

## Besprechungsaufsatz

Professor Dr. Volker Rieble, München

### Kündigungsschutz für Rechtsextreme?

Zugleich Besprechung zum Urteil BAG v. 12. 5. 2011 – 2 AZR 479/09

*Das BAG hat im Urteil vom 12. 5. 2011 – 2 AZR 479/09<sup>1</sup> – einem Aktivisten der NPD das Arbeitsverhältnis im öffentlichen Dienst erhalten und Kündigung nebst Arglistanfechtung scheitern lassen. Damit verweigert das Gericht die Teilnahme der Justiz am „Kampf gegen Rechts“ und wendet streng rechtsförmig auf den Fall eben jene Maßstäbe an, die auch sonst für die Kündigung von (potentiellen) Extremisten gelten. Gerade weil das BAG mitunter für sozialpolitische und also politische Wertungen empfänglich ist, ist diese Striktheit zu begrüßen. Dass das Recht niemandes Feind sein darf, das hätte die Rechtsprechung insbesondere des BAG freilich schon früher beim Umgang mit Kommunisten im öffentlichen Dienst beherzigen können.*

#### I. Die Entscheidung

Der Fall ist banal: Ein Verwaltungsangestellter im Druck- und Versandzentrum einer Oberfinanzdirektion hatte bei seiner Einstellung 2003 „verschwiegen“, dass er schon zuvor für die NPD und deren Jugendorganisation tätig gewesen war und dass ein vorheriger befristeter Arbeitsvertrag mit einem Landkreis eben deswegen ausgelaufen war. Außerdem gab er auf die Belehrung zur Verfassungstreuepflicht folgende vom Land als Arbeitgeber vorformulierte Erklärung ab: „Ich versichere ausdrücklich, dass ich Bestrebungen, die gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung oder gegen eine ihrer oben genannten grundlegenden Prinzipien gerichtet sind, nicht unterstütze und auch nicht Mitglied einer hiergegen gerichteten Organisation bin.“

Dass der Kläger Mitglied der NPD gewesen ist, behauptet zwar das Land, die Umstände sprechen auch dafür, belegt ist das im Tatbestand nicht. Der Verfassungsschutz konstatierte weitere Aktivitäten zur Unterstützung der NPD und ihrer Jugendorganisation: Einladung zum Sommerfest 2007 und dort selbst Auftritt als Ansager, Einladung zu Veranstaltungen durch „Newsletter“, Teilnahme an Gedenkveranstaltungen für die in den Weltkriegern gefallenen Soldaten. Eigene, rechtlich zu beanstandende Äußerungen des Klägers sind nicht vermerkt.

Das Land sah sich angesichts der Vorgeschichte arglistig getäuscht und focht „den Arbeitsvertrag“<sup>2</sup> an – zugleich sprach es eine außerordentliche und hilfsweise ordentliche Kündigung aus. Das BAG hat die Anfechtung der Arbeitsvertragserklärung durch das Land und die Kündigung als einheitlichen Streitgegenstand aufgefasst und den Fall so einer abschließenden Klärung unterzogen. Das ist etwas an den Haaren herbeigezogen: Das BAG hat so nebenbei die Rückwirkung der Anfechtung auf den Zeitpunkt der fristlosen Kündigung nebst Freistellung und damit der „Außerfunktionsetzung“ des Arbeitsverhältnisses bestätigt (Rn. 19) – und daraus gefolgert, dass die Anfechtung kraft ihrer Rückwirkung das Arbeitsverhältnis zu einem Zeitpunkt beseitigt hätte, zu dem das jedenfalls die ordentliche Kündigung noch nicht vermochte. Dass die Rückwirkungsfiktion den Streitgegenstand bestimmen kann, erscheint befremdlich. Denn sie bleibt Fiktion. Zum Rückwirkungszeitpunkt war keine Anfechtung ausgesprochen und war

das Arbeitsverhältnis durch Anfechtung nicht bedroht. Nimmt man das BAG beim Wort, könnte selbst eine in zweiter Instanz (schriftsätzlich) noch ausgesprochene Anfechtung nachträglich rückwirkend den Streitgegenstand der ersten Instanz verändern. Aber das ist eine prozessuale *Quisquilie*, die den Zweiten Senat, für den das Prozessrecht weniger Erkenntnisgegenstand als vielmehr dienendes Recht ist, nicht interessieren muss.

Materiellrechtlich hat das BAG sowohl die Anfechtung wie jede Kündigung scheitern lassen – in einem musterhaft klaren Urteil: Arglistig getäuscht hätte der Kläger, wenn er jedenfalls vorsätzlich, womöglich auch nur mit „arger List“, also konkretem Willensbeeinflussungsvorsatz<sup>3</sup>, auf die vorformulierte Frage des Arbeitgebers gelogen hätte. Die vom Land als künftigen Arbeitgeber gestellte Frage nach der Mitgliedschaft in einer verfassungsfeindlichen Organisation oder nach Bestrebungen des Bewerbers gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung ist viel zu diffus, weil sie dem Bewerber die rechtliche Wertung und das Fehlbeurteilungsrisiko auferlegt. Soll doch das Land nach der Mitgliedschaft in der NPD und der Unterstützung von deren Aktivitäten fragen, wenn es diese für verfassungsfeindlich hält. Verfasser wurde vielfach schon formulärmäßig gefragt, ob er in seinen Vorträgen „Methoden von L. Ron Hubbard“, also des Scientology-Gründers, anwende – und konnte diese Frage nie beantworten, weil er jene Methoden nicht kennt.

Auch die ordentliche Kündigung scheitert: Die für die personenbedingte Kündigung erforderlichen Eignungsmängel lassen sich nicht feststellen, weil ein einfacher Mitarbeiter im öffentlichen Dienst nach gewachsener Rechtsprechung dem Staat als Arbeitgeber anders als der Beamte keine positive „Identifikation“, also gesteigerte Loyalität schuldet, sondern nur negativ keine Störung. Insoweit irritiert allerdings, dass das BAG diese Frage bei der personenbedingten Kündigung abhandelt: Wenn für einfachere Tätigkeiten im öffentlichen Dienst keine Loyalität erforderlich ist, sondern nur die Abwesenheit von Störungen durch eine verfassungsfeindliche Betätigung, so spricht mehr dafür, dies allein der verhaltensbedingten Kündigung zuzuordnen. Die vom BAG bemühte „Gewähr, nicht selbst aktiv verfassungsfeindliche Ziele zu verfolgen oder (...) den Staat, die Verfassung oder ihre Organe zu beseitigen, zu beschimpfen oder verächtlich zu machen“ ist im Kern keine Eignungs- sondern eine Fehlverhaltensfrage. Sonst müsste jede verhaltensbedingte Kündigung wegen des potentiellen Vertrauensverlustes auch als personenbedingte ausgesprochen werden können. Eben das geschieht nur bei der Verdachtskündigung und nur unter besonders hohen Anforderungen.

Das belegt die Diskussion von Handlungen des Klägers im Rahmen der personenbedingten Kündigung: Das BAG diskutiert ernstlich die bloße Teilnahme an einer Gedenkveranstaltung für gefallene Soldaten als Tradition des nationalsozialistischen „Heldengedenkens“. Woraus folgt diese Wertung? Darf man gefallene Soldaten überhaupt ehren – und welche Art von Ehrenbekundung ist zulässig? Der Verteidigungsminister bewegt sich mit Vorschlägen zum Veteranentag auf verminnetem Gelände.

1) BAG v. 12. 5. 2011 – 2 AZR 479/09, ZTR 2011, 739 = NZA-RR 2012, 43.

2) Gemeint ist ersichtlich die eigene Vertragserklärung.

3) Instruktiv Kolbe, JZ 2009, 550.

Eher skurril mutet der ebenfalls im Rahmen der personenbedingten Kündigung diskutierte Vorwurf des Landes an, durch das Singen der ersten Strophe des Deutschlandliedes (von der Maas bis an die Memel) habe der Kläger die deutschen Staatsgrenzen und damit seine Eignung in Frage gestellt. Insofern steht eine umfassende Sichtung deutschen Liedgutes auf seine Inhalte an. Was darf man noch singen? Viele Lieder aus dem 19. Jahrhundert transportieren ein falsches (!) Frauenbild, das nicht nur nicht in die heutige Zeit passt, sondern den Sänger als potentiellen Diskriminator ausweist. Vielleicht helfe dem öffentlichen Dienst eine Positivliste unverdächtigen Liedgutes. Allerdings müsste dann auch das Alte Testament mit einer Reihe von Problemvermerken versehen werden. Moslems im öffentlichen Dienst müssten sich womöglich nach ihrem Frauenbild befragen lassen.

Die verhaltensbedingte Kündigung scheiterte ebenso: Die politische Betätigung als außerbetriebliches, privates Verhalten muss für das Arbeitsverhältnis einen erheblichen Störungsgrad aufweisen und individuell vorwerfbar sein. Das Land hatte den „Fehler“ begangen, die aktive Unterstützung der NPD durch Werbung für deren Veranstaltungen abzumahnern und damit den denkbaren Kündigungsgrund zu verbrauchen. Die zentrale Frage, ob ein „einfacher“ Arbeitnehmer im öffentlichen Dienst die NPD und deren Veranstaltungen überhaupt aktiv unterstützen darf – oder ob er damit staatsstreuwidrig „die rechtsextremistische Szene“ unterstützt, muss noch entschieden werden.

Das BAG hat rechtsförmlich und klar entschieden: Weder hat es sich überhaupt darauf eingelassen, nach der „Gesinnung“ oder dem Weltbild des Arbeitnehmers zu fragen, noch hat es die bloße (unterstellte) Mitgliedschaft in der nach wie vor nicht verbotenen NPD und deren Jugendorganisation ausreichen lassen – weil es keine „Generalzurechnung“ kollektiver Äußerungen gegenüber dem Individuum geben kann. Mit dem BAG ist es durchweg für möglich zu halten, dass ein Mitglied eines Kollektivs nicht jede kollektive Zielsetzung für richtig hält. Es gibt keine organisationale Zurechnung, keine Kollektiv-Sippen-Verantwortung. Es kommt allein auf das Individuum an: Dessen von Art. 12 Abs. 1 GG geschützter Arbeitsplatz nebst Zugangs- und Verbleiberecht im öffentlichen Dienst nach Art. 33 Abs. 2 GG ist ebenso Individualrecht wie seine persönliche Meinungsfreiheit und seine Freiheit, nicht-verbundenen politischen Parteien oder Religionsgemeinschaften etc. anzugehören. Wenn ein Bischof der „Pius-Bruderschaft“ den Holocaust leugnet, so heißt das für andere Mitglieder dieser Glaubensgemeinschaft zunächst gar nichts. Sie müssen sich nicht distanzieren, weil sie kein Kollektivzurechnungsverdacht trifft.

## II. Parallele Schornsteinfeger-Entscheidung des OVG Sachsen-Anhalt

Das OVG Sachsen-Anhalt hat am 10. 11. 2011<sup>4</sup> entschieden, dass ein in Laucha weltberühmter Schornsteinfeger, der ohne Mitglied zu sein für die NPD im Landtag sitzt, ein Hitler-Bärtchen trägt und dem eine „rassistische, ausländerfeindliche, antisemitische und antidemokratische Grundhaltung“ vorgeworfen wird, die Bestellung zum Bezirksschornsteinfegermeister nicht entzogen werden kann. Verfassungsrechtliche Ausführungen zu diesem Differenzierungsgebot brauchte das OVG nicht vorzunehmen, weil schon das Schornsteinfegergesetz auf einfacher rechtlicher Ebene keine spezifischen „positiven“ Verfassungstreueanforderungen enthält – sondern nur persönliche und fachliche Zuverlässigkeit für die Ausübung des Berufes verlangt. „Aktivitäten des Klägers für die NPD“ reichen deshalb nicht aus. Solange der Schornsteinfeger seine Tätigkeit, die ihm ein Zutrittsrecht zu Wohnungen verschafft, nicht zu politischer Werbung gegenüber Kunden missbraucht (was aber auch ein FDP-Schornsteinfeger nicht darf) und er in seinem

außerdienstlichen Verhalten keine Straftaten begeht – solange muss der Staat ihn ertragen. Irritierenderweise ging es auch dort um Liedgut: Das OVG musste feststellen, dass ein „Treue Lied“ aus dem Jahr 1814 auch dann gesungen werden darf, wenn es im Dritten Reich von der SS gesungen worden ist.

Treffend und überzeugend ist der Vergleich des OVG mit den Zuverlässigkeitsanforderungen an den Rechtsanwalt: Wie wohl Organ der Rechtspflege darf er sich durchaus für eine verfassungsfeindliche, aber eben nicht verbotene Partei einsetzen – solange er in seiner politischen Betätigung keine Straftaten begeht. Bezeichnenderweise musste das BVerfG<sup>5</sup> dies gerade gegen den BGH entscheiden, der seinerseits schon eine „feindliche Einstellung gegen die rechtliche und verfassungsmäßige Ordnung“ – also eine unbotmäßige Gesinnung – für die Versagung der Anwaltszulassung gegenüber einem Kommunisten hat genügen lassen wollen. Die Versuche des Landes Sachsen-Anhalt, ein Berufsverbot für politisch verdächtige Schornsteinfeger zu installieren, sind mit Art. 18 GG nicht vereinbar: Die Verwirkung von Freiheitsrechten, weil diese „zum Kampfe gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung missbraucht“ werden, kann erstens nur vom BVerfG ausgesprochen werden und umfasst zweitens nicht die Berufsfreiheit. Diese ist verwirkungsfest.

## III. Wehrhafte Demokratie und Gesinnungstest

Solche Freiheitlichkeit läuft dem Zeitgeist zuwider – der missliebige und gefühlt-gefährliche Menschen ausgrenzen will. Erschreckend ist der Fall *Wohlleben*: Die Ehefrau des NPD-Funktionärs und mutmaßlich in rechtsterroristische Gewalttaten verstrickten *Ralf Wohlleben* wird von einer privaten Kindererziehungseinrichtung fristlos gekündigt – weil sie sich nicht hinreichend von ihrer Vergangenheit in der NPD und der ihr unterstellten politischen Einstellung distanziert habe. Betrieben wird diese Kündigung von der Erziehungseinrichtung, deren Betriebsrat und Elternvertretung und von der Stadt Jena nebst Landesjugendamt als Fachaufsichtsbehörde<sup>6</sup>. Auch wenn die Erziehungseinrichtung als Tendenzunternehmen eine gewisse Folgepflicht gegenüber den eigenen Werten verlangen kann – wie die Kirchen<sup>7</sup> – geht es schlicht zu weit, eine bereits beendete Parteimitgliedschaft oder die Ehe mit einem NPD-Funktionär und mutmaßlichem Straftäter zum Anlass für einen „Gesinnungstest“ zu nehmen und aus der Verweigerung der Arbeitnehmerin einen Kündigungsgrund abzuleiten.

Gesinnungsbefragungen nach dem Vorbild *McCarthy* sind rechtsstaatswidrig und setzen den „Verdächtigen“ unter einen Rechtfertigungs- und Erklärungsdruck, sobald nur „berechtigter Zweifel“ an seiner Lauterkeit spürbar werden. Er wird zum Objekt einer Verdachtskultur und wird im ersten Schritt vom Berufsleben und im zweiten dann vom sozialen Leben ausgeschlossen. Die Gesellschaft wird zum Umerziehungslager – weil das Vermeiden von Verdachtsituationen zur „Überlebensstrategie“ wird. Jeder Ausgegrenzte wirkt als Abschreckungsfanal. Bestrafe einen, erziehe hunderte. Damit aber ist nicht nur die Freiheit der womöglich wenigen Betroffenen bedroht, sondern die der Gesellschaft insgesamt: Duckmäuserium macht sich breit, weil jede außerhalb des gesellschaftlichen Toleranzbereiches liegende und schon deswegen „extreme“ Meinung die Gefahr individuellen Freiheitsverlustes mit sich bringt. Dass eine private Erziehungseinrichtung solche Methoden anwendet, stellt deren Erziehungskonzept stärker in Frage,

4) OVG Sachsen Anhalt v. 10. 11. 2011 – 1 L 103/10, juris.

5) BVerfG v. 8. 3. 1983 – 1 BvR 1078/80, BVerfGE 63, 266 mit instruktivem Dissenter von *Simon*.

6) [www.jenaer-nachrichten.de/stadtleben/722-kuendigung-npd-vergangenheit-wird-jenaer-erzieherin-zum-verhaengnis](http://www.jenaer-nachrichten.de/stadtleben/722-kuendigung-npd-vergangenheit-wird-jenaer-erzieherin-zum-verhaengnis) (20. 4. 2012).

7) BAG v. 8. 9. 2011 – 2 AZR 543/10, NJW 2012, 1099 und EGMR v. 3. 2. 2011 – 18 136/02, NZA 2012, 199.

als das die Beschäftigung von Frau *Wohlleben* könnte. Die DDR lebt – und die Kinder können einem leid tun. Dass die Stadt Jena und das Landesjugendamt diese Säuberungsaktion betreiben, ist in einem Rechtsstaat nicht hinnehmbar: Weil das auf ein kaltes Berufsverbot für missliebige Randgestalten hinausläuft. Womöglich wollen die federführenden Beamten in bester Ostzonentradition künftig wieder entscheiden, wer studieren darf.

Das BAG hingegen ist seit geraumer Zeit auf freiheitlicher Linie – und das ist gut so: Auch das Sonderkündigungsrecht des Einigungsvertrages reichte nicht aus, um eine Lehrerin zu „entsorgen“, die in der DDR Schuldirektorin gewesen ist, weswegen der Dienstherr ohne Belege mutmaßte, sie habe die Lehrer politisch-ideologisch angeleitet<sup>8</sup>.

Das Konzept der „streitbaren“ oder „wehrhaften“ Demokratie muss auf der anderen Seite den Feinden der freiheitlichen und offenen Gesellschaft nicht jede Grenzüberschreitung als Freiheitsbetätigung nachsehen. Straftaten wie Volksverhetzung und Beleidigung, aber auch schon der Bruch ziviler und arbeitsrechtlicher Normen (Störung des Betriebsfriedens, Persönlichkeitsrechtsverletzung)<sup>9</sup> ziehen eine deutliche Grenze zwischen interner Gesinnung und beanstandenswerten und vor allem beanstandungsfähigem Verhalten. Problematisch ist dabei nur, dass die Gerichte bei dumpfnationalen Äußerungstaten deutlich strenger sind als bei Körperverletzungen und Eigentumsdelikten. Darin zeigt sich, dass Abneigung durchaus ein Abwägungskriterium ist. Das fremdenfeindliche, rassistische und gewaltbejahende Ressentiment ist zwar (nach meiner Meinung) dumpf und mitunter ekelhaft und durchaus Grund für eine Beobachtung durch den Verfassungsschutz – aber für sich genommen noch kein Grund für eine Kündigung normaler Arbeitnehmer. Nur solche mit herausgehobener Funktion im Staatswesen müssen den Staat und seine Grundwerte glaubwürdig vertreten, weswegen bei ihnen die Eignung (!) entfallen kann, wenn sie mit erlaubten, aber in ihrer Radikalität mit der Staatsfunktion inkompatiblen privaten Äußerungen auch ihr Amt in konkreter und nachvollziehbarer Weise beschädigen. Wie das BAG richtig sagt, kann davon bei einem nationalistischen Postsortierer sowenig die Rede sein wie bei einem kommunistischen Fernmeldehandwerker<sup>10</sup> oder einem kommunistischen Arbeitsvermittler<sup>11</sup>.

Dabei zeigt der freiheitliche Rechtsstaat Größe, wenn er nicht verkniffen reagiert: Wenn ein Bayer sich für die Monarchie ausspricht, stellt er sich zwar gegen das republikanische Prinzip – ist doch aber noch lange kein Verfassungsfeind. Wenn ein Moslem oder ein Pius-Bruder Homosexualität verurteilt, so stellt er damit zwar den virtuellen Mainstream infrage, aber bekämpft doch nicht die „Grundordnung“. Konsens und Diskursruhe sind keine schützenswerten Güter. Deswegen ist es auch erlaubt, „völkisch“ zu denken und zu argumentieren, also den Deutschen (im staatsangehörigkeitsrechtlichen Sinne) Sonderrechte zuzusprechen – weil dies in der Unterscheidung von Menschen- und Bürgerrechten im Grundgesetz selbst angelegt ist.

Umerziehung ist nicht die Aufgabe der Rechtsordnung und zu ihrem Zweck darf auch der Zugang zu Arbeitsplätzen und der Verbleib nicht reguliert werden. Gerade dadurch, dass der Staat nur auf Taten reagiert (wobei auch Worte Taten sein können) und nicht auf eine wahre oder vermeintliche Gesinnung, beweist er, dass er seine Freiheitsordnung mit freiheitlichen Mitteln verteidigt. Das Recht und gerade das Arbeitsrecht ist kein „Feindrecht“<sup>12</sup>. Die Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG gehört nicht zu den Grundrechten, die das BVerfG nach Art. 18 GG entziehen könnte, weil sie „zum Kampfe gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung missbraucht“ wurden. Berufsverbote und Arbeitsplatzenzug sind keine Instrumente zum Schutz dieser Grundordnung –

und erst recht kein Disziplinierungsinstrument. Deswegen ist es den Arbeitsgerichten auch verwehrt, diese Unantastbarkeit der Berufsfreiheit durch „kalte“ Missbrauchsfeststellungen zu unterlaufen. Nur am Rande ist zu ergänzen: Arbeitsplatzenzug für Mitglieder der NPD darf nicht zur Austrocknung anstelle des rechtsförmigen Parteiverbotsverfahrens genutzt werden.

#### IV. Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz für Extremisten?

##### 1. Sonderfall öffentlicher Dienst

Im öffentlichen Dienst ist das Fragerecht des Arbeitgebers schon durch Art. 33 Abs. 2 GG und Art. 3 Abs. 3 GG mit seinem Verbotmerkmal „politische Anschauung“ begrenzt: Der Staat als potentieller Arbeitgeber darf nicht nach der politischen Anschauung fragen – weil er hieran seine Personalauswahl nicht ausrichten darf. Schon deswegen ist der Hinweis des BAG auf das AGG für den Streitfall überflüssig. Selbst wenn also das Land konkret nach einer Mitgliedschaft in der NPD gefragt hätte, hätte der Kläger diese Frage nicht beantworten müssen und nach der ständigen Rechtsprechung auch zur „Notwehrlüge“ greifen dürfen. Die Anfechtung ist ausgeschlossen.

Für gehobene Positionen staatlicher „Tendenzträger mit Verkündigungsauftrag“ dagegen bleibt die Frage selbstredend zulässig, weil sie die Eignung und damit ein relevantes Auswahlmerkmal betrifft.

##### 2. Diskriminierungsschutz-Schutz für politische „Weltanschauung“?

Für die Privatwirtschaft dagegen stellt sich die Frage, ob und wie man Werkbank und Schreibtisch „nazifrei“ halten kann – was immer das auch heißen mag, weil die Nazi-Definitionshoheit bei den Ausgrenzungswilligen liegt. Auch hier gilt: Verdächtig ist vor allem das Singen falscher Lieder. „*Mambo Number Five*“ sei sexistisches Liedgut und schon das Verwenden des „Z-Wortes“ (Zigeuner) oder gar das Spielen von Z-Musik durch männliche weiße Nicht-Roma wird als latent rassistisch aufgefasst<sup>13</sup>. Das Kündigungsrecht ist für außerbetriebliche politische Betätigung gesperrt – mit Ausnahme höherer Tendenzträger im Tendenzbetrieb, deren Betätigung die programmatische Glaubwürdigkeit beschädigt. Dementsprechend können gesellschaftliche Versuche nur an der Einstellungsauswahl ansetzen – das wiederum setzt voraus, dass der potentielle Arbeitgeber die Gesinnung in Erfahrung bringt. Allerdings kann sowohl dem Fragerecht als auch der Nichteinstellung wegen der politischen Anschauung der Diskriminierungsschutz entgegenstehen.

##### a) AGG

Zentral stellt sich also für private Arbeitgeber die Frage, ob der AGG-Schutz der Weltanschauung auch die extreme politische Meinung schützt. Das ist heftig umstritten. Nach richtiger Auffassung muss die Weltanschauung eine der Religion gleichwertige Grundüberzeugung desjenigen, was die Lebenswelt bestimmt, erreichen. Das ArbG Berlin meint, der „Marxismus-Leninismus“ erreiche diese Überzeugungskraft<sup>14</sup>, dann müssten aber auch manche Rasseideologien diese „Fundamentalität“

8) BAG v. 30. 8. 1995 – 2 AZR 692/94, juris.

9) Instrukтив *Polzer/Powietzka*, NZA 2000, 970, 971.

10) BAG v. 20. 7. 1989 – 2 AZR 114/87, NJW 1990, 597 = AP KSchG 1969 § 1 Sicherheitsbedenken Nr. 2.

11) BAG v. 6. 6. 1984 – 7 AZR 456/82, NJW 1985, 507 = AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 11.

12) Zur Debatte um das Feindstrafrecht *Asholt*, ZIS 2011, 180 m. w. N.

13) <http://karano.wordpress.com/2012/03/24/dresden-nazifrei/> (4. 4. 2012).

14) ArbG Berlin v. 30. 7. 2009 – 33 Ca 5772/09, NZA-RR 2010, 70.

der Überzeugung erreichen. Jedenfalls sind einfache politische Meinungen oder Gesinnungen nicht geschützt<sup>15</sup>. Das AGG schafft keinen „Meinungsdiskriminierungsschutz“. Der notwendige Gleichrang von Religion und Weltanschauung folgt überdies aus § 9 AGG. Dass die RL 2000/78/EG mit „Weltanschauung“ nicht zugleich die „politische oder sonstige Anschauung“ meint, folgt auch aus Art. 21 GR-Charta, der beide gesondert und nebeneinander schützt. Merkwürdigerweise neigt das BAG der entgegengesetzten Auffassung zu. Das wird nicht nur in dieser sondern auch in der Entscheidung des Siebten Senates vom 21. 9. 2011 deutlich: Dort hat der Senat die Diskriminierung wegen politischer Überzeugung (Nähe zur *MLPD*) geprüft<sup>16</sup>. Die Frage nach dem Weltanschauungsbegriff muss indes der EuGH beantworten – weil nur er die RL 2000/78/EG auslegen kann.

Der BGH spricht in seiner *Voigt*-Entscheidung dem *NPD*-Funktionär jeden AGG-Diskriminierungsschutz beim Abschluss von Hotelverträgen ab<sup>17</sup> (mit unklarer Orientierung am Hausrecht, wo es doch um den Abschluss von Verträgen geht). In § 19 AGG fehlt das Merkmal „Weltanschauung“ bewusst – und zwar gerade mit Blick auf die Gefahr, dass „Anhänger rechtsradikalen Gedankenguts aufgrund der Vorschrift versuchen, sich Zugang zu Geschäften zu verschaffen, die ihnen aus aner kennenswerten Gründen verweigert wurden“<sup>18</sup>. Allerdings hätte der BGH fragen müssen, ob die Urlaubsplanung nicht Teil des zu achtenden Privatlebens nach Art. 8 EMRK ist, weswegen dann auch der Diskriminierungsschutz des Art. 14 für die politische Anschauung greift.

#### b) Art. 21 GR-Charta

Art. 21 GR-Charta führt nun in einen merkwürdigen und tiefgreifenden Widerspruch: Die Union regelt mit der Richtlinie den diskriminierungsfreien „Zugang zu unselbstständiger und selbstständiger Erwerbstätigkeit“. Das eröffnet nach Art. 51 Abs. 1 GR-Charta die Anwendbarkeit der Grundrechtecharta nicht nur für die Richtlinie als Unionsrecht, sondern auch für die nationale Umsetzung, insbesondere durch das AGG.

Das könnte heißen: Art. 21 GR-Charta erweitert den beschränkten Diskriminierungsschutz der Richtlinie notwendig auf alle dort genannten zusätzlichen Merkmale. Jede gegenständliche Regelung des Zugangs zum Beruf zöge notwendig stets das volle Antidiskriminierungsprogramm des Art. 21 GR-Charta nach sich. Dem Richtliniengeber wäre es also verwehrt, nur punktuell eines oder mehrere Merkmale für den Diskriminierungsschutz aufzugreifen; es gälte eine „Alles-oder-nichts-Dogmatik“. Das wiederum könnte den europäischen Richtliniengeber von punktuellen Schutzmaßnahmen abhalten und den europapolitischen Willensbildungsprozess belasten.

Einziger Ausweg ist ein Bezugswechsel: Art. 51 Abs. 1 GR-Charta dürfte die Geltung der Grundrechte „bei der Durchführung des Rechts der Union“ nicht an den gegenständlichen Anwendungsbereich, also den abstrakten Lebenssachverhalt anknüpfen<sup>19</sup> – sondern müsste normativ zu verstehen sein, sich also auf die Anwendung der konkreten Rechtsnorm der Union beschränken<sup>20</sup>. Das hieße: Der Diskriminierungsschutz wegen Behinderung darf gewiss nicht nach der politischen Anschauung des Behinderten differenzieren; doch ist mit ihm nicht notwendig ein umfassender Meinungsdiskriminierungsschutz verbunden. Auch die Antwort auf die Frage nach solcher „Engführung“ von Art. 51 Abs. 1 GR-Charta ist dem EuGH vorbehalten; ob dieser dogmatischen Erwägungen zugänglich ist, wird sich zeigen.

#### c) Artt. 14, 10 EMRK

Dass Art. 14 EMRK die Diskriminierung auch wegen „der politischen oder sonstigen Anschauung“ verbietet, ist auf den

ersten Blick kein Argument: Dieses Diskriminierungsverbot flankiert nur die Menschenrechte der EMRK – dort aber fehlt die Berufsfreiheit. Diese kann auch nicht umfassend in das von Art. 8 EMRK geschützte Privatleben hineingelesen werden. Das hat der EGMR in der 1986 *Glaser*-Entscheidung (noch) klar betont: Die Entlassung einer Gymnasiallehrerin als Beamtin auf Probe wegen einer fehlenden Distanzierung zu politischen Aktivitäten der *KPD* hat der Gerichtshof damals dem Zugang zum öffentlichen Dienst und nicht der nach Art. 10 EMRK geschützten Meinungsfreiheit zugeordnet und damit den Eingriff in Konventionsrechte verneint<sup>21</sup>.

1995 aber folgte die Abgrenzung: Die Meinungsfreiheit nach Art. 10 EMRK sei dann betroffen, wenn der Beschäftigte wegen seiner politischen Meinung aus dem Dienst entlassen werde – weil es dann schwerpunktmäßig nicht mehr um die Berufsfreiheit, sondern um die Meinungsfreiheit gehe, die durch Sanktionierung bedroht sei. Die Entlassung der kommunistischen Lehrerin *Voigt* sei ein Eingriff in die Meinungsfreiheit – und nicht gerechtfertigt. Nebenbei sieht der EGMR auch die Vereinigungsfreiheit verletzt, weil die Lehrerin auch wegen ihrer Mitgliedschaft in der *DKP* entlassen worden war. Ganz richtig sieht der EGMR für eine Französischlehrerin kein gesteigertes Loyalitätsbedürfnis – sodass erst konkrete Pflichtverletzungen (wie eine politische Indoktrination) die Entlassung tragen<sup>22</sup>. All das gilt selbstredend auch für Arbeitsverhältnisse und auch in der Privatwirtschaft.

Dass der Zugang zum öffentlichen Dienst der EMRK entzogen ist, heißt nicht, dass Art. 10 EMRK den Arbeitnehmer mit der falschen Gesinnung schutzlos ließe. Der EGMR hat ein allgemeines Berufsverbot in Litauen für ehemalige Mitarbeiter des *KGB* an Art. 8 EMRK i. V. m. Art. 14 EMRK scheitern lassen<sup>23</sup> und auch die Zulassungsveragung für einen wegen Wehrdienstverweigerung vorbestraften *Zeugen Jehovas* zum Wirtschaftsprüfer kassiert<sup>24</sup>.

Art. 10 EMRK gebietet deshalb jedenfalls effektiven Schutz gegen „Schwarze Listen“, auf denen vor der Einstellung namentlich benannter „Rechtsextremer“ gewarnt wird<sup>25</sup> – § 75 f. HGB reicht nicht<sup>26</sup>. Ob der EGMR aus Artt. 10, 11,

15) BT-Drucks. 16/2022, S. 28: „Und die allgemeine politische Gesinnung gerade nicht erfasst“; MünchKommBGB/*Thüsing*, 6. Aufl. 2012, § 1 AGG, Rn. 70 ff. m. w. N. zum Streitstand.

16) BAG v. 21. 9. 2011 – 7 AZR 150/10, NZA 2012, 317. Anders dagegen der *Scientology*-Beschluss vom 22. 3. 1995 – 5 AZB 21/94, NZA 1995, 823 für das „weltanschauliche Bekenntnis“ i. S. v. Art. 4 Abs. 1 GG und die „Weltanschauung“ nach Art. 140 GG i. V. m. Art. 137 Abs. 7 WRV.

17) BGH v. 9. 3. 2012 – V ZR 115/11, juris.

18) BT-Drucks. 16/2022, S. 13.

19) Vgl. aber für die Richtlinienanwendbarkeit das weite Verständnis bei EuGH v. 20. 5. 2003 – Rs. C-465/00, Slg. 2003, I-4989 = EuR 2004, 276 – Österreichischer Rundfunk; dazu Calliess/Ruffert/*Kingreen*, EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 51 GRCh, Rn. 8. Noch weiter die ERT-Entscheidung EuGH v. 18. 6. 1991 – Rs. C-260/89, Slg. 1991, I-2925, Rn. 43 ff.

20) In diese Richtung EuGH (Große Kammer) v. 21. 12. 2011 – Rs. C-411/10 u. a., juris. Zur Dogmatik der Restriktionsversuche *Huber*, NJW 2011, 2385 ff.

21) EGMR v. 28. 8. 1986 – 9228/80, EGMR-E 3, 235 (www.eugr.info/PDF/EGMR3/EGMR03-20) (4. 4. 2012) = NJW 1986, 3005 und die *Kosick*-Entscheidung EGMR v. 28. 8. 1986 – 9704/82, EGMR-E 3, 254 = NJW 1986, 3007 für einen *NPD*-Funktionär als Dozenten an der Fachhochschule.

22) EGMR v. 26. 9. 1995 – 7/1994/454/535, NJW 1996, 375.

23) EGMR v. 27. 7. 2004 – 55 480/00 und 59 330/00, www.menschenrechte.ac.at/orig/04\_4/Sidabras.pdf (4. 4. 2012), auszugsweise übersetzt: www.menschenrechte.ac.at/docs/04\_4/04\_4\_08.

24) EGMR v. 6. 4. 2000 – 34 369/97, www.menschenrechte.ac.at/orig/00\_2/Thlimmenos.pdf (4. 4. 2012).

25) Zur Schutzpflichtdimension der EMRK EGMR v. 16. 6. 2005 – 616 031/00, EuGRZ 2008, 582, Rn. 100 ff.; umfassend *Rebhahn*, AcP 210 (2010), S. 489, 498 ff., 547 ff.

26) Dazu allgemein *Rieble*, Arbeitsmarkt und Wettbewerb, 1996, Rn. 1041 ff.

14 EMRK ein umfassendes berufsbezogenes Diskriminierungsverbot wegen der (politischen) Meinung und der Parteizugehörigkeit entwickelt, bleibt abzuwarten.

Das 12. Zusatzprotokoll zur EMRK vom 4. 11. 2000 wurde von Deutschland bislang nur unterzeichnet, indes nicht ratifiziert. Sein Art. 1 Abs. 1 schreibt vor: „Der Genuss eines jeden gesetzlich niedergelegten Rechtes ist ohne Diskriminierung insbesondere wegen des Geschlechts, der Rasse, der Hautfarbe, der Sprache, der Religion, der politischen oder sonstigen Anschauung, der nationalen oder sozialen Herkunft, der Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, des Vermögens, der Geburt oder eines sonstigen Status zu gewährleisten.“ Dementsprechend spielt der erweiterte Diskriminierungsschutz, der

dann auch den Stellenzugang betreffen könnte, noch keine Rolle.

## V. Fazit

Am „Kampf gegen Rechts“ kann sich die Arbeitsrechtsordnung nicht beteiligen, weil sie keinen sozialen Ausschluss wegen ekler Gesinnung praktizieren darf. Auch Rechte haben Rechte, die nicht zur Disposition ihrer politischen Gegner stehen. Jede Übertragung des (schon damals verfehlten) „Radikalenerlasses“ in das allgemeine Arbeitsrecht verlässt die Grenzen zivilisierten Rechtsdenkens.