

Herausgeber: Prof. Dr. Peter-Alexis Albrecht, *Universität Frankfurt a. M.*; Dr. Uwe Ewald, *Institut für Rechtswissenschaft, Berlin*; Dr. Rainer Faupel, *Staatssekretär im Ministerium der Justiz des Landes Brandenburg*; Prof. Dr. Wilhelm A. Kewenig, *Rechtsanwalt, Frankfurt a. M.*; Dr. Wolfgang Peller, *Referatsleiter im Ministerium der Justiz des Landes Brandenburg*; Prof. Dr. Martin Posch, *Rechtsanwalt, Jena*; Prof. Dr. Horst Sendler, *Präsident des Bundesverwaltungsgerichts*; Dr. D. theol. h. c. Helmut Simon, *Bundesverfassungsrichter a. D.*; Prof. Dr. Stefan Smid, *Universität Hamburg*; Manfred Walthe, *Rechtsanwalt, Berlin*; Dr. Friedrich Wolff, *Rechtsanwalt, Berlin*
Chefredakteurin: Rechtsanwältin Adelheid Brandt

Die sogenannte Warteschleife auf dem verfassungsrechtlichen Prüfstand

Erste Konsequenzen aus dem Karlsruher Urteil

Prof. Dr. Wolfgang Däubler, *Bremen*

I. Die wichtigsten Aussagen der Entscheidung

In seinem Urteil vom 24. April 1991¹ hat das Bundesverfassungsgericht die sog. Warteschleife im Grundsatz bestätigt. Es lag also kein prinzipieller Verfassungsverstoß darin, daß Einrichtungen oder Teileinrichtungen bis 3.1.1991 „abgewickelt“ werden konnten und die Arbeitsverhältnisse der dort Beschäftigten 6 bzw. 9 Monate später endeten. Für die Beschwerdeführer war dies sicherlich eine Enttäuschung. Dennoch wäre es völlig falsch, das Urteil als glatte Niederlage zu werten: Es enthält zahlreiche Aussagen, die die rechtliche Situation der Betroffenen, aber auch des öffentlichen Dienstes insgesamt deutlich verbessern. In Stichworten zusammengefaßt bedeutet das Urteil konkret:

- Arbeitnehmerinnen, die unter das Mutterschutzgesetz fallen, werden von der Warteschleifenregelung nicht erfaßt.
- „Problemgruppen“ wie Schwerbehinderte, Alleinerziehende und Ältere verlieren zwar ihren Arbeitsplatz, doch muß die künftige Einstellungspolitik der öffentlichen Hand so beschaffen sein, daß dieser Personenkreis „begründete Aussicht“ auf eine Wiedereingliederung in das Arbeitsleben hat.
- Bei „Mißbräuchen“ der sog. Warteschleife bleibt das Arbeitsverhältnis grundsätzlich erhalten. Es ist Sache der Betroffenen, sich bei den zuständigen Gerichten zur Wehr zu setzen.
- Die mit der früheren DDR bestehenden Arbeitsverhältnisse sind nicht etwa am 3.10.1990 erloschen, sondern auf die Bundesrepublik übergegangen. Diese ist insoweit Rechtsnachfolgerin der DDR.

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

II. Die Herausnahme der Frauen unter Mutterschutz

1. Der erfaßte Personenkreis

Unberührt von jeglicher Abwicklungsentscheidung bleiben die Arbeitsverhältnisse von Frauen, „die nach Mutterschutzrecht in dem Zeit-

punkt vor einer Kündigung geschützt waren, in dem ihre Arbeitsverhältnisse zum Ruhen gebracht werden sollten“². Stichtag ist danach d. 3. Oktober 1990 oder der spätere Zeitpunkt, zu dem die Abwicklung entscheidungswirksam werden sollte: Wer in diesem Moment unter d. Regelung des § 250 AGB bzw. des § 9 MuSchG fiel³, wurde von der so genannten Warteschleife nicht betroffen. Ohne Bedeutung ist, ob der Arbeitgeber die Schwangerschaft kannte; da keine Kündigung ausgesprochen wurde, bestand für die Arbeitnehmerinnen auch kein Anlaß, entsprechend § Abs. 1 Satz 1 MuSchG durch eine entsprechende Mitteilung ihre Rechte zu wahren.

2. Rechtsfolgen

Der Arbeitgeber Bundesrepublik ist verpflichtet, dem betroffenen Personenkreis die Differenz zwischen Wartegeld und vertraglich vereinbarter Vergütung nachzuzahlen.⁴ § 615 BGB findet entsprechende Anwendung; eines ausdrücklichen Angebots der Arbeitsleistung bedarf es nicht.⁵ In Einzelfällen möglicherweise abgeschlossene befristete Arbeitsverträge beruhen auf einer fehlerhaften Geschäftsgrundlage, beide Seiten den Tatbestand der sog. Warteschleife als gegeben ansahen die Arbeitnehmerin kann sich davon lösen und zu ihrem ursprünglich unbefristeten Vertrag zurückkehren.

Wurde das Kind vor dem 1.1.1991 geboren, ist die ordentliche Kündigung nach dem insoweit weitergeltenden § 58 Abs. 1 Buchst.

1 Abgedruckt in: NJ, Sonderheft 1991.

2 So das BVerfG unter C III 4 der Gründe.

3 Bis 31.12.1990 galt noch die Regelung des AGB – näher dazu Däubler, R. geber Arbeitsrecht. (Mit den Übergangsregelungen für die neuen Bundesländer Reinbek 1991, S. 441.

4 So auch der Präsident des BVerfG, Professor R. Herzog, bei der mündlichen Erläuterung der Urteilsgründe am 24.4.1991.

5 Ebenso für die Kündigung BAG, DB 1985, 552 und BAG, DB 1985, 1744. Das der Erhebung der Kündigungsschutzklage liegende konkludente Angebot kommt hier nicht erwartet werden.

AGB grundsätzlich ausgeschlossen. Lediglich bei der Stilllegung von „Betrieben oder Betriebsteilen“ ist nach vorheriger schriftlicher Zustimmung des Arbeitsamts nach § 58 Abs. 2 AGB ausnahmsweise eine fristgemäße Kündigung zulässig. Einrichtungen des öffentlichen Dienstes sind insoweit gleichzubehandeln. Wird nur ein Teil einer Einrichtung abgewickelt, darf das Arbeitsamt die Zustimmung nur dann erteilen, wenn in dem weitergeführten Teil kein freier Arbeitsplatz vorhanden ist und auch kein Arbeitsplatz durch Kündigung eines sozial weniger schutzwürdigen Arbeitnehmers freigemacht werden kann. Die Kündigungsfrist bestimmt sich nach § 55 AGB, wobei die bisherigen Beschäftigungszeiten im öffentlichen Dienst in vollem Umfang angerechnet werden.⁶ Eine fristlose Kündigung ist in jedem Fall ausgeschlossen. Der Kündigungsschutz endet frühestens, sobald das Kind 12 Monate alt ist. Macht die Mutter von ihrem Freistellungsanspruch nach § 246 AGB Gebrauch, verlängert er sich ggf. bis zum 3. Lebensjahr des Kindes.

Bei Geburten nach dem 31.12.1990 greift § 9 Abs. 1 MuSchG ein. Danach endet der Kündigungsschutz 4 Monate nach der Geburt. Schließt sich ein Erziehungsurlaub an, so greift § 18 Abs. 1 Satz 1 Bundeserziehungsgeldgesetz (BerzGG) ein. Danach stimmt die Rechtslage im wesentlichen mit der des AGB überein: Eine (allein in Betracht kommende) ordentliche Kündigung ist nur in besonderen Fällen, wie bei einer Betriebsstilllegung, möglich.⁷

III. Die Wiedereinstellung sog. Problemgruppen

1. Der erfaßte Personenkreis

Für „einige Betroffene“ wirke sich das Erlöschen des Arbeitsverhältnisses „besonders einschneidend“ aus. Dazu gehören „namentlich Schwerbehinderte, ältere Arbeitnehmer und Alleinerziehende“⁸

Der Kreis der *Schwerbehinderten* ist durch das Schwerbehindertengesetz einigermaßen klar abgegrenzt.⁹ Da die Anerkennung nur deklaratorische Bedeutung hat, spielt es keine Rolle, wenn der entsprechende Antrag erst nachträglich gestellt wird. Ähnlich wie im Kündigungsschutz muß jedoch aus Gründen der Rechtssicherheit innerhalb angemessener Frist geklärt sein, ob der einzelne wirklich zu dem privilegierten Personenkreis gehören kann: Drei Monate nach Verkündung des Urteils sollte der Antrag spätestens gestellt sein.¹⁰

Wann Arbeitnehmer das Prädikat „*älter*“ verdienen, läßt sich vom Wortsinn her nicht eindeutig bestimmen. Das Bundesverfassungsgericht rechtfertigt die Sonderstellung der „Problemgruppen“ mit dem berechtigten Hinweis, ihre Chance, einen neuen Arbeitsplatz zu finden, sei sehr gering. Dies rechtfertigt es, die Maßstäbe des Arbeitsförderungsgesetzes hierher zu übertragen und entsprechend § 97 Abs. 3 AFG das „*Ältersein*“ schon mit dem 50. Lebensjahr beginnen zu lassen. Auch die Regelung über die sog. Warteschleife legt im übrigen diese Grenze zugrunde, da die „*Auslauffrist*“ bei über Fünfzigjährigen 9 (statt 6) Monate beträgt.

Die Kategorie der „*Alleinerziehenden*“ dürfte danach abzugrenzen sein, ob im Haushalt ein schulpflichtiges Kind zu versorgen ist.

Die drei vom Gericht genannten Gruppen sind – wie das Wörtchen „namentlich“ deutlich macht – nicht abschließend gemeint. Andere Personen mit vergleichbaren Problemen auf dem Arbeitsmarkt sind ebenfalls einzubeziehen. Erfaßt sind etwa Beschäftigte mit pflegebedürftigen Familienangehörigen oder Personen mit gesundheitlichen Einschränkungen, die unter der Grenze des Schwerbehindertengesetzes bleiben.

2. Rechtsfolgen

Den so umschriebenen Problemgruppen muß nach dem Urteil eine „begründete Aussicht auf eine neue Stelle im öffentlichen Dienst“ geboten werden. Dies sei bei der Besetzung von Stellen angemessen zu berücksichtigen. Außerdem müßten auch nach Ablauf der 6 bzw. 9 Monate Angebote für Fortbildung und Umschulung gemacht werden; die Wiedereingliederung in das Arbeitsleben bleibe Aufgabe der Hoheitsträger, in deren Zuständigkeit die abgewickelten Einrichtungen geraten seien.¹¹

Die „begründete Aussicht auf eine neue Stelle“ kann auf verschiedene Weise geschaffen werden. Denkbar ist, daß man bei vergleichbarer Qualifikation in der Regel den Angehörigen der Problemgruppen den Vorrang einräumt. Sinnvoller und wirksamer wäre eine Quote, die

beispielsweise 40 Prozent der neuen Stellen diesem Personenkreis vorbehält – entsprechend war man nach 1949 bei der Wiederverwendung früherer Beamter verfahren.¹² Eine entsprechende Regelung könnte durch den Gesetzgeber, aber auch durch die Tarifparteien getroffen werden. Zulässig wäre weiter eine Dienstvereinbarung, die auf der Grundlage des § 76 Abs. 2 Nr. 8 BPersVG Einstellungsrichtlinien festlegt, die innerhalb eines bestimmten quantitativen Rahmens den Problemgruppen den Vorrang einräumen. Schließlich ist auf eine zu § 99 BetrVG ergangene BAG-Entscheidung zu verweisen, wonach ein Betriebsrat eine geplanten Einstellung mit der Begründung widersprechen kann, man habe sich nicht ausreichend um schwerbehinderte Bewerber bemüht.¹³ Entsprechendes kann für alle hier genannten Problemgruppen gelten.

Die bevorzugte Berücksichtigung bei der Einstellung entfällt bei solchen Personen, denen nach Kap. XIX, Sachgeb. A, Abschn. III Nr. 1, Abs. 5 der Anlage I zum Einigungsvertrag wegen Verletzung der Menschenrechte oder wegen Stasi-Mitarbeit fristlos gekündigt werden kann. Dieser vom Gericht ausdrücklich gemachte Vorbehalt ist sachgerecht und macht zugleich deutlich, daß andere, weniger gravierend politische Verhaltensweisen in der Vergangenheit der Wiedereinstellung nicht entgegenstehen.

IV. Rechtswidrige Abwicklungsentscheidungen

1. Die Begrenzung auf den staatlichen Bereich

Im Erörterungstermin, den der Berichterstatter des Bundesverfassungsgerichts am 21.2.1991 in Berlin durchführte, waren sich alle Beteiligten darüber einig, daß die Regelungen des Einigungsvertrags über die Abwicklung von Einrichtungen nur für den staatlichen Bereich gelte. Landkreise und Kommunen sind nicht erfaßt, da insoweit kein Wechsel des Arbeitgebers eingetreten ist. Auch der Vertreter der Bundesregierung bekannte sich ausdrücklich zu dieser Auffassung. Gleichwohl erklärt Abwicklungen kommunaler Einrichtungen sind deshalb rechtswidrig.

Ändert sich aufgrund des neuen Rechts die Zuständigkeit, werden etwa Einrichtungen der Landkreise von den Gemeinden übernommen liegt ein Fall der Funktionsnachfolge vor. Mangels gegenteiliger gesetzlicher Regelungen führt sie zum automatischen Übergang der Arbeitsverhältnisse auf den neuen Rechtsträger.¹⁴

2. Reale oder scheinbare Abwicklung

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

6 Näher dazu unter V.

7 Einzelheiten bei Däubler, Arbeitsrecht 2, 7. Aufl., Reinbek 1990, S. 715, 721.

8 So das Urteil unter C III 3 d cc der Gründe.

9 Zur Weitergeltung der Beschädigtenausweise s. Däubler, Ratgeber Arbeitsrecht S. 413.

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

11 So das Urteil unter C III 3 d cc der Gründe.

12 §§ 12 und 13 des Gesetzes zur Regelung der Rechtsverhältnisse der unter Art. 13 des GG fallenden Personen vom 11.5.1951 (BGBl. I, S. 307).

13 BAG, DB 1990, 636.

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

entnehmen seien; der verwendete Begriff und der Regelungszusammenhang seien hinreichend präzise. „Mißbräuchen“ – so wird unter Bezugnahme auf das Vorbringen der Beschwerdeführer und des DGB gesagt – könne mit den üblichen gerichtlichen Mitteln begegnet werden.¹⁵

Die Abwicklung einer Einrichtung setze ihre Auflösung voraus. Als Parallele werden der handelsrechtliche Sprachgebrauch sowie Art. 130 Abs. 1 Satz 2 GG herangezogen, der die „Überführung“ und „Abwicklung“ regelt, die bei Inkrafttreten des Grundgesetzes im Jahre 1949 vorhanden waren. Von „Auflösung“ könne nur die Rede sein, wenn die Einrichtung „als organisatorische Einheit nicht mehr fortbesteht“. Diese Voraussetzung sei beispielsweise dann nicht erfüllt, wenn sie lediglich auf einen anderen Hoheitsträger übergeleitet werde. Die Abwicklung könne sich im übrigen auch auf „Untereinheiten“ einer Einrichtung beziehen, „sofern sie organisatorisch abgrenzbare Funktionseinheiten darstellen“.¹⁶ Der als Mittel der Eingrenzung weiter genannte „Regelungszusammenhang“ wird im Gegensatz zum „Begriff“ nicht weiter ausgeführt; vermutlich meint das Gericht den Zweck der Regelung, der darin gesehen wird, eine moderne, effiziente und an rechtsstaatlichen Grundsätzen ausgerichtete Verwaltung zu schaffen.

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

– Die Einrichtung (z.B. ein Theater oder ein Tierpark) wird „abgewickelt“, faktisch jedoch als GmbH fortgeführt. Hier wechselt nur der Rechtsträger, die Organisation bleibt erhalten. Daß dieser nicht hoheitlich tätig wird, ist ohne Bedeutung.

– Keine „Abwicklung“ liegt weiter dann vor, wenn quer durch alle Abteilungen jeder Zweite oder jeder Dritte die Mitteilung erhält, die Einrichtung würde abgewickelt: Hier wird keine Organisation aufgelöst, sondern allein das Personal „ausgedünnt“. Genau dies ist aber nicht Sinn der Regelung über die sog. Warteschleife; für solche Fälle ist der Arbeitgeber allein auf sein (durchaus großzügig bemessenes) Kündigungsrecht verwiesen.

– Keine Auflösung einer „organisatorischen Einheit“ liegt schließlich dann vor, wenn zwar alle Mitarbeiter in die Warteschleife geschickt werden, wenn sich jedoch aus Erklärungen politischer Instanzen oder aus den Umständen ergibt, daß die Einrichtung mit neuem Personal fortgeführt werden soll. Der Personenaustausch ist ebensowenig wie die „Ausdünnung“ über eine Abwicklung erreichbar. Erst recht gilt dies dann, wenn ein Teil der „abgewickelten“ Beschäftigten zunächst einen befristeten Arbeitsvertrag erhält, um dann nach 6 oder 12 Monaten endgültig (wenn auch meist zu schlechteren Bedingungen) weiterarbeiten zu können: Eine Einrichtung wird dann in Wahrheit „fortgeführt“, wenn sie dieselben oder ähnliche Aufgaben wie bisher erfüllt. Werden im selben Gebäude mit denselben Mitteln dieselben Schüler oder Studenten unterrichtet, ist dies auch dann eine Fortführung, wenn sich die Lehrinhalte ändern: Eine Schule verliert ihre Identität nicht dadurch, daß Englisch statt Russisch und „Gemeinschaftskunde“ statt Marxismus-Leninismus unterrichtet wird. Auch ein neuer Name ändert daran nichts: Eine „Sektion für Rechtswissenschaft“ bleibt als organisatorische Einheit auch dann erhalten, wenn nunmehr von einem „Fachbereich“ oder einer „Fakultät“ die Rede ist; und es spielt keine Rolle, wenn nunmehr über BGB und Grundgesetz gelesen wird, während ZGB und sozialistisches Verfassungsrecht allenfalls noch in rechtshistorischen Seminaren auftauchen. Entscheidend ist letztlich die wahrgenommene Aufgabe, d. h. Ausbildung bzw. Studium und Forschung. Ganz ähnlich wird im Bereich der gewerblichen Wirtschaft verfahren: Ein Dienstleistungsbetrieb behält dann seine Identität (mit der Folge, daß die Arbeitsverhältnisse nach § 613 a BGB auf den Erwerber übergehen), wenn der Kundenkreis im wesentlichen derselbe bleibt, auch wenn sich die Art und Weise der Unternehmensführung in aller Regel ändern wird.¹⁷ Daß der Personenaustausch als solcher nichts am Bestehen der Organisationseinheit „Betrieb“ ändert, ist sowieso selbstverständlich: Andernfalls könnte § 613 a BGB gerade in den besonders gravierenden Fällen durch massiven Personalabbau umgangen werden.

Weitere Mißbrauchsfälle sind sicherlich denkbar. Auch dürfte nicht jede an sich rechtmäßige Abwicklungsentscheidung ihr Ziel erreichen: Wird beispielsweise trotz erklärter Abwicklung weitergearbeitet als wäre nichts geschehen, greift § 625 BGB ein, und es entsteht ein unbefristetes Arbeitsverhältnis.

3. Prozessuale Durchsetzung

Relativ ungeklärt ist die Frage, auf welche Weise eine rechtswidrige Abwicklungsentscheidung aus der Welt geschafft werden kann. Das Bundesverfassungsgericht verweist lediglich auf die Zuständigkeit der Fachgerichte, ohne sich zu konkreten Zuständigkeiten zu äußern. Dreh- und Angelpunkt ist die Frage, wie die Abwicklungsentscheidung im einzelnen rechtlich zu qualifizieren ist. Dabei bestehen drei Möglichkeiten.

Man kann zum einen einen *Verwaltungsakt* annehmen. Dafür spricht die Aussage des Bundesverfassungsgerichts, die Abwicklungsentscheidung entfalte gegenüber den in der Einrichtung Beschäftigten „unmittelbare Rechtswirkungen“¹⁸. In der Tat wird durch diesen Hoheitsakt eine Art Automatismus in Gang gesetzt, der zum Erlöschen der Arbeitsverhältnisse führt. Legt man dies zugrunde, so greift § 43 Abs. 2 Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG) ein, wonach auch ein rechtswidriger Verwaltungsakt so lange wirksam bleibt, bis er zurückgenommen oder vom Verwaltungsgericht rechtskräftig aufgehoben ist. Dies bedeutet, daß die Betroffenen Anfechtungsklage nach § 42 VwGO beim Verwaltungsgericht erheben müssen. Eine arbeitsgerichtliche Klage, die das Fortbestehen des Arbeitsverhältnisses feststellt, würde nicht ausreichen: Das Arbeitsgericht müßte die Abwicklungsentscheidung als solche wie ein „vorgegebenes Datum“ behandeln und könnte deshalb – von den Fällen des Mutterschutzes einmal abgesehen – nicht zu einem positiven Ergebnis kommen. Anders wäre dies nur, wenn der Verwaltungsakt nach § 43 Abs. 3 VwVfG nichtig wäre; dies setzt allerdings einen sehr schweren und offenkundigen Rechtsverstoß voraus, der in aller Regel nicht vorliegen wird.

Denkbar ist zum zweiten, daß man die Abwicklungsentscheidung als *Rechtsverordnung* qualifiziert. Dafür könnte die Parallele zu Art. 130 Abs. 1 Satz 2 GG sprechen, wo in der Tat von diesem Mittel Gebrauch gemacht wurde.¹⁹ Prozessual hätte dies zur Folge, daß eine arbeitsgerichtliche Klage genügen würde: Erweist sich eine Verordnung als rechtswidrig, ist sie außer Anwendung zu lassen, sie besitzt nicht dasselbe Maß an „Festigkeit“ wie ein Verwaltungsakt.

Als dritte Variante kommt schließlich die Annahme einer *Verwaltungsverordnung* oder einer anderen innerorganisatorischen Maßnahme in Betracht. Ist sie rechtswidrig, greift § 43 Abs. 2 VwVfG gleichfalls nicht ein; die Arbeitsgerichte könnten die Rechtswidrigkeit der Abwicklung inzidenter feststellen.

Eine einigermaßen verlässliche Prognose, wie sich die Rechtsprechung zu dieser Frage entwickeln wird, ist nicht möglich. Empfehlenswert ist daher, die Abwicklungsentscheidung bei den Verwaltungsgerichten anzufechten und gleichzeitig eine arbeitsgerichtliche Klage mit dem Ziel zu erheben, den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses feststellen zu lassen. Nur beim Verwaltungsgericht zu klagen, könnte problematisch sein, wenn es um die effektive Weiterbeschäftigung geht. Nur das Arbeitsgericht einzuschalten, ist ein Risiko, weil dieses ja der „Verwaltungsaktstheorie“ folgen könnte. Die verwaltungsgerichtliche Klage ist innerhalb eines Jahres nach Mitteilung der Abwicklungsentscheidung möglich, da keine Rechtsmittelbelehrung erteilt wurde (§ 58 Abs. 2 VwGO). Wurde die Entscheidung von einer obersten Bundesbehörde oder von einer obersten Landesbehörde erlassen, ist nach § 68 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 VwGO das ansonsten vorgeschaltete Widerspruchsverfahren überflüssig.

V. Die Fortsetzung der Arbeitsverhältnisse mit der Bundesrepublik

Die Tatsache, daß die Bundesrepublik Rechtsnachfolgerin der ehemaligen DDR in ihrer Funktion als Arbeitgeberin ist²⁰, hat zur Fol-

15 S. unter C III 3 b der Gründe.

16 Ebenda.

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

18 S. unter C III 3 b der Gründe.

19 Näher dazu Zieger, in: von Münch (Hrsg.), GG-Kommentar, Bd. 3, 2. Aufl., München 1983, Art. 130 Rn 13.

20 BVerfG unter C III 2 der Gründe.

ge, daß übernommene Arbeitnehmer zu den bisherigen Bedingungen weiterbeschäftigt werden. Auch der Einigungsvertrag geht ausdrücklich davon aus.²¹ Dies bedeutet insbesondere, daß dort, wo es auf reine Beschäftigungszeiten ankommt, auch die früher geleistete Arbeit in vollem Umfang berücksichtigt wird. Wer etwa seit 20 Jahren im öffentlichen Dienst beschäftigt ist, kann nach § 55 Abs. 2 AGB nur mit einer Frist von 3 Monaten zum Quartalsende gekündigt werden. Greift der BAT-O ein, beträgt die Frist nach einer Beschäftigungszeit von mindestens 12 Jahren 6 Monate zum Quartalsende (§ 53 Abs. 2). Dieselbe Regelung findet sich in § 57 Abs. 2 MTArb-O, der auf Arbeiter des öffentlichen Dienstes Anwendung findet. Hier sind offensichtlich auch die Tarifparteien davon ausgegangen, daß entgegen manchen Auffassungen die Arbeitsverhältnisse keineswegs am 3.10.1990 neu entstanden waren.

Davon zu unterscheiden ist die weitere Frage, wie die in der Vergangenheit geleistete Arbeit in den heute geltenden Tarifverträgen bewertet wird. Eine neuere Entscheidung des BAG²² geht erstaunlicherweise davon aus, daß eine ärztliche Tätigkeit in der früheren DDR nicht anerkannt werden könne, da sie nicht unter dem Recht der Bundesrepublik erbracht worden sei. Im Zeitalter der EG-weiten Anerkennung der Diplome erscheint dies als Anachronismus – zumal es nicht um eine „systemgeprägte“ Tätigkeit ging. Wichtig ist, auch in diesem Zusammenhang die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts heranzuziehen: Dort wird ausdrücklich betont, daß bei Betroffenen, „denen formelle Qualifikationsnachweise nach dem nunmehr geltenden Recht fehlen, über ihre Eignung nach ihren Fähigkeiten, Kenntnissen und Erfahrungen entschieden werden“ muß.²³ Die Tätigkeit des Arztes darf daher nicht wie die eines Sachbearbeiters bewertet, ein langjährig Bediensteter nicht wie ein Berufsanfänger behandelt werden. Bei Tarifverträgen, die

nach dem 3.10.1990 abgeschlossen wurden, stellt sich überdies das Problem, daß eine reduzierte Anrechnung früherer Beschäftigungszeiten im Hinblick auf die These der Bundesregierung erfolgt sein dürfte, alle Arbeitsverhältnisse seien mit dem 3.10.1990 neu entstanden: Diese Geschäftsgrundlage ist nunmehr weggefallen, was eine Kündigung der entsprechenden Tarifklausel rechtfertigen könnte.²⁴

VI. Gesamtschätzung

Die Karlsruher Entscheidung hat den Umbau im öffentlichen Dienst der ehemaligen DDR „sozial verträglicher“ gemacht. Härten, die der Einigungsvertrag als solcher mit sich gebracht hätte, werden gemildert. Gleichzeitig ist klargestellt, daß die Bürger der ehemaligen DDR grundsätzlich denselben verfassungsrechtlichen Status wie die Bürger der alten Bundesrepublik haben – die These der Bundesregierung, sie seien nur „nach Maßgabe des Einigungsvertrags“ Grundrechtsträger geworden, wurde durch die Argumentation des Gerichts widerlegt. Auf verfassungsrechtlicher Ebene gibt es keine Bürger zweiter Klasse. Gleichzeitig muß man jedoch sehen, daß die sozialpolitischen Korrekturen des Bundesverfassungsgerichts keine „Selbstläufer“ sind: Sie müssen insbesondere über die Arbeits- und Verwaltungsgerichte erst einmal durchgesetzt werden.

21 Kap. XIX, Sachgeb. A, Abschn. III, Nr. 1, Abs. 1 der Anlage I Einigungsvertr.
22 BAG, BB 1991, 712.
23 S. unter C III 3 a.E. der Gründe.
24 Vgl. Däubler/Hege, Tarifvertragsrecht, 2. Aufl., Baden-Baden 1981, Rn 658.

Auslands- oder Inlandstheorie bei DDR-Altaten

Prof. Dr. Erich Samson, *Christian-Albrechts-Universität Kiel*

Der BGH hat mit seinem Urteil vom 5. März 1991¹ eine ganz entscheidende Weichenstellung in einer zentralen Rechtsfrage vorgenommen, die für die Beurteilung von DDR-Altaten von grundlegender Bedeutung ist. Freilich darf vermutet werden, daß dem BGH die Relevanz seiner Entscheidung selbst gar nicht bewußt geworden ist, jedenfalls drückt die schriftliche Urteilsbegründung ein solches Bewußtsein nicht aus.

Zum Sachverhalt

Nach den Feststellungen des Bezirksgerichts der zum Zeitpunkt der Entscheidung (14.6.1990) noch existierenden DDR hatte der Angeklagte Gelder, die er von seinem VEB für Betriebszwecke erhalten hatte, für sich verbraucht. Das Bezirksgericht hat ihn wegen Diebstahls im schweren Fall nach § 158 Abs. 1 iVm § 162 Abs. 1 Nr. 1 und 2 StGB/DDR verurteilt. Der BGH hat das Urteil wegen eines Verfahrensfehlers aufgehoben und zur erneuten Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen.

Zugleich hat er den Hinweis gegeben, daß das Bezirksgericht die falsche materiellrechtliche Strafvorschrift angewandt habe. Das liege daran, daß nach § 2 Abs. 3 StGB/DDR das jeweils mildeste Strafgesetz anzuwenden ist, wenn in der Zeit zwischen Begehung und Aburteilung der Tat eine Gesetzesänderung erfolgt ist. Dies sei zwischen Tatbegehung und Aburteilung (durch den BGH) zweimal geschehen: Der vom Bezirksgericht angewandte Tatbestand sei mit Wirkung vom 1. 7. 1990 durch das 6. Strafrechtsänderungsgesetz der DDR vom 29. 6. 1990 gestrichen worden. An seine Stelle sei die Unterschlagung nach § 158 Abs. 1 StGB/DDR getreten, für die eine Strafschärfung nach § 164 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StGB/DDR für den Fall einer schweren Vermögensschädigung vorgesehen sei. Mit dem Wirksamwerden des

Beitritts der DDR am 3. 10. 1990 sei sodann das StGB der Bundesrepublik Deutschland auch in Mecklenburg-Vorpommern in Kraft getreten, nach dem nunmehr der Tatbestand der Untreue nach § 266 StGB/BRD einschlägig sei.

Der BGH stellt sodann fest, daß im konkreten Fall der Untreue-tatbestand nach § 266 StGB/BRD das konkret mildere Gesetz sei, so daß das Bezirksgericht aus diesem Grunde (§ 2 Abs. 3 StGB/BRD) den Tatbestand der Untreue anzuwenden habe.

In dieser Entscheidung nimmt der BGH eine entscheidende Position in einer neuerdings streitig gewordenen Rechtsfrage zur Beurteilung von DDR-Altaten ein, die ganz beträchtliche Auswirkungen auf Folgeverfahren haben wird. Da die Begründung des BGH dies nicht ausdrücklich kennzeichnet, bedarf es einiger Vorüberlegungen, damit die Brisanz der Entscheidung deutlich wird.

Voraussetzungen der Anwendung des BRD-Strafrechts für Auslandstaten

Wäre der Täter nicht vom Bezirksgericht der DDR verurteilt worden, sondern vor der Vereinigung Deutschlands in die Bundesrepublik Deutschland geflüchtet, dann hätte er hier unter Anwendung des internationalen Strafrechts des StGB der Bundesrepublik abgeurteilt werden können. Für ihn wäre § 7 Abs. 2 StGB/BRD einschlägig gewesen, wonach das deutsche Strafrecht auch für Auslandstaten gilt, wenn die Tat am Tatort mit Strafe bedroht war und der Täter später Deutscher geworden ist (Neubürgerregelung).

1 Das Urteil des BGH – I StR 647/90 – ist auszugsweise in diesem Heft S. 273 abgedruckt.