

## Friedrich-Wilhelm Dopatka

### Mitbestimmung im öffentlichen Dienst revisited Konservativer roll back oder Angleichung der Verhältnisse?\*

#### *1. Einleitung*

Gerade in Zeiten von Massenarbeitslosigkeit ist die Frage von Bedeutung, welche Schutzmechanismen den Betroffenen helfen, ihre Rechte am Arbeitsplatz zu behaupten. Eine zentrale Aufgabe kommt hier dem BetrVG und dem Betriebsrat zu. Eine solche Problemstellung hat selbstverständlich auch für branchenspezifisches Arbeitsrecht ihre grundsätzliche Bedeutung und damit für die Materie, von der im folgenden zu handeln ist: für das öffentliche Dienstrecht.<sup>1</sup> Der Begriff wird umfassend verwandt und meint die Summe der Regelungen, die für die Arbeiter/innen und Angestellten nach MTL, BAT u. a. sowie für die Beamten/innen gilt.

Nun zeigt sich bereits bei einer ersten konkreten Betrachtung, daß das öffentliche Dienstrecht jenseits aller terminologischen Überhöhungen, die die Dogmatik des »Beamtenverfassungsrechts« bereithält, gegenüber dem allgemeinen Arbeitsrecht durch eine besondere soziale Wirklichkeit bestimmt wird.

Hier ist vor allem anderen die regelmäßige Lebenszeitigkeit der Anstellung hervorzuheben. Auf der Verwaltungsseite sichert sie Kontinuität und Traditionsbewußtsein öffentlichen Handelns. Auf Seiten der Arbeitnehmer/innen befreit sie vom materiellen Arbeitsplatzrisiko und weist ihnen eine starke Stellung zu. Der personelle Wechsel findet eher an der Spitze statt, wo durch allgemeine Wahlen nach Ende einer Legislaturperiode neue Parlamentsmehrheiten gebildet werden. Nicht der Boß feuert und feuert, sondern er ist es, der auf einem wackeligen Stuhl sitzt. Nur, auch für die Mitarbeiterschaft des öffentlichen Dienstes gilt: Der Mensch lebt nicht vom Brot allein; ist das Beschäftigungsverhältnis sicher, erhalten sein inhaltliches und leistungsmäßiges Profil sowie die sozialen Beziehungen drumherum vordringliche Bedeutung.

Diese überwiegend demokratieinduzierten, aber auch kulturellen Traditionen geschuldeten Besonderheiten gilt es zu berücksichtigen, wenn von Mitbestimmung im öffentlichen Dienst zu handeln und ihr »richtiger« Umfang zu bestimmen ist.

Hat Mitbestimmung im öffentlichen Dienst einen nachhaltigen – gar noch negativen – Einfluß auf die Leistungsfähigkeit und demokratische Legitimation der Institutionen der öffentlichen Hand, wie die hier erörterte Entscheidung des BVerfG unterstellt? Demokratie kontra Mitbestimmung?<sup>2</sup> In der öffentlichen Bürokratie vollziehen sich – wie sonst auch im (Arbeits-)Leben – Geschehnisse, die in dramatischen Zusitzungen literarischen Stoff abgeben. In Martin Walsers »Finks Krieg« ist Stefan F. langjähriger Referent für kirchliche Angelegenheiten in der Wiesbadener Staatskanzlei, bis »seine« Partei die Landtagswahlen verliert. Der neue und junge Staatssekretär T. teilte dem Beamten mit, er werde umgesetzt, sein Referat werde zur Abteilung avancieren, ein Herr M. – bis jetzt Fraktionsassistent – solle die neue Abteilung leiten. Diese Beförderung sei der neue Ministerpräsident schuldig. »Und

\* Anmerkung zu BVerfGE 2 BvF 1/92 vom 24. 5. 1995 (veröffentlicht am 12. 10. 1995)

<sup>1</sup> Unter dem Begriff des branchenspezifischen Arbeitsrechts handelt Daubler, Arbeitsrecht 2, 10. Aufl., Reinbek 1995, das gesamte öffentliche Dienstrecht ab.

<sup>2</sup> S. die kritische Rezension der hier abgehandelten Entscheidung des BVerfG von Th. Blanke, Die Mitbestimmung 1996, 6f.

wo kann er ihn am leichtesten unterbringen? Na, denk doch einmal der Sache nach, nicht nach Deinem Interesse. Doch in seiner nächsten Umgebung. Das ist die Staatskanzlei.<sup>3</sup> Von personalvertretungsrechtlichen Komplikationen findet sich wenig im Roman: Im Elend des F. tritt lediglich zwecks Protokollführung ein Personalrat mit Statistenrolle auf. Hätte ein handlungsfähigerer Personalrat durch Waffenstillstandsaktivitäten F.'s Krieg verhindern können?

In Dietrich Schwanitz' »Der Campus« scheitert Professor Hanno H. beruflich und familiär, weil er ein glücklich-unglückliches Verhältnis mit einer Studentin nicht bewältigt, aber auch weil eine geradezu neurotisch politisierte Universität mit zahlreichen Funktionären den Skandal eines sexuellen Übergriffs nur allzu gut brauchen kann. Der ehrgeizige Vorsitzende des hochschulinternen Disziplinarausschusses Professor Bernie W. – ein Gegenspieler von H. – sieht sich schon selbst als Objekt einer studentischen Demonstration. »Das konnte er jetzt gar nicht gebrauchen. Er mußte das unbedingt verhindern. Er würde sich mal unter dem niederen Fußvolk der Universität umhören... denn (er) war Politiker und wußte, was Betriebsräte und Personalräte in einer SPD-regierten Universität bedeuten.<sup>4</sup> Bei dieser dunklen Bemerkung – es scheint um ein schwer ergründbares Phänomen zu gehen – läßt der Autor es bewenden; alle weiteren Verwicklungen der story beruhen auf ironisierten und dramatisierten anderweitigen Gegebenheiten bundesdeutscher Hochschulen. Wir sehen: Die Belletristik jedenfalls bestätigt Karlsruhe und seine Entscheidung über die Mitbestimmung der Personalräte jedenfalls nicht.

## *2. Das schleswig-holsteinische Gesetz über die Mitbestimmung der Personalräte (MBG Schl.-H. vom 11. 12. 1990)*

Das Gesetz sieht eine *gleichberechtigte* Arbeit von Dienststellen und Personalrat vor (§ 1 II); die Vorschrift bezieht sich auch auf die Grundrechte der in der Dienststelle Beschäftigten. Der Personalrat bestimmt mit bei allen *Maßnahmen*, wobei beide, Dienststelle und Personalrat, das gesellschaftliche, wirtschaftliche und ökologische Umfeld zu berücksichtigen haben (§ 2 I, IV). Mitbestimmungspflichtig sind alle *personellen, sozialen, organisatorischen und sonstigen Maßnahmen*, die alle Beschäftigten, Gruppen von Beschäftigten oder Einzelne betreffen oder sich auf sie auswirken. *Dienstliche Weisungen* sind mitbestimmungsfrei (§ 51 I). Die Mitbestimmung entfällt bei Beamten der Besoldungsordnung B und Angestellten, die außertariflich vergütet werden. Sie kommt ebenfalls nicht zum Zug bei dem Erlass allgemeiner Regelungen gemäß § 59 – hierauf wird noch näher eingegangen – sowie bei Organisationsentscheidungen der Minister und des Ministerpräsidenten (§ 51).

Das Mitbestimmungsverfahren ist dadurch gekennzeichnet, daß eine Maßnahme nur mit Zustimmung des Personalrats durchgeführt werden darf bzw. ein Veto des Personalrats nur durch die nächsthöhere Entscheidungsebene aufgelöst wird (§ 52). Letzte Mitbestimmungsinstanz ist die paritätisch besetzte Einigungsstelle mit unabhängigem Vorsitz (§ 53). Die Beschlüsse der *Einigungsstelle* können von der obersten Dienstbehörde kassiert werden, wenn sie wegen ihrer Auswirkung auf das Gemeinwesen die Regierungsverantwortung wesentlich berühren; diese Formulierung sowie die beispielhafte Aufzählung von Fallgruppen, etwa mit den personellen Angelegenheiten der Beamten/innen, ist an § 104 BPersVG angelehnt.

Der Personalrat kann nach dem MBG Schl.-H. im Rahmen von §§ 1 und 2 Maßnahmen beantragen (*Initiativrecht*, § 56 I), über die letztlich – bei Ablehnung der

<sup>3</sup> M. Walser, Finks Krieg, Frankfurt a. M. 1996, S. 19.

<sup>4</sup> D. Schwanitz, Der Campus, Frankfurt a. M. 1995, S. 33.

Dienststellenleitung – die Einigungsstelle bzw. die oberste Dienstbehörde entscheidet (§ 56 VI, VII). Wegen der korrekten Durchführung einer Maßnahme kann der Personalrat das Verwaltungsgericht anrufen (§ 58 II).

Allgemeine Regelungen in mitbestimmungspflichtigen Angelegenheiten, die über den Geschäftsbereich eines Ministers hinausgehen, sind zwischen den Spaltenverbänden der Gewerkschaften und der zuständigen obersten Landesbehörde (d. h. dem Innenminister) zu vereinbaren (§ 59 I). Ist durch die Vereinbarung die Regierungsverantwortung berührt – das Gesetz lehnt sich auch insoweit an § 104 BPersVG an – kann die Landesregierung die Regelung aufheben (§ 59 II).

Kommt eine Vereinbarung trotz Verhandlungen gar nicht erst zustande, kann die Landesregierung die Regelung erlassen (§ 59 III).

### *3. Die Entscheidung des BVerfG*

Das Verfahren wurde in Gang gesetzt von der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, und zwar zu einer Zeit, als Björn Engholm Ministerpräsident des Landes Schleswig-Holstein und Parteivorsitzender der SPD wurde. Es handelt sich um eine sog. abstrakte Normenkontrolle gemäß Art. 93 I Nr. 2 GG und § 76 Nr. 1 BVerfGG. Die Ratio dieser Regelung liegt darin, daß letztlich jeder Rechtssatz, und sei es auch ein solcher des Landesrechts, auf seine Grundgesetzgemäßheit überprüfbar sein soll. Zudem handelt es sich im vorliegenden Fall um Rahmenrecht gem. Art. 75 I Nr. 1 GG, wie in § 94 BPersVG ausdrücklich geklärt. In seiner Rechtsprechung zur »Verfahrensautonomie des BVerfG« geht das Gericht davon aus, daß es bei diesem Verfahrenstyp in seiner Kontrolle nicht an Rügen gebunden ist, die der Antragsteller vorbringt, sondern daß es sämtliche Bestimmungen unter allen denkbaren Aspekten überprüfen kann.<sup>5</sup>

Im erkennenden Senat wirkten an der Entscheidung die Richter Klein und Böckenförde mit, deren wissenschaftliche Position in dieser Frage der juristischen Welt bekannt war.<sup>6</sup> Die Entscheidung ist einstimmig ergangen, mithin hat ihr auch die verwaltungserfahrene Ex-Justizsenatorin und jetzige Präsidentin des Gerichts Limbach beigepflichtet.

Das BVerfG geht von einer hierarchischen Legitimation des öffentlichen Dienstes aus und konkretisiert sie durch die demokratische Kette in Form von: Wahl des Volkes – Bildung von Parlamentsmehrheiten – Bildung der parlamentsverantwortlichen Regierung – Politikformulierung – Verwaltungstätigkeit. Hieraus folgt das Gericht, daß »die Amtsträger im Auftrag und nach Weisung der Regierung – ohne Bindung an die Willensentschließung einer außerhalb parlamentarischer Verantwortung stehenden Stelle – handeln... und die Regierung damit in die Lage versetzen, die Sachverantwortung gegenüber Volk und Parlament zu übernehmen.« (S. 44 der Entscheidungsgründe). Die Mitglieder von Einigungsstellen, die nicht weisungsabhängig entscheiden, und die Personalräte sind demzufolge auch nicht demokratisch legitimiert (S. 45). Indessen läßt das »demokratische Prinzip... es... zu, daß der Staat (einschl. der Kommunen) seinen Beschäftigten eine – in gewissem Umfang auch mitentscheidende – Beteiligung zur Wahrung ihrer Belange und zur Mitgestaltung ihrer Arbeitsbedingungen einräumt. Es geht dabei um Beteiligungsrechte, die in vergleichbarer Weise auch für die Arbeitnehmer der Privatwirtschaft verwirklicht sind... Solche Beteiligungsrechte sind mit dem Demokratieprinzip vereinbar, so-

<sup>5</sup> Zur Funktion der Verfahrensautonomie Dopatka, Das Bundesverfassungsgericht und seine Umwelt, Berlin 1982, 118 ff.

<sup>6</sup> H. H. Klein, PersV 1990, 49 ff. mit Bezugnahme auf Bockenforde.

lange sie nicht den Grundsatz berühren, daß alle der Staatsgewalt Unterworfenen den gleichen Einfluß auf die Ausübung von Staatsgewalt haben müssen und deshalb Bürgern, die von einer bestimmten Ausübung von Staatsgewalt individuell betroffen sind, keine besonderen Mitentscheidungsbefugnisse eingeräumt werden dürfen.« (S. 46/47).

Ob wegen eigener Grundrechte oder wegen des Sozialstaatsprinzips läßt das Gericht offen (S. 48), jedenfalls sieht es Raum für die Zulässigkeit einer »Personalratsbeteiligung« bei »innerdienstlichen, sozialen und personellen Angelegenheiten« (S. 47). Das Gericht faßt den Bezirk der Mitbestimmung ein durch eine »Verantwortungsgrenze«, die durch das Demokratieprinzip gegeben sei (Amtsauftrag, Letztentscheidung eines dem Parlament verantwortlichen Verwaltungsträgers) sowie die »Schutzzweckgrenze« (Beschäftigungsverhältnis, Interesse der Angehörigen der Dienststelle). Dieser Bezirk ist dreigestuft: Angelegenheiten, deren Wahrnehmung Amtsaufgaben und damit Belange der Bürger *nicht oder nur unerheblich* berühren (a), solche, die insoweit *nicht nur unerheblich sind* (b), sowie schließlich solche, die *schwerpunktmaßig* die Erledigung von Amtsaufgaben betreffen (c) (S. 48/49). Das BVerfG konkretisiert diese Stufen von Mitbestimmungs- und Beteiligungsmöglichkeiten, indem es Beispiele anhand des BPersVG bildet und zugleich bei ihm implizit Verfassungsverstöße konstatiert.

Zu (a)

Auch dort, wo die Durchführung von Amtsaufgaben nicht oder nur unerheblich berührt ist, hält das Gericht eine Eingrenzung der Funktion der Einigungsstelle und damit ihres Letztentscheidungsrechts durch Bindung an Recht und Gesetze, durch das Evokationsrecht der obersten Dienstbehörde oder durch Bestimmung von Versagungsgründen für angezeigt. In der Sache geht es um soziale Angelegenheiten wie Beurteilungsrichtlinien, Grundsätze des Arbeitsschutzes oder um Festlegung der Lage der Arbeitszeit u. ä., die in § 75 III BPersVG geregelt sind.

Zu (b)

Bei Materien, die nicht nur unerheblich die Wahrnehmung von Amtsaufgaben berühren, ist nach Auffassung des BVerfG die verbindliche Letztentscheidung den Amtsträgern vorbehalten, deren Legitimation von Volk und Parlament herrüht. Eine Einschränkung ist unzulässig, so daß die Befugnisse der Einigungsstelle entsprechend einzuschränken sind (S. 51); hierzu zählt das Gericht beispielhaft das Absehen von der Ausschreibung von Dienstposten oder die Verhaltens- und Leistungskontrolle der Beschäftigten (§ 75 III Nr. 14 und 17 BPersVG).

Zu (c)

Die dritte Stufe betrifft organisatorische, personelle und in Einzelfällen auch soziale Angelegenheiten, die schwerpunktmaßig die Erledigung von Amtsaufgaben berühren und bei denen die Einigungsstellen »allenfalls« Empfehlungen aussprechen dürfen (S. 52); hierzu gehören nach Auffassung des Gerichts insbesondere alle Maßnahmen, die den Rechtsstatus von Beamten, Angestellten und Arbeitern des öffentlichen Dienstes betreffen.

Nach diesen Grundsätzen ist es nur konsequent, wenn das Gericht das Allzuständigkeitsprinzip nach dem MBG Schl.-H. verwirft, die Zusammensetzung der Einigungsstelle als demokratisch nicht legitimiert ansieht (S. 58/59), das Aufhebungs- und Letztentscheidungsrecht der obersten Dienstbehörden als unzulänglich verwirft (S. 60), insoweit eine verfassungskonforme Auslegung ausschließt (S. 61) und die Regelung des Initiativrechts des Personalrats für verfassungswidrig ansieht.

§ 2 IV MBG Schl.-H. interpretiert das BVerfG dahin, daß die Vorschrift den Personalrat mit der Anweisung belege, bei der Interessenvertretung Rücksicht auf die von der Dienststelle zu verfolgenden allgemeinen politischen Belange zu üben. § 59

MBG Schl.-H. wird verfassungskonform dahin ausgelegt, daß diese Vorschrift vor sieht, mit den Gewerkschaften geschlossene Vereinbarungen »immer dann außer Kraft zu setzen, wenn ihr das in Ausübung ihrer Regierungsverantwortung für eine gemeinwohlorientierte Staatstätigkeit angezeigt erscheint.« (S. 65) Schließlich ordnet das BVerfG gemäß § 35 BVerfGG an, daß bis zur ordentlichen Novellierung des schleswig-holsteinischen Gesetzes Beschlüssen von Einigungsstellen nur die Bedeutung von Empfehlungen zukommen darf (S. 69).

#### *4. Mitbestimmung und Partizipation in der sozialliberalen Reformkoalition*

Die Forderung, durch Mitbestimmung und Demokratisierung der Arbeitswelt den Freiheitsraum der Berufstätigen zu erweitern, war ein wichtiges politisch-programmatisches Ziel der sozialliberalen Ära nach 1969.<sup>7</sup> Die Diskussion bezog sich sehr stark auf gesetzgeberische Aktivitäten und fand ihren Niederschlag in der Novellierung des Betriebsverfassungsgesetzes von 1972, dem Mitbestimmungsgesetz 1976 sowie der Novellierung des BPersVG von 1974. Die Gesetzgebung für den öffentlichen Dienst stand im Schatten des privatwirtschaftlichen Bereiches, war aber nicht minder kontrovers und komplex.

»Wir wollen die demokratische Gesellschaft, zu der alle mit ihren Gedanken zu einer erweiterten Miterantwortung und Mitbestimmung beitragen sollen.« Und: »Mitbestimmung gehört zur Substanz des Demokratisierungsprozesses unserer Gesellschaft.« So hieß es in den Regierungserklärungen von Bundeskanzler Brandt 1969 und 1973. Im Kommentar zum Bremischen PVG von 1974<sup>8</sup>, das erkennbar Pate für das MBG Schl.-H. gestanden hat, wird zur Begründung des neuen Rechts ausgeführt, Demokratisierung bedeute die Einbeziehung der Betroffenen in den Entscheidungsprozeß der Verwaltung. Sie ersetze nicht die Herrschaft des Volkes durch das Parlament, sondern setze diese in der sich ständig vergrößernden und zugleich verfeinernden Verwaltung fort. Da sie, vergleichbar der Herrschaft des ganzen Volkes durch das Parlament, in dem Maße auch in der Verwaltung an Legitimität gewinne, in dem sie alle Personen und Bereiche erfasse, sei es konsequent, wenn zu der Partizipation des Bürgers die Mitbestimmung der Bediensteten trete. Dabei sei innerhalb der letzteren die demokratische Teilhabe der Bediensteten am Willensbildungsprzeß der Verwaltung untrennbar verbunden mit der eigentlichen, durch das BremPVG geregelten Mitbestimmung der Bediensteten bei ihren innerdienstlichen Angelegenheiten. So gehörten beispielsweise zu den unumstrittenen Prinzipien der modernen Organisationslehre die Delegation von Verantwortung, die Einräumung von Tätigkeitsfeldern, in denen die Arbeitenden selbstständig entscheiden könnten, und die kooperative Führung, in der Vorgesetzte Entscheidungen erst nach Konsultation der Mitarbeiter trafen. Hierdurch würden aber zugleich die innerdienstlichen Angelegenheiten der Bediensteten tangiert. Dies sei die am Demokratieprinzip orientierte Rechtfertigung für die Allzuständigkeit des Personalrats. Die durch das Gesetz geregelte weitreichende Beteiligung der Bediensteten an der Lösung ihrer eigenen Probleme entspreche in Abkehr von der obrigkeitstaatlichen Ordnung und dem herrschaftlich-hierarchischen Denken dem allgemeinen demokratischen Miterantwortungs- und Mitbestimmungsgedanken.

Die Reformphase der bundesdeutschen Geschichte erhielt dadurch zusätzlichen

<sup>7</sup> Einen instruktiven Überblick gibt Vilmar, Strategien der Demokratisierung, Bd. I, Theorie der Praxis, Bd. II, Modelle und Kampfe der Praxis, Darmstadt 1973; dort finden sich auch Überlegungen zum qualitativen Ertrag und zum Kostenaufwand von Mitbestimmung (I, 152 ff.).

<sup>8</sup> Hierzu wie zum folgenden s. Großmann/Rohr/Mönch, Kommentar zum BremPVG, Neuwied u.a. 1979, Einführung Rdnr. 67 ff. m.w.N.

Schub, daß Partizipation für zahlreiche Rechtsgebiete, ob es nun öffentliche Institutionen wie Schule und Universität betraf oder öffentliche Planung, aus Gründen demokratischer Legitimation auf möglichst viele Schultern verteilt werden sollte. Diese Absicht wurde auch dadurch ergänzt, daß der Rechtsschutz intensiviert wurde.<sup>9</sup>

### *5. Zwischenbilanz der Mitbestimmung im öffentlichen Dienst*

Empirische Erhebungen zur Mitbestimmung im öffentlichen Dienst sind Mangelware.<sup>10</sup> Der Vergleich zur Privatwirtschaft ist schwierig, weil das Arbeitsleben dort entscheidend durch die Ertragslage des Unternehmens strukturiert wird. Der öffentliche Dienst ist demgegenüber, wie gesagt, durch die lebenszeitige Anstellung seiner Mitarbeiter/innen gekennzeichnet, also seine sehr hohe personelle Kontinuität. Das öffentliche Dienstrecht ist sanktionsarm und reagiert kaum auf Erfolge oder Mißerfolge der Aufgabenerfüllung durch Einzelne.<sup>11</sup> Es ist an Rechtmäßigkeit orientiert und nicht an Zweckmäßigkeit oder Wirtschaftlichkeit seiner Organisation; dies gilt selbst in den weiten Bereichen öffentlicher Dienstleistung, bei denen Rechtsfragen nur am Rande berührt sind. Entsprechend unterentwickelt ist – worauf noch näher einzugehen sein wird – das gesamte öffentliche Rechnungswesen, das hinter den Standards der modernen Betriebswirtschaftslehre deutlich hinterherhinkt.<sup>12</sup> Mitbestimmung bedeutet zunächst einmal für die Behördenleitung nichts anderes als Begründungzwang. Jede Maßnahme muß rational und nachvollziehbar belegt werden, dann besteht am ehesten die Chance auf Zustimmung durch den Personalrat. Das Ergebnis ist (relativ) willkürfreies Handeln. Deshalb bedeutet Mitbestimmung auch *nach innen* Rationalitätsgewinn für Behörde, öffentlichen Betrieb usw. Der Zwang zum Konsens kommt also dem *internen sozialen Zusammenhalt* zugute. Nun sind Personalräte Interessenvertretungen, gewählt von der Mitarbeiterschaft. Die Interessen liegen im Bereich der Vorteile des beruflichen Aufstiegs, der angenehmen Arbeitsplatzgestaltung, der Zeitsouveränität, der Abwesenheit von Kontrollen usw., von Macht und Einfluß. Sachliche Ziele werden sich dazu gesellen, wenn sie in die Perspektive der Beschäftigten integrierbar sind.<sup>13</sup> Das Programm des Personalrats und das der Behördenleitung sind in Zeiten der Expansion des öffentlichen Dienstes teilweise deckungsgleich, in Zeiten der Beschränkung nicht. Der *externe* öffentliche Erwartungsdruck, das Interesse am Output, die nach *außen gerichtete Kundenorientierung*, der effektive Ressourceneinsatz gehen die Behördenleitung an;

9 Häberle, Grundrechte im Leistungsstaat, VVDStRL 30 (1972), 80 ff.; Überblick bei Wolff/Bachof/Stöber, Verwaltungsrecht I, 10. Aufl., München 1994 § 32 IV.

10 Instruktiv Ilbertz, Wo den Personalräten der Schuh drückt, in: Böhret/Klages/Reinermann/Siedentopf (Hg.), Herausforderungen an die Innovationskraft der Verwaltung, Opladen 1987.

11 »Für Minderleistung steht das Repertoire des Disziplinarrechts zur Verfügung«, schreibt Summer in seinem Beitrag bei Bohret u. a. (Fn. 10, S. 505) zutreffend – was nichts anderes heißt als: Der Arbeitgeber kann überhaupt nur in absoluten Ausnahmefällen reagieren. An diesem erstaunlichen Zustand werden auch die zaghaften Versuche der Bundesregierung wenig ändern, Leistungselemente in die Beamtenbesoldung einzuführen, vgl. den Entwurf eines Gesetzes zur Reform des öffentlichen Dienstrechts (Reformgesetz), BR-Drs. 885/95.

12 Oettle, Historische Entwicklung des öffentlichen Rechnungswesens in der BRD, in: Luder, Staatliches Rechnungswesen in der BRD vor dem Hintergrund internationaler Entwicklungen, Berlin 1991; Budäus, Public Management, 3. Aufl. Berlin 1995, 16 ff. m. w. N.; Dannemann, Abschied von der Kameralistik – ... in: Senator für Finanzen (Hg.), Von der Haushaltswirtschaft zum Finanzmanagement, Bremen 1995.

13 Um den gewerkschaftspolitischen Ansatz von Verwaltungsreformen im gemeinsamen Interesse von Bürgern und Beschäftigten kreisen die Berichte in Beyer/Brinckmann, Kommunalverwaltung im Umbruch, Köln 1990 (Bd. 2 der Reihe: Zukunft durch öffentliche Dienste, hg. v. Wulf-Mathies). Gleichwohl brechen die Gegensätze bereits bei der Frage der Öffnungszeit von Einrichtungen auf, wie Bogomil/Kißler, Vom Untertan zum Kunden, Berlin 1995, 52 ff., zeigen.

Sache des Personalrats ist es, möglichst viele Zumutungen abzuwehren, besser noch: trotz der schlechten Lage etwas für Kolleginnen und Kollegen herauszuholen. Und der Personalrat steht unter Druck: Obwohl ihm »objektiv nur ein geringer Handlungsspielraum offensteht und er auch in den Augen der Beschäftigten als nachgeordneter Faktor für Passivität erscheint, ist die Kritik an ihm überraschend scharf: Man erwartet beträchtlich mehr Rücksprache und Engagement von ihm; er habe kaum das Schlimmste abgewendet und gehe mit der Verwaltungleitung zu sehr einig. Diese Kritik zeigt eine Ansammlung von Unmut und Widerstandspotential seitens der Betroffenen, die infolge des mangelnden kollektiven Selbstvertrauens auf den Personalrat delegiert werden.«<sup>14</sup>

Jenseits des korporatistischen Zusammenhaltes wird Mitbestimmung von ihrer inneren Mechanik her den status quo und nicht die Veränderung betonen. Zunächst einmal finden sich wenig empirische Anzeichen dafür, daß Personalräte in nennenswertem Umfang Initiativen ergreifen.<sup>15</sup> Maßnahmen der Behördenleitung werden dem Personalrat zur Zustimmung vorgelegt – begründungsbedürftig ist also immer die Veränderung, nicht der status quo. Es ist organisationspraktisch gewiß nicht von der Hand zu weisen, daß dies dann spezifische Probleme erzeugt, wenn auch bereits die Rahmenbedingungen des Systems (lebenszeitige Anstellung, Laufbahnprinzip, leistungsindifferentes Bezahlungssystem usw.) zur Immobilität gravitieren.

Im mitbestimmungsrechtlichen DisSENSfalle läuft gem. § 52 und § 66 MBG Schl.-H. ein hochbürokratisches Verfahren ab, das jede entscheidungsfreudige Verwaltungsleitung ernüchtert:

- Die Maßnahme wird beantragt.
- Der Personalrat legt sein Veto ein.
- Die Sache wird der Mittelbehörde samt Bezirkspersonalrat vorgelegt; erneuter Dissens.
- Die zuständige oberste Dienstbehörde samt Hauptpersonalrat können sich ebenfalls nicht einigen.
- Die paritätische Einigungsstelle unter neutralem Vorsitz wird einberufen.
- Sie entscheidet.
- Die Entscheidung kann ggf. von der Landesregierung kassiert werden.
- Schließlich steht der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten offen.

Das Verfahren, für das Fristen und alle anderen rechtsstaatlichen Regeln gelten, ist wesentlich komplizierter als es die Regeln des § 99 BetrVG vorsehen. Zugleich weist es ein hohes Maß an Zentralisierung auf.<sup>16</sup> Und nicht nur hiervon geht sedative Wirkung aus, sondern auch von der Fehlerphobie einer rechtsstaatlichen Verwaltung, die nichts so sehr meidet wie schwarz auf weiß festgehaltene Mißerfolge. Kurz: Eine Behördenleitung, die keine Maßnahme angeht, hat es leichter als diejenige, die auf verfahrensmäßiges Risiko setzt.

Diese Organisationsprobleme nicht als solche zu identifizieren, sie vielleicht sogar unter dem Aspekt gewerkschaftlichen Einflusses gutzuheißen, führt nicht weiter. Denn die Leistungsfähigkeit einer Organisation ist für ihre Existenzberechtigung ein wichtiger Legitimationsfaktor: Schon deshalb ist die schlichtere Konstruktion des BetrVG dem Personalvertretungsrecht überlegen.

Im Ergebnis hat die Mitbestimmung im öffentlichen Dienst sicherlich den korporatistischen Zusammenhalt der Beschäftigten gestärkt, nicht jedoch seine Innovations-

<sup>14</sup> Armanski/Dörner/Meudner/Oppelt/Roos, Rationalisierung in der öffentlichen Verwaltung, Frankfurt a. M. u. a. 1983, S. 284/85.

<sup>15</sup> Vgl. Faber, Personalvertretung und Mitbestimmung in der BRD und in Frankreich, Berlin 1979, 149 ff.

<sup>16</sup> Vgl. Däubler (Fn. 1), S. 870.

fähigkeit.<sup>17</sup> Wen die dargestellten organisationspolitischen Überlegungen insoweit nicht überzeugt haben, dem müßte jedenfalls die im folgende kurz zu skizzierende aktuelle Debatte um die Defizite des öffentlichen Dienstes zu denken geben.

#### *6. Die Verwaltungsreformdebatte der 90er und die Defizite des öffentlichen Dienstes*

Im Bereich der Privatwirtschaft haben die Öffnung Ost-Europas und in Sonderheit die deutsche Einheit positive Produktionseffekte nach sich gezogen, die mehrere Jahre lang Modernisierungsnotwendigkeiten der Unternehmen überdeckten. Eine ähnliche Beobachtung gilt für den öffentlichen Dienst; durch die Neuschaffung einer rechts- und sozialstaatlichen Verwaltung im Rahmen der demokratischen Ordnung des Grundgesetzes nach alt-bundesrepublikanischem Vorbild in den neuen Bundesländern war die Leistungsfähigkeit aller Beteiligten voll ausgelastet. Vom Grundbuchamt über die Sozialgerichtsbarkeit bis hin zur kassenärztlichen Vereinigung galt es, alles vorbildgetreu ins Werk zu setzen. Der Reformbedarf des öffentlichen Dienstes blieb dabei auf der Strecke. Nur so ist es verständlich, daß das Projekt der ÖTV »Zukunft durch öffentliche Dienste«, das die damalige Vorsitzende Wulf-Mathies schon Ende der 80er Jahre vorangebracht hatte, auch von der eigenen Organisation unbeachtet blieb.<sup>18</sup>

In den Kommunen, inzwischen aber auch in den Ländern, hat sich eine breitere Verwaltungsreformbewegung herausgebildet, die Abschied nimmt vom öffentlichen Dienst in Gestalt der hierarchisch geordneten Einheitsverwaltung.<sup>19</sup> Die Auffassung breitet sich aus, daß Großorganisationen sich nicht auf eine rechts- und sozialstaatliche Orientierung beschränken dürfen, sondern sich allein zu ihrem angemessenen Funktionieren intensiv und mit Methoden, die dem Wissen unserer Zeit entsprechen, um ihre Modernisierung zu kümmern haben. Dies gebietet nicht nur die finanzielle Enge, die auf absehbare Zeit den Steuerstaat und seine Einrichtungen kennzeichnen wird. Wichtiger noch ist der Umstand, daß die Legitimation der öffentlichen Dienste auch von der Beurteilung seiner Kunden und Adressaten abhängig ist.

Der Dienstleistungssektor der Bundesrepublik ist seit Ende der 60er Jahre kontinuierlich expandiert. Ob bei der Tankstelle, der Versicherung, der Bank, dem Großmarkt, dem Autolieferanten u. a., überall begegnen uns Dienstleistungen mit einem beträchtlichen Bemühen um die Kunden und einem beachtlichen Serviceniveau. Menschen, die diese Umwelt gewohnt sind, vergleichen ganz selbstverständlich die privatwirtschaftlichen Angebote mit jenen, die die öffentlichen Dienste organisieren. Der Vergleich fällt häufig zu Lasten des öffentlichen Bereiches aus.

Selbst bei fehlenden Finanzmitteln wird die Leistungspalette etwa der Kommunen schnell ausgebaut, wenn die entsprechenden politischen Festlegungen erfolgt sind, wie das Beispiel der enormen Ausweitung des Kindergartenangebotes verdeutlicht. Die Rücknahme überholter öffentlicher Leistungsangebote erfolgt keineswegs mit derselben Selbstverständlichkeit. Die öffentlichen Dienste haben sich zu lange und

17 S. hierzu nach wie vor wichtig die Beiträge bei Bohret u. a. (Fn. 10).

18 Vgl. Wulf-Mathies (Hg.); Im Wettstreit der Ideen: Reform des Sozialstaats, Köln 1991, (Bd. 1 der Reihe: Zukunft durch öffentliche Dienste), Editorial.

19 Für die Kommunen wird auf KGSt, Das Neue Steuerungsmodell – Erste Zwischenbilanz (Bericht 10/1995) verwiesen sowie auf Reichard, Umdenken im Rathaus, 4. Aufl., Berlin 1995, der sich auch zu »Chancen und Risiken des ›Neuen Steuerungsmodells‹« äußert (81 ff.). Für die Länder schildern die Beiträge bei Behrens/Heinze/Hilbert/Stobe/Walsken (Hg.), Den Staat neu denken – Reformperspektiven für die Landesverwaltungen, Berlin 1995, die anlaufenden Veränderungsprozesse sowie bei Hill/Klages, Reform der Landesverwaltung, Berlin u. a. 1995.

zu Unrecht als autonomes System begriffen und ihre Finanzierung, ihre Bezugssysteme wie schließlich auch ihre Personalrekrutierung als selbständige und selbstverständlich vorausgesetzt.

*Kundenorientierung* wird nicht durch politische Intervention erzeugt, sondern durch *systematischen Wettbewerb* bzw. dort durch Wettbewerbssurrogate, wo die öffentlichen Dienste vernünftigerweise eine Monopoltätigkeit ausüben. Wettbewerb setzt allerdings eine Definition von Kosten und Leistung voraus und die Bewertung des Preis-Leistungsverhältnisses. Dies ist im öffentlichen Dienst noch erst herzustellen, womit ein grundsätzliches Defizit der öffentlichen Dienste angesprochen ist, ihre mangelnde Rechnungslegung. Die sog. Kameralistik ist eine völlig veraltete Ausgaben- und Einnahmensystematik, die in keiner Weise den Erkenntnissen der modernen Betriebswirtschaftslehre Rechnung trägt und deshalb dringend der Verabschiedung bedarf.<sup>20</sup>

Das frappierendste Beispiel für die mangelnde Transparenz des geltenden Haushaltsrechts sind die derzeit anwachsenden sog. Pensionslasten.<sup>21</sup> Obwohl das Problem aus der Rentenversicherung bestens bekannt ist und die Altersversorgung eine Rechtsverpflichtung der Anstellungskörperschaften darstellt, erfährt der interessierte Leser über das Problem bei Otto Hinzes Darstellungen aus dem Jahre 1905 mehr als durch die Lektüre des Haushaltsrechts und des Beamtenversorgungsrechts.<sup>22</sup>

Wer sich dem Wettbewerb stellen will, braucht mehr als die Vorstellung einer funktionierenden Pyramide öffentlicher Mitarbeiter. Es handelt sich um die Erbringung hochkomplexer Dienstleistungen, deren Qualität nicht zuletzt vom *Engagement der Mitarbeiterschaft* abhängt. Ein völlig überdehntes Lebenszeitprinzip, bei dem das Gehalt im Wesentlichen infolge des Lebensalters steigt und jede Beförderung auf Dauer gilt, kann dies nicht leisten. Schließlich ist auch die gesamte Personalrekrutierung fragwürdig, weil sie lebenszeitig frühe und dann definitive Berufsentscheidungen zugrunde legt; ein Wechsel innerhalb des öffentlichen Dienstes wird im allgemeinen durch die Laufbahnvorschriften verhindert, ein Wechsel vom öffentlichen Dienst in die Privatwirtschaft ist durch inkompatible Versorgungssysteme praktisch unmöglich; ein Wechsel von der Privatwirtschaft in den öffentlichen Dienst bürdet dem Staat wiederum Versorgungslasten auf, die schwer erträglich sind.<sup>23</sup>

Die Defizite des öffentlichen Dienstes haben dazu geführt, daß neue Organisationsprinzipien und Steuerungsmodelle entworfen und realisiert werden. Sie machen auch deutlich, daß das Verhältnis von öffentlichem Dienst und demokratischer Politik neuer Erörterung bedarf.

Grundlegend für die kommunalen Reformbewegungen sind die Konzepte der KGSt.<sup>24</sup> Die Kommunale Gemeinschaftsstelle für Verwaltungsvereinfachung läßt sich als eine praxisorientierte wissenschaftliche Einrichtung charakterisieren, die von

<sup>20</sup> S. die Beiträge bei Luder (Fn. 12) sowie den KGSt-Bericht 1/1995 mit dem Titel »Vom Geldverbrauchs- zum Ressourcenverbrauchskonzept: Leitlinien für ein neues kommunales Haushalt- und Rechnungsmodell auf doppischer Grundlage«.

<sup>21</sup> Hinzmann, Neukonzeption staatlicher Rechnungslegung, Berlin 1993, S. 132 ff.

<sup>22</sup> Über den Beamtenstand, in: Beamtentum und Bürokratie, hg. v. Krüger, Göttingen 1981, 65.

<sup>23</sup> Zu einer reflektierten Reform des öffentlichen Dienstrechts gehört notwendig die Möglichkeit, zu für alle Seiten akzeptablen Bedingungen den Arbeitgeber wechseln zu können. Die durch die Inkompatibilität der Versorgungssysteme (Pensionen, VBL-Leistungen, Folgen von Nachversicherung) erzwungene horizontale Immobilität stößt weder auf politisches noch gewerkschaftliches Interesse, weil sie den »Personalstamm« des öffentlichen Dienstes schützt. Outputorientiert ist diese Betrachtung nicht.

<sup>24</sup> Vgl. Nachweise in Fn. 19 und 20 sowie die KGSt-Berichte »Budgetierung: Ein neues Verfahren der Steuerung kommunaler Haushalte« (6/1993) und »Verwaltungscontrolling im Neuen Steuerungsmodell« (15/1994); s. zum folgenden auch Jann, Public Management in Germany – A Revolution without a Theory?, VvMs 1995.

den bundesdeutschen Städten getragen wird und deren Auffassungen im Abgleich mit Repräsentanten und Fachleuten der Städteverwaltungen formuliert werden. Die Reform hat sich weder aus dem Bereich von Ministerialverwaltung und Politik noch aus der universitären Wissenschaft entwickelt – beide sind allzusehr verfangen in den Konventionen ihres Geschäfts, in den individuell schützenden Formen des öffentlichen Dienstrechts und den Grenzen ihrer Disziplinen. Die Kommunen dagegen spüren den zunehmenden Wettbewerb unter den privaten und öffentlichen Dienstleistern, stehen unter dem Druck von Wirtschaftsförderung und -ansiedlung, von Wünschen und Erwartungen der Bürger/innen, von ausbleibenden Finanzmitteln und der Kommunalaufsicht, die – anders als bei Ländern und Bund – der Nettokreditaufnahme Grenzen setzt. Und ihre Beratungsinstanz, die KGSt, weiß auch, was im europäischen Ausland geschieht.<sup>25</sup> Die Trends lauten, so bestätigt es Naschold, heute OECD-weit: Ergebnissteuerung, Wettbewerb und Qualitätspolitik.<sup>26</sup>

Der Reform geht es um betriebswirtschaftliche Orientierung der öffentlichen Dienste. Die Verringerung der Produktionstiefe – eine Funktionsverschiebung von der Produzentenrolle zur Gewährleistungsrolle – steht auf der Tagesordnung ebenso wie Budgetierung und das Steuern auf Abstand, Zusammenfügen von Sach- und Resourcenverantwortung bei gleichzeitiger Stärkung des Controllings der zentralen Einheiten, das Einführen von Qualitätsmanagements, das auch der Bürgerbeteiligung einen neuen Sinn gibt. Personalentwicklung jenseits des Vorgesetzten-Untergebenen-Schemas gewinnt an Bedeutung und bedient sich neuer Instrumente (Mitarbeiter-Vorgesetzten-Gespräch, Leistungsanreize, Arbeitszeitkonten, Kontraktgedanken). Von herausragender Bedeutung für die Gebietskörperschaften ist schließlich ein Beteiligungsmanagement, das die verselbständigte Einheiten – die Stadthallen GmbH, der ÖPNV-AG und wie sie alle heißen mögen – ökonomisch und politisch zusammenführt und das »Konzernstrategien« formulierbar macht.

Es ist offenkundig: Für alle diese Ansätze sind Praxisberichte<sup>27</sup>, organisationspsychologische Analysen und Beratung<sup>28</sup>, kommunalpolitische Kompendien<sup>29</sup> sowie betriebswissenschaftliche Lehrbücher<sup>30</sup> einschlägiger als rechtswissenschaftliche Handreichungen. Insofern sollte die Bedeutung von rechtsdogmatischen Vorstellungen einschließlich solcher des BVerfG nicht überschätzt werden. Ob am Ende der öffentliche Dienst ein lohnendes Betätigungsfeld für das Engagement seiner Mitarbeiter/innen darstellt und ob die Bürger/innen ihm etwas zutrauen und mit seinen Leistungen zufrieden sind, hängt keineswegs primär vom Recht ab.

## *7. Die Angleichung der Verhältnisse*

### *7.1. Ein konservativer Pyrrhussieg?*

Auf den ersten Blick haben sich die staatsrechtlichen Gewerkschaftskritiker aus den 70er Jahren mit der vorliegenden Entscheidung doch noch durchgesetzt. Das Urteil räumt mit BVerfGE 9, 268 radikal auf und schlägt alle Personalfragen – unabhängig davon, ob sie Beamte oder Arbeiter und Angestellte betreffen – dem abschließenden

<sup>25</sup> Banner/Reichard, *Kommunale Managementkonzepte in Europa*, Stuttgart 1993.

<sup>26</sup> So der gleichnamige Titel von Naschold, erschienen als Sonderband 1 der Reihe »Modernisierung des öffentlichen Sektors«, Berlin 1995.

<sup>27</sup> Luhr, *Personal als wichtigste Ressource des Landes – Ein Praxisbericht aus Bremen*, in: Hill/Klages (Fn. 19).

<sup>28</sup> Stratemann/Wottawa, *Bürger als Kunden*, Frankfurt a. M. 1995.

<sup>29</sup> Klemisch/Munier/Pohl/Scheffler/Schiller-Dickhut, *Handbuch für alternative Kommunalpolitik*, Bielefeld 1994.

<sup>30</sup> S. Hopfenbeck, *Allgemeine Betriebswirtschafts- und Managementlehre*, 9. Aufl., Landsberg a. L. 1995, 224 ff. (418 ff.).

Entscheidungsrecht der Anstellungskörperschaft zu. Die Differenzierung zwischen Beamten hier und Sozialversicherungspflichtigen dort ist gefallen. Auch wenn das Gericht nicht eine Silbe zur Aufgabe der bisherigen Rechtsprechung sagt:<sup>31</sup> Bevor man von einem späten konservativen Sieg spricht, gilt es zu bedenken, daß das Judikat auch einen Schritt zum einheitlichen Dienstrecht darstellt. Eine Einheitlichkeit auf niedrigerem Niveau, aber eine, die über den öffentlichen Dienst hinausweist, denn das Gericht bezieht sich ausdrücklich auf die parallele Mitbestimmung in der Privatwirtschaft.

a) Mit dem Problem der hierarchischen Verwaltungen im demokratischen Staat hat sich in letzter Zeit besonders gründlich Dreier auseinandergesetzt und in seiner Studie die Frage aufgeworfen, ob »die absolutistisch geprägte Gesetzgebungsperspektive mit ihrem Glauben an die Prämissen legal-bürokratischer Herrschaft und ihre axiomatischen Einheitsvorstellungen die staats- und verwaltungsrechtliche Realität der Bundesrepublik Deutschland... hinlänglich zu erfassen erlaubt oder das pyramidale Staatsmodell mit seinem Systemschema von programmierender Legislative und programmierte Exekutive zu verabschieden ist.«<sup>32</sup> Im Ergebnis schlägt Dreier Differenzierungen vor. Die Verwaltung ist auch, aber doch zugleich mehr als eine Maschine, deren Input »Volk und Parlament« besorgen und die mechanisch, d. h. loyal und rechtsstaatlich den Output organisiert.

In diesem Zusammenhang mutet es grotesk an, wenn das BVerfG sich auf sein Senatsmitglied Böckenförde bezieht (S. 51), der sich wiederum durchgehend auf C. Schmitts Verfassungslehre<sup>33</sup> beruft. Nun dient dessen Demokratie- und Parlamentsverständnis bekanntlich dazu, die trübe Wirklichkeit anhand des lichten Ideals zunächst in Grund und Boden und später dann in Blut und Boden zu kritisieren. Wie verengt Böckenfördes Auffassung ist, zeigt schon der Umstand, daß er einige Mühe hat, die richterliche Unabhängigkeit und die verschiedenen Formen der Selbstverwaltung in sein Konzept zu integrieren. Bryde<sup>34</sup> hat demgegenüber zu Recht darauf hingewiesen, daß es immerhin die demokratischen Gesetzgeber von Bund und Ländern waren, die die bis zur vorliegenden Entscheidung unangefochten geltenden Regelungen über Personalvertretung in der Exekutive angeordnet hatten. Daß auf Seiten der Mitarbeiterschaft Gewählte das Stigma des Undemokratischen erhalten sollen, brachte Bryde zu der sarkastischen Bemerkung, bei Ernennung der Personalräte wäre offenbar alles demokratischer.

Es ist nicht überzeugend, wenn das BVerfG meint, der staatsbürgerliche Einfluß in der Demokratie beruhe nicht nur auf der Wahlgleichheit, sondern dürfe auch nicht durch Mitbestimmung des einzelnen öffentlichen Bediensteten »ungleich« werden. Um die Argumentation Schupperts<sup>35</sup> über verschiedene Konzepte der Legitimation von Mitbestimmung aufzugreifen: Müssen Krankengymnastinnen, Poliere einer Baustelle und eine Oberinspektorin, die neben ihrem durch »Volk und Parlament« legitimierten »Amt« auch noch Personalratsmitglied ist, von Verfassungs wegen gleichermaßen viel Einfluß auf das Gemeinwesen haben? Ist es nicht auch im Sinne von Art. 33 V GG naheliegend<sup>36</sup>, davon auszugehen, daß alle Mitarbeiter/-innen mit Eintritt in den öffentlichen Dienst neben ihrem »Amt« auch die »Befähigung« zuerkannt erhalten, Personalrathsfunctionen auszuüben? Keine solcher naheliegenden

<sup>31</sup> Noch in BVerfGE 90, 46 und 91, 367 geht das BVerfG ohne jeden Zweifel von der GG-Gemäßheit des gemeindeutschen Personalvertretungsrechts aus.

<sup>32</sup> Dreier, Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat, Tübingen 1991, S. 12.

<sup>33</sup> Bockenförde, Demokratie als Verfassungsprinzip in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. I, München 1987.

<sup>34</sup> FS Thieme, Hamburg 1991, S. 11 u. 13.

<sup>35</sup> Schuppert, PersR 1993, 1ff. (8 ff.).

<sup>36</sup> A. a. O. (Fn. 34), 12.

rechtlichen Erwägungen wird verfolgt; ebensowenig setzt sich das Gericht mit seiner vorangegangenen, doch erkennbar vom geltenden Personalvertretungsrecht ausgehenden Rechtsprechung auseinander.<sup>37</sup> Statt dessen wird eine Ableitung geboten, die ideologisch anmutet und mangels Sinn für verfassungsrechtliche Differenzierung, wie sie das Schuppert'sche Gutachten eindringlich darlegt<sup>38</sup>, auf Dauer keinen Be stand haben wird.

Allerdings: Auch wer, wie der Urteilskritiker, die obigen Fragen mit »Ja« beantwortet, muß die Grenzen der Mitbestimmung gegenüber Regierungstätigkeit definieren. Letztlich stellt sich die Bundesrepublik als pluralistisches System einer sozialen Demokratie dar, deren bedeutendster Einflußfaktor im Bereich des Politischen die durch Wahl und Parlamentsbetrieb vermittelte Parteienstaatlichkeit ist. Ohne diesen Umstand einschränken zu wollen, kommt der Verwaltung als ganzer und den einzelnen Mitarbeitern/innen durchaus ein spezifisches Gewicht zu. Die regierungsinterne Willensbildung ist ohne Sachkunde der öffentlichen Dienste kaum denkbar; die Realität kennt beides, den politischen Anstoß sowie die bürokratische Ausformulierung und Umsetzung ebenso wie den Vorschlag der Verwaltung und dessen Übernahme und öffentliche Propagierung durch die Politik. Dies gilt für die Steuerungsebene; im Bereich der operativen Verwaltung verschieben sich die Gewichte noch sehr viel stärker.

b) Noch etwas anderes ist zu bedenken, was von konservativer Seite immer fehlgedeutet wurde, nämlich die stabilisierende Wirkung der Mitbestimmung auf den öffentlichen Dienst gegenüber allzuviel unliebsamem parteipolitischem Einfluß. Durch das pauschale Zurückdrehen der Mitbestimmung, wie sie das BVerfG mit der rezensierten Entscheidung anordnet, wird das Gewicht der Verwaltung in Teilbereichen gegenüber der Politik und das heißt in der Wirklichkeit der Bundesrepublik gegenüber den regierenden Parteien eingeschränkt. Deren notorische Postenjägerei – Max Weber geht mit diesem Begriff ganz unbefangen um<sup>39</sup> – erhält zusätzliche Chancen. Was macht denn – siehe Martin Walsers eingangs zitierten Roman – ein durchschnittlicher Minister oder parlamentarischer Staatssekretär, wenn er neu ins Amt kommt oder sonst personalpolitische Chancen sieht? Er bringt seine bisherigen Assistenten unter, muß der Parteizentrale vielleicht noch zwei fußkranke Leute abnehmen, hat aus seinem Wahlkreis eine Schuld gegenüber der Jugendorganisation seiner Partei abzutragen usw. Und für alle diese guten Menschen, gegen die persönlich nichts einzuwenden sein wird, gilt der Grundsatz der Lebenszeitigkeit des Beschäftigungsverhältnisses. Die eher schmuddelige Seite der Parteistaatlichkeit, Ämterpatronage, besser: Vetternwirtschaft, wird sich künftig ungenierter ausbreiten können. Die fachliche Kooptation, die dem öffentlichen Dienst eigen ist und das korporatistische seiner Existenz ausmacht, verliert an Gewicht. Dieses Element war es, das Dahrendorf<sup>40</sup> einmal veranlaßte zu sagen: »Es ist ein weiter Weg vom Inspektor zum Ministerialdirektor..., aber es ist ein Weg auf derselben Straße, selbst wenn diese an einigen Punkten durch nahezu unüberwindliche Barrieren – die erforderlichen Berechtigungsscheine der Mittleren Reife, des Abiturs, des akademischen Abschlusses – verbarrikadiert sind.«

Weiter charakterisiert Dahrendorf den öffentlichen Dienst als Teil einer »Dienstklasse«, die, schichtenspezifisch betrachtet, diagonal zur Arbeiterschicht und zum Mittelstand liegt. Diese keineswegs vollständig überholte Beschreibung zeigt, daß der öffentliche Dienst eine eigene, von der Politik geschiedene Identität hat. Sie

<sup>37</sup> Neumann PersR 1995, 449.

<sup>38</sup> Schuppert (Fn. 35), 11 ff.

<sup>39</sup> Weber, Politik als Beruf, Stuttgart 1992, 57.

<sup>40</sup> Dahrendorf, Demokratie und Gesellschaft, München 1968, 105 ff.

wurde bislang durch intensive Mitbestimmung gestützt; an ihre Stelle werden Ausprägungen von Parteienstaatlichkeit treten. Jene Konservativen, denen am traditionellen Beamtentum gelegen ist, haben einen Pyrrhussieg erzielt, den noch so viele beamtenrechtliche Konkurrentenklagen nicht aufhalten werden.

c) Die Gegner des erweiterten Mitbestimmungsrechts im öffentlichen Dienst erkennen den Begriff der Allzuständigkeit und die Mediatorenrolle der Personalräte. Die Zuständigkeitskataloge des BPersG und der PersVG der Länder, soweit sie nicht dem Prinzip der Allzuständigkeit folgen, ziehen wegen ihrer notwendig begrifflichen Unschärfen zahllose Rechtsstreitigkeiten nach sich: Unterliegt dieser oder jener Tatbestand der Mitbestimmung oder nicht? Allzuständigkeit im Rechtssinne vereinfacht also die Handhabung des Miteinander. Zur Mediatorenrolle der Personalräte ist hervorzuheben, daß im öffentlichen Dienstrecht, zumal in seiner beamtenrechtlichen Abteilung, gegen nahezu alle Maßnahmen gerichtlicher Rechtsschutz von den Betroffenen erwirkt werden kann. Ist eine Maßnahme aber im Rahmen der Mitbestimmung gutgeheißen worden, erhöht dies ihre Akzeptanz ganz ohne Zweifel, und Gerichtsverfahren, die die innerbehördliche Arbeit doch stören und deren Ausgang überdies ungewiß sein mag, werden unwahrscheinlicher. Ein »gutes« Personalvertretungsrecht fördert die Funktionsfähigkeit der Verwaltung und wirkt der unendlichen Verrechtlichung von Arbeitsbeziehungen im öffentlichen Dienst entgegen. Wer also frohlockt, daß er den Einfluß der Personalräte reduziert sieht, wird sich – sofern er Behördenleiter, Justitiar o. ä. ist – umso häufiger vor den Gerichtsschranken wiederfinden.

## *7.2. Gewerkschaftspolitische Konsequenzen*

Zunächst gehören die bisherigen gewerkschaftspolitischen Strategien des öffentlichen Dienstes auf den Prüfstand. Die Rechtspositionen, die bislang erreichbar waren, entfallen. Was soll an ihre Stelle treten?

Das einheitliche Dienstrecht als Monstranz vor sich herzutragen, aber jede konkrete Veränderung im Beamtenrecht wegen Betroffenheit eines Teils der eigenen Mitgliedschaft zu bekämpfen, wird nicht mehr sinnvoll sein. Es war längst allen unbefangenen Zeitgenossen aufgefallen, daß die unterschiedliche mitbestimmungsrechtliche Position von Angestellten und Arbeitern (Letztentscheidungsrecht: Einigungsstelle) und Beamten (Letztentscheidungsrecht: oberste Dienstbehörde) jeder Plausibilität entehrte. Beamte und Angestellte sind funktional voll äquivalent, ein einheitliches Dienstrecht muß deshalb auch die mitbestimmungsrechtliche Unterscheidung aufgeben. Und so hat das BVerfG denn ja nun auch entschieden. Funktional richtig wäre eine Differenzierung nach den Grundsätzen der »Leitenden Angestellten« und der Selbstbindungskontrolle, wie sie das BetrVG in §§ 94 und 95 vorschreibt. In dieser Richtung muß jetzt eine bislang von allen Seiten verabsäumte Diskussion nachgeholt werden. Im übrigen liegt die verfahrensmäßige Abhilfe für instanzenüberladene und zeitraubende personalvertretungsrechtliche Prozeduren auf der Hand: Würde z. B. die »Sprungrevision« eingeführt, so würde sich eine Beschleunigung der Entscheidungen von allein ergeben.

Auf den Prüfstand gehört die auch gewerkschaftliche Pflege jeder Besonderheit des öffentlichen Dienstes. Wenn die privilegierte und von bürokratischen Zügen wahrlich nicht freie Mitbestimmung des öffentlichen Dienstes in den dreifach gestuften Bereich zwischen »Schutzzweck« und »Verantwortungsgrenze« eingezwängt wird, fällt damit nicht auch ein zentrales gewerkschaftspolitisches Argument für die komplette Autonomie des öffentlichen Dienstes gegenüber den privatwirtschaftlich geordneten Organisationsbereichen? Ein Wechsel des Leitbildes ist notwendig, und

zwar der vom Personalvertretungsrecht hin zum Betriebsverfassungsrecht. Ein signifikanter Unterschied zwischen diesen Regelungsmaterien ist die Mitbestimmung in wirtschaftlichen Angelegenheiten (§ 106 ff. BetrVG). Ein wesentlicher Kritikpunkt, dessentwegen der öffentliche Dienst bei der Allgemeinheit dramatisch an Ansehen verloren hat, ist seine durchgängige monetäre Ignoranz. Dieses Defizit ist – wie geschildert – überholtem Haushaltsrecht (»Kameralistik«), aber auch noch wesentlicher einer Politik geschuldet, die finanzielle Verantwortung nicht wirklich übernimmt. Die heutige Wahrnehmung des parlamentarischen Budgetrechts gebiert eher Nachtragshaushalte als Auseinandersetzungen um Prestigeprojekte, absurde Veranschlagungspraktiken oder sinnwidrige Verschuldung. Hier gewerkschaftspolitisch anzusetzen und Zukunft durch öffentliche Dienste zu gestalten, könnte eine reflektierte Antwort auf die vorliegende Entscheidung sein.

Die bisherigen Modifikationen des Personalvertretungsrechts samt Kommentierung und Rechtsprechung füllen leicht sämtliche Regale des Dienstzimmers eines Gewerkschaftssekreärs oder eines OVG-Präsidenten, der sich gern mit Büchern umgibt. Die Materie ist unübersichtlich und legislatorisch umständlich aufbereitet. Lohnt es, den Gesetzgebungsaufwand zu fixieren, daß der Personalrat die Niederschriften über Besprechungen erhält, zu denen er hinzuzuziehen ist (§ 81 IV BPersVG)? Wer die Frage verneint, stellt den bisherigen Kodifikationsstil in Frage, der sich zwischen Arbeitgebern und Gewerkschaften herausgebildet hat. Er lautet nämlich: Hauptsache, alle Welt nimmt den Eindruck mit, es sei Gewaltiges bewegt worden. Die Gewerkschaften müssen Abschied nehmen von dergleichen und sich auf den Weg machen, den Müller-Jentsch mit den Begriffen »Von der repräsentativen Mitbestimmung zur direkten Partizipation« beschrieben hat.<sup>41</sup> Das BVerfG hat die Regelung des § 59 MBG Schl.-H. akzeptiert und damit das breite Feld von Vereinbarungen den Gewerkschaften zugewiesen.<sup>42</sup> Hier öffnet sich ein Gestaltungsbereich mit dem echten Anreiz von Mitarbeiterbeteiligung gerade in Zeiten des Verwaltungsreformdrucks. Dies muß der Ort sein, an dem partizipative Managementstrategien unter Einbeziehung der Arbeitnehmerinteressen eingefordert werden können. Hier besteht die Chance, statt der stellvertretenden die direkte Beteiligung zu realisieren. Es mag die Gefahr von »Mitbestimmung ohne Gewerkschaften« geben<sup>43</sup>; ebenso wird von Verhinderungskoalitionen des mittleren Managements und der Betriebsräte berichtet, die bei zuviel direkter Partizipation um ihren institutionellen Einfluß fürchten.<sup>44</sup> Letztlich liegt aber in den Bereichen die gewerkschaftspolitische Zukunft, die ihren Mitgliedern erfolgreiches Engagement und die ihnen inhaltlich befriedigende Arbeitsfelder bieten.

Die Innovationsschwäche des öffentlichen Dienstes und der bisherigen Mitbestimmungspraxis sind eklatant und nicht zu beschönigen. Die bürokratischen Mechanismen des Personalvertretungsrechts haben hiergegen zumindest nichts ausgerichtet. Fehlen künftig diese Rechtspositionen auf Seiten der Arbeitnehmer/innen, kommt es verstärkt auf rationale Positionen und mehr noch auf die Menschen an, die sie vertreten. Da ein zentrales Argument für die Aufteilung der Mitarbeiterschaft des öffentlichen Dienstes in Beamte/innen sowie Angestellte und Arbeiter/innen jetzt weggefallen ist, muß ein gruppenübergreifendes Wahlrecht angestrebt werden. Die neuere Rechtsprechung des BVerfG bietet hier erfreuliche Anknüpfungspunkte.<sup>45</sup> Darüber hinaus ist es aus gewerkschaftspolitischer Sicht notwendig, das Persönlich-

<sup>41</sup> Müller-Jentsch, *Gewerkschaftliche Monatshefte* 6/1994, 362.

<sup>42</sup> Neumann (Fn. 37), 454.

<sup>43</sup> Leminsky, *Gewerkschaftliche Monatshefte* 1/1996, 47.

<sup>44</sup> Müller-Jentsch (Fn. 41), 367 m. w. N.

<sup>45</sup> BVerfGE 90, 466; 91, 367.

keitswahlrecht innerhalb des Personalvertretungsrechts zu ermöglichen. Das Land Hessen ist hier, wie bei anderen Teilen seines Landesrechts (Quotierung zwischen Männern und Frauen), bereits den richtigen Weg gegangen.

#### *8. Ergebnis*

Die vorliegende Entscheidung stärkt die parteienstaatliche Komponente des öffentlichen Dienstes erheblich. Die These von der ausschließlichen Legitimation des öffentlichen Dienstes durch »Volk und Parlament« überdehnt deren Reichweite und unterschätzt die pluralistischen Systemelemente des modernen demokratischen Gemeinwesens ebenso wie die Legitimation aus Effektivität. Letztlich verkennt das BVerfG den Begriff der sozialen Demokratie. Daß das BVerfG seine dramatische Rechtsprechungskorrektur gegenüber BVerfGE 9, 268 in keiner Weise ausführlich darlegt, erhöht nicht die Akzeptanz des Judikats. Allerdings wird man einräumen müssen, daß das geltende Personalvertretungsrecht für den öffentlichen Dienst kein legislatorisches Glanzstück darstellte. Auch waren wichtige gewerkschaftliche Positionen keineswegs von Selbstwidersprüchen frei.

Gewerkschaftspolitisch ist die Frage zu stellen, ob es weiterhin sinnvoll ist, die umfassende Autonomie des öffentlichen Dienstes zu stützen oder ob nicht eine offensive Angleichung an die Verhältnisse der privatwirtschaftlich organisierten Bereiche anzustreben ist. Instrumente der zwingend notwendigen Modernisierung des öffentlichen Sektors können dabei Vereinbarungen zwischen Arbeitgebern und Gewerkschaften sein, die die Anliegen der laufenden Modernisierung und der öffentlichen Dienste aufnehmen und voranbringen, sowie ein verbessertes Personalratswahlrecht.

## Götz Frank Der verfassungsrechtliche Rahmen zum sozialökologischen Jahr als Pflichtjahr<sup>1</sup>

Es gibt nur wenige verfassungsrechtliche Materien, die so stark von geschichtlichen Erfahrungen geprägt sind wie die in der Verfassung verankerten Grundpflichten. Ob sie Teil der demokratischen Tradition sind oder, ganz im Gegenteil, eher die nicht-demokratischen Epochen seit Beginn der demokratischen Entwicklung in Europa bestimmen, ist sogar im Hinblick auf die allgemeine Wehrpflicht lebhaft umstritten.

Die »levée en masse« von 1792 in Frankreich wird insbesondere vom konservativen

<sup>1</sup> Die verfassungspolitische Diskussion um die Einführung einer allgemeinen Dienstpflcht geht quer durch die politischen Lager. In der CDU wurde ein dahingehender Antrag auf dem Bundesparteitag 1994 mit 290 gegen 236 Stimmen abgelehnt (s. Ekkehart/Lippert, Allgemeine Dienstpflcht als sicherheits- und sozialpolitischer Ausweg? Vierteljahresschrift für Sicherheit und Frieden, 1995, S. 72 ff., S. 72). Bei den Grünen wird eine dahingehende Forderung etwa von Daniel Cohn-Bendit vertreten. In der wissenschaftlichen Diskussion tritt Berthold Meyer (Hessische Stiftung Friedens- und Konfliktforschung – HSFK –) für ein »attraktives Angebot freiwilliger Gesellschaftsdienste« anstelle von allgemeiner Dienstpflcht und Wehrpflicht ein, ein Vorschlag, dem ich mich noch am ehesten anschließen könnte (in: Die bessere Alternative, Vierteljahresschrift für Sicherheit und Frieden 1995, S. 79 ff.). Zur Diskussion um die Abschaffung der Wehrpflicht s. meinen Beitrag »Der Aufgabewandel der Bundeswehr und die Wehrpflicht«, in: Fachzeitschrift zur Kriegsdienstverweigerung, Wehrdienst und Zivildienst, 1995, S. 140 ff.