

Akademie der Wissenschaft der DDR beschäftigten Arbeitnehmer bis zum 31. 12. 1991 als befristete Arbeitsverhältnisse mit den Ländern fort, auf die diese Institute und Einrichtungen übergehen. Es erscheint sinnvoll, die Ergebnisse der Entscheidung des BVerfG zur »Warteschleifen«-Regelung auf die Arbeitsverhältnisse der von Art. 38 Abs. 3 EV Betroffenen zu übertragen. Ob ein Arbeitsverhältnis nach Zahlung eines Wartegeldes nach 6 bzw. 9 Monaten ausläuft oder als befristetes Arbeitsverhältnis nach einem Jahr endet, ist qualitativ kein wesentlicher Unterschied. Auch hier sollten Vereinbarungen zwischen Gewerkschaften und Arbeitgebern getroffen werden, um den Anforderungen des BVerfG Rechnung zu tragen.

## Wolfgang Däubler

### 2. »Warteschleife« und Grundgesetz – Karlsruher Vorgaben für das Recht des öffentlichen Dienstes in den neuen Bundesländern\*

Inhaltsübersicht	Rn.
I. Die wesentlichen Aussagen des Gerichts . . . . .	1– 4
II. Die Herausnahme der Frauen unter Mutterschutz . . . . .	5– 8
1. Der erfaßte Personenkreis . . . . .	5
2. Rechtsfolgen . . . . .	6– 8
III. Die Wiedereinstellung sog. Problemgruppen . . .	9–19
1. Der erfaßte Personenkreis . . . . .	9–13
2. Rechtsfolgen . . . . .	14–19
IV. Pflicht zu Weiterqualifizierungsmaßnahmen . . .	20–22
V. Rechtswidrige Abwicklungsentscheidungen . . . .	23–40
1. Die Begrenzung auf den staatlichen Bereich . .	23, 24
2. Reale oder scheinbare Abwicklung . . . . .	25–29
3. Prozessuale Durchsetzung . . . . .	30–37
4. Sonderprobleme: Abwicklung eines Teils einer Einrichtung . . . . .	38–40
VI. Die Fortsetzung der Arbeitsverhältnisse mit der Bundesrepublik bzw. den neuen Bundesländern	41, 42
VII. Handlungsmöglichkeiten der Personalräte . . . .	43–47
1. Personalräte in weitergeführten Dienststellen	44, 45
2. Interessenvertretungen in abgewickelten Einrichtungen . . . . .	46
3. Interessenvertretungen in scheinbar abgewickelten Einrichtungen . . . . .	47
VIII. Auswirkungen auf den Kündigungsschutz . . . .	48, 49
IX. Sonderregeln für den Wissenschaftsbereich . . . .	50–53
X. Gesamteinschätzung . . . . .	54

\* Dieser Beitrag wurde mit leichten redaktionellen Änderungen entnommen aus PersR 1991, 193 ff.

## I. Die wesentlichen Aussagen des Gerichts

- 1 In seinem Urteil vom 24. 4. 1991<sup>1</sup> hat das Bundesverfassungsgericht die sog. Warteschleife im Grundsatz bestätigt. Es lag also kein prinzipieller Verfassungsverstoß darin, daß Einrichtungen oder Teileinrichtungen bis 3. 1. 1991 »abgewickelt« werden konnten und die Arbeitsverhältnisse der dort Beschäftigten 6 bzw. 9 Monate später endeten.
- 2 Für die Beschwerdeführer wie auch für zahlreiche andere Betroffene war dies sicherlich eine Enttäuschung. Dennoch wäre es völlig falsch, das Urteil als glatte Niederlage zu werten: Es enthält zahlreiche Aussagen, die einen personellen »Kahlschlag« verhindern können.
- 3 Prüfungsmaßstab war für das Gericht die **freie Wahl** des Arbeitsplatzes nach Art. 12 Abs. 1 GG. Sie konkretisierte das allgemeine Grundrecht der Berufswahl und sei gleichzeitig der Berufsausübung »vorgeordnet«, die erst an dem gewählten Arbeitsplatz stattfindet<sup>2</sup>. Durch das Auslaufen der Arbeitsverhältnisse in den Fällen der Abwicklung werde in dieses Grundrecht eingegriffen, das auch das Recht umfasse, einen einmal gewählten Arbeitsplatz beizubehalten. Die Zulässigkeit eines solchen Eingriffs bestimme sich nach den gleichen Kriterien wie die Reglementierung selbständiger Erwerbstätigkeit<sup>3</sup>. Danach müssen andere Verfassungsgarantien gewahrt und insbesondere der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz beachtet werden. Konkret bedeutet dies:
  - Arbeitnehmerinnen, die unter das Mutterschutzrecht fallen, werden mit Rücksicht auf Art. 6 Abs. 4 GG von der »Warteschleifen«-Regelung nicht erfaßt.
  - »Problemgruppen« wie Schwerbehinderte, Alleinerziehende und Ältere verlieren zwar ihren Arbeitsplatz, doch muß die künftige Einstellungspolitik der öffentlichen Hand so beschaffen sein, daß sie »begründete Aussicht« auf eine Wiedereingliederung in das Arbeitsleben haben.
  - Mißbräuche der sog. Warteschleife sind nicht dem Einigungsvertrag als solchem zuzuschreiben. Sie sind mit Hilfe der zuständigen Gerichte zu beseitigen; im Ergebnis lassen sie den Bestand der Arbeitsverhältnisse unberührt.

<sup>1</sup> Abgedruckt im Anhang dieses Bandes.

<sup>2</sup> So unter C III 1 der Gründe (auch zum Folgenden).

<sup>3</sup> Dazu BVerfGE 7, 377 ff. (»Apothekenurteil«).

- Die mit der früheren DDR bestehenden Arbeitsverhältnisse sind nicht etwa am 3. 10. 1990 erloschen, sondern auf die Bundesrepublik übergegangen. Diese ist insoweit Rechtsnachfolgerin der DDR. Die These der Bundesregierung, die Beschwerdeführer wären gewissermaßen ohne Arbeitsverhältnis in den Geltungsbereich des Grundgesetzes gelangt, wurde zurückgewiesen.

Was sich daraus konkret ergibt, soll im folgenden skizziert werden. 4

## II. Die Herausnahme der Frauen unter Mutterschutz

### 1. Der erfaßte Personenkreis

Unberührt von jeglicher Abwicklungsentscheidung bleiben die Arbeitsverhältnisse von Frauen, »die nach Mutterschutzrecht in dem Zeitpunkt vor einer Kündigung geschützt waren, in dem ihre Arbeitsverhältnisse zum Ruhen gebracht werden sollten«<sup>4</sup>. Stichtag ist danach der 3. 10. 1990 oder der spätere Zeitpunkt, zu dem die Abwicklungsentscheidung wirksam werden sollte: Wer in diesem Moment unter die Regelung des § 250 AGB i.V.m. §§ 58, 59 AGB bzw. des § 9 MuSchG fiel<sup>5</sup>, wurde von der sog. Warteschleife nicht betroffen. Dies gilt auch dann, wenn der besondere Kündigungsschutz schon 2 oder 4 Wochen später endete. Ohne Bedeutung ist, ob der Arbeitgeber die Schwangerschaft kannte; da keine Kündigung ausgesprochen wurde, bestand für die Arbeitnehmerinnen kein Anlaß, entsprechend § 9 Abs. 1 Satz 1 MuSchG durch eine entsprechende Mitteilung ihre Rechte zu wahren. 5

### 2. Rechtsfolgen

Der Arbeitgeber Bundesrepublik ist verpflichtet, dem betroffenen Personenkreis die Differenz zwischen Wartegeld und ver- 6

<sup>4</sup> So das BVerfG unter C III 4 der Gründe.

<sup>5</sup> Bis 31. 12. 1990 galt noch die Regelung des AGB – näher dazu Däubler, Ratgeber Arbeitsrecht. Mit den Übergangsregelungen für die neuen Bundesländer, 1991, S. 441.

traglich vereinbarter Vergütung nachzuzahlen<sup>6</sup>. § 615 BGB findet entsprechende Anwendung; eines ausdrücklichen Angebots der Arbeitsleistung bedurfte es nicht, da das definitive »Nein« des Arbeitgebers von vornherein feststand<sup>7</sup>. In Einzelfällen möglicherweise abgeschlossene befristete Arbeitsverträge beruhten auf einer fehlerhaften Geschäftsgrundlage, da beide Seiten den Tatbestand der sog. Warteschleife als gegeben ansahen; die Arbeitnehmerin kann sich von ihnen lösen und zu ihrem ursprünglichen unbefristeten Vertrag zurückkehren.

- 7 Wurde das Kind vor dem 1. 1. 1991 geboren, ist die ordentliche Kündigung nach dem insoweit weitergeltenden § 58 Abs. 1 Buchstabe b AGB grundsätzlich ausgeschlossen. Lediglich bei der Stilllegung von »Betrieben oder Betriebsteilen« ist nach vorheriger schriftlicher Zustimmung des Arbeitsamts nach § 58 Abs. 2 AGB ausnahmsweise eine fristgemäße Kündigung zulässig. Einrichtungen des öffentlichen Dienstes sind insoweit gleich zu behandeln, auch wenn man an einen solchen Fall nicht gedacht haben mag. Wird nur ein Teil einer Einrichtung abgewickelt, darf das Arbeitsamt die Zustimmung nur dann erteilen, wenn in dem weitergeführten Teil oder in anderen Bereichen des betreffenden Verwaltungszweigs kein freier Arbeitsplatz vorhanden ist und auch kein Arbeitsplatz durch Kündigung eines sozial weniger schutzwürdigen Arbeitnehmers freigemacht werden kann. Die Kündigungsfrist bestimmt sich nach § 55 AGB, wobei die bisherigen Beschäftigungszeiten im öffentlichen Dienst in vollem Umfang anzurechnen sind<sup>8</sup>. Eine fristlose Kündigung ist in jedem Fall ausgeschlossen. Der Kündigungsschutz endet frühestens, sobald das Kind 12 Monate alt ist. Macht die Mutter von ihrem Freistellungsanspruch nach § 246 AGB Gebrauch, verlängert er sich ggf. bis zum 3. Lebensjahr des Kindes. Denselben Schutz genießen von vornherein alle Alleinerziehenden, wobei es nicht darauf ankommt, ob es sich um eine Frau oder einen Mann handelt.
- 8 Bei Geburten nach dem 31. 12. 1990 muß man differenzieren. Die Sonderregelung für Alleinerziehende bleibt weiter anwend-

6 So auch der Präsident des BVerfG, Professor *Roman Herzog*, bei der mündlichen Erläuterung der Urteilsgründe am 24. 4. 1991 in Karlsruhe.

7 Ebenso für die Kündigung *BAG*, DB 1985, 552 und *BAG*, DB 1985, 1744. Das in der Erhebung der Kündigungsschutzklage liegenden konkludente Angebot konnte hier nicht erwartet werden.

8 Näher dazu unten Rn. 41 f.

bar, wenn das Kind im Laufe des Jahres 1991 geboren wurde<sup>9</sup>. In allen übrigen Fällen gilt § 9 MuSchG. Danach endet der Kündigungsschutz 4 Monate nach der Geburt. Schließt sich ein Erziehungsurlaub an, so greift § 18 Abs. 1 Satz 1 BErzGG ein. Danach stimmt die Rechtslage im wesentlichen mit der unter dem AGB überein: Eine (allein in Betracht kommende) ordentliche Kündigung ist nur in besonderen Fällen zulässig, wenn auch in anderen Teilen des betreffenden Verwaltungszweigs keine Beschäftigung mehr möglich ist<sup>10</sup>.

### III. Die Wiedereinstellung sog. Problemgruppen

#### 1. Der erfaßte Personenkreis

Für »einige Betroffene« wirke sich das Erlöschen des Arbeitsverhältnisses »besonders einschneidend« aus. Dazu gehörten »namentlich« Schwerbehinderte, ältere Arbeitnehmer und Alleinerziehende<sup>11</sup>. 9

Der Kreis der **Schwerbehinderten** ist durch das Schwerbehindertengesetz einigermaßen klar abgegrenzt<sup>12</sup>. Da die Anerkennung nur deklaratorische Bedeutung hat, spielt es keine Rolle, wenn der entsprechende Antrag erst nachträglich gestellt wird. Ähnlich wie im Kündigungsschutz muß jedoch aus Gründen der Rechtssicherheit innerhalb angemessener Frist geklärt sein, ob der einzelne wirklich zu dem privilegierten Personenkreis gehört: 3 Monate nach Verkündung des Urteils sollte der Antrag spätestens gestellt sein<sup>13</sup>. 10

9 Kap. VIII Sachgebiet A Abschnitt III Nr. 1 bbb der Anlage II zum Einigungsvertrag.

10 Einzelheiten bei *Däubler*, Arbeitsrecht 2, 7. Aufl. 1990, S. 715, 721. Die zu § 18 BErzGG erlassenen Allgemeinen Verwaltungsvorschriften sind abgedruckt bei *KR-Becker* 3. Aufl. 1989, S. 1568 ff.

11 So das Urteil unter C III 3 d cc der Gründe (s. Anhang).

12 Zur Weitergeltung der Beschädigtenausweise s. *Däubler* (Fn. 5), S. 413.

13 Vgl. *BAG*, BB 1985, 2106, wonach der Arbeitgeber innerhalb eines Monats nach Kündigung davon informiert werden muß, daß schon im Zeitpunkt der Kündigung ein Antrag auf Anerkennung gestellt war. Da die potentielle Wiedereinstellung keine vergleichbar schnellen Reaktionen von der Arbeitgeberseite wie eine unwirksame Kündigung verlangt, erscheint eine Drei-Monatsfrist angemessen, und zwar auch für die Antragstellung. Ein gesetzlicher Anhaltspunkt ist allerdings genausowenig vorhanden wie bei der Monatsfrist des *BAG*.

- 11 Wann Arbeitnehmer das Prädikat »älter« verdienen, läßt sich vom Wortsinn her nicht eindeutig bestimmen. Das Bundesverfassungsgericht rechtfertigt die Sonderstellung der »Problemgruppen« mit dem Hinweis, ihre Chance, einen neuen Arbeitsplatz zu finden, sei sehr gering. Dies legt es nahe, die Maßstäbe des Arbeitsförderungsrechts hierher zu übertragen und entsprechend § 97 Abs. 3 AFG das »Ältersein« schon mit dem **50. Lebensjahr** beginnen zu lassen. Auch die Regelung über die sogenannte Warteschleife legt im übrigen diese Grenze zugrunde, da die »Auslauffrist« bei Über-Fünfzigjährigen 9 (statt 6) Monate beträgt<sup>13a</sup>.
- 12 Die Kategorie der **Alleinerziehenden** dürfte danach abzugrenzen sein, ob im Haushalt ein schulpflichtiges Kind ohne Unterstützung durch einen Ehepartner zu versorgen ist. Das Alter des Kindes spielt insoweit keine Rolle.
- 13 Die drei vom Gericht genannten Gruppen sind – wie das Wörtchen »namentlich« deutlich macht – nicht abschließend gemeint. Andere Personen mit **vergleichbaren Problemen** auf dem Arbeitsmarkt sind ebenfalls einzubeziehen. Erfasst sind etwa Beschäftigte mit pflegebedürftigen Familienangehörigen oder Personen mit gesundheitlichen Einschränkungen, die noch nicht das Ausmaß einer »Behinderung« im Sinne des Schwerbehindertengesetzes erreichen<sup>14</sup>.

## 2. Rechtsfolgen

- 14 Den so umschriebenen Problemgruppen muß eine »begründete Aussicht auf eine neue Stelle im öffentlichen Dienst« geboten werden. Dies sei bei der Besetzung von Stellen angemessen zu berücksichtigen. Fortbildungs- und Umschulungsangebote würden für sich allein nicht ausreichen<sup>15</sup>.
- 15 Welche Maßnahmen zu treffen sind, um eine »begründete Aussicht auf eine neue Stelle« zu schaffen, sagt das Gericht nicht. Das Urteil erlaubt lediglich den Rückschluß, daß es sich um eine **sehr deutliche Verbesserung der Chancen** handeln muß, da kurz zuvor (zutreffend) betont wird, die Chance der Problemgruppen, einen neuen Arbeitsplatz zu finden, sei »sehr gering«. Auch soll es ersichtlich nicht nur um eine Verbesserung des »Arbeitskräfteangebots« durch Weiterbildung usw., sondern

13a Ebenso im Ergebnis Beitrag von *Schmalz* in diesem Band, S. 113f.

14 Zu dieser Problemgruppe s. *Däubler* (Fn. 10), S. 676.

15 So das Urteil unter C III 3 d cc der Gründe (s. Anhang).

um eine veränderte Prioritätensetzung beim Verhalten der Einstellungsbehörden gehen. Schließlich wird deutlich, daß die Sechs-Prozent-Quote des Schwerbehindertengesetzes nicht ausreicht – andernfalls hätte man die Schwerbehinderten nicht gesondert hervorheben müssen, sondern auf die für sie geltenden Schutznormen verweisen können.

»Begründete Aussicht« auf einen neuen Arbeitsplatz besteht nur dann, wenn der Interessent von diesem Kenntnis hat. Die Betroffenen sind daher von allen neu zu besetzenden Stellen zu **informieren**, für die sie ihrer Qualifikation und ihrer bisherigen Tätigkeit nach möglicherweise in Betracht kommen<sup>16</sup>. Was die Einstellungsentscheidung selbst betrifft, so wäre eine **Quote** wünschenswert, die beispielsweise 40 % der neuen Stellen den »Problemgruppen« vorbehält – entsprechend war man nach 1949 bei der Wiederverwendung früherer Beamter verfahren, wobei man zu Recht nicht nur auf einen bestimmten Prozentsatz an Stellen, sondern auch auf einen bestimmten Prozentsatz des Besoldungsaufwands abstellte<sup>17</sup>. Eine entsprechende Regelung könnte durch den Gesetzgeber, aber auch durch die Tarifparteien getroffen werden. Zulässig wäre weiter eine **Dienstvereinbarung**, die auf der Grundlage des § 76 Abs. 2 Nr. 8 BPersVG bzw. PersVG-DDR Einstellungsrichtlinien festlegt, die innerhalb eines bestimmten quantitativen Rahmens den Problemgruppen den Vorrang einräumen.

Fehlt eine solche normative Konkretisierung, muß man notfalls jede einzelne Einstellungsentscheidung dahingehend überprüfen, ob sie den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts ausreichend Rechnung getragen hat. Dies bedeutet, daß bei vergleichbarer Qualifikation **in der Regel** die Angehörigen der Problemgruppe eingestellt werden müssen. Die öffentliche Hand ist in ihrem Ermessen insoweit gebunden, es trifft sie eine nachwirkende Fürsorgepflicht<sup>18</sup>. Die Situation ist vergleichbar mit der nach lösender Aussperrung: Dort ist der Arbeitgeber verpflichtet, in Anlehnung an den Rechtsgedanken der sozialen Auswahl nach § 1 Abs. 3 KSchG nur nach sachlichen, die Situation des ehemaligen Beschäftigten einbeziehenden Grundsätzen zu entscheiden<sup>19</sup>. Dabei dürfte besonders stark benachtei-

16 Beitrag III 3 von *Preis* in diesem Band.

17 §§ 12, 13 des Gesetzes zur Regelung der Rechtsverhältnisse der unter Art. 131 des GG fallenden Personen v. 11. 5. 1951 (BGBl. I S. 307).

18 *Preis* (Fn. 16), Rn. 9.

19 *BAG*, AP Nr. 43 zu Art. 9 GG Arbeitskampf Bl. 12. Die Tatsache, daß die

ligten Angehörigen der Problemgruppen der Vorrang vor weniger Betroffenen zukommen<sup>20</sup>.

- 18 Werden diese Grundsätze im Einzelfall verletzt, kann der zu Unrecht abgewiesene Bewerber auf Einstellung klagen. Im Einzelfall wird der Erlaß einer einstweiligen Verfügung hilfreich sein. Auch ist das Mitbestimmungsrecht des Personalrats nach § 75 Abs. 1 Nr. 1 BPersVG bzw. PersVG-DDR zu beachten<sup>21</sup>.
- 19 Die bevorzugte Berücksichtigung bei der Einstellung entfällt bei solchen Personen, denen nach Kap. XIX Sachgebiet A Abschnitt III Nr. 1 Abs. 5 der Anlage I zum Einigungsvertrag wegen Verletzung der Menschenrechte oder wegen Stasi-Mitarbeit fristlos gekündigt werden kann. Dieser vom Gericht ausdrücklich gemachte Vorbehalt ist sachgerecht und verdeutlicht zugleich, daß andere, weniger gravierende politische Verhaltensweisen in der Vergangenheit der Wiedereinstellung nicht entgegenstehen.

#### IV. Pflicht zu Weiterqualifizierungsmaßnahmen

- 20 Als weitere »Ausgleichsmaßnahme«, die den Eingriff in das Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 GG erst zumutbar macht, nennt das Bundesverfassungsgericht »Angebote für Fortbildung und Umschulung«. Diese dürften nicht mit dem Auslaufen der Arbeitsverträge (d.h. nach Ende der »Warteschleife«) enden. Die Betroffenen bei ihren Bemühungen um Wiedereingliederung in das Arbeitsleben zu unterstützen, bleibe »Aufgabe der Hoheitsträger, in deren Zuständigkeit die abgewickelten Einrichtungen geraten« seien<sup>22</sup>. Im übrigen müsse bei Betroffenen, denen formelle Qualifikationsnachweise nach dem nunmehr geltenden Recht fehlen würden, »nach ihren Fähigkeiten, Kenntnissen und Erfahrungen entschieden werden«.
- 21 Der Formulierung der Urteilsgründe nach beziehen sich diese Ausführungen nicht allein auf die Problemgruppen. Dies wird

lösende Aussperrung durch die jüngere Rechtsentwicklung überholt ist, spielt im vorliegenden Zusammenhang keine Rolle.

20 Vgl. auch die entsprechende Differenzierung in den §§ 5, 6, SchwbG.

21 Näher dazu unten Rn. 44 f.

22 BVerfG v. 24. 4. 1991 (abgedruckt im Anhang dieses Bandes) unter C III 3 d cc der Gründe.

nicht zuletzt an der eindringlichen Schilderung der Situation deutlich, in der sich die einzelnen nach dem Verlust ihres Arbeitsplatzes befinden<sup>23</sup>.

Was die inhaltliche Konkretisierung betrifft, so wird auch hier deutlich, daß mehr als das nach allgemeinem Recht, d.h. nach dem AFG Vorgesehene verlangt wird. Bemerkenswert ist insbesondere, daß es Aufgabe der für die abgewickelte Einrichtung zuständigen Hoheitsträger bleibt, sich um das Schicksal der früheren Beschäftigten zu kümmern. Art und Umfang der Maßnahmen stehen im Ermessen des Verwaltungsträgers: völlige Untätigkeit oder eine Beschränkung auf untaugliche Maßnahmen verpflichtet nach Amtshaftungsgrundsätzen zum Schadensersatz. Auch steht dem Betroffenen ein Erstattungsanspruch zu, wenn er sich in einer solchen Situation die geschuldete Leistung bei einem Privaten verschafft und dafür ein marktübliches Entgelt aufwenden muß<sup>24</sup>.

22

#### V. Rechtswidrige Abwicklungsentscheidungen

##### 1. Die Begrenzung auf den staatlichen Bereich

Im Erörterungstermin, den der Berichterstatter des Bundesverfassungsgerichts am 21. 2. 1991 in Berlin durchführte, waren sich alle Beteiligten darüber einig, daß die Regelungen des Einigungsvertrags über die Abwicklung von Einrichtungen nur für den **staatlichen** Bereich gelten. Landkreise und Kommunen

23

23 BVerfG, a.a.O.: »Besonders hart ist für zahlreiche Betroffene die Entwertung ihrer bisherigen Qualifikation. Um in einer rechtsstaatlichen Verwaltung mit anderen Aufgaben und anderer Zielsetzung weiterarbeiten zu können, müssen sie umlernen. Vielen bleibt nichts anderes übrig, als sich um Arbeitsplätze in der freien Wirtschaft zu bemühen. Das erfordert eine eher noch tiefergreifende Umstellung. Unter dem Druck von Arbeitslosigkeit und Existenznot sind diese Zwänge besonders schwer zu ertragen. Sie können Selbstwertgefühl und Persönlichkeit beeinträchtigen. Diese Folgen der angegriffenen Regelung sind nur zumutbar, wenn den Betroffenen wirksam geholfen wird, ihre Lage zu meistern.«

24 Der zuständige Hoheitsträger muß die Gewährung eines entsprechenden Fortbildungsangebots sicherstellen. Vgl. den Parallelfall der Gesetzlichen Krankenkassen, die für eine ausreichende Krankenversorgung einstehen müssen – tun sie dies nicht und verschafft sich der Versicherte die Leistung anderweitig (z.B. bei privaten Heilbehandlern), besteht nach BSGE 53, 144 ff. ein Anspruch auf Kostenerstattung.

sind nicht erfaßt, da insoweit kein Wechsel des Arbeitgebers eingetreten ist. Auch der Vertreter der Bundesregierung bekannte sich ausdrücklich zu dieser Auffassung. Gleichwohl erklärte **Abwicklungen kommunaler Einrichtungen** sind deshalb **rechtswidrig**<sup>24a</sup>.

- 24 Ändert sich aufgrund des neuen Rechts die Zuständigkeit, werden etwa Einrichtungen der Landkreise von den Gemeinden übernommen, liegt ein Fall der Funktionsnachfolge vor<sup>25</sup>. Mangels gegenteiliger gesetzlicher Regelungen führt sie zum automatischen Übergang der Arbeitsverhältnisse auf den neuen Rechtsträger<sup>26</sup>. Entsprechendes hatte das BAG z.B. im Verhältnis zu einem nach 1945 neu gegründeten Landesverband des Deutschen Roten Kreuzes angenommen, der Rote-Kreuz-Aufgaben einer vor 1945 bestehenden Landesstelle des damaligen DRK fortgeführt hatte<sup>27</sup>. Selbst die Tatsache, daß die Tätigkeit einige Jahre unterbrochen war, blieb im Ergebnis ohne Bedeutung<sup>28</sup>.

## 2. Reale oder scheinbare Abwicklung

- 25 Die Beschwerdeführer und der DGB hatten im Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht zahlreiche Fälle namhaft gemacht, in denen das Mittel der Abwicklung für andere Zwecke als für die definitive Auflösung einer vorhandenen Organisation eingesetzt wurde. Das Bundesverfassungsgericht hatte zu prüfen, ob die Regelungen des Einigungsvertrags derartige – weithin **willkürliche** – Entscheidungen abdecken; wäre dies der Fall, hätte ein rechtsstaatswidriger Eingriff in das Grundrecht der Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG vorgelegen. Das Gericht entschied, daß dem Einigungsvertrag sehr wohl konkrete Anforderungen an eine korrekte Abwicklungsent-

24a Ebenso *Schmalz* (Fn. 13 a), Rn. 20.

25 Zu diesem Begriff, der insbes. in der Zeit nach 1945 eine wichtige Rolle spielte, s. *Helmut Däubler*, NJW 1954, 5 ff.

26 Näher zur entsprechenden Problematik in Bereichen, die nicht vom Gesetz zu Art. 131 GG erfaßt waren, *BAG AP Nr. 1 ff. zu § 419 BGB Funktionsnachfolge*. Zur entsprechenden Problematik im Kommunalrecht der alten Bundesrepublik s. *Hanau*, Die arbeitsrechtliche Bedeutung der öffentlich-rechtlichen Funktionsnachfolge. Ein Rechtsgutachten, erstattet für die Gewerkschaft ÖTV, 1979.

27 *BAG, AP Nr. 1 zu § 419 BGB Funktionsnachfolge*.

28 Das Gesetz zu Art. 131 GG hatte für den öffentlichen Dienst im eigentlichen Sinn allerdings eine Sonderregelung getroffen, so daß der Rückgriff auf die Rechtsfigur der Funktionsnachfolge ausschied.

scheidung zu entnehmen seien; der verwendete Begriff und der Regelungszusammenhang seien hinreichend präzise. »**Mißbräuchen**« – so wird unter Bezugnahme auf das Vorbringen der Beschwerdeführer und des DGB gesagt – könne mit den üblichen gerichtlichen Mitteln begegnet werden<sup>29</sup>.

Die Abwicklung einer Einrichtung setze ihre **Auflösung** voraus. Als Parallele werden der handelsrechtliche Sprachgebrauch sowie Art. 130 Abs. 1 Satz 2 GG herangezogen, der die »Überführung« und »Abwicklung« von Einrichtungen regelt, die bei Inkrafttreten des Grundgesetzes im Jahre 1949 vorhanden waren. Von »Auflösung« könne nur die Rede sein, wenn die Einrichtung »als organisatorische Einheit nicht mehr fortbestehe«. Diese Voraussetzung sei beispielsweise dann nicht erfüllt, wenn die Einrichtung lediglich auf einen anderen Hoheitsträger übergeleitet werde. Die Abwicklung könne sich im übrigen auch auf »Untereinheiten« einer Einrichtung beziehen, »sofern sie organisatorisch abgrenzbare Funktionseinheiten darstellen«<sup>30</sup>. Der als Mittel der Eingrenzung weiter genannte »Regelungszusammenhang« wird im Gegensatz zum »Begriff« nicht näher expliziert; vermutlich meint das Gericht den Zweck der Regelung, der darin gesehen wird, eine moderne, effiziente und an rechtsstaatlichen Grundsätzen ausgerichtete Verwaltung zu schaffen.

Versucht man, aus diesen Festlegungen konkrete Konsequenzen zu ziehen, so lassen sich mindestens drei **Mißbrauchsfälle** eindeutig bestimmen.

- Die Einrichtung (z.B. ein Theater oder ein Tierpark) wird »abgewickelt«, faktisch jedoch als GmbH fortgeführt. Hier wechselt nur der Rechtsträger, die Organisation bleibt erhalten. Daß dieser nicht hoheitlich tätig wird, ist ohne Bedeutung. Eine Änderung der Rechtsform des Arbeitgebers kann niemals einen Personalabbau rechtfertigen.
- Keine »Abwicklung« liegt weiter dann vor, wenn quer durch alle Abteilungen jeder Zweite oder jeder Dritte die Mitteilung erhält, die Einrichtung würde abgewickelt: Hier wird keine Organisation aufgelöst, sondern allein das Personal »ausgedünnt«<sup>31</sup>. Genau dies ist aber nicht Sinn der Regelung

29 Unter C III 3 b der Gründe.

30 Ebenda.

31 Ohne Bedeutung ist, aus welchen Gründen nur ein Teil der Beschäftigten in die »Warteschleife« geschickt wurde: Auch wenn ein schlichtes Verwaltungsversetzen vorlag und irrtümlich nicht alle Betroffenen informiert wurden, ist

über die sog. Warteschleife; für solche Fälle ist der Arbeitgeber allein auf sein (durchaus großzügig bemessenes) Kündigungsrecht verwiesen.

- Keine Auflösung einer »organisatorischen Einheit« liegt schließlich dann vor, wenn zwar alle Mitarbeiter in die »Warteschleife« geschickt werden, wenn sich jedoch aus Erklärungen politischer Instanzen oder aus den Umständen ergibt, daß die Einrichtung mit neuem Personal fortgeführt werden soll. Der Personenaustausch ist ebensowenig wie die »Ausdünnung« über eine Abwicklung erreichbar. Erst recht gilt dies dann, wenn ein Teil der »abgewickelten« Beschäftigten zunächst einen befristeten Arbeitsvertrag erhält, um dann nach 6 oder 12 Monaten endgültig (wenn auch meist zu schlechteren Bedingungen) weiterarbeiten zu können: Eine Einrichtung wird dann in Wahrheit »fortgeführt«, wenn sie dieselben oder ähnliche Aufgaben wie bisher erfüllt. Werden im selben Gebäude mit denselben Mitteln dieselben Schüler oder Studenten unterrichtet, liegt auch dann eine »Fortführung« vor, wenn sich die Lehrinhalte ändern: Eine Schule verliert ihre Identität nicht dadurch, daß Englisch statt Russisch und »Gemeinschaftskunde« statt Marxismus-Leninismus unterrichtet wird. Auch ein neuer Name ändert daran nichts: Eine »Sektion für Rechtswissenschaft« bleibt als organisatorische Einheit auch dann erhalten, wenn nunmehr von einem »Fachbereich« oder einer »Fakultät« die Rede ist. Entscheidend ist letztlich die wahrgenommene Aufgabe, also hier: Ausbildung und Forschung. Ganz ähnlich wird im Bereich der gewerblichen Wirtschaft verfahren: Ein Dienstleistungsbetrieb behält dann seine Identität (mit der Folge, daß die Arbeitsverhältnisse nach § 613 a BGB auf den Erwerber übergehen), wenn der Kundenkreis im wesentlichen derselbe bleibt, auch wenn sich die Art und Weise der Unternehmensführung in aller Regel ändern wird<sup>32</sup>. Daß der Personenaustausch als solcher nichts am Bestehen der Organisationseinheit »Betrieb« ändert, ist sowieso selbstverständlich: Andernfalls könnte § 613 a BGB gerade in den besonders gravierenden Fällen durch massiven Personalabbau umgangen werden.

28 Weitere Mißbrauchsfälle sind sicherlich denkbar. Rechtswidrig

eben keine wirksame Abwicklung angeordnet worden: § 41 VwVfG setzt die Bekanntgabe an alle Betroffenen voraus.

32 BAG, BB 1985, 1794; s. weiter LAG Berlin, BB 1984, 472.

ist auch eine Abwicklung, die erst nach dem 3. Januar 1991 wirksam werden sollte: Die amtliche Fußnote zu Kap. XIX Sachgebiet A Abschnitt III Nr. 1 Abs. 2 der Anlage I zum EV sieht die Drei-Monats-Frist nach dem 3. 10. 1990 als Ausnahme, die nicht weiter als ihrem eindeutigen Wortlaut nach ausgedehnt werden kann. Eine »Abwicklung zum 1. März« ist daher nicht möglich. Dahinter steht die Erwägung, daß die Abwicklung einen schnellen Umbau bewirken soll – die Benutzung des normalen arbeitsrechtlichen Instrumentariums würde nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts sehr viel mehr Zeit in Anspruch nehmen<sup>33</sup>. Ist dem aber so, wäre es inkonsequent, dieses Mittel nicht nur für einen kurz bemessenen Übergangszeitraum zuzulassen. Weiter muß die Abwicklungsentscheidung den Betroffenen umgehend mitgeteilt werden; wer sein Gehalt für Januar 1991 ohne Vorbehalt ausbezahlt bekam, kann darauf vertrauen, nicht in die Abwicklung einbezogen zu werden. Nur ergänzend sei noch darauf hingewiesen, daß auch nicht jede an sich rechtmäßige Abwicklungsentscheidung ihr Ziel erreicht: Wird beispielsweise trotz erklärter Abwicklung weitergearbeitet, als wäre nichts geschehen, greift § 625 BGB ein und es entsteht ein unbefristetes Arbeitsverhältnis.

Eine einmal erklärte Abwicklung kann wieder zurückgenommen werden; das Arbeitsverhältnis würde in diesem Fall »reaktiviert«.

### 3. Prozessuale Durchsetzung

Relativ ungeklärt ist die Frage, auf welche Weise eine rechtswidrige Abwicklungsentscheidung aus der Welt geschafft werden kann. Das Bundesverfassungsgericht verweist lediglich auf die Kompetenz der Fachgerichte, ohne sich zu konkreten Zuständigkeiten zu äußern.

Dreh- und Angelpunkt ist die Frage, wie die Abwicklungsentscheidung rechtlich im einzelnen zu qualifizieren ist. Dabei bestehen drei Möglichkeiten.

Man kann zum einen einen **Verwaltungsakt** annehmen. Dafür spricht die Aussage des Bundesverfassungsgerichts, die Abwicklungsentscheidung entfalte gegenüber den in der Einrichtung Beschäftigten »unmittelbare Rechtswirkungen«<sup>34</sup>. In der

33 BVerfG (Fn. 22) unter C III 3 d bb der Gründe. Das Gericht dürfte allerdings die Wirksamkeit von Kündigungsschutzklagen zu hoch einschätzen.

34 C III 3 b der Gründe.

Tat wird durch diesen Hoheitsakt eine Art Automatismus in Gang gesetzt, der zum Erlöschen der Arbeitsverhältnisse führt. Legt man dies zugrunde<sup>35</sup>, so greift § 43 Abs. 2 VwVfG ein, wonach auch ein rechtswidriger Verwaltungsakt so lange wirksam bleibt, bis er zurückgenommen oder vom Verwaltungsgericht rechtskräftig aufgehoben ist. Dies bedeutet, daß die Betroffenen Anfechtungsklage nach § 42 VwGO beim Verwaltungsgericht erheben müssen. Durch sie wird die Abwicklungsentscheidung nach § 80 Abs. 1 VwGO suspendiert<sup>36</sup>, so daß die Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis wieder voll wirksam werden. Die über die Abwicklung entscheidende Stelle kann ggf. die sofortige Vollziehung ihrer Entscheidung anordnen; die Betroffenen können sich dagegen mit einem Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO zur Wehr setzen. Eine arbeitsgerichtliche Klage, wonach das Arbeitsverhältnis fortbestehe, würde nicht genügen: Das Arbeitsgericht müßte die Abwicklungsentscheidung als solche wie ein »vorgegebenes Datum« behandeln und könnte deshalb – von den Fällen des Mutterschutzes einmal abgesehen – nicht zu einem positiven Ergebnis kommen. Anders wäre dies nur, wenn der Verwaltungsakt nach § 43 Abs. 3 VwVfG nichtig wäre; dies setzt allerdings einen sehr schweren und offenkundigen Rechtsverstoß voraus, der in aller Regel nicht vorliegen wird<sup>37</sup>.

- 33 Denkbar ist zum zweiten, daß man die Abwicklungsentscheidung als **Rechtsverordnung** qualifiziert. Dafür könnte die Parallele zu Art. 130 Abs. 1 Satz 2 GG sprechen, wo in der Tat von diesem Mittel Gebrauch gemacht wurde<sup>38</sup>. Prozessual hätte dies zur Folge, daß eine arbeitsgerichtliche Klage genügen würde: Erweist sich eine Verordnung als rechtswidrig, ist sie außer Anwendung zu lassen, sie besitzt nicht dasselbe Maß an »Festigkeit« wie ein Verwaltungsakt.
- 34 Als dritte Variante kommt schließlich die Annahme einer **Verwaltungsanordnung** oder einer **anderen innerorganisatorischen Maßnahme** in Betracht. Ist sie rechtswidrig, greift § 43 Abs. 2 VwVfG gleichfalls nicht ein; die Arbeitsgerichte könnten die Rechtswidrigkeit der Abwicklung inzidenter feststellen.

35 Für die Annahme eines Verwaltungsakts auch der Beitrag von Preis in diesem Band Rn. 5.

36 Stelkens/Bonk/Leonhardt, VwVfG, Kommentar, 3. Aufl. 1990, § 35 Rn. 174. 37 Ebenda.

38 Näher dazu Zieger in v. Münch (Hrsg.), GG-Kommentar, Bd. 3, 2. Aufl. 1983, Art. 130 Rn. 13.

Eine **sichere Prognose**, wie sich die Rechtsprechung zu dieser Frage entwickeln wird, ist **nicht möglich**. Die Terminologie der Entscheidungsträger ist überdies uneinheitlich und wenig aussagekräftig. So hat etwa der Bundesminister für Post und Telekommunikation durch »Organisationsverfügung« entschieden, welche Ämter und Dienststellen in seinem Geschäftsbereich abgewickelt oder überführt werden<sup>39</sup>. Die Gesamtberliner Landesregierung hat eine »Entscheidung gemäß Art. 13 Abs. 1 Satz 4 Einigungsvertrag« in bezug auf die Hochschuleinrichtungen in den östlichen Bezirken Berlins getroffen<sup>40</sup>, während sich die Regierung des Landes Brandenburg mit einem »Beschluß« begnügte, der sich auf Art. 13 Abs. 1 Satz 4 und Satz 1 EV bezog<sup>41</sup>. Unter diesen Umständen ist zu empfehlen, die Abwicklungsentscheidung bei den Verwaltungsgerichten anzufechten<sup>42</sup> und gleichzeitig eine arbeitsgerichtliche Klage mit dem Ziel zu erheben, den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses feststellen zu lassen. Nur beim Verwaltungsgericht zu klagen, könnte problematisch sein, wenn es um die effektive Weiterbeschäftigung geht: Sie kann dort nicht eingeklagt werden. Nur das Arbeitsgericht einzuschalten, bringt ein vermeidbares Risiko, weil dieses ja der »Verwaltungsaktstheorie« folgen könnte.

Die verwaltungsgerichtliche Klage ist innerhalb eines Jahres nach Mitteilung der Abwicklungsentscheidung möglich, da keine Rechtsmittelbelehrung erteilt wurde (§ 58 Abs. 2 VwGO). Wurde – wie in der Regel – die Entscheidung von einer obersten Bundesbehörde oder von einer obersten Landesbehörde erlassen, entfällt gemäß § 68 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 VwGO das ansonsten vorgeschaltete Widerspruchsverfahren. Die arbeitsgerichtliche Klage ist an keine bestimmte Frist gebunden, doch darf nicht durch allzu langes Zuwarten der Eindruck erweckt werden, man wolle die Sache auf sich beruhen lassen: In einem solchen Fall träte Verwirkung ein<sup>43</sup>.

39 ABl. der Deutschen Bundespost v. 1. 10. 1990, S. 1444.

40 GEW-Dokumentation »Abwicklung und Überleitung der Hochschulen in den 5 neuen Bundesländern und Berlin/Ost«, hrsg. von Köhler, April 1991, S. 4.

41 A.a.O., S. 8

42 Klagt ein Betroffener, sind die übrigen beizuladen. In der Regel wird eine sog. notwendige Beiladung nach § 65 Abs. 2 VwGO vorliegen.

43 Zur Verwirkung des Klagerechts bei unzulässiger Befristung s. KR-Hillebrecht, § 620 BGB Rn. 233 ff. Die dort entwickelten zeitlichen Grenzen können angesichts der komplizierten und unübersichtlichen Rechtslage bei der Abwicklung nicht hierher übertragen werden.

- 37 Erweist sich die Abwicklung als rechtswidrig, besteht das Arbeitsverhältnis je nach »Abwicklungszuständigkeit« zum Bund bzw. zum Land<sup>44</sup>. Die Zuordnung erfolgt in gleicher Weise wie in den Fällen, in denen erst zwischen 3. 10. 1990 und 3. 1. 1991 über die Abwicklung entschieden wurde. Die Situation ist dieselbe wie bei jenen Beschäftigten, die mit Rücksicht auf das Mutterschutzrecht von vornherein aus der Warteschleife ausgenommen wurden<sup>45</sup>. Die Kündigung durch den Arbeitgeber ist in gleicher Weise wie bei jenen Arbeitnehmern möglich, deren Einrichtungen nicht von einer Abwicklung betroffen waren.

#### 4. Sonderprobleme: Abwicklung eines Teils einer Einrichtung

- 38 Wird ein organisatorisch selbständiger Teil einer Einrichtung wie z.B. ein Hochschulinstitut abgewickelt, ergeben sich eine Reihe spezifischer Konsequenzen.
- 39 Unterstellt man zunächst eine rechtmäßige Abwicklung, so kann im Einzelfall zweifelhaft sein, wie der betroffene Personenkreis genau abzugrenzen ist. So ist denkbar, daß einzelne Beschäftigte sowohl für den abgewickelten als auch für den nicht abgewickelten Teil der Einrichtung tätig waren. Beim Parallelproblem der Veräußerung eines Betriebsteils wird darauf abgestellt, wo überwiegend gearbeitet wurde<sup>46</sup>. Insoweit dürfte das Ausmaß der anfallenden Arbeit maßgebend sein. Wer unter mutterschutzrechtliche Normen fällt, ist auch hier von der Abwicklung ausgenommen. Bei Personalratsmitgliedern ist § 15 Abs. 5 KSchG entsprechend anzuwenden; die Unabhängigkeit der Interessenvertretung verlangt, daß sie wenn irgend möglich in einem anderen Teil der Dienststelle weiterbeschäftigt werden<sup>47</sup>. Betroffene, die zu einer der Problemgruppen gehören, können die oben skizzierten Rechte geltend machen<sup>48</sup>.
- 40 Erweist sich die Abwicklung als rechtswidrig, sind die Betroffenen weiter zu beschäftigen. Kündigungen sind (nur) nach allge-

44 Zur Aufteilung der Kompetenzen nach Art. 13 EV s. etwa *Däubler*, PersR 1990, 313 sowie *Jeske*, ZTR 1990, 451ff.

45 Dazu o. Rn. 5ff. Dies bedeutet insbesondere Gehaltsnachzahlung.

46 BAG, DB 1983, 50.

47 Ob dabei ggf. ein Arbeitsplatz durch Kündigung freigemacht werden muß, richtet sich nach den Umständen des Einzelfalls – Nachweise bei KR-*Etzel*, § 15 KSchG Rn. 126.

48 S.o. Rn. 9ff.

meinen Grundsätzen möglich, was sich insbesondere zugunsten der sogenannten Problemgruppen auswirkt.

## VI. Die Fortsetzung der Arbeitsverhältnisse mit der Bundesrepublik bzw. den neuen Bundesländern

Die Tatsache, daß die Bundesrepublik **Rechtsnachfolgerin** der ehemaligen DDR in ihrer Funktion als Arbeitgeberin ist<sup>49</sup>, hat zur Folge, daß übernommene Arbeitnehmer zu den bisherigen Bedingungen weiter beschäftigt werden. Im Bereich ihrer Kompetenzen setzen die neuen Bundesländer die Arbeitsverhältnisse mit den Beschäftigten fort<sup>50</sup>. Auch die Formulierung des Einigungsvertrags spricht für eine Beschäftigungskontinuität<sup>51</sup>. Dies bedeutet insbesondere, daß dort, wo es auf reine Beschäftigungszeiten ankommt, auch die früher geleistete Arbeit in vollem Umfang berücksichtigt wird. Wer etwa seit 20 Jahren im öffentlichen Dienst beschäftigt ist, kann nach § 55 Abs. 2 AGB nur mit einer Frist von 3 Monaten zum Quartalsende gekündigt werden. Greift der BAT-O ein, beträgt die Frist nach einer Beschäftigungszeit von mindestens 12 Jahren 6 Monate zum Quartalsende (§ 53 Abs. 2). Dieselbe Regelung findet sich in § 57 Abs. 2 MT Arb-O, der auf Arbeiter des öffentlichen Dienstes Anwendung findet. Hier sind offensichtlich auch die Tarifparteien davon ausgegangen, daß entgegen manchen Auffassungen die Arbeitsverhältnisse keineswegs am 3. 10. 1990 neu entstanden waren.

Davon zu unterscheiden ist die weitere Frage, wie die in der Vergangenheit geleistete Arbeit in den heute geltenden Tarifverträgen bewertet wird. Eine neuere Entscheidung des BAG<sup>52</sup> geht erstaunlicherweise davon aus, daß eine ärztliche Tätigkeit in der früheren DDR nicht anerkannt werden könne, da sie nicht unter dem Recht der Bundesrepublik erbracht worden sei. Im Zeitalter der EG-weiten Anerkennung der Diplome er-

49 *BVerfG* (Fn. 1) unter C III 2 der Gründe.

50 Art. 13 Abs. 1 Satz 5 EV i.V.m. § 22 des Ländereinführungsgesetzes v. 22. 7. 1990.

51 Kap. XIX Sachgebiet A Abschnitt III Nr. 1 Abs. 1 sowie die Verweisung darauf in Abs. 2 und Abs. 3.

52 BB 1991, 712.

scheint dies als Anachronismus – zumal es nicht um eine »systemgeprägte« Tätigkeit ging. Wichtig ist, auch in diesem Zusammenhang die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts heranzuziehen: Dort wird ausdrücklich betont, daß bei Betroffenen, »denen formelle Qualifikationsnachweise nach dem nunmehr geltenden Recht fehlen, über ihre Eignung nach ihren Fähigkeiten, Kenntnissen und Erfahrungen entschieden werden muß«<sup>53</sup>. Diese Vorgabe hat das BAG nicht beachtet; statt auf die Approbation nach der Bundesärztleistungsordnung zu fragen, hätte es auf die tatsächliche Tätigkeit und die mit ihr verbundenen Leistungen abstellen müssen. Bei Tarifverträgen, die nach dem 3. 10. 1990 abgeschlossen wurden, stellt sich überdies das Problem, daß eine reduzierte Anrechnung früherer Beschäftigungszeiten im Hinblick auf die These der Bundesregierung erfolgt sein dürfte, alle Arbeitsverhältnisse seien mit dem 3. 10. 1990 neu entstanden: Diese Geschäftsgrundlage ist nunmehr weggefallen, was eine Kündigung der entsprechenden Tarifklausel und Neuverhandlungen rechtfertigt<sup>54</sup>.

## VII. Handlungsmöglichkeiten der Personalräte

- 43 Was können Personalräte tun, um in ihrem Einflußbereich dafür zu sorgen, daß das Urteil des Bundesverfassungsgerichts beachtet wird? Auch wenn weder das BPersVG noch das PersVG-DDR<sup>55</sup> in entscheidenden Fragen wirkliche Mitbestimmung gewähren, kann die Haltung des Personalrats gleichwohl großes Gewicht besitzen. Im einzelnen sind drei Konstellationen zu unterscheiden.

### 1. Personalräte in weitergeführten Dienststellen

- 44 Wurde die Dienststelle, in der der Personalrat gewählt wurde, von jeder Abwicklungsentscheidung verschont, kann der Personalrat nur im Rahmen von **Neueinstellungen** aktiv werden. Nach § 68 Abs. 2 BPersVG bzw. PersVG-DDR hat er An-

<sup>53</sup> C III 3 a.E.

<sup>54</sup> Vgl. *Däubler/Hege*, Tarifvertragsrecht, 2. Aufl. 1981, Rn. 658.

<sup>55</sup> Zur Frage, welches der beiden Gesetze anzuwenden ist, s. *Däubler* (Fn. 5), S. 486f.

spruch darauf, daß ihm die Bewerbungsunterlagen aller Bewerber vorgelegt werden<sup>56</sup>. Sein in § 75 Abs. 1 Nr. 1 BPersVG bzw. PersVG-DDR garantiertes Mitbestimmungsrecht wird allerdings an anderer Stelle entscheidend eingeschränkt: § 70 Abs. 2 BPersVG schließt aus, daß der Personalrat die Einstellung einer bestimmten Person über die Einigungsstelle erzwingt, § 77 Abs. 2 BPersVG (= § 77 Abs. 2 PersVG-DDR) reduziert die »Mitbestimmung« auf das Recht, unter bestimmten Voraussetzungen die Zustimmung zu verweigern. Von Bedeutung ist im vorliegenden Zusammenhang insbesondere § 77 Abs. 2 Nr. 1 BPersVG (= § 77 Abs. 2 Nr. 1 PersVG-DDR), wonach der Personalrat ein Veto einlegen kann, wenn die Maßnahme gegen ein Gesetz oder eine gerichtliche Entscheidung verstößt. Werden beispielsweise Problemgruppen im Sinne der BVerfGE-Entscheidung nicht oder nicht ausreichend berücksichtigt, so wäre ein solcher Fall gegeben. Als Parallele kann auf eine (zum inhaltlich übereinstimmenden § 99 BetrVG ergangene) BAG-Entscheidung verwiesen werden, wonach ein Betriebsrat einer geplanten Einstellung mit der Begründung widersprechen kann, der Arbeitgeber habe sich nicht ausreichend um schwerbehinderte Bewerber bemüht<sup>57</sup>. Sind Einstellungsrichtlinien nach § 76 Abs. 2 Nr. 8 BPersVG (= § 76 Abs. 2 Nr. 8 PersVG-DDR) zustande gekommen, rechtfertigt ein Verstoß des Dienststellenleiters gleichfalls die Zustimmungsverweigerung nach § 77 Abs. 2 Nr. 1 BPersVG (= § 77 Abs. 2 Nr. 1 PersVG-DDR).

45 Wurde ein Teil der Dienststelle abgewickelt, kann eine **Beteiligung in organisatorischen Angelegenheiten** in Betracht kommen<sup>58</sup>. Weiter hat der Personalrat nach § 68 Abs. 1 Nr. 2 BPersVG (= § 68 Abs. 1 Nr. 2 PersVG-DDR) die Aufgabe, darüber zu wachen, daß die zugunsten der Beschäftigten geltenden Gesetze usw. beachtet werden. Dies gibt ihm das Recht, gegen eine mißbräuchliche Abwicklung (die u.a. das KSchG umgeht) zu protestieren: sobald die Entscheidung einer größeren Anzahl von Personen bekannt ist, kann er dies auch öffentlich tun<sup>59</sup>.

<sup>56</sup> Näher *Hindinger*, PersR 1991, 130f.

<sup>57</sup> BAG, DB 1990, 636.

<sup>58</sup> Näher dazu *Vohs*, PersR 1990, 352ff.

<sup>59</sup> Die Geheimhaltungspflicht des § 10 BPersVG erstreckt sich nicht auf offenkundige Tatsachen – näher *Grabendorff/Windscheid/Illbert/Widmaier*, BPersVG mit Wahlordnung, 7. Aufl. 1991, § 10 Rn. 18.

### 2. Interessenvertretungen in abgewickelten Einrichtungen

- 46 Nach § 116 b PersVG-DDR waren die ersten Personalratswahlen in der Zeit vom 13. 8. bis 12. 10. 1990 durchzuführen. Dies galt nicht für Dienststellen, die zur Auflösung vorgesehen waren. Bestanden dort geheim und nach demokratischen Grundsätzen von der Mehrheit der Beschäftigten gewählte Interessenvertretungen, bleiben diese so lange im Amt, wie noch Personalratsaufgaben (z.B. Abschluß eines Sozialplans) zu erledigen sind. Die grundsätzliche Gleichstellung mit einem Personalrat ergibt sich aus der entsprechenden Anwendung der auf Betriebsräte bezogenen Verordnung vom 11. 7. 1990<sup>60</sup>: Ihr Grundgedanke, keine Vertretungslücke entstehen zu lassen, gilt auch hier<sup>61</sup>. Weiter ist anerkannt, daß bei »Stilllegungen« und »Abwicklungen« ein sogenanntes **Restmandat** der bisherigen Interessenvertretung besteht<sup>62</sup>, um so die noch verbleibenden Aufgaben sachgerecht und unter Einschaltung des Belegschaftsinteresses bewältigen zu können. Bei rechtmäßiger Abwicklung wird es allerdings meist nur darum gehen, die Interessen befristeter Weiterbeschäftigter zu vertreten und sich um diejenigen zu kümmern, die den mutterschutzrechtlichen Vorschriften unterliegen.

### 3. Interessenvertretungen in scheinbar abgewickelten Einrichtungen

- 47 Erweist sich die ausgesprochene Abwicklung als rechtswidrig, so wird die Suspendierung der Arbeitsverhältnisse rückgängig gemacht. Bestand nur eine »vorläufige Interessenvertretung« im eben beschriebenen Sinn, ist schnellstens ein Personalrat zu wählen: Die Tatsache, daß die Frist für die Wahl bereits abgelaufen ist, steht ihrer Nachholung nicht entgegen. Besteht Streit um die Rechtmäßigkeit der Abwicklung, kann ggf. im Rahmen des Wahlverfahrens eine verwaltungsgerichtliche Klärung herbeigeführt werden.

60 GBl. I S. 715, aufrechterhalten durch Kap. VIII Sachgebiet A Abschnitt III Nr. 4 der Anlage II zum EV.

61 Däubler (Fn. 5), S. 487.

62 Dazu eingehend Biebl, Das Restmandat des Betriebsrats nach Betriebsstilllegung, 1991. Zur Anerkennung des sog. Restmandats durch den Gesetzgeber im Falle des Spaltungsgesetzes s. Engels, DB 1991, 966.

### VIII. Auswirkungen auf den Kündigungsschutz

Das BVerfG hatte keinen Anlaß, sich zu der Frage zu äußern, ob die von ihm entwickelten Grundsätze zum Mutterschutz und zur Behandlung von Problemgruppen auch für die Handhabung der Sonderkündigungsgründe nach Kap. XIX Sachgebiet A Abschnitt III Nr. 1 Abs. 4 maßgebend sind. Aus dem Gesamtzusammenhang des Urteils wird jedoch deutlich, daß die Abwicklung mit Recht als schnellere und »schärfere« Maßnahme – verglichen mit Kündigungen – angesehen wird. Sozialstaatliche Sicherungen, die sogar im Rahmen der Abwicklung zu respektieren sind, dürfen deshalb bei Kündigungen erst recht nicht außer acht gelassen werden. Daraus folgt insbesondere, daß der **Sonderkündigungsschutz** wegen Schwangerschaft und Elternschaft sowie wegen Schwerbehinderung **unberührt** bleibt. Die besseren Argumente sprechen überdies dafür, die Sonderkündigungstatbestände in Abs. 4 und 5 von Kap. XIX Sachgebiet A Abschnitt III Nr. 1 lediglich als Konkretisierung der durch § 1 Abs. 2 KSchG bzw. durch § 626 Abs. 1 BGB anerkannten Kündigungsgründe zu sehen. Dies hat zur Folge, daß die allgemeinen Regeln des Kündigungsschutzrechts Anwendung finden, wozu etwa die soziale Auswahl nach § 1 Abs. 3 KSchG und die 14-Tages-Frist des § 626 Abs. 2 BGB gehören<sup>63</sup>.

Nicht erörtert ist bislang die Frage, ob die Aussagen des Bundesverfassungsgerichts auch für die Kriterien von Bedeutung sind, die bei der sozialen Auswahl im Sinne des § 1 Abs. 3 KSchG zu berücksichtigen sind. Im Gegensatz zur bisherigen Praxis<sup>64</sup> bestimmt das Gericht die soziale Schutzbedürftigkeit ausschließlich von der Stellung auf dem Arbeitsmarkt her; lange Betriebszugehörigkeit spielt ersichtlich keine Rolle. Ob dies unmittelbar auf das geltende Kündigungsschutzrecht »durchschlagen« soll, wird man bezweifeln können, doch sollte die

63 S. Beitrag III 3 von Preis in diesem Band, Rn. 12 ff.; Stahlhacke/Preis, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 5. Aufl. 1990, Rn. 1379 ff.; Wank RdA 1991, 5; ebenso für § 626 Abs. 2 BGB ArbG Berlin, AuA 1991, 88; KreisG Schwerin-Stadt, BB DB 1991, 843 = DB 1991, 869; anders ArbG Berlin, DB 1991, 815. Die teilweise abweichende Auffassung (s. Däubler, Ratgeber Arbeitsrecht 1991, S. 482 ff.) wird mit Rücksicht auf die Entscheidung des BVerfG aufgegeben.

64 Zur sozialen Auswahl im einzelnen s. KR-Becker, § 1 KSchG Rn. 339–379; Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 6. Aufl. 1987, § 132I.

Karlsruher Entscheidung zur **Überprüfung** der bisherigen Maßstäbe anregen. Weiter könnte man auch daran denken, in den Fällen der umstellungsbedingten Kündigungen eine nachwirkende Fürsorgepflicht in der Richtung anzunehmen, daß Fortbildungs- und Umschulungsangebote gemacht werden müssen. Für die Betroffenen macht es ersichtlich wenig Unterschied, ob sie zu Jahresbeginn 1991 von einer Abwicklung betroffen oder ob ihre Dienststelle im ganz normalen Verfahren zum 30. 4. 1991 aufgelöst wurde.

### IX. Sonderregeln für den Wissenschaftsbereich

- 50 Art. 38 Abs. 1 EV sieht eine Begutachtung aller »öffentlich getragenen« wissenschaftlichen Einrichtungen in der früheren DDR durch den Wissenschaftsrat vor, die zum 31. Dezember 1991 abgeschlossen sein soll. Im übrigen gelten für die Universitäten die allgemeinen Regeln für den öffentlichen Dienst; von der Möglichkeit zur Abwicklung ist insbesondere bei rechts- und gesellschaftswissenschaftlichen Sektionen Gebrauch gemacht worden<sup>65</sup>. Für die Akademie der Wissenschaften enthält Art. 38 Abs. 2 und 3 eine spezielle Regelung.
- 51 Nach Abs. 2 wird die Akademie als »Gelehrtensozietät« von ihren Forschungsinstituten und sonstigen Einrichtungen getrennt. Über ihre Fortführung entscheiden die Länder. Die Forschungsinstitute bestehen »zunächst« bis zum 31. Dezember 1991 als Einrichtungen der Länder fort, »soweit sie nicht vorher aufgelöst oder umgewandelt werden«. Die Übergangsfrist ist daher erheblich länger als in den übrigen Teilen des öffentlichen Dienstes. Das genannte Enddatum dürfte allerdings in der Weise zu verstehen sein, daß mit seinem Ablauf die fraglichen Institute abgewickelt werden, sofern ihre Fortführung nicht ausdrücklich beschlossen wird.
- 52 Die Arbeitsverhältnisse der dort Beschäftigten werden bis 31. Dezember 1991 befristet (Art. 38 Abs. 3 EV). Anders als beim sonstigen öffentlichen Dienst ist somit keine Verwaltungsentscheidung mehr notwendig, um die bislang unbefristeten Arbeitsverhältnisse auslaufen zu lassen: Der Einigungsver-

65 S. die Dokumentation der GEW (Fn. 40).

trag ordnet selbst Entsprechendes an. Es liegt auf der Hand, daß dabei dieselben Grundsätze wie bei der sog. Warteschleife angewandt werden<sup>65a</sup>. Art 38 Abs. 3 muß verfassungskonform in der Weise interpretiert werden, daß unter Mutterschutz stehende Beschäftigte nicht erfaßt werden, daß die sogenannten Problemgruppen bevorzugt wieder einzustellen sind und daß spezielle Fortbildungs- und Umschulungsangebote gemacht werden müssen.

Bei der Abwicklung von Hochschuleinrichtungen wie auch von Forschungseinrichtungen der Akademie der Wissenschaften ist das Grundrecht aus Art. 5 Abs. 3 GG zu beachten. Dies kann einmal bedeuten, daß laufende wissenschaftliche Vorhaben nicht durch organisatorische Umstrukturierungen unmöglich gemacht werden dürfen<sup>66</sup>. Zum anderen darf die in Art. 38 Abs. 1 Satz 2 EV genannte »notwendige Erneuerung« nicht dazu führen, daß bestimmte wissenschaftliche Theorien systematisch benachteiligt oder gar aus dem Forschungsbetrieb ausgegrenzt werden<sup>67</sup>. Der Pluralismus wissenschaftlicher Überzeugungen und Theorien gehört zu den selbstverständlichen Elementen des durch Art. 5 Abs. 3 GG geschützten Freiheitsraumes<sup>68</sup>. Dabei ist besonders darauf zu achten, daß Personen, die in der Vergangenheit aus politischen Gründen benachteiligt wurden, nunmehr zum Zuge kommen können<sup>69</sup>.

53

### X. Gesamteinschätzung

Die Karlsruher Entscheidung hat den Umbau im öffentlichen Dienst der ehemaligen DDR »sozial verträglicher« gemacht. Härten, die der Einigungsvertrag als solcher mit sich gebracht hätte, werden gemildert. Gleichzeitig ist klargestellt, daß die

54

65a Ebenso Schmalz in diesem Band, Rn. 26.

66 Vgl. dazu den Fall der Auflösung der Westberliner Akademie der Wissenschaften durch Gesetz vom 17. 7. 1990 (GVBl. Berlin S. 1574), das in § 2 die Fortführung begonnener Vorhaben ausdrücklich zuließ. Nicht zuletzt im Hinblick darauf lehnte das BVerfG den Erlaß einer einstweiligen Anordnung gegen die Schließung ab (BVerfG, EuGRZ 1990, 560).

67 S. bereits BVerfGE 5, 85, 145 f., wonach die Theorie des Marxismus-Leninismus auch an Hochschulen gelehrt werden kann, soweit sie sich auf die Erarbeitung und Darstellung von Erkenntnissen beschränkt.

68 Vgl. etwa Scholz in Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, GG-Kommentar, Art. 5 Rn. 95, 112, sowie BVerfGE 35, 79, 113.

69 Vgl. Art. 17 EV.

Bürger der ehemaligen DDR grundsätzlich denselben verfassungsrechtlichen Status wie die Bürger der alten Bundesrepublik haben – die These der Bundesregierung, sie seien nur »nach Maßgabe des Einigungsvertrags« Grundrechtsträger geworden, wurde durch die Argumentation des Gerichts widerlegt. Auf verfassungsrechtlicher Ebene gibt es keine Bürger zweiter Klasse. Gleichzeitig muß man jedoch sehen, daß die sozialpolitischen Korrekturen des Bundesverfassungsgerichts keine »Selbstläufer« sind: Sie müssen insbesondere über die Arbeits- und Verwaltungsgerichte erst einmal durchgesetzt werden.

## Ulrich Preis

### 3. Die Kündigung von Arbeitsverhältnissen im öffentlichen Dienst der neuen Bundesländer\*

Inhaltsübersicht	Rn.
I. Einleitung .....	1, 2
II. Abwicklung oder Kündigung .....	3–9
1. Keine Wahlfreiheit zwischen Abwicklung und Kündigung .....	4, 5
2. Verfassungswidriger Eingriff in den Kündigungsschutz für Schwangere und Mütter .....	6, 7
3. Wiedereinstellungschance für sozial Schutzwürdige – aber wie? .....	8, 9
III. Das Kündigungsrecht .....	10–23
1. Grundsatz .....	11–15
2. Außerordentliche Kündigung .....	16, 17
3. Ordentliche Kündigung .....	18–21
4. Kündigungsfristen .....	22
5. Prozessuale Fragen .....	23
IV. Abberufung .....	24

#### I. Einleitung

Die Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes der ehemaligen DDR haben nicht schon deshalb ihre Arbeitsplätze verloren, weil mit dem Beitritt zur Bundesrepublik ihr ursprünglicher Vertragspartner, die DDR, untergegangen ist. Der Einigungsvertrag selbst läßt erkennen, daß Bund und Länder in die bestehenden Arbeitsverhältnisse eintreten sollten (Anlage I Kapitel XIX Sachgebiet A Abschnitt III Nr. 1 Abs. 2). Insoweit ist

\* Dieser Beitrag wurde mit leichten redaktionellen Änderungen entnommen aus PersR 1991, 201 ff.