

Monika Wulf-Mathies (Hrsg.)

»Warteschleife« und Einigungsvertrag

Mit Beiträgen von Monika Beier,
Wolfgang Däubler, Ulrich Hammer,
Ulrich Preis, Uwe Rzadkowski,
Hubert Schmalz

Schriftenreihe
Der Personalrat

bund

Wolfgang Däubler

1. Verfassungsrechtliche Einwände gegen die sog. »Warteschleife« (Dokumentation der im Auftrage von DGB und ÖTV abgegebenen Stellungnahmen)

Inhaltsübersicht	Rn.
I. Vorbemerkungen	1- 6
II. Die Regelungen des Einigungsvertrags zum öffentlichen Dienst	7- 60
1. Die Grundsatzentscheidung: Übernahme oder Abwicklung	7- 18
2. Auswirkungen der Nicht-Übernahme für die betroffenen Arbeitnehmer	19- 22
a) Auslaufen der Arbeitsverhältnisse	19
b) Wartegeld und Umschulung	20, 21
c) Kein Bestandsschutz	22
3. Rechtsstellung der Arbeitnehmer in »überführten« Einrichtungen	23- 46
a) Zusätzliche Möglichkeiten zur außerordentlichen Kündigung	24- 30
b) Zusätzliche Möglichkeiten zur ordentlichen Kündigung	31- 41
c) Verhältnis zu sonstigem Kündigungsschutzrecht	42, 43
d) Personeller Geltungsbereich	44- 46
4. Beteiligung der Personalvertretung	47- 49
5. Gründe für den Personalabbau im öffentlichen Dienst	50- 52
6. Einführung des Beamtentums	53- 60
III. Das Grundgesetz als Prüfungsmaßstab	61-112
1. Der Einigungsvertrag als einfaches Bundesrecht	61, 62
2. Erstreckung des Grundgesetzes auf die ehemalige DDR nur nach Maßgabe des Einigungsvertrags?	63- 70

- | | |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------|
| 3. Eintritt in die grundgesetzliche Ordnung nur nach Maßgabe der im Einigungsvertrag vorgesehenen Beschränkungen? | 71– 80 |
| 4. Lockerung der Grundrechtsbindung wegen der spezifischen Situation eines »Staatsbankrotts«? | 81– 86 |
| 5. Erweiterter Gestaltungsspielraum durch Art. 135 a Abs. 2 GG n.F.? | 87– 89 |
| 6. Eingeschränkte Grundrechtsbindung mit Rücksicht auf Art. 143 Abs. 1 GG n.F.? | 90–106 |
| 7. Neubegründung der Arbeitsverhältnisse? ... | 107–111 |
| 8. Zwischenergebnis | 112 |
| IV. Verstoß gegen einzelne Grundrechte | 113–180 |
| 1. Bestandsschutz für Arbeitsverhältnisse aus Art. 12 Abs. 1 GG i.V.m. dem Sozialstaatsprinzip | 113–121 |
| a) Der normative Ausgangspunkt | 113–118 |
| b) Konsequenzen für die Fälle der sog. Warteschleife | 119–121 |
| 2. Wegfall des Sonderkündigungsschutzes – Verstoß gegen Art. 12 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 3 Abs. 1 und Art. 6 Abs. 4 GG | 122–131 |
| 3. Verfassungswidrige Schlechterstellung der öffentlichen Bediensteten im Vergleich zu anderen Beschäftigten | 132–146 |
| 4. Weitere Verstöße gegen den Gleichheitssatz nach Art. 3 Abs. 1 GG | 147–150 |
| 5. Verstoß gegen Art. 14 Abs. 1 GG? | 151–165 |
| 6. Verstoß gegen die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG? | 166–175 |
| 7. Weitere verfassungsrechtliche Bedenken | 176–180 |
| a) Unklare Abgrenzung des »öffentlichen Dienstes« | 176 |
| b) Unabhängigkeit des Beamtentums | 177–180 |
| V. Handlungspflichten von Gesetzgeber und Regierung in schweren Notsituationen | 181–190 |

I. Vorbemerkungen

- 1 Im November 1990 reichten insgesamt 304 von der sog. Warteschleife Betroffene Verfassungsbeschwerden beim Bundesver-

fassungsgericht in Karlsruhe ein. Gleichzeitig beantragten sie, die einschlägigen Vorschriften im Einigungsvertrag im Wege der einstweiligen Verfügung auszusetzen, so daß sie zu den bisherigen Bedingungen hätten weiterarbeiten können. Mit Beschluß vom 5. 12. 1990 wies das Bundesverfassungsgericht diesen Antrag zurück¹, kündigte jedoch gleichzeitig an, bis Anfang April in der Hauptsache selbst zu entscheiden. Verglichen mit der sonstigen Praxis, die Entscheidungszeiträume bis zu 10 Jahren kennt², war dies alles andere als selbstverständlich; offensichtlich wollte das Gericht verhindern, daß durch Auslaufen der Arbeitsverhältnisse vollendete Tatsachen geschaffen wurden.

Der Zeitrahmen wurde (beinahe) eingehalten. Die Bundesregierung erhielt ebenso wie die betroffenen Landesregierungen Gelegenheit zur Stellungnahme. Dasselbe galt für die Arbeitgeberverbände des öffentlichen Dienstes sowie für die Gewerkschaften. Am 21. 2. 1991 fand in Berlin ein sog. Erörterungstermin vor dem Berichterstatter – dem Richter am Bundesverfassungsgericht Kühling – statt, wo insbesondere die Praxis der sog. Warteschleife aufgeklärt werden sollte und wo überdies einige Rechtsfragen zur Diskussion gestellt wurden. Neben den Beschwerdeführern waren dort die Bundesregierung, die Mehrzahl der Landesregierungen sowie DGB/ÖTV vertreten. Bemerkenswert war, daß die Regierungen der neuen Bundesländer ausschließlich durch West-Beamte repräsentiert waren.

Am 12. 3. 1991 folgte die mündliche Verhandlung vor dem Ersten Senat des Bundesverfassungsgerichts in Karlsruhe. Plädoyers wurden vom Anwalt der Beschwerdeführer, vom Vertreter der Bundesregierung sowie von Seiten DGB/ÖTV gehalten. Am 24. 4. 1991 wurde das Urteil verkündet.

Schriftliche Stellungnahmen zur Verfassungsbeschwerde wurden insbesondere von der Bundesregierung sowie von DGB/ÖTV abgegeben. Beide ergänzten ihre Ausführungen nach dem Erörterungstermin durch eingehende Schriftsätze; auch die Beschwerdeführer nahmen noch einmal Stellung.

Das Urteil enthält das Vorbringen der Beteiligten nur in sehr geraffter Form. Viele Passagen, die nach Ansicht des Gerichts

¹ PersR 1991, 18.

² Vgl. etwa den Fall *BVerfG*, EuGRZ 1988, 373, wo es um die Kassenzulassung von Psychologen ging: Die Vorlage des *LSG Bremen* stammte aus dem Jahre 1979, die Entscheidung des *BVerfG* datiert vom 10. 5. 1988.

nicht entscheidungserheblich waren, bleiben unerwähnt. Dies entspricht dem Üblichen. Dennoch besteht ein erhebliches Interesse daran, wesentliche Teile der Ausführungen nachzuzeichnen: Viele Fragen, die im Karlsruher Verfahren im Ergebnis ohne Bedeutung blieben, sind in anderen Auseinandersetzungen, insbesondere vor den Arbeits- und den Verwaltungsgerichten von ausschlaggebender Bedeutung. Dazu kommt, daß die Regelung über die sog. Warteschleife neu und ohne Vorbild ist; Stellungnahmen aus der juristischen Literatur sind deshalb bislang noch dünn gesät. Schließlich kann die »Vorgeschichte« des Urteils auch bei seiner Interpretation hilfreich sein: So wird etwa die These der Bundesregierung, die Bürger der ehemaligen DDR seien gewissermaßen nur mit gemindertem Grundrechtsstatus in die grundgesetzliche Ordnung gekommen, im Urteil nicht ausdrücklich zurückgewiesen, doch macht der Gesamtzusammenhang der Argumentation deutlich, daß das Gericht einer solchen Vorstellung nichts abgewinnen konnte.

- 6 Im folgenden werden wesentliche Teile des gewerkschaftlichen Vorbringens wiedergegeben. Soweit es zum Verständnis erforderlich ist, wird auch die Stellungnahme der Bundesregierung referiert. Ein vollständiger Abdruck aller Schriftsätze würde die Grenzen des vorliegenden Bandes sprengen.

Aus Gründen der Übersichtlichkeit werden die beiden Schriftsätze von DGB/ÖTV zu einem zusammengefaßt; dies vermeidet überflüssige Wiederholungen und Überschneidungen.

II. Die Regelungen des Einigungsvertrags zum öffentlichen Dienst

1. Die Grundsatzentscheidung: Übernahme oder Abwicklung

- 7 Mit dem 3. 10. 1990 hat die DDR zu bestehen aufgehört. Für die dort vorhandenen Einrichtungen der öffentlichen Verwaltung hat dies gravierende Konsequenzen. Sieht man von der kommunalen Ebene einmal ab, waren sie alle dem Zentralstaat, also dem untergegangenen Rechtssubjekt »DDR« zugeordnet. Die Länder waren zwar wieder existent, aber noch nicht mit eigenen Staatsorganen und dem dazugehörigen Verwaltungsunterbau versehen. Der Einigungsvertrag enthält deshalb in den Art. 13, 14 und 20 sowie in Kap. XIX der Anlage I einge-

hende Regelungen zum weiteren Schicksal der vorhandenen Behörden.

Art. 13 EV regelt die sog. Unterstellung unter den Bund bzw. die Länder. Er folgt dabei der Kompetenzverteilung des Grundgesetzes: Soweit Einrichtungen oder Teileinrichtungen bis zum Wirksamwerden des Beitritts Aufgaben erfüllt haben, die vom Bund wahrzunehmen sind, unterstehen sie den zuständigen obersten Bundesbehörden (Art. 13 Abs. 2 Satz 1). Alle übrigen unterstehen der Regierung des Landes, in dem sie örtlich gelegen sind (Art. 13 Abs. 1 Satz 1). Um eine Überlastung des Landes Berlin zu vermeiden, sieht Art. 13 Abs. 1 Satz 2 EV vor, daß Einrichtungen mit länderübergreifendem Wirkungsbereich in die gemeinsame Trägerschaft der betroffenen Länder übergehen³.

Offengelassen ist, wie die Länder die Aufteilung zwischen ihrer eigenen Verwaltung und der der Gemeinden und Gemeindeverbände vornehmen: Insoweit entscheiden die Landesparlamente, wobei Art. 28 Abs. 2 GG und die dort vorgesehene Kernbereichsgarantie zu beachten ist.

»Unterstellung« i.S. des Art. 13 EV bedeutet eine Art Weichenstellungskompetenz: Der Bund bzw. die Länder entscheiden, ob die ihnen »unterstellten« Einrichtungen oder Teileinrichtungen »überführt« oder »abgewickelt« werden⁴.

»Überführung« bedeutet Fortführung und Eingliederung in den eigenen Geschäftsbereich (was Umorganisationen und Personalabbau durch Kündigungen nicht ausschließt). »Abwicklung« bedeutet, daß die Einrichtung als solche verschwindet.

Eine Sonderfrage regelt das Protokoll zum Einigungsvertrag in Nr. 6. Sollen Aufgaben, die bisher von Einrichtungen oder Teileinrichtungen erfüllt wurden, künftig nicht mehr von der öffentlichen Verwaltung wahrgenommen werden⁵, so war zu entscheiden, wer für die Abwicklung zuständig ist: Besteht ein Sachzusammenhang zu fortgeführten öffentlichen Aufgaben, ist der damit betraute Träger öffentlicher Gewalt zuständig, andernfalls der Bund.

³ Von dieser Ausnahme macht Art. 13 Abs. 1 Satz 3 wiederum eine Gegenausnahme, kehrt also zur Regel zurück: Soweit Einrichtungen aus mehreren Teileinrichtungen bestehen, die ihre Aufgabe selbständig erfüllen können, untersteht die Teileinrichtung jeweils der Regierung des Landes, in der sie sich befindet.

⁴ So Art. 13 Abs. 1 Satz 4, Abs. 2 Satz 2 EV.

⁵ Beispiel: Festsetzung von Preisen durch die Ämter für Preise.

- 13 Die Wahl zwischen der Alternative »Überführung« oder »Abwicklung« mußte an sich bereits am 3. 10. 1990 getroffen sein. Aus der (offiziellen) Fußnote zu Abschnitt III des Kap. XIX Sachgebiet A der Anlage I wurde jedoch mit Recht geschlossen, daß die Entscheidung bis drei Monate nach Herstellung der Einheit, d.h. bis 3. 1. 1991 hinausgeschoben werden konnte.
- 14 Über die Form der Entscheidung ist nichts bestimmt. Sie muß daher nicht ausdrücklich erfolgen sondern kann sich auch aus den Umständen, insbesondere aus der Erteilung oder Verweigerung von Arbeitsaufträgen ergeben. Soweit es um Länderaufgaben geht, enthält überdies Art. 14 EV eine Sonderregelung: Tätigkeiten, die für die Erfüllung der Aufgaben der Länder »unerlässlich« sind, werden für eine Übergangszeit fortgeführt. Entsprechendes folgt aus Art. 28 Abs. 2 GG für die Kommunen. In allen anderen Fällen wird man annehmen müssen, daß die Nicht-Entscheidung wie ein Votum für die Abwicklung zu werten ist⁶.
- 15 Die in Art. 13 vorgesehene Entscheidungskompetenz hat gerade den Sinn, einen Automatismus auszuschließen, also eine Festlegung des Inhalts zu verhindern, »im Zweifel« würde eine Einrichtung durch die nach dem Grundgesetz kompetente Instanz fortgeführt.
- 16 Die organisatorische Weichenstellung hat gravierende Konsequenzen für die Beschäftigten. Gehören sie zu einer Einrichtung (oder einer Teileinrichtung), die fortgeführt wird, setzt sich ihr Arbeitsverhältnis mit dem neuen Träger fort. Wird umgekehrt ihre Einrichtung (oder Teileinrichtung) abgewickelt, wird das Arbeitsverhältnis kraft Gesetzes suspendiert. Nach 6 Monaten läuft es automatisch aus; eines besonderen Beendigungsakts wie einer Kündigung bedarf es nicht mehr. Bei Beschäftigten, die am 3. 10. 1990 das 50. Lebensjahr vollendet hatten, verlängert sich die Frist auf 9 Monate.
- 17 Der Text des Einigungsvertrages enthält keine Kriterien, nach denen die Entscheidungen zu treffen sind. Die »Überführung« wie die »Abwicklung« muß sich lediglich auf eine organisatorisch abgrenzbare Einheit beziehen. Die bloße Nicht-Weiterbeschäftigung einzelner Individuen ist keine zulässige Organisa-

⁶ So Jeske, ZTR 1990, 451.

tionsentscheidung – insoweit steht lediglich das Mittel der Kündigung zur Verfügung⁷.

Im folgenden ist zunächst im einzelnen darzustellen, welche Konsequenzen die Nicht-Übernahme für die betroffenen Arbeitnehmer hat (Rn. 19 ff.). Im Anschluß daran sind die Sonderregeln zu skizzieren, die bei einer Weiterbeschäftigung in übernommenen Einrichtungen gelten (Rn. 23 ff.). In beiden Fällen stellt sich das Problem einer Beteiligung der Personalvertretung (Rn. 47 ff.). Die Rechtfertigung der bestehenden Regelung durch den Gesetzgeber (Rn. 50 ff.) führt zu der Frage, ob und inwieweit die einschlägigen Passagen des Einigungsvertrags mit dem Grundgesetz vereinbar sind. Sie ist auch dann nicht zu umgehen, wenn man die Regeln über die Verbeamtung, d.h. Art. 20 nebst Anlage näher betrachtet (Rn. 53 ff.).

2. Auswirkungen der Nicht-Übernahme für die betroffenen Arbeitnehmer

a) Auslaufen der Arbeitsverhältnisse

Die Rechtsstellung der bisherigen Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes hat in Kap. XIX Sachgebiet A Abschnitt III Nr. 1 EV in insgesamt 7 Absätzen eine eingehende Regelung erfahren. Im folgenden wird sie nur noch nach Kapitel und Absatz zitiert. Ihr Abs. 2 ordnet in Satz 2 das Ruhen der Arbeitsverhältnisse an, soweit keine Überführung auf den Bund (oder auf bundesunmittelbare Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts) erfolgt. Satz 5 sieht vor, daß das Arbeitsverhältnis nach 6 bzw. 9 Monaten endet. Abs. 3 verweist für die Länder auf diese Regelung. Auch dort wird der einzelne also nur dann weiter beschäftigt, wenn eine Überführung erfolgt oder ein Fall des Art. 14 EV vorliegt.

b) Wartegeld und Umschulung

Solange das Arbeitsverhältnis ruht, hat der einzelne Arbeitnehmer Anspruch auf ein monatliches Wartegeld in Höhe von 70 % des durchschnittlichen monatlichen Arbeitsentgelts der letzten 6 Monate. Zugrunde gelegt werden dabei die Bruttobezüge; einmalige oder Sonderzahlungen werden nicht berücksichtigt. Das Wartegeld ist steuerpflichtiges Einkommen. Ne-

⁷ Jeske, ZTR 1990, 451; Vohs, PersR 1990, 356 f.; vgl. auch Däubler, PersR 1990, 313 ff.

beneinnahmen aus selbständiger oder unselbständiger Tätigkeit sind möglich; eine Anrechnung auf das Wartegeld erfolgt erst dann, wenn die Summe aus diesen Einnahmen und dem Wartegeld das durchschnittliche Bruttoeinkommen der letzten 6 Monate übersteigt.

- 21 Während der »Wartezeit« fördert der Arbeitgeber in Zusammenarbeit mit der Arbeitsverwaltung »die für eine Weiterverwendung gegebenenfalls erforderlichen Fortbildungs- oder Umschulungsmaßnahmen.« Diese in Abs. 2 Satz 4 enthaltene Regelung hat zu der sehr positiv klingenden Bezeichnung »Warteschleife« geführt. Ob eine Möglichkeit besteht, an angemessenen Fortbildungs- oder Umschulungsmaßnahmen teilzunehmen, und ob ein neuer Arbeitsplatz überhaupt in Betracht kommt, ist allerdings völlig ungewiß. Die hohe Arbeitslosigkeit läßt dies eher als eine erfreuliche, aber absolut singuläre Ausnahmesituation erscheinen. Dasselbe gilt für eine befristete oder unbefristete Weiterbeschäftigung in der bisherigen Dienststelle: Ein befristeter Arbeitsvertrag kann in Betracht kommen, wenn für einige Zeit noch Abwicklungsarbeiten zu erbringen sind, ein unbefristeter Arbeitsvertrag wäre dann denkbar, wenn Reste der Einrichtung von einer anderen Behörde übernommen werden.

c) Kein Bestandsschutz

- 22 Die Arbeitsverhältnisse der betroffenen Arbeitnehmer enden allein aufgrund des Einigungsvertrags; einer Kündigung bedarf es nicht. Dies hat zur Folge, daß das gesamte Kündigungsschutzrecht außer Anwendung bleibt: Die Betroffenen können sich nach dem Wortlaut des Einigungsvertrags weder auf das KSchG noch auf den Sonderkündigungsschutz von Schwerbehinderten, schwangeren Frauen oder Personalräten berufen⁸. Abs. 1 von Kap. XIX ist insofern eindeutig, als er in Satz 2 ausdrücklich bestimmt, daß »entgegenstehende oder abweichende Regelungen« nicht anzuwenden sind. Von daher ist auch eine theoretisch in Betracht kommende entsprechende Anwendung kündigungsschutzrechtlicher Normen ausgeschlossen.

⁸ Zur Korrektur durch das *BVerfG* s. Urt. v. 24. 4. 1991 im Anhang und die Beiträge III 1 bis 3 in diesem Band.

3. Rechtsstellung der Arbeitnehmer in »überführten« Einrichtungen

Nach Abs. 1 der einschlägigen Regelung in Kap. XIX wird das Arbeitsverhältnis mit dem neuen Träger zu unveränderten Bedingungen fortgesetzt. Abs. 5 sieht jedoch zusätzliche Möglichkeiten zur außerordentlichen, Abs. 4 zur ordentlichen Kündigung vor⁹. 23

a) Zusätzliche Möglichkeiten zur außerordentlichen Kündigung

Abs. 5 ist seiner Struktur nach § 626 Abs. 1 BGB nachgebildet und sieht vor, daß »insbesondere« in zwei Fällen ein wichtiger Grund für eine außerordentliche Kündigung gegeben ist. 24

Zum einen ist der Fall erfaßt, daß der Arbeitnehmer gegen »die Grundsätze der Menschlichkeit oder Rechtsstaatlichkeit« verstoßen hat, insbesondere die im »Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 19. 12. 1966 gewährleisteten Menschenrechte oder die in der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte vom 10. 12. 1948 enthaltenen Grundsätze« verletzt hat. In den amtlichen Erläuterungen zu der Anlage I des EV wird der Wortlaut dadurch abgeschwächt, daß ein Verstoß gegen »elementare Grundsätze« der Menschlichkeit und Rechtsstaatlichkeit vorausgesetzt wird¹⁰. 25

Der Hinweis auf Normen des internationalen Rechts solle außerdem verdeutlichen, daß es um die Beurteilung von Verhaltensweisen nach allgemein anerkannten Maßstäben gehe. Nach den »vorläufigen Hinweisen« des Bundesministers des Inneren zu den Übergangsregelungen für die Rechtsverhältnisse der Angehörigen des öffentlichen Dienstes im Beitrittsgebiet soll die Regelung nicht »dazu dienen, die in einem freiheitlichen Rechtsstaat gültigen Kriterien uneingeschränkt auf das Leben in einem anderen System zu übertragen«¹¹. 26

Die damit geschaffenen Unsicherheiten bergen die Gefahr in sich, daß gerade Personen mit großer individueller Schuld keinen arbeitsrechtlichen Sanktionen ausgesetzt sind. Statt dessen wird – wie noch darzustellen ist – im Rahmen der ordentlichen 27

⁹ S. dazu auch den Beitrag III 3 von *Preis* in diesem Band.

¹⁰ BT-Drucks. 11/7817, S. 180 li. Sp.

¹¹ Die »vorläufigen Hinweise« sind einem Schreiben des BMI vom 10. 9. 1990 (Gesch.Z D III 1 – 220000/43) beigelegt, das an alle Obersten Bundesbehörden sowie nachrichtlich an Vereinigungen und Verbände gerichtet war.

Kündigung außerordentlich schematisch auf die Ausübung bestimmter Funktionen in Parteien und Massenorganisationen abgestellt.

- 28 Zum zweiten ist ein wichtiger Grund dann gegeben, wenn der Arbeitnehmer für das frühere Ministerium für Staatssicherheit/Amt für nationale Sicherheit tätig war. Nach der amtlichen Begründung reicht insoweit eine nebenamtliche Tätigkeit aus¹².
- 29 In beiden Fällen muß – wie Abs. 5 ausdrücklich verlangt – »ein Festhalten am Arbeitsverhältnis unzumutbar« erscheinen. Dies bedeutet Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls¹³.
- 30 Sehr viel detaillierter ist das Rundschreiben II Nr. 82/1990 der Senatsverwaltung für Inneres/Magistratsverwaltung für Inneres des Landes Berlin vom 4. 12. 1990. Die dort vorgesehenen Grundsätze über die Auswertung der Personalfragebögen unterscheiden zwischen einer Tätigkeit als offizieller Mitarbeiter des MfS, als inoffizieller Mitarbeiter und als Wehrdienstleistender. Im ersten Fall komme eine Weiterbeschäftigung nur in seltenen Ausnahmefällen in Betracht, über die von den politisch Verantwortlichen zu entscheiden sei. Bei den inoffiziellen Mitarbeitern seien insbesondere die Gründe zu berücksichtigen, die die zur Mitarbeit geführt hätten, sowie der angerichtete Schaden. Hätte eine persönliche Notlage vorgelegen und hätte die Mitarbeit nur eine geringe Bedeutung besessen, könne ausnahmsweise die Weiterbeschäftigung nicht unzumutbar sein. Sei der Wehrdienst beim früheren MfS abgeleistet worden, so sei insbesondere danach zu fragen, wie lange dies zurückliege und ob sich eine Tätigkeit als inoffizieller Mitarbeiter angeschlossen habe.

b) Zusätzliche Möglichkeiten zur ordentlichen Kündigung

- 31 Nach Abs. 4 Nr. 1 ist die ordentliche Kündigung eines Arbeitsverhältnisses in der öffentlichen Verwaltung »auch zulässig, wenn der Arbeitnehmer wegen mangelnder fachlicher Qualifikation oder persönlicher Eignung den Anforderungen nicht entspricht.«

¹² BT-Drucks. 11/7817, S. 180.

¹³ In den »vorläufigen Hinweisen« des BMI heißt es dazu, allein die Tätigkeit für das frühere Ministerium für Staatssicherheit/Amt für nationale Sicherheit rechtfertige nicht automatisch die Kündigung des Arbeitsverhältnisses. Allerdings werde nur in seltenen Fällen und bei Vorliegen ganz besonderer Umstände von einer Kündigung abgesehen werden können.

Wie die »fachliche Qualifikation« im einzelnen zu bestimmen ist, scheint kaum als Problem empfunden zu werden. Weder die »vorläufigen Hinweise« des BMI noch das erwähnte Rundschreiben der Senatsverwaltung für Inneres/Magistratsverwaltung für Inneres des Landes Berlin geben insoweit nähere Aufschlüsse. Entscheidend wird es auf die bisherigen Aufgaben und die dort erwiesenen Fähigkeiten ankommen. Ändern sich – wie häufig – in der Gegenwart die Anforderungen, muß vermutlich nach allgemeinen Grundsätzen zunächst eine berufliche Weiterbildung versucht werden. Dies folgt mittelbar auch daraus, daß es bei einer Verbeamtung ausreicht, daß sich der Betreffende auf seinem bisherigen Arbeitsgebiet bewährt hat¹⁴.

Im Gegensatz dazu wird die Frage der »persönlichen Eignung« im Berliner Rundschreiben eingehend problematisiert. So wird auf S. 20 (a.a.O.) ausgeführt:

»Die persönliche Eignung ist ein umfassender Beurteilungsmaßstab und im Zusammenhang des Absatzes 4 Nr. 1 ein Auffangtatbestand. Mängel des Arbeitnehmers, die jeweils für sich genommen eine Kündigung noch nicht gerechtfertigt erscheinen lassen, können in ihrer Summe zu der wertenden Entscheidung führen, daß es an der persönlichen Eignung des Arbeitnehmers mangelt. An die Zukunftsprognose können bei älteren ArbeitnehmerInnen keine besonderen Anforderungen gestellt werden ...

Bei einer negativen Beurteilung der persönlichen Eignung aufgrund der bisherigen Einbindung in die Verwaltungsstrukturen des SED-Regimes sollten allerdings zwischenzeitliche Entwicklungen berücksichtigt werden. Eine für Außenstehende deutlich sichtbare Veränderung im Verhalten zu MitarbeiterInnen kann ggfs. die Prognose für einen weiteren Einsatz in der öffentlichen Verwaltung günstiger gestalten; dies gilt z.B. auch für frühere Leitungskräfte, wenn sie nunmehr als Mitarbeiter eingesetzt werden.«

Im Zusammenhang damit wird darauf hingewiesen, Arbeitnehmer bzw. ArbeitnehmerInnen müßten die Gewähr dafür bieten, künftig für die freiheitliche demokratische Grundordnung einzutreten. Der von den Beschäftigten auszufüllende Fragebogen fragt unter Ziffer 20 deshalb auch nach einer vor dem 9. 11. 1989 liegenden Funktion in der SED, in einer anderen Blockpartei, in Massenorganisationen/gesellschaftlichen Organisa-

¹⁴ Kap. XIX Sachgebiet A Abschnitt III Nr. 3b der Anlage I zum EV.

- tionen und nach einer »sonstigen herausgehobenen Funktion im System der ehemaligen DDR«. Nach Ziffer 21 muß der einzelne Arbeitnehmer mitteilen, ob er Mitglied in einer Betriebskampfgruppe war; Ziffer 22 enthält die Frage, ob der Betroffene vor dem 9. 11. 1990 (gemeint wohl: 1989) »Auszeichnungen, Orden und Ehrungen« erhalten hat. Bei der Entscheidung über die Weiterbeschäftigung sind dabei immer die Umstände des Einzelfalls zu prüfen. Dabei ist auf die Höhe der Funktion, die Zahl der Funktionen, ihren Zeitraum sowie darauf abzustellen, ob es sich um haupt- oder nebenamtliche Aufgaben oder um eine Funktion in der SED oder in anderen Organisationen gehandelt hat.
- 35 Der naheliegende Schluß, die politische Vergangenheit eines Arbeitnehmers sei nur in Abs. 5 behandelt und könne in Abs. 4 deshalb nicht berücksichtigt werden, wird in dem Berliner Rundschreiben nicht gezogen. Für eine solche Überlegung spricht nicht nur der systematische Zusammenhang der beiden Vorschriften sondern auch ihre Vorgeschichte: Nach den ursprünglichen Formulierungen der Bundesregierung waren sehr viel weitergehende ausdrückliche Kündigungsmöglichkeiten aus politischen Gründen vorgesehen¹⁵.
- 36 Zieht man deshalb die »politische Vergangenheit« eines Arbeitnehmers außerhalb der Tatbestände des Abs. 5 nicht heran, bleiben gleichwohl wichtige Fälle, in denen die persönliche Eignung verneint werden muß. Dies gilt etwa bei sehr langsamen Arbeiten trotz vorhandener Qualifikation, bei extremer Unfreundlichkeit dem Bürger gegenüber sowie bei notorischer Unpünktlichkeit.
- 37 Nach Abs. 4 Nr. 2 kann weiter dann ordentlich gekündigt werden, wenn der Arbeitnehmer »wegen mangelnden Bedarfs« nicht mehr verwendbar ist. Nr. 3 fügt dem den Tatbestand hinzu, daß die bisherige Beschäftigungsstelle ersatzlos aufgelöst wird oder bei Verschmelzung, Eingliederung oder wesentlicher Änderung des Aufbaus der Beschäftigungsstelle »die bisherige oder eine anderweitige Verwendung nicht mehr möglich ist.« Beide Tatbestände würden ohne die Sonderregelung als »betriebsbedingte Gründe« i.S. des § 1 Abs. 2 KSchG qualifiziert. Ihr Verhältnis zueinander ist wohl so zu bestimmen, daß Nr. 2 den öffentlichen Dienst insgesamt meint, also den Arbeitgeber

¹⁵ Dazu Lörcher, PersR 1990, 219.

ggf. zur Versetzung verpflichtet, während Nr. 3 auf eine solche »Ersatzlösung« verzichtet.

Der Text sagt nichts über eine mögliche soziale Auswahl, doch ist nicht anzunehmen, daß sie als elementares Prinzip unseres Kündigungsschutzrechts generell ausgeschlossen sein soll: Besteht etwa in der übernommenen Dienststelle nur ein Bedarf an 40 (vergleichbaren) Arbeitskräften, waren dort jedoch bisher 60 beschäftigt, so sind die 20 zu Kündigenden den Anforderungen des § 1 Abs. 3 KSchG entsprechend zu bestimmen. 38

Unklar bleibt, inwieweit Abs. 4 eine Interessenabwägung im Einzelfall verlangt. Geht man allein vom Wortlaut aus, handelt es sich um »absolute Kündigungsgründe«, bei denen anders als in den Fällen des § 1 Abs. 2 KSchG die Kündigung nicht zusätzlich durch ein überwiegendes Arbeitgeberinteresse im Einzelfall gerechtfertigt sein muß. Auf der anderen Seite führt dies zu der Ungereimtheit, daß in Abs. 5 mehr Einzelfallgerechtigkeit praktiziert werden muß als in den weniger gravierenden Fällen des Abs. 4. Dies kann schlechterdings nicht gemeint sein: Auch im Rahmen des Abs. 4 sind daher alle Umstände des Einzelfalls zu beachten. 39

Die Kündigungsfristen richten sich nach der weitergeltenden Vorschrift des § 55 AGB. Sie entsprechen den bislang für Arbeiter geltenden Bestimmungen in der (alten) Bundesrepublik. 40

Wird nach Abs. 4 Nr. 2 und 3, also »betriebsbedingt« gekündigt, kann ein Übergangsgeld gewährt werden, das nach Höhe und Dauer dem monatlichen Wartegeld bei Nicht-Übernahme der Einrichtung entspricht (Abs. 3 Satz 2 von Kap. XIX). 41

c) Verhältnis zu sonstigem Kündigungsschutzrecht

Die Sondertatbestände des Abs. 4 und des Abs. 5 schließen einen Rückgriff auf die allgemeinen Kündigungsmöglichkeiten nicht aus. Gleichzeitig betont Abs. 1 auch für die Abs. 4 und 5 den Grundsatz, daß »entgegenstehende oder abweichende Regelungen« nicht anzuwenden seien. Nach der amtlichen Begründung betrifft dies ausdrücklich auch Tarifverträge, die Kündigungsbeschränkungen oder besondere Abfindungsregelungen vorsehen. 42

Die Regelung des Abs. 5 gilt unbefristet, während das »Sonderregime« des Abs. 4 am 3. 10. 1992 ausläuft. 43

Regelung der Saarfrage« (BGBl. 1956 II S. 1639) sah statt dessen ausdrücklich vor, niemand dürfe wegen seiner politischen Haltung zur Saarfrage in irgendeiner Weise durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten beeinträchtigt werden²⁰.

- 52 Ausdrücklich wurde dies in Art. 2 auch auf die »erworbenen Rechte der Beamten, Angestellten und Arbeiter der Verwaltungen des Staates, der Gemeinden und der sonstigen Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts im Saarland« erstreckt. Um Gewissenskonflikte zu vermeiden, sah Art. 3 der Anlage 1 vor, daß Beamte auch vor Erreichung der Altersgrenze in den Ruhestand versetzt werden konnten, wenn sie »aus uneigennütigen Gründen«, die auf ihrer Haltung zur Saarfrage beruhten, einen entsprechenden Wunsch äußerten. Dem in einer nationalen Frage anders Denkenden wurde so voller Respekt zuteil. Man kann vermuten, daß diese Bestimmung auf eine französische Initiative zurückging; eine entsprechende Instanz, die sich um die Belange der auf Eigenständigkeit der DDR Beharrenden gekümmert hätte, war im Falle der deutschen Einigung nicht vorhanden.

6. Einführung des Beamtentums

- 53 Auch im Territorium der früheren DDR soll es in Zukunft Beamte geben. Nach Art. 20 Abs. 2 Satz 1 EV ist die Wahrnehmung von »öffentlichen Aufgaben (hoheitsrechtliche Befugnisse im Sinne von Art. 33 Abs. 4 des Grundgesetzes)« so bald wie möglich Beamten zu übertragen²¹.
- 54 Das Bundesbeamtengesetz wird mit einigen Modifikationen insbesondere im Bereich der Besoldung übernommen²².
- 55 Die neuen Länder müssen auf der Grundlage des gleichfalls übernommenen Beamtenrechtsrahmengesetzes bis 31. 12. 1992 ihr eigenes Beamtenrecht schaffen²³.

Bis dahin gilt auch in den Ländern das Bundesbeamtengesetz.

20 Immerhin hatte ein knappes Drittel der Saarbevölkerung für das Europäische Statut und damit gegen den unmittelbaren Beitritt zur Bundesrepublik gestimmt.

21 Nach Ziffer 11 des Protokolls zum EV sind Beamte nur für »auf Dauer erforderliche« Funktionen vorzusehen; außerdem sind die für die Personalausstattung der Bundesrepublik Deutschland maßgebenden Grundsätze zu berücksichtigen.

22 Kap. XIX Sachgebiet A Abschnitt II Nrn. 2 und 3 und Abschnitt III Nr. 3 der Anlage I zum EV.

23 Kap. XIX Sachgebiet A Abschnitt III Nr. 2.

Für eine Ernennung zum Beamten gelten grundsätzlich die allgemeinen Regeln. Für die Zeit bis zum 31. 12. 1996 besteht insofern eine Ausnahme, als für bisher in der DDR tätige Personen nur eine Ernennung zum Beamten auf Probe in Betracht kommt²⁴.

An die Stelle der Vor- und Ausbildungserfordernisse i.S. des Laufbahnrechts wird auf die Bewährung auf einem entsprechenden Dienstposten abgestellt²⁵.

Die Probezeit beträgt grundsätzlich 3 Jahre, doch kann sie der Bundespersonalausschuß bis auf mindestens 2 Jahre abkürzen. Während der Probezeit soll dem Beamten durch entsprechende Aus- und Fortbildungsangebote Gelegenheit gegeben werden, sich für seine Laufbahn fachlich weiterzuqualifizieren. Über die Bewährung entscheidet die Oberste Dienstbehörde.

Zum Beamten auf Probe kann nur ernannt werden, wer in diesem Zeitpunkt noch nicht das 50. Lebensjahr vollendet hat. Der Bundespersonalausschuß kann für Einzelfälle und für Gruppen Ausnahmen zulassen. Ältere Beschäftigte bleiben daher in der Regel im Arbeitsverhältnis.

Zu beachten ist schließlich, daß über die gesetzlichen Widerprüfungsgründe hinaus das Probebeamtenverhältnis unter denselben Voraussetzungen wie ein Arbeitsverhältnis beendet werden kann. Die unter Rn. 23 ff. dargestellten Sonderregeln gelten auch hier.

III. Das Grundgesetz als Prüfungsmaßstab

1. Der Einigungsvertrag als einfaches Bundesrecht

Die hier referierten Regelungen über die Rechtsstellung der öffentlichen Bediensteten sind nicht etwa deshalb von einer Überprüfung am Maßstab des Grundgesetzes ausgenommen, weil sie selbst den Rang von Verfassungsrecht hätten. Der Einigungsvertrag ist zwar mit verfassungsändernder Mehrheit beschlossen worden, doch hat er das Grundgesetz nur nach Maßgabe seines Art. 4 geändert. Im übrigen enthält er einfaches

24 Kap. XIX Sachgebiet A Abschnitt III Nr. 3 b der Anlage I zum EV.

25 Kap. XIX Sachgebiet A Abschnitt III 3 b: »Die Laufbahnbefähigung kann durch eine Bewährung auf einem Dienstposten, der nach Schwierigkeit mindestens der zu übertragenden Funktion entsprochen hat, ersetzt werden.«

Bundesrecht, was Art. 45 Abs. 2 des Vertrages ausdrücklich klarstellt²⁶.

- 62 Inwieweit es eine Selbstbindung des Gesetzgebers im Hinblick auf Rechte der neuen Bundesländer gibt, steht im vorliegenden Zusammenhang nicht zur Debatte. Dafür könnte immerhin die Vorschrift des Art. 44 EV sprechen, wonach Rechte der DDR oder der beigetretenen Länder von jedem dieser Länder geltend gemacht werden können: Eine ersatzlose Abschaffung dieser Rechte ist daher offensichtlich nicht gewollt.

2. Erstreckung des Grundgesetzes auf die ehemalige DDR nur nach Maßgabe des Einigungsvertrags?

- 63 Eine (umfassende) Überprüfung am Maßstab des Grundgesetzes würde weiter dann ausscheiden, wenn das Grundgesetz gar nicht in vollem Umfang auf das Territorium der bisherigen DDR erstreckt worden wäre. Art. 23 Satz 2 GG a.F. ließ eine solche modifizierte Geltungserstreckung durchaus zu.
- 64 Der Einigungsvertrag hat von dieser Möglichkeit nur in sehr eingeschränktem Umfang Gebrauch gemacht. Nach seinem Art. 3 tritt das Grundgesetz im Beitrittsgebiet mit den sich aus Art. 4 ergebenden Änderungen in Kraft, »soweit in diesem Vertrag nichts anderes bestimmt ist.« Zwischen Erstreckung und Nicht-Erstreckung besteht daher ein Regel-Ausnahme-Verhältnis.
- 65 Ausdrückliche Ausnahmen enthalten die Art. 6 (Art. 131 GG wird »vorerst« nicht in Kraft gesetzt) und Art. 7, der die Einbeziehung der neuen Bundesländer in die Finanzverfassung der Bundesrepublik einer Sonderregelung unterwirft. Beide Artikel könnten deshalb nicht etwa mit dem Argument dem Bundesverfassungsgericht vorgelegt werden, sie würden inhaltlich in Widerspruch zum Grundgesetz stehen.
- 66 Darüber hinaus sind keine ausdrücklichen Abweichungen vom Grundgesetz ersichtlich. Dem Einigungsvertrag eine Art stillschweigenden Vorbehalt des Inhalts zu entnehmen, daß das Grundgesetz überall dort nicht gelte, wo sich »Friktionen« zu seinen Bestimmungen ergeben würden, kommt nicht in Betracht.

²⁶ Zutreffend *Stern*, DtZ 1990, 289: »Die nicht verfassungsändernden Teile haben den Rang von einfachem Bundesrecht (Art. 45 Abs. 2). Sie können daher grundsätzlich vom gesamtdeutschen Bundesgesetzgeber geändert werden.«

Schon der Wortlaut (»soweit in diesem Vertrag nichts anderes bestimmt ist«) spricht gegen einen derartigen Globalvorbehalt. Die Denkschrift der Bundesregierung zum Einigungsvertrag beschränkt sich im Zusammenhang mit Art. 3 auf die schlichte Feststellung, die Vorschrift erfülle »den Verfassungsauftrag aus Art. 23 Satz 2 des Grundgesetzes«, wonach das Grundgesetz in anderen Teilen Deutschlands nach deren Beitritt »in Kraft zu setzen« sei. Anders zu entscheiden, würde bedeuten, daß auf dem Gebiet der ehemaligen DDR der Einigungsvertrag für unbestimmte Zeit über der Verfassung stünde: Seine Vorschriften könnten mit dem Argument absolute Geltung beanspruchen, das Grundgesetz sei insoweit nicht voll in Kraft getreten. Ein derartiger Zustand wäre ein rechtsstaatlicher Rückschritt für beide deutsche Staaten und konnte schon deshalb nicht gewollt sein.

Durch das sog. Verfassungsgrundsatzgesetz vom 17. 6. 1990 (GBl. I Nr. 33 S. 299) hatte sich die DDR ausdrücklich in eine freiheitlich-rechtsstaatliche Ordnung verwandelt. Nach Art. 1 Abs. 1 Satz 1 des Gesetzes, das die vorher bestehende Verfassung grundlegend umgestaltete, definierte sich die DDR als »freiheitlicher, demokratischer, föderativer, sozialer und ökologisch orientierter Rechtsstaat.« In Art. 1 Abs. 3 desselben Gesetzes wurde daraus u.a. die Konsequenz gezogen, Gerichte könnten grundsätzlich die Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen und anderen Rechtsakten überprüfen. Damit ließe sich ein Zustand nicht vereinbaren, wonach eine Art »Nebenverfassung« neben dem Grundgesetz bestehen würde, deren Vereinbarkeit mit der »eigentlichen« Verfassung nicht geprüft werden könnte.

Für die Bundesrepublik wäre eine solche Konstruktion erst recht ein fundamentaler Verstoß gegen jahrzehntealte rechtsstaatliche Traditionen. Das in Art. 79 Abs. 1 Satz 1 GG enthaltene Erfordernis der Verfassungstextänderung wäre über Nacht aufgegeben: Ähnlich wie bei Verfassungsdurchbrechungen wäre für die Bürger aus dem Beitrittsgebiet nicht mehr aus dem Grundgesetz selbst ersichtlich, was die für sie geltende Verfassung ist. Zwar ginge es im konkreten Fall nicht um eine (stillschweigende) Änderung sondern um eine (stillschweigende) Nichterstreckung der Verfassung, doch ist beides für die Betroffenen von gleicher Wirkung. Schließlich sei noch darauf hingewiesen, daß der Weg einer ausdrücklichen »Klarstellung« der Vereinbarkeit mit der Verfassung (Art. 79 Abs. 1 Satz 2

GG) zwar möglicherweise gangbar gewesen wäre, ersichtlich aber nicht gegangen wurde²⁷.

- 70 Außenpolitische Zwänge, die es rechtfertigen können, eine nicht voll mit dem Grundgesetz in Einklang stehende Regelung hinzunehmen, sind im vorliegenden Zusammenhang nicht vorhanden.

3. Eintritt in die grundgesetzliche Ordnung nur nach Maßgabe der im Einigungsvertrag vorgesehenen Beschränkungen?

- 71 Im Erörterungstermin vom 21. 2. 1991 wurde die Frage angesprochen, ob der grundrechtliche Status von Bürgern der früheren DDR dadurch gemindert sei, daß sie nur mit den im Einigungsvertrag vorgesehenen Einschränkungen in den Herrschaftsbereich des Grundgesetzes gelangt wären. Dieser Vorstellung kann nicht zugestimmt werden.
- 72 Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts waren die Bürger der ehemaligen DDR Deutsche i.S. des Grundgesetzes²⁸.
- 73 Dies wurde grundsätzlich sogar für solche Personen angenommen, die allein die Staatsbürgerschaft der DDR nach den Regeln des dort geltenden Rechts erworben hatten – und zwar auch nach solchen Vorschriften, die nicht mit dem Reichs- und Staatsangehörigkeitsgesetz übereinstimmen²⁹.
- 74 Auch vor der Wiederherstellung der deutschen Einheit war von einem gesamtdeutschen Staatsvolk und einer gesamtdeutschen Staatsgewalt auszugehen³⁰.
- 75 Die Hoheitsgewalt der (alten) Bundesrepublik war auf den (damaligen) Geltungsbereich des Grundgesetzes beschränkt; zumindest für die Zeit nach Inkrafttreten des Grundlagenvertrages wurde die Unabhängigkeit und Selbständigkeit der DDR-Hoheitsgewalt »respektiert«³¹.
- 76 Aus der »Respektierung« folgte aber insbesondere nicht eine

27 Ebenso im Ergebnis *Stern*, DtZ 1990, 290, der lediglich überlegt, ob nicht die ausdrücklich das Grundgesetz ändernden Bestimmungen des Einigungsvertrags hätten in das Zustimmungsgesetz aufgenommen werden müssen.

28 *BVerfGE* 36, 1, 31; 77, 137, 149 ff.

29 *BVerfGE* 77, 137 ff.

30 *BVerfGE* 36, 1, 19.

31 *BVerfGE* 36, 1, 28.

Lockerung des Bandes zu den in der (damaligen) DDR lebenden Deutschen. Ausdrücklich betonte das Bundesverfassungsgericht,

»daß ein Deutscher, wann immer er in den Schutzbereich der staatlichen Ordnung der Bundesrepublik Deutschland gelangt – solange er nicht darauf verzichtet –, einen Anspruch darauf hat, nach dem Recht der Bundesrepublik Deutschland vor deren Gerichten sein Recht zu suchen«³².

Im folgenden wurde dies erneut bekräftigt und auch auf die Grundrechte bezogen. Die entscheidende Passage lautet³³: 77

»Der Vertrag« (d.h. der Grundlagenvertrag – W.D.) »bedarf weiter der Auslegung, daß – unbeschadet jeder Regelung des Staatsangehörigkeitsrechts in der Deutschen Demokratischen Republik – die Bundesrepublik Deutschland jeden Bürger der Deutschen Demokratischen Republik, der in den Schutzbereich der Bundesrepublik und ihrer Verfassung gerät, gem. Art. 116 Abs. 1 und 16 GG als Deutschen wie jeden Bürger der Bundesrepublik behandelt. Er genießt deshalb, soweit er in den Geltungsbereich des Grundgesetzes gerät, auch den vollen Schutz der Gerichte der Bundesrepublik **und alle Garantien der Grundrechte des Grundgesetzes**, einschließlich des Grundrechts aus Art. 14 GG. Jede Verkürzung des verfassungsrechtlichen Schutzes, den das Grundgesetz gewährt, durch den Vertrag oder eine Vereinbarung zur Ausfüllung des Vertrags, wäre grundgesetzwidrig.«

Der »Schutzbereich der Bundesrepublik und ihrer Verfassung« 78 war dabei nicht auf das Territorium der (alten) Bundesrepublik beschränkt, sondern erfaßte auch die deutschen Botschaften im Ausland. Der grundrechtliche Status des in der DDR lebenden Deutschen konnte nur insoweit nicht aktualisiert werden, als dies den Grundsatz der »Respektierung« der DDR-Staatsgewalt beeinträchtigt hätte. So wurde etwa darauf verzichtet, Hoheitsakte gegenüber Personen zu erlassen, die ihren Wohnsitz in der damaligen DDR hatten. Einziges »Hindernis« für eine Ausübung der allen Deutschen zustehenden Grundrechte war somit die Existenz der DDR-Staatsgewalt. Nachdem dieses »Hindernis« nunmehr weggefallen ist, können die Grundrechte (und andere Verfassungsprinzipien) auch für die in der bisherigen DDR lebenden Deutschen voll zur Geltung kommen.

32 *BVerfGE* 36, 1, 30.

33 A.a.O., S. 31.

- 79 Von dieser innerdeutschen Spezifik einmal abgesehen, würde sich die Vorstellung eines »belasteten Eintritts« schwerlich mit der bisherigen Handhabung insbesondere des Art. 14 GG vereinbaren lassen. So ist beim Entzug vermögenswerter oder anderer Rechte noch nie danach differenziert worden, ob sie nach der Rechtsordnung der Bundesrepublik oder nach einer anderen Rechtsordnung begründet wurden. Niemand vertritt etwa ernsthaft die Auffassung, Ansprüche aus einem Kaufvertrag unterlägen nicht der Eigentumsgarantie, weil auf den Vertrag etwa französisches oder englisches Recht anwendbar wäre³⁴.
- 80 Auch der Ort, an dem Rechte begründet werden oder belegen sind, ist grundsätzlich ohne Bedeutung. Konsequenterweise hat deshalb der Einigungsvertrag durch den neugeschaffenen Art. 232 EGBGB alle vertraglichen Ansprüche und Rechtsverhältnisse aufrechterhalten, im Einzelfall jedoch bestimmt, daß nunmehr das Recht der Bundesrepublik auf diese anwendbar sei³⁵. Ausnahme, insbesondere der Entzug erworbener Rechte bedürfen der verfassungsrechtlichen Legitimation.

4. Lockerung der Grundrechtsbindung wegen der spezifischen Situation eines »Staatsbankrotts«?

- 81 In seiner Rechtsprechung zu den Kriegs- und Reparationsschäden hat das Bundesverfassungsgericht verschiedentlich den Grundsatz ausgesprochen, vor 1949 liegende Vorgänge könnten nicht am Maßstab des Art. 14 Abs. 1 GG gemessen werden³⁶.
- 82 Ein ähnlicher Gedanke liegt der durch den Einigungsvertrag geschaffenen Vorschrift des Art. 143 Abs. 3 GG zugrunde, wonach Enteignungen und andere Eigentumseingriffe aus der Zeit zwischen 1945 und 1949 nicht mehr rückgängig gemacht werden.
- 83 Eine solche Situation ist im vorliegenden Fall nicht gegeben. Bei der angegriffenen Regelung – in euphemistischem Sprachgebrauch »Warteschleife« genannt – geht es nicht um die Frage, ob und in welchem Umfang in der Vergangenheit entzogene Rechte wieder eingeräumt oder jedenfalls entschädigt werden.

34 Zur Erstreckung der Eigentumsgarantie auf Ansprüche aus einem Kaufvertrag s. *BVerfGE* 45, 142, 179.

35 So Art. 232 § 5 EGBGB für den Arbeitsvertrag; die Regelung findet sich in Kap. III Sachgebiet B Abschnitt II Nr. 1 der Anlage I zum EV.

36 So *BVerfGE* 41, 126 m.w.N.

Zur Debatte steht insbesondere nicht, wie eine Rehabilitierungsgesetzgebung i.S. des Art. 17 EV von Verfassungen wegen beschaffen sein muß. Vielmehr geht es allein darum, ob der Einigungsvertrag Rechte entziehen konnte, die im Zeitpunkt der Herstellung der Deutschen Einheit vorhanden waren: Es geht nicht um den Ausgleich eingetretener Verluste, sondern darum, daß zunächst einmal einer großen Zahl von Personen etwas weggenommen wird.

Die Arbeitsverhältnisse, die am 3. 10. 1990 im öffentlichen Dienst der ehemaligen DDR bestanden, waren Arbeitsverhältnisse, die keineswegs mit einem generellen »Makel« behaftet waren. Aufgrund des Staatsvertrags vom 18. 5. 1990 (BGBl. II S. 537) und der Ausführungsgesetzgebung der damaligen DDR fand auf sie das gesamte kollektive Arbeitsrecht der Bundesrepublik einschließlich der Tarifautonomie sowie unser Kündigungsschutzrecht Anwendung. Einzelpersonen, die sich Menschenrechtsverletzungen oder andere schwere Rechtsverstöße hatten zuschulden kommen lassen, konnten selbstredend gekündigt werden. Die Gefahr, daß es bei einem Weiterbestehen der DDR zu erheblichem Personalabbau gekommen wäre, mag vorhanden gewesen sein, ändert jedoch nichts an der Existenz von Arbeitsverhältnissen und ihrem verfassungsrechtlichen Schutz. Dies wird nicht zuletzt auch dadurch bestätigt, daß bei Übersiedlern auch Arbeitsverhältnisse im öffentlichen Dienst der ehemaligen DDR bei der Berechnung von Anwartschaftszeiten in der Sozial- und Arbeitslosenversicherung sowie bei der Rentenberechnung berücksichtigt wurden. Eine Ausnahme wäre allenfalls dann zu machen, wenn das Arbeitsverhältnis seinem Inhalt nach mit dem *ordre public* der Bundesrepublik nicht vereinbar wäre³⁷.

Wie dieser Bereich im einzelnen zu bestimmen wäre, braucht hier nicht untersucht zu werden. Wie Kapitel XIX Sachgebiet A Abschnitt III Nr. 1 Abs. 5 Nr. 2 deutlich macht, führt nicht einmal eine Tätigkeit für das frühere Ministerium für Staatssicherheit automatisch zur Entlassung, sofern die Einrichtung, in der der Betreffende bislang tätig war, vom Bund oder einem Land übernommen wird.

Der Gedanke des »Staatsbankrotts« kann daher keine Lockerung grundrechtlicher Bindungen rechtfertigen. Er ist aller-

37 So für den Fall der Begründung der deutschen Staatsangehörigkeit durch DDR-Behörden *BVerfGE* 77, 137, 152.

dings insofern von Bedeutung, als der in der früheren DDR zu erwartende massive Personalabbau auch bei Anwendung aller in der Bundesrepublik anerkannten arbeitsrechtlichen Schutzstandards eine Situation schafft, die mit der nach 1945 durchaus vergleichbar ist: Insofern, also bei der Hilfe gegenüber Arbeitslosen geht es dann in der Tat um »Schadensbegrenzung« und »Ausgleichsmaßnahmen«, für die das Verhalten des Gesetzgebers nach 1949 durchaus Vorbild sein kann.

5. Erweiterter Gestaltungsspielraum durch Art. 135 a Abs. 2 GG n.F.?

87 Durch Art. 4 Nr. 4 EV wurde Art. 135 a GG um einen Abs. 2 ergänzt, wonach der Bundesgesetzgeber die Möglichkeit hat, »Verbindlichkeiten, die auf Maßnahmen der Deutschen Demokratischen Republik oder ihrer Rechtsträger zurückzuführen sind, (Abs. 2) nicht oder nicht in voller Höhe zu erfüllen« (Abs. 1). Die Bundesregierung zieht in ihrem Schriftsatz vom 6. 2. 1991 daraus die Konsequenz, damit sei ein Rückgriff auf allgemeine Rechtsgedanken der Rechtsnachfolge ausgeschlossen. Der Bundesgesetzgeber dürfe den Komplex der »Alt-Verbindlichkeiten« einer »diskretionären« Regelung zuführen; er habe dies für die Arbeitsverhältnisse der im öffentlichen Dienst Beschäftigten in der hier angegriffenen Regelung getan (a.a.O., S. 27, 28). Dem kann nur im Ausgangspunkt, nicht jedoch in bezug auf die für den vorliegenden Zusammenhang gezogenen Konsequenzen zugestimmt werden. Sicherlich ist richtig, daß der Gesetzgeber des Einigungsvertrags eine Belastung der Bundesrepublik mit allen Verbindlichkeiten der DDR verhindern wollte. Ohne die Regelung des Art. 135 a Abs. 2 GG hätte sich die Situation ergeben, daß der Bund in alle Verpflichtungen der DDR eingetreten wäre und Ansprüche der Bürger (etwa aus Staatsanleihen) den Schutz des Art. 14 GG genossen hätten. Aus der Tatsache, daß man dem Art. 135 a GG einen zweiten Absatz hinzufügte, wird jedoch deutlich, daß man entgegen der Auffassung der Bundesregierung eben gerade nicht von einem vorausgesetzten automatischen Wegfall des Rechtsobjekts »DDR« ausging: Eine »Haftungsbeschränkung« wird nur zugunsten desjenigen angeordnet, der »an sich« und bei Fehlen einer Sonderregelung eintreten müßte.

88 Davon ganz abgesehen, bezieht sich Art. 135 a Abs. 2 GG n.F. nur auf »Verbindlichkeiten«, also insbesondere auf Zahlungspflichten der Bundesrepublik. Ein Arbeitsverhältnis als »Ver-

bindlichkeit« zu qualifizieren, liegt denkbar fern und ist – soweit ersichtlich – bislang von niemandem vertreten worden³⁸.

Wer sich aus guten Gründen bestimmten Verbindlichkeiten entziehen kann, ist deshalb noch lange nicht berechtigt, auch Arbeitsverhältnisse in ihrem Bestand zu vernichten. 89

6. Eingeschränkte Grundrechtsbindung mit Rücksicht auf Art. 143 Abs. 1 GG n.F.?

Eine Überprüfung am Maßstab des Grundgesetzes wäre auch dann nicht in vollem Umfang möglich, wenn die Vorschrift des Art. 143 Abs. 1 GG n.F. auf den Einigungsvertrag selbst anwendbar wäre. Im einzelnen bestimmt sie: 90

»Recht in dem in Art. 3 des Einigungsvertrags genannten Gebiet kann längstens bis zum 31. Dezember 1992 von Bestimmungen dieses Grundgesetzes abweichen, soweit und solange infolge der unterschiedlichen Verhältnisse die völlige Anpassung an die grundgesetzliche Ordnung noch nicht erreicht werden kann. Abweichungen dürfen nicht gegen Art. 19 Abs. 2 verstoßen und müssen mit den in Art. 79 Abs. 3 genannten Grundsätzen vereinbar sein.«

Einen entsprechenden Standpunkt nimmt die Bundesregierung ein. Die angefochtenen Regelungen würden sich auf das Beitrittsgebiet beschränken und seien wegen der gravierenden Unterschiede im öffentlichen Dienst als Anpassungs- und Übergangsregelung notwendig³⁹. 91

Dem kann nicht zugestimmt werden.

Der Wortlaut des Art. 143 Abs. 1 GG n.F. spricht dagegen, daß auch jene Teile des Einigungsvertrags erfaßt sein sollen, die nur im Beitrittsgebiet wirksam sind. Wenn in Art. 143 Abs. 1 von »Recht in dem in Art. 3 des Einigungsvertrags genannten Gebiet« die Rede ist, so ist damit etwas außerhalb des Einigungsvertrags selbst Liegendes, insbesondere weitergeltendes DDR-Recht gemeint. Abs. 1 des Art. 143 GG unterscheidet sich insoweit schon vom Text her von Abs. 3 desselben Artikels, wo ausdrücklich die Verfassungskonformität des Art. 41 EV und der zu seiner Durchführung erlassenen Regelungen vorgesehen wird. Auch die Denkschrift der Bundesregierung 92

38 Vgl. BVerfGE 15, 126, 133 ff., zu Art. 134 Abs. 4 und Art. 135 a GG.

39 Schriftsatz, S. 42 f.

enthält keinerlei Anhaltspunkte dafür, daß Art. 143 Abs. 1 GG auch Teile des Einigungsvertrags selbst meint. Dort heißt es:

»Art. 143 erlaubt in seinen Absätzen 1 und 2 – unbeschadet des in dem beigetretenen Teil Deutschlands in möglichst kurzer Zeit anzustrebenden voll verfassungsrechtlichen Zustandes – für eine Übergangszeit eine Abweichung von Verfassungsnormen in den verfassungsrechtlichen Grenzen der unverzichtbaren Grundprinzipien des Grundgesetzes.

Ein modifiziertes Anwenden des Grundgesetzes im Sinne der Regelung soll den notwendigen gesetzgeberischen Spielraum eröffnen, um schrittweise das Recht im beigetretenen Teil Deutschlands in die vom Grundgesetz geforderte Rechtsordnung überzuleiten. Damit trägt die Vorschrift den sich zwangsläufig infolge der unterschiedlichen Nachkriegsentwicklung . . . ergebenden Anpassungsproblemen Rechnung, die es nicht erreichbar erscheinen lassen, zugleich mit dem Beitritt eine auf Dauer angelegte vollständige rechtliche Neuordnung auf der Grundlage des Grundgesetzes an die Stelle der der grundgesetzlichen Ordnung diametral entgegengesetzten Rechtsordnung der ehemaligen Deutschen Demokratischen Republik zu setzen. Unter Recht i.S. des Art. 143 sind Rechtsnormen jeder Art zu verstehen, deren Geltung sich auf den beigetretenen Teil Deutschlands beschränkt. Ob es sich um fortgeltendes Recht der ehemaligen Deutschen Demokratischen Republik oder um übergeleitetes Bundesrecht handelt, ist unerheblich . . .«

- 93 Dazu kommt das strenge Gebot der Verfassungstextänderung im Art. 79 Abs. 1 Satz 1 GG: Wollte man den Einigungsvertrag selbst unter Art. 143 Abs. 1 GG n.F. subsumieren, hätte sich der Gesetzgeber von Art. 79 Abs. 1 Satz 1 dispensiert, ohne daß dies im Text zum Ausdruck gekommen wäre. Die ausdrückliche verfassungsrechtliche Absicherung des Art. 41 und der darauf bezogenen Durchführungsvorschriften durch Art. 143 Abs. 3 GG läßt statt dessen den Gegenschluß zu, daß der Einigungsvertrag eben nicht als eine Art Nebenverfassung konzipiert ist.
- 94 Die Anwendung des Art. 143 Abs. 1 auf die angegriffene Regelung kann auch nicht mit dem – hypothetischen – Argument begründet werden, wenn schon grundgesetzwidriges DDR-Recht fortgelten könne, müsse dies auch für Rechtsnormen gelten, die etwa durch »Maßgaben« nach Anlage II zum EV bereits »näher an das Grundgesetz heran« geführt wurden. Die hier zur Beurteilung stehende Regelung über die sog. Warte-

schleife kennt keine Parallelen – weder im öffentlichen Dienstrecht der Bundesrepublik noch in dem der ehemaligen DDR. Es geht nicht um eine »Umgestaltung« bisherigen DDR-Rechts, sondern um die Beseitigung von Arbeitsverhältnissen, die als solche in keiner Weise »grundgesetzfern« waren und deshalb etwas näher an das Grundgesetz hätten herangeführt werden können. Vielmehr geht es allein darum, daß ein neuartiger Eingriffstatbestand geschaffen wird.

Weiter ist darauf hinzuweisen, daß Art. 143 Abs. 1 auch von seinen Voraussetzungen her im vorliegenden Fall nicht eingreifen würde. Wie bereits aus seinem Wortlaut hinreichend deutlich wird, läßt er nicht beliebige Abweichungen von Grundrechten zu; diese sind vielmehr nur möglich, »soweit und solange infolge der unterschiedlichen Verhältnisse die völlige Anpassung an die grundgesetzliche Ordnung noch nicht erreicht werden kann.« Inhaltliche Voraussetzung sind daher äußere Zwänge (»unterschiedliche Verhältnisse«), die jedoch Abweichungen nur im erforderlichen Umfang (»soweit«) und nur mit der erforderlichen Mindestdauer (»solange«) zulassen. Das in der angegriffenen Regelung vorgesehene automatische Auslaufen der Arbeitsverhältnisse wird diesen Anforderungen nicht gerecht.

Die »Erforderlichkeit« einer Abweichung von den normalen grundgesetzlichen Standards ist dann nicht gegeben, wenn die mit der angegriffenen Regelung verfolgten Zwecke auch bei Zugrundelegung der allgemeinen arbeitsrechtlichen Normen erreichbar wären.

Ziel der hier zu beurteilenden Regelung ist nicht die Trennung von politisch vorbelastetem Personal. Die Entscheidung über die Abwicklung betrifft Einrichtungen oder Teileinrichtungen, nicht aber Personen oder Personengruppen. Vielmehr geht es allein um einen reibungslosen Abbau in Bereichen, die nicht oder nicht von der öffentlichen Hand weitergeführt werden sollen. Dieses Ziel ließe sich auch unter Anwendung des normalen arbeitsrechtlichen Instrumentariums erreichen.

Die Entscheidung über die »Abwicklung« einer Einrichtung oder Teileinrichtung wäre eine organisatorische Maßnahme, die von den Arbeitsgerichten nicht auf ihre Zweckmäßigkeit überprüft werden könnte. Möglich wäre allein eine Rechtskontrolle, wobei hier dahinstehen mag, ob diese inzidenter durch die Arbeitsgerichte oder nur aufgrund einer Anfechtungsklage gegen den »Organisationsakt« durch die Verwaltungsgerichte möglich wäre. Im Regelfall wird jedenfalls die Abwicklungsent-

scheidung als solche Bestand haben. Folge davon wäre, daß wegen wegfallender Arbeitsaufgaben eine Kündigung aus dringenden betrieblichen Erfordernissen nach § 1 Abs. 2 KSchG sozial gerechtfertigt wäre. Gegenüber der geltenden Regelung bestünden lediglich drei Unterschiede:

- 99 – Bei einer Kündigung müßte die Kündigungsfrist eingehalten und während dieser Zeit der volle Lohn fortbezahlt werden. Dabei ist allerdings zu beachten, daß der fortgeltende § 55 AGB als Regel nur eine Zwei-Wochen-Frist vorsieht. Hat der Arbeitsvertrag 5 Jahre bestanden, erhöht sich die Kündigungsfrist auf einen Monat zum Monatsende (bleibt also immer noch unter der Grundkündigungsfrist für Angestellte im Arbeitsrecht der alten Bundesrepublik). Nach zehnjähriger Tätigkeit erhöht sich die Frist auf zwei Monate zum Monatsende, nach zwanzigjähriger Tätigkeit kann nur mit drei Monaten zum Quartalsende gekündigt werden. In allen Fällen wird nur die Zeit berücksichtigt, die nach der Vollendung des 25. Lebensjahres liegt.
- 100 – Der öffentliche Arbeitgeber hätte die Grundsätze der sozialen Auswahl nach § 1 Abs. 3 KSchG zu beachten. Wird die ganze Dienststelle geschlossen, ist dies allerdings ohne Bedeutung, da die Rechtsprechung die Auswahl auf den einzelnen Betrieb bzw. die einzelne Dienststelle beschränkt⁴⁰.
- 101 – Lediglich bei der Abwicklung von Teileinrichtungen käme daher § 1 Abs. 3 KSchG zur Geltung. Dabei muß jedoch nicht ausschließlich nach sozialen Gesichtspunkten verfahren werden; »Leistungsträger« sind unter bestimmten Voraussetzungen aus der Auswahl auszunehmen.
- 102 – Schließlich greift der Sonderkündigungsschutz von Schwerbehinderten, Frauen unter Mutterschutz und im Erziehungsurlaub sowie von Personalratsmitgliedern ein. Auch insoweit ist allerdings bei einer völligen Abwicklung einer Einrichtung kein Bestandsschutz gegeben. Nach § 19 Abs. 1 SchwbG hat die Hauptfürsorgestelle die Zustimmung zu erteilen »bei Kündigungen in Betrieben und Dienststellen, die nicht nur vorübergehend eingestellt oder aufgelöst werden.« Ähnlich verhält es sich mit dem Kündigungsschutz während des Erziehungsurlaubs. Nach den Allgemeinen Verwaltungsvorschriften zum Kündigungsschutz bei Erziehungsurlaub vom

40 S. die Nachweise bei *Herschel/Löwisch*, Kommentar zum KSchG, 6. Aufl. 1984, § 1 Rn. 215.

2. 1. 1986⁴¹ ist die Zustimmung zur Kündigung bei Stilllegung zu erteilen. Dort ist zwar nur von »Betrieben« die Rede, doch ist wenig wahrscheinlich, daß bei wegfallenden Dienststellen anders entschieden würde. Auch dürften ähnliche Grundsätze im Rahmen des § 9 MuSchG angewandt werden. Selbst Personalratsmitglieder müssen sich auf eine Kündigung einstellen, da § 15 Abs. 4 i.V.m. § 15 Abs. 2 KSchG in solchen Fällen eine ordentliche Kündigung zuläßt. Auch der Sonderkündigungsschutz greift daher – nicht anders als die soziale Auswahl – nur dann, wenn ein Teil der Einrichtung fortgeführt wird.

Korrekte Abwicklungsentscheidungen unterstellt, würde sich die Gesamtzahl der ihren Arbeitsplatz verlierenden Beschäftigten gar nicht ändern. Der Unterschied gegenüber der sog. Warteschleifen-Regelung bestünde nur darin, daß die Kündigungsfristen gewahrt und die Auswahl nach sozialen Kriterien erfolgen würde. Die Bundesregierung hat weder in ihrem Schriftsatz noch im Erörterungstermin in irgendeiner Weise geltend gemacht, daß ein solches Vorgehen für sie mit unzumutbaren Belastungen verbunden wäre. Dies ist auch in der Tat schwer vorstellbar, zumal auch von jedem Privatunternehmen trotz der extrem schwierigen Wettbewerbssituation die Einhaltung der arbeitsrechtlichen Regeln verlangt wird. Eine besonders ausgeprägte »Überbesetzung« des öffentlichen Dienstes ist nicht ausreichend belegt und würde überdies kein Argument dafür abgeben, daß völlig neuartige Instrumente des Personalabbaus eingesetzt werden müßten.

Der Schriftsatz der Bundesregierung verweist zunächst zutreffend auf die Schwierigkeiten, die sich bei der Ermittlung des genauen Personalbestandes ergeben. Die dann getroffene Aussage, in der DDR seien über 12 % der Bevölkerung im Bereich der Verwaltung tätig gewesen, während dies in der Bundesrepublik nur 7 % seien⁴², ist für sich allein nicht aussagekräftig. Sie berücksichtigt nicht, daß die Erwerbstätigenquote in der DDR bei über 57 % lag, während sie in der Bundesrepublik nur knapp über 44 % beträgt⁴³. Damit wäre auch die Relation »Gesamtbevölkerung« zu »in der Wirtschaft Tätigen« eine andere. Außerdem ist zu beachten, daß gerade im Zeitpunkt des Übergangs zusätzliche, in der alten Bundesrepublik nicht vorhandene

41 BAnz. Nr. 1/1986.

42 A.a.O., S. 8, 9.

43 Statistisches Jahrbuch für die Bundesrepublik Deutschland 1990, 91, 639, 643.

ne Aufgaben auf die Verwaltung zukommen und daß außerdem die Umstellung auf ein neues Recht und neue Handlungsgrundsätze die Aufgabenerfüllung erschweren, ja im Anfangsstadium aus Routinearbeiten Problemfälle machen.

- 105 Mangels »Erforderlichkeit« der sog. Warteschleifen-Regelung kann sich der Gesetzgeber daher zu ihrer Rechtfertigung nicht auf Art. 143 Abs. 1 GG berufen.
- 106 Ergänzend sei noch darauf hingewiesen, daß es bislang in der Literatur nur Stimmen gibt, die den Einigungsvertrag in vollem Umfang am Grundgesetz messen wollen. Neben den bereits genannten Autoren⁴⁴ ist insbesondere auf *Konzen*⁴⁵ und *Goerlich*⁴⁶ zu verweisen.

7. Neubegründung der Arbeitsverhältnisse?

- 107 Eine volle Prüfung am Maßstab des Grundgesetzes würde auch dann ausscheiden, wenn ohne den Einigungsvertrag die vorhandenen Arbeitsverhältnisse zum Zentralstaat DDR mit dessen Untergang ersatzlos weggefallen wären. Die Situation wäre dann der nach 1945 eingetretenen vergleichbar, als die Beamtenverhältnisse sowie die Arbeitsverhältnisse der Arbeiter und Angestellten erloschen waren⁴⁷.
- 108 Die angegriffene Regelung könnte in einem solchen Fall nur noch dahingehend überprüft werden, ob sie gegen den Gleichheitssatz verstößt und ob sie die Grundsätze verletzt, die das Bundesverfassungsgericht für einen »sozialen Lastenausgleich« (unten Rn. 181 ff.) entwickelt hat.
- 109 Die Vorstellung eines »Gegenstandslos-Werdens« von Arbeitsverhältnissen wäre dann – ähnlich wie im Fall des Jahres 1945 – einleuchtend, wenn der Staat DDR sich aufgelöst und die im Aufbau befindlichen Länder dann den Beitritt zur Bundesrepublik erklärt hätten. Dies war jedoch nicht die Situation. Der Einigungsvertrag ist namens einer funktionsfähigen Regierung unterzeichnet und von einem funktionsfähigen Parlament der DDR mit der erforderlichen Mehrheit gebilligt worden. Zwar mögen nachgeordnete Instanzen im einen oder anderen Fall ih-

44 *Stern*, DtZ 1990, 291, und *Wolter*, DB 1991, 44.

45 Die »Abwicklung« und der Rechtsstaat, FAZ v. 12. 2. 1991, S. 10.

46 Hergebrachte Grundsätze und Beitrittsbeamtenentum, JZ 1991, 75.

47 *BVerfGE* 3, 58 (Beamte); § 52 Abs. 3 des Gesetzes zur Regelung der Rechtsverhältnisse der unter Art. 131 GG fallenden Personen vom 11. 5. 1951, BGBl. I S. 307.

re Funktion nur noch in eingeschränktem Umfang wahrgenommen haben, doch ist in keiner Weise ersichtlich, daß die »Staatsgewalt« als eines der konstituierenden Elemente eines Staates insgesamt in Wegfall gekommen wäre. Anders als 1945 trat daher keine – damals z.T. Jahre dauernde – Unterbrechung der Staatstätigkeit ein. Vielmehr trat die DDR als immer noch funktionierender Staat der Bundesrepublik bei. Auf verfassungsrechtlicher Ebene handelt es sich zudem um einen Staat, der durch das Verfassungsgrundsatzgesetz vom 17. 6. 1990 alle wesentlichen Prinzipien der grundgesetzlichen Ordnung übernommen hatte. Dies bedeutet, daß in Wirklichkeit eine Sukzession vorliegt, daß Rechte und Pflichten des Staates DDR auf den Staat Bundesrepublik übergehen. Davon sind im Einigungsvertrag auf unterschiedlichen Ebenen Ausnahmen gemacht: Die in Art. 135 a Abs. 2 GG n.F. eröffnete Möglichkeit, nicht in Verbindlichkeiten einzutreten, macht eine verfassungskräftige Ausnahme, die hier zu überprüfende Regelung versucht, den übernommenen Beschäftigten einen geminderten Rechtsstatus zu gewähren.

In Abweichung von der Auffassung der Bundesregierung⁴⁸ hat nach hier vertretener Auffassung auch die angegriffene Regelung das Sukzessionsmodell (und nicht das »Schiffbrüchigenmodell«) zugrunde gelegt. Zwar trifft es zu, daß in Abs. 1 Satz 1 der zu überprüfenden Regelung vom Weitergelten der »Arbeitsbedingungen« die Rede ist, doch kann daraus nicht geschlossen werden, daß es sich bei den (kraft »Warteschleife«) ruhenden Arbeitsverhältnissen um eine Art »Arbeitsverhältnis ohne Arbeitgeber« handelt und daß in den weitergeführten Einrichtungen Arbeitsverhältnisse neu begründet werden mußten⁴⁹.

Die Annahme subjektloser Rechte bzw. einem nicht existierenden Subjekt gegenüber bestehender Pflichten ist nicht nur äußerst ungewöhnlich sondern kann auch schwer lösbare Auslegungs- und Handhabungsprobleme aufwerfen. Dies wird besonders deutlich, wenn man an den Fall denkt, daß die Entscheidung über die Abwicklung erst zwischen dem 3. Oktober und dem 2. Januar fiel. Wer wäre hier als Arbeitgeber anzusehen? Eine befristete fiktive Weiterexistenz der DDR (etwa im Sinne eines im übrigen handlungsunfähigen Subjekts) lag ersichtlich nicht in der Absicht der Schöpfer des Einigungsver-

48 Schriftsatz, S. 14 ff.

49 So aber der Schriftsatz der Bundesregierung, S. 15.

trags. Viel näher liegt es deshalb, in diesen Fällen einen Übergang der Arbeitsverhältnisse auf diejenige Instanz anzunehmen, die gem. Art. 13 und 14 EV die Entscheidung über die Abwicklung zu treffen hat. Auch sollte bei der Wortlautinterpretation die Überschrift des ganzen Abschnitts nicht vergessen werden, die von »Rechtsverhältnissen« der Arbeitnehmer im öffentlichen Dienst spricht. Diese bestehen nun mal aber nur zu natürlichen oder juristischen Personen, nicht zu ersatzlos untergegangenen Subjekten.

8. Zwischenergebnis

- 112 Die Vorschriften des Einigungsvertrags zum öffentlichen Dienst sind in vollem Umfang am Grundgesetz zu überprüfen.

IV. Verstoß gegen einzelne Grundrechte

1. Bestandsschutz für Arbeitsverhältnisse aus Art. 12 Abs. 1 GG i.V.m. dem Sozialstaatsprinzip

a) Der normative Ausgangspunkt

- 113 Das Grundrecht der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG gilt auch für die abhängige Arbeit⁵⁰.
- 114 Art. 12 Abs. 1 GG wäre daher verletzt, würde man etwa den Abschluß eines Arbeitsvertrags oder die Aufnahme einer Tätigkeit als Arbeitnehmer generell von einer staatlichen Erlaubnis abhängig machen. Auch die »Grundrechtsaktualisierung«, also der durch Ausübung des Grundrechts – d.h. durch Abschluß eines Arbeitsvertrags – herbeigeführte Zustand ist durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützt. Ein grundloser Entzug von Arbeitsplätzen, der von hoher Hand verfügt wird, ließe sich nicht mit dem Grundgesetz vereinbaren.
- 115 Die Einbeziehung des einmal gewählten Arbeitsplatzes in den Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG bedeutet nicht, daß dadurch ein umfassender Bestandsschutz geschaffen wäre. Das Grundgesetz ist wirtschaftsverfassungsrechtlich neutral, läßt also unterschiedliche Formen von Arbeitsmarkt- und Wirtschaftspolitik zu. Die Existenz eines »Arbeitsmarkts« mit größeren oder geringeren Beschäftigungschancen, mit größerer

50 *BVerfGE* 7, 377, 397f.; 59, 231, 262.

oder geringerer Arbeitslosigkeit ist deshalb kein gegen Art. 12 Abs. 1 oder sonstige Verfassungsbestimmungen verstößender Zustand. Das Grundgesetz läßt es zu, daß Arbeitsverhältnisse durch Kündigung seitens des privaten oder des öffentlichen Arbeitgebers aufgelöst werden.

Von dieser – soweit ersichtlich: unbestrittenen – Ausgangssituation her stellt sich lediglich die Frage, ob Art. 12 Abs. 1 GG eine sozialstaatskonforme Interpretation derart erfahren muß, daß grundloser und sachlich nicht gerechtfertigter Personalabbau unterbleiben muß. Das Bundesverfassungsgericht hat hierzu – soweit ersichtlich – bislang nicht ausdrücklich Stellung genommen. Der vorliegende Zusammenhang wurde zwar in der Entscheidung zu den freien Mitarbeitern im Medienbereich angesprochen⁵¹, doch blieb letztlich offen, ob es sich um eine legitime gesetzgeberische Entscheidung handelt oder ob von Verfassungs wegen ein bestimmtes Maß an Bestandsschutz existieren muß. In der Literatur wird im allgemeinen der Standpunkt vertreten, das Fehlen jeglichen Bestandsschutzes würde einen Verstoß gegen Art. 12 Abs. 1 und das Sozialstaatsprinzip darstellen⁵².

Letztlich stützt sich ein solches »substantielles Minimum« an Bestandsschutz auf den Gedanken der Menschenwürde: Könnte der einzelne zum Objekt willkürlicher Entscheidungen werden, wäre seine berufliche Existenz eine für andere beliebig disponible Größe, liefe dies auf einen Zustand hinaus, der sich nicht mit der Stellung des Individuums in der grundgesetzlichen Ordnung vereinbaren ließe.

Der Gesetzgeber ist allerdings nicht befugt, den Bestandsschutz nach Belieben bis auf dieses Minimum zu reduzieren. Arbeitsplätze zu entziehen oder – im Normalfall – ihre Entziehung durch eine Kündigung des Arbeitgebers zu ermöglichen, ist nur im Rahmen des Verhältnismäßigkeitsprinzips zulässig. Dabei muß sich der Gesetzgeber auf überwiegende Interessen – sei es des Arbeitgebers, sei es der öffentlichen Hand – stützen können, da nur sie einen Eingriff in das Grundrecht aus Art. 12

51 *BVerfGE* 59, 231, 266: »Der arbeitsrechtliche Bestandsschutz ... dient zwar der Verwirklichung des Sozialstaatsprinzips als eines Verfassungsprinzips; er sichert diejenigen Mitarbeiter, die diesen Bestandsschutz genießen, in ihrer beruflichen Position und damit in ihrer verfassungsrechtlich gewährleisteten Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG).«

52 So etwa KR – *M. Wolf*, Grundsätze Rn. 42c; ähnlich *Mückenberger*, NZA 1985, 518ff.; *Schanze*, RdA 1986, 30ff.

Abs. 1 GG rechtfertigen können. Ob die im sog. Apotheken-Urteil entwickelte Schrankensystematik dabei auch auf die abhängige Arbeit zu erstrecken ist, erscheint zweifelhaft. Dagegen spricht, daß die Eröffnung zusätzlicher Kündigungsmöglichkeiten in ihren Wirkungen häufig nicht eindeutig prognostizierbar ist: Zwar wird es sich – in der traditionellen Terminologie gesprochen – oft um eine Berufsausübungsregelung handeln, doch kann in einer nicht abschätzbaren Zahl von Fällen für die Betroffenen die Fortsetzung ihres Berufes faktisch unmöglich sein, was einer Berufszulassungsregelung entsprechen würde. Die notwendige Offenheit der Wirkungen legt es nahe, die bei Eingriffen in die selbständige Tätigkeit entwickelte Systematik nicht hierher zu übertragen sondern generell ein überwiegendes Interesse zu verlangen. Bei der Gewichtung dieses Interesses und bei der Abschätzung der eintretenden Folgen steht dem Gesetzgeber ein weiterer Beurteilungsspielraum zu. Allerdings muß er dabei die ihm zur Verfügung stehenden Erkenntnismöglichkeiten ausschöpfen, um zu einer gesicherten Prognose zu kommen⁵³.

b) Konsequenzen für die Fälle der sog. Warteschleife

- 119 Wendet man diese Grundsätze auf die sog. Warteschleife, d.h. das Erlöschen der Arbeitsverhältnisse nach 6 bzw. 9 Monaten an, so läßt sich die Regelung des Einigungsvertrags ersichtlich nicht mit dem Grundgesetz vereinbaren.
- 120 Die von dieser Regelung betroffenen öffentlichen Bediensteten sind zwar nicht in ihrem »substantiellen Minimum« an Bestandsschutz betroffen, da sie ihre Arbeitsplätze nicht ohne jeden sachlichen Grund verlieren. Die Nicht-Weiterführung einer Einrichtung oder Teil-Einrichtung ist als solche durchaus geeignet, die Auflösung von Arbeitsverhältnissen zu rechtfertigen. Dabei kann es auch keinen Unterschied machen, ob – wie im Regelfall – die Auflösung im Wege der ordentlichen Kündigung unter Wahrung bestimmter Fristen oder ob sie durch den Gesetzgeber selbst erfolgt, der dabei eine Auslaufrfrist von 6 bzw. 9 Monaten zubilligt. Die getroffene Regelung stellt aber insoweit einen unverhältnismäßigen Eingriff dar, als sie schematisch alle Beschäftigten erfaßt, die in den abzuwickelnden Einrichtungen tätig waren. Das Maß ihrer Betroffenheit, das höhere oder geringere Schutzbedürfnis spielt bei der vorliegen-

⁵³ Vgl. BVerfGE 50, 290, 334.

den Regelung keinerlei Rolle. Selbst den über die Weiterführung bzw. Abwicklung entscheidenden Behörden ist nicht die Möglichkeit eröffnet, anders als »organisationsbezogen« zu entscheiden: Ob in der abzuwickelnden Einrichtung Schwerbehinderte, schwangere Frauen, von der DDR politisch Verfolgte, gesundheitlich Eingeschränkte oder Personen mit zahlreichen unterhaltsberechtigten Kindern beschäftigt sind, spielt nach der gesetzlichen Regelung keine Rolle. Allein aufgrund der Organisationsentscheidung laufen alle Arbeitsverhältnisse der von ihr betroffenen Beschäftigten aus. Damit wird das Arbeitgeberinteresse verabsolutiert: Der Personalbestand soll aus Kosten- und (wohl auch) aus politischen Gründen reduziert werden, ohne daß das unterschiedliche Betroffensein einzelner Arbeitnehmer berücksichtigt würde. Eine solche »Einseitigkeit« stellt einen unverhältnismäßigen Eingriff in das Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 GG dar. Das Sozialstaatsprinzip gebietet, bei derartigen berufsregelnden Maßnahmen auf die im Einzelfall sehr unterschiedliche »Eingriffstiefe« Rücksicht zu nehmen und auf diese Weise auch die spezifischen Interessen der Arbeitnehmer zu berücksichtigen.

Der Grundrechtseingriff ist außerdem nicht erforderlich, weil dasselbe Regelungsziel auch auf schonendere Weise hätte erreicht werden können. Unterstellt man einmal (die Gesetzesbegründung läßt insoweit keine sicheren Rückschlüsse zu), die sog. Warteschleife solle einen Personalabbau in Höhe von ca. 30% bewirken, so hätte sich diese Vorgabe auch mit Hilfe kündigungsschutzrechtlicher Regelungen realisieren lassen. Insoweit kann auf die unter Rn. 90 ff. im Zusammenhang mit Art. 143 Abs. 1 GG gemachten Ausführungen verwiesen werden. 121

2. Wegfall des Sonderkündigungsschutzes – Verstoß gegen Art. 12 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 3 Abs. 1 und Art. 6 Abs. 4 GG

Wie in Teil II (Rn. 7 ff.) dargestellt, versagt der besondere Kündigungsschutz von Schwerbehinderten, Betriebsrats- und Personalratsmitgliedern sowie von werdenden und stillenden Müttern bei der sog. Warteschleife. Dies läßt sich nicht mit dem verfassungsrechtlichen Gleichheitsgrundsatz sowie mit dem in Art. 6 Abs. 4 GG niedergelegten Mutterschutz vereinbaren. 122

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist auch bei den am wenigsten weitgehenden Eingriffen in die Berufsfreiheit – den sog. Berufsausübungsregelungen – darauf zu 123

achten, daß nicht bestimmte Gruppen wesentlich stärker als andere betroffen sind. Dazu heißt es in der Entscheidung des *Ersten Senats* vom 17. 10. 1984⁵⁴:

»Berufsausübungsregelungen können nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts . . . nicht nur dann verfassungswidrig sein, wenn sie in ihrer generellen Wirkung auf die betroffene Berufsgruppe den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verletzen. Sie müssen auch die Ungleichheiten berücksichtigen, die typischerweise innerhalb des Berufs bestehen, dessen Ausübung geregelt wird . . . Werden durch eine Berufsausübungsregelung . . . innerhalb der betroffenen Berufsgruppe nicht nur einzelne, aus dem Rahmen fallende Sonderfälle, sondern bestimmte, wenn auch zahlenmäßig begrenzte Gruppen typischer Fälle ohne zureichende sachliche Gründe wesentlich stärker als andere belastet, dann kann Art. 12 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 3 Abs. 1 GG verletzt sein.«

- 124** Im konkreten Fall war es darum gegangen, daß Verkehrsunternehmer für die unentgeltliche Beförderung von Schwerbehinderten eine Pauschalerstattung erhalten hatten. Dabei wurde aber nicht berücksichtigt, daß in bestimmten Gegenden wie z.B. in Kurorten eine überdurchschnittlich hohe Zahl von Schwerbehinderten zu befördern war. Die gesetzliche Regelung wurde deshalb für verfassungswidrig erklärt, weil sie für die besonders betroffenen Unternehmer keinen angemessenen Ausgleich in Form einer »Härteklausele« vorgesehen hatte.
- 125** Diese für die selbständige Tätigkeit entwickelten Grundsätze müssen auch für die abhängige Arbeit gelten. Auch wenn diese durch den Gesetzgeber geregelt wird, muß beachtet werden, ob bestimmte Gruppen von Beschäftigten besonders nachteilig betroffen sind. Ihrer Situation muß dann angemessen Rechnung getragen werden.
- 126** Bei der sog. Warteschleife wie bei den zusätzlichen Kündigungsgründen versagt der Kündigungsschutz schwerbehinderter Arbeitnehmer. Ihre Situation ist aber von der nicht-behinderter Arbeitnehmer erheblich verschieden: Sie haben größere Schwierigkeiten, wieder einen Arbeitsplatz zu finden, sie sind stärker als andere davon bedroht, wegen gesundheitlicher Probleme oder wegen Leistungsmängeln gekündigt zu werden. Aus diesem Grund hat der Gesetzgeber in Form des Schwerbehindertengesetzes einen Sonderschutz geschaffen, der insbesonde-

⁵⁴BVerfGE 68, 155, 173.

re aus der Sechs-Prozent-Quote bei Einstellungen sowie aus dem Kündigungsschutz nach den §§ 15 ff. des Gesetzes besteht. Diese auch in anderen Zusammenhängen anerkannte Spezifik muß beim Arbeitsplatzabbau im Rahmen des Einigungsvertrages Berücksichtigung finden: Es ist kein sachlicher Grund ersichtlich, den Schwerbehindertenschutz in dieser Situation ersatzlos wegfällen zu lassen. Probleme der Umstellung und das Ziel des Personalabbaus können es nicht rechtfertigen, die besondere Betroffenheit schwerbehinderter Arbeitnehmer völlig außer Betracht zu lassen und sie genau wie nichtbehinderte Beschäftigte zu behandeln, die auf dem Arbeitsmarkt sehr viel eher wieder einen neuen Arbeitsplatz finden können. Insofern läßt sich weder die »Warteschleifen«-Regelung noch die Einräumung der zusätzlichen Kündigungsrechte mit dem Grundgesetz vereinbaren.

Etwas anders verhält es sich mit dem Sonderkündigungsschutz betrieblicher Interessenvertreter. Seiner Zielsetzung nach will er das einzelne Betriebsrats- bzw. Personalratsmitglied in einer potentiellen Konfrontationssituation mit dem Arbeitgeber schützen. Dies ist keine Besonderheit, die im Rahmen eines generellen, alle gleichermaßen treffenden Personalabbaus von Verfassungen wegen Berücksichtigung finden müßte. Wie nicht zuletzt § 15 Abs. 4 KSchG deutlich macht, sind betriebliche Interessenvertreter bei einer Betriebsstillegung bzw. bei der Auflösung von Dienststellen in derselben Situation wie andere Arbeitnehmer. Sie teilen das Schicksal der übrigen Belegschaft. Dies bedeutet, daß es von Verfassungen wegen nicht zu beanstanden ist, bei Nicht-Fortführung von Einrichtungen oder Teileinrichtungen auch das Arbeitsverhältnis betrieblicher Interessenvertreter auslaufen zu lassen. Anders jedoch bei den zusätzlichen Kündigungsgründen nach den Abs. 4 und 5 des Kap. XIX: Eine Kündigung wegen »mangelnder persönlicher Eignung« oder wegen »mangelnder Qualifikation« könnte sehr wohl eine versteckte Reaktion auf die Tätigkeit als Interessenvertreter sein. Insofern ist es sachwidrig, daß der Gesetzgeber nicht zwischen betrieblichen Interessenvertretern und weniger exponierten normalen Arbeitnehmern unterschieden hat.

Was schließlich den Schutz werdender und stillender Mütter betrifft, so würde an sich auch dessen Wegfall gegen Art. 12 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG verstoßen, da die Sondersituation dieser Gruppe von Frauen bei der Regelung des Bestandschutzes Berücksichtigung finden müßte. Eines Rückgriffs auf Art. 3 Abs. 1 GG bedarf es jedoch deshalb nicht, weil der Ge-

setzgeber schon aufgrund der Vorschrift des Art. 6 Abs. 4 GG gehalten ist, insoweit eine differenzierende Regelung zu treffen. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts enthält Art. 6 Abs. 4 GG den bindenden Auftrag an den Gesetzgeber, jeder Mutter Schutz und Fürsorge der Gemeinschaft ange-deihen zu lassen⁵⁵. Weiter heißt es in der genannten Entscheidung:

»Wie das Bundesverfassungsgericht bereits entschieden hat, erstreckt sich dieser Verfassungsauftrag insbes. auf den Schutz der werdenden Mutter . . . Dem trägt § 9 MuSchG durch das prinzipielle Verbot der Kündigung einer werdenden Mutter Rechnung. Dabei ist nicht zu vermeiden, daß der besondere Schutz der werdenden Mutter eine entsprechende Einschränkung der Interessen des Arbeitgebers mit sich bringt . . .«

- 129 Eine gesetzliche Regelung, die den Kündigungsschutz der werdenden Mutter generell oder für bestimmte Situationen beseitigen würde, wäre mit Art. 6 Abs. 4 GG nicht zu vereinbaren. Zwar mag die Intensität des Kündigungsschutzes nicht in allen Einzelheiten von Verfassungen wegen vorgegeben sein, doch ist jedenfalls eine ersatzlose Streichung nicht möglich. Auch der Bundesminister des Innern und die Innenverwaltung des Landes Berlin teilen offensichtlich diese Auffassung, da sie bei Kündigungen die mutterschutzrechtlichen Vorschriften beachten wollen. Dies hilft jedoch dann nicht, wenn eine schwangere oder stillende Arbeitnehmerin in die »Warteschleife« geschickt wird, weil ihre Einrichtung oder Teileinrichtung nicht weitergeführt wird.
- 130 Aus diesem Grund liegt auch ein Verstoß gegen Art. 6 Abs. 4 i.V.m. Art. 12 Abs. 1 GG vor.
- 131 Wie bereits ausgeführt, hat die Beachtung des Sonderkündigungsschutzes nicht zur Folge, daß das Ziel des Personalabbaus insgesamt unmöglich gemacht oder auch nur wesentlich erschwert würde.

3. Verfassungswidrige Schlechterstellung der öffentlichen Bediensteten im Vergleich zu anderen Beschäftigten

- 132 Die in Teil II (Rn 7 ff.) dargestellte Regelung gilt ausschließlich für den öffentlichen Dienst. Arbeitnehmer, die bislang in der volkseigenen Wirtschaft tätig waren, sind keinen vergleichba-

⁵⁵ BVerfGE 52, 357, 365.

ren Normen unterworfen worden. Sie setzen ihre Arbeitsverhältnisse automatisch mit den aus Kombinatenerfolg hervorgegangenen Aktiengesellschaften bzw. den aus volkseigenen Betrieben hervorgegangenen Gesellschaften mit beschränkter Haftung fort. Nach Art. 232 § 5 EGBGB n.F. findet ab 3. 10. 1990 auf ihr Arbeitsverhältnis lediglich das neue Arbeitsrecht Anwendung, das – von einigen wenigen Ausnahmen abgesehen – mit dem Recht der bisherigen Bundesrepublik identisch ist. Von den Beschäftigten des öffentlichen Dienstes wird daher ein beschäftigungspolitisches Sonderopfer verlangt.

Dem Gesetzgeber ist es nicht untersagt, zwischen öffentlichem Dienst und Privatwirtschaft zu differenzieren und dies auch in bezug auf die Beschäftigungsverhältnisse der dort Tätigen zu tun. Dies ist vom Bundesverfassungsgericht verschiedentlich bestätigt worden⁵⁶. 133

Dabei müssen allerdings Ungleichbehandlung und rechtfertigender Grund in einem angemessenen Verhältnis zueinander stehen⁵⁷. 134

Dabei ist zu berücksichtigen, daß ein Personalabbau im öffentlichen Dienst der herkömmlichen Ordnung gerade dieses Lebensbereichs in besonders intensiver Weise zuwiderläuft. Was den öffentlichen Dienst der (alten) Bundesrepublik betrifft, so ist allgemein bekannt, daß dort ein höheres Maß an Arbeitsplatzsicherheit als in der gewerblichen Wirtschaft oder in anderen Bereichen besteht. Das Lebenszeitbeamtenverhältnis sowie die Vorschriften der Tarifwerke des öffentlichen Dienstes über die Unkündbarkeit sorgen dafür, daß nur ein Teil der Beschäftigten überhaupt dem Risiko einer Kündigung ausgesetzt ist. Auch bei ihnen wird aus Gründen, die hier nicht näher zu erörtern sind, nur selten von der Möglichkeit der Kündigung Gebrauch gemacht. In der DDR waren die Verhältnisse in diesem Punkt nur insofern anders, als der für den öffentlichen Dienst typische Arbeitsplatzschutz dort eine generelle Erscheinung war, die allerdings mit zahlreichen Nachteilen wie insbesondere mangelnder Arbeitsproduktivität erkauft wurde. Eine Ausnahme galt lediglich bei Inhabern von Leitungsfunktionen, deren 135

⁵⁶ Vgl. insbesondere BVerfGE 19, 303, 321: »Der Gesetzgeber kann bei dieser näheren Regelung (der Koalitionsbetätigung – W.D.) den Aufgaben des öffentlichen Dienstes und seiner Verschiedenheit von der Tätigkeit in privaten Betrieben ebenso Rechnung tragen wie den Besonderheiten der einzelnen Zweige des öffentlichen Dienstes.«

⁵⁷ So BVerfG, EuGRZ 1990, 393.

Arbeitsverhältnis auf einer Berufung beruhte: Sie konnten nach dem Ermessen vorgesetzter Stellen abberufen werden, ohne daß gerichtlicher Rechtsschutz möglich gewesen wäre⁵⁸.

- 136 Zahlenmäßig handelte es sich dabei allerdings um eine recht kleine Gruppe; im übrigen herrschte totaler Bestandsschutz.
- 137 Als sachlicher Grund für eine mögliche Differenzierung zu Lasten des öffentlichen Dienstes kommen einmal politische Gründe in Betracht. Sie mögen an verschiedenen Stellen maßgebendes Motiv gewesen sein; im Text des Einigungsvertrags selbst und in der amtlichen Begründung lassen sie sich nur im Zusammenhang mit der fristlosen Kündigung wegen Verletzung von Menschenrechten oder wegen Mitarbeit im Ministerium für Staatssicherheit belegen. Alle übrigen Formen der Beendigung von Arbeitsverhältnissen nehmen auf eine potentielle politische Unzuverlässigkeit der Beschäftigten keinen Bezug. Dies ist nicht nur sachlich gerechtfertigt und stimmt wenigstens teilweise mit der oben referierten Regelung des Saarvertrags überein. Auch verfassungsrechtlich wäre es höchst bedenklich, ca. 2 Mio. Beschäftigte als mögliches Sicherheitsrisiko einzustufen und ihnen deshalb nur eine eingeschränkte Eignung für die Fortsetzung ihrer bisherigen Tätigkeit zuzusprechen. Ein solches Pauschalurteil würde überdies all jenen Urteilen widersprechen, die den von der DDR erlassenen Hoheitsakten volle Wirksamkeit auch für die (alte) Bundesrepublik zugesprochen haben⁵⁹.
- 138 Der dabei regelmäßig gemachte *Ordre-public*-Vorbehalt entspricht der Nichtweiterverwendung bei Menschenrechtsverletzungen und bei Tätigkeit für das Ministerium für Staatssicherheit: Nur wo unseren Rechtsvorstellungen diametral zuwidergehandelt wurde, blieb das Verwaltungshandeln der DDR unbeachtet.
- 139 Als entscheidender Grund wird daher auch nicht die politische Vergangenheit, sondern der aus Kostengründen notwendige Personalabbau und die »Erleichterung der notwendigen Umstrukturierung« genannt (s.o. Rn 50 ff.). Auch insoweit bestehen jedoch verfassungsrechtliche Bedenken.
- 140 Verbreiteter Einschätzung nach war die Überbesetzung einzelner Funktionsbereiche keine Besonderheit des öffentlichen

⁵⁸ Näher *Unverhau*, ZBR 1987, 33, 42f.

⁵⁹ Vgl. etwa *BVerfGE* 77, 137 ff., wonach die von der DDR verfügte Einbürgerung auch die Eigenschaft als Deutscher i.S. des Art. 116 GG vermittelte.

Dienstes. Vielmehr sei auch in der volkseigenen Wirtschaft eine »Überbesetzung« vieler Tätigkeitsbereiche zu verzeichnen gewesen. Ein überproportionales Betroffensein des öffentlichen Dienstes ist nach den vorhandenen Daten in der Tat nicht belegbar.

Zum einen ist unklar, wer überhaupt zu den öffentlichen Bediensteten zu rechnen war. Dies gilt einmal dann, wenn man die in der Bundesrepublik üblichen Abgrenzungen zugrunde legt (dazu o. Rn 44 ff.). Es gilt aber auch, wenn man dem Selbstverständnis der früheren DDR folgt und nach der Gruppe der »Mitarbeiter im Staatsapparat« (und in den Kommunen) fragt. Selbst dann sind keine statistischen Angaben verfügbar, da solche offensichtlich in der DDR nicht erhoben oder nicht veröffentlicht wurden⁶⁰.

Selbst wenn man sich mit pauschalen Schätzungen begnügt, die in der Regel von 2 Mio. Staats- und Kommunalbediensteten ausgehen, läßt sich zum zweiten eine besonders starke »Überbesetzung« des öffentlichen Dienstes nicht konstatieren. Man hat versucht, die (unsichere) Zahl der öffentlichen Bediensteten in Relation zur Bevölkerungszahl zu setzen⁶¹.

Dabei wird aber nicht berücksichtigt, daß die Erwerbstätigenquote in der DDR sehr viel höher lag als in der Bundesrepublik, so daß z.B. auch die Relation »in der Wirtschaft Beschäftigte« zur Gesamtbevölkerung eine höhere ist.

Zum dritten ist zu beachten, daß gerade in der Zeit des Übergangs der Arbeitsanfall bei der Verwaltung außerordentlich hoch ist. Dies gilt einmal in quantitativer Hinsicht (z.B. Ausstellung neuer Ausweise), insbesondere aber in qualitativer Hinsicht, weil neue Vorschriften anzuwenden und so Arbeitsabläufe erst langsam eingeübt werden müssen, die in den alten Bundesländern als Routinevorgänge eingestuft werden (Beispiel: Bearbeitung von Steuererklärungen).

Aus alledem folgt, daß ein sachlicher Grund »besonders hohes Maß an Überbesetzung in der Verwaltung« nicht ersichtlich ist.

Da andere Gründe nicht erkennbar sind, liegt ein gegen Art. 3 Abs. 1 GG verstoßendes Sonderopfer des öffentlichen Dienstes vor.

⁶⁰ Näher dazu *Unverhau*, ZBR 1987, 33 ff.

⁶¹ *Nicksch*, DtZ 1990, 343.

4. Weitere Verstöße gegen den Gleichheitssatz nach Art. 3 Abs. 1 GG

- 147 Art. 17 EV spricht sich nachhaltig für eine Rehabilitierung und Entschädigung der Opfer des SED-Regimes aus. Im einzelnen heißt es dort:
- »Die Vertragsparteien bekräftigen ihre Absicht, daß unverzüglich eine gesetzliche Grundlage dafür geschaffen wird, daß alle Personen rehabilitiert werden können, die Opfer einer politisch motivierten Strafverfolgungsmaßnahme oder sonst einer rechtsstaats- und verfassungswidrigen gerichtlichen Entscheidung geworden sind. Die Rehabilitierung dieser Opfer des SED-Unrechts-Regimes ist mit einer angemessenen Entschädigungsregelung zu verbinden.«
- 148 Zu dieser Zielsetzung, die einen allgemeinen politischen Konsens zum Ausdruck bringt, steht das in Kap. XIX enthaltene »Recht zum Personalabbau« in Widerspruch.
- 149 Wer das »Pech« hat, in einer nicht weitergeführten Einrichtung oder Teileinrichtung tätig gewesen zu sein, verliert seinen Arbeitsplatz. Dies gilt auch für solche Personen, die in der bisherigen Ordnung politisch verfolgt wurden. Auch sie sind nach Auslaufen der »Warteschleife« in aller Regel arbeitslos.
- 150 Wer das »Glück« hat, in einem übernommenen Behördenteil tätig gewesen zu sein, kann unter Umständen auch dann weiterarbeiten, wenn er zu den »Verfolgern« gehört hat. Wie die in Abs. 5 vorgesehene Einzelfallprüfung deutlich macht, gilt dies unter besonderen Voraussetzungen sogar für diejenigen, die in der Vergangenheit Menschenrechte verletzt oder dem Ministerium für Staatssicherheit zugearbeitet haben. Für eine solche Regelung, ja für einen weitgehenden Verzicht auf »politische Säuberungen« mag es gute Gründe geben. Die bestehende Regelung darf aber nicht dazu führen, daß in einer nicht unerheblichen Zahl von Fällen die Opfer der bisherigen Entwicklung schlechter dastehen als die von ihr Begünstigten. Ohne sich dessen vermutlich bewußt zu sein, ist der Gesetzgeber von der durch Art. 17 begründeten Sachgesetzlichkeit abgewichen, ohne dafür irgendeine plausible Rechtfertigung zu haben. Dies verstößt gegen Art. 3 Abs. 1 GG⁶².

62 Zum Gebot der »Systemtreue« s. etwa *BVerfGE* 59, 36, 49.

5. Verstoß gegen Art. 14 Abs. 1 GG?

- Die Regelung über die sog. Warteschleife entzieht den betroffenen Arbeitnehmern für die Zukunft sämtliche vermögenswerten Rechte, die sich aus ihrem Arbeitsvertrag ergeben. 151
- Die Eigentumsgarantie des Art. 14 Abs. 1 GG erfaßt – wie allgemein anerkannt – jedenfalls alle vermögenswerten Privatrechte. Bloße Aussichten und Chancen genießen allerdings keinen Schutz, wohl aber Anwartschaften und andere verfestigte Rechtspositionen, denen bereits ein gegenwärtiger wirtschaftlicher Wert zukommt. 152
- Ob die aus einem Arbeitsvertrag folgende Rechtsstellung in diesem Sinne einen gegenwärtigen Vermögenswert hat, ist vom Bundesverfassungsgericht – soweit ersichtlich – bislang nicht entschieden⁶³. 153
- Der Bundesgerichtshof hat jedoch in bezug auf Pachtverhältnisse den Standpunkt vertreten, der Stellung des Pächters komme »nach der Anschauung des Wirtschaftslebens« ein Vermögenswert zu. Dies gelte auch dann, wenn das Pachtverhältnis auf unbestimmte Zeit abgeschlossen und deshalb grundsätzlich kündbar sei⁶⁴. 154
- Wie hoch der wirtschaftliche Wert eines derartigen entziehbaren Nutzungsrechts sei, müsse unter Berücksichtigung der näheren Umstände des Einzelfalles ermittelt werden. Dabei muß ersichtlich auf die hohe oder geringe Wahrscheinlichkeit einer Kündigung abgestellt werden⁶⁵. 155
- Auch in der Literatur hat diese Auffassung Zustimmung gefunden⁶⁶. 156
- Was für das Pachtverhältnis gilt, muß in gleicher Weise für das Arbeitsverhältnis angenommen werden. Die Möglichkeit, aufgrund eines Arbeitsvertrags gegen angemessenes Entgelt arbeiten zu können, stellt nach der Verkehrsanschauung ein wichtiges Gut dar, was nicht zuletzt in der Bezeichnung »Arbeitsplatzbesitzer« zum Ausdruck kommt. Das Risiko, gekündigt zu werden, ist dabei durchaus unterschiedlich verteilt. Gerade im öffentlichen Dienst konnte bislang bei vielen Arbeitsplätzen da-

63 In *BVerfGE* 3, 213, 220, war es um die andersartige Frage gegangen, ob Schadensersatzansprüche, die aus einer schuldhaften Auflösung des Arbeitsverhältnisses herrührten, zu Unrecht entzogen worden waren.

64 *BGHZ* 26, 248, 255.

65 *BGH*, a.a.O.

66 S. *Maunz* in *Maunz/Dürig/Herzog/Scholz*, GG-Kommentar, Art. 14 Rn. 32.

von ausgegangen werden, daß auf absehbare Zeit keine Kündigung erfolgen würde, weil für die entsprechenden Aufgaben, wie z.B. kommunale Dienstleistungen, ein dauerhafter Bedarf besteht. Ein ganz besonders hohes Maß an Arbeitsplatzsicherheit war überdies bei jenen Personen selbstverständlich, die einem Sonderkündigungsschutz z.B. als Schwerbehinderte oder Personalratsmitglieder unterlagen. In anderen Fällen mag die Situation eine weniger eindeutige gewesen sein, doch schlägt sich dies nur in der Höhe des »Vermögenswerts« nieder, der dem Arbeitsplatz zukommt. Dieselbe Auffassung vertritt im übrigen das *ArbG Berlin* in einer Entscheidung vom 8. 1. 1976⁶⁷, bei der es um den bislang vermutlich einzigen Fall der Beendigung von Arbeitsverhältnissen aufgrund Gesetzes ging⁶⁸.

- 158 Art. 14 Abs. 1 GG ist daher auf die durch einen gültigen Arbeitsvertrag vermittelte Rechtsstellung des Arbeitnehmers anzuwenden. Art. 12 Abs. 1 GG besitzt insoweit nicht den Charakter einer *Lex specialis*, da die Zielrichtung beider Grundrechte eine unterschiedliche ist: Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG schützt ausschließlich gegenwärtige Vermögenswerte, Art. 12 Abs. 1 GG die Möglichkeit zu beruflicher Betätigung als solcher, die nicht nur in finanziellen Gegenleistungen ihren Niederschlag findet⁶⁹.
- 159 Der Schutz eines ungekündigten Arbeitsverhältnisses gegen Eingriffe von hoher Hand ist im übrigen von der weiteren Frage zu trennen, wie der Gesetzgeber den Kündigungsschutz ausgestalten und insoweit den Interessen des jeweiligen Vertragspartners stärker oder weniger stark Rechnung tragen will: Der

67 Az.: 19 Ca 144/75, PersR 1991, 19.

68 Im konkreten Fall hatte der Berliner Landesgesetzgeber in einer Novellierung des Universitäts- und des Hochschullehrergesetzes vom 10. 12. 1974 (GVBl. S. 2803) bestimmt, daß die Arbeitsverhältnisse der Tutoren spätestens bis zum 31. 3. 1976 enden sollten. Eine Reihe von Tutoren, die Arbeitsverträge weit über diesen Zeitpunkt hinaus, d.h. bis zum regulären Ende ihres Studiums hatten, bestritten die Verfassungsmäßigkeit dieser Regelung, da in ihr Eigentumsrecht eingegriffen worden sei. Das *ArbG Berlin* gab ihren Klagen, wonach die Arbeitsverhältnisse unverändert fortbestehen würden, statt, da die gesetzliche Regelung über eine bloße Inhaltsbestimmung des Eigentums hinausgegangen sei.

69 Die im Erörterungstermin angesprochene Frage nach dem Verhältnis von Art. 14 Abs. 1 und Art. 12 Abs. 1 GG läßt sich auf der Basis der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nicht mit absoluter Eindeutigkeit beantworten. Die Situation ist im Prinzip keine andere als bei einem Selbständigen: Wird der Gewerbebetrieb als »erworbene Rechtsposition« unter Art. 14 Abs. 1 GG subsumiert, muß dasselbe mit dem »Rechtsgut Arbeitsplatz« erfolgen.

von hoher Hand verfügte Entzug einer vertraglichen Rechtsstellung ist ein aliud gegenüber einer »Liberalisierung« des Kündigungsschutzes, die den Wert der Rechtsstellung mindern mag, die diese jedoch nicht als solche beseitigt.

Die von der sog. Warteschleife erfaßten Personen verlieren ihre vertraglichen Rechte dadurch, daß die Einrichtung oder Teil-einrichtung, in der sie bisher tätig waren, nicht weitergeführt wird. Im Regelfall wird dem ein auf der Grundlage des Art. 13 EV ergehender Organisationsakt zugrunde liegen, doch ist auch an den Fall zu denken, daß die Arbeitsverhältnisse ohne Dazwischentreten der Verwaltung automatisch auslaufen, da mangels positiver Fortführungsentscheidung spätestens mit dem 3. 1. 1991 die sog. Warteschleife beginnt.

Dieser Entzug einer vertraglichen Rechtsstellung ist keine bloße Sozialbindung nach Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG. Der völlige Entzug eines Rechts ist vielmehr insbesondere dann eine Enteignung, wenn die betroffene Personengruppe schlechter als andere in vergleichbarer Lage gestellt ist⁷⁰.

Die ungleiche Betroffenheit ist unter Rn 122ff. und 132ff. bereits dargelegt worden.

Zwingende Gründe, die gerade für einen Wegfall der Rechtsstellung der von der sog. Warteschleife Betroffenen sprechen, sind nicht ersichtlich: Ein öffentliches Interesse an Personalabbau mag zwar bestehen, doch gibt es keinen Grund, der dafür spräche, dem in der vorgesehenen Weise, d.h. ohne Ansehen der Person und ohne Rücksicht auf eine besondere Schutzbedürftigkeit einzelner Rechnung zu tragen.

Davon ganz abgesehen, würde auch das dem Betroffenen zustehende Wartegeld in Höhe von 6 bzw. 9 Monaten keine »angemessene« Entschädigung darstellen. Dies zeigt ein Vergleich mit der Situation, in der sich normalerweise von Massenentlassungen betroffene Personen befinden. Soweit nicht die Kündigung im Einzelfall rechtswidrig ist und auf dieser Grundlage von den Möglichkeiten der §§ 9, 10 KSchG Gebrauch gemacht wird, muß die Vergütung jedenfalls für die Dauer der Kündigungsfrist weiterbezahlt werden. Insbesondere bei langjährig Beschäftigten fällt dies sehr stark ins Gewicht, während es im Rahmen der Warteschleife keinerlei Rolle spielt. Außerdem sind im Regelfall Sozialpläne auszuhandeln (die im öffentlichen

70 Ähnlich *ArbG Berlin*, a.a.O., das sich zu einer Synthese aus der Enteignungsrechtsprechung des BGH und des BVerwG bekennt.

Dienst faktisch durch Rationalisierungsschutzabkommen substituiert werden), die dem einzelnen z.T. verlängerte Kündigungsfristen, mindestens aber eine Abfindung sichern. Hinter diesem »Normalniveau« bleibt die Wartegeldregelung bei weitem zurück.

- 165 Das durch den Gesetzgeber ermöglichte oder bewirkte Auslaufen der Arbeitsverhältnisse verstößt somit gegen Art. 14 Abs. 1 GG.

6. Verstoß gegen die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG?

- 166 Nach Art. 19 Abs. 4 GG hat der einzelne das Recht, sich gegen Akte der öffentlichen Gewalt, die ihn in seinen Rechten betreffen, gerichtlich zur Wehr zu setzen. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ergibt sich daraus die Verpflichtung des Gesetzgebers und anderer staatlicher Instanzen, für einen »effektiven« Rechtsschutz zu sorgen. Der einzelne muß daher ohne unzumutbare Schwierigkeiten in die Lage versetzt werden, seine Rechte gerichtlich geltend zu machen. Dies bedeutet beispielsweise, daß auch wirtschaftlich schlecht gestellte Personen das Recht haben müssen, Gerichte in prinzipiell gleicher Weise wie wirtschaftlich gut abgesicherte Mitbürger in Anspruch nehmen zu können⁷¹.
- 167 In anderem Zusammenhang wurde betont, schon das Verwaltungsverfahren müsse so gestaltet sein, daß dem Bürger eine spätere gerichtliche Überprüfung möglich bleibe⁷².
- 168 Auch der »Faktor Zeit« ist zu berücksichtigen; droht ein endgültiger Rechtsverlust oder ein anderer schwerer Nachteil, muß aus dem Gedanken der Effektivität des Rechtsschutzes heraus der Erlaß einer einstweiligen Verfügung möglich sein.
- 169 Diesen Anforderungen trägt die geltende Regelung in keiner Weise Rechnung. Für den einzelnen ist nicht einmal bei ersichtlichem Mißbrauch der gesetzlichen Regelung erkennbar, auf welche Art und Weise er sich zur Wehr setzen kann⁷³.

71 Vgl. *BVerfG*, EuGRZ 1990, 431: »Das Grundgesetz gebietet eine weitgehende Angleichung der Situation von Bemittelten und Unbemittelten bei der Verwirklichung des Rechtsschutzes.«

72 *BVerfGE* 61, 82, 110.

73 Ein solcher Mißbrauch würde etwa dann vorliegen, wenn der »abzuwickelnde« Teil einer Einrichtung in der Weise bestimmt würde, daß alle älteren und unter Sonderkündigungsschutz stehenden Mitarbeiter auf die »Warteschleife«

Für den »Normalfall« geht der Einigungsvertrag davon aus, daß die Entscheidung über die Fortführung bzw. Abwicklung bereits vor dem 3. 10. 1990 getroffen wird. Soweit der Kompetenzbereich des Bundes betroffen ist, lag somit ein Hoheitsakt vor, der aus der Sicht der Beschäftigten der damaligen DDR von einer anderen deutschen Staatsgewalt ausging – also von einer Instanz, mit der die eigene Regierung einen Vertrag geschlossen hatte, auf den weithin Völkerrecht anwendbar war. In einem (damals noch fremden) Staat zu klagen, wäre zwar theoretisch möglich gewesen, erscheint aber für den einzelnen nicht eben besonders naheliegend.

Eine weitere Erschwerung ergibt sich daraus, daß dem einzelnen nicht mitgeteilt wird, welche Gründe für die Abwicklung maßgebend waren. Weiter ist aus dem Einigungsvertrag und seinen Anlagen nicht ersichtlich, welche Gesichtspunkte dabei überhaupt zu berücksichtigen sind, ob beispielsweise auch die Auswirkungen auf den Arbeitsmarkt einen (möglicherweise gegenüber anderen Interessen zurücktretenden) Faktor darstellen. Ein gerichtliches Vorgehen müßte daher »ins Blaue hinein« erfolgen; die Erfolgsaussichten wären auch für einen die Wertungen des Gesetzgebers loyal nachvollziehenden Bürger in keiner Weise prognostizierbar. Dies ist kein Mangel an »materiellem Recht«, da die Organisationsentscheidung über Weiterführung oder Abwicklung selbstredend nur nach pflichtgemäßem Ermessen getroffen werden kann: Entscheidend ist, daß die dabei zu beachtenden rechtlich geschützten Interessen für den Bürger nicht erkennbar sind.

Keine Klarheit besteht zudem darüber, ob die Organisationsentscheidung über die Abwicklung den Charakter eines Verwaltungsakts besitzt. Würde man dies annehmen, müßten die Betroffenen eine verwaltungsgerichtliche Klage ins Auge fassen. Würde man umgekehrt eine bloße organisationsinterne Maßnahme annehmen, würde diese in Mißbrauchsfällen keinerlei Rechtswirkung entfalten; die Betroffenen könnten vor dem Arbeitsgericht Klage mit dem Ziel erheben, den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses feststellen zu lassen.

Die Effektivität des Rechtsschutzes wird schließlich dadurch

gesetzt würden. Weiter ist an den Fall zu denken, daß eine Einrichtung »abgewickelt« wird, gleichzeitig jedoch die Absicht besteht, sie nach kurzer Zeit unter neuem Namen und mit neuem Personal wiederzuerrichten. Entsprechendes wird etwa in bezug auf die rechtswissenschaftlichen Sektionen der Humboldt-Universität Berlin und der Leipziger Universität berichtet.

gemindert, daß die Betroffenen mit einer für sie neuen Rechtsordnung konfrontiert werden, in der sie sich erst zurechtfinden müssen⁷⁴.

- 174 Die Zahl der zur Verfügung stehenden Prozeßvertreter, die über das nötige Vorwissen verfügen, ist überdies außerordentlich beschränkt.
- 175 Betrachtet man alle diese Faktoren im Zusammenhang, so kann von einem wirksamen Rechtsschutz nicht mehr die Rede sein. Eine gerichtliche Korrektur des Verwaltungshandelns ist für die Betroffenen praktisch nicht erreichbar.

7. Weitere verfassungsrechtliche Bedenken

a) Unklare Abgrenzung des »öffentlichen Dienstes«

- 176 Wie unter Rn 44 ff. dargestellt, ermöglicht der Einigungsvertrag keine genauen Aussagen dazu, ob ein bestimmter Funktionsbereich zum öffentlichen Dienst zählt oder nicht. Der Rückgriff auf die in der alten Bundesrepublik übliche Abgrenzung ist einmal deshalb problematisch, weil es Funktionen geben kann, die keine direkte Entsprechung besitzen. Zum zweiten gibt es viele Bereiche, die in der alten Bundesrepublik z.T. durch die öffentliche Hand, z.T. durch private Unternehmen abgedeckt werden. Dies betrifft etwa kommunale Dienstleistungen wie die Müllabfuhr, aber auch kulturelle Angebote (Theater in öffentlicher oder in privater Trägerschaft) und die medizinische Versorgung (Krankenhäuser in öffentlicher Trägerschaft und Privatkliniken). Wie sind analoge Tätigkeitsfelder in der bisherigen DDR einzuordnen? Unterliegen die dort Beschäftigten dem Sonderregime des Kap. XIX der Anlage I zum Einigungsvertrag oder handelt es sich um Arbeitnehmer, für die nur die allgemeinen Regeln des Arbeitsrechts gelten? Auch wenn man berücksichtigt, daß sich Abgrenzungsprobleme nie völlig vermeiden lassen, ist die getroffene Regelung fehlerhaft: Bei einer so weitreichenden Umgestaltung von Beschäftigungsverhältnissen wie im Falle des Kap. XIX besteht ein elementares Bedürfnis für die Betroffenen, über ihre eigene Situation Klarheit zu erhalten. Je weiter der Eingriff in die Rechtsstellung des einzelnen geht, um so höher müssen die Anforderungen an die Klarheit und Handhabbarkeit der zugrunde lie-

⁷⁴ Dazu speziell in bezug auf die Verwaltungsgerichtsbarkeit *Stelkens*, DtZ 1990, 305 ff.

genden Rechtsnorm sein. Diesem Grundanliegen des aus Art. 20, 28 GG folgenden Rechtsstaatsprinzips hat der Einigungsvertrag in den hier erörterten Teilen nicht ausreichend Rechnung getragen.

b) Unabhängigkeit des Beamtentums

Wie die Denkschrift der Bundesregierung zum Einigungsvertrag ausdrücklich betont, gilt Art. 33 GG nunmehr auch in der früheren DDR⁷⁵. 177

Dies bedeutet, daß die dort zu ernennenden Beamten den Anforderungen genügen müssen, die sich aus dieser Verfassungsbestimmung ergeben. 178

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist das Berufsbeamtentum eine Institution, »die, gegründet auf Sachwissen, fachliche Leistung und loyale Pflichterfüllung, eine stabile Verwaltung sichern und damit einen ausgleichenden Faktor gegenüber den das Staatsleben gestaltenden politischen Kräften darstellen soll«⁷⁶. Entscheidend hierfür ist die Unabhängigkeit des einzelnen Beamten. In derselben Entscheidung wird deshalb ausgeführt⁷⁷: 179

»Das Berufsbeamtentum kann die ihm zufallende Funktion im Staatsleben nur erfüllen, wenn es rechtlich und wirtschaftlich gesichert ist. Dazu gehört auch und vor allem, daß der Beamte nicht nach freiem Ermessen politischer Gremien aus seinem Amt entfernt werden kann, denn damit entfielen die Grundlage für seine Unabhängigkeit. Dem tragen die geltenden Beamten-gesetze Rechnung, indem sie gerade die Beendigung des Beamtenverhältnisses nur unter genau geregelten rechtlichen Voraussetzungen zulassen.«

Die im Gebiet der früheren DDR vorgesehenen Beamtenverhältnisse entsprechen diesen Vorgaben in keiner Weise. Praktisch alle Beamten werden »Beamte auf Probe« sein, können also im Falle ihrer »Nicht-Bewährung« aus dem Beamtenverhältnis entfernt werden. Dies schafft schon für sich allein große Abhängigkeiten, läßt sich doch die »Bewährung« nicht immer ohne individuelle, von Dritten schwer nachvollziehbare Beurteilung durch Vorgesetzte bestimmen. Dies allein wäre jedoch 180

⁷⁵ Denkschrift, S. XI.

⁷⁶ *BVerfGE* 7, 155, 162.

⁷⁷ A.a.O., S. 163.

im Hinblick auf die gegebene Situation möglicherweise noch hinnehmbar. Der Einigungsvertrag sieht jedoch – wie unter Rn. 53 ff. im einzelnen dargelegt – vor, daß die Beamtenverhältnisse auf Probe zusätzlich auch aus den Gründen beendet werden können, die nach Abs. 4 und 5 von Kap. XIX Sachgebiet A Abschnitt III Nr. 1 der Anlage I zum Einigungsvertrag die Kündigung von Arbeitnehmern rechtfertigen. Damit sind die Beamten in einem Maße ungeschützt und persönlich abhängig, das mit den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums nach Art. 33 Abs. 5 GG schlechterdings nicht mehr vereinbar ist. Die Fähigkeit, als »ausgleichender Faktor gegenüber den das Staatsleben gestaltenden politischen Kräften« zu wirken, geht dann verloren, wenn die eigene Existenz von einer dieser Kräfte abhängig ist: Kann das Beamtenverhältnis jederzeit wegen mangelnder Qualifikation oder mangelnder persönlicher Eignung aufgelöst werden, kann die Bereitschaft zur Objektivität und Korrektheit leiden. An die Stelle des unabhängigen tritt der »Regierungsbeamte«. Dies muß durch eine verfassungsgerichtliche Korrektur verhindert werden, für die allerdings in einem Verfahren über die sog. Warteschleife keine Möglichkeit besteht.

V. Handlungspflichten von Gesetzgeber und Regierung in schweren Notsituationen

- 181 Im Rahmen des Erörterungstermins wurden die Beteiligten darauf hingewiesen, daß im vorliegenden Fall möglicherweise die Grundsätze eine Rolle spielen könnten, die das Bundesverfassungsgericht im Zusammenhang mit der Bewältigung der Kriegsfolgen nach 1945 entwickelt hat. In der Tat weist die in der ehemaligen DDR bestehende Situation viele Parallelen zu der Zeit nach dem Zweiten Weltkrieg auf. Zahlreiche Menschen haben ihre wirtschaftliche Existenz eingebüßt und sind gezwungen, Arbeitslosenunterstützung oder Sozialhilfe in Anspruch zu nehmen. Einzelne Schätzungen gehen von einer in Kürze zu erwartenden Arbeitslosenquote von ca. 50 % aus. Durch die Währungsumstellung im Verhältnis zwei zu eins gingen außerdem in großem Umfang Rücklagen verloren, die als Alterssicherung gedacht waren. Die schon eingetretenen und weiter zu erwartenden Preissteigerungen verschärfen die Situation. Der Wegfall bestimmter sozialer Einrichtungen, wie z.B.

von Kindertagesstätten, macht für viele Frauen eine Fortsetzung der Erwerbstätigkeit praktisch unmöglich. Hinzu kommt eine Umstellung des gesamten gesellschaftlichen Lebens; in der nunmehr bestehenden Ordnung werden andere Fähigkeiten und Verhaltensweisen vorausgesetzt als in der Vergangenheit.

Befinden sich somit große Teile der Bevölkerung in der ehemaligen DDR in einer Situation, die man mit der nach dem »Zusammenbruch« von 1945 vergleichen kann, so besteht doch ein entscheidender Unterschied: Die Notsituation betrifft nicht das gesamte deutsche Volk, sondern ca. ein Viertel. Von daher geht es, anders als nach 1945, nicht nur darum, das Allernotwendigste zu tun und die extrem knappen Ressourcen möglichst gerecht zu verteilen; vielmehr sind die Möglichkeiten für einen sozialen Ausgleich angesichts der wirtschaftlichen Lage der (alten) Bundesrepublik ungleich besser als nach dem Zweiten Weltkrieg.

Das Bundesverfassungsgericht hat im Zusammenhang mit der Bewältigung von Kriegsschäden verschiedentlich die Pflicht der Bundesrepublik betont, zu einem »innerstaatlichen sozialen Ausgleich« der Schäden zu kommen⁷⁸, also nicht diejenigen alle Nachteile tragen zu lassen, die das Unglück hatten, daß es gerade sie und nicht andere traf.

Zur Begründung führte das Gericht im einzelnen aus⁷⁹:

»Die Wertordnung des Grundgesetzes, die den freien, sich in der Gemeinschaft entfaltenden Menschen in den Mittelpunkt der staatlichen Ordnung stellt, verlangt besonders im Hinblick auf das in Art. 20 Abs. 1 GG zum Ausdruck gekommene Sozialstaatsprinzip, daß die staatliche Gemeinschaft in der Regel Lasten mitträgt, die aus einem von der Gesamtheit zu tragenden Schicksal, namentlich durch Eingriffe von außen, entstanden sind und mehr oder weniger zufällig nur einige Bürger oder bestimmte Gruppen getroffen haben. Dies bedeutet keine automatische Abwälzung solcher Lasten auf den Staat mit der Wirkung, daß dieser nunmehr den Betroffenen unmittelbar zum vollen Ausgleich verpflichtet wäre; vielmehr kann sich aus den genannten Rechtsgrundsätzen zunächst nur die Pflicht zu einer Lastenverteilung, zu einem innerstaatlichen Ausgleich der Belastung nach Maßgabe einer gesetzlichen Regelung ergeben.«

Im Zusammenhang mit einzelnen Entschädigungsregelungen hat das Bundesverfassungsgericht betont, es sei nicht zu bean-

⁷⁸ BVerfGE 41, 126 m.w.N.

⁷⁹ BVerfGE 27, 253, 283.

standen, wenn die knappen Mittel ausschließlich zugunsten von natürlichen Personen eingesetzt werden⁸⁰.

- 186** Die Hilfe zum Wiederaufbau einer wirtschaftlichen Existenz sei von ausschlaggebender Bedeutung⁸¹.
- 187** Der Einigungsvertrag wird jedenfalls für die durch den Personalabbau im öffentlichen Dienst Betroffenen diesen Vorgaben nicht gerecht. Die Neubegründung einer wirtschaftlichen Existenz findet nur in Satz 3 von Kap. XIX Sachgebiet A Abschnitt III Nr. 1 Abs. 2 Erwähnung, wo es heißt:
 »Der Arbeitgeber fördert in Zusammenarbeit mit der Arbeitsverwaltung die für eine Weiterverwendung gegebenenfalls erforderlichen Fortbildungs- oder Umschulungsmaßnahmen.«
- 188** Diese wohl als grundsätzliche Verpflichtung gedachte Aufgabe endet jedoch mit dem Auslaufen des Arbeitsverhältnisses, d.h. nach 6 bzw. 9 Monaten. Von diesem Zeitpunkt an greifen lediglich die allgemeinen Vorschriften des AFG ein.
- 189** Sowohl die Begrenzung auf einen vergleichsweise kurzen Zeitraum als auch die Intensität der Pflicht reichen nicht aus: Wie nicht zuletzt die von der Bundesregierung und den Vertretern der Landesregierungen im Erörterungstermin gegebenen Informationen zeigen, ist bislang noch von recht wenigen Umschulungsmaßnahmen die Rede. Eine systematische Umqualifizierung öffentlicher Bediensteter für Bereiche, die wie z.B. die Finanz- und die Arbeitsverwaltung sowie das Grundbuchwesen großen Personalbedarf haben, findet nicht statt. Die mitgeteilten Fakten vermittelten den Eindruck, daß im Prinzip nicht mehr getan wird als sowieso mit Rücksicht auf die Regelungen des AFG und den Personalbedarf mancher Bereiche getan würde.
- 190** Es ist Sache des Gesetzgebers, eine wirksamere Regelung zu treffen, die den Beschäftigten des bisherigen öffentlichen Dienstes die Begründung einer neuen wirtschaftlichen Existenz ermöglicht. Als Vorbild könnten insoweit die §§ 12 und 13 des Gesetzes zur Regelung der Rechtsverhältnisse der unter Art. 131 GG fallenden Personen vom 11. 5. 1951 (BGBl. I S. 307) dienen, die alle Träger öffentlicher Gewalt verpflichten, 20 % ihrer Planstellen und 20 % des Besoldungsaufwands für Beamte zur Wiederverwendung zur Verfügung zu stellen.

⁸⁰ BVerfGE 41, 126, 127; 41, 150, 184.

⁸¹ BVerfGE 41, 193, 203.

Wie eine Regelung im einzelnen beschaffen ist, muß der Gesetzgeber entscheiden. Von Verfassungen wegen verboten ist lediglich ein »kollektiver Hinauswurf«, an den sich keine wirksamen, über den Einigungsvertrag hinausgehenden Wiedereingliederungsmaßnahmen anschließen.