

Bernhard Schlink

**Rechtsstaat
und revolutionäre Gerechtigkeit**

Antrittsvorlesung

14. April 1994

Vergangenheit als Zumutung?

Öffentliche Vorlesung

20. April 1995

Humboldt-Universität zu Berlin
Juristische Fakultät

“Rechtsstaat und revolutionäre Gerechtigkeit“ wurde als Antrittsvorlesung und zum Beginn des Dekanats vorgetragen, ist Prof. Dr. Dr. Adalbert Podlech gewidmet und in der diesem zum 65. Geburtstag zugedachten Festschrift “Die Freiheit und die Macht. Wissenschaft im Ernstfall“ 1994 im Nomos Verlag Baden-Baden und in der Zeitschrift “Neue Justiz“, Nr. 10/1994, erschienen.

“Vergangenheit als Zumutung?“ wurde zum Abschied aus dem Dekanat vorgetragen, ist Prof. Dr. Dr. Ernst-Wolfgang Böckenförde gewidmet und in der diesem zum 65. Geburtstag zugedachten Festschrift “Offene Staatlichkeit“ 1995 im Verlag Duncker & Humblot, Berlin veröffentlicht worden.

Herausgeberin:
Die Präsidentin der Humboldt-Universität zu Berlin
Prof. Dr. Marlis Dürkop

Copyright: Alle Rechte liegen beim Verfasser

Redaktion:
Gudrun Kramer
Forschungsabteilung der Humboldt-Universität
Unter den Linden 6
10099 Berlin

Herstellung:
Linie DREI, Agentur für Satz und Grafik
Wühlischstr. 33
10245 Berlin

Heft 61

Redaktionsschluß: 06. 03. 1996

Rechtsstaat und revolutionäre Gerechtigkeit

I.

Kein Land hat für die Bewältigung seiner kommunistischen Vergangenheit so auf das Strafrecht gesetzt wie Deutschland. Die politische Forderung nach strafrechtlicher Abrechnung mit seinerzeit zur Stütze des Systems begangenen Mord, Folter, Freiheitsberaubung und Rechtsbeugung begegnet zwar in allen ehemals kommunistischen Ländern. Aber sie wird oft nur leise und nie so laut wie in Deutschland erhoben.¹ Sie hat, besonders in Ungarn, Polen und Tschechien, dazu geführt, daß Staatsanwaltschaften Ermittlungen aufgenommen haben. Aber über einschlägige Verurteilungen war bis auf die Verurteilung des ehemaligen tschechoslowakischen Innenministers Kincl in der Tages- und Fachpresse noch nichts zu lesen und bei den Botschaften nichts zu erfahren. Ein ungarisches Gesetz vom November 1991, das ähnlich dem deutschen Gesetz über das Ruhen der Verjährung bei SED-Unrechtstaten vom April 1993 die Verfolgung systemstützender Straftaten dadurch fördern wollte, daß es ihre Verjährung erst 1990 beginnen ließ, wurde vom ungarischen Verfassungsgericht für verfassungswidrig erklärt², und es ist offen, ob ein ähnliches polnisches Gesetz vor dem polnischen Verfassungsgericht bestehen wird. In Rumänien wurde das Ehepaar Ceaucescu erschossen und der Sohn eingesperrt wie auch in Albanien die Witwe Hodscha und in Bulgarien Schiwkow, Atanassow und Owtscharow. Eine weitergehende Verfolgung systemstützender Straftaten wird hier wie auch in Rußland und in Staaten des ehemaligen Jugoslawien entweder überhaupt nicht gewollt oder angesichts der drängenden Probleme des Tages nicht für hinreichend wichtig gehalten.

Warum zeigt gerade Deutschland einen derartigen strafrechtlichen Eifer? Was unterscheidet Deutschland von den anderen Ländern mit kommunistischer Vergangenheit? Ist es der Umstand,

daß Deutschland über die erforderliche strafrechtliche und -gerichtliche Infrastruktur verfügt, die in den anderen Ländern mit kommunistischer Vergangenheit erst geschaffen wird? Aber dieser Umstand könnte allenfalls Schwierigkeiten bei der Durchführung der strafrechtlichen Bewältigung der kommunistischen Vergangenheit erklären, nicht jedoch die Unwilligkeit oder Zurückhaltung, die strafrechtliche Bewältigung auch nur in Angriff zu nehmen. Hat der Unterschied seine Ursache in einem Bedürfnis der deutschen Justiz, bei der strafrechtlichen Bewältigung kommunistischen Unrechts zu leisten, was bei der strafrechtlichen Bewältigung nationalsozialistischen Unrechts versäumt wurde? Aber was für ein seltsames Bedürfnis wäre dies und was für eine seltsame Vorstellung, man könne verschiedene historische Kontexte gewissermaßen miteinander verrechnen. Ist der Umstand entscheidend, daß es in Deutschland in anderer Weise Sieger und Besiegte gibt als in den anderen Ländern? Daß der kalte Krieg in Deutschland ein kalter Bürgerkrieg war, daß es jetzt eine siegreiche und eine besiegte deutsche Bürgerkriegspartei gibt und daß Bürgerkriege, wie mit besonderer Erbitterung geführt, so auch mit besonderem Abrechnungs- und Vergeltungseifer beendet werden? Der Vorwurf der Siegerjustiz, in der politischen Auseinandersetzung immer wieder erhoben, meint eben dies. Er kann darauf hinweisen, daß nur da, wo es wie in Deutschland eine siegreiche und eine besiegte Bürgerkriegspartei oder einen übernehmenden und einen übernommenen Landesteil gibt, der Übernehmende seine Elite an die Stelle der Elite des Übernommenen setzen und diesen Elitenaustausch strafrechtlich begleiten und legitimieren kann. Wo, wie in den anderen Ländern mit kommunistischer Vergangenheit, die alten Eliten weithin auch die neuen sind und mangels anderer Kandidaten auch sein müssen - wer sollte da mit wem strafrechtlich abrechnen?

Die historischen Erfahrungen mit Bürgerkriegen, Wiedervereinigungen, Reunifications und Reconstructions sind freilich keineswegs stets Abrechnungs- und Vergeltungserfahrungen. Der amerikanische Sezessionskrieg, verbittert um Teilung oder Einheit des Staats und die Gestalt der amerikanischen Gesellschaft geführt, endete in Versöhnung.³ Solange er dauerte, wurde im Nor-

den der Prozeß gefordert für die Offiziere, Beamten und Politiker des Südens, die ehemals den Eid auf die Union geleistet hatten, für Spione und für die, die Sklaven mißhandelt und Freunde der Union verfolgt hatten. Als der Sezessionskrieg vorbei war, gab es einen einzigen Prozeß; er galt dem Kommandanten eines Südstaatenlagers wegen seiner Behandlung kriegsgefangener Nordstaaten Soldaten. Gegen Jefferson Davis, den Präsidenten der Konföderation, wurde ermittelt, aber nie verhandelt, und auch die Ermittlungen wurden nicht wegen seiner Rolle als Präsident der Konföderation, sondern wegen des Verdachts seiner Beteiligung an der Ermordung von Abraham Lincoln geführt. Nicht einmal der während des Sezessionskriegs im Norden geforderte und geplante Ausschluß von Südstaatenoffizieren, -beamten und -politikern von öffentlichen Ämtern wurde über das erste Friedensjahr hinaus durchgehalten.

Einen Grund hatte diese Politik der Versöhnung und des Verzichts auf strafrechtliche Abrechnung im Wunsch von Präsident Andrew Johnson, sich der Wähler aus dem Süden zu versichern. In der politischen und gesellschaftlichen Diskussion um die richtige Art der Reconstruction werden aber zwei weitere, tiefere Gründe sichtbar.⁴ Zum einen meinte man, dem Süden, mit dem man wie mit einem anderen Staat Krieg geführt hatte, mit dem man Gefangene ausgetauscht, Emissäre gewechselt und Verhandlungen gepflogen hatte, nicht nachträglich die Integrität seiner Staats- und Rechtsordnung absprechen zu können. Zum anderen erschien im Norden eine moralische Abrechnung mit dem Süden, wie sie der strafrechtlichen Abrechnung innegewohnt hätte, unangemessen, jedenfalls problematisch. Zwar war es, worum auch immer es politisch und ökonomisch im Sezessionskrieg gegangen war, moralisch um die Abschaffung der Sklaverei und die Emanzipation der Schwarzen gegangen und wurde der Sieg des Nordens über den Süden insofern als moralischer Sieg empfunden. Aber die Institution der Sklaverei war lange vom Norden mitgetragen, in einigen Nordstaaten überhaupt durch den Sezessionskrieg hindurch aufrechterhalten worden. Es gab ein Gefühl gemeinsamer moralischer Verstrickungen, zu dem Abrechnung und Vergeltung schlecht gepaßt hätten.

Nein, Abrechnung und Vergeltung können auf einen Bürgerkrieg folgen, folgen auf ihn aber nicht notwendig.⁵ Sie können um gemeinsamer moralischer Verstrickung willen unterbleiben und auch aus gemeinsamer Erschöpfung oder aus dem gemeinsamen Wunsch nach Neubeginn und Wiederaufbau. Allerdings kann das Bedürfnis nach Gemeinsamkeit Abrechnung und Vergeltung auch befördern. Die Abrechnung mit einigen wenigen Schuldigen konstituiert die Gemeinschaft der vielen Unschuldigen. Die Verurteilung der Auswüchse eines Systems als spektakulärer Exzesse einzelner bedeutet die Exkulpation aller derer, die das System auf weniger spektakuläre Weise gestützt haben. So können auch schlimme Abschnitte der Geschichte in das individuelle und kollektive geschichtliche Bewußtsein integriert werden: als doch nicht so schlimm, wenn man von individuellen Exzessen absieht.

II.

Die Frage, wo zwischen Siegerjustiz und Besiegtenexkulpation der besondere deutsche Eifer bei der strafrechtlichen Bewältigung der kommunistischen Vergangenheit seinen Grund hat, beantwortet sich, so meine ich, wenn die juristischen Argumente in den Blick genommen werden, deren die strafrechtliche Bewältigung sich bedient. Sie bedient sich nicht nur strafrechtlicher Argumente. Sie bedarf verfassungsrechtlicher, rechtsphilosophischer und rechtsmethodologischer Argumente und eines spezifischen Begriffs des Rechts. Sie bedarf dessen, weil sie sich am rechtsstaatlichen Rückwirkungsverbot bricht.

Die rechtliche Ausgangslage ist einfach. Nach Art. 103 Abs. 2 GG kann eine Tat nur bestraft werden, wenn ihre Strafbarkeit vor ihrer Begehung gesetzlich bestimmt war. Die gesetzliche Bestimmung der Strafbarkeit schließt die Festlegung des Tatbestands und der Rechtfertigungsgründe ein; nur tatbestandsmäßiges und nicht gerechtfertigtes Handeln ist strafbar. Der Todesschuß an der Mauer, der, als er abgegeben wurde, zwar den Tatbestand eines Tötungsdelikts erfüllte, aber durch einen Rechtfertigungsgrund gedeckt war, kann somit nicht bestraft werden. Einen Rechtferti-

gungsgrund bot das Grenzgesetz der DDR; nach dessen § 27 Abs. 2 war die Anwendung der Schußwaffe gerechtfertigt, um schwere Fälle des ungesetzlichen Grenzübertritts zu verhindern, zum Beispiel den ungesetzlichen Grenzübertritt mit gefährlichen Mitteln oder in Gemeinschaft mit anderen, und nach § 27 Abs. 5 war dabei das Leben nur nach Möglichkeit zu schonen, also nicht in jedem Fall. Tatsächlich wurde, wer die Schußwaffe entsprechend angewandt hatte, nicht nur nicht bestraft, sondern belobigt und prämiert.⁶

Die strafrechtliche Rechtsprechung, vom Landgericht Berlin⁷ bis zum Bundesgerichtshof⁸, sieht sich an der Bestrafung von Todesschüssen an der Mauer gleichwohl nicht gehindert. Sie stützt sich, entweder alternativ oder kumulativ, auf zwei Argumente. Nach dem einen Argument soll „ein zur Tatzeit angenommener Rechtfertigungsgrund ... dann wegen Verstoßes gegen höherrangiges Recht unbeachtet bleiben, wenn in ihm ein offensichtlich grober Verstoß gegen Grundgedanken der Gerechtigkeit und Menschlichkeit zum Ausdruck kommt; der Verstoß muß so schwer wiegen, daß er die allen Völkern gemeinsamen, auf Wert und Würde des Menschen bezogenen Rechtsüberzeugungen verletzt“⁹. Dann wird die sog. Radbruchsche Formel zitiert: „Der Widerspruch des positiven Gesetzes zur Gerechtigkeit muß so unerträglich sein, daß das Gesetz als unrichtiges Recht der Gerechtigkeit zu weichen hat.“¹⁰ Aber so recht wohl ist dem Bundesgerichtshof bei diesem naturrechtlichen Argument nicht. Er sieht, daß der dadurch implizierte Vergleich zwischen der DDR und dem nationalsozialistischen Deutschland problematisch ist. „Die Übertragung dieser [der von Radbruch nach 1945 entwickelten] Gesichtspunkte auf den vorliegenden Fall ist nicht einfach, weil die Tötung von Menschen an der innerdeutschen Grenze nicht mit dem nationalsozialistischen Massenmord gleichgesetzt werden kann.“¹¹ So stellt denn der Bundesgerichtshof neben das erste, naturrechtliche Argument ein zweites. Es sieht den Richter bei der Prüfung, was zur Tatzeit das geltende Gesetz und dessen Bestimmung der Strafbarkeit war, „nicht im Sinne reiner Faktizität an diejenige Interpretation gebunden, die zur Tatzeit in der Staatspraxis Ausdruck gefunden hat“, sondern verlangt, auf das „rich-

tig interpretierte Gesetz“ abzustellen, auf das nach Maßgabe des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit interpretierte Gesetz, auf das Gesetz „in menschenrechtsfreundlicher Auslegung“¹². Nicht was zur Tatzeit als gesetzliche Bestimmung der Strafbarkeit anerkannt und praktiziert wurde, soll maßgeblich sein, sondern was nach unserem besseren, freilich späteren Verständnis hätte anerkannt und praktiziert werden müssen. Mit dem Rückwirkungsverbot gerate dies nicht in Widerspruch, weil das Rückwirkungsverbot Vertrauensschutz bezwecke und das Vertrauen in eine falsche und menschenrechtsfeindliche Interpretation nicht schutzwürdig sei.¹³

Das zweite Argument ist mehr als eine Variante des ersten. Es klingt zwar auch ein bißchen naturrechtlich. Aber es will die naturrechtliche Argumentation gerade hinter sich lassen und geht auch über sie hinaus, indem es auf den Begriff des Rechts und die Methode seiner Interpretation abstellt. Geltendes Recht ist nach dem zweiten Argument nicht, was als Recht anerkannt und praktiziert wird, sondern das Gesetz, wie es nach richtigem Verständnis anerkannt und praktiziert werden müßte. Das richtige Verständnis kann ein naturrechtlich-menschenrechtsfreundliches, es kann aber auch einfach ein bundesrepublikanisch-rechtsstaatliches sein. Die Fälschung von DDR-Wahlen, die in der DDR gewissermaßen dazugehörte, nie strafrechtlich verfolgt worden wäre und mit Menschenrechten und Naturrecht nichts zu tun hat, ist nach der Rechtsprechung strafbar, weil die Rechtsgüter, die die DDR-Wahlfälschungsbestimmung geschützt hat, immerhin in einem kleinen Teilbereich art- und wertgleich mit den Rechtsgütern seien, die die bundesrepublikanische Wahlfälschungsbestimmung schützt.¹⁴ Ebenso wurde von der Rechtsprechung die DDR-Rechtsbeugungsbestimmung mit der bundesrepublikanischen zur Deckung gebracht.¹⁵

War das DDR-Strafrecht im Kern schon immer bundesrepublikanisch, dann kann die Anwendung bundesrepublikanischen Strafrechts auf in der DDR begangene Taten kein Rückwirkungsproblem aufwerfen. War es im Kern bei richtigem Verständnis schon immer rechtsstaatlich und menschenrechts-

freundlich, dann kann das Unrecht, das in der DDR geschah, als Exzeß abgetan und können die Jahre der DDR im übrigen in die individuelle und kollektive Biographie integriert werden. Waren systemspezifische Emanationen von Macht schon immer gegen besseres Wissen oder jedenfalls Wissen-Können rechtsstaatswidrig und menschenrechtsfeindlich, dann sind die damaligen Eliten, die es wußten oder hätten wissen können, nachhaltig diskreditiert. So hat der besondere deutsche Eifer bei der strafrechtlichen Bewältigung der kommunistischen Vergangenheit einen doppelten Grund. Er dient zugleich der Siegerjustiz und der Besiegtenexkulpation; er legitimiert den Westen, wenn er seine Elite anstelle der alten Elite des Osten setzt, und exkulpiert im Osten alle, die sich in den DDR-Jahren nicht als Elite oder mit Exzessen exponiert haben. Ob derart die Spannungen zwischen Ost und West gemindert, das Zusammenwachsen gefördert und eine gemeinsame politische Kultur etabliert wird, ist, so scheint mir, skeptisch zu beurteilen, um so skeptischer, als die gemeinsame politische Kultur rechtsstaatsbewußt und dem Rechtsstaat verpflichtet sein sollte. Mit dem Rechtsstaat aber verträgt sich die gekennzeichnete strafrechtliche Bewältigung der kommunistischen Vergangenheit schlecht.

III.

Mit dem Rechtsstaat schlecht verträglich ist bereits der Begriff des Rechts, den die strafrechtliche Rechtsprechung zur Überspielung des Rückwirkungsverbots entwickelt hat. Als geltendes Recht nicht anzusetzen, was als Recht anerkannt und praktiziert wird, sondern was als Recht anerkannt und praktiziert werden müßte, beraubt den Rechtsbegriff einer wesentlichen Dimension: der Wirklichkeit.¹⁶ Dabei ist noch nicht entscheidend, wie sich diese empirische Dimension im Begriff der Geltung und des geltenden Rechts mit der anderen, der ideell-normativen Dimension zusammenfügt. Wie auch immer dieses klassische Problem der Rechts- und Staatsphilosophie zu fassen und zu lösen sein mag - daß sich die empirische und die ideell-normative Dimension im Rechtsbegriff zusammenfügen, versteht sich für je-

de Problemfassung und -lösung.¹⁷ Nehmen wir nur Gustav Radbruch, den die strafrechtliche Rechtsprechung mit der Formel vom Gesetz zitiert, das bei unerträglichem Widerspruch zur Gerechtigkeit dieser als unrichtiges Recht zu weichen hat. Der Rechtsbegriff, den er rechtsphilosophisch von seinem frühen, relativistisch-positivistisch geprägten Denken ins späte, naturrechtlich inspirierte durchhält und auch ohne Widerspruch durchhalten kann, ist der des Rechts als der „Wirklichkeit, die den Sinn hat, dem Rechtswert, der Rechtsidee zu dienen“, wobei „die Idee des Rechts ... keine andere sein [kann] als die Gerechtigkeit“¹⁸. Verfehlt die Wirklichkeit des Rechts die Idee des Rechts, dann stellt sich die Frage, ob noch von Recht die Rede sein kann, und die späte Formel gibt darauf eine Antwort. Aber auch diese späte, naturrechtlich inspirierte Antwort springt nicht über die Wirklichkeit hinaus. Sie spricht der schlechten Wirklichkeit den Anspruch ab, als Recht zu gelten. Aber sie bestreitet nicht, daß es der Wirklichkeit bedarf, damit Recht gilt, daß geltendes Recht nur ist, was als Recht anerkannt und praktiziert wird.

Der Rechtsbegriff, den die strafrechtliche Rechtsprechung zur Überspielung des Rückwirkungsverbots verwendet¹⁹, ist nicht nur rechts- und staatsphilosophisch falsch. Das wäre von minderer Bedeutung. Die Verkürzung des Rechtsbegriffs um die Wirklichkeitsdimension hat Folgen, die sich mit dem Rechtsstaat schlecht vertragen. Denn die Wirklichkeitsdimension, die Dimension des Geltens in der Wirklichkeit umschließt die Allgemeinheit des Rechts. Recht gilt, wenn es im allgemeinen anerkannt und praktiziert wird. Damit es im allgemeinen anerkannt und praktiziert werden kann, muß es Allgemeinheit beanspruchen, allgemeine, generelle Qualität besitzen. Hier ist, so meine ich, auch der systematische Ort, an dem sich die empirische und die ideell-normative Dimension im Rechtsbegriff zusammenfügen. Auch der Gerechtigkeit als der Idee des Rechts eignet der Anspruch, die sozialen Verhältnisse im Sinne der Allgemeinheit und Gleichheit zu gestalten. Und der Rechtsstaat ist nach Geschichte und Tradition der Staat, in dem allgemeine Regelungen in allgemeiner Geltung stehen.

Diesen Allgemeinheitsanspruch muß der gegenwärtige Versuch einer strafrechtlichen Bewältigung der kommunistischen Vergangenheit schon im Ansatz preisgeben. Es versteht sich, daß Staatsanwaltschaften und Gerichte sich nur mit einem geradezu lächerlich kleinen Teil derer werden beschäftigen können, gegen die unter dem Gesetz über das Ruhen der Verjährung bei SED-Unrechtstaten auf Jahre und Jahrzehnte nach den in der Rechtsprechung entwickelten Kriterien als Mauerschützen, Minenleger, Gefängnisaufseher, Wahlfälscher, Rechtsbeuger, Spione etc.²⁰ zu ermitteln und zu verhandeln wäre. Was aus der Fülle strafrechtlicher Bewältigung, die danach stattfinden müßte, tatsächlich stattfinden wird, wird vom persönlichen Engagement des Justizministers des Landes und der örtlichen Staatsanwälte abhängen, davon, was ihnen gerade zur Kenntnis kommt, was gerade die Öffentlichkeit beschäftigt, was leicht zu ermitteln ist, was eine problemlose Verurteilung verspricht. Das ist Strafrechtspflege unter der Maxime nicht der Allgemeinheit, sondern des Zufalls. Warum auch nicht - das Recht, das hier gepflegt wird, ist seinerseits nicht durch allgemeine Geltung in der Wirklichkeit gekennzeichnet, sondern wird in den nachträglichen Entscheidungen, wie es hätte anerkannt und praktiziert werden müssen, erst Stück um Stück konstituiert.

Zur Überspielung des Rückwirkungsverbots hat die strafrechtliche Rechtsprechung ihren falschen Begriff des Rechts entwickelt. Dies weist darauf hin, daß das Rückwirkungsverbot im Begriff des Rechts selbst wurzelt, im Begriff des Rechts, wie er dem Rechtsstaat gemäß und zugehörig ist. Nur Recht, das vor der Tat feststeht und nicht nach der Tat festgesetzt, auf die Tat zugeschnitten wird, bietet die Gewähr der Allgemeinheit. Alles weitere, was in der Diskussion um den Sinn und die Logik des Rückwirkungsverbots erörtert wurde und wird, knüpft daran an.²¹ Nur die Allgemeinheit des Rechts verbürgt Schutz vor Willkür, nur bei vor der Tat feststehendem, allgemeinem Recht kann der Bürger wissen, wessen er sich vom Staat zu versehen hat, nur ein vor der Tat feststehendes, allgemeines Recht kann magna charta des Verbrechers, Motivation für den rechtstreuen Bürger, Grundlage für einen Schuldvorwurf an den rechtsuntreuen Bürger sein, und

was der Überlegungen zu Sinn und Logik des Rückwirkungsverbots mehr ist. Dabei versteht sich, daß das vor der Tat feststehende, allgemeine Recht nicht nur das genau so im Gesetz formulierte Recht ist, das des Richters nur noch als seines Mundes bedarf. Es ist das Recht, wie es anerkannt und praktiziert wird.²²

Der rechtsdogmatische Zusammenhang zwischen Rückwirkungsverbot und Rechtsstaat ist ein doppelter, weil unsere Rechtsordnung das Rückwirkungsverbot in zweierlei dogmatischer Gestalt enthält. Zum einen gibt es das Rückwirkungsverbot, das im Strafrecht gilt und unbedingt gefaßt ist. Zum anderen gibt es einen allgemeinen Schutz gegen rückwirkendes Staatshandeln, der auf das Vertrauen des Bürgers abstellt, nach echter und unechter Rückwirkung und mehr und weniger schutzwürdigem Vertrauen differenziert und nur gelegentlich zum Rückwirkungsverbot erstarkt.²³ Dieses bedingte Rückwirkungsverbot wird aus dem Rechtsstaatsgebot des Art. 20 Abs. 3 GG abgeleitet²⁴, jenes unbedingte bedarf keiner solchen Ableitung, sondern findet sich, kategorisch formuliert, in Art. 103 Abs. 2 GG. Zwar wird es, wie auch das bedingte Rückwirkungsverbot, den Rechtsstaatsgrundsätzen des Art. 20 Abs. 3 GG nicht derart zugerechnet, daß es über Art. 79 Abs. 3 GG der Verfassungsänderung entzogen wäre.²⁵ Aber es ist anerkannt, daß es die Gestalt des grundgesetzlichen Rechtsstaats prägt²⁶ und dadurch auch an der Wiege des bedingten Rückwirkungsverbots steht. Beide Rückwirkungsverbote kreisen um den Rechtsstaat, beide stehen durch diesen Bezug zum Rechtsstaat in einem systematischen Zusammenhang. Gleichwohl sind beide völlig verschieden. Das Abstellen auf das schutzwürdige Vertrauen des Bürgers ist dem unbedingten Rückwirkungsverbot des Art. 103 Abs. 2 GG ganz fremd.²⁷

Die strafrechtliche Rechtsprechung verkennt auch dies. „Das Rückwirkungsverbot ... schützt das Vertrauen, das der Angeklagte zur Tatzeit in den Fortbestand des damals geltenden Rechts gesetzt hat“²⁸ - das ist ebenso richtig als Pointe des Rückwirkungsverbots von Art. 103 Abs. 2 GG wie falsch als dessen Bedingung. Als Pointe ist es denn auch in der Kommentarstelle gemeint, auf die der Bundesgerichtshof hier verweist.²⁹ Aber als Be-

dingung wird es vom Bundesgerichtshof verstanden und verwandt. „Die Erwartung, das Recht werde, wie in der Staatspraxis zur Tatzeit, auch in Zukunft so angewandt werden, daß ein menschenrechtswidriger Rechtfertigungsgrund anerkannt wird, ist nicht schutzwürdig. Es ist keine Willkür, wenn der Angeklagte, was die Rechtswidrigkeit seines Tuns angeht, so beurteilt wird, wie er bei richtiger Auslegung des DDR-Rechts schon zur Tatzeit hätte behandelt werden müssen.“³⁰

Nun ist der Trend zur Subjektivierung objektiver und zur Materialisierung formaler rechtlicher Befunde allgemein zu beobachten.³¹ Der Bundesgerichtshof liegt im Trend. Aber gerade als oberstes Strafgericht darf er in diesem Trend nicht liegen. *Nulla poena, nullum crimen sine lege* ist gerade in seiner Objektivität und Formalität das rechtsstaatliche proprium des Strafrechts. Es wird preisgegeben, wenn das unbedingte Rückwirkungsverbot des Art. 103 Abs. 2 GG auf das Niveau des bedingten Rückwirkungsverbots reduziert wird.

Ich vermute, daß der Bundesgerichtshof auch nicht ganz ohne Skepsis gegenüber dem Trend, nicht ganz ohne Gespür für das Rückwirkungsverbot in seiner Objektivität und Formalität ist. Es wäre dies ein weiterer Grund, warum der BGH letztlich nicht auf die Radbruchsche Formel, auf das naturrechtliche Argument setzen möchte. Denn das naturrechtliche Argument trifft nicht nur das ehemalige, das DDR- oder auch das nationalsozialistische Recht, sondern gefährdet das gegenwärtig geltende Rückwirkungsverbot selbst. Daß das ehemalige Recht nur nach Maßgabe seiner Vereinbarkeit mit dem Naturrecht gilt, ist ja, ohne daß sich im Ergebnis etwas ändert, dahin zu übersetzen, daß das Rückwirkungsverbot nur nach Maßgabe der Vereinbarkeit seiner Konsequenzen mit dem Naturrecht gilt. So oder so wird jemand bestraft, wenn es naturrechtlich angezeigt scheint, und nicht bestraft, wenn es naturrechtlich nicht angezeigt scheint. Daß aber das Rückwirkungsverbot bedeutungslos wird, wenn es nur nach Maßgabe der naturrechtlichen Richtigkeit seiner Resultate gilt, liegt auf der Hand. Wenn es sich nicht gerade gegen das mit guten Gründen daher kommende nachträgliche Strafbedürfnis rich-

tet, hat es keinen Sinn. Nur das mit guten Gründen daher kommende Strafbedürfnis hat hinreichendes Gewicht, um durch eine Verfassungsbestimmung in die Schranken gewiesen werden zu müssen. Das mit schlechten Gründen daher kommende nachträgliche Strafbedürfnis erledigt sich von selbst.

IV.

Wenn alles ist, wie vorgetragen, wenn der Rechtsstaat, der dem Rechtsstaat gemäß und zugehörige Begriff des Rechts, die rechtsstaatliche Allgemeinheit und das Rückwirkungsverbot des Art. 103 Abs. 2 GG der strafrechtlichen Bewältigung der kommunistischen Vergangenheit entgegenstehen - wo bleibt dann die Gerechtigkeit? Daß auch ihr, wie vorgetragen, der Anspruch eignet, die sozialen Verhältnisse im Sinne der Allgemeinheit und Gleichheit zu gestalten, ist das eine. Ist nicht das andere, daß sie das Unrecht zu benennen und die Täter des Unrechts zu bestrafen verlangt? „Wir haben Gerechtigkeit gewollt, aber den Rechtsstaat gekriegt“ - soll das enttäuschte, Bärbel Bohley zugeschriebene Wort noch wahrer werden, indem nicht einmal die Gerechtigkeitsarbeit, die gegenwärtig in der strafrechtlichen Bewältigung der kommunistischen Vergangenheit geleistet wird, rechtsstaatlich akzeptabel ist?

Das Problem läßt sich noch anders fassen. Was ist der Ort der Gerechtigkeit? Der Rechtsstaat, gewiß. Im Rechtsstaat muß Gerechtigkeit verwirklicht werden. Aber im Rechtsstaat kann sie nur in Verschränkung mit Rechtssicherheit, begrenzt durch den grund- und verfahrensrechtlichen Schutz, den auch der Rechtsbrecher genießt, begrenzt auch durch das Rückwirkungsverbot verwirklicht werden. Hat sie noch einen anderen Ort, wo sie ohne diese Verschränkungen und Begrenzungen verwirklicht werden kann?

Die Revolution kennt keine rechtsstaatlichen Verschränkungen und Begrenzungen. Sie räumt mit ihnen auf, wenn sie sich gegen eine rechtsstaatliche Staats- und Verfassungsordnung richtet. Will sie eine solche gerade herstellen, dann arbeitet sie auf rechts-

staatliche Bindungen hin, unterliegt ihnen aber noch nicht. Die Revolution ist die Nullstunde wie des Staatsrechts so auch des Rechtsstaats. Sie ist die Stunde der ungebundenen, der revolutionären Gerechtigkeit.

Sie kann die Stunde der reinen Gerechtigkeit sein. Rechtsstaatliche Beschränkungen der Verwirklichung von Gerechtigkeit können in der Kontinuität rechtsstaatlicher Normalität durchaus akzeptabel, beim Bruch mit einem ungerechten Regime für die gerechte Bestrafung von dessen Repräsentanten und Handlangern dagegen eine schwer erträgliche Behinderung sein. Ebenso kann die revolutionäre Nullstunde freilich die Stunde neuer und schlimmer Ungerechtigkeit sein. Die revolutionären Nächte der langen Messer treffen mit den Schuldigen auch die Unschuldigen. Auch revolutionäre Tribunale, die gegen die Repräsentanten und Handlanger des alten Regimes in erleichtertem und verkürztem Verfahren verhandeln, bieten zwar mehr Sicherheit gegen Ungerechtigkeit als sich entladender revolutionärer Volkszorn, aber nicht die Sicherheit, die rechtsstaatliche Strafverfahren bieten. Mit dem, was sie durch die Verfahren an Sicherheit gegen Ungerechtigkeit bieten, können sie die Verwirklichung von Gerechtigkeit allerdings auch wieder beschränken.

Was die revolutionäre Nullstunde in Sachen Gerechtigkeit wird, liegt in der Verantwortung der Revolutionäre. Es ist eine moralische und politische Verantwortung, keine rechtliche. Es kann gute Gründe geben, auf die Verwirklichung von Gerechtigkeit zu verzichten und die Revolution von den entsprechenden Konflikten frei, friedlich und versöhnlich zu halten. Dann ist allerdings auch die Gelegenheit vorbei, in einem auf die Revolution folgenden Rechtsstaat Gerechtigkeit frei von rechtsstaatlichen Bindungen zu verwirklichen. Anders formuliert: wenn die Revolutionäre die Gerechtigkeit wollen, müssen sie sich die Gerechtigkeit nehmen; was sie kriegen, wenn die Revolution vorbei und wieder staatliche Normalität hergestellt ist, kann nur der Rechtsstaat und Gerechtigkeit nach Maßgabe des Rechtsstaats sein.

Wie immer, wenn es im Staatsrecht um Normal- und Ausnahme- lage geht, gibt es auch hier bei der Frage nach dem Ort der Ge- rechtigkeit zwischen rechtsstaatlicher Normalität und revolu- tionärer Ausnahme vermittelnde Lösungen. Es gibt die schlech- ten vermittelnden Lösungen, die das, was eigentlich nur unter Suspendierung rechtsstaatlicher Normalität rechtlich möglich ist, unter den Bedingungen rechtsstaatlicher Normalität durch argu- mentative Aufweichung der rechtsstaatlichen und grundrechtli- chen Sicherungen möglich machen wollen. Da verflüssigen sich dann die rechtsstaatlichen und grundrechtlichen Sicherungen in fungible Abwägungskalküle und Zumutbarkeitsmutmaßungen; die Legitimierungen des Radikalenerlasses³² oder der Kon- taktsperre³³ sind Beispiele hierfür. Vermittelnde Lösungen kön- nen aber auch auf Verfassungsänderungen setzen und durch sie bestimmte rechtsstaatliche und grundrechtliche Sicherungen partiell suspendieren. Mein Lehrer Ernst-Wolfgang Böckenförde hat vor Jahren in seiner Freiburger Antrittsvorlesung in diesem Sinn die verfassungsrechtliche Einrichtung eines kleinen Notstands zur Bekämpfung des Terrorismus erwogen.³⁴ Ähnlich ist daran zu denken, durch eine Verfassungsänderung Art. 103 Abs. 2 GG zu suspendieren, soweit es um die strafrechtliche Bewältigung der kommunistischen Vergangenheit geht. Das Kontrollratsgesetz Nr. 10 hat seinerzeit für Verbrechen gegen die Menschlichkeit das Rückwirkungsverbot aufgehoben.³⁵ Warum nicht der revolu- tionären Gerechtigkeit derart einen Ort in der rechtsstaatlichen Normalität geben? Warum nicht eine Suspendierung des Rück- wirkungsverbots für die strafrechtliche Bewältigung der kom- munistischen Vergangenheit?

Eine entsprechende Verfassungsänderung wäre verfassungs- rechtlich möglich. Die verfassungspolitische Diskussion, ob die Verfassung entsprechend geändert werden soll, wäre der Frage, ob die strafrechtliche Bewältigung der kommunistischen Ver- gangenheit und wieviel von ihr eigentlich gewollt ist und um wel- chen verfassungsrechtlichen Preis, auch angemessener als die fragwürdige Argumentation der Strafgerichte. Was könnte in ei- ner solchen verfassungspolitischen Diskussion für eine entspre- chende Verfassungsänderung allerdings vorgebracht werden?

Generalpräventive Erwägungen lassen sich ebensowenig für sie geltend machen wie spezialpräventive. Die Siegerjustiz und die Besiegtenexkulpation, von denen oben die Rede war, sind keine Verfassungsänderung wert. Gäbe es ein entsprechendes revolutionäres Vermächtnis, etwa ein das Rückwirkungsverbot suspendierendes Volkskammergesetz, dann wäre dies Verpflichtung auch für den Gesetzgeber im geeinten Deutschland. Aber es gibt es nicht.

Die Stunde der revolutionären Gerechtigkeit ist vorbei. Die rechtsstaatliche Normalität schließt das Rückwirkungsverbot ein und die strafrechtliche Bewältigung der kommunistischen Vergangenheit, wie sie derzeit stattfindet, aus. Ich meine, dies liegt nicht nur im Sinne rechtlicher, sondern ebenso im Sinne politischer Vernunft. Es gibt im geeinten Deutschland Wichtigeres und Drängenderes als weitere Strafprozesse.

Anmerkungen

- 1 Vgl. zu diesem deutschen Sonderweg Lüderssen, Klaus, Der Staat geht unter - das Unrecht bleibt? Regierungskriminalität in der ehemaligen DDR, 1992, 12.
- 2 Ungarisches Verfassungsgericht, Urteil vom 03.03.1992, Sammlung der Entscheidungen des Ungarischen Verfassungsgerichts, Bd. 1992, 7.
- 3 Vgl. folgend Foner, Eric, Reconstruction. America's Unfinished Revolution, 2. Aufl. 1989, 176 ff.
- 4 Vgl. Smith, Gerrit, No Treason in Civil War, 1865.
- 5 Zu den unterschiedlichen historischen Möglichkeiten: Quaritsch, Helmut, Theorie der Vergangenheitsbewältigung, Der Staat 1992, 518.
- 6 Belobigt und prämiert wurde auch, wer die Schußwaffe unter Überschreitung des Rechtfertigungsgrunds angewandt hatte; der BGH sieht den Rechtfertigungsgrund daher als bloß „formal“ und „Schüsse der DDR-Grenzsoldaten auf Flüchtlinge seitens der Strafverfolgungsbehörden der DDR durchgehend nicht als zu verfolgendes Unrecht behandelt“ an. BGH, Urteil vom 20.10.1993, NJW 1994, 267/269.
- 7 LG Berlin, Urteil vom 20.01.1992, JZ 1992, 691; Urteil vom 05.02.1992, JZ 1992, 492; Urteil vom 16.09.1993, NJ 1994, 210.
- 8 BGH, Urteil vom 03.11.1992, NJW 1993, 141; BGH, Urteil vom 25.03.1993, NJW 1993, 1992.
- 9 BGH, Urteil vom 03.11.1992, NJW 1993, 141/144; auch in der Literatur wird die Strafbarkeit mit einem Verstoß gegen überpositives Recht begründet, vgl. Alexy, Robert, Aussprache, VVDStRL 51, 1992, 133; Hruschka, Joachim, Die Todesschüsse an der Berliner Mauer vor Gericht, JZ 1992, 665/667 ff.; Küpper, Georg/Wilms, Heiner, Die Verfolgung von Straftaten des SED-Regimes, ZRP 1992, 91/94.
- 10 BGH, Urteil vom 03.11.1992, NJW 1993, 141/144.
- 11 Ebd.
- 12 Ebd. 148.
- 13 Vgl. auch Schroeder, Friedrich-Christian, Zur Strafbarkeit von Tötungen im staatlichen Auftrag, JZ 1992, 990/992 ff.; Starck, Christian, Der Rechtsstaat und die Aufarbeitung der vor-rechtsstaatlichen Vergangenheit, VVDStRL 51, 1992, 7/27 f.
- 14 BGH, Urteil vom 26.11.1992, NJW 1993, 1019/1022 f.; hierzu BVerfG (2. Kammer des Zweiten Senats), Beschluß vom 31.03.1993, NJ 1993, 315; vgl. ferner LG Dresden, Urteil vom 27.05.1993, NJ 1993, 493; zustimmend zum Urteil des LG Dresden Lorenz, Frank L., „Rechtfertigung“, DDR-„Geschichte“ und Angemessenheit von Strafe, JZ 1994,

- 388; kritisch Vormbaum, Thomas, Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit von DDR-Richtern wegen Rechtsbeugung, NJ 1993, 212.
- 15 OLG Braunschweig, Beschl. v. 22.11.1991, DtZ 1992, 126; einschränkend BGH, Urteil vom 09.05.1994, NJ 1994, 422; auf der Linie der untergerichtlichen Rechtsprechung Seebode, Manfred, Rechtsbeugung und Rechtsbruch, JZ 1994, 34; Rautenberg, Erardo C./Burges, Gerd, Anfangsverdacht wegen Rechtsbeugung gegen Staatsanwälte und Richter in der früheren DDR, DtZ 1993, 71; Wolf, Ernst, Rechtsbeugung durch DDR-Richter, NJW 1994, 1390; die Gegenposition vertritt Vormbaum, FN 14.
- 16 Vgl. Jakobs, Günther, Vergangenheitsbewältigung durch Strafrecht? Zur Leistungsfähigkeit des Strafrechts nach einem politischen Umbruch, in: Isensee, Josef (Hrsg.), Vergangenheitsbewältigung durch Recht, 1992, 37/44; ders., Untaten des Staates - Unrecht im Staat, GA 1994, 6.
- 17 Selbst das normative Konzept der Reinen Rechtslehre Kelsens bezieht die empirische Wirksamkeit in den Geltungsbegriff ein. Kelsen, Hans, Reine Rechtslehre, 2. Aufl. 1960, 215 ff.
- 18 Radbruch, Gustav, Rechtsphilosophie, 8. Aufl. 1973, 119 f.
- 19 Ablehnend auch Dencker, Friedrich, Vergangenheitsbewältigung durch Strafrecht? Lehren aus der Justizgeschichte der Bundesrepublik, KritV 1990, 299/305; Dreier, Horst, Aussprache, VVDStRL 51, 1992, 137; Grünwald, Gerald, Die strafrechtliche Bewertung in der DDR begangener Handlungen, Str 1991, 31; Isensee, Josef, Aussprache, VVDStRL 51, 1992, 135; ders., Der deutsche Rechtsstaat vor seinem unrechtsstaatlichen Erbe, in: ders. (Hrsg.), Vergangenheitsbewältigung durch Recht, 1992, 91/106; Jakobs, Günther, Vergangenheitsbewältigung durch Strafrecht?, FN 16; ders., Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, 69; ders., Untaten des Staates - Unrecht im Staat, FN 16; Pieroth, Bodo, Der Rechtsstaat und die Aufarbeitung der vor-rechtsstaatlichen Vergangenheit, VVDStRL 51, 1992, 92/103; Scholten, Hans-Josef, Zur Bedeutung von § 7 StGB für die Verfolgung von Straftaten des SED-Regimes, ZRP 1992, 476.
- 20 Zu den Erscheinungsformen der „Regierungskriminalität“: Schaeffgen, Christoph, DDR-Regierungskriminalität. Erscheinungsformen und Probleme, Recht und Politik 1992, 191.
- 21 Vgl. zu Rückwirkungsverbot historisch und aktuell Schreiber, Hans-Ludwig, Gesetz und Richter. Zur geschichtlichen Entwicklung des Satzes nullum crimen, nulla poena sine lege, 1976.
- 22 So auch Isensee, Josef, Der deutsche Rechtsstaat vor seinem unrechtsstaatlichen Erbe, in: ders. (Hrsg.), Vergangenheitsbewältigung durch Recht, 1992, 91/106; Jakobs, Günther, Strafrecht, Allgemeiner Teil, FN 19.
- 23 Zum allgemeinen Rückwirkungsverbot: Pieroth, Bodo, Rückwirkung

und Übergangsrecht, 1981.

- 24 Vgl. BVerfGE 25, 269/289 f.; 72, 200/257; Jarass, Hans D., in: ders./Pieroth, Bodo, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl. 1992, Art. 20, Rz. 47 ff.; Schnapp, Friedrich E., in: von Münch, Ingo/Kunig, Philipp, Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, 4. Aufl. 1992, Art. 20 Rz. 27.
- 25 Pieroth, Bodo, FN 19, 106.
- 26 Vgl. die einzelnen staatsrechtlichen Herleitungen des Regelungsgehalts von Art. 103 Abs. 2 GG, BVerfGE 64, 389/394 (Willkürverbot); 73, 206/235 (Gewaltenteilung); Schreiber, Hans-Ludwig, FN 21, 215 ff. (Gesetzmäßigkeitsprinzip); Wassermann, Rudolf, in: Alternativkommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 2. Aufl. 1989, Art. 103 Rz. 44 (auch Demokratieprinzip).
- 27 Das Bundesverfassungsgericht nimmt Art. 103 Abs. 2 GG ausdrücklich von den an den Vertrauensschutz anknüpfenden Einschränkungen des allgemeinen Rückwirkungsverbots aus, BVerfGE 25, 269/289, 291.
- 28 BGH, Urteil vom 03.11.1992, NJW 1993, 141/148.
- 29 Rüping, Hinrich in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Stand: Oktober 1993, Art. 103 Abs. 2 Rz. 16.
- 30 BGH, FN 28.
- 31 Vgl. auf dem Gebiet des Verfassungsrechts die kritische Bestandsaufnahme von Böckenförde, Ernst-Wolfgang, Zur Lage der Grundrechtsdogmatik nach 40 Jahren Grundgesetz, 1989.
- 32 BVerfGE 39, 331/351; zur Kritik des Radikalenerlasses i.e. Schlink, Bernhard, Zwischen Identifikation und Distanz. Zur Stellung des Beamten im Staat und zur Gestaltung des Beamtenrechts durch das Staatsrecht, Der Staat 1976, 335.
- 33 BVerfGE 49, 24/33.
- 34 Böckenförde, Ernst-Wolfgang, Der verdrängte Ausnahmezustand. Zum Handeln der Staatsgewalt in außergewöhnlichen Lagen, NJW 1978, 1881/1889 f.
- 35 Auch die Europäische Menschenrechtskonvention kennt eine Einschränkung des strafrechtlichen Rückwirkungsverbots (Art. 7 Abs. 2 EMRK).

Vergangenheit als Zumutung?

Zum Kündigungsgrund der Unzumutbarkeit weiterer Beschäftigung nach früherer Tätigkeit für das Ministerium für Staatssicherheit nach Kapitel XIX Sachgebiet A Abschnitt III Nr. 1 Abs. 5 2. Alternative der Anlage I zum Einigungsvertrag

I.

Der Einigungsvertrag vom 31. August 1990 handelt von der Herstellung und zielt auf die Vollendung der Einheit Deutschlands. Er ordnet „Abwicklungen“, „Einführungen“, „Anpassungen“, „Angleichungen“, „Überprüfungen“, „Überführungen“, „Überleitungen“, „Übernahmen“, „Übergänge“ an. Einigungsrecht ist Übergangsrecht, und in den Daten, die der Einigungsvertrag nennt, drückt sich aus, wann der Übergang vollzogen und die Einheit vollendet sein soll. Das letzte Datum ist der 31. Dezember 1996¹; bis dahin gilt in der Finanzverfassung für die Gemeinden eine Abweichung von Art. 106 Abs. 5 GG. Andere einigungsbedingte Abweichungen vom Grundgesetz sind schon nach dem 31. Dezember 1995 nicht mehr zulässig. Nach den im Einigungsvertrag genannten Daten ist spätestens das Jahr 1997 das erste Jahr der vollendeten Einheit Deutschlands.²

Auch die mit dem Einigungsvertrag vereinbarten Regelungen für die vor dem 3. Oktober 1990 begründeten Rechtsverhältnisse der Angehörigen des öffentlichen Dienstes werden ausdrücklich als Übergangsregelungen bezeichnet.³ Aber hier endet der Übergang wesentlich später. Nur die bis zum 31.12.1993 verlängerte Regelung über die ordentliche Kündigung ist befristet. Die Regelung über die außerordentliche Kündigung wegen der Unzumutbarkeit weiterer Beschäftigung im öffentlichen Dienst nach früherer Tätigkeit für das Ministerium für Staatssicherheit ist unbefristet.⁴

Erst wenn von denen, die für das Ministerium für Staatssicherheit tätig waren, niemand mehr Arbeitnehmer im öffentlichen Dienst sein wird, wird es auch keine an diese Tätigkeit anknüpfende außerordentliche Kündigung mehr geben können.⁵ Hier endet der Übergang erst, wenn die Generation derer aus dem Arbeitsleben abtritt, die vor der Wende alt genug waren, für das Ministerium für Staatssicherheit tätig zu sein. Noch bis ins dritte und vierte Jahrzehnt des nächsten Jahrtausends kann es dazu kommen, daß ein Arbeitnehmer im öffentlichen Dienst, der in jungen Jahren inoffizieller Mitarbeiter des Ministeriums für Staatssicherheit war, durch einen sog. Gauck-Bescheid dieser Mitarbeit überführt und gekündigt wird. Gewiß, die Wahrscheinlichkeit, daß sich in den Unterlagen der Gauck-Behörde noch neue Erkenntnisse finden, nimmt mit den Jahren ab. Aber auszuschließen ist es angesichts der Vielzahl und Unübersichtlichkeit der Unterlagen nicht. Deswegen ist ein Gauck-Bescheid auch nie endgültig, sondern stets vorläufig; er stellt fest, daß derzeit keine oder nur diese oder jene Erkenntnisse vorliegen, und kann jederzeit durch einen neuen Gauck-Bescheid mit neuen Erkenntnissen überholt werden. Dieser neue Gauck-Bescheid muß auch nicht mehr neu und eigens angefordert werden. Solange eine Kündigung nicht erfolgt ist, generiert eine einmal gestellte Anfrage immer dann, wenn neue Erkenntnisse gewonnen werden, auch neue Gauck-Bescheide.

Das Erfassen einer ganzen Generation verbindet diesen dienstrechtlichen mit dem strafrechtlichen Versuch der Bewältigung der kommunistischen Vergangenheit. Beidemale ist noch auf Jahrzehnte mit einschlägigen straf- bzw. arbeitsgerichtlichen Verfahren zu rechnen, beidemale ist der Übergang erst abgeschlossen, wenn eine Generation abtritt.⁶ Und da erst mit dem Abschluß des Übergangs die Einheit Deutschlands vollendet ist und sich die politischen und gesellschaftlichen Probleme der nicht vollendeten Einheit schmerzhaft geltend machen, wird derzeit die Forderung nach einem DDR-Schlußgesetz laut, einem gesetzlich geregelten Abschluß des strafrechtlichen wie auch des dienstrechtlichen Übergangs.⁷ Für den Abschluß des dienstrechtlichen Übergangs kann sogar auf die amtlichen Erläuterungen zur Anlage I zum Ei-

nignungsvertrag verwiesen werden, wo es zur unbefristeten Regelung über die außerordentliche Kündigung erläuternd heißt, sie solle „ein politisches Signal setzen“.⁸ Ein Signal ist kein Zustand, sondern ein Ereignis; auf Dauer gestellt, läßt es daran zweifeln, ob es noch stimmt.

Es gibt verschiedene Vorstellungen und Vorschläge dazu, wie eine strafrechtliche Amnestie aussehen, worauf sie abstellen und wonach sie differenzieren könnte. Ebenso sind verschiedene Varianten für einen Abschluß des dienstrechtlichen Übergangs denkbar. Was zu tun ist, wird deutlich, wenn die unbefristete Regelung über die außerordentliche Kündigung genauer in den Blick genommen wird.

I

Die Regelung enthält zwei Alternativen. Nach der ersten ist ein wichtiger Grund für eine außerordentliche Kündigung gegeben, wenn der Arbeitnehmer gegen die Grundsätze der Menschlichkeit oder Rechtsstaatlichkeit verstoßen hat und deshalb ein Festhalten am Arbeitsverhältnis unzumutbar erscheint. Diese Alternative ist in der Praxis kaum relevant.⁹ In der Praxis relevant ist die zweite Alternative, nach der ein wichtiger Grund für eine außerordentliche Kündigung gegeben ist, wenn der Arbeitnehmer für das Ministerium für Staatssicherheit tätig war und deshalb ein Festhalten am Arbeitsverhältnis unzumutbar erscheint. Die Unteralternative, die der Tätigkeit für das Ministerium für Staatssicherheit die Tätigkeit für das Amt für nationale Sicherheit gleichstellt, ist in der Praxis irrelevant. Worum es bei dem wichtigen Grund für eine außerordentliche Kündigung geht, sind also die zwei Kriterien der Tätigkeit für das Ministerium für Staatssicherheit und der Unzumutbarkeit eines Festhaltens am Arbeitsverhältnis sowie der Umstand, daß die Unzumutbarkeit gerade in der Tätigkeit ihre Ursache hat.

Das erste Kriterium differenziert nicht danach, ob jemand haupt- oder nebenamtlich, offiziell oder inoffiziell für das Ministerium

für Staatssicherheit tätig war.¹⁰ Immerhin entnimmt die Rechtsprechung der Formulierung, wonach jemand für das Ministerium für Staatssicherheit und nicht nur bei ihm tätig gewesen sein muß, daß es einer „bewußten, finalen Mitarbeit“ bedarf.¹¹ Daß jemand nur abgeschöpft wurde, genügt nicht, und es genügt auch nicht, daß jemand eine Verpflichtungserklärung unterschrieben hat, wenn es beim Unterschreiben geblieben und zur Mitarbeit nicht gekommen ist.¹² Wird bestritten und ist zweifelhaft, ob jemand für das Ministerium für Staatssicherheit tätig war, genügt es auch nicht, daß die Tätigkeit aus den Unterlagen der Gauck-Behörde hervorgeht; diese Unterlagen haben keinen über ihre Existenz hinausgehenden, ihren Inhalt belegenden Beweiswert und sind bei der Beweiswürdigung nur mit Vorsicht zu verwenden.¹³ Die Beweislast für die Tätigkeit für das Ministerium für Staatssicherheit trägt der Arbeitgeber.¹⁴ Im übrigen differenziert das erste Kriterium auch nicht danach, welche Aufgabe jemand für das Ministerium für Staatssicherheit wahrgenommen hat.¹⁵ Die Rechtsprechung sieht das erste Kriterium für die kartoffelschälende Küchenhilfe¹⁶ ebenso erfüllt wie für den Major bei den Paßkontrolleinheiten¹⁷, für den Juristen, der Straftaten gegen das sozialistische Eigentum untersucht hat¹⁸, ebenso wie für den Funcker bei der Nachrichtenabteilung¹⁹. Sie differenziert erst bei der anschließenden Frage, ob deshalb ein Festhalten am Arbeitsverhältnis unzumutbar erscheint.²⁰ Eine differenzierende „Einzelfallprüfung“ verlangen schon die amtlichen Erläuterungen; „anhand der konkreten Umstände ist abzuwägen, ob ein Festhalten am Arbeitsverhältnis unzumutbar erscheint oder nicht“²¹.

Was heißt dabei „erscheint“? Das Bundesarbeitsgericht erkennt diesem Merkmal „besondere Bedeutung“ zu. Damit stelle das Gesetz „nicht auf eine intern ermittelbare Lage, sondern auf die vordergründige Erscheinung der Verwaltung mit diesem Mitarbeiter ab“. Gefordert sei eine „äußere Betrachtungsweise“, die „die Berücksichtigung von Entlastungstatsachen [hindert], sofern sich diese nicht in gleicher Weise wie die frühere belastende Tätigkeit manifestiert haben. Nur unter dieser Voraussetzung sind sie geeignet, das Erscheinungsbild der Vorbelastung zu erschüttern und der Feststellung der Unzumutbarkeit entgegenzuwirken.“²²

Das sind klare Worte. Genau gelesen und ernstgenommen bedeuten sie, daß es nicht darauf ankommt, wie die Lage ist, sondern wie sie erscheint, sogar wie sie „vordergründig“ erscheint, daß also jemand wegen des bösen Scheins gekündigt werden kann, obwohl seine Weiterbeschäftigung eigentlich zumutbar ist, und daß jemand wegen des schönen Scheins nicht gekündigt werden darf, obwohl seine Weiterbeschäftigung eigentlich unzumutbar ist. Daß dies mit der Verfassung nicht vereinbar ist, liegt auf der Hand. Wie immer die hier einschlägigen Grundrechte der Art. 3, 12 Abs. 1 und 33 Abs. 2 GG in ihrem Verhältnis zueinander und in ihrer relativen Bedeutung zu bestimmen sein mögen - daß sie grundrechtliche Gleichheit und Freiheit nicht nach Maßgabe eines u. U. falschen Scheins, sondern nach Maßgabe der wirklichen Verhältnisse und des wirklichen Verhaltens zumessen, versteht sich.

Das Bundesarbeitsgericht selbst weist verfassungsrechtliche Bedenken gegen seine Auslegung des Merkmals „erscheint“ zurück. Zwar wird, da die verfassungsrechtlichen Bedenken nicht deutlich benannt werden, auch die verfassungsrechtliche Pointe der Zurückweisung nicht deutlich. Aber das Bundesarbeitsgericht dürfte meinen, daß in der besonderen Situation der Herstellung der Einheit Deutschlands eine pauschalierende Betrachtung vertretbar oder sogar geboten ist. Die öffentliche Verwaltung der DDR sei mit politisch linientreuen Bürgern überbesetzt gewesen; die Überbesetzung müsse drastisch reduziert werden, damit die politisch nicht linientreuen Bürger überhaupt die Chance des Zugangs zum öffentlichen Dienst bekommen.²³ Die Grundrechte werden gewissermaßen pauschaliert; allfällige einzelne Grundrechtsverkürzungen bei denen, die seit den Tagen der DDR im öffentlichen Dienst sind, werden damit verrechnet, daß die Grundrechte der vielen, denen in den Tagen der DDR der Zugang zum öffentlichen Dienst verwehrt war, allererst zur Geltung gebracht werden. Nicht daß dieser pauschalierende Ansatz absurd wäre. Aber er paßt nur auf die besondere, befristete Situation, in der der öffentliche Dienst überbesetzt vorgefunden wurde und personell abgebaut werden mußte und in der dies ein so dringendes Problem war, daß die individuelle Grundrechtsgewährleistung hin-

ter der kollektiven Grundrechtsoptimierung zurücktreten mußte. Der pauschalierende Ansatz würde den fraglichen Kündigungsgrund als befristeten tragen, nicht aber als unbefristeten. Jetzt, wo der öffentliche Dienst neu strukturiert und besetzt ist, kann bei denen, die als Lehrer neu ernannt, als Professoren neu berufen oder als Referenten neu bestellt worden sind, eine auf den Schein statt auf das wirkliche Verhalten und die wirklichen Verhältnisse abstellende Kündigung mit der Überlegung des Bundesarbeitsgerichts nicht gerechtfertigt werden.

Das Bundesarbeitsgericht erläutert seine Auslegung des Merkmals „erscheint“ noch mit einer weiteren Überlegung. Dabei geht es um das „dauerhafte Vertrauen der Bürger in die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung“ und um die „Erscheinung der Verwaltung“ i. S. der Selbstdarstellung, mit der die Verwaltung den Bürgern begegnen muß, damit diese ihr dauerhaft vertrauen können.²⁴ Das erinnert an die Pflicht des Beamten, sich innerhalb und außerhalb des Dienstes so zu verhalten und bei politischer Betätigung so zu mäßigen und zurückzuhalten, daß die Achtung und das Vertrauen der Bürger gewahrt werden.²⁵ Auch hier wird um des Vertrauens der Bürger willen auf eine gewisse Erscheinung, eine gewisse Selbstdarstellung des Beamten und der Verwaltung abgestellt. Aber die Verhaltenspflicht des Beamten ist eine Pflicht zu einem wirklichen Verhalten.²⁶ Verhält der Beamte sich entsprechend, wahrt er wirklich die gebotene Mäßigung und Zurückhaltung, dann schadet ihm nicht, wenn der böse Schein mangelnder Mäßigung und Zurückhaltung entsteht, wie ihm umgekehrt nicht nützt, wenn sein wirklich unmäßiges, der Zurückhaltung ermangelndes Verhalten die Selbstdarstellung der Verwaltung nicht sichtbar beeinträchtigt. Bei der Kündigung auf den bloßen Schein der Unzumutbarkeit abzustellen ist ebenso abwegig, wie wenn hier auf den bloßen Schein der Pflichterfüllung und -nichterfüllung abgestellt würde.

Nein, von Verfassung und Grundrechten wegen kann nur dann gekündigt werden, wenn das Festhalten am Arbeitsverhältnis wegen der Tätigkeit für das Ministerium für Staatssicherheit wirklich unzumutbar ist. Gleichwohl ist das Merkmal „erscheint“

nicht ohne Sinn. Es läßt den Zweck des Kündigungsgrunds erkennen, der in der Tat darin liegt, eine derartige Erscheinung, eine derartige Selbstdarstellung der Verwaltung vor den Bürgern zu gewährleisten, daß diese ihr auch da vertrauen können, wo sie ihre innere Gestalt nicht durchschauen. Die Unzumutbarkeit im Kündigungsgrund, bei der sich wie bei jeder Unzumutbarkeit die Frage „für wen?“ stellt, ist also eine Unzumutbarkeit nicht für den Staat als abstrakte Größe, nicht für die Vorgesetzten oder für die Kollegen, sondern für die Bürger und für diese zumal da, wo sie als Klienten der Verwaltung mit dem, der für das Ministerium für Staatssicherheit tätig war, zu tun haben. Dabei bleibt es wirkliche Unzumutbarkeit. Was für die Bürger unzumutbar ist, soll ihnen nicht zugemutet werden, auch wenn es nicht nach außen scheint, und was für sie zumutbar ist, soll ihnen zugemutet werden, auch wenn es einen falschen, bösen Schein gibt.

Das sei an zwei Beispielen aus der Universität veranschaulicht. Da sei zum einen der Professor, der das Vertrauen von Studenten gewonnen und die ihm vertraulich mitgeteilten Informationen an das Ministerium für Staatssicherheit weitergegeben und dadurch Disziplinierungen und Relegationen ausgelöst hat. Auch wenn es nicht bekanntgeworden ist noch bekanntwerden muß, auch wenn sich der gute Schein unschwer aufrechterhalten läßt, ist ein Professor, der studentisches Vertrauen derart mißbraucht hat, für die Studenten, die dem Professor Vertrauen entgegenbringen können sollen, diskreditiert. Da sei zum anderen der Professor, der an das Ministerium für Staatssicherheit über die offiziellen Kontakte seines Instituts mit anderen Instituten im In- und Ausland berichtet und Tonbandaufnahmen von Vorträgen angefertigt und dem Ministerium für Staatssicherheit übergeben hat, die öffentlich an seinem Institut gehalten wurden. Für die Studenten, die von ihm lernen, bei und mit ihm forschen und ihm Vertrauen entgegenbringen können sollen, wird er nicht dadurch diskreditiert, daß seine Tätigkeit für das Ministerium für Staatssicherheit böse Schlagzeilen macht. Alles andere würde nicht nur die Universität durch die manipulierbar machen, die die guten und die bösen Schlagzeilen machen und den Schein erzeugen. Es würde letztlich auch das Vertrauen der Studenten in ihre Universität und allgemein der

Bürger in ihre Verwaltung beschädigen. Denn dieses Vertrauen schließt ein, daß die Universität und allgemein die Verwaltung sich nicht manipulieren lassen, sich nicht am Schein orientieren, der von anderen gemacht und zerstört werden kann, sondern daran, was wirklich ist. Nur wenn das Vertrauen nicht auf den Schein, sondern auf die Wirklichkeit setzt, wird es nicht getäuscht und enttäuscht. Dasselbe anders gesagt: wer in der Verwaltung wirklich diskreditiert ist, ist den Bürgern nicht mehr zumutbar; wer nur scheinbar diskreditiert ist, ist den Bürgern nicht nur zumutbar, sondern bei ihm kann und muß von der Verwaltung verlangt werden, daß sie den Schein der Unzumutbarkeit zerstört.

Für den Kündigungsgrund der Tätigkeit für das Ministerium für Staatssicherheit und der daraus resultierenden Unzumutbarkeit des Festhaltens am Arbeitsverhältnis bedeutet dies, sich auf die Frage einzulassen, ob die frühere Tätigkeit für das Ministerium für Staatssicherheit für die heutige Tätigkeit im öffentlichen Dienst wirklich diskreditiert.

III.

Diese Frage ist nun allerdings nicht einfacher, sondern eher schwieriger als die nach dem Schein. Es geht um Diskreditierung durch Tätigkeit für das Ministerium für Staatssicherheit derart, daß dem Bürger unzumutbar ist, mit dem Betreffenden als Mitarbeiter des öffentlichen Dienstes zu tun zu haben. Es geht um Unzumutbarkeit für den Bürger. Für welchen Bürger? Für den, der in der früheren DDR, oder den, der in der alten Bundesrepublik gelebt hat, oder für den ideellen Gesamtdeutschen? Für den, der in der früheren DDR gelebt hat, steht mit der Frage der Unzumutbarkeit einer heutigen Beschäftigung früherer Mitarbeiter des Ministeriums für Staatssicherheit die Auseinandersetzung mit der eigenen Vergangenheit in anderer Weise an als für den, der in der alten Bundesrepublik gelebt hat. Aber es sind nicht mehr nur die ehemaligen DDR-Bürger, die in den neuen Ländern mit dem öffentlichen Dienst zu tun haben, und bei den Schülern, die dem öffentlichen Dienst in ihren Lehrern

begegnen, geht es so oder so nicht um die Auseinandersetzung mit eigener Vergangenheit, mögen ihre Eltern aus der ehemaligen DDR oder aus der alten Bundesrepublik stammen. Soll also weder auf den ehemaligen DDR-Bürger noch auf den Bürger der alten Bundesrepublik, sondern auf den ideellen Gesamtdeutschen abgestellt werden? Das wäre wieder nur eine Scheingestalt, fern der Wirklichkeit, fern der wirklichen Diskreditierung und wirklichen Unzumutbarkeit. So bleibt nur die Entscheidung. Sie muß für den ehemaligen DDR-Bürger als Bezugspunkt der Unzumutbarkeitsfrage fallen. Im wesentlichen geht es nun einmal um seinen alten wie neuen öffentlichen Dienst, darum, was das Ministerium für Staatssicherheit ihm angetan hat und wie die Mitarbeiter des Ministeriums für Staatssicherheit sich ihm gegenüber verhalten, diskreditiert oder nicht diskreditiert haben. Es geht um seine spezifische Vergangenheit und Erfahrung, in der auch noch seine Kinder verfangen sind und auf die sich auch die einlassen müssen, die aus der alten Bundesrepublik zuziehen, wenn sie sich überhaupt auf ihre neue Lebenswelt einlassen wollen.

Die Maßgeblichkeit der Perspektive des aus der ehemaligen DDR stammenden Bürgers bedeutet, daß bei der Beurteilung der Tätigkeit für das Ministerium für Staatssicherheit differenziert werden muß, mehr differenziert als in der gegenwärtigen Rechtsprechung. Diese zeigt zwar bei den Instanzgerichten eine gewisse Bereitschaft, nach dem Ausmaß der individuellen Verstrickung und Verfehlung bei der Tätigkeit für das Ministerium für Staatssicherheit zu differenzieren.²⁷ Aber das Bundesarbeitsgericht, das vor allem auf das Erscheinungsbild des öffentlichen Dienstes abstellt, fragt weniger nach der früheren Tätigkeit für das Ministerium für Staatssicherheit als vielmehr nach der heutigen Tätigkeit in der Verwaltung. Gilt diese Tätigkeit hoheitlichen Aufgaben oder bringt sie Verantwortung für Grundrechte mit sich, dann hält das Bundesarbeitsgericht die Weiterbeschäftigung für unzumutbar. Die frühere Küchenhilfe darf heute nicht die Hundesteuer bearbeiten, weil dies eine hoheitliche Tätigkeit ist²⁸, und der frühere Ermittler bei Straftaten gegen das sozialistische Eigentum darf heute bei der Bahn nicht Postpakete be- und entladen, weil diese

dem Postgeheimnis unterliegen²⁹. Dagegen soll, wer früher in der Hauptabteilung Kader und Schulung tätig war, heute in einem staatlichen Heim als Koch arbeiten dürfen³⁰ - eine Inkonsequenz, da der Koch Verantwortung für Leib und Leben trägt, aber vielleicht eine notwendige, wenn nicht allen, die für das Ministerium für Staatssicherheit tätig waren, die Weiterbeschäftigung verwehrt sein soll. Denn keine Tätigkeit im öffentlichen Dienst ist ohne Verantwortung für die Grundrechte.

Anders als der Blick der Rechtsprechung ist der Blick der Bürger der ehemaligen DDR zunächst auf die frühere Tätigkeit für das Ministerium für Staatssicherheit und darauf gerichtet, ob sich der Betreffende durch sie und in ihr diskreditiert hat oder nicht. Vor dem Hintergrund der Einheit von Staat, Wirtschaft und Gesellschaft in der DDR sind öffentlicher Dienst und hoheitliche Tätigkeit für den Bürger der ehemaligen DDR ohnehin keine suggestiven Begriffe, und ebenso schwer verständlich sind die bundesrepublikanischen Unterscheidungen von grundrechtsrelevanten und -irrelevanten Tätigkeiten, zumal wenn die Rechtsprechung dann auch noch inkonsequent mit ihnen umgeht. Vielleicht ist der Grund für die unterschiedliche Sicht der Rechtsprechung und der Bürger der ehemaligen DDR schlicht, daß beide auf das blicken, wovon sie etwas verstehen. Natürlich interessiert den Bürger der ehemaligen DDR, wo und wie er denen, die für das Ministerium für Staatssicherheit gearbeitet haben, wieder begegnet. Aber er weiß eben auch danach zu differenzieren, wo und wie sie für das Ministerium für Staatssicherheit gearbeitet haben, wie es im individuellen Fall um die Verpflichtung zur Mitarbeit und die Mitarbeit selbst stand, ob der einzelne sich mehr oder weniger freiwillig auf die Mitarbeit eingelassen und geliefert hat, ob er es im Zusammenhang mit seinem Beruf oder unabhängig davon getan, inwieweit er über Sachliches oder über Persönliches berichtet, wie er seine Berichte gestaltet hat und was sie angeht haben. Aber das ist nur die eine differenzierende Perspektive. Die andere bezieht sich auf die verschiedenen Rollen, die das Ministerium für Staatssicherheit politisch und gesellschaftlich gespielt hat. Diese verschiedenen politischen und gesellschaftlichen Rollen sind etwas anderes als die verschiedenen so-

zusagen schicksalshaften Rollen, die es in jedem einzelnen Fall von Mitarbeit gespielt hat, und der einzelne Fall von Mitarbeit ist nicht nur als individuelles Verstrickungs- und Verfehlungsschicksal, sondern als Beitrag zu dieser oder jener Rolle zu verstehen, die das Ministerium für Staatssicherheit politisch und gesellschaftlich gespielt hat.

Dabei darf das Reden von den verschiedenen politischen und gesellschaftlichen Rollen des Ministeriums für Staatssicherheit nicht mißverstanden werden, als wolle es Kompetenzen nach der Art rechtsstaatlicher Verwaltungskompetenzen unterscheiden und so nebeneinander stellen, wie die verschiedenen Zweige rechtsstaatlicher Verwaltung nebeneinander stehen, durch das Verbot des Austauschs von Befugnissen gegeneinander abgeschottet und gegenüber dem Bürger gebändigt. Der vormundschaftliche sozialistische Staat kannte solche Abschottung und Bändigung nicht; er, der anders als der demokratische Rechtsstaat wußte, was seine Bürger wollten oder vielmehr wollen sollten, worin ihr Lebenssinn und -glück lag oder zu liegen hatte, kannte beim Einsatz seiner Machtmittel zum Wohl der Bürger keine Zurückhaltung. Gleichwohl trat er in verschiedenen Rollen auf, wie auch der Vormund seinem Mündel in verschiedenen Rollen begegnet und weitere Rollen spielen muß, um seine vormundschaftliche Aufgabe versehen zu können. Die Rollen sind verschieden, obwohl sie letztlich auf dieselbe vormundschaftliche Aufgabe bezogen sind.

Ob das Ministerium für Staatssicherheit nach außen oder innen tätig wurde, geheimdienstliche oder polizeiliche Ermittlungstätigkeit leistete, seine technische Infrastruktur organisierte, briefliche und telefonische Kommunikationen kontrollierte, kulturelle und kirchliche Szenen unterwanderte oder Dissidenten einschüchterte - es blieb dabei immer Schwert und Schild der Partei, die den Staat besetzt und die Gesellschaft beherrscht hielt. Aber es begegnete in den genannten Tätigkeitsfeldern durchaus unterschiedlich, hier unter dem Primat des Technischen und dort unter dem des Militärischen, das eine Mal bürokratischer und das andere Mal ökonomischer Logik verpflichtet, bei der Spionage

denselben konspirativen Regeln gehorchend, denen alle Geheimdienste gehorchen, und bei der Ausforschung möglicher und Unterdrückung wirklicher Dissidenten keine Instrumentalisierung, Erniedrigung, Entwürdigung und letztlich auch nicht die physische und psychische Zerstörung eigener Bürger scheuend. Zu manchen Rollen des Ministeriums für Staatssicherheit gibt es im demokratischen Rechtsstaat kein Pendant, zumal zur Rolle bei der Ausforschung und Unterdrückung von Dissidenten. Bei anderen Rollen geht es um Funktionen, die in modernen Staaten und Gesellschaften unabhängig von der Staats- und Gesellschaftsform und -idee versehen werden müssen. Sie haben im demokratischen Rechtsstaat ihr Pendant, ihr funktionales Äquivalent.

Eine dieser Rollen ist die Beschaffung eines zutreffenden Bildes von der Gesellschaft für die politische Führung. Im demokratischen Rechtsstaat leisten dies die Medien in ihrer Eigenständigkeit und Pluralität. Wo es Medieneigenständigkeit und -pluralität nicht gibt, wo also auch die Medien für die politische Führung nicht aufbereiten können, was in der Gesellschaft vor sich geht, muß es der Geheimdienst machen. Dabei interessiert er sich nicht für die einzelne Person und den einzelnen Fall; es geht ihm um gesellschaftliche Lagen, Stimmungen und Entwicklungen, und dafür erhebt er dann auch die Berichte von seinen Mitarbeitern. Nicht zufällig wird ein bestimmter Typ von Geheimdienstlern oft als informiert, realitätsbewußt, illusionslos, kritisch und damit ebenso beschrieben wie ein bestimmter Typ von Journalisten - beide tun etwas Ähnliches.

Eine andere Rolle des Ministeriums für Staatssicherheit, die ihr funktionales Äquivalent im Rechtsstaat hat, war die Kontrolle der Rekrutierung der Eliten der DDR. Ob jemand die nötige fachliche Kompetenz besaß, ließ sich den Qualifikationen ablesen, die er erworben hatte, und der Erwerb von Qualifikationen war derart an Beweise politischer Zustimmung oder immerhin Anpassung geknüpft, daß mit der fachlichen auch eine gewisse politische Zuverlässigkeit gewährleistet war. Aber bei den Eliten war eine gewisse politische Zuverlässigkeit nicht genug; auf die Eli-

ten mußte die DDR sich politisch voll verlassen können, wobei jemandes Verlässlichkeit hier wie stets aus vielerlei resultieren konnte: aus seiner Überzeugung, seinem Opportunismus, seiner Abhängigkeit und beliebigen Mischungen hiervon.

Vergleicht man, wie in der DDR und wie in der Bundesrepublik Eliten rekrutiert und diese Rekrutierungen kontrolliert wurden bzw. werden, ist, wie auch sonst oft, ein Schlüssel zum Verständnis der DDR der Umstand, daß sie tatsächlich als Arbeiter- und Bauernstaat angetreten war. Sie war der Staat des Industrie- und Landproletariats auf dem Weg zum Kleinbürgertum. Dies zeigen die Städte und Häuser, die Eß- und Bekleidungsgewohnheiten, die Freude am militärischen Pomp und sogar die Überschätzung der Bedeutung der Kirche. Ihr Bürgertum war die DDR los; sie hatte es fliehen lassen und fliehen gemacht und sich mit dem Bürgertum der Formen, Stile und Standards des Bürgertums entledigt. Während die bürgerliche Gesellschaft das Herrschaftsknowhow der adligen Welt übernommen und sich anverwandelt hatte, hat die sozialistische sich mit dem Verzicht auf entsprechende Übernahmen und Anverwandlungen dazu verurteilt, wieder von vorne und klein anzufangen. Wo die bürgerliche Gesellschaft bei Verständigung darüber, ob jemand auf eine Position paßt, in eingespielter Mischung aus Formalität und Informalität neben dem Blick auf die fachliche Qualifikation auf Auftreten und Benehmen achtet und sich in angelegentlichen Andeutungen und am Telefon dazu austauscht, ob er paßt, den richtigen Hintergrund und die richtigen Verbindungen hat, versuchte die DDR in kleinbürgerlicher Ängstlichkeit und Kleinlichkeit, Berichte zu erheben und Dossiers anzulegen. Sie war ihrer selbst so unsicher, daß sie auch ihrer Elite nur sicher war, wenn sie deren Einstellungen und Verhalten in Akten festgehalten hatte, in geheimen Akten mit geheim erhobenen Daten, denn zum kleinbürgerlichen Vermächtnis kam die konspirative Tradition der im Geheimen operierenden kommunistischen Partei hinzu.

Daß ferner der Auslandsnachrichtendienst der Hauptverwaltung Aufklärung sein funktionales Äquivalent im Bundesnachrichtendienst hatte, ist inzwischen oft beobachtet worden³¹, und ebenso

hatte die Verfolgung schwerer Kriminalität wie auch die kriminaltechnische Forschung des Ministeriums für Staatssicherheit ihr funktionales Äquivalent im Bundeskriminalamt.

Mit alldem soll nicht gesagt werden, es sei dasselbe, ob einer eine gesellschaftliche Lage als Journalist der Frankfurter Allgemeinen Zeitung oder als Mitarbeiter des Ministeriums für Staatssicherheit erhoben hat, ob ein Professor in einem Berufungsverfahren an einen anderen Professor Informationen über einen Bewerber hinter dessen Rücken weitergibt oder ein inoffizieller Mitarbeiter karriererelevante Informationen über einen Kollegen an seinen Führungsoffizier weitergegeben hat, ob jemand im Interesse östlicher Expansionswünsche oder westlichen Sicherheitsbedürfnisses spioniert hat. Es soll aber eine Grenze markiert werden: die Grenze zwischen der Teilnahme am System, soweit es unter seinen Prämissen die Funktionen eines modernen Staats erfüllt hat, und der Beteiligung an den darüber hinausgehenden, diskriminierenden, unterdrückenden und entwürdigenden Systemfunktionen. Diese Beteiligung diskreditiert. Jene Teilnahme mag in der einen Rolle sympathischer sein als in der anderen, in der einen auch moralisch weniger gefährdet als in der anderen. Aber wenn sie sich auf das beschränkt hat, was zur Funktionserfüllung erforderlich war, ist sie zunächst einfach die Folge des Umstands, daß jemand in das System geboren wurde und in ihm gelebt hat. Gewiß, mit seiner Teilnahme hat er das System am Laufen gehalten, in der einen oder in der anderen Rolle, als haupt- oder nebenamtlicher, offizieller wie inoffizieller Mitarbeiter des Ministeriums für Staatssicherheit. Aber das hat auch der Arbeiter, Planer und Verwalter, Richter, Arzt und Ingenieur, Lehrer und Forscher. Hätten sie alle sich verweigert, wäre die DDR vielleicht ein besserer Ort gewesen oder auch schon früher kollabiert. Aber die Verweigerung kann nur gegenüber dem eindeutig unmoralischen Ansinnen gefordert werden, und selbst diesem gegenüber bleibt sie seltenes, schönes Wunder zivilen Muts.

Die Frage der Unzumutbarkeit bzw. Zumutbarkeit kann nun beantwortet werden. Zumutbar sind die ehemaligen Mitarbeiter des Ministeriums für Staatssicherheit, deren Berichte entweder überhaupt nicht personenbezogen waren oder von Personen so han-

delten, daß diese dadurch nach menschlichem Ermessen nicht geschädigt werden konnten. Wo andere durch Berichte geschädigt wurden oder wo sie hätten geschädigt werden können und es nicht mehr am Berichtenden lag, daß sie nicht geschädigt wurden, ist der Betreffende derart diskreditiert, daß es dem Bürger unzumutbar ist, ihm im öffentlichen Dienst zu begegnen.³²

IV.

Dies hat Folgen nicht nur für die Auslegung und Anwendung des außerordentlichen Kündigungsgrunds der Unzumutbarkeit weiterer Beschäftigung nach früherer Tätigkeit für das Ministerium für Staatssicherheit. Es hat Folgen auch für die Frage, wie die einschlägigen Informationen bei der Gauck-Behörde zu erheben sind. Die Regelanfrage, die systematische Überprüfung aller, die im öffentlichen Dienst tätig sind, greift viel weiter aus als das richtig verstandene Kriterium der Zumutbarkeit. Wenn dieses auf die Schädigung oder auch Möglichkeit der Schädigung durch das Handeln abstellt, kann es auch denen, die geschädigt wurden oder hätten geschädigt werden können, überlassen bleiben, zum Verfahren der Entfernung aus dem öffentlichen Dienst Anlaß zu geben. Manche Opfer wußten immer, wer ihr Opferschicksal verschuldet hat, oder haben es aus ihren Opferakten erfahren. Manche, die nicht Opfer waren, haben aus ihren Akten auch erfahren, daß sie drauf und dran waren, es zu werden, und wer dafür verantwortlich war. Bei manchen haben die Akten immerhin den Verdacht begründet oder erhärtet, wer sie geschädigt oder beinahe geschädigt hat. So oder so - die Wahrscheinlichkeit, daß die Fälle bekanntwerden, in denen geschädigt oder beinahe geschädigt wurde, ist hinreichend groß. Da es bei der Unzumutbarkeit weiterer Beschäftigung im öffentlichen Dienst um sie und nicht um alle Fälle irgendwelcher Tätigkeit für das Ministerium für Staatssicherheit geht, bedarf es der Regelanfrage nicht.³³

Nach der Wende und auch noch nach der Einigung wurde diskutiert, ob die Unterlagen des Ministeriums für Staatssicherheit nicht zu vernichten oder zu versiegeln seien. Die Entscheidung,

es nicht zu tun, war richtig. Würde die Vergangenheit getilgt, würde die Gegenwart verfälscht. Ein DDR-Schlußgesetz, wie es gegenwärtig diskutiert wird, ist denn auch von einer Schließung der Gauck-Behörde strikt zu unterscheiden. Die Unterlagen des Ministeriums für Staatssicherheit müssen erhalten und zugänglich bleiben, damit Biographien rekonstruiert, Vorwürfe überprüft und auch einfach historische Befunde erhoben werden können. Ein DDR-Schlußgesetz hätte klarzustellen, daß die Unterlagen nicht mehr ohne konkreten Vorwurf und Verdacht systematisch daraufhin durchgearbeitet werden, ob die Angehörigen des öffentlichen Dienstes früher für das Ministerium für Staatssicherheit tätig waren. Ein DDR-Schlußgesetz hätte klarzustellen, daß die Regelanfrage abzustellen ist.

Noch ein weiteres Problem wäre durch ein DDR-Schlußgesetz zu lösen: die fehlende Berücksichtigung vergangener Zeit und abgeschlossener Verfahren. Zwar kann ein Gauck-Bescheid insofern nur vorläufig sein, als schlechterdings nicht auszuschließen ist, daß in den Aktenbergen und -kilometern, die das Ministerium für Staatssicherheit hinterlassen hat und die noch nicht aufgearbeitet werden konnten, weitere einschlägige Informationen verborgen sind. Insofern kann ein Gauck-Bescheid das Verfahren der Überprüfung einer Tätigkeit für das Ministerium für Staatssicherheit auch nicht endgültig abschließen. Aber vorläufig stellt er allemal einen Verfahrensabschluß dar: Er bündelt die bis dahin einschlägig verfügbaren Informationen, er geht nach außen und läßt die anfragende Stelle auf die eine oder andere Weise tätig werden, er markiert für den Betroffenen eine Schwelle, hinter der er sein Leben entweder anders einrichtet oder als vorläufig gesichert voraussetzt. Er entfaltet Wirkungen, die auch ein endgültiger Abschluß eines Verfahrens entfaltet. Jede Endgültigkeit eines Verfahrensabschlusses ist überdies relativ; mehr als daß er „wirksam [bleibt], solange und soweit er nicht zurückgenommen, widerrufen, anderweitig aufgehoben oder durch Zeitablauf oder auf andere Weise erledigt ist“³⁴, kann das Gesetz über den ein Verfahren abschließenden Verwaltungsakt nicht sagen. Es kann in einer Welt, in der sich vieles ständig ändert, in der neue Tatsachen eintreten, neue Erkenntnisse gewonnen werden und neues Recht

entsteht, nur von der relativen Endgültigkeit von Verfahrensabschlüssen ausgehen. Dies aber kann es nicht nur, es muß es, kontrafaktisch und normativ; es muß anordnen, daß nicht mehr jedes neue Recht, jede neue Erkenntnis und jede neue Tatsache das Verfahren neu aufzurollen erlaubt noch gebietet, damit Rechtsfrieden eintritt und der Bürger weiß, was er zu erwarten hat, worauf er sich verlassen und worauf er vertrauen kann. Dieser rechtsstaatlichen Verlässlichkeit bedürfen die Bürger, die vom Übergang der Einigung betroffen sind und umfassende und tiefgreifende Veränderungen ihres Lebens bewältigen müssen, besonders. Nicht daß jede Tätigkeit für das Ministerium für Staatssicherheit nach dem ersten, unvollständigen und deshalb unverfänglichen Gauck-Bescheid vernachlässigt werden sollte. Aber wenn zum Beispiel ein Lehrer, der vor 30 Jahren bis zu seinem Umzug von einer Stadt in eine andere inoffizieller Mitarbeiter des Ministeriums für Staatssicherheit war, nach der kurzen Erleichterung über einen ersten, unvollständigen und unverfänglichen Gauck-Bescheid in ständiger Angst vor einem zweiten leben muß, erfährt er nicht die rechtsstaatliche Verlässlichkeit, die ihm das Grundgesetz eigentlich bringen will.

Im Beispiel tritt zum Gesichtspunkt des abgeschlossenen Verfahrens der Gesichtspunkt der vergangenen Zeit hinzu. Ohnehin geht es nicht an, daß die Tätigkeit für das Ministerium für Staatssicherheit beliebig lang zurückliegen und gleichwohl berücksichtigt werden kann. Erst recht gilt dies nach ergangenem Gauck-Bescheid. Daß neue Erkenntnisse einen neuen Gauck-Bescheid verlangen, ist um so schwerer zu verstehen und zu akzeptieren, je älter die Tatsachen sind, auf die sich die neuen Erkenntnisse beziehen. Allgemein kann gesagt werden: Je länger die Frist ist, die einen zweiten, aber auch schon den ersten Gauck-Bescheid vom Datum der Einigung trennt, desto kürzer muß die Frist sein, die die Tätigkeit für das Ministerium für Staatssicherheit vom selben Datum trennt, damit sie noch berücksichtigt werden kann. Ebenso notwendig, freilich schwieriger ist eine Differenzierung nach dem Gewicht, das die Tätigkeit für das Ministerium für Staatssicherheit hatte. Je länger die Tätigkeit zurückliegt, desto größer muß ihr schädigendes Gewicht sein, damit sie

berücksichtigt werden kann. Die Fristen und die Gewichte im einzelnen zu bestimmen, ist Sache des Gesetzgebers eines DDR-Schlußgesetzes.

Die Bewältigung der kommunistischen Vergangenheit wird, zumal von Bürgern der alten Bundesrepublik, gerne in eine Linie mit der Bewältigung der nationalsozialistischen Vergangenheit gesetzt. Den Problemen, denen man damals ausgewichen sei, müsse man sich jetzt stellen, was man damals falsch gemacht habe, müsse man jetzt richtig machen, wo man damals zu versöhnlich gewesen sei, dürfe man jetzt keine Nachsicht kennen. Aber dieser Wunsch, es besser zu machen, führt zunächst und vor allem zur Wiederholung eines damaligen Fehlers. Die weitreichende Welle von strafrechtlichen Verfahren, Gauck-Überprüfungen, Entlassungen und Rentenbeschränkungen wirkt wie die weitgreifende Entnazifizierungswelle gleich nach Kriegsende. Wie die damalige Welle als Auflage der Alliierten, wird die heutige als Auflage des Westens wahrgenommen, und hinter den Verfahren, Überprüfungen und Entlassungen stehen ja auch Staatsanwälte, Richter und Beamte aus der alten Bundesrepublik. Wie damals wird auch heute die von den anderen organisierte Bewältigung der eigenen Vergangenheit als ungerecht, weil ignorant und undifferenziert empfunden. Das Ergebnis sind heute wie damals Überdruß und statt des Bedürfnisses nach Ausgrenzung die Bereitschaft zur Solidarisierung. Diese zeigt sich nicht nur in den Wahlerfolgen der PDS, sondern in dem hohen Identifikationswert, den prominente Biographien in den neuen Ländern auch und gerade bei nachgewiesener oder vermuteter Tätigkeit für das Ministerium für Staatssicherheit weit über die Wählerschaft der PDS hinaus haben können. Im Rückblick auf die Wende ist dies auch alles andere als verwunderlich. Die sanfte Wende war sanft eben auch im Umgang mit den Angehörigen des Ministeriums für Staatssicherheit; so gewiß man die Institution abschaffen wollte, so gering war der Ausbruch revolutionärer Wut gegen die einzelnen Personen.

Daraus erhellt auch, daß der Überdruß nicht einfach anzeigt, daß es zu viele Verfahren gibt. Manchmal mag er nur diese quantitative Qualität haben, meistens hat er auch eine qualitative. Er rich-

tet sich dagegen, daß mit den vielen Verfahren die eigene Vergangenheit abgelehnt wird, die Vergangenheit derer, die in der DDR mitgemacht und sie mitgetragen und die sie schließlich revolutionär erschüttert und beendet haben. Wie Vergangenheit stets die gegenwärtige Identität mitkonstituiert, konstituiert auch diese spezifische DDR-Vergangenheit die spezifische Identität der Bürger in den neuen Ländern mit. Im Überdruß steckt daher auch ein verletztes oder trotziges: Laßt uns, wie wir sind.

Nicht daß Vergangenheit einfach hin- und anzunehmen wäre. Gerade weil die Vergangenheit die gegenwärtige Identität mitkonstituiert, gehört zum Umgang mit ihr auch, sich von Vergangenheit loszusagen, mit Vergangenheit zu brechen und, wo es um kollektive Vergangenheit geht, diejenigen abzulehnen und auszugrenzen, deren individuelle Vergangenheit der kollektiven nicht zugerechnet werden soll. Inwieweit die Vergangenheit die gegenwärtige Identität mitkonstituiert, ist immer auch das Ergebnis einer Entscheidung, einer so freien und verantwortlichen Entscheidung, daß beim Umgang mit der kollektiven Vergangenheit eine unterbliebene Ablehnung und Ausgrenzung einzelner so in deren Schuld verstricken kann, daß das Reden von kollektiver Schuld seinen Sinn bekommt.³⁵ Die Vergangenheit in der gegenwärtigen Identität aufzubewahren heißt also stets auch, mit Vergangenheit zu brechen. Aber nur mit individuellem Vergangenheitem oder mit den Vergangenheiten einzelner; die Ablehnung der Vergangenheit insgesamt bedroht die Identität derart, daß Abwehr herausgefordert wird. Eben dies geschieht, wenn auch noch denen der Zugang zum öffentlichen Dienst verwehrt wird, deren Tätigkeit für das Ministerium für Staatssicherheit sich von dem Engagement der großen Mehrheit der DDR-Bürger in ihrem und für ihren Staat nur graduell unterscheidet.

Was geschehen ist, ist geschehen. Die bisherigen Fehler bei der Bewältigung kommunistischer Vergangenheit können nicht mehr repariert werden. Aber sie können beendet werden.

Anmerkungen

- 1 Art. 7 Abs. 2 Nr. 2 EV.
- 2 Eine längere Frist wird, allerdings außerhalb des Einigungsvertrages, durch das später erlassene Gesetz zur Prüfung von Rechtsanwaltszulassungen, Notarbestellungen und Berufungen ehrenamtlicher Richter bestimmt. Widerruf oder Rücknahme der Zulassung zur Rechtsanwaltschaft können bis längstens 1998 auf dieses Gesetz gestützt werden (§ 13 Abs. 2 RNPG).
- 3 Art. 20 Abs. 1 EV.
- 4 Obwohl aus dem Text des Einigungsvertrages ersichtlich, wird es in der Literatur für feststellungsbedürftig und hervorhebenswert erachtet; vgl. Säcker, Franz J./Oetker, Hartmut, Münchener Kommentar zum BGB, Ergänzungsband, Zivilrecht im Einigungsvertrag, 1991, Rz. 1008.
- 5 Auch für die Anwendung des Beamtenrechtsrahmengesetzes und des Bundesbeamtengesetzes enthält der Einigungsvertrag in Kapitel XIX Sachgebiet A Abschnitt III Nr. 2 und 3 der Anlage I bestimmte Maßgaben. So können auf Probe ernannte Beamte entlassen werden, wenn Voraussetzungen vorliegen, die bei einem Arbeitnehmer im öffentlichen Dienst eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses rechtfertigen würden. Diese Regelung ist befristet bis zum 31. Dezember 1996. Allerdings ist nach § 12 Abs. 1 Nr. 1 BBG sowie den entsprechenden landesrechtlichen Regelungen eine Rücknahme der Ernennung wegen arglistiger Täuschung möglich, wenn der Betreffende den Fragebogen bezüglich früherer Tätigkeit für das Ministerium für Staatssicherheit bewußt unrichtig ausgefüllt hat.
- 6 Die Nähe zum Strafrecht wird auch dadurch deutlich, daß der Sonderkündigungstatbestand im Einigungsvertrag allein vergangenheitsbezogen ist (BAGE 70, 309/319; 70, 322/328), obwohl dies einen Bruch zum übrigen Kündigungsrecht darstellt, das zukunftsbezogen verstanden wird (vgl. Stahlhacke, Eugen/Preis, Ulrich, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 5. Aufl. 1991, Rz. 618; Hillebrecht, Wilfried, in: Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzrecht, 3. Aufl. 1989, § 626 Rz. 89; Preis, Ulrich, Prinzipien des Kündigungsrechts bei Arbeitsverhältnissen, 1987, 322 ff.).
- 7 Vgl. Wesel, Uwe, Die Zeit v. 06. 01. 1995, 3.
- 8 Erläuterungen zu Nr. 1 von Kapitel XIX Sachgebiet A Abschnitt III der Anlage I zum EV.
- 9 Vgl. immerhin BAG, NZA 1994, 1026.
- 10 BAG, DtZ 1994, 190/191; NZA 1994, 844/846.

- 11 BAGE 70, 309/317; 70, 323/327; dazu Lansnicker, Frank/Schwirtzek, Thomas, Der Beweiswert von Stasi-Unterlagen im Arbeitsgerichtsprozeß, DtZ 1994, 162.
- 12 BAG, NZA 1994, 25/26; ArbG Berlin, NZA 1992, 593/595.
- 13 LAG Berlin, NJ 1993, 330/331; ArbG Berlin, NZA 1992, 593/595 f.; vgl. auch BAG, DtZ 1994, 190/191; grundlegend zum Beweiswert von Akten des MfS im Strafverfahren BGH, NJW 1992, 1975.
- 14 Säcker, Franz J./Oetker, Hartmut, Fn 4, Rz. 1021; Lansnicker, Frank/Schwirtzek, Thomas, Fn 11, 162.
- 15 LAG Berlin, NJ 1992, 226; Säcker, Franz J./Oetker, Hartmut, Fn 4, Rz. 1020.
- 16 LAG Berlin, NJ 1992, 226.
- 17 BAG, DB 1994, 1881.
- 18 BAG Urt. v. 18.03.1993 - 8 AZR 479/92.
- 19 LAG Brandenburg, DB 1993, 176.
- 20 In der frühen Rechtsprechung war noch umstritten, ob eine Einzelfallprüfung erforderlich ist oder es sich bei dem Kündigungstatbestand um einen absoluten Kündigungsgrund handelt; vgl. dazu Lansnicker, Frank/Schwirtzek, Thomas, Staatssicherheit und öffentlicher Dienst, DtZ 1993, 106/108.
- 21 Erläuterungen zu Nr. 1 von Kapitel XIX Sachgebiet A Abschnitt III der Anlage I zum EV.
- 22 BAGE 70, 309/319; 70, 323/329 f.; dazu Ascheid, Reiner, Aktuelle Rechtsprechung zum Einigungsvertrag, NZA 1993, 97/102.
- 23 Vgl. BAGE 70, 309/320; 70, 323/330.
- 24 BAGE 70, 309/320; 70, 323/330.
- 25 § 35 Abs. 2 BRRG; § 53 BBG.
- 26 Davon wird im beamtenrechtlichen Schrifttum ganz selbstverständlich ausgegangen, ohne daß dies Erwähnung findet; vgl. Mühl, Otto, in: Fürst, Walther, Gesamtkommentar Öffentliches Dienstrecht. Beamtenrecht, Stand Dez. 1994, K § 53 Rz. 3; Battis, Ulrich, Bundesbeamten-gesetz, 1980, § 53 Nr. 2.
- 27 LAG Brandenburg, DB 1993, 176; LAG Köln, ArbuR 1994, 39/40.
- 28 LAG Berlin, NJ 1992, 226.
- 29 BAG Urt. v. 18.03.1993 - 8 AZR 479/92.
- 30 BAG, NJ 1993, 379.
- 31 Siehe KG Berlin, NJW 1991, 2501/2503; Grünwald, Gerald, Die strafrechtliche Bewertung in der DDR begangener Handlungen, StV 1991, 31/32; Widmaier, Gunter, Strafbarkeit der DDR-Spionage gegen die Bundesrepublik auch noch nach der Wiedervereinigung?, NJW 1990, 3169/3171 f.
- 32 Dies hat Bedeutung auch für das Anfechtungsrecht, d. h. für die Frage,

wann der öffentlich-rechtliche Arbeitgeber bei Arbeitsverträgen, die nach dem 3. Oktober 1990 geschlossen wurden, den Arbeitsvertrag wegen arglistiger Täuschung gemäß § 123 Abs. 1 BGB anfechten kann, wenn sich später nach entsprechender Gauck-Überprüfung herausstellt, daß der bei Arbeitsvertragsschluß vorgelegte Fragebogen bezüglich früherer MfS-Tätigkeit unrichtig ausgefüllt wurde. Eine Täuschung durch falsche Beantwortung der Frage des Arbeitgebers berechtigt nur dann zur Anfechtung, wenn die Frage zulässig und deshalb die Täuschung rechtswidrig war (Kramer, Ernst in: Münchener Kommentar zum BGB, 3. Aufl. 1993, § 123 Rz. 7; BAG, NZA 1991, 719). Entgegen der Auffassung in der Rechtsprechung kann die Frage nach früherer MfS-Tätigkeit nur dann zulässig sein, wenn die Beschäftigung des Arbeitnehmers im öffentlichen Dienst dem Bürger gegenüber im oben entwickelten Sinn unzumutbar ist, da nur dann die frühere Tätigkeit für das Arbeitsverhältnis von Bedeutung ist und der Arbeitgeber an der Beantwortung der Frage ein berechtigtes und schutzwürdiges Interesse hat (a.A. BAG, NZA 1994, 25/26; LAG Berlin, NZA 1992, 1131).

33 In den neuen Ländern wird denn auch bereits über eine eventuelle Abschaffung der Regelanfrage diskutiert (vgl. Berliner Zeitung v. 23.01.1995, 5).

34 § 43 Abs. 2 VwVfG.

35 Vgl. Schlink, Bernhard, Recht - Schuld - Zukunft, in Calließ, Jörg (Hrsg.), Geschichte - Schuld - Zukunft, 1987 (Loccumer Protokolle 66), 57.

Bernhard Schlink

1944 in Großdornberg bei Bielefeld geboren.

1968 Erste und 1972 Zweite Juristische Staatsprüfung.

1975 Promotion bei der Juristischen Fakultät der Ruprecht-Karl-Universität Heidelberg.

1981 Habilitation und Erteilung der *Venia legendi* für Staats- und Verwaltungsrecht, Rechtsphilosophie sowie Rechts- und Verwaltungsinformatik durch die Juristische Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg.

1982 bis 1991 Professor für Öffentliches Recht an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn.

1991 bis 1992 Professor für Öffentliches Recht, Sozialrecht und Rechtsphilosophie an der Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt.

Seit 1992 Professor für Öffentliches Recht und Rechtsphilosophie an der Humboldt-Universität zu Berlin.

1994 bis 1995 Dekan der Juristischen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin.

1974 bis 1975 Visiting Scholar an der Stanford University.

1985 Professeur invité an der Université d'Aix en Provence.

1993 Visiting Professor of European Community Law and Comparative Constitutionalism an der Benjamin N. Cardozo School of Law, Yeshiva University, New York.

Seit 1988 Richter des Verfassungsgerichtshofs für das Land Nordrhein-Westfalen.

Von Januar bis Mai 1990 Berater des Runden Tisches bei der Erarbeitung des Entwurfs einer neuen DDR-Verfassung.

Ausgewählte Veröffentlichungen

Abwägung im Verfassungsrecht, Berlin 1976.

Die Amtshilfe. Ein Beitrag zu einer Lehre von der Gewaltenteilung in der Verwaltung, Berlin 1982.

Grundrechte. Staatsrecht II, Heidelberg 1985, 11. Aufl. 1995 (gemeinsam mit B. Pieroth).

Zwischen Identifikation und Distanz. Zur Stellung des Beamten im Staat und zur Gestaltung des Beamtenrechts durch das Staatsrecht, in: Der Staat 15 (1976), S. 335-366.

Das Spiel um den Nachlaß. Zum Problem der gerechten Teilung, seiner Diskussion in der Spieltheorie und seiner Lösung durch das Gesetz, in: A. Podlech (Hrsg.), Rechnen und Entscheiden, Berlin 1977, S. 113-142.

Bemerkungen zum Stand der Methodendiskussion in der Verfassungsrechtswissenschaft, in: Der Staat 19 (1980), S. 73-107.

Die polizeiliche Räumung besetzter Häuser, in: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 1982, S. 529-535.

Gotthold Ephraim Lessing - bürgerliches Denken über Recht, Staat und Politik am Vorabend der bürgerlichen Gesellschaft, in: Neue Juristische Wochenschrift 1983, S. 1137-1144.

Freiheit durch Eingriffsabwehr - Rekonstruktion der klassischen Grundrechtsfunktion, in: Europäische Grundrechte Zeitschrift 1984, S. 457-468.

Neuere Entwicklungen im Recht der kirchlichen öffentlichen Sachen und der res sacrae, in: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 1987, S. 633-640.

Recht - Schuld - Zukunft, in: J. Calließ (Hrsg.), Geschichte - Schuld - Zukunft (Loccumer Protokolle 66), 1987, S. 57-78.

The Inherent Rationality of the State in Hegel's Philosophy of Right, in: Cardozo Law Review 10 (1989), S. 1427-1434, ebenfalls in: D. Cornell u.a. (Hrsg.), Hegel and Legal Theory, New York und London 1991, S. 347-354.

Die Entthronung des Staatsrechtswissenschaft durch die Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Der Staat 28 (1989), S. 161-172.

Die Bewältigung der wissenschaftlichen und technischen Entwicklung durch das Verwaltungsrecht, in: Veröffentlichungen der Verei-

nigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 48 (1990), S. 235-264.
Deutsch-deutsche Verfassungsentwicklungen im Jahre 1990, in:
Der Staat 30 (1991), S. 163-180.
Why Carl Schmitt?, in: Rechtshistorisches Journal 10 (1991), S.
160-176; ebenfalls in: Constellations 2 (1996), S. 429-441.
Religionsunterricht in den neuen Ländern, in: Neue Juristische Wo-
chenschrift 1992, S. 1008-1013.
Laband als Politiker, in: Der Staat 31 (1992), S. 553-569.
German Constitutional Culture in Transition, in: Cardozo Law
Review 14 (1993), S. 711-736; ebenfalls in: M. Rosenfeld
(Hrsg.), Constitutionalism, Identity, Difference and Legitimacy.
Theoretical Perspectives, Durham and London 1994, S. 197-222.

In der Reihe **Öffentliche Vorlesungen** sind erschienen:

- 1 *Volker Gerhardt*: **Zur philosophischen Tradition der Humboldt-Universität**
- 2 *Hasso Hofmann*: **Die versprochene Menschenwürde**
- 3 *Heinrich August Winkler*: **Von Weimar zu Hitler**
Die Arbeiterbewegung und das Scheitern der ersten deutschen Demokratie
- 4 *Michael Borgolte*: **“Totale Geschichte” des Mittelalters?**
Das Beispiel der Stiftungen
- 5 *Wilfried Nippel*: **Max Weber und die Althistorie seiner Zeit**
- 6 *Heinz Schilling*: **Am Anfang waren Luther, Loyola und Calvin – ein religionssoziologisch-entwicklungsgeschichtlicher Vergleich**
- 7 *Hartmut Harnisch*: **Adel und Großgrundbesitz im ostelbischen Preußen 1800 - 1914**
- 8 *Fritz Jost*: **Selbststeuerung des Justizsystems durch richterliche Ordnungen**
- 9 *Erwin J. Haeberle*: **Historische Entwicklung und aktueller internationaler Stand der Sexualwissenschaft**
- 10 *Herbert Schnädelbach*: **Hegels Lehre von der Wahrheit**
- 11 *Felix Herzog*: **Über die Grenzen der Wirksamkeit des Strafrechts**
- 12 *Hans-Peter Müller*: **Soziale Differenzierung und Individualität**
Georg Simmels Gesellschafts- und Zeitdiagnose
- 13 *Thomas Raiser*: **Aufgaben der Rechtssoziologie als Zweig der Rechtswissenschaft**
- 14 *Ludolf Herbst*: **Der Marshallplan als Herrschaftsinstrument?**
Überlegungen zur Struktur amerikanischer Nachkriegspolitik
- 15 *Gert-Joachim Glaeßner*: **Demokratie nach dem Ende des Kommunismus**
- 16 *Arndt Sorge*: **Arbeit, Organisation und Arbeitsbeziehungen in Ostdeutschland**
- 17 *Achim Leube*: **Semnonen, Burgunden, Alamannen**
Archäologische Beiträge zur germanischen Frühgeschichte

- 18 *Klaus-Peter Johne: Von der Kolonenwirtschaft zum Kolonat*
Ein römisches Abhängigkeitsverhältnis im Spiegel der Forschung
- 19 *Volker Gerhardt: Die Politik und das Leben*
- 20 *Clemens Wurm: Großbritannien, Frankreich und die westeuropäische Integration*
- 21 *Jürgen Kunze: Verbfieldstrukturen*
- 22 *Winfried Schich: Die Havel als Wasserstraße im Mittelalter: Brücken, Dämme, Mühlen, Flutrinnen*
- 23 *Herfried Münkler: Zivilgesellschaft und Bürgertugend*
Bedürfen demokratisch verfaßte Gemeinwesen einer sozio-moralischen Fundierung?
- 24 *Hildegard Maria Nickel: Geschlechterverhältnis in der Wende*
Individualisierung versus Solidarisierung?
- 25 *Christine Windbichler: Arbeitsrechtler und andere Laien in der Baugrube des Gesellschaftsrechts*
Rechtsanwendung und Rechtsfortbildung
- 26 *Ludmila Thomas: Rußland im Jahre 1900*
Die Gesellschaft vor der Revolution
- 27 *Wolfgang Reisig: Verteiltes Rechnen: Im wesentlichen das Herkömmliche oder etwa grundlegend Neues?*
- 28 *Ernst Osterkamp: Die Seele des historischen Subjekts*
Historische Portrairkunst in Friedrich Schillers "Geschichte des Abfalls der vereinigten Niederlande von der Spanischen Regierung"
- 29 *Rüdiger Steinlein: Märchen als poetische Erziehungsform*
Zum kinderliterarischen Status der Grimmschen "Kinder- und Hausmärchen"
- 30 *Hartmut Boockmann: Bürgerkirchen im späteren Mittelalter*
- 31 *Michael Kloepfer: Verfassungsgebung als Zukunftsbewältigung aus Vergangenheitserfahrung*
Zur Verfassungsgebung im vereinten Deutschland
- 32 *Dietrich Benner: Über die Aufgaben der Pädagogik nach dem Ende der DDR*
- 33 *Heinz-Elmar Tenorth: "Reformpädagogik"*
Erneuter Versuch, ein erstaunliches Phänomen zu verstehen

- 34 *Jürgen K. Schriewer*: **Welt-System und Interrelations-Gefüge**
Die Internationalisierung der Pädagogik als Problem
Vergleichender Erziehungswissenschaft
- 35 *Friedrich Maier*: **“Das Staatsschiff” auf der Fahrt von Griechenland über Rom nach Europa**
Zu einer Metapher als Bildungsgegenstand in Text und Bild
- 36 *Michael Daxner*: **Alma Mater Restituta oder Eine Universität für die Hauptstadt**
- 37 *Konrad H. Jarausch*: **Die Vertreibung der jüdischen Studenten und Professoren von der Berliner Universität unter dem NS-Regime**
- 38 *Detlef Krauß*: **Schuld im Strafrecht**
Zurechnung der Tat oder Abrechnung mit dem Täter?
- 39 *Herbert Kitschelt*: **Rationale Verfassungswahl?**
Zum Design von Regierungssystemen in neuen Konkurrenzdemokratien
- 40 *Werner Röcke*: **Liebe und Melancholie**
Formen sozialer Kommunikation in der ‘Historie von Florio und Blanscheflur’
- 41 *Hubert Markl*: **Wohin geht die Biologie?**
- 42 *Hans Bertram*: **Die Stadt, das Individuum und das Verschwinden der Familie**
- 43 *Dieter Segert*: **Diktatur und Demokratie in Osteuropa im 20. Jahrhundert**
- 44 *Klaus R. Scherpe*: **Beschreiben, nicht Erzählen!**
Beispiele zu einer ästhetischen Opposition: Von Döblin und Musil bis zu Darstellungen des Holocaust
- 45 *Bernd Wegener*: **Soziale Gerechtigkeitsforschung: Normativ oder deskriptiv?**
- 46 *Horst Wenzel*: **Hören und Sehen - Schrift und Bild**
Zur mittelalterlichen Vorgeschichte audiovisueller Medien
- 47 *Hans-Peter Schwintowski*: **Verteilungsdefizite durch Recht auf globalisierten Märkten**
Grundstrukturen einer Nutzentheorie des Rechts
- 48 *Helmut Wiesenhal*: **Die Krise holistischer Politikansätze und das Projekt der gesteuerten Systemtransformation**

- 49 *Rainer Dietrich*: **Wahrscheinlich regelhaft. Gedanken zur Natur der inneren Sprachverarbeitung**
- 50 *Bernd Henningsen*: **Der Norden: Eine Erfindung**
Das europäische Projekt einer regionalen Identität
- 51 *Michael C. Burda*: **Ist das Maß halb leer, halb voll oder einfach voll?**
Die volkswirtschaftlichen Perspektiven der neuen Bundesländer
- 52 *Volker Neumann*: **Menschenwürde und Existenzminimum**
- 53 *Wolfgang Iser*: **Das Großbritannien-Zentrum in kulturwissenschaftlicher Sicht**
Vortrag anlässlich der Eröffnung des Großbritannien-Zentrums an der Humboldt-Universität zu Berlin
- 54 *Ulrich Battis*: **Demokratie als Bauherrin**
- 55 *Johannes Hager*: **Grundrechte im Privatrecht**
- 56 *Johannes Christes*: **Cicero und der römische Humanismus**
- 57 *Wolfgang Hardtwig*: **Vom Elitebewußtsein zur Massenbewegung – Frühform des Nationalismus in Deutschland 1500 - 1840**
- 58 *Elard Klewitz*: **Sachunterricht zwischen Wissenschaftsorientierung und Kindbezug**
- 59 *Renate Valtin*: **Die Welt mit den Augen der Kinder betrachten**
Der Beitrag der Entwicklungstheorie Piagets zur Grundschulpädagogik
- 60 *Gerhard Werle*: **Ohne Wahrheit keine Versöhnung!**
Der südafrikanische Rechtsstaat und die Apartheid-Vergangenheit