulehnen. Er führt regelmäßig zu einer zu Lasten von Beamten gehenden verfassungswidrigen Ungleichbehandlung und zu rechts- und verfassungswidrigen Auswahlentscheidungen. Wenn Äpfel mit Birnen verglichen werden, wird man einer Obstsorte nicht gerecht.

88) Vgl. in dem Kontext VGH Mannheim, Beschluss vom 31.10.2019 – 4 S 2420/19, der VGH Mannheim lehnt einen Vergleich von Beurteilungen und Arbeitszeugnissen mit Recht ab. Dienstliche Beurteilungen seien grundsätzlich „nur im Binnensystem aussagefähig und nur bei der Auswahl unter den Beamten eines Dienstherrn entscheidend“; s. a. OVG Bremen, Beschluss vom 5.10.2018 – 2 B 141/18.

89) Vgl. dazu umfassend *Schnellenbach* (Fn. 1), S. 244 ff.

90) OVG Münster, Beschluss vom 2.4.2020 – 6 B 101/20; OVG Münster, Beschluss vom 29.5.2018 – 6 B 229/18; vgl. zur „Lösung“ über AC-Verfahren *Lorse*, ZBR 2016, S. 361, 365; s. a. VG Karlsruhe, Beschluss vom 10.11.2016 – 9 K 4614/16.

Wiederauferstehung des Radikalenerlasses – kehrt ein Zombie zurück?

Dr. Reinhard Rieger

Der Radikalenerlass hat in den letzten Jahren wieder die politische und mediale Aufmerksamkeit erregt. Auslöser war zum einen der Ruf nach einer Aufarbeitung der damaligen „Berufsverbote“ zum anderen der Wunsch, insbesondere „gegen Rechts“

wieder ein vergleichbares Instrument zu bekommen. Der Aufsatz setzt sich mit diesen Strömungen und den Fragen, ob hier und heute ein „Radikalenerlass im neuen Gewande“ zulässig und wünschenswert wäre, auseinander.

I. Einleitung

Während es lange Jahre, d. h. etwa seit Mitte der 1980iger Jahre bis ca. 2010, um die Frage der Kontrolle der Verfassungstreue von Beamtinnen und Beamten durch eine Regelanfrage bei den zuständigen Verfassungsschutzbehörden vergleichsweise ruhig war, nachdem die Anwendung des sogenannten Radikalenerlasses¹ in den meisten Ländern ausgesetzt bzw. beendet worden war², wird diese Diskussion – allerdings mit sehr unterschiedlichen Motiven – seit etwa 2011 wieder aufgenommen. Sie hat jetzt im Zuge der zunehmenden allgemeinpolitischen Diskussion um die Radikalisierung der Gesellschaft³, verbunden mit der Frage nach einer sinnvollen Abgrenzung zwischen demokratisch zulässigen Aktivitäten und extremistischer Agitation⁴ sowie der sehr allgemein geführten Diskussion um die Bewertung der Verfassungstreue von AfD-Mitgliedern⁵, wieder neue Nahrung erhalten. In jüngerer Zeit wurde nach einem Bericht der Osnabrücker Zeitung (OZ) auf der Innenministerkonferenz auch die Wiederaufnahme der *Regelanfrage* für Bewerberinnen und Bewerber für den Polizeidienst zum Gegenstand gemacht⁶. In Hamburg gibt es ein dahingehendes Gesetz⁷, das im Ergebnis eine gesetzliche Grundlage für Regelanfragen bei den Verfassungsschutzbehörden zur Verfassungstreue von Polizeianwärterinnen und -anwärtern schafft⁸. In einem gewissen Kontrast dazu stehen politisch motivierte Anträge zur historischen Aufarbeitung der *Berufsverbote aufgrund des sogenannten Radikalenerlasses* z. B. in Hamburg⁹ oder auch – bereits abgeschlossen – in Nieder-

sachsen¹⁰. Erwähnenswert ist auch das Forschungsprojekt an der Universität Heidelberg „*Verfassungsfeinde im Land? Baden-Württemberg, '68 und der ‚Radikalenerlass‘ (1968-2018)*“. Auffallend ist in den beiden zuerst erwähnten Fällen, dass zwar die rechtspolitisch grundsätzlich lobenswerte wissenschaftlich-historische Aufarbeitung Kern des jeweiligen Petittums der beiden Landesparlamente ist, aber die Bewertung des Radikalenerlasses bereits in den Anträgen enthalten ist¹¹ und insoweit wird das Ergebnis der Aufarbeitung vorweggenommen. Es soll im Folgenden nicht um die Bewertung parteipolitisch motivierter Anträge gehen. Der Beitrag widmet sich zunächst der Frage, ob die durch den Radikalenerlass veranlasste *Regelanfrage* nach damaligen Recht zulässig war. Dann wird im Schwerpunkt erörtert, ob ein vergleichsweises Vorgehen für die heutige Einstellungspraxis rechtlich möglich wäre und wenn, unter welchen Rahmenbedingungen (dazu unter III.). Schließlich folgt noch eine Einschätzung, ob es rechts- und personalpolitisch wünschenswert wäre (dazu unter IV.). Die Fragestellungen setzen voraus, dass man sich zunächst die sachlichen, gesellschaftlichen Umstände vergegenwärtigt, die zum Radikalenerlass geführt haben (dazu unter II.).

II. Gesellschaftliche Ausgangslage

Die Betrachtung der gesellschaftlichen Ausgangslage zum Zeitpunkt des „Radikalenerlasses“ führt unschwer zum Zweck des Radikalenerlasses. Die allgemeine Zielrichtung ergibt sich schon aus dem Tenor des Beschlusses, es soll keine Beschäftigung von links- und rechtsradikalen Personen im öffentlichen Dienst geben. Insgesamt ist der Radikalenerlass ein vergleichsweise kurzes Normenwerk. Die wichtigste Regelung, die mit dem politischen Schlagwort „Berufsverbot“ verknüpft wird, lautet schlicht:

„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 freiheitlich-demokratische Grundordnung eintreten wird. Diese Zweifel rechtfertigen in der Regel eine Ablehnung des Einstellungsantrags.“

Auffallend ist bei dieser Formulierung unter Berücksichtigung des weiteren Textes des Erlasses, dass es an jeglichen materiellen Kriterien für den Kernbegriff „verfassungsfeindlich“ fehlt. Ein Umstand, der auch schon in den 1970iger Jahren, insbesondere mit Blick auf das „Parteienprivileg“ kritisiert wurde¹². Man kann nur in einer Art Rückschluss festhalten, dass verfassungsfeindlich derjenige ist, der nicht gem. Nr. 1 des Radikalenerlasses bereit ist, jederzeit für die freiheitliche demokratische Grundordnung im Sinne des Grundgesetzes einzutreten. Diese Unschärfe des Erlasses implizierte, dass über die praktische Zielrichtung der Regelung Uneinigkeit herrschte und noch herrscht und nur sehr bedingt ein Konsens über die politische und rechtliche Bewertung bestand und auch immer noch nicht besteht. Hierzu werden in der Literatur diverse Auffassungen vertreten, die man stark vergrößernd in die Grundpositionen, dass der Radikalenerlass primär „Gegen Links“ oder primär „Gegen Rechts“ gerichtet war, teilen kann¹³.

Nach der Erinnerung des Autors spielte die Abwehr von „Rechtsextremen“ in der allgemeinen Debatte keine oder nur eine untergeordnete Rolle. Das Schlagwort in bürgerlichen Kreisen gegenüber den sogenannten 68igern nahestehenden „Sympathisanten“ war regelmäßig „*Geht doch rüber* [gemeint

- 1) Unter „Radikalenerlaß“ werden hier die von den Regierungschefs der Länder in der Besprechung mit dem Bundeskanzler am 28. Januar 1972 beschlossenen „Grundsätze über die Mitgliedschaft von Beamten in extremen Organisationen“, auch als „Grundsätze zur Beschäftigung von links- und rechtsradikalen Personen im öffentlichen Dienst“ verstanden (Quelle: MBI NW. 1972 S. 342). Das Wort „radikal“ kommt in der Umsetzung des Erlasses vor, wie die Wortwahl im MBI NW 1972, S. 342 zeigt. Ob es in dem semantischen Kontext eine vermittelbare Differenzierung zwischen der Bedeutung der Wörter „extrem“ und „radikal“ gibt, kann offenbleiben.
- 2) Vgl. *Mühdorfer*, Radikalenerlass, publiziert am 16.6.2014; in: Historisches Lexikon Bayerns, URL: <<https://www.historisches-lexikon-bayerns.de/Lexikon/Radikalenerlass>> (19.12.2019).
- 3) Vgl. z. B. der Beitrag „Radikalisierung der Gesellschaft? <https://www.bpb.de/mediathek/282932/radikalisierung-der-gesellschaft>“.
- 4) Vgl. dazu 16. Symposium des BfV „Mobilisierungsfähigkeit im politischen Extremismus“ am 13.5.2019 in Berlin mit dem Thema „Verschiebung der Grenzen zwischen Demokraten und Extremisten“.
- 5) Vgl. z. B. Bild Zeitung online: <https://www.bild.de/bild-plus/politik/inland/politik-inland/verfassungsschutz-analyse-so-rechtsextremist-die-ost-afd-wirklich-63278460,view=conversionToLogin.bild.html> vom 14.7.2019.
- 6) OZ vom 11.6.2019, S. 4: „*Pistorius will Polizei vor Unterwanderung schützen*“; s.a. LT-Drs. Nds 18/4206 vom 18.7.2019.
- 7) 4. Gesetz zur Änderung von Vorschriften auf dem Gebiet des Verfassungsschutzrechts vom 24.1.2020, HmbGVBl. S. 99, Art. 2 Nr. 40 Änderung von § 34 des Hamburgischen Sicherheitsüberprüfungs- und Geheimschutzgesetzes; Zur Gesetzesentstehung s. Bü-Drs. 21/18578.
- 8) In der öffentlichen Sitzung des Innenausschusses der Bürgerschaft am 25.11.2019 wurde Hamburg mit dem Gesetzesvorhaben vom Vertreter des BMI als Sachverständigen eine „Vorreiterrolle“ attestiert.
- 9) Vgl. Bü-Drs. 21/13844.
- 10) Vgl. LT-Drs. 17/1491.
- 11) Sehr deutlich wird das in dem „*Hamburger Antrag*“: Bü-Drs. 21/13844.
- 12) *Battis*, Anmerkung zu BVerwGE 47, 330, NJW 1975, S. 1135-1143.
- 13) Vgl. die Darstellung und Hinweise bei *Jaeger*, „Auf der Suche nach »Verfassungsfeinden«, Der Radikalenbeschluss in Hamburg, 1971-1987“, *Hamburger Beiträge zur Sozial- und Zeitgeschichte*, Hrsg.: Forschungsstelle für Zeitgeschichte in Hamburg, S. 65 ff.