

NS-Sympathisanten im Arbeitsrecht

Prof. Dr. Wolfgang Däubler, Bremen

I. Ein länger zurückliegender Fall

Vor dem ArbG *Bremen* klagte der Leiter der Revision eines Unternehmens, das ihm außerdem Prokura erteilt hatte. Ihm war eine ao. Änderungskündigung ausgesprochen worden, weil er den Geschäftsführer mit antisemitischen Ausfällen schwer beleidigt hatte. Gegen diese Kündigung ging er vor; das Änderungsangebot hatte er ausgeschlagen. Die Beweisaufnahme ergab, dass er in der Tat den Geschäftsführer als „Judenschwein“ betitelt hatte, „das sie vergessen haben zu vergasen.“ Außerdem hatte er gegenüber Betriebsangehörigen erklärt, „der Jude spiele mit der einen Hand an seiner goldenen Uhr und mit der anderen an seinem beschnittenen Pimmel“.¹

Bei der Prüfung, ob ein wichtiger Grund für eine ao. Kündigung vorlag, argumentierte das ArbG *Bremen* auf 2 Ebenen. Die Pflicht, antisemitische, rassistische und ausländerfeindliche Äußerungen zu unterlassen, folge aus § 75 Abs. 1 BetrVG, der jede unterschiedliche Behandlung der im Betrieb Beschäftigten u.a. wegen ihrer Abstammung, Religion und Herkunft untersage. Diese Pflichten träfen nicht nur die betriebsverfassungsrechtlichen Organe, sondern jeden AN. Dies folge mittelbar aus § 104 BetrVG, der eine grobe Verletzung der in § 75 Abs. 1 enthaltenen Grundsätze als Grund genügen lasse, um ein Kündigungsverlangen des BR zu rechtfertigen. Weiter spreche auch § 99 Abs. 2 Nr. 6 BetrVG dafür, wonach der BR die Zustimmung zur Einstellung verweigern kann, wenn die durch Tatsachen begründete Besorgnis besteht, dass der Bewerber durch grobe Verletzung der in § 75 Abs. 1 enthaltenen Grundsätze, „insbesondere durch rassistische oder fremdenfeindliche Betätigung“ den Betriebsfrieden stören werde. Wenn man dagegen Bedenken habe, so ergebe sich dasselbe Ergebnis daraus, dass es sich beim Schutz der Menschenwürde und beim Verbot der Diskriminierung nach Art. 3 Abs. 3 GG um allg. Rechtsgedanken handle, die in jedem Bereich Geltung verlangten. Es gehe um einen Verstoß gegen die Grundlagen der Zusammenarbeit im Betrieb und gegen fundamentale Verfassungsgrundsätze. Insoweit finde auch die Meinungsfreiheit des Art. 5 Abs. 1 GG eine Grenze.²

Die Klage wurde abgewiesen, von einem Rechtsmittel wird nirgends berichtet. Der Richter hätte sich die Arbeit einfacher machen können: Wer den AG schwer beleidigt (was in unserem Fall ja keinem Zweifel unterlag), schafft schon damit einen wichtigen Grund für eine fristlose Kündigung. Die Interessenabwägung (über die in der veröffentlichten Fassung des Urteils nichts Konkretes berichtet wird) dürfte einer Klageabweisung ebenfalls nicht entgegengestanden haben. Warum also die ganzen Ausführungen zu AN-Pflichten aus dem BetrVG und zur Beachtung allg. Rechtsgrundsätze?

Die Ursache liegt in der Person des Kammervorsitzenden *Bertram Zwanziger*: Er hat offensichtlich erkannt, dass es sich nicht um einen singulären Fall ohne Wiederholungsgefahr handelte, sondern dass einige grds. Ausführungen geboten waren. Insoweit unterschied er sich von der Rspr. des zuständigen BAG-Senats, der bei der Beurteilung eines „Vergleichs“ zwischen einem Pizzaofen und den Verbrennungsöfen von Auschwitz kein Wort darüber

¹ Wiedergabe des Sachverhalts nach ArbG *Bremen* 29.6.1994, 7 Ca 7160/94, BB 1994, 1568.

² ArbG *Bremen* aaO., BB 1994, 1568/1569.

verlor, gegen welche Normen der angestellte Lehrer durch mehrmaliges Erzählen dieses „Witzes“ verstoßen hatte.³ Im Folgenden soll deshalb bald 30 Jahre später nachgezeichnet werden, wo die Grenze zwischen legaler und illegaler Äußerung in diesem Bereich zu ziehen ist – das Problem ist auch heute noch nicht vollständig gelöst.

II. Das Grundgesetz als antifaschistische Ordnung

1. Rückgriff auf Art. 139 GG und Besatzungsrecht?

Die Bestimmung des Art. 139 GG hat auch unter Arbeitsjuristen einen relativ geringen Bekanntheitsgrad, weshalb sie im Wortlaut wiedergegeben werden soll:

„Die zur „Befreiung des dt. Volkes vom Nationalsozialismus und Militarismus“ erlassenen Rechtsvorschriften werden von den Bestimmungen dieses GG nicht berührt.“

Gemeint waren damit in 1. Linie Entnazifizierungsvorschriften, die die Alliierten erlassen hatten: Wer wegen seiner Tätigkeit im NS-Regime im Verfahren einer sog. Spruchkammer als „belastet“ eingestuft wurde, konnte sich also nicht darauf berufen, dies stelle eine von Art. 3 Abs. 3 GG verbotene Benachteiligung wegen „politischer Anschauung“ dar. Ob die Vorschrift darüber hinaus eine Grundentscheidung für eine antifaschistische Ausrichtung der Verfassung und ggf. besondere Eingriffsbefugnisse gegenüber Neonazi-Organisationen enthält, war umstritten.⁴

Im Jahre 1985 beantragte der Kreisverband Frankfurt der NPD die Überlassung städtischer Räume für eine Parteiveranstaltung. Dies wurde mit der Begründung abgelehnt, die Tätigkeit der NPD verstoße gegen das Gesetz Nr. 5 der amerikanischen Militärregierung. Mit diesem waren die NSDAP und weitere NS-Organisationen verboten worden. Außerdem hatte es in Nr. 4 bestimmt, dass jede Form von Fortsetzung oder Erneuerung solcher Organisationen verboten war. Dies treffe auch auf die NPD zu. Das VG *Frankfurt*⁵ bestätigte diese Auffassung und lehnte deshalb ein Recht auf Überlassung städtischer Räumlichkeiten ab. Die NPD legte Rechtsmittel ein. Der VGH *Kassel* hob die Entscheidung des VG *Frankfurt* auf.⁶ Das Gesetz der Militärregierung sei durch § 1 Abs. 1 des 3. Gesetzes zur Aufhebung des Besatzungsrechts v. 23.7.1958 (BGBl I S. 540) aufgehoben worden. Dazu sei der dt. Gesetzgeber aufgrund des sog. Überleitungsvertrages auch befugt gewesen, da das fragliche Gesetz nicht zu den Normen gehöre, die durch den Generalvertrag samt Zusatzabkommen zu „versteinertem Besatzungsrecht“ erklärt worden seien. Die NPD sei also wie andere nicht verbotene Parteien zu behandeln, weshalb ihrer Klage stattgegeben wurde.

Als die NPD erneut die Überlassung von Räumen beantragte und die Stadt Frankfurt dies ablehnte, kam es zu einer 2. Entscheidung des VG *Frankfurt*.⁷ Mit bemerkenswerter Argumentation bestätigte es seine bisherige Position: Der dt. Gesetzgeber sei nicht befugt gewesen, das Gesetz der Militärregierung aufzuheben. Der Verfassungsgesetzgeber habe durch Art. 139 GG eindeutig zum Ausdruck gebracht, dass die dort genannten Gesetze weder in materieller noch in formeller Hinsicht an den Maßstäben des GG gemessen werden dürften. Sie bildeten „gewissermaßen eine dem GG vorgegebene und neben ihm fortbestehende eigenständige Verfassungsordnung.“ Art. 139 GG lasse auch keinen Raum für die

³ S. BAG 5.11.1992, 2 AZR 297/92, AuR 1993, 124

⁴ Eingehend zum Diskussionsstand bis Ende der 1980er Jahre *Lübbe-Wolff*, NJW 1988, 1289.

⁵ VG *Frankfurt/M* 14.11.1985, VII/3 G 25/31/85 (zit. nach *Lübbe-Wolff* NJW 1988, 1290).

⁶ HessVGH *Kassel* 12.12.1985, 2 TG 2397/85, NJW 1986, 2660.

⁷ VG *Frankfurt/M* 9.1.1986, VII/V G 9/86, NJW 1986, 2661.

Anwendung der grundgesetzlichen Regeln über das Gesetzgebungsverfahren. Einer Vorlage nach Art. 100 an das *BVerfG* bedürfe es schon deshalb nicht, weil es im konkreten Fall um einen Streit im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes gehe.

Der VGH *Kassel* beharrte gleichwohl auf seinem abweichenden Standpunkt.⁸ Art. 139 GG sei eine Ausnahmevorschrift, die sich zudem in den Übergangsbestimmungen befinde. Auch aus der Entstehungsgeschichte folge, dass sie kein Verbot enthalte, grundgesetzwidriges Besatzungsrecht außer Kraft zu setzen; vielmehr sei die Bestimmung mit dem Abschluss der Entnazifizierungsverfahren gegenstandslos geworden. Als unterstützendes Literaturzitat wurde entgegen den Üblichkeiten auch der Alternativ-Kommentar zum GG herangezogen, wo derselbe Standpunkt vertreten wurde.⁹ Damit war dieser Streit fürs erste erledigt. Da kein Hauptsacheverfahren anhängig gemacht wurde, fand auch keine Vorlage an das *BVerfG* statt. Die Auseinandersetzung mit der NPD wurde zum ausschließlich innerstaatlichen Rechtsproblem.

2. Zeiten der Unsicherheit: Oberverwaltungsgericht Münster gegen 1. Kammer des 1. Senats des Bundesverfassungsgerichts

Die weitere Entwicklung war durch die Kontroverse um die Frage geprägt, ob Demonstrationen, die sich ausdrücklich oder konkludent zum NS-Regime bekennen, generell verboten sind oder nicht. Auch dabei gab es einen ungewöhnlichen Streit zwischen einem unteren und einem höheren Gericht:

Das OVG *Münster* sah mit eingehender Begründung eine immanente Grenze der Meinungs- und Demonstrationsfreiheit als überschritten an, wenn nazistische Inhalte geäußert würden.¹⁰ Zu den prägenden Wertmaßstäben des GG gehörten die Menschenwürde, das der Völkerverständigung dienende Friedensgebot sowie die in Art. 20 GG niedergelegten verfassungsrechtlichen Strukturprinzipien der Demokratie, des Föderalismus und der Rechtsstaatlichkeit. Darin manifestiere sich zugleich „die nachdrückliche Absage an jede Form von Totalitarismus, Rassenideologie und Willkür, wie sie für das auf „Führer und Gefolgschaft“ gründende, von Rechtlosigkeit und Missachtung der Menschenwürde geprägte nationalsozialistische Unrechtsregime kennzeichnend war.“ Daraus folgert das OVG *Münster*, dass der Schutzbereich der Meinungs- und Demonstrationsfreiheit bei Nazi-Demonstrationen verlassen sei. Zumindest müsse § 15 VersG in dem Sinne verfassungskonform ausgelegt werden, dass ein Verstoß gegen die öffentliche Ordnung angenommen werde.¹¹

Die 1. Kammer des 1. Senats des *BVerfG* vertrat demgegenüber den Standpunkt, verfassungsimmanente Grenzen der Inhalte von Meinungsäußerungen gebe es nicht.¹² Der Bürger sei frei, auch grundlegende Wertungen der Verfassung in Frage zu stellen, soweit dadurch nicht Rechte Dritter gefährdet würden. Die Verfassung enthalte Vorschriften wie Art. 9 Abs. 2, Art. 18 und Art. 21 Abs. 2 GG, die auch das Ziel verfolgen würden, ein Wiederaufleben des Nationalsozialismus zu verhindern. Außerdem verwies die Kammer auf

⁸ HessVGH 22.1.1986, 2 TG 169/86, NJW 1986, 2662.

⁹ Ladeur, in: Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Reihe Alternativkommentare, Neuwied u. Darmstadt 1984, Art. 139 Rn. 2.

¹⁰ OVG *Münster* Beschl. v. 23.3.2001, 5 B 395/01, NJW 2001, 2111, auch zum Folgenden.

¹¹ In gleichem Sinne hatte das Gericht zuvor schon in Bezug auf einen neonazistischen Fackelzug durch Lüdenscheid entschieden: OVG *Münster* 25.1.2001, 5 B 115/01, DVBl 2001, 584.

¹² *BVerfG* 24.3.2001, 1 BvQ 13/01, NJW 2001, 2069, auch zum Folgenden.

die Strafvorschriften der Beleidigung und der Verleumdung, der Volksverhetzung, der Verwendung von Kennzeichen verfassungsfeindlicher Organisationen und der Verunglimpfung des Staates und seiner Symbole. Der Gesetzgeber habe damit zum Ausdruck gebracht, keinen weiteren Rechtsgüterschutz gegenüber Meinungsäußerungen anerkennen zu wollen. Die Entscheidung des OVG *Münster* wurde aufgehoben.¹³

Schon wenige Wochen später hatte derselbe Senat des OVG *Münster* erneut über einen gleich gelagerten Fall zu entscheiden.¹⁴ Dabei ging es um einen durch Neonazis veranstalteten „nationalen Ostermarsch“ durch Bochum. Ausdrücklich distanzierte sich das OVG von der Kammer-Rspr. des *BVerfG* und betonte: *„Der beschließende Senat teilt diese Auffassung nicht und hält die mit ihr verbundenen Konsequenzen für problematisch. Vor dem Hintergrund der jüngeren dt. Geschichte werden durch das öff. Auftreten von Neonazis und das Verbreiten entsprechenden Gedankenguts grundlegende soziale und ethische Anschauungen einer Vielzahl von Menschen – zumal der in Deutschland lebenden ausländischen und jüdischen Mitbürger – in erheblicher Weise verletzt.“*

Dies sei ein wesentlicher Aspekt der Verfassungswirklichkeit im wiedervereinigten Deutschland. Der Hinweis auf die Art. 9 Abs. 2, 18 und 21 Abs. 2 GG führe nicht weiter: *„Angesichts der nahezu unüberwindbaren Hürden, die das BVerfG insoweit aufgestellt hat, können jene Vorkehrungen in der Verfassungswirklichkeit jedoch nur in den seltensten Fällen ihre Schutzwirkung entfalten.“*¹⁵ Auch diese Entscheidung wurde von der 1. Kammer des 1. Senats des *BVerfG* aufgehoben,¹⁶ wobei die bisherigen Argumente wiederholt wurden.

Am 30.4.2001 hatte das OVG *Münster* einen für den nächsten Tag angemeldeten neonazistischen Aufzug zu beurteilen. Auch hier blieb es seiner Meinung treu, wurde jedoch noch um einiges deutlicher: Es gehe bei neonazistischen Aktionen nicht um irgendwelche unerwünschten Meinungen, „sondern um Gedankengut, das nach der historisch bezogenen Wertordnung des GG aus dem demokratischen Willensbildungsprozess auszuschließen sei“ und nicht als „missliebig“ bagatellisiert werden dürfe. Die Aufhebung durch die *BVerfG*-Kammer ließ nicht lange auf sich warten.¹⁷ Einerseits wurde der Ton gegenüber dem OVG etwas schärfer, andererseits wurde die antifaschistische Ausrichtung des GG deutlicher als zuvor betont: *„Die Absage an den Nationalsozialismus hat das GG in vielen Normen, wie bspw. Art. 139 GG, besonders ausgedrückt, aber auch in dem Aufbau allgemeiner rechtsstaatlicher Sicherungen dokumentiert, deren Fehlen das menschenverachtende Regime des Nationalsozialismus geprägt hatte.“*

Gleichwohl kann man nur mit Verwunderung feststellen, dass der zuständige Senat des *BVerfG* nicht eingeschaltet wurde; dafür hätte das abweichende Votum eines Richters in der Kammer genügt, da diese nach § 93d Abs. 3 Satz 1 *BVerfGG* nur einstimmig entscheiden kann.¹⁸

3. Die Wunsiedel-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts

¹³ Ebenso war es der Entscheidung zum Fackelzug durch Lüdenscheid (Fn. 11) ergangen: *BVerfG* 26.1.2001, 1 BvQ 8/01, NJW 2001, 1407.

¹⁴ OVG *Münster* 12.4.2001, 5 B 492/01, NJW 2001, 2113.

¹⁵ Dies wurde durch das Nicht-Verbot der verfassungsfeindlichen NPD nachhaltig bestätigt, *BVerfG* 17.1.2017, 2 BvB 1/13, NJW 2017, 611.

¹⁶ *BVerfG* 12.4.2001, 1 BvQ 19/01, NJW 2001, 2075.

¹⁷ *BVerfG* 1.5.2001, 1 BvQ 22/01, NJW 2001, 2976.

¹⁸ Weitere Kritikpunkte bei *Battis/Grigoleit*, NJW 2001, 2051, 2053.

Die Kammerrechtsprechung des *BVerfG* wurde durch den Gesetzgeber korrigiert. Durch das Gesetz zur Änderung des VersG und des StGB v. 24.3.2005¹⁹ wurde § 130 Abs. 4 in das StGB eingefügt, der bestimmt: „Mit Freiheitsstrafe bis zu 3 Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer öffentlich oder in einer Versammlung den öffentlichen Frieden in einer die Würde der Opfer verletzenden Weise dadurch stört, dass er die nationalsozialistische Gewalt- und Willkürherrschaft billigt, verherrlicht oder rechtfertigt.“

Damit war entgegen der Kammer-Rspr. des *BVerfG* die Billigung oder gar Verherrlichung der NS-Herrschaft nicht mehr Ausdruck der Meinungsfreiheit, sondern strafbares Tun. Dies allerdings nicht generell, sondern nur dann, wenn es öff. (zB. in einem Blog) oder in einer Versammlung erfolgte und wenn die Würde der Opfer verletzt und dadurch der öffentliche Friede gestört wurde. Wie diese Vorschrift konkret zu verstehen ist, lässt sich in wesentlichen Teilen der Wunsiedel-Entscheidung des *BVerfG* entnehmen.²⁰

Der Sachverhalt ist relativ einfach gelagert: Wie in den Jahren zuvor sollte am 20.8.2005 eine Gedenkkundgebung für *Rudolf Heß* in Wunsiedel (Fichtelgebirge) stattfinden, wo sich seine Grabstätte befindet. Die Kundgebung diene – so die zusammenfassende Würdigung durch das *BVerwG*²¹ – der Glorifizierung eines führenden Repräsentanten der NS-Herrschaft und billige damit diese selbst. Es drohe deshalb die Begehung einer strafbaren Handlung nach § 130 Abs. 4 StGB, was das Verbot nach § 15 VersG rechtfertige.

Das *BVerfG* hatte sich nun mit der Frage auseinanderzusetzen, ob § 130 Abs. 4 StGB überhaupt ein „allgemeines Gesetz“ iSd. Art. 5 Abs. 2 GG darstellt, da die Vorschrift ja gegen bestimmte inhaltliche Äußerungen gerichtet ist. Die Frage wurde mit Recht verneint.²² Dennoch sei § 130 Abs. 4 StGB mit der Verfassung vereinbar, da mit Rücksicht auf die NS-Herrschaft das Verbot des Sonderrechts für meinungsbezogene Gesetze insoweit eine Ausnahme kenne.²³ Das menschenverachtende NS-Regime habe für die verfassungsrechtliche Ordnung der Bundesrepublik eine „gegenbildlich identitätsprägende Bedeutung“. Das bewusste Absetzen von der NS-Unrechtsherrschaft war „historisch zentrales Anliegen aller an der Entstehung wie Inkraftsetzung des GG beteiligten Kräfte“ und bilde ein „inneres Gerüst“ der grundgesetzlichen Ordnung. Das GG könne weithin „geradezu als Gegenentwurf zu dem Totalitarismus des nationalsozialistischen Regimes“ gedeutet werden.²⁴ Davon wird aber eine Ausnahme gemacht. Das GG kenne kein „allgemeines antinationalsozialistisches Grundprinzip“, das ein Verbot der Verbreitung nationalsozialistischen Gedankenguts „schon in Bezug auf die geistige Wirkung seines Inhalts“ gestatten würde.²⁵ Dieser Bereich des „Geistigen“ sei verlassen, wenn es nicht mehr nur um Überzeugungsbildung gehe, weil die Äußerungen „auf Realwirkungen angelegt“ seien. Dies wird für Appelle zum Rechtsbruch, „aggressive Emotionalisierungen“ und für Äußerungen angenommen, die Hemmschwellen für die Verletzung von Rechtsgütern herabsetzen.²⁶ Dass es Abgrenzungsprobleme geben könne, sieht das Gericht durchaus, meint jedoch, ihnen mit einer „Je-desto-Formel“ ausweichen zu

¹⁹ BGBl I S. 969.

²⁰ *BVerfG* 4.11.2009, 1 BvR 2150/08, NJW 2010, 47.

²¹ *BVerwG* 25.6.2008, 6 C 21/07, NJW 2009, 98.

²² *BVerfG* (Fn. 20) Tz. 53 ff.

²³ *BVerfG* (Fn. 20) Tz. 64

²⁴ *BVerfG* (Fn. 20) Tz. 65

²⁵ *BVerfG* (Fn. 20) Tz. 67

²⁶ *BVerfG* (Fn. 20) Tz. 73.

können: Je mehr auch die geistige Wirkung durch ein Verbot betroffen sei, umso höher müssten die Anforderungen an das Eingriffsgesetz sein.

Die Entscheidung stellt sich als ein Kompromiss dar, der auf Kosten der inneren Schlüssigkeit geht. Auf der einen Seite wird der Anti-NS-Charakter des GG in sehr starken Farben gemalt. Auf der anderen Seite bleibt dann aber eine die NS-Herrschaft befürwortende Stellungnahme von Art. 5 Abs. 1 GG gedeckt, wenn sie sich auf den „geistigen Bereich“ beschränkt. Dass dieser die notwendige Basis für eine Verbreitung rechtsradikalen Gedankenguts ist, das dann auch zu konkretem Handeln führt, wird vom Gericht nicht gesehen. Auch fragt man sich, weshalb zwar eine (immanente) Ausnahme vom Erfordernis des „allg.“ Gesetzes nach Art. 5 Abs. 2 GG möglich sein soll, nicht aber vom Schutz durch die Meinungsfreiheit nach Art. 5 Abs. 1 GG. Überzeugende Argumentation sieht anders aus.

III. Erlaubte und nicht erlaubte Meinungsäußerungen im Betrieb

Welche Konsequenzen ergeben sich aus dieser Rspr. für konkrete Fälle, wie sie bspw. *Bertram Zwanziger* schon 1994 zu entscheiden hatte und wie sie heute vermehrt auftreten können? Es liegt nahe, hier zu differenzieren.

1. Billigung des NS-Regimes

Relativ wenige Zweifelsfragen wirft eine Situation auf, bei der die NS-Herrschaft als solche in der Betriebsöffentlichkeit gebilligt, gerechtfertigt oder gar verherrlicht wird. Die allg. zugängliche Rspr. bietet durchaus Anschauungsmaterial. Zu denken ist etwa an den Fall, in dem ein Auszubildender einen Teil seiner Kollegen veranlasst hatte, ein Lied mit den Kernsätzen „Auschwitz, wir kommen“ und „Haltet die Öfen bereit“ zu singen. Die fristlose Kündigung wurde vom *BAG* bestätigt.²⁷ Nach heutigem Recht wäre der Tatbestand des § 130 Abs. 4 StGB erfüllt gewesen, da über die konkludente Billigung des NS-Regimes hinaus der Vorgang betriebsöff. war und die Menschenwürde der Opfer verhöhnte. Dem Verfasser ist vor vielen Jahren in der Praxis der Fall begegnet, dass sich ein Mitarbeiter einer Flughafen-GmbH, der für seine Sympathien mit der NS-Herrschaft bekannt war, ein Hitlerbärtchen wachsen ließ und seine Frisur so veränderte, dass sie der Hitlers entsprach. Da er auch noch eine vergleichbare Kopfform hatte, war die Ähnlichkeit verblüffend. Der AG wurde erst aktiv, als sich ein nach Tel Aviv fliegender Passagier beschwerte, und versetzte den AN auf einen Arbeitsplatz, wo er für Passagiere nicht mehr zu sehen war. Weitergehende Maßnahmen wurden – aus welchen Gründen auch immer – nicht getroffen. Ob es sich bei der äußeren Erscheinung um ein „Propagandamittel“ iSd. § 86 Abs. 1 StGB handelte, das dazu bestimmt war, Bestrebungen einer ehemaligen NS-Organisation fortzusetzen, mag angesichts des strafrechtlichen Analogieverbots zweifelhaft sein. Auch handelt es sich nicht direkt um ein „Kennzeichen“ einer NS-Organisation, dessen Herstellung und Verwendung nach § 86a StGB strafbar ist. Gleichwohl wird man ein betriebsöff. Bekenntnis zum NS-System annehmen können, das die Besonderheit aufweist, dass nicht nur (möglicherweise) die Meinungsfreiheit, sondern auch das Recht berührt ist, frei über das eigene Äußere zu entscheiden. Dem AG wäre daher zu empfehlen, zunächst eine Abmahnung auszusprechen, verbunden mit der Aufforderung, die Herstellung der Ähnlichkeit wieder rückgängig zu machen, wofür es

²⁷ BAG 1.7.1999, 2 AZR 676/98, AuR 2000, 72-74, m. Anm. *Korinth*.

unterschiedliche Wege geben kann. Nur wenn dem nicht Rechnung getragen würde, könnte eine ao. Kündigung ausgesprochen werden.

2. Ausgrenzung „Andersartiger“

Häufiger als ausdrückliche oder konkludente Bekenntnisse zu der Nazizeit zwischen 1933 und 1945 ist das Aufgreifen einzelner Elemente der damals herrschenden Auffassungen, ohne dass ein direkter (und belegbarer) Bezug hergestellt würde. Dies betrifft insbesondere rassistische Diskriminierungen, die sich gegen Juden, „People of Color“, Ausländer, Sinti und Roma sowie gegen Personen mit Migrationshintergrund richten. Dem Verbot rassistischer Diskriminierung nach Art. 3 Abs. 3 GG lässt sich nach herrschender Sichtweise nicht einfach Drittwirkung für das Arbeitsverhältnis zusprechen, doch ist es vom einfachen Gesetzgeber ausgestaltet worden: § 75 Abs. 1 BetrVG verlangt, dass BR und AG darüber zu wachen haben, dass jede Benachteiligung aus Gründen der Rasse oder der ethnischen Herkunft unterbleibt. Dass dies auch den einzelnen AN bindet, hat schon das hier referierte Urteil des ArbG *Bremen* durch die Hinweise auf § 104 und § 99 Abs. 2 Nr. 6 BetrVG klargestellt. Heute liegt der Rückgriff auf das AGG nahe: Verstoßen Beschäftigte gegen das Benachteiligungsverbot des § 7 Abs. 1 AGG, so hat der AG nach § 12 Abs. 3 AGG die geeigneten, erforderlichen und angemessenen Maßnahmen zu ergreifen, damit sich ein solches Verhalten nicht wiederholt.²⁸ Art. 3 Abs. 3 GG hat insoweit eine arbeitsrechtliche Umsetzung erfahren.²⁹

Im Einzelfall kann der Tatbestand der Volksverhetzung nach § 130 Abs. 1 StGB erfüllt sein, doch ist dies nicht immer der Fall, da öff. oder in einer Versammlung gemachte Äußerungen vorausgesetzt werden. Wird etwa in einer Betriebsratssitzung ein dunkelhäutiger Kollege durch die Imitation von Affenlauten schwer beleidigt, so greift § 130 Abs. 1 StGB nicht ein, doch muss die Meinungsfreiheit gegenüber der Menschenwürde des Angegriffenen zurückstehen.³⁰ Dasselbe war im Fall des ArbG *Bremen* anzunehmen. Derlei schwere Pflichtverletzungen gibt es besonders häufig im Zusammenhang mit ausländerfeindlichen Vorurteilen. Eine Reihe von ArbG neigte zunächst dazu, eine ausländerfeindliche Agitation zwar als rechtswidrig zu qualifizieren, im Einzelfall jedoch nach Wegen zu suchen, um über die Interessenabwägung eine Kündigung an den konkreten Umständen scheitern zu lassen. Das in Versform abgefasste „Asylantenpamphlet“, das 1993 kursierte, übertraf in seiner die Aussiedler und Ausländer polemisch abqualifizierenden Art eine einmalige Beleidigung eines Kollegen bei weitem; dennoch fiel die Interessenabwägung durch das ArbG *Hannover*³¹ und (in einem vergleichbaren Fall) durch das LAG *Hamm*³² zugunsten des gekündigten AN aus.³³ Auch das BAG bewegte sich ein wenig auf dieser Linie und verpflichtete die Vorinstanz in

²⁸ Dazu *Buschmann*, in: Däubler/Beck (Hrsg.), AGG, 5. Aufl. 2022, § 12 Rn. 32 ff.

²⁹ BVerfG 2.11.2020, 1 BvR 2727/19, NZA 2020, 1704 Tz. 19, AuR 2021, 39; dazu *Payandeh*, NVwZ 2021, 1830.

³⁰ BVerfG (Fn. 29) Tz. 18. Ebenso schon BVerfG 19.5.2020, 1 BvR 2397/19, NJW 2020, 2622.

³¹ ArbG *Hannover* 22.4.1993, 11 Ca 633/92, BB 1993, 1218 mit Anm. *Däubler* = AuR 1993, 415.

³² LAG *Hamm* 12.4.1994, 6 Sa 1839/93, BB 1994, 1288 mit Anm. *Stückemann*.

³³ Um einen Eindruck zu vermitteln, sei ein Auszug zitiert: „Herr Asylant, hallo wie geht's??/Oh ganz gut, bring Deutschen Aids/Komm direkt aus Übersee/hab Rauschgift mit, so weiß wie Schnee.“ Es folgt eine Schilderung des Lebens im deutschen Schlaraffenland: „Zahl' weder Miete, Strom noch Müllabfuhr/das müssen dumme Deutsche nur! /Auch Zahnarzt, Krankenhaus komplett/zahlt jeden Monat deutscher Depp.“ So ging es über Seiten.

einem eigentlich eindeutigen Fall zu einer gründlicheren Prüfung.³⁴ Bemerkenswert sind auch Ausführungen des ArbG *Siegburg*.³⁵ Nach seiner Auffassung deckte die Meinungsfreiheit auch Forderungen wie „Ausländer raus – Türken raus“ und „Die Braunen müssten wiederkommen;“ lediglich die Äußerung „Ausländer und auch Türken müsste man verbrennen“ lag nach Auffassung des Gerichts jenseits des Zulässigen und rechtfertigte die ao. Kündigung. Der Argumentationshaushalt war im Vergleich zu dem der VG und des *BVerfG* insoweit ärmer, als Art. 5 Abs. 1 GG generell angewandt wurde und Grenzen lediglich in Strafrechtsnormen gesehen wurden. Dass bei bestimmten Äußerungen Art. 5 Abs. 1 GG möglicherweise gar nicht greift und dass die Verfassung in Art. 3 Abs. 3 GG ein auch hier relevantes Diskriminierungsverbot enthält, wurde mit keinem Wort erwähnt. Dies ist bisweilen auch bei Entscheidungen der Fall, die im Ergebnis keineswegs zu beanstanden sind.³⁶ Hier hätte ein Blick in die bald 30 Jahre alte Entscheidung des ArbG *Bremen* sicherlich weitergeholfen.

³⁴ BAG 14.2.1996, 2 AZR 274/95, NZA 1996, 873.

³⁵ ArbG *Siegburg* 4.11.1993, 4 Ca 1766/93, DB 1994, 1146.

³⁶ S. etwa LAG *Düsseldorf* 10.12.2020, 5 Sa 231/20, NZA-RR 2021, 298, AuR 2021, 235.