

Leitsatz

Kennwort oder  
Kennparagrafzu a. *Entscheidungsbesprechung:*

**Kündigung** (Entlassung) eines Arbeitnehmers wegen **Arbeitsverweigerung** aufgrund eines **Gewissenskonflikts** — hier: Verweigerung der Mitarbeit an der **Entwicklung eines** auch für militärische Zwecke geeigneten **Medikamentes**.

§ 1 KSchG

zu b. **Verdachtskündigung:** Zulässige **Berücksichtigung** nachträglich bekannt gewordener oder eingetretener **entlastender Umstände**.

- a. Prof. Dr. Wolfgang Däubler, Bremen, **Besprechung** des Urteils des Bundesarbeitsgerichts — 2 AZR 283/88 — v. 24. 5. 89, auszugsweise abgedruckt auf den vorhergehenden Blättern VI (614) 121 a-e und 122 a-d (in Heft 2/90)

„Gewissenskonflikte am Arbeitsplatz waren in den 60er und den 70er Jahren kein Thema. Rechtsprechung ist anders als aus der Nachkriegszeit kaum vorhanden (s. den Überblick bei Kohte, NZA 1989, 162); von einigen Dissertationen abgesehen (Nachweise bei Kohte aaO. Fn 7), hielt sich auch die Wissenschaft zurück. Durch die Friedensbewegung der 80er Jahre änderte sich die Situation; die eigene Arbeitskraft unmittelbar oder mittelbar für militärische Zwecke einzusetzen, erschien nicht wenigen Mitbürgern als völlig unzumutbares Ansinnen. Das Bundessozialgericht hatte sich deshalb etwa mit der Frage auseinanderzusetzen, ob ein arbeitsloser Techniker, der gleichzeitig anerkannter Wehrdienstverweigerer war, einen Arbeitsplatz ablehnen durfte, wo er hätte Konstruktionen für militärische Fahrzeuge machen müssen (BSG, NJW 1983, 701). Während hier der Sperrzeitbescheid der Arbeitsverwaltung bestätigt wurde, hatte ein von der gleichen Sanktion betroffener Arbeitsloser Erfolg, der sein Arbeitsverhältnis aufgelöst hatte, weil er Reparaturarbeiten auf Kriegsschiffen nicht übernehmen wollte (BSGE 61, 158 ff.). Dahinter könnte die Erwägung stehen, je größer das erbrachte Opfer sei, um so mehr Gewicht komme auch der Gewissensentscheidung zu. Das BAG hatte 1984 über die Kündigung eines Druckers zu entscheiden, der sich geweigert hatte, an der Herstellung kriegsverherrlichender Literatur mitzuwirken (BAG, NJW 1986, 85 [hier: VI (604) 160 b-d]). Daneben gab es in der Bundesrepublik (ebenso wie in den USA) »Verweigerungsinitiativen« von Ingenieuren und Informatikern, die unter keinen Umständen an SDI-Projekten mitwirken wollten. In jüngster Vergangenheit weigerten sich Postbedienstete, eine Postwurfsendung der rechtsradikalen DVU zu verteilen. Wo die Ursachen für diese Konflikte liegen, läßt sich nicht sicher beurteilen. Eine wichtige Rolle spielt die Tatsache, daß die Sensibilität für bestimmte Probleme drastisch gestiegen ist. Dies gilt nicht nur für den Bereich der Rüstung sondern auch für umweltgefährdende Technologien oder für die Bekämpfung rechtsradikaler politischer Positionen. Aus einem verbreiteten Risikobewußtsein heraus scheut man die eigene Verstrickung in Zusammenhänge, die Unheil über die Menschen bringen könnten. Einer »reibungslosen« Bewältigung derartiger Konflikte im Wege des Aufhebungsvertrages steht die Massenarbeitslosigkeit im Wege; man kämpft um die Erhaltung des Arbeitsplatzes oder um die Arbeitslosenunterstützung, weil andere Alternativen nicht zur Verfügung stehen.

Die vorliegende BAG-Entscheidung betrifft einen der markantesten Fälle: Eine Ärztin hatte sich geweigert, an der Entwicklung eines Medikaments mitzuwirken, das auch im Nuklearkrieg hätte Verwendung finden können. Das BAG bestätigt die in der Drucker-Entscheidung von 1984 eingenommene Position. Bei der Zuweisung von Arbeit ist, wie auch sonst bei der Ausübung des Direktionsrechts, gemäß § 315 Abs. 1 BGB nach »billigem Ermessen« zu verfahren. In diesem Rahmen kommt einem Gewissenskonflikt wesentliche Bedeutung zu; es kann jedoch Gegeninteressen des ArbGebers geben, die den Vorrang haben und die die Zuweisung der gewissenwidrigen Tätigkeit gleichwohl rechtfertigen. Als Kriterien nennt das BAG im Anschluß an die Druckerentscheidung die Vorhersehbarkeit des Gewissenskonflikts, das Vorhandensein aktueller betrieblicher Erfordernisse und die Wahrscheinlichkeit einer Wiederholung.

Zuzustimmen ist dem BAG in zwei Punkten. Zum einen überzeugt es jedenfalls im Ergebnis, den ArbGeber über § 315 Abs. 1 BGB zu verpflichten, nach einer Auswechlösung zu suchen, die den Gewissenskonflikt vermeidet. Dies gebietet schon die in § 75 Abs. 2 BetrVerfG vorgesehene Rücksichtnahme auf Persönlichkeitsinteressen des ArbNehmers; eines besonderen Rückgriffs auf Grundrechte bedarf es insoweit nicht. Zum zweiten hat sich das BAG mit überzeugenden Gründen zu einem subjektiven Gewissensbegriff bekannt und alle diejenigen Auffassungen zurückgewiesen, die zwischen »plausibler« und »weniger plausibler«, zwischen »guter« und »schlechter« Gewissensentscheidung differenzieren wollen. Mißbräuchen wird dadurch vorgebeugt, daß der ArbNehmer seine Entscheidung im einzelnen darlegen und erläutern muß.

Weniger einleuchtend ist demgegenüber die Aussage, daß es auch Konstellationen gibt, in denen die Gewissensentscheidung im Rahmen des § 315 Abs. 1 BGB zurückstehen muß. Am ehesten überzeugt noch das Gegenindiz der »Vorhersehbarkeit«, die im Einzelfall zugunsten des ArbGebers sprechen kann (nicht: muß). Wie die aktuellen betrieblichen Erfordernisse beschaffen sein müssen, um denselben Effekt zu bewirken, war nicht entscheidungserheblich und blieb deshalb offen. Genau dasselbe gilt für das Wiederholungsargument: Das BAG gibt keine Anhaltspunkte dafür, welches Maß an »Störung« der ArbGeber in Kauf nehmen muß. Dies ist nicht nur aus Gründen der Rechtssicherheit unbefriedigend. Auch rechtsdogmatisch ergeben sich schwere Bedenken. Zwar hat das BAG die These von der unmittelbaren Drittwirkung der Grundrechte spätestens mit der Entscheidung des Großen Senats zum Weiterbeschäftigungsanspruch (BAG AP Nr. 14 zu § 611 BGB Beschäftigungspflicht [hier: VI (604) 15 d-f]) stillschweigend zu den Akten gelegt, doch ist auch im Rahmen der heute praktizierten mittelbaren Drittwirkung zu berücksichtigen, ob ein Grundrecht vorbehaltlos geschützt ist oder ob es unter einem mehr oder weniger weiten Gesetzesvorbehalt steht: Im ersten Fall muß die Schutzwirkung auch gegenüber »sozialen Gewalten« wie dem ArbGeber weiter gehen als im zweiten. Kann der Staat in die Gewissensfreiheit nicht oder nur im Interesse höherer Verfassungsgüter eingreifen, kann auch für den ArbGeber nicht schon jedes »berechtigte Interesse« genügen. Dies würde beispielsweise bedeuten, daß Gewissenszwang nur dann ausgeübt werden könnte, wenn andernfalls die Existenz des Unternehmens auf dem Spiel stünde. Zu denken ist dabei an Notfälle und vergleichbare Situationen, die beispielsweise nach § 14 Abs. 1 AZO auch eine Durchbrechung elementarer arbeitszeitrechtlicher Vorschriften legitimieren können. Die Fälle, in denen die Gewissensfreiheit effektiv zum Tragen kommt, können von diesem Ansatz her zahlreicher sein.

Da das Berufungsgericht nicht geprüft hatte, ob eine andere Beschäftigungsmöglichkeit bestand, wies das BAG den Rechtsstreit zur näheren Sachaufklärung zurück. Es hatte deshalb keinen Anlaß, sich eingehender mit der Frage zu befassen, was geschieht, wenn trotz des Wissenskonflikts wegen überwiegender Arbeitgeberinteressen die in Rede stehende Arbeit zugewiesen wird. Lediglich im Wege eines Obiter dictum wird betont, in einem solchen Falle gerate der ArbGeber nicht nach § 615 BGB in Annahmeverzug; auch sei »an sich« ein in der Person liegender Grund gegeben, der »jedenfalls« nach § 1 Abs. 2 KSchG eine ordentliche Kündigung rechtfertigen könne. Auch die Verweigerung einer wirksam zugewiesenen Arbeit rechtfertigt somit keine verhaltensbedingte sondern nur eine personenbedingte Kündigung. Dies hat erhebliche praktische Konsequenzen. Ein einmaliger gewissensbedingter »Ausfall« kann genausowenig eine Kündigung sozial rechtfertigen wie eine vorübergehende Krankheit. Selbst wenn auch in Zukunft einzelne Konfliktsituationen absehbar sind, kommt eine Kündigung nur dann in Betracht, wenn die dadurch geschaffenen Belastungen für den Betrieb nicht mehr hinnehmbar sind (vgl. schon BAG, Betrieb 1983, 1047 [hier: VI (614) 89 a-c] für die krankheitsbedingte Kündigung).“

Vgl. zu der vorst. besprochenen BAG-Entscheidung auch die Anmerkung von Prof. Dr. Theo Mayer-Maly, Salzburg, in JZ 1990, 142.

- b. LAG Schleswig-Holstein (Urteil — 6 Sa 463/88 — v. 3. 11. 88, ausführlicher in NZA 1989 Heft 20 S. 798)

„Der vom Bekl. [ArbGeber] als »ausschlaggebend« bezeichnete Grund, der Verdacht der Tierquälerei in zwei Fällen, kann eine verhaltensbedingte Kündigung nicht rechtfertigen, denn der Kl. [Fleischbeschauerarzt] ist durch Urteil des Amtsgerichts vom Vorwurf der Tierquälerei auch auf Antrag der Staatsanwaltschaft freigesprochen worden. Damit hat sich der Verdacht des Bekl. als von Anfang an objektiv unrichtig herausgestellt. . . .“

Der Bekl. kann sich nicht darauf berufen, daß zum Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung ein dringender Tatverdacht gegen den Kl. vorgelegen hat. Zwar ist zutreffend, daß bei der Prüfung der Kündigungsgründe grundsätzlich der Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung maßgeblich ist. Gerade in Fällen der Verdachtskündigung sind jedoch auch nachträglich bekannt gewordene oder entstandene Tatsachen zu berücksichtigen, wenn sie geeignet sind, eine zunächst vielleicht begründete Verdachtskündigung zu entkräften, z.B. ein unterdessen erfolgter Freispruch (BAGE 16, 72 [81, 82]; BAGE 27, 113 [123]). . . . Ist es im Kündigungsschutzprozeß dem Kündigenden möglich — unter Beachtung etwaiger Beteiligungsrechte von Betriebs- oder Personalräten — Kündigungsgründe »nachzuschieben«, so ist es gerade im Bereich der Verdachtskündigung recht und billig, einen strafrechtlichen Freispruch, zudem wenn er auch auf Antrag des Staatsanwalts erfolgt, auch zugunsten des Gekündigten zu berücksichtigen.“

Abgesehen von den vorstehenden Erwägungen sei zu berücksichtigen, daß der Verdacht strafbarer Handlungen stets die fristlose Kündigung rechtfertigen kann. Mache der ArbGeber hiervon jedoch keinen Gebrauch und warte zunächst ab oder kündige er fristgemäß, so müsse daraus auch unter dem Aspekt der Fürsorgepflicht des ArbGebers gefordert werden, daß dieser zunächst das Ergebnis eines etwaigen Strafverfahrens abwartet (so Hueck, KSchG, § 1 Rdnr. 98).