

# Entscheidungen

409

## Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 24. 8. 1972

*Im Namen des Volkes!*

### *Urteil*

In Sachen des Bankangestellten X . . .  
gegen die Bayerische Vereinsbank . . .

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 24. August 1972 durch die Bundesrichter Dr. Gröninger, Dr. Rengier und Hillebrecht sowie die Bundesarbeitsrichter Dr. Hautmann und Thieß für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Bayern vom 10. September 1971 – 2 Sa 688/71 – wird zurückgewiesen.

Der Kläger trägt die Kosten der Revision.

Von Rechts wegen!

### *Tatbestand:*

Der im Jahre 1951 geborene Kläger war seit dem 1. Juli 1970 als Bankkaufmann bei einer in der Nähe von Augsburg gelegenen Zweigstelle der beklagten Privatbank angestellt. Im Wahlkampf zu den Landtagswahlen 1970 in Bayern hat der Kläger, der im Mai 1970 Mitglied der DKP geworden war, in seiner Freizeit in der Innenstadt von Augsburg ein Extrablatt dieser Partei, nämlich die vier Seiten im Zeitungsformat umfassende »S V -zeitung U U Z« Ausgabe Juli 1970 verteilt. Darin wurden u. a. die Banken allgemein und im Zusammenhang mit der damals bevorstehenden »Eingliederung der B S in eine private Suberbank« (gemeint war die Beklagte) auch die Beklagte kämpferisch angegriffen.

Die Beklagte erfuhr von dieser Betätigung des Klägers von einem ihrer, wie sie angibt, wichtigen Kunden. Der Leiter ihrer Augsburger Niederlassung stellte den Kläger am 2. Oktober 1970 deswegen zur Rede. Dabei bekannte sich dieser zu den Zielen der DKP. Mit Schreiben vom 6. November 1970 kündigte die Beklagte dem Kläger »unter Bezugnahme auf die mit Ihnen geführte Unterredung« fristgerecht zum 31. Dezember 1970.

Der Kläger ist der Auffassung, ihm sei ausschließlich wegen seiner Zugehörigkeit zur DKP gekündigt worden. Die Kündigung sei deshalb sittenwidrig, auch verstoße sie gegen das Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 GG und verletze sein Recht der freien Meinungsäußerung gemäß Art. 5 Abs. 1 GG. Er hat Klage erhoben mit dem Antrag auf Feststellung, daß die Kündigung vom 6. November 1970 unwirksam sei.

Die Beklagte hat zu ihrem Klageabweisungsantrag darauf hingewiesen, allein die Angriffe gegen sie und ihre Kunden (z. B. die Firma S ) hätten sie zur Kündigung veranlaßt. Der Kläger habe sich durch die Verteilung des Extrablattes mit diesen Angriffen identifiziert.

Beide Vorinstanzen haben der Klage den Erfolg versagt. Mit der Revision verfolgt der Kläger seinen bisherigen Antrag weiter.

#### *Entscheidungsgründe:*

Die Revision ist nicht begründet. Dem Landesarbeitsgericht ist im Ergebnis und im wesentlichen auch in der Begründung beizutreten.

I. Als Ausgangspunkt ist festzustellen, daß das Arbeitsverhältnis des Klägers im Zeitpunkt der Kündigung noch keine sechs Monate bestanden hatte und er deshalb den allgemeinen Kündigungsschutz gemäß §§ 1 ff. KSchG nicht in Anspruch nehmen konnte. Die Beklagte konnte bei Einhaltung der für das Arbeitsverhältnis geltenden Kündigungsfrist im Grundsatz frei kündigen. Dementsprechend ist es in diesem Rechtsstreit nicht Sache der Beklagten, ihre Kündigung zu rechtfertigen, sondern der Kläger hat darzulegen und ggf. zu beweisen, daß die Kündigung aufgrund solcher Vorschriften rechtsunwirksam ist, die außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes zu der von ihm angenommenen Rechtsfolge führen. Solche Vorschriften sind nach den zutreffenden Ausführungen der Revision § 134 BGB in Verbindung mit Verfassungsrecht (Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot), § 138 BGB (Sittenwidrigkeit) und § 242 BGB (Verstoß gegen Treu und Glauben). Keine dieser Vorschriften ist im Streitfall in ihren Voraussetzungen erfüllt.

II. Als gesetzliche Verbote, deren Verletzung gemäß § 134 BGB zur Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes führt, sind hier nur die in den Grundgesetzartikeln über das Diskriminierungsverbot wegen der politischen Anschauung (Art. 3 Abs. 3 GG) und über das Recht der freien Meinungsäußerung (Art. 5 Abs. 1 GG) aufgestellten Grundsätze in Betracht zu ziehen. Dabei geht der Senat zugunsten des Klägers in Übereinstimmung mit der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts von der sogenannten Drittwirkung dieser Grundrechte, also von der Rechtsansicht aus, daß die genannten Verfassungsvorschriften unmittelbar auf den Privatrechtsverkehr anzuwenden sind (vgl. z. B. BAG 1, 185 [191 ff.] = AP Nr. 2 zu § 13 KSchG, BAG 4, 240 [242 f.] = AP Nr. 16 zu Art. 3 GG; BAG 4, 274 [276 ff.] = AP Nr. 1 zu Art. 6 Abs. 1 GG Ehe und Familie; BAG 13, 168 [174 ff.] = AP Nr. 25 zu Art. 12 GG; alle mit weiteren Hinweisen), ohne damit abschließend zu dieser noch immer umstrittenen Frage Stellung zu nehmen (vgl. zum Streitstand die Hinweise bei Palandt-Heinrichs, BGB, 31. Aufl., § 242 Anm. 1 d).

1. Der Revision ist darin zu folgen, daß ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 3 GG – im vorliegenden Fall eine Benachteiligung des Klägers wegen seiner politischen Anschauung, nämlich wegen der Mitgliedschaft in einer politischen Partei – zur Nichtigkeit der Kündigung führen kann. Artikel 3 Abs. 3 GG ist schon in der bisherigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts als Verbotsgebot im Sinne des § 134 BGB anerkannt worden (BAG AP Nr. 26 zu § 1 KSchG). Doch gilt das nicht uneingeschränkt.

a) Auch wenn das Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 GG dem einzelnen Bürger mit zwingender Wirkung eine bestimmte Rechtsposition im Verhältnis zu den übrigen Rechtsgenossen gibt, so darf hierdurch doch nicht die ebenfalls in der Verfassung verbürgte privatrechtliche Gestaltungs- und Vertragsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG ungebührlich eingeschränkt werden. Die Verfassungssätze sind bei ihrer Anwendung auch im privatrechtlichen Bereich gegeneinander abzuwägen. Das gilt besonders in einem Fall der vorliegenden Art, in dem gemäß § 1 Abs. 1 KSchG das Recht des Arbeitgebers zur ordentlichen Kündigung noch nicht eingeschränkt ist.

Daher kann das Verbot der Benachteiligung wegen der politischen Anschauung im Privatrecht nur gegenüber solchen Maßnahmen gelten, die eines verständigen und zu billigen Sinnes entbehren. Ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 3 GG kann also nur dann vorliegen, wenn die Sonderbehandlung gerade wegen und nur wegen eines der dort genannten Gründe erfolgt (so schon BAG 1, 185 [196] = AP Nr. 2 zu § 13 KSchG; AP Nr. 26 zu § 1 KSchG; vgl. auch die Rechtsprechungshinweise bei Leibholz-Rinck, Grundgesetz, 4. Aufl., Art. 3 Anm. 36 sowie BVerfGE 7, 155 [171]).

b) Diese Voraussetzungen für die Anwendung des Art. 3 Abs. 3 GG sind hier nicht erfüllt. Die Beklagte hat dem Kläger nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts (S. 8 des Urteils) nicht wegen seiner politischen Anschauung (Zugehörigkeit zur DKP), sondern wegen der Verteilung des Extrablatts und der darin liegenden Meinungsäußerung gekündigt. Diese Feststellungen greift die Revision als widersprüchlich und unter Verletzung des Verfahrensrechts zustande gekommen an. Diese Rügen können aber das angefochtene Urteil jedenfalls im Ergebnis nicht erschüttern.

Für die Entscheidung kommt es, wie die vorhergehenden Ausführungen zeigen, lediglich darauf an, ob die politische Anschauung des Klägers für die Beklagte der alleinige Anlaß zur Kündigung oder ob ein weiterer Grund maßgebend gewesen ist. Deshalb kann zugunsten des Klägers und entgegen der Feststellung des Landesarbeitsgerichts unterstellt werden, daß die Beklagte aus den beiden vorgenannten Gründen gekündigt hat. Für den Kläger ist damit nichts gewonnen, weil es auch in diesem Fall an dem zu fordernden ausschließlichen Ursachenzusammenhang zwischen der Kündigung und der Parteizugehörigkeit fehlt.

Soweit die Revision darüber hinaus als Sachverhalt zugrunde gelegt haben will, dem Kläger sei *ausschließlich* wegen seiner Parteizugehörigkeit gekündigt worden, setzt sie sich in unüberbrückbaren Widerspruch zum eigenen (im angefochtenen Urteil S. 2 und 5 in Verbindung mit S. 3 des Arbeitsgerichtsurteils in Bezug genommenen) Vortrag des Klägers in den Tatsacheninstanzen. Bereits in der Klageschrift (S. 2 unter V. = Bl. 2 VorA) hat der Kläger angegeben, in jener Unterredung vom 2. Oktober 1970, aus deren Inhalt der Kläger die Unwirksamkeit der Kündigung herleitet, weil nur dort die Beweggründe der Beklagten für die spätere Kündigung erkennbar geworden sind, habe ihm der Repräsentant der Beklagten, der später als Zeuge benannte Direktor von H., »Vorhaltungen wegen seiner Mitgliedschaft in der Deutschen Kommunistischen Partei und wegen der Verteilung einer Zeitung am 29. August 1970 gemacht«. In der Berufungsbegründung vom 16. Juni 1971 (S. 3 unter II. = Bl. 38 VorA) hat der Kläger vortragen lassen, die Beklagte habe ihm vorgeworfen, daß in dem von ihm verteilten Extrablatt eine Reihe von Angriffen enthalten sei, und ergänzend darauf hingewiesen (Berufungsbegründung S. 5 = Bl. 40 VorA), ein Arbeitnehmer sei nicht gehalten, das Eingreifen seines Arbeitgebers in die Politik widerspruchlos hinzunehmen, sondern berechtigt, jedenfalls außerhalb des Betriebes auch die von seinem Arbeitgeber verfolgte Politik anzugreifen, womit eindeutig auf den Inhalt des Extrablatts und damit auf dessen von der Beklagten beanstandete Verteilung durch den Kläger Bezug genommen worden ist.

Aufgrund dieses eigenen Vortrags des Klägers hat das Landesarbeitsgericht seinen Beweisantrag auf Vernehmung des Direktors von H. (S. 10 unter VII. der Berufungsbegründung = Bl. 45 VorA) darüber, daß dieser bei der Unterredung vom 2. Oktober 1970 dem Kläger unmißverständlich erklärt habe, er halte eine Mitgliedschaft in der DKP und die Beschäftigung bei der Beklagten für unvereinbar, jedenfalls nicht so verstanden und auch nicht so verstehen müssen, daß be-

wiesen werden sollte, dies sei der einzige Inhalt des Gesprächs gewesen und die Extrablattverteilung habe keine Rolle gespielt. Das Landesarbeitsgericht hatte deshalb keinen Anlaß zur Vernehmung dieses Zeugen. Selbst wenn der Zeuge im Sinne des Beweisantrags ausgesagt hätte, hätte das Landesarbeitsgericht nicht daran vorbeikommen können, daß zumindest neben der Parteimitgliedschaft ein weiterer Grund, nämlich die Verteilung des Extrablatts, die Kündigung ausgelöst hat, wie es die Beklagte immer wieder vorgetragen und der Kläger ausdrücklich zugestanden hatte.

c) Die Kündigung vom 6. November 1970 ist daher nicht wegen Verletzung des Art. 3 Abs. 3 GG nichtig.

2. Soweit der Kläger meint, durch die Kündigung der Beklagten werde sein Grundrecht der freien Meinungsäußerung beeinträchtigt, kann dahingestellt bleiben, ob der einschlägige Art. 5 Abs. 1 GG ähnlich wie Art. 3 Abs. 3 GG – als Verbotsgebot im Sinne des § 134 BGB zu verstehen ist. Es kommt darauf deshalb nicht an, weil hier die Beschränkung des Art. 5 Abs. 2 GG (Schranke der Freiheitsrechte des Art. 5 Abs. 1 GG in den Vorschriften der allgemeinen Gesetze) eingreift.

a) Auf das Recht der freien Meinungsäußerung beruft sich der Kläger im Hinblick auf die Verteilung des Extrablatts. Dazu hat das Landesarbeitsgericht (S. 6 und 8 des Urteils) festgestellt, der Kläger habe sich mit dem Inhalt des Extrablatts identifiziert. Die Revision vermißt dazu eine nähere Begründung. Diese Rüge ist unbegründet. Es gibt nämlich nur zwei Möglichkeiten:

Entweder der Kläger hat sich mit dem Inhalt des Extrablatts identifiziert, also die darin enthaltenen Äußerungen der DKP sich als seine Meinung zu eigen gemacht, oder er hat es nicht getan, sondern – wie die Revision es für möglich hält – sich als neutraler Zeitungsverteiler betätigt. In diesem zuletzt genannten Fall wäre sein Grundrecht aus Art. 5 Abs. 1 GG durch die Kündigung nicht berührt. Wenn er keine Meinung zum Inhalt der von ihm verteilten Zeitung hat, dann äußert er auch keine Meinung und der von ihm auf Verletzung seines Grundrechts gestützte Angriff gegen die Kündigung geht ins Leere. In diesem Fall würde sich eine Nachprüfung der Wirksamkeit der Kündigung im Hinblick auf Art. 5 GG erübrigen. Sollte gleichwohl auch bei einem solchen Sachverhalt (Verteilung eines Presseerzeugnisses, ohne mit dessen Inhalt übereinzustimmen) das Recht der freien Meinungsäußerung im Spiel sein, dann greift wiederum die Beschränkung des Art. 5 Abs. 2 GG ein.

Im übrigen hat der Kläger auf die Berufungserwiderung der Beklagten mit deren Behauptung (S. 5 unten des Schriftsatzes vom 27. Juli 1971 = Bl. 54 VorA), durch die Verteilung des Extrablatts habe er sich mit den darin enthaltenen Angriffen gegen die Beklagte identifiziert, zwar ausführlich geantwortet (Schriftsatz vom 6. September 1971, Bl. 66 ff. VorA), die Behauptung der Beklagten aber nicht behandelt, sondern näher dargelegt, daß seine Meinungsäußerung, auch soweit die Beklagte betroffen sei, erlaubt gewesen sei und das Arbeitsverhältnis nicht berühre. Das Landesarbeitsgericht hatte hiernach keinen Anlaß, seine auf dem Vortrag der Beklagten beruhende und vom Kläger nicht bestrittene Annahme, der Kläger habe die im Extrablatt geäußerten Meinungen als seine Meinung übernommen und geäußert, näher zu begründen. Es lag insoweit ein unstreitiger Sachverhalt vor.

b) In Anwendung des Art. 5 Abs. 2 GG hat das Bundesarbeitsgericht wiederholt entschieden, daß das Recht der freien Meinungsäußerung im Bereich des Arbeitsrechts seine Schranke in den Grundregeln über das Arbeitsverhältnis findet (BAG 1, 185 [194 f.] = AP Nr. 2 zu § 13 KSchG; BAG 7, 256 [261] = AP Nr.

1 zu Art. 5 Abs. 1 GG Meinungsfreiheit). Im Rahmen dieser Schranken ist der Arbeitnehmer genötigt, auch seine Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis zu beachten. Insbesondere darf er nicht den Interessen des Arbeitgebers zuwiderhandeln oder diese beeinträchtigen. Das folgt aus dem Pflichtengebot, gegebenenfalls sich selbst hinsichtlich des Rechts der freien Meinungsäußerung eine Schranke aufzuerlegen (LAG Bremen AP Nr. 56 zu § 626 BGB). Eine Zuwiderhandlung im vorgenannten Sinne ist dann anzunehmen, wenn durch die politische Meinungsäußerung das Arbeitsverhältnis konkret berührt wird (so zuletzt das Urteil des Senats vom 15. Juli 1971, AP Nr. 83 zu § 1 KSchG mit Hinweisen auf die bisherige Rechtsprechung unter I).

c) Das Landesarbeitsgericht hat dem ihm in vollständiger Fassung vorliegenden Extrablatt, das der Kläger seinerzeit verteilt hatte, entnommen, es enthalte nicht nur Angriffe gegen eine bestimmte politische Partei, sondern es richte sich gegen die Banken im allgemeinen und gegen die Beklagte im besonderen. (§ 6 des LAG-Urteils), die Beklagte sei dadurch unmittelbar diskriminiert und in der Meinung der Öffentlichkeit herabgesetzt worden (S. 7 des LAG-Urteils). Diese Ausführungen stellen eine Würdigung des Sachverhalts dar, die im wesentlichen auf tatsächlichem Gebiet liegt und deshalb dem Gericht der Tatsacheninstanz überlassen ist. Die Annahme des Landesarbeitsgerichts läßt, da sie vertretbar ist, einen Rechtsirrtum nicht erkennen.

d) Steht aber fest, daß der Kläger die Beklagte in der Meinung der Öffentlichkeit herabgesetzt hat, dann sind die arbeitsrechtlichen Beziehungen der Parteien unmittelbar berührt worden. Auf die Meinungsfreiheit kann er sich nicht berufen, weil er mit seiner Meinungsäußerung die ihm durch den Arbeitsvertrag auferlegten Grenzen loyalen Verhaltens überschritten hat.

II. Aus den zuletzt genannten Gründen verstößt die Kündigung vom 6. November 1970 auch nicht gegen die guten Sitten (§ 138 BGB). Die Beklagte kann aufgrund der Feststellungen des Landesarbeitsgerichts immerhin für sich in Anspruch nehmen, daß der Kläger ihre Interessen gefährdet hat. Wird ein solcher Anlaß, den die Rechtsordnung mißbilligt, in der vom allgemeinen Kündigungsschutz nicht erfaßten Zeit vom Arbeitgeber zum Beweggrund für eine ordentliche Kündigung genommen, dann kann die Kündigung im Sinne des § 138 BGB nicht unanständig sein.

IV. Die Anwendung des § 242 BGB auf die umstrittene Kündigung scheitert schon daran, daß der in den ersten sechs Monaten des Arbeitsverhältnisses geltende Grundsatz der Kündigungsfreiheit durch § 242 BGB nicht eingeschränkt wird, es sei denn, es liege ein Sachverhalt vor, der unabhängig von der Frage der Sozialwidrigkeit nach den Maßstäben des § 242 BGB zu prüfen ist (vgl. BAG 16, 21 = AP Nr. 5 zu § 242 BGB Kündigung mit Hinweisen unter II; ferner Hueck, KSchG, 7. Aufl., Einl. IV 6 b [S. 47 f.]). Derartiges hat der Kläger nicht vorgetragen. Vielmehr müßten die Gründe, die nach der Ansicht des Klägers die Kündigung ausgelöst haben (DKP-Zugehörigkeit, Verteilung des Extrablatts), bei Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes als Gründe in der Person oder im Verhalten des Klägers, ggf. auch als dringende betriebliche Erfordernisse gewertet werden. Deren Berechtigung kann aber auf der Grundlage allein des § 242 BGB gerade nicht nachgeprüft werden.

gez. Dr. Gröninger

gez. Dr. Rengier

gez. Hillebrecht

gez. Dr. Hautmann

gez. Thieß

[AZ.: 2 AZR 469/71]

## I.

Die für ein Revisionsverfahren bemerkenswert knappen Entscheidungsgründe erwecken den Anschein, als halte das Urteil des Senats sich ganz im Rahmen einer »ständigen und gefestigten« Rechtsprechung zur politischen Betätigung von Arbeitnehmern. Ein Blick in die zitierten früheren Entscheidungen zeigt jedoch, daß der Senat – noch dazu, ohne dies erkennen zu lassen – weit über die bisherige, die politische Betätigung von Arbeitnehmern restringierende Judikatur des BAG hinausgehend<sup>1</sup>, die aus dem Arbeitsverhältnis entwickelte sogenannte Treuepflicht in einer Weise ausgedehnt hat, die jede politische Betätigung von Lohnabhängigen zu einem riskanten Unternehmen macht.

Hatte das BAG schon in einem seiner ersten Urteile<sup>2</sup> die politische Betätigungsfreiheit von Betriebsratsmitgliedern im Betrieb über die Grenzen des gesetzlichen Verbots hinaus inhibiert, so gab das Verbot des *betrieblichen* Bezugs der politischen Betätigung noch eine annähernd bestimmbare Grenze, die das Gericht allerdings schon in einer späteren Entscheidung selbst unterlief, indem es bei politischen Aktionen außerhalb des Betriebes auch die bloße *Absicht*, einen »Zusammenhang mit dem Betrieb« herzustellen, inkriminierte.<sup>3</sup> Einen Beweis für die angenommene Gefährdung des »Betriebsfriedens« durch politische Betätigung hat das Gericht allerdings nicht für erforderlich gehalten, da dafür eine »tatsächliche Vermutung« spreche<sup>4</sup> (eine Vermutung, die einiges für sich hat, wenn man mit dem Gericht davon ausgeht, daß auch der Arbeitgeber [!] zur »Betriebsgemeinschaft« gehöre).

Auch in dem Urteil vom 15. 7. 1971<sup>5</sup> hatte der Senat nicht etwa nur auf die »konkrete Berührung des Arbeitsverhältnisses« durch politische Meinungsäußerung rekurriert, sondern er hatte dieses Erfordernis noch dahin konkretisiert, daß politische Betätigung sich *betrieblich* auswirken müsse.<sup>6</sup>

In dem hier abgedruckten Urteil macht das BAG offenbar nicht einmal mehr den Versuch, einen solchen »betrieblichen Bezug« der politischen Betätigung die im vorliegenden Fall Anlaß zur Kündigung des Arbeitsverhältnisses gegeben hat, überhaupt herzustellen und hält die bloße Verteilung einer den Arbeitgeber öffentlich »herabsetzenden« Zeitung, obwohl ohne jeden Zusammenhang mit dem betrieblichen Arbeitsprozeß, für ein »treuwidriges« Verhalten.

## II.

Die Ausführungen zur Tragweite des Art. 5 Abs. 1 und 2 GG sind schon deshalb verfehlt, weil der Senat zunächst davon ausgeht, dem Kläger könne der »herabsetzende Artikel« als eine eigene individuelle Meinungsäußerung zugerechnet werden. Damit wird der strukturelle Kontext der inkriminierten Handlung ignoriert: Es handelte sich eben nicht um eine individuelle Äußerung, sondern die

<sup>1</sup> Vgl. im übrigen zur Rechtsprechung der Arbeits- und Landesarbeitsgerichte LAG Saarland, KJ 71, 319 ff. m. Anm. v. J. A. E. Meyer, a. a. O. S. 318 ff. und ArbG Hamburg, KJ 70, 225 ff. mit meiner Anmerkung a. a. O., S. 231 ff.

<sup>2</sup> BAG 1, 185 ff. [194 ff.]: Verteilung von KPD-Wahlpropaganda im Betrieb.

<sup>3</sup> BAG 134: Verteilung von Flugblättern auf einer zum Betrieb führenden öffentlichen Straße.

<sup>4</sup> A. a. O. S. 5.

<sup>5</sup> AP Nr. 83 zu § 1 KSchG in JZ 71, 785 ff.: Weigerung eines Postarbeiters, eventuelle Arbeiten zur Durchführung von Überwachungsmaßnahmen aufgrund des Gesetzes zu Art. 10 GG zu übernehmen. Diese Entscheidung ist wegen ihrer Argumentationstechnik interessant: Das Gericht versucht dem im *Ergebnis* liberalen Urteil jede etwaige, der früheren restriktiven Judikatur entgegenwirkende präjudizierende Wirkung durch Betonung der singulären Umstände (wissenschaftliche Kontroverse um die Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes etc.) zu nehmen.

<sup>6</sup> Vgl. JZ 71, 786 r. Sp.

Verteilung des Extrablattes war ein Bestandteil jenes institutionellen, nicht mehr nur individualgrundrechtlich zu verstehenden Kommunikationsprozesses »Presse«, dessen Freiheit das GG als von individueller Meinungsfreiheit zu trennende spezifische »Pressefreiheit« gewährleistet<sup>7</sup>, die wegen ihres institutionellen Charakters auch – ebenso wie alle anderen »Hilfstätigkeiten« – die *Verbreitung* von Presseerzeugnissen umfaßt.<sup>8</sup> Nur unter diesem Aspekt kann die Frage adäquat gestellt werden, ob eine Pflicht zur »Loyalität« gegenüber dem Arbeitgeber bei politischer Betätigung, wie sie das BAG als Bestandteil des Rechts des Arbeitsvertrags ansieht, als eine »allgemeine«, nicht die spezifisch kommunikative Funktion der Presse im Prozeß der öffentlichen Meinungsbildung tangierende Schranke im Sinne des Art. 5 Abs. 2 GG angesehen werden kann.<sup>9</sup> Die Weimarer Reichsverfassung hatte in Art. 118 Abs. 1 Satz 2 die Ausübung von Meinungsäußerungsfreiheit auch explizit vor Behinderungen durch »Arbeits- oder Anstellungsverhältnis« schützen wollen. Wie das BAG in einer der von ihm zitierten Entscheidungen selbst angeführt hat, gilt dies auch für das Regime des GG, obgleich Art. 5 eine entsprechende Bestimmung nicht übernommen hat.<sup>10</sup> Ein Verbot, Zeitungen zu verbreiten – sei es als Sympathisant oder zwecks Nebenerwerbs –, die den Arbeitgeber in der Öffentlichkeit »herabsetzen«, entspricht, soweit nicht dadurch der organisatorische oder technische Betriebsablauf betroffen wird, dem so konkretisierten Kriterium der Allgemeinheit nicht, weil es eben über ein ökonomisches Abhängigkeitsverhältnis die Partizipation an einem pressenspezifischen Kommunikationsvorgang behindern würde. »Besondere«, gerade den Kommunikationsvorgang *substantiell* beschränkende Gesetze sind die in Abs. 2 neben den »allgemeinen Gesetzen« in begrenztem Umfang explizit zugelassenen straf- und zivilrechtlichen Ehrenschrifttatbestände<sup>11</sup>, die hier offenbar nicht erfüllt waren (und die im übrigen gerade für Verteiler von Zeitungen unter dem Aspekt der *pressenspezifischen* Sorgfaltspflichten im Interesse der Sicherung der Rahmenbedingungen des öffentlichen Meinungs- und Willensbildungsprozesses besonders genau geprüft werden müßten, damit das ökonomische Presserisiko nicht uferlos ausgeweitet wird). Ein darüber hinausgehender Schutz vor »Herabsetzung« würde eine durch Art. 5 Abs. 2 nicht legitimierte Beschränkung der Meinungs- und Pressefreiheit bedeuten, da dann durch einen Arbeitsvertrag Meinungen und Betätigungen verboten würden, die nicht »an sich unbefugt und widerrechtlich« wären.<sup>12</sup> Die Schranken der Meinungs- und Pressefreiheit können nicht durch die Konstruktion einer allgemeinen, nicht nur die Meinungs- und Pressefreiheit begrenzenden »Treuepflicht« des Arbeitnehmers unterlaufen werden. Eine »Treuepflicht«, die *alle* Betätigung des Arbeitnehmers restringiert, summiert »besondere« Beschränkungen grundrechtlicher Freiheit, statuiert aber keine »allgemeine« Schranke im Sinne des Art. 5 Abs. 2 GG.

Art. 5 Abs. 1 GG hat den Charakter eines gesetzlichen Verbotes im Sinne des § 134 BGB. Eine dagegen verstoßende Kündigung ist nichtig<sup>13</sup>, so daß es auf die Besonderheit des Falles, daß die Voraussetzungen des Kündigungsschutzes noch nicht erfüllt waren, nicht ankommt.

<sup>7</sup> Vgl. dazu H. Ridder: Meinungsfreiheit, in: Die Grundrechte II, 243 ff. [259 f.].

<sup>8</sup> Vgl. dazu Maunz-Dürig, Art. 5 Rdnr. 140.

<sup>9</sup> Vgl. H. Ridder, a. a. O. S. 282 f.

<sup>10</sup> BAG AP Nr. 2 zu § 15 KSchG = JZ 55, 117 ff. (119).

<sup>11</sup> Vgl. H. Ridder (Anmerkung zum »Richard Schmid-Beschluß« des BVerfG) JZ 61, 537 ff. [539].

<sup>12</sup> So G. Anschütz, Komm. zur WRV, 14. Aufl., Berlin 1933, Art. 118 Anm. 5, N. 1.

<sup>13</sup> Vgl. schon RAG, Benschheimer Sammlung 16, 26.

Die arbeitsgerichtliche Rechtsprechung zur politischen Betätigung demonstriert einmal mehr den ideologischen Charakter der »personenrechtlichen« Arbeitsvertragskonstruktion: Diszipliniert die »Treuepflicht« den Arbeitnehmer weit über die Grenzen der traditionellen Dogmatik vertraglicher Nebenpflichten hinaus in einer Art von privatrechtlichem besonderen Gewaltverhältnis<sup>14</sup>, so hat die scheinbar zum Ausgleich statuierte Fürsorgepflicht des Arbeitgebers tendenziell nicht zuletzt die Funktion, gesetzliche, vor allem von der Arbeiterbewegung erkämpfte Rechte von ihrer historischen Genese abzulösen und zur Emanation von Fürsorgepflicht zu überhöhen.<sup>15</sup> *Neue*, über die traditionelle Vertragskonzeption hinausgehende Pflichten werden daraus für den *Arbeitgeber* nicht entwickelt. So erklärt sich auch, daß die Rechtsprechung bei politisch bedingter Kündigung nicht einmal explizit die Frage aufwirft, ob nicht die »Fürsorgepflicht« des Arbeitgebers gegenüber dem Arbeitnehmer einer Kündigung im Einzelfall entgegenstehen könne. Nach der Feststellung einer *Treuepflicht*verletzung des Arbeitnehmers wird der dogmatische Bezugsrahmen des »personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnisses« verlassen und zur Abwägung der offenbar jetzt wieder voneinander separierten *Interessen* übergegangen. Wird das »Vertrauensverhältnis« gestört, so fällt der »personenrechtliche« Rechtsstatus des Arbeitnehmers sogar hinter den traditionellen schuldrechtlichen, durch das Erfordernis der »Abmahnung« bei Vertragsverletzung (vgl. § 326 BGB) gewährten Schutz vor überraschenden, die Vertragsgrundlage tangierenden Rechtsakten des Vertragspartners zurück.<sup>16</sup>

Nur der »treue«, die Interessen des Arbeitgebers währende Arbeitnehmer hat ein Recht auf »Fürsorge«!

Karl-Heinz Ladewig

## Beschluß des Kammergerichts vom 20.9.1972

In der Strafsache gegen

den Rechtsanwalt Horst Mahler, z. Zt. in dieser Sache in Untersuchungshaft wegen Vergehens nach § 129 StGB u. a.

wird der Antrag des Generalbundesanwalts, die Bestellung des Rechtsanwalts Otto Schily zum Pflichtverteidiger des Angeklagten zurückzunehmen, nach Anhörung des Rechtsanwalts Schily abgelehnt; Rechtsanwalt Schily wird dem Angeklagten auch für die Hauptverhandlung als Pflichtverteidiger beigeordnet.

### Gründe:

#### I.

Der Ermittlungsrichter beim Bundesgerichtshof hat während des Ermittlungsverfahrens dem Angeklagten den Rechtsanwalt Otto Schily aus Berlin gemäß

<sup>14</sup> Bezeichnend ist, daß das BAG sich nunmehr ohne Differenzierung auf ein früheres Urteil (BAG 7, 256 = AP Nr. 1 zu Art. 5 GG) beruft, das gerade die für den *öffentlichen Dienst* bestehende »besondere«, in Beamtengesetzen und Tarifverträgen immerhin *statuierte* – wenn auch im einzelnen verfassungsrechtlich dubiose – Pflichtenbindung betont. Vgl. dazu auch *D. Conrad*: Freiheitsrechte und Arbeitsverfassung, Berlin 1965, S. 41 N. 50.

<sup>15</sup> Vgl. etwa zum Urlaubsanspruch als »*Ausfluß der Fürsorgepflicht*« Hueck-Nipperdey, Grundriß des Arbeitsrechts, 2. Aufl. 1962, S. 96, während in der 1. Auflage des Lehrbuchs des Arbeitsrechts von 1928, zu einer Zeit, als es noch keinen *gesetzlichen* Urlaubsanspruch gab, auch eine entsprechende »*Fürsorgepflicht*« zur Gewährung von Urlaub nicht angenommen wurde.

<sup>16</sup> Vgl. dazu auch das bereits erwähnte, in dieser Hinsicht sehr aufschlußreiche Urteil des LAG Saarland, KJ 71, 319 ff. [327 f.].