

# Knuth Dohse

## Ausländerrecht und Richterbeförderung

297

Soziologische Anmerkungen zu einem Einzelfall

Wenn das Ausländergesetz so »weltoffen und liberal« wäre, wie seine Väter einst bekundeten, dann wäre niemand besser geeignet als Fritz Franz, seine Richtertätigkeit auch auf diesem Gebiet auszuüben. Denn seit vielen Jahren hat er sich in der Betonung von rechtsstaatlichen Prinzipien, Grundrechtswahrung und Liberalität auch für diejenige Bevölkerungsgruppe profiliert, über die die Exekutive gern weiter nach vollem Ermessen verfügt. Aber ganz so liberal war das Ausländergesetz wohl doch nicht gemeint: Denn mit dieser Position schwamm Fritz Franz stets gegen den Strom. Das kräftigt bekanntlich zwar die Muskeln, aber man kommt auch nicht sehr schnell vorwärts.

Das bekam Franz seit Jahren bei Beförderungen zu spüren. Trotz hervorragender Beurteilungen bei hohem Dienstalter blieb er auf der Position des stellvertretenden Vorsitzenden des 2. Senats am Oberverwaltungsgericht Berlin stecken. In sechs von sieben Beförderungsfällen zu Vorsitzenden Richtern eines Senats zogen jüngere Kollegen an ihm vorbei. Während der Vorsitz seines Senats viermal wechselte, blieb Franz ständig Zweiter. Als im Herbst 1979 seine Bewerbung erneut scheiterte, ging Franz gerichtlich in die Offensive, im Laufe der Jahre bis hinauf zum Bundesverfassungsgericht.

Würde es im folgenden allein darum gehen, daß hier ein Richter seit Jahren bei der Beförderung übergangen wird, so könnte man geneigt sein, die Sache als Privatschicksal auf sich beruhen zu lassen. Geht es nicht vielen ähnlich? Entscheidet nicht in vielen Bereichen über Beförderung die Frage von Beziehungen und Anpassung mehr als die fachliche Qualifikation? Und ist der Verweis auf die angeblich höhere Qualifikation des erfolgreichen Mitbewerbers nicht vielfach nur ein vorgeschobenes Legitimierungsargument, um andere ausschlaggebendere Faktoren zu verbergen? Warum sollte es bei Richtern anders sein als beim Industriemanagement oder bei Hafenarbeitern?

Doch der Fall liegt anders: Niemand bestreitet in diesem Fall die Qualifikation. Im Gegenteil, es ist ganz unstrittig, daß Franz von Dienstalter, Erfahrung, Fähigkeiten und Qualifikation nach den üblichen Beförderungsprozeduren »an der Reihe« gewesen wäre. Und ebenso unzweideutig wird akzeptiert, daß die Abweichung von dieser Norm auf die profilierte Vertretung einer abweichenden Meinung speziell im Ausländerrecht zurückzuführen ist. In anderen Rechtsgebieten hätte ein ähnliches Verhalten nicht derart gravierende Konsequenzen.

Schauen wir uns die Ausgangslage an: Franz bewarb sich im September 1979 um eine ausgeschriebene Position als Vorsitzender Richter am OVG Berlin. Als der Präsident des OVG einen anderen Kandidaten vorschlug, setzte sich der Berliner Justizsenator mit Franz zusammen. In seiner Verfassungsbeschwerde umreißt Franz das Gespräch folgendermaßen:

»Der Senator wollte wissen, ob sich der Beschwerdeführer in Asyl- und Ausländersachen für befangen halte. Das verneinte der Beschwerdeführer; er erklärte, daß er mit der höchstrichter-

lichen Rechtsprechung nicht immer übereinstimme, deshalb aber nicht voreingenommen sei. Der Senator gab dem Beschwerdeführer zu verstehen, daß der Präsident des Oberverwaltungsgerichts darüber wohl anders dächte; der Präsident habe sein Vorschlagsrecht gegen den Beschwerdeführer ausgeübt, weil der Beschwerdeführer ihm als Vorsitzender eines Asylsenats, der zum 1. Januar 1980 am Oberverwaltungsgericht neu gebildet werde, wegen der Besorgnis begründeter Richterablehnungen nicht geeignet erscheine.« (Aus der Verfassungsbeschwerde von Franz, Az: 2BvR 151.85, 7. Februar 1985).

Beim Justizsenator konnte er die Bedenken ausräumen, nicht jedoch beim Gerichtspräsidenten. Der führte ein weiteres Gespräch mit Franz, in dem – da der neue Senat neben dem Asylrecht auch für das allgemeine Ausländerrecht zuständig sein würde – erneut die Frage der Befangenheit im Ausländerrecht im Mittelpunkt stand. Der Aktenvermerk, den der Präsident von diesem Gespräch anfertigte und zu den Personalakten nahm, brach dem Beförderungsantrag schließlich das Genick. Präsidialrat und Richterwahlausschuß konnten ihm unschwer entnehmen, daß es Franz an der »gebotenen Zurückhaltung« fehlt, ja daß dem Bewerber selbst die Argumente des Präsidenten einleuchteten. Franz selbst erhielt keine Gelegenheit das richtig zu stellen. Der Kandidat des Präsidenten wurde schließlich gewählt und vom Justizsenator ernannt.

In den jahrelangen gerichtlichen Auseinandersetzungen, in denen Franz u. a. die Aufhebung des Ablehnungsbescheides und Neuentscheidung über seine Bewerbung anstrebte, nahmen Formalia (Zulässigkeit der Verwendung des Aktenvermerks, Zusammensetzung des Richterwahlausschusses, Einsichtnahme in Protokolle etc.) breiten Raum ein. Nach wechselnden Erfolgen vor Verwaltungsgericht und Oberverwaltungsgericht wies schließlich das Bundesverwaltungsgericht die Klage voll ab. (BVerwG 2 C 29.83, Urteil vom 15. November 1985, abgedruckt in: NJW 1985, 1093 ff.). Die inhaltlichen Begründungsstränge, die zur Ablehnung der Bewerbung führten, wurden vom Bundesverwaltungsgericht nicht thematisiert. Ermessensspielräume seien rechtmäßig genutzt worden. Aber genau in den diesem Ermessen zugrundegelegten Faktoren liegt das eigentliche Politikum des Falles.

Und weil der Fall anders liegt als die vielen anderen Beförderungsprobleme, wird aus ihm ein gesellschaftlicher. Der persönliche Einzelfall ist mehr als das, er ist Justiz und Gesellschaft unter dem Mikroskop. Er wirft die Frage nach den faktischen politischen Bestimmungen des »gesetzlichen Richters« ebenso auf wie die Frage, ob sich in dieser Gesellschaft die Diskriminierung von Minderheiten in Diskriminierung der Personen fortsetzt, die sich für sie einsetzen.

Die zweite Frage ist im Endeffekt zu bejahen; doch nur dann, wenn man einige Vermittlungsschritte einbezieht: Denn die Diskriminierung steht am Ende eines relativ komplexen Begründungszusammenhangs:

Franz ist ganz offensichtlich an seiner liberalen Profilierung im Ausländerrecht gescheitert. Ganz sicher hätte Franz als Richter in Ausländersachen die herrschende Lehre, in der sich Exekutive und höhere Instanzen die Hand reichen, nicht unreflektiert übernommen. Er hätte Unruhe in eine Rechtsprechung gebracht, deren Tendenz einseitig darauf gerichtet ist, die Ausländerverdrängungsstrategie der Bundesregierung abzusegnen. Im Ausländerrecht – und nicht nur hier – gelten Abweichler auf der Richterbank als Fehlbesetzung, auch und gerade bei überlegener Sachkenntnis. Doch diese offene politische Begründung wird formal versteckt: Dem Beförderungsantrag von Franz wird zunächst – wie wir gesehen haben – entgegengehalten, gegen ihn als Vorsitzenden eines Senats würden in ausländerrechtlichen Streitigkeiten zuviele triftige Anträge wegen Befangenheit eingebracht werden. Diese Begründung ist schon problematisch genug, bezieht sie doch schon in die Richterauswahl die Rechtsstandpunkte einer interessierten Partei ein. Eine solche

Argumentationsfigur begünstigt einseitig die Exekutive. Als »Hauptlieferant« von Fällen hat die Exekutive im Ausländerbereich gegenüber den vielen einzelnen Ausländern auch bei Richterablehnungen die besseren Karten. Im Ergebnis führt diese Argumentation dazu, daß der interessierte Exekutivbereich über die Bestimmung des gesetzlichen Richters in eigenen Streitsachen mitbestimmt.

Doch selbst wenn man diese Befangenheitsargumente hinnimmt, gibt es für das Problem eine probate Lösung: die Geschäftsverteilung der Gerichte. Der betreffende Senat würde dann die Zuständigkeit für andere Angelegenheiten außerhalb des Ausländerrechts erhalten, wie etwa Baurecht, Hochschulrecht und was mehr die Verwaltungsgerichte beschäftigt.

Daß dieser naheliegende Lösungsweg nicht gewählt wurde, läßt sich nur erschließen, wenn man die Gerichte unter einem Blickwinkel betrachtet, unter dem sonst fast nur Industriebetriebe und Verwaltungen untersucht werden, nämlich unter dem Gesichtspunkt des Arbeitsprozesses. Wie an den Bändern von Automobilwerken, so gibt es auch bei Gerichten Aufgaben, die für relativ attraktiv und Aufgaben, die für wenig attraktiv gehalten werden. Wo das so ist, entsteht die Verteilungsfrage. Und Gerichte scheinen dieses Problem ganz ähnlich gelöst zu haben wie Industriebetriebe: Die Neuen erhalten die unangenehmen Arbeiten. Denn dies ist die naheliegende Friedensformel für den Interessenausgleich zwischen alten Positionsinhabern und den Neulingen. Und bei Gerichten wie in Automobilbetrieben werden Ausländer mit der unangenehmen Seite des Aufgabenspektrums assoziiert. Nur das eine Mal – in Industriebetrieben – verrichten sie die unangenehmen Aufgaben, das andere Mal gilt die Beschäftigung mit ihnen als Teil des weniger attraktiven Spektrums verwaltungsrichterlicher Tätigkeit.

Das liegt nicht in erster Linie an Ausländerfeindlichkeit, obwohl auch die Übertragung solcher Wertmuster von Personen zu der Beschäftigung mit diesen Personen sicher eine Rolle spielt. Und sicher bringt auch die Tätigkeit in ausländerrechtlichen Fragen weniger Prestige und Status ein als die Auseinandersetzung etwa mit großen Zeitfragen wie die Errichtung von Kraftwerken etc. Dieses Gebiet bringt aber nicht nur weniger Prestige ein, es bringt vor allem auch mehr Arbeitsbelastung mit sich. Die Bearbeitung ausländerrechtlicher Fälle ist nämlich repetitive Richtertätigkeit. Man bearbeitet nicht über lange Zeit einen großen und u. U. prestigeträchtigen Fall, sondern in der gleichen Zeit viele einzelne, die dennoch in sich komplex sind, muß sich zudem in die Einzelheiten jeweils neu eindenken, hat z. T. mit Klägern zu tun, denen formelle und juristische Denktraditionen fremd sind, braucht u. U. Dolmetscher, muß sich bei Asylfragen in fremde Politik und Organisationsstrukturen einarbeiten. Niemand leistet gerne repetitive Arbeit, die auch noch komplex ist. Sie ist leichter in Zeitstrukturen von außen zu kontrollieren, der Zeitbedarf wird laufend unterschätzt, und der Nachschub an Fällen hört nicht auf. Da es ausländerrechtlich überdies fast immer um Alles- oder Nichts-Entscheidungen (z. B. Ausweisung oder nicht) geht, kommt es selten zu arbeitssparenden Vergleichen. Die Richter kommen nicht umhin, Urteile zu fällen und Begründungen zu schreiben.

All diese Gründe machen die justizielle Bearbeitung dieses Rechtsgebiets belastend und daher wenig attraktiv. So mußte auch Franz bei den Umfragen unter den Vorsitzenden Richtern seines Oberverwaltungsgerichts feststellen, daß »wenig Neigung bestand«, das Gebiet des Ausländerrechts zu übernehmen und damit für ihn bei einer Beförderung ein anderes Aufgabengebiet freizumachen. In einem Vermerk über sein Gespräch mit dem OVG-Präsidenten hält er etwa fest:

»Ich hatte angedeutet, neben Herrn A. auch andere Senatsvorsitzende des Gerichts befragen zu wollen, ob sie bereit seien, den für den neuen Senat vorgesehenen Geschäftsanteil in Ausländersachen für das Geschäftsjahr 1980 zu übernehmen; dies erscheine mir nicht von vornherein

aussichtslos. Herr B. erwiderte, das habe er schon versucht; allen Senatsvorsitzenden – mit Ausnahme von Frau C. – habe er diese Frage vorgelegt. Und wissen Sie, was sie geantwortet haben? Ein Hohngelächter sei die Antwort gewesen ...« (aus der Verfassungsbeschwerde von Franz, Az: 2BvR 151/85, 7. 2. 1985).

Und weil das Gebiet des Ausländerrechts dermaßen unbeliebt ist, müssen es eben in der angesprochenen Logik der Aufgabenverteilung jeweils die neu zu Senatsvorsitzenden beförderten Richter übernehmen. So ist bezeichnend, daß Franz zwar den Justizsenator überzeugen konnte, so daß dieser ihn dem Richterwahlausschuß vorschlug, nicht jedoch seinen vorgesetzten OVG-Präsidenten, der einen anderen Bewerber mit der Begründung vorschlug, dieser sei bei gleicher fachlicher Qualifikation »persönlich besser geeignet«. Die Beförderung von Franz hätte offenbar nicht in die informellen Regelungsstrukturen der Verteilung von Aufgaben gepaßt. Wäre er tatsächlich laufend wegen begründeten Befangenheitsanträgen abgelehnt worden, dann hätten doch wiederum andere Kollegen dieses Gebiet übernehmen müssen. Das aber war insgesamt verpönt. Und so entsteht in unserem Fall ein nicht nur individuelles Problem:

Ein exponierter Kritiker der bisherigen Ausländerpolitik soll wegen der Besorgnis vielfältiger Befangenheitsanträge aus der Zuständigkeit für ausländerrechtliche Fragen ferngehalten werden. Bei der Beförderung zum Vorsitzenden eines Senats müßte er aber nach den informellen Verteilungsregeln von Arbeitsbelastungen gerade dieses Gebiet übernehmen. Also kann er nicht befördert werden.

So zeigt sich an diesem Fall mindestens zweierlei:

Zum einen wird deutlich, daß auch die Anwendung scheinbar sachlich-neutraler Grundsätze ein spezifisches Diskriminierungsprofil tragen kann. Diesem Gesichtspunkt sollte man auch in anderen sozialen Bereichen größere Aufmerksamkeit widmen: Diskriminierung ist nicht immer das Ergebnis von auf diesen Zweck gerichteten Verhaltens. Sie kann sich auch als systemischer Effekt in auf andere Zwecke gerichteten Regelsystemen ergeben.

Zum zweiten zeigt sich, auf wie verschlungenen Pfaden der Weg zur Bestellung des gesetzlichen Richters erfolgt. Die informelle Regelung des Arbeitsprozesses der Justiz ist mindestens so wichtig wie die Palette formeller Normen.

Nach Durchlaufen aller verwaltungsgerichtlichen Instanzen hatte Franz Verfassungsbeschwerde eingelegt. Am 2. April 1985 beschloß der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts, die Beschwerde nicht zur Entscheidung anzunehmen (2 BvR 151/85). Formal sei alles in Ordnung.