

Prof. Dr. Wolfgang Däubler

28 Bremen 33 , den 8.11.72
Achterstraße
Universität

An das
Bundesverfassungsgericht
1. Senat

75 K a r l s r u h e

Postfach 1771

In der
Verfassungsbeschwerdesache
des Bankkaufmanns Wolfgang S c h w a n k, 8904 Friedberg,
Frühlingstr. 19

- Beschwerdeführer - Prozeßbevollmächtigte:
Rechtsanwalt Dr. Heinz Gester, 4 Düsseldorf, Hans Böckler-Str.39
und Prof. Dr. Wolfgang Däubler, 28 Bremen 33, Achterstraße,
Universität

gegen

das am 28. September 1972 verkündete Urteil des 2. Senats des
Bundesarbeitsgerichts i.S.

Wolfgang S c h w a n k ./.. Bayerische Vereinsbank München

- 2 AZR 496/71 -

Az. 1 BvR 568/72

wird die mit Schriftsatz vom 3. November 1972 eingelegte Verfas-
sungsbeschwerde wie folgt begründet:

Inhaltsübersicht

A.)	Sachverhalt	1
I.	Der Anlaß der Kündigung	1
II.	Die Entscheidungen des ArbG Augsburg, des LAG Bayern und des BAG	2
III.	Die Reaktion der Öffentlichkeit auf die Entscheidung des BAG	7
B.)	Die Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde	9
C.)	Begründetheit der Verfassungsbeschwerde	10
I.	Art.5 ^I GG als betroffenes Grundrecht	10
II.	Mittelbare oder unmittelbare Drittwirkung des Grundrechts der Meinungsfreiheit ?	11
III.	Erfordernis eines formellen Gesetzes in Art.5 ^{II} GG	14
IV.	Gewohnheitsrechtliche Beschränkung der Meinungsfreiheit ?	19
V.	Beschränkung des Grundrechts aus Art.5 ^I GG durch eine "Rechtsprechungsnorm" ?	23
1.	Die Stellungnahmen des BVerfG zur richterlichen Rechtsfortbildung	23
2.	Reihenfolge der Kriterien	29
3.	Schaffung eines neuen Eingriffstatbestands	30
4.	Einhaltung der Regeln zur richterlichen Rechtsfortbildung durch das BAG ?	32
VI.	Inhaltliche Bedenken gegen die grundrechtsbeschränkende Norm	43
1.	Fehlende Auslegung im Lichte des beschränkenden Grundrechts	43

2.	Verstoß gegen die im Blinkfüer-Urteil entwickelten Grundsätze	47
3.	Verstoß gegen das Gebot der Chancengleichheit der Parteien	51
4.	Verstoß gegen das durch Art.9 ^{III} GG geforderte Prinzip einer kontradiktorischen Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses	54
VII.	Kausalität der Verfassungsverletzungen	56
B.)	Verstoß gegen die Bekenntnisfreiheit nach Art.4 ^I GG	58
I.	Überblick über die bisherige Rechtsprechung	58
II.	Schutz der Weltanschauung	60
1.	Gleichbehandlung mit religiösem Bekenntnis	60
2.	Marxismus als Weltanschauung	61
3.	Umfang des weltanschauungskonformen Verhaltens	62
4.	Verstoß gegen verfassungsimmanente Grenzen	63
E.)	Verstoß gegen den Gleichheitssatz	65
I.	Verstoß gegen das Verbot politischer Diskriminierung nach Art.3 ^{III} GG ?	65
II.	Verstoß gegen das Recht auf gleiche Teilhabe an der politischen Willensbildung	65
F.)	Verletzung von Art.1 u. Art.2 GG	68
G.)	Umfang des Antrags	69

Anmerkungen

A Sachverhalt

I Der 1951 geborene Beschwerdeführer war seit 1. Juli 1970 als Bankkaufmann bei einer in der Nähe von Augsburg gelegenen Zweigstelle der Bayrischen Vereinsbank - der Bekl. des Ausgangsverfahrens - tätig. Sein Monatsgehalt betrug DM 884.-- brutto. Im Mai 1970, -also bereits vor seiner Einstellung - war er Mitglied der DKP geworden. Im Rahmen des Wahlkampfes zu den Bayrischen Landtagswahlen verteilte er während seiner Freizeit in der Innenstadt von Augsburg ein Extrablatt dieser Partei, nämlich die Ausgabe Juli 1970 der 4 Seiten in Zeitungsformat umfassenden "UZ" (Unsere Zeit). An zwei Stellen finden sich dort Aussagen zu den Banken im allgemeinen und zu der Bayrischen Vereinsbank im besonderen. So wird auf S.1 unter der Überschrift "Mieter gegen Millionäre" ausgeführt:

" Die Bank- und Versicherungskonzerne kaufen das Lehel auf, um die Häuser abzureißen und Büropaläste oder Luxusappartements an ihre Stelle zu setzen . Den Mietern wird gekündigt. Die Bodenpreise stiegen von 250.- auf 2.400.- DM.

Für viele Leheler bedeutet der Wohnungsverlust die Ruinierung überhaupt. Nicht nur aus dem Stadtviertel werden sie vertrieben, in dem sie teilweise jahrzehntlang gewohnt haben - draußen am Stadtrand sollen sie obendrein noch höhere Mieten zahlen.

Nicht Mensch, sondern Profit

Den Herren von der Münchener Rückversicherungs AG und anderen Konzernen ist das natürlich gleichgültig. Für sie gilt nicht der Mensch, sondern der Profit.

Grünes Licht für diese staatlich genehmigte Massenvertreibung arbeitender Menschen durch die Millionäre gab die jahrelange Wohnungspolitik der CDU/CSU (Lücke-Gesetze, 'weißer Kreis'), die den Mieter praktisch rechtlos machte."

Die zweite Bezugnahme auf die Banken - hier speziell auf die Bayrische Vereinsbank - findet sich auf S.2. Dort wird unter

der auf den Wahlkampf bezogenen Überschrift "Warum Kommunisten ?" ausgeführt:

" Wir Kommunisten wollen eine neue Landespolitik, die den Millionen schaffenden Bürgern mehr Rechte gibt. Damit die arbeitende Bevölkerung in Bayern 'mit Erfolg in die Welt von morgen' kommt, muß die Macht der kleinen Clique der Industrie- und Bankmilliardäre und ihrer Partei, der CSU, gebrochen werden. Danach handeln wir, und dies unterscheidet uns von allen anderen Parteien.

Die CSU nennt sich christlich und sozial, aber die Praxis ihrer Politik sieht anders aus: CSU-Leute decken den Bankmilliardär und Großgrundbesitzer Baron Finck, wenn er sich mit seinen Grundstücksgeschäften an der Bayrischen Staatskasse gesundstößt. Die CSU-Regierung beschafft Bodengeschenke, billige Kredite und andere Zuschüsse aus der Steuerkasse und schiebt sie den Rüstungsmonopolen Messerschmitt-Bölow, Krauss-Maffei, dem Superkonzern Siemens und anderen zu. Jetzt ist die CSU-Regierung dabei, den Konzernmilliardären in Bayern die Bayrische Staatsbank zur Eingliederung in eine private Superbank zu überlassen. Dies sind nur einige bekannt gewordene Beispiele der CSU-Politik."

Nach ihrem insoweit unbestrittenen Vorbringen erfuhr die Bayrische Vereinsbank von einem - wie sie sagt - "guten, angesehenen und für die Zweigstelle wichtigen " Kunden im Oktober 1970, der Beschwerdeführer habe "vor ca. 14 Tagen" auf dem Königsplatz in Augsburg Flugblätter verteilt. Der Leiter ihrer Augsburger Niederlassung stellte den Beschwerdeführer am 2. Oktober deswegen zur Rede. Dabei bekannte sich dieser zu den Zielen der DKP. Mit Schreiben vom 6. November 1970 kündigte die Bayrische Vereinsbank den Beschwerdeführer "unter Bezugnahme auf die mit Ihnen geführte Unterredung" fristgerecht zum 31. Dezember 1970.

II Der Beschwerdeführer erhob daraufhin Kündigungsschutzklage und machte insbesondere eine Verletzung seiner Grundrechte aus Art. 5 Abs. 1 GG und Art. 3 Abs. 3 GG geltend. Die in dem verteilten Extrablatt erhobenen Angriffe hätten sich offenkundig vor allem gegen die Politik der CSU gerichtet. Die

Bayrische Vereinsbank werde nicht in ihrer Funktion als Bank angegriffen, vielmehr richteten sich die Angriffe ausschließlich gegen die Politik der Banken. Ein Arbeitnehmer sei aber kraft seiner Treupflicht nicht gehalten, das Eingreifen seines Arbeitgebers in die Politik widerspruchslos hinzunehmen oder zu unterstützen. Er könne auf jeden Fall außerhalb des Betriebes die von seinem Arbeitgeber verfolgte Politik angreifen, da die Arbeitnehmer sonst überhaupt nicht mehr öffentlich in anderem Sinne als dem der Unternehmer oder ihrer Verbände Stellung nehmen dürften. Eine solche Auffassung würde an die Grundlagen nicht nur der Gewerkschaften, sondern des politischen Lebens und der Demokratie überhaupt rühren, da sie die politische Meinungsfreiheit weit über die Grenzen des Betriebes hinaus praktisch zum Erliegen bringen würde. Hinsichtlich der Beurteilung der Politik der Banken unterliege der Beschwerdeführer den gleichen Schranken der Meinungsfreiheit wie alle anderen Staatsbürger auch. Eine Verletzung der Treupflicht liege nicht vor, zumal bisher noch kein Fall bekannt geworden sei, wo das Verhalten eines Arbeitnehmers, das in keinem näheren Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis gestanden habe, von der Rechtsprechung als Verstoß gegen die Treupflicht gewertet worden wäre. Neben dem darin liegenden Verstoß gegen Art.5 Abs.1 GG sei durch die Kündigung auch Art.3 Abs.3 GG verletzt worden, da sie wegen der Zugehörigkeit des Beschwerdeführers zu einer politischen Partei erfolgt sei.

Das Arbeitsgericht Augsburg hat die Klage abgewiesen; auch die Berufung an das Landesarbeitsgericht Bayern blieb ohne Erfolg.

Da das Kündigungsschutzgesetz erst nach sechsmonatiger Tätigkeit eingreift, prüfte das LAG lediglich einen Verstoß gegen § 138 BGB sowie gegen die Grundrechte aus Art. 5^I und 3^{III} GG, die nach seiner Auffassung Ordnungssätze für das soziale Leben enthielten und deshalb unmittelbare Wirkung auch für den Rechtsverkehr der Bürger untereinander hätten. Ein Verstoß gegen die guten Sitten wurde mit der Begründung abgelehnt, es hätten sogar nach dem unbestrittenen Sachverhalt Gründe bestanden, die eine Trennung von dem erst 4 1/2 Monate im Betrieb tätigen Beschwerdeführer rechtfertigten. Das von ihm in der Öffentlichkeit verteilte Extrablatt enthalte nicht nur Angriffe gegen eine bestimmte politische Partei, sondern richte sich gegen die Banken im allgemeinen und insbesondere gegen die Bayrische Vereinsbank. Der Beschwerdeführer, der sich mit den dort enthaltenen schlagwortartigen Angriffen gegen die Vereinsbank identifiziert habe, könne unter diesen Umständen nicht erwarten, daß seine Arbeitgeberin das erst im Anfangsstadium befindliche Arbeitsverhältnis aufrechterhalte, wenn sie gewärtig sein müsse, daß sie von ihm in der Öffentlichkeit in derartiger Weise "desavouiert" werde. Auch Art. 5 Abs. 1 GG sei nicht verletzt. Der Arbeitnehmer habe sich auch im politischen Kampf solcher Äußerungen zu enthalten, die geeignet seien, den Arbeitgeber unmittelbar zu "diskriminieren". Nach der (nicht näher bezeichneten) Rechtsprechung könnten Gesetze zum Schutze bestimmter Rechtsgüter Meinungsäußerungen irgendwelcher Art einschränken oder ausschließen. Zu diesen allgemeinen Gesetzen gehörten im Verhältnis der einzelnen Bürger zueinander auch die Grundregeln über die Arbeitsverhältnisse. Wenn der Beschwerdeführer als junger Arbeitnehmer

der Bayrischen Vereinsbank die Förderung durch seine Arbeitgeberin in Kauf nehme, die diese auch auf Grund der ihr obliegenden Fürsorgepflicht ihm wie jedem anderen Arbeitnehmer zu gewähren hatte, so entspreche dem die von ihm zu beachtende Treupflicht, die er durch sein Verhalten mißachtet habe. Schließlich sei auch Art. 3 Abs. 3 GG nicht verletzt, da der Beschwerdeführer nicht deshalb entlassen worden sei, weil er einer bestimmten, der Arbeitgeberin nicht genehmen Partei angehöre, sondern weil er sich auf Grund dieser Parteizugehörigkeit mit Angriffen identifiziert habe, die diese Partei in unsachlicher Form gegen die Bayrische Vereinsbank selbst erhoben habe. Unter diesen Umständen komme es auf den Inhalt des Gesprächs mit dem Niederlassungsleiter gar nicht mehr an.

Die gegen das Urteil des LAG Bayern eingelegte Revision wurde vom BAG durch Urteil vom 28.9.1972 als unbegründet zurückgewiesen. In Übereinstimmung mit seiner ständigen Rechtsprechung ging das BAG davon aus, daß die Grundrechte aus Art. 3 Abs. 3 und Art. 5 Abs. 1 unmittelbar auf den Privatrechtsverkehr anzuwenden seien; ein Verstoß gegen sie mache das betr. Rechtsgeschäft gemäß § 134 BGB nichtig.

Das Diskriminierungsverbot des Art. 3^{III} GG sei im konkreten Fall nicht verletzt. Zwar gewähre es dem einzelnen Bürger mit zwingender Wirkung eine bestimmte Rechtsposition im Verhältnis zu den übrigen Rechtsgenossen, doch dürfe hierdurch nicht die ebenfalls in der Verfassung verbürgte privatrechtliche Gestaltungs- und Vertragsfreiheit aus Art. 2 Abs. 2 GG ungebührlich eingeschränkt werden. Die Verfassungssätze seien bei ihrer Anwendung auch im privatrechtlichen Bereich gegeneinander abzuwägen.

Daher könne das Verbot der Benachteiligung wegen politischer Anschauungen im Privatrecht nur gegenüber solchen Maßnahmen gelten, die eines verständigen und zu billigenden Sinnes entbehrten. Ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 3 GG könne also nur dann vorliegen, wenn die Sonderbehandlung gerade wegen und nur wegen eines der dort genannten Gründe erfolge. Das aber sei im vorliegenden Fall nicht geschehen, da die Kündigung jedenfalls nicht ausschließlich wegen der Zugehörigkeit zur DKP, sondern wegen der Verteilung des Extrablatts und der darin liegenden Meinungsäußerung erfolgt sei.

Auch ein Verstoß gegen Art. 5 Abs. 1 GG liege nicht vor; dabei könne dahinstehen, ob diese Vorschrift ein Verbotsgesetz i.S. des § 134 BGB enthalte, da jedenfalls die Grenze des Art. 5 Abs. 2 GG eingreife. In Anwendung dieser Vorschrift habe das BAG wiederholt entschieden, daß das Recht der freien Meinungsäußerung im Bereich des Arbeitsrechts seine Schranke in den Grundregeln über das Arbeitsverhältnis finde (wobei auf die Entscheidung BAGE 1, 185, 194 ff. = AP Nr. 2 zu § 13 KSchG; BAGE 7, 256, 261 " AP Nr. 1 zu Art. 5 Abs. 1 Meinungsfreiheit hingewiesen wurde). Im Rahmen dieser Schranken sei der Arbeitnehmer genötigt, auch seine Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis zu beachten. Insbesondere dürfe er nicht den Interessen des Arbeitgebers zuwiderhandeln oder diese beeinträchtigen. Das folge aus dem Pflichtengebot, gegebenenfalls sich selbst hinsichtlich des Rechts der freien Meinungsäußerung eine Schranke aufzuerlegen. Eine Zuwiderhandlung im vorgenannten Sinne sei dann anzunehmen, wenn durch die politische Meinungsäußerung

das Arbeitsverhältnis konkret berührt werde. Dies sei im zu entscheidenden Fall zu bejahen, da das LAG das Extrablatt in der Weise gewürdigt habe, daß es Angriffe nicht nur gegen eine bestimmte politische Partei, sondern auch gegen die Banken im allgemeinen und die Bayrische Vereinsbank im besonderen enthalten habe, wodurch diese unmittelbar "diskriminiert" und in der Meinung der Öffentlichkeit herabgesetzt worden sei. Danach stehe fest, daß die arbeitsrechtlichen Beziehungen der Parteien unmittelbar berührt worden seien; auf die Meinungsfreiheit könne sich nicht berufen, wer die ihm durch den Arbeitsvertrag auferlegten Grenzen loyalen Verhaltens überschritten habe.

III. Das an zahlreichen Stellen veröffentlichte Urteil ¹⁾ hat in der juristischen Literatur heftige Kritik durch Ladeur ²⁾, Ramm ³⁾ und Schwerdtner ⁴⁾ erfahren, die sich sowohl auf den Umfang des Kündigungsschutzes im allgemeinen wie auch auf die unrichtige Anwendung verfassungsrechtlicher Vorschriften erstreckte. Darüber hinaus fand das Urteil in der Öffentlichkeit erhebliche Beachtung und durchaus unterschiedliche Würdigung ⁵⁾. Der Anfang Oktober 1972 zusammengetretene Gewerkschaftstag der Gewerkschaft HBV nahm einen Initiativantrag mit folgendem Wortlaut an:

Der 8. Ordentliche Gewerkschaftstag der Gewerkschaft HBV wendet sich mit aller Entschiedenheit gegen ein Grundsatzurteil des Zweiten Senats des Bundesarbeitsgerichts, wonach ein Arbeitnehmer bei der Ausübung des Grundrechts der freien Meinungsäußerung den Interessen des Arbeitgebers nicht zuwiderhandeln oder diese beeinträchtigen darf. Mit dieser Begründung wurde die Entlassung eines Bankangestellten gerechtfertigt, der außerhalb der Arbeitszeit und des Betriebes Wahlmaterial verteilt hatte.

Wir betrachten dieses Urteil als massiven Angriff auf das von der Verfassung gesicherte Grundrecht auf Meinungsfreiheit. Dieses Urteil macht Arbeitnehmer auch rechtlich zu Menschen

zweiter Klasse, da nunmehr auch die Grundrechtsausübung den Interessen der Unternehmer unterworfen wird. Dieser schleichende Umbau unserer Rechtsordnung muß entschieden bekämpft werden.

Wir fordern daher den Hauptvorstand auf, über den DGB-Bundesvorstand darauf hinzuwirken, daß dieses Urteil als Verstoß gegen die Verfassung angefochten wird.

Darüber hinaus ist eine öffentliche Protestbewegung gegen dieses Maulkorb-Urteil von der Gewerkschaft HBV in Gang zu setzen.

Begründung:

Ein solches Urteil bedroht uns alle. Die Neue Ruhr-Zeitung vom 29.9.72 schreibt dazu: "Das höchste Arbeitsgericht schränkt also das Grundrecht der freien Meinungsäußerung ein, und zwar errichtet es ganz generell die Schranke da, wo gegen das Interesse des Arbeitgebers verstoßen wird, wobei es diesem offenbar auch noch ganz überlassen bleibt, was er als sein Interesse ausgibt. Ein solcher Spruch scheint uns absolut unerträglich. Er mutet an, wie aus dem Mittelalter, als noch Leibeigenschaft herrschte... Da es zwar nicht das Arbeitgeberinteresse, dafür aber umsomehr die Menschenwürde beeinträchtigt, gehört es schleunigst vom Bundesverfassungsgericht überprüft."

B.) Die gegen das Urteil des BAG eingelegte Verfassungsbeschwerde ist zulässig.

I. Die Monatsfrist des § 93^I BVerfGG ist gewahrt. Zwar beginnt sie im vorliegenden Fall bereits mit der Verkündung der Entscheidung am 28.9.1972, doch hat der Prozeßvertreter des Beschwerdeführers am 2.X.1972 einen Antrag auf Erteilung einer in vollständiger Form abgefaßten Entscheidung gestellt. Gemäß § 93^I S.3 HS BVerfGG wird damit der Lauf der Monatsfrist zur Erhebung der Verfassungsbeschwerde unterbrochen, so daß der am 4.11.1972 beim Bundesverfassungsgericht eingegangene Schriftsatz die Frist des § 93^I S.1 BVerfGG wahrte.

II. Der Rechtsweg ist erschöpft.

III. Der Beschwerdeführer ist durch das Urteil des BAG unmittelbar betroffen. Auch liegt die schlüssige Behauptung einer Grundrechtsverletzung vor, da das BVerfG in ständiger Rechtsprechung Gerichtsurteile dahingehend überprüft, ob sie die Ausstrahlungswirkung der Grundrechte auf das Verhältnis der Bürger untereinander zutreffend bestimmt haben⁶⁾.

- C) Die Verfassungsbeschwerde ist auch begründet, da das angefochtene Urteil des BAG das Grundrecht des Beschwerdeführers aus Art.5 Abs.1 GG verletzt.
- I. Durch die Entscheidung wurde das in Art. 5 Abs.1 S.1 GG garantierte Recht auf freie Meinungsäußerung betroffen, das nicht nur dann eingreift, wenn ein Bürger seine individuelle Meinung kundtut, sondern auch dann, wenn sich ein Einzelner die Ansichten einer Organisation oder den Inhalt einer Zeitung zu eigen macht. Nach den Feststellungen des LAG lag in dem Verteilen des Extrablatts eine Identifizierung des Beschwerdeführers mit den darin enthaltenen Äußerungen. Die dagegen von der Revision erhobene prozessuale Rüge, es fehle eine ausreichende Begründung für eine derartige Annahme, wurde vom BAG zurückgewiesen, da Art. 5^I erst recht nicht verletzt wäre, wenn gar keine Meinungsäußerung vorgelegen hätte. Im Folgenden ist daher von einer inhaltlichen Identifizierung des Beschwerdeführers mit dem Inhalt des Extrablatts auszugehen, die überdies auch der Lebenserfahrung entspricht.

Nicht betroffen ist dagegen ein etwa dem Beschwerdeführer zustehendes Grundrecht auf Pressefreiheit nach Art.5 Abs.1 S.2 GG. Zwar fällt die "UZ" als periodisches Druckerzeugnis einschließlich etwaiger Sonderausgaben und Extrablätter unter diese Vorschrift, doch bedeutet das nicht, daß jeder, der irgendwie an der Herstellung und Verbreitung dieser Zeitung beteiligt ist, damit auch den Schutz des Art.5 Abs.1 S.2 genießt. Ihrem Sinn wie ihrer historischen Stoßrichtung nach schützt die Pressefreiheit in erster Linie diejenigen Personen, die durch inhaltliche Einwirkung auf ein Presseerzeugnis ihre Meinung verbreiten

wollen ⁷⁾. Nach der Rechtsprechung des BVerfG schließt die institutionelle Sicherung der Presse als eines der Träger und Verbreiter der öffentlichen Meinung das subjektive öffentliche Recht der im Pressewesen tätigen Personen ein, ihre Meinung in der ihnen geeignet erscheinenden Form ebenso frei und ungehindert zu äußern wie jeder andere Bürger ⁸⁾. Das bloße "Anhängen" an die durch andere formulierte Meinung, das wie hier durch die Beteiligung an der Verbreitung erfolgen kann, stellt keine Ausübung des Grundrechts aus Art.5 Abs.1 S.2 GG dar ⁹⁾. Eine andere Frage ist, ob durch Behinderung einzelner "Verteiler" die Grundrechtsausübung durch den Verleger und die Redakteure in verfassungswidriger Weise beeinträchtigt wird. Sie kann im vorliegenden Verfahren nur dann entschieden werden, wenn eine grundrechtsbeschränkende Rechtsnorm auf ihre Übereinstimmung mit sonstigen Verfassungsnormen geprüft werden muß. Als Rechtsgrundlage der Verfassungsbeschwerde scheidet Art.5 Abs.1 S.2 GG dagegen aus.

- II. Das Recht der freien Meinungsäußerung gilt jedenfalls dann in vollem Umfang auch gegenüber Privatrechtssubjekten, wenn diese Inhaber einer sozialen Machtstellung sind, die sie befähigt, unerwünschte Meinungen mit fühlbaren Sanktionen zu belegen.

Das Problem der "Drittwirkung" läßt sich nicht mit konstruktiven Erwägungen, sondern nur durch Rückgriff auf den Schutzzweck der Grundrechte lösen. Gebietet es ihr Sinn, der vom Verfassungsgeber intendierte Regelungserfolg, sie auf die Bürger-Staat - Beziehung zu beschränken oder müssen sie gegenüber sozial mächtigen Mitbürgern, evtl. sogar ganz generell im

Privatrechtsverkehr Anwendung finden?

Wie das BVerfG in einer seiner ersten Entscheidungen ausführte¹⁰⁾, haben sich die Grundrechte aus den im 18. Jahrhundert proklamier- ten Rechten der Freiheit und Gleichheit entwickelt. Ihr Grund- gedanke ist der Schutz des Einzelnen gegen den als allmächtig und willkürlich gedachten Staat¹⁰⁾. Daraus abzuleiten, sie seien zwingend auf die "Staatsrichtung" beschränkt, würde indes ver- kennen, daß eine solche Verkürzung nur unter bestimmten histo- rischen Bedingungen sinnvoll ist, die in der Gegenwart nicht mehr vorhanden sind. Wie Leisner im einzelnen deutlich gemacht hat¹¹⁾, setzt die Reduzierung der Grundrechte auf das Verhältnis des Bürgers zur hoheitlichen Gewalt logisch und historisch eine tendenziell herrschaftsfreie Gesellschaft voraus. In der Gedan- kenwelt des Liberalismus, der die Rechtsordnungen des 19. Jahr- hunderts entscheidend geprägt hat, sollte sie durch Wettbewerb und Vertragsfreiheit automatisch entstehen; das Herrschafts- und Gewinnstreben des einzelnen sollte der Idee nach durch das analoge Bemühen der übrigen neutralisiert werden, Macht über andere nur auf Grund freier, autonomer Entscheidung zustandekom- men¹²⁾. Überträgt man dieses Modell in die Realität, so ist eine Anwendung der Grundrechte auf innergesellschaftliche Beziehungen überflüssig, ja sie kann sich im Grunde nur schädlich auf die freie Lebensgestaltung der "souveränen" Individuen auswirken.

Die Nichteinlösung des liberalen Anspruchs ist in der Gegenwart evident geworden. Die eingetretene Vermachtung gesellschaftlicher Beziehungen, die Existenz marktbeherrschender Unternehmen in

zahlreichen Wirtschaftssektoren hat die angebliche Herrschaftsfreiheit der Gesellschaft für den Verbraucher wie für zahlreiche Kleinunternehmen immer illusorischer gemacht. Die Tatsache, daß 82 % der erwerbstätigen Bevölkerung als Arbeitnehmer tätig und daß diese größtenteils gezwungen sind, in fremde Dienste zu treten, um das zum Leben Notwendige zu verdienen, unterstreicht den fiktiven Charakter einer Gesellschaft der Freien und Gleichen. Mit Recht wird daher von zahlreichen Autoren der Standpunkt vertreten, um der inneren Homogenität und Stabilität unseres Rechtssystems willen sei eine Grundrechtsgeltung gegenüber sozialen Gewalten unerlässlich ¹³⁾. Die analoge Anwendung trägt insoweit den gewandelten sozialen Verhältnissen Rechnung.

Der Arbeitgeber stellt als solcher grundsätzlich eine soziale Gewalt dar. Kraft seines Direktionsrechts ist er in der Lage, die Tätigkeit des Arbeitnehmers im weiten Umfang zu bestimmen, der sich seinerseits unbestrittenermaßen in einer unterlegenen Position befindet, an der weder die staatliche Gesetzgebung noch die soziale Selbstverwaltung prinzipiell etwas geändert hat, da die wichtigsten, auch für die Arbeitnehmerexistenz zentralen Entscheidungen weiterhin vom Unternehmer getroffen werden ¹⁴⁾. Auch insoweit müssen daher in Übereinstimmung mit zahlreichen Stimmen in der Literatur ¹⁵⁾ und mit der Rechtsprechung des BAG ¹⁶⁾ die Grundrechte entsprechende Anwendung finden. Im Rahmen des Art.5 Abs.1 fällt dieser Schluß umso leichter, als Art.118 Abs.1 S.2 WRV ausdrücklich das Recht zur freien Meinungsäußerung auch auf Personen erstreckte, die sich in einem Arbeitsverhältnis befinden, und das Grundgesetz unbestrittenermaßen nicht hinter diesen Freiheitsschutz zurückgehen wollte ¹⁷⁾.

Im konkreten Fall bedeutet dies, daß die von der Bayrischen Vereinsbank ausgesprochene Kündigung nur dann nicht gegen Art.5 Abs.1 GG verstößt, wenn die Meinungsäußerung des Beschwerdeführers nicht mehr als zulässige Grundrechtsausübung angesehen werden konnte, weil sie gegen eine der Schranken des Art.5 Abs.2 GG verstieß. Die gleiche Frage stellt sich freilich auch dann, wenn man diese vom BVerfG bisher offengelassene Problematik¹⁸ nicht entscheidet und die engere, weniger "grundrechtsfreundliche" Auffassung der mittelbaren Einwirkung der Grundrechte auf die Generalklauseln des Zivilrechts zugrundelegt. Auch dann läge ein Verfassungsverstoß vor, der in der unrichtigen Bestimmung der Ausstrahlungswirkung zu sehen wäre, da das BAG das (mittelbar anwendbare) Grundrecht aus Art.5 Abs.1 GG möglicherweise mit einer Schranke versehen hätte, die es gar nicht oder jedenfalls nicht mit dem angenommenen Inhalt gibt. Der weitere Gang der Darstellung hängt daher nicht von der prinzipiellen Stellungnahme zur Drittwirkungsproblematik ab.

III. Die Schranke des Art.5 Abs.2 GG greift im vorliegenden Fall nicht ein, weil sie ein formelles Gesetz voraussetzt, das nach der eigenen Auffassung des BAG nicht vorliegt.

1. Die bisherigen Bemühungen um eine Auslegung des Art.5 Abs.2 GG waren fast ausschließlich der Bestimmung des Allgemeinheitserfordernisses gewidmet, wandten sich jedoch nur wenig der Frage zu, ob der Begriff "Gesetz" im formellen oder im materiellen Sinn zu verstehen ist. Soweit Äußerungen vorliegen, scheint die Auffassung zu überwiegen, daß Art.5 Abs.2 ein formelles Gesetz

verlangt ¹⁹⁾, doch fehlt bisher jeder eingehendere Begründungsversuch. Auch das BVerfG hat bislang zu dieser Frage noch nicht eindeutig Stellung genommen, da sich einerseits in der Lüth-Entscheidung die Formulierung findet, die sachliche Reichweite des Grundrechts könne nicht jeder Relativierung durch "einfaches Gesetz" überlassen werden ²⁰⁾, während im Spiegel-Urteil die Rede davon ist, die Verweisung auf die "allgemeine Rechtsordnung" komme in Art.5 Abs.2 zum Ausdruck, wonach die Pressefreiheit ihre Schranken in den allgemeinen Gesetzen finde ²¹⁾.

Bei näherer Betrachtung kann jedoch kein Zweifel bestehen, daß Art.5 Abs.2 Gesetze im formellen Sinn meint. Für eine solche Auslegung spricht einmal die Entstehungsgeschichte der Vorschrift ²²⁾: Art. 21 Abs.3 des Herrenchiemseer Entwurfs hatte von "allgemeiner Rechtsordnung" gesprochen - eine Formulierung, die dem Grundsatzausschuß zu weit erschien, der deshalb neben dem Jugendschutz und dem Recht der persönlichen Ehre nur die Vorschriften der Strafgesetze als Grenze anerkennen wollte. Wegen der Gefahr der Pönalisierung einzelner Meinungen wurde auch dies noch als zu weit angesehen, weshalb der Allgemeine Redaktionsausschuß für die Einführung des Begriffs "allgemeine Strafgesetze" plädierte. Zwar konnte sich im Ergebnis auch dieser Vorschlag nicht durchsetzen, doch lag dem ausschließlich die Erwägung zugrunde, daß dann die überkommenen Pressegesetze keinen Bestand vor der Verfassung haben könnten. In keiner Phase der Arbeiten des Parlamentarischen Rates stand daher eine Rückkehr zu dem Herrenchiemseer Text und die Anerkennung eines materiellen Gesetzes als Grundrechtsschranke zur Diskussion; es ging gerade

bei der Endfassung allein darum, bewährte formalgesetzliche Regelungen nicht durch eine unnötig enge Formulierung zu gefährden. Der durch die Entstehungsgeschichte zumindest nahegelegte Schluß auf das Erfordernis eines formellen Gesetzes wird durch die innere Systematik des Art.5 Abs. 2 bestätigt: Wollte man den Begriff der allgemeinen Gesetze i.S. von Gesetzen im materiellen Sinn auslegen, so wären die beiden anderen Schranken überflüssig, da auch der Jugend- und der Ehrenschatz durch materielle Gesetze gewährleistet werden. Hinzu kommt, daß der bei anderen Grundrechten vorhandene Gesetzesvorbehalt sich unbestrittenermaßen nur auf Gesetze im formellen Sinne erstreckt²³⁾; Recht von niedrigerem Rang ist nur dann ausreichend, wenn eine ausdrückliche Ermächtigung in einem förmlichen Gesetz vorhanden ist. Die einzige Ausnahme - die inhaltliche Ausgestaltung eines Grundrechts²⁴⁾ - liegt hier nicht vor²⁵⁾, so daß die Beschränkung auf ein materielles Gesetz dazu führen würde, daß u.U. die Meinungsfreiheit einen geringeren Schutz als die Grundrechte genießen würde, die unter einem allgemeinen Gesetzesvorbehalt stehen. Ein solches Ergebnis ließe sich weder mit der Systematik des Grundrechtsteils noch mit der hohen Bedeutung vereinbaren, die das BVerfG dem Grundrecht aus Art.5 Abs.1 in ständiger Rechtsprechung zugemessen hat²⁶⁾. Es stände überdies im Widerspruch zu dem Prinzip, Grundrechte möglichst so auszulegen, daß sie zu optimaler Wirksamkeit gelangen²⁷⁾. Schließlich darf auch nicht übersehen werden, daß das Erfordernis des formellen Gesetzes keineswegs zu einer Schrankenlosigkeit des "Meinungskampfes" führt. Einmal hat das GG durch den

ausdrücklichen Schutz gegen jugendgefährdende und ehrkränkende Äußerungen die wichtigsten Fälle sowieso einer Sonderregelung unterworfen, die sich, soweit ersichtlich, bisher bewährt hat. Zum anderen hat der Gesetzgeber eine größere Anzahl von allgemeinen Gesetzen erlassen, so daß im Regelfall gar nicht auf untergesetzliche Normen zurückgegriffen werden muß, was sich u.a. darin zeigt, daß die gesamte bisherige Rechtsprechung des BVerfG zu Art.5 Abs.2 ausschließlich formelle Gesetze zum Gegenstand hatte ²⁸⁾. Schließlich ist zu beachten, daß in Fällen der Kollision mit anderen verfassungsgeschützten Gütern auch ohne gesetzliche Regelung ein ausgewogenes Ergebnis erzielt werden kann, was u.a. die Rechtsprechung zur Freiheit des Bekenntnisses nach Art.4 Abs.1 GG ²⁹⁾ und zur Freiheit der Kunst nach Art.5 Abs.3 GG ³⁰⁾ sowie schließlich die Lebach - Entscheidung ³¹⁾ zeigt, die auch ohne "Zwischenschaltung" des § 823 I BGB nicht zu anderen Resultaten gekommen wäre.

2. Ein formelles Gesetz, das die Einschränkung der Meinungsfreiheit im vorliegenden Fall rechtfertigen könnte, ist nicht ersichtlich. Weder das LAG noch das BAG haben sich auf eine formalgesetzliche Vorschrift wie etwa § 611 BGB oder § 185 StGB gestützt; auch die vom BAG herangezogenen früheren Entscheidungen zu ähnlich gelagerten Fällen ³²⁾ nehmen nicht auf derartige Bestimmungen Bezug. Da die Auslegung einfachen Rechts grundsätzlich nicht vom BVerfG zu überprüfen ist, wäre damit die Nichtexistenz eines formellen Gesetzes an sich ausreichend dargetan. Selbst wenn man jedoch eine weitergehende Prüfungsbefugnis bejahen würde, hätte dies kein abweichendes Ergebnis zur Folge.

Wie noch im einzelnen darzulegen sein wird, enthält weder § 611 BGB noch eine der zivilrechtlichen Generalklauseln eine ausreichende Rechtsgrundlage, um den Arbeitnehmer auch in seiner Freizeit und außerhalb der Arbeitsstätte zur Wahrung der Arbeitgeberinteressen zu verpflichten. § 185 StGB kann wiederum selbst nach Auffassung der Bayrischen Vereinsbank nicht eingreifen, da seine Voraussetzungen schon vom Tatbestand her nicht erfüllt sind; Gegenstand des bisherigen Verfahrens war immer nur die Tatsache, ob der Beschwerdeführer die Bayerische Vereinsbank in der Öffentlichkeit "diskriminiert" hat (womit wohl "diskreditiert" gemeint war) und ob dies einen Verstoß gegen seine Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis darstellt. Mag auch die Tonart der verteilten Publikation polemisch gewesen sein, sie erreichte nicht den Grad an Mißachtung, der gemeinhin für die Anwendung des § 185 StGB gefordert wird. Schließlich sind auch keine Normen ersichtlich, die sich mit der Spezialschranke des "Rechts der persönlichen Ehre" rechtfertigen ließen und die nicht notwendigerweise die Qualität eines formellen Gesetzes haben müßten. Die zivilrechtliche Ehrenschutzvorschrift des § 823 Abs.1 BGB kann nicht eingreifen, da das allgemeine Persönlichkeitsrecht nach ständiger Rechtsprechung der Zivilgerichte ³³⁾ nur natürlichen Personen zusteht, die hier nicht betroffen sind. Letztlich kann es aber auch darauf nicht ankommen, da das BAG keine derartigen Vorschriften heranzog und diese auf das einfache Recht bezogene Auffassung auch für das BVerfG bindend ist.

IV.) Selbst wenn man dem nicht zustimmen und ein materielles Gesetz bei Art. 5 Abs.2 GG genügen lassen wollte, würde sich am Ergebnis nichts ändern, da die angenommene Verpflichtung zur Wahrung der Arbeitgeberinteressen auch nicht als Gewohnheitsrechtssatz existiert.

Nach der Rechtsprechung des BVerfG entsteht Gewohnheitsrecht nicht durch förmliche Setzung, sondern durch längere tatsächliche Übung, die eine dauernde und ständige, gleichmäßige und allgemeine sein muß und von den beteiligten Rechtsgenossen als verbindliche Rechtsnorm anerkannt wird ³⁴⁾. So muß bei Ansprüchen gegen den Staat, im konkreten Fall: die Justizbehörden zu einer langjährigen Übung hinzukommen, daß die "beteiligten Stellen" in der Überzeugung gehandelt haben, es bestehe ein Rechtsanspruch, zu dessen Erfüllung sie verpflichtet seien (*opinio necessitatis*) ³⁵⁾. Ähnlich verhält es sich mit der Entstehung von derogierendem Gewohnheitsrecht, das die dauernde Nichtanwendung der Rechtsnorm und die "gemeinsame Rechtsüberzeugung" voraussetzt, daß sie außer Kraft getreten ist, jedoch Zweifel oder Streit um die Gültigkeit einer Norm nicht genügen läßt ³⁶⁾.

Fragt man im vorliegenden Fall nach der Existenz einer Übung sowie einer entsprechenden Überzeugung, so ist zunächst zwischen dem sehr allgemeinen Obersatz der aus der Treupflicht folgenden Verpflichtung zur Wahrung von Arbeitgeberinteressen und den konkreten Normen der Beachtung von Arbeitgeberbelangen im außerdienstlichen Verhalten sowie im politischen Meinungskampf zu unterscheiden: Selbst wenn die Treupflicht als solche zu bejahen wäre, könnte dies nicht automatisch bestimmte Verhaltens-

regeln für die Freizeit rechtfertigen ³⁷⁾, da dieser zweite Schritt nicht ohne "Übung" und "opinio necessitatis" getan werden könnte.

Das Problem einer gewohnheitsrechtlichen Geltung der Treupflicht läßt sich exakt nur auf der Grundlage empirischer Untersuchungen über das Verhalten sowie über die Rechtsüberzeugung der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer einschließlich der Stellungnahmen der beiderseitigen Verbände lösen. Bis heute liegen derartige Erhebungen nicht vor, die Meinung der "beteiligten Rechtsgenossen" liegt als Faktum im Dunkeln. Dennoch bedarf es im vorliegenden Fall keiner näheren Untersuchung, da die juristische Literatur genügend Anhaltspunkte bietet, um die Annahme eines Gewohnheitsrechtssatzes auszuschließen. Gerade von gewerkschaftlicher Seite ist immer wieder darauf hingewiesen worden, daß die Konstruktion des personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnisses und die daraus folgende Treupflicht abzulehnen sei. So hat etwa - um nur die wichtigsten Stimmen zu nennen - Franz Neumann schon im Jahr 1950 sehr nachhaltig für die schuldrechtliche Erklärung des Arbeitsvertrags plädiert, da nur auf diese Weise die Leistungen beider Seiten genau bestimmt und damit absolut berechenbar seien ³⁸⁾. Wo keine Interessenidentität bestehe, könne der Gemeinschaftsbegriff sehr leicht ideologisches Instrument autoritärer Herrschaft werden, zu dem er im Nationalsozialismus auch geworden sei. Die einzige Modifikation erleide die schuldrechtliche Theorie durch die Tatsache, daß das Arbeitsverhältnis Herrschaft über Menschen vermittele und als Gewaltverhältnis durch zusätzliche Pflichten des Arbeitgebers mit der allgemeinen Rechts- und Sittenordnung in

Einklang zu bringen sei ³⁸⁾. Zu einem ähnlichen Ergebnis gelangt Farthmann ³⁹⁾, der zunächst unter Bezugnahme auf Vertreter der herrschenden Meinung ⁴⁰⁾ feststellt, eine überzeugende Dogmatik des personenrechtlichen Rechtsverhältnisses sei bisher noch nicht gelungen. Richtig sei nur, daß die Person des Arbeitnehmers in einem Teil ihrer Persönlichkeitsentfaltung vom Arbeitsverhältnis erfaßt werde. Das allein begründe aber kein Gemeinschafts-, sondern in aller Regel ein Abhängigkeitsverhältnis, das einen besonderen sozialen Schutz erforderlich mache. Im sozialen Schutzprinzip liege die geeignetste Grundlage für die Lösung der meisten Probleme des Arbeitsvertragsrechts, die sich nicht bereits mit Hilfe des Schuldrechts bewältigen ließen ⁴¹⁾.

In neuerer Zeit haben insbesondere Schwerdtner ⁴²⁾ und Fabricius ⁴³⁾ die These vom "personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnis" einer eingehenden Kritik unterzogen, die insbesondere auf die fehlende Existenz einer Gemeinschaft ⁴⁴⁾, die Unbestimmtheit dieses Begriffs ⁴⁵⁾ und die ideologische Funktion einer Verschleierung vorhandener Interessengegensätze ⁴⁶⁾ abstellte. Die jüngste Literatur rückt daher immer mehr von der ursprünglich herrschenden Konzeption ab, was sich etwa an den Stellungnahmen von Söllner ⁴⁷⁾, Hanau -Adomeit ⁴⁸⁾, Fenn ⁴⁹⁾ und Kunze ⁵⁰⁾ deutlich ablesen läßt. Bedenkt man die weiteren Stimmen, die sich in den letzten 20 Jahren gegen die herrschende Meinung gewandt haben ⁵¹⁾, so kann schlechterdings nicht die Rede davon sein, daß unter angesehenen juristischen Autoren Einigkeit über die Existenz von personenrechtlichem Gemeinschaftsverhältnis und Treupflicht bestanden hätte. Zwar stimmt die Mindermeinung

insoweit mit der herrschenden Auffassung überein, als auch sie die bloße Anwendung schuldrechtlicher Normen nicht für ausreichend hält; der entscheidende Unterschied liegt jedoch darin, daß sie unter Hinweis auf die Unterlegenheit des Arbeitnehmers und die Notwendigkeit seines Persönlichkeitsschutzes ⁵²⁾ zusätzliche Pflichten grundsätzlich nur zu Lasten des Arbeitgebers entwickelt, während die Theorie vom personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnis eben auch den Arbeitnehmer mit zahlreichen Verpflichtungen belegt, die weder eine gesetzliche noch eine vertragliche Grundlage besitzen ⁵³⁾. Diese gerade für den vorliegenden Fall entscheidende inhaltliche Divergenz schließt die Annahme einer Treupflicht aus, so daß sogar dahinstehen kann, ob gegen ein Gewohnheitsrecht nicht die historische Kontinuität gegenüber dem AOG spricht, das die Gemeinschaft zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer in den Mittelpunkt stellte und selbst die Hauptleistungen beider Seiten auf Treue bzw. Fürsorge zurückführte ⁵⁴⁾. Immerhin würde sich die Entscheidung des BVerfG zum Erlöschen der Beamtenverhältnisse am 8.5.1945 ⁵⁵⁾ als Parallele anführen lassen, da auch dort die persönlich gefärbte Treue als Essentiale vorlag, das einer Fortsetzung nach 1945 entgegenstand.

Was für die Pflicht zur Treue und damit zur Wahrung der Arbeitgeberinteressen im allgemeinen gilt, muß erst recht für ein mögliches Gewohnheitsrecht hinsichtlich des Verhaltens in der Freizeit und außerhalb der Arbeitsstätte gelten. Insoweit fehlen bisher überhaupt gerichtliche Entscheidungen nach Art des angefochtenen Urteils, so daß schon die entsprechende länger anhaltende "Übung" nicht vorhanden ist. Mit Rücksicht darauf, daß

ein Verhalten wie das vom Beschwerdeführer gezeigte bisher nicht problematisch wurde ⁵⁶⁾, fehlt es selbstverständlich auch an einer entsprechenden, einen Pflichtverstoß annehmenden Rechtsüberzeugung. Eher könnte noch von einem gegenteiligen Gewohnheitsrecht ausgegangen werden, das einer politischen Betätigung außerhalb des Betriebes und in der arbeitsfreien Zeit jede Relevanz für das Arbeitsverhältnis abspricht. Im vorliegenden Fall kann jedenfalls keine gewohnheitsrechtliche Beschränkung der Meinungsfreiheit angenommen werden.

V. Die Pflicht zur Wahrung von Arbeitgeberinteressen auch im außerdienstlichen Bereich stellt auch keine ein Gesetz ersetzende "Rechtsprechungsnorm" dar.

1. Das Bundesverfassungsgericht hat verschiedentlich zu der Frage Stellung genommen, welche Befugnisse dem Richter im "gesetzesfreien" oder "schwach durchnormierten" Raum zustehen, dabei allerdings die hier interessierenden Fragen des Individualarbeitsrechts nur nebenbei und ohne eigentliche inhaltliche Stellungnahme behandelt. So ist in der Entscheidung zum hamburgischen Urlaubsgesetz ⁵⁷⁾ ausgeführt, das Arbeitsrecht habe sich als Ganzes - einschließlich seiner Privatrechtsnormen - im Laufe der letzten Jahrzehnte zu einem selbständigen und eigenständigen Rechtsgebiet entwickelt, das neben dem bürgerlichen Recht stehe und nicht mehr vom Kodifikationsprinzip erfaßt werde ⁵⁸⁾. Dafür spreche u.a. die Existenz zahlreicher Sondergesetze, die das Arbeitsverhältnis entsprechend den Prinzipien des modernen Arbeitsrechts ausgestaltet hätten ⁵⁹⁾. In diesem Zusammenhang wird als weiteres

Indiz für die Verselbständigung des Arbeitsrechts die Tatsache genannt, der schuldrechtliche Arbeitsvertrag werde immer mehr zu einem personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnis umgestaltet, das sich von dem ausschließlich vermögensrechtlich orientierten Schuldrecht des BGB wesensmäßig fundamental unterscheide⁶⁰⁾. Der Schwerpunkt des Arbeitsverhältnisses verlagere sich von den vertraglichen Rechtsbeziehungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer stärker zum Betrieb hin. Die Einzelvereinbarung trete zurück; immer mehr werde der Inhalt des Arbeitsverhältnisses durch Tarifverträge bestimmt⁶⁰⁾. Durch diese Beschreibung wurde weder eine exakte, der Rechtsanwendung im konkreten Fall zugängliche Begriffsbestimmung gegeben (für die ja auch kein Anlaß bestand) noch die Frage geprüft, ob und - wenn ja - in welchem Umfang und nach welchen Kriterien eine Herausarbeitung und Fortentwicklung derartiger allgemeiner Grundsätze durch die Rechtsprechung erfolgen konnte. Aus der bloßen Bezugnahme auf eine Entwicklungsrichtung, die sich in der Zwischenzeit eher wieder umgekehrt hat⁶¹⁾, kann somit nicht auf eine volle und uneingeschränkte inhaltliche Billigung geschlossen werden. Notwendig ist daher ein Rückgriff auf allgemeinere Aussagen des BVerfG zu den Möglichkeiten und Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung.

Ausgangspunkt ist die in zahlreichen Entscheidungen wiederholte Feststellung, der Richter sei zur "schöpferischen Rechtsanwendung" befugt. So heißt es im Zusammenhang mit der unmittelbaren Anwendbarkeit des Art. 3 Abs. 2 GG, die "schöpferische Füllung weiterer Lücken auf der Grundlage einer richtungweisenden Generalklausel

sei eine herkömmliche und stets bewältigte richterliche Aufgabe" 62). Ähnlich wird im Zusammenhang mit Art. 6 Abs. 5 GG ausgeführt, auch die Existenz verschiedener Möglichkeiten zur Verwirklichung des Verfassungsauftrags stehe einer Aktualisierung nicht entgegen, "wenn das Problem mit den erprobten Mitteln der Interpretation und rechtsschöpferischen Lückenfüllung gelöst werden" könne 63). Ein Verfassungsverstoß liege erst dann vor, wenn " einzelne Entscheidungen so sehr die Bahnen organischer Fortentwicklung der Rechtsprechung verließen, daß sie als willkürlich bezeichnet werden" müßten 64). Nicht zu beanstanden sei im übrigen die Aufstellung allgemeiner Rechtsgrundsätze, da es in der Natur der Tätigkeit der höheren Gerichte liege, daß sie bei der Entscheidung der ihnen unterbreiteten Einzelfälle das Prinzipielle hervorheben und zur Entwicklung allgemeiner Rechtsgrundsätze zu gelangen suchten; sie dienten damit der Einheit des Rechts und so der Rechtssicherheit; sie übten dabei keine Gesetzgebung aus, sondern erfüllten eine legitime richterliche Aufgabe 65).

Diese Prinzipien wurden nicht nur auf die Auslegung des geschriebenen Rechts, sondern auch auf die schöpferische Weiterentwicklung von Gewohnheitsrecht erstreckt. Grundsätzlich sei nichts dagegen einzuwenden, daß die Rechtsprechung einen gewohnheitsrechtlichen Satz mit den anerkannten Auslegungsmethoden weiterentwickle, verfeinere und auch auf neue Tatbestände anwende 66). Bei der Weiterentwicklung eines Gewohnheitsrechtssatzes, der zu Eingriffen in das Grundrecht der freien Berufsausübung ermächtige, sei jedoch besondere Zurückhaltung geboten. Da die Grenze zwischen der Auslegung und der Schaffung eines neuen Tatbestandes schwer zu ziehen sei, bedürfe es vor der Präzisierung von Tatbestand und Rechtsfolge der umfassenden Abwägung aller Gesichtspunkte, die

auch der Gesetzgeber bei einer ausdrücklichen Regelung bedenken würde ⁶⁷⁾. Im Bereich des Art. 12 Abs.1 S.2 GG finde die Weiterentwicklung durch Auslegung bereits bestehenden Gewohnheitsrechts dort ihre Grenze, wo sie im Ergebnis zu einem neuen Eingriffstatbestand führe ⁶⁸⁾.

Die Übertragung dieser Grundsätze - Fehlen von Willkür, Sorgfalt eines ordentlichen Gesetzgebers, keine Schaffung eines neuen Eingriffstatbestands - auf die Auslegung geschriebenen Rechts wurde nirgends ausdrücklich hervorgehoben, doch wäre eine andere Lösung nur schwer denkbar: Insbesondere die Vornahme neuer Grundrechtseingriffe durch die Rechtsprechung würde gegen das rechtsstaatliche Prinzip des Vorbehalts des Gesetzes und überdies gegen das Zitiergebot des Art.19 Abs.1 S.2 GG verstoßen.

Im jüngster Zeit hat sich das BVerfG im Hinblick auf den Ersatz immateriellen Schadens bei Eingriffen in das allgemeine Persönlichkeitsrecht erneut und sehr eingehend mit dem Phänomen der richterlichen Rechtsfortbildung befaßt ⁶⁹⁾. Zunächst wurde festgestellt, die Anerkennung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts durch die Rechtsprechung des BGH sei vom Grundgesetz her nicht zu beanstanden. Das Wertsystem der Grundrechte finde seinen Mittelpunkt in der innerhalb der sozialen Gemeinschaft sich frei entfaltenden Persönlichkeit und ihrer Würde. Dem notwendigen Schutz vor allem der privaten Sphäre diene im Bereich des Privatrechts auch die Rechtsfigur des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, die Lücken im Persönlichkeitsschutz ausfülle, die trotz Anerkennung einzelner Persönlichkeitsrechte verblieben und im Laufe der Zeit immer fühlbarer geworden seien ⁷⁰⁾.

Auch die analoge Anwendung des § 847 BGB wurde jedoch im Ergebnis vom BVerfG bejaht. Die in Art. 20^{III} GG ausgesprochene Bindung des Richters an Gesetz und Recht bringe eine Distanzierung von einem engen Gesetzespositivismus zum Ausdruck⁷¹⁾. Die Formulierung halte das Bewußtsein aufrecht, daß sich Gesetz und Recht zwar faktisch im allgemeinen, aber nicht notwendig und immer decken. "Das Recht ist nicht mit der Gesamtheit der geschriebenen Gesetze identisch. Gegenüber den positiven Satzungen der Staatsgewalt kann unter Umständen ein Mehr an Recht bestehen, das seine Quelle in der verfassungsmäßigen Rechtsordnung als einem Sinn-
ganzen besitzt und dem geschriebenen Gesetz gegenüber als Korrektiv zu wirken vermag; es zu finden und in Entscheidungen zu verwirklichen, ist Aufgabe der Rechtsprechung". Die Aufgabe der Rechtsprechung könne es insbesondere erfordern, Wertvorstellungen, die der verfassungsmäßigen Rechtsordnung immanent, aber in den Texten der geschriebenen Gesetze nicht oder nur unvollkommen zum Ausdruck gelangt sind, in einem Akt des bewertenden Erkennens, dem auch willenhafte Elemente nicht fehlen, ans Licht zu bringen und in Entscheidungen zu realisieren. Der Richter müsse sich dabei von Willkür freihalten; seine Entscheidung müsse auf rationaler Argumentation beruhen. Es müsse einsichtig gemacht werden können, daß das geschriebene Gesetz seine Funktion, ein Rechtsproblem gerecht zu lösen, nicht erfülle. Die richterliche Entscheidung schließe dann diese Lücke nach den Maßstäben der praktischen Vernunft und den fundierten allgemeinen Gerechtigkeitsvorstellungen der Gemeinschaft.

Die auf diese Weise praktizierte "schöpferische Rechtsfindung" hat nach Auffassung des BVerfG im Arbeitsrecht besonderes Gewicht erlangt, da dort die Gesetzgebung hinter dem Fluß der sozialen Entwicklung zurückgeblieben sei. Die genauen Grenzen der Rechtsfortbildung werden vom Gericht freilich nur für das "Gebiet des Privatrechts" bestimmt, das hier wohl i.S. von bürgerlichem Recht verstanden wird. Danach sei mit dem Altern der Kodifikation die Haltung des Richters gegenüber dem BGB eine freiere geworden; er könne veränderte soziale Verhältnisse und gesellschaftlich - politische Anschauungen berücksichtigen. Als ein Kriterium könne auch die Rechtsvergleichung herangezogen werden, die im konkreten Fall ein Zurückbleiben des Persönlichkeitsschutzes gegenüber anderen westlichen Rechtsordnungen ergeben hatte. Die weitgehende Zustimmung der Literatur habe deutlich gemacht, daß die BGH-Rechtsprechung Gerechtigkeitsvorstellungen entsprochen habe, und nicht als unzumutbare Beschränkung der Meinungs- und Pressefreiheit angesehen wurde. Überdies könne ein Ergebnis, das auf einem zivilrechtlich zumindest diskutablen, jedenfalls den Regeln zivilrechtlicher Hermeneutik nicht offensichtlich widersprechenden Wege gewonnen wurde, von der Verfassung nicht beanstandet werden, wenn es gerade der Durchsetzung und dem wirksamen Schutz eines Rechtsguts diene, das diese Verfassung selbst als Mittelpunkt ihres Wertsystems ansehe. Die Methode der Rechtsfindung sei auch deshalb unbedenklich, weil sie sich vom geschriebenen Gesetz nur in dem zur Rechtsverwirklichung im konkreten Fall unerläßlichen Maße entferne. Der BGH habe nicht das System der Rechtsordnung verlassen und keinen eigenen rechtspolitischen Willen zur Geltung

gebracht, sondern lediglich Grundgedanken der von der Verfassung geprägten Rechtsordnung mit systemimmanenten Mitteln weiterentwickelt⁷²⁾.

2. Die umfängliche Darstellung der Stellungnahmen des BVerfG war erforderlich, um die einheitliche Linie seiner Rechtsprechung herauszuarbeiten und damit einen einigermaßen funktionsfähigen "Obersatz" für die Lösung der Frage zu erhalten, ob sich die Annahme einer allgemeinen Pflicht zur Wahrung der Arbeitgeberinteressen auch im außerdienstlichen Bereich im Rahmen zulässiger Rechtsfortbildung bewegt. Neben der grundsätzlichen Bejahung schöpferischer Rechtsanwendung ergab sich insbesondere das Verbot zur Schaffung neuer Eingriffstatbestände. An diesem Verbot hat entgegen dem ersten Anschein auch die zuletzt referierte Entscheidung nichts geändert, da sie zwar das die Pressefreiheit beschränkende "allgemeine Gesetz" durch Einbeziehung des Persönlichkeitsrechts in den Schutzbereich des § 823 Abs.1 BGB und durch Zulassung der zusätzlichen Sanktion des Schadensersatzes entsprechend § 847 BGB erweitert, dies jedoch mit der notwendigen Realisierung höchster Verfassungswerte gerechtfertigt hat. In Wahrheit lag daher eine Abwägung zweier verfassungsgeschützter Güter (Pressefreiheit und Persönlichkeitsschutz) vor, bei deren Realisierung der BGH den aufgezeigten Spielraum hatte. Wäre es dagegen nur um die Wahrung eines Grundrechts, hier: der Pressefreiheit, gegangen, so wäre die BGH - Rechtsprechung mit Sicherheit als verfassungswidrig bezeichnet worden. Im Folgenden ist daher zunächst zu prüfen, ob ein neuer Eingriffstatbestand geschaffen wurde; erst wenn dies nicht der Fall ist, stellt sich sinn-

vollerweise die Frage, ob das BAG die einzelnen vom BVerfG für eine zulässige Rechtsfortbildung aufgestellten Kriterien beachtet hat. Daß dabei eine relativ weitgehende Überprüfung des richterlichen Vorgehens erfolgt, ist hinzunehmen, da ja auch entsprechende Gesetzesbestimmungen sowohl hinsichtlich der Einhaltung von Verfahrensvorschriften wie bezüglich ihres Inhalts verfassungsgerichtlicher Nachprüfung unterliegen würden.

3. Die im vorliegenden Fall vom BAG bestätigte Kündigung stellt ein Novum in der bisherigen Rechtsprechung dar. Das erste in der angefochtenen Entscheidung zitierte Urteil ⁷³⁾ betraf einen Fall politischer Betätigung im Betrieb, muß also schon deshalb als Basis einer "ständigen Übung" ausscheiden. Das zweite Urteil betraf zwar die Äußerung eines Geschichtslehrers auf einer Parteiversammlung ⁷⁴⁾, stellt aber entscheidend auf die gesteigerte Treupflicht des öffentlichen Bediensteten und die besondere Lage Berlins ab. Eine weitere, nicht ausdrücklich erwähnte Entscheidung hatte die Veranstaltung einer Volksbefragung zum EVG-Vertrag zum Gegenstand ⁷⁵⁾, die sich jedoch in unmittelbarer Nähe zum Betriebsgelände und bei Schichtwechsel abspielte. In einem Fall aus jüngerer Zeit hatte das BAG ausdrücklich betont, eine frühere politische Tätigkeit dürfe nicht erschwerend angerechnet werden ⁷⁶⁾ und in einem weiteren Fall den Grundsatz aufgestellt, selbst staatsgefährdende Betätigung reiche nicht für eine fristlose Kündigung aus, wenn der konkrete Bezug zum Arbeitsverhältnis fehle ⁷⁷⁾. Da es um den Bestand des Arbeitsverhältnisses gehe, müsse dieses irgendwie durch die politische Betätigung des Arbeitnehmers betroffen sein, "sei es im Leistungsbereich, sei es im Bereich der betrieblichen Verbundenheit aller Mitarbeiter, im personalen Vertrauensbereich der Vertragspartner oder auch im

Unternehmensbereich" ⁷⁷⁾. Obwohl damit einer der tragenden Gesichtspunkte des angefochtenen Urteils, die konkrete Berührung des Arbeitsverhältnisses, genannt war, wurde auch hier keine Kündigung wegen außerbetrieblichen Verhaltens ausgesprochen. Dasselbe gilt für den bekanntgewordenen Fall des Fernmeldehandwerkers, der sich seinem Vorgesetzten gegenüber geweigert hatte, gegebenenfalls an der Telefonüberwachung gemäß Gesetz zu Art.10 GG teilzunehmen ⁷⁸⁾. Weitere BAG- Urteile zu ähnlichen Sachverhalten sind nicht ersichtlich. Die Instanzgerichte haben gleichfalls keine entsprechende Praxis entwickelt; so führte etwa das LAG Hamburg aus, ein Arbeitnehmer, der nur außerhalb seiner Dienstzeit für die kommunistische Basisgruppe eingetreten war, deren Propagandamaterial verwaltet und die Kasse geführt hatte, könne nicht fristlos entlassen werden ⁷⁹⁾. Wie sehr die außerbetriebliche politische Tätigkeit bisher als unproblematisch empfunden wurde, zeigt im übrigen auch das fast völlige Fehlen einschlägiger Äußerungen in der Literatur; die einzige gewichtigere Stimme geht zudem noch dahin, nur wenn und soweit die Leistungsfähigkeit im Betrieb beeinträchtigt und die Eignung des Arbeitnehmers sowie das Vertrauensverhältnis schwer erschüttert seien, komme eine Kündigung in Betracht ⁸⁰⁾.

Der damit geschaffene neue Eingriffstatbestand konnte sich anders als etwa die Erweiterung des Persönlichkeitsschutzes durch entsprechende Anwendung des § 847 BGB nicht auf die Notwendigkeit der Realisierung eines überragenden Verfassungsgutes stützen. Der einzige in Betracht kommende Verfassungswert - das öffentliche Ansehen des Arbeitgebers - hat bereits durch die Straftatbestände

der §§ 185 ff. StGB und durch die zivilrechtlichen Ehrenschutzvorschriften einschließlich der Möglichkeit zum Ersatz des immateriellen Schadens ausreichende Absicherung erfahren. Irgendeine Notwendigkeit der ausdehnenden Interpretation vertraglicher oder gesetzlicher Arbeitnehmerpflichten zur Schaffung einer Kündigungsmöglichkeit besteht nicht. Im Gegenteil: Der hohe Rang der Meinungsfreiheit muß gerade eine derartige Einschränkung verbieten, da sie in aller Regel den Vorrang gegenüber dem Schutz vor weit unter der Beleidigungsgrenze bleibenden abwertenden Äußerungen genießt.

4. Teilt man diese Meinung nicht, sondern erblickt man in der hier vorgenommenen Ausdehnung des Pflichtenkreises von Arbeitnehmern eine "schöpferische Fortentwicklung" der Treupflicht, so ergibt sich die grundsätzliche Frage, ob die vom BAG angenommene "Grundregel über das Arbeitsverhältnis", wonach der Arbeitnehmer nicht den Interessen des Arbeitgebers zuwiderhandeln oder diese beeinträchtigen darf, als Ergebnis zulässiger gesetzesfreier Rechtsfortbildung angesehen werden kann. Ist es mit den oben angeführten Grundsätzen vereinbar, daß ohne Rückgriff auf eine bestimmte Gesetzesvorschrift eine derartige "Rechtsprechungsnorm" entwickelt wird? Um dies zu klären, muß zunächst der Argumentationsgang des BAG im einzelnen wiedergegeben werden, ehe er im Hinblick auf die vom BVerfG entwickelten Kriterien auf seine Berechtigung hin überprüft werden kann.

a) Das angefochtene Urteil des BAG vermag wenig Aufschluß zu geben: Es beschränkt sich auf die Feststellung, das Recht der

freien Meinungsäußerung finde seine Schranke in den Grundregeln über das Arbeitsverhältnis; im Rahmen dieser Schranken sei der Arbeitnehmer genötigt, auch seine Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis zu beachten. Insbesondere dürfe er nicht den Interessen des Arbeitgebers zuwiderhandeln oder diese beeinträchtigen.

Dies könnte als Begründung dann ausreichen, wenn dasselbe Gericht an anderer Stelle bereits eine eingehende Begründung seiner Thesen vorgenommen und zur Vermeidung unnötiger Wiederholungen auf sie verwiesen hätte. Was die beiden zitierten Entscheidungen betrifft, so ist diese Annahme freilich nicht begründbar. Das Urteil BAGE 1, 185 führt in den Leitsätzen aus: "Das Recht der freien Meinungsäußerung findet seine Schranken in den Vorschriften der allgemeinen Gesetze. Hierzu gehören im Verhältnis der einzelnen Bürger untereinander auch die Grundregeln über die Arbeitsverhältnisse. Zu diesen Grundregeln gehört auch das Pflichtengebot, sich so zu verhalten, daß der Betriebsfrieden nicht ernstlich und schwer gefährdet wird und daß die Zusammenarbeit im Betrieb mit den übrigen Arbeitnehmern, aber auch mit dem Arbeitgeber zumutbar bleibt" ⁸¹⁾. In den Entscheidungsgründen werden diese Thesen freilich nicht wesentlich vertieft, sondern im Grunde nur wiederholt. Nachdem die unmittelbare Drittwirkung des Art. 5 Abs.1 GG begründet wurde, folgte die Feststellung, solche Gesetze, Verträge oder Maßnahmen seien unzulässig, die eine Äußerung oder Betätigung allein wegen ihrer geistigen Zielrichtung und der dadurch hervorgerufenen geistigen Wirkung verbieten oder beschränken ⁸²⁾. Dann fährt das Gericht fort: "Dagegen können die Gesetze zum Schutze bestimmter Rechtsgüter Meinungsäußerungen irgendwelcher Art einschränken oder ausschließen. Zu diesen allgemeinen Gesetzen gehören im Verhältnis der einzelnen Bürger zueinander auch die

Grundregeln über die Arbeitsverhältnisse. Zu diesen maßgebenden Grundregeln der Arbeitsverhältnisse zählt auch das Pflichten- gebot, sich so zu verhalten, daß der Betriebsfrieden nicht ernst- lich und schwer gefährdet wird und daß die Zusammenarbeit im Betrieb mit den übrigen Arbeitnehmern, aber auch mit dem Arbeit- geber für diese zumutbar bleibt". Irgendeine Abwägung mit mög- lichen anderen Auffassungen, irgendeine "rationale Folgendis- kussion" ⁸³⁾ erfolgt nicht. Dennoch beschränkte sich das zweite zitierte Urteil ⁸⁴⁾ auf die Feststellung, das Gebot der Mäßigung und Zurückhaltung der "öffentlichen Diener" bei ihren politischen Meinungsäußerungen sei ein allgemeiner Grundsatz, der auch gelten müsse, wenn er nicht in die Form eines Gesetzes gekleidet sei, sondern (wie im zu entscheidenden Falle) als Generalklausel in einer Norm des maßgebenden Tarifvertrages erscheine, und fährt dann fort ⁸⁵⁾: "Auch allgemein anerkannte arbeitsrechtliche Grundsätze sind 'Gesetze' im Sinne von Art. 5 Abs.2 GG (Vgl. BAG 1, 185, 194 ff. mit ausführlicher Begründung)". Es folgt die Feststellung, dadurch werde "übrigens" das Grundrecht der freien Meinungsäußerung in seiner Substanz nicht angetastet, sondern nur die Form der Meinungsäußerung in den durch die All- gemeinheit gebotenen Schranken gehalten ⁸⁵⁾.

Die Nichtexistenz einer Begründung wäre dann verständlich, wenn sich aus in anderen Entscheidungen entwickelten Prinzipien die vorliegenden Thesen mehr oder weniger als selbstverständliche Folge ergeben würden und so eine eingehendere Auseinandersetzung überflüssig wäre. Als einschlägiger Grundsatz bietet sich hier die Treupflicht und ihre "Basis", das personenrechtliche Gemein- schafsverhältnis, an. Auch insoweit fehlt freilich eine ausrei-

reichende Argumentation. So begnügt sich an einer Stelle etwa das BAG mit der Behauptung, die rückwirkende Geltendmachung der Nichtigkeit des Arbeitsverhältnisses widerspreche seinem personenrechtlichen Charakter⁸⁶⁾. An anderer Stelle ist etwas ausführlicher davon die Rede, eine weite Auffassung des § 616 BGB entspreche auch dem Charakter des Arbeitsverhältnisses, "das zwar die Elemente von Leistung und Gegenleistung enthält, wesenhaft aber durch die auf Treue und Fürsorge gegründete personenrechtliche Bindung zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber bestimmt ist"⁸⁷⁾. Ähnlich wird die Beschäftigungspflicht des Arbeitgebers begründet⁸⁸⁾: "Denn das Arbeitsverhältnis ist ein personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis, das nicht nur wie beim Dienstvertrag der selbständig Tätigen oder bei sonstigen Schuldverhältnissen lediglich einzelne bestimmte Leistungen betrifft, sondern für seinen Geltungsbereich die ganze Person des Arbeitnehmers erfaßt, deshalb wesentlich sein Leben gestaltet und seine Persönlichkeit bestimmt". Schließlich folgt auch die Betriebsrisikolehre denselben Topoi, wenn es heißt⁸⁹⁾: "Die rechtlichen Folgen der Unmöglichkeit bestimmen sich für Arbeitsverhältnisse grundsätzlich nicht nach den Vorschriften der §§ 323 - 326 BGB, die für gegenseitige Verträge gegeben sind, sondern sind aus dem besonderen Wesen des Arbeitsvertrages als eines auf die Treupflicht des Arbeitnehmers und der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers beruhende personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnisses zu finden" .

b) Versucht man, diese Begründungen des vom BAG entwickelten "Richterrechts" an den Maßstäben zu messen, die das BVerfG in seiner Entscheidung vom 14.2.1973⁹⁰⁾ für jede Form richterlicher Rechtsfortbildung entwickelte, so wird Folgendes deutlich:

Der Argumentation des BAG zu den Grundregeln über das Arbeitsverhältnis wie über das personenrechtliche Gemeinschaftsverhältnis fehlt die vom BVerfG geforderte Rationalität. Mindestanforderung für die Entwicklung einer "Rechtsprechungsnorm" ist danach das Abwägen der Vor- und Nachteile einer Lösung sowie der Vergleich mit anderen in Betracht kommenden Möglichkeiten. Das bedeutet, daß insbesondere auch eine Auseinandersetzung mit den wichtigsten, in der juristischen Literatur vorgetragenen Argumenten erfolgen, daß zumindest der Versuch gemacht werden muß, die eigene Auffassung als die sachgerechtere deutlich zu machen. Dies alles ist bisher unterblieben; trotz des etwa im Bereich des Arbeitskampfrechts von Säcker⁹¹⁾ erhobenen Vorwurfs unzureichender Berücksichtigung von Lehrmeinungen ist das BAG seinem apodiktischen Stil treu geblieben. Selbst wenn man mit dem BVerfG die Legitimität volitiver Elemente bei der richterlichen Rechtsfortbildung zugesteht, kann dies jedenfalls nicht so weit gehen, daß richterliche Entscheidungen rein dezisionistischen Charakter gewinnen; "ita ius esto" ist keine ausreichende Begründung in einer Rechtsordnung, die nicht auf Willkür, sondern auf Überzeugung der Einzelnen durch die besseren Argumente angelegt ist. Wenigstens das Nachvollziehen der richterlichen Argumentation muß dem Rechtsunterworfenen möglich sein, soll der Anspruch intersubjektiver Überprüfbarkeit nicht von vorne herein aufgegeben werden.

Zu der mangelnden Rationalität kommt die fehlende Berücksichtigung geltenden Rechts hinzu. Das BAG hat nicht einmal den Versuch unternommen, auf Grund der im BGB enthaltenen Regelungen zu einem interessengerechten Ergebnis zu gelangen, da es weder im

vorliegenden noch in früheren Urteilen auf § 611 BGB und den Nebenpflichten begründenden § 242 BGB zurückgriff. Darüber hinaus hat es völlig versäumt, die Neuregelung zu berücksichtigen, die das BetrVG 1972 für das Individualarbeitsrecht gebracht hat. Die §§ 81 ff. BetrVG enthalten nicht nur eine Reihe von Individualrechten, die sich größtenteils auch aus der Fürsorgepflicht herkömmlicher Prüfung herleiten ließen, sondern das neue Gesetz enthält auch in § 75 ^{II} eine Generalklausel zugunsten des Arbeitnehmers: "Arbeitgeber und Betriebsrat haben die freie Entfaltung der Persönlichkeit der im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer zu schützen und zu fördern". Damit wird - an möglicherweise systemwidriger Stelle ⁹²⁾ - dem Arbeitsverhältnis eine in dieser Deutlichkeit bisher noch nicht ausgesprochene neue Zielrichtung gegeben, die wegen ihrer generellen Formulierung dazu nötigt, auch die ja als Einschränkung wirkenden, aus dem "personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnis" fließenden Verpflichtungen neu zu überdenken. Der Schluß liegt zumindest nahe, daß mit der Akzentuierung des Persönlichkeitsschutzes eine Reduzierung der dem Arbeitnehmer obliegenden Nebenpflichten verbunden ist und daß das Arbeitsverhältnis damit denjenigen Konzeptionen angenähert wird, die von Franz Neumann ⁹³⁾, Farthmann ⁹⁴⁾ und Schwerdtner ⁹⁵⁾ entwickelt wurden. Welche Konsequenzen im einzelnen aus § 75 ^{II} BetrVG zu ziehen sind, wird die Rechtsprechung wie die Arbeitsrechtswissenschaft noch zu beschäftigen haben; im vorliegenden Zusammenhang reicht die Feststellung, daß den Kriterien des BVerfG für richterliche Rechtsfortbildung sicherlich nicht genügt ist, wenn unmittelbar einschlägige Vorschriften zur Kenntnis genommen werden und statt dessen die Existenz allgemeiner Grund-

sätze unterstellt wird, über die gleichfalls kein Wort der Begründung verloren wird. Ein derartiges Vorgehen läßt sich auch nicht mit arbeitsrechtlichen Besonderheiten rechtfertigen, da jedenfalls im hier relevanten Bereich keine geringere "Normintensität" als im Bereich des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes besteht.

Weiter läßt sich schwerlich behaupten, das BAG habe mit seinen Thesen "allgemeinen Gerechtigkeitsvorstellungen" Ausdruck verliehen, was gleichfalls von zulässiger richterlicher Rechtsfortbildung verlangt wird. Ein erstes Indiz bildet die verbreitete Ablehnung, die das angefochtene Urteil in der allgemeinen wie in der juristischen Öffentlichkeit erfahren hat ⁹⁶⁾. Noch mehr fällt ins Gewicht, daß die Konzeption des personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnisses sich insbesondere hinsichtlich der Begründung von Arbeitnehmerpflichten zugunsten des Arbeitgebers wachsender Kritik ausgesetzt sieht ⁹⁷⁾ und im übrigen zu keiner Zeit unbestritten war. Hinzu kommt, daß während der Weimarer Zeit die schuldrechtliche Konzeption des Arbeitsverhältnisses ebenso anerkannt war wie in der Zeit vor 1900 und erst durch das AOG von 1934 eine grundsätzliche Umgestaltung erfahren hat ⁹⁸⁾. Auch wenn zuzugeben ist, daß es bereits vor der Machtergreifung des Nationalsozialismus Tendenzen in Richtung auf die Annahme von Treupflichten und die Versöhnung der Gegensätze durch die Betriebsgemeinschaft gab ⁹⁹⁾, so wäre doch die Distanzierung der Nachkriegsrechtsordnung wie des GG ¹⁰⁰⁾ vom faschistischen Rechtssystem Anlaß genug gewesen, die Fortexistenz einzelner Rechtsfiguren wie des personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnisses mit einer besonders nachdrücklichen, alle Einwände

ausräumenden Begründung zu versehen.

Schließlich fehlt den Entscheidungen des BAG jeder Versuch, die eigene Konzeption wie die daraus folgenden Ergebnisse einer rechtsvergleichenden Überprüfung zu unterziehen, die im Bereich des Ersatzes immaterieller Schäden bei Eingriffen in das Persönlichkeitsrecht ein wichtiges Argument für die erfolgte Rechtsfortbildung dargestellt hatte ¹⁰¹⁾. Versucht man einen kurso-rischen Überblick, so stellt man fest, daß sich die Bundesrepublik zwar nicht durch die Konstruktion, wohl aber durch die Handhabung der Treupflicht auf einen "Außenposten" begibt, den sie nur mit Spanien gemein hat ¹⁰²⁾. Die am nächsten verwandte österreichische Rechtsordnung kennt zwar über das deutsche Recht hinaus eine gesetzliche Fixierung der Treupflicht, doch zeigt sich eine verbreitete Tendenz zu restriktiver Auslegung ¹⁰³⁾. Soweit ersichtlich, plädiert allein Tomandl für eine völlige Übernahme der deutschen Lösung ¹⁰⁴⁾, während die Rechtsprechung weniger weitgehende Pflichten annimmt ¹⁰⁵⁾. Das schweizerische Recht enthält zwar in Art. 328 Abs.1 Obligationenrecht gleichfalls eine gesetzliche Verankerung der Treupflicht, doch findet sie ihre Schranke in den eigenen berechtigten Interessen des Arbeitnehmers ¹⁰⁶⁾. Grundsätzlich unterschieden ist die Haltung der englischen Rechtsordnung, die keine gesetzlich oder automatisch eintretende vertragliche Treupflicht kennt; diese bedarf vielmehr der ausdrücklichen Vereinbarung durch die Arbeitsvertragsparteien ¹⁰⁷⁾. Als üblicher Gegenstand derartiger Abmachungen werden die sorgfältige Behandlung des Arbeitgebereigentums, die Pflicht zur Duldung einer Torkontrolle, das Wettbewerbsverbot und die

Schweigepflicht erörtert ¹⁰⁸⁾; von einer Reglementierung des außerdienstlichen Verhaltens, insbesondere von einer Beschränkung der politischen Betätigung ist nirgends die Rede. Noch weitergehend kennt die italienische Rechtsordnung zwar den Begriff des "obbligo di fedeltà", reduziert ihn jedoch in der Praxis auf ein Wettbewerbsverbot ¹⁰⁹⁾. Völlig unbekannt ist der deutsche Begriff schließlich im französischen Recht, das konsequent am synallagmatischen Charakter des Arbeitsvertrags festhält ¹¹⁰⁾.

c) Die Nichterfüllung der von BVerfG für die richterliche Rechtsfortbildung aufgestellten Kriterien ist nach alledem evident. Mit der mangelhaften Begründung der "Grundregeln über das Arbeitsverhältnis" und der Pflicht zur generellen Wahrung der Arbeitgeberinteressen fallen auch die nachfolgenden Ausführungen, insbesondere die Beschränkung auf das Arbeitsverhältnis konkret berührende Verhaltensweisen in sich zusammen. Das angefochtene Urteil war daher genau wie frühere einschlägige Entscheidungen nicht in der Lage, eine wirksame, ein allgemeines Gesetz i.S. des Art. 5 Abs.2 GG darstellende "Rechtsprechungsnorm" zu entwickeln. Dies gilt auch angesichts des speziell arbeitsrechtlichen Charakters der zu entscheidenden Fragen, da - wie ausgeführt - jedenfalls im vorliegenden Fall alles andere als ein "rechtsleerer Raum" bestand, der theoretisch den Richter einen noch weiteren Spielraum gewähren könnte ¹¹¹⁾. Mit Recht hat überdies Mayer-Maly gerade für das Arbeitsrecht darauf hingewiesen, je größer der Anteil der Judikative an der Rechtsfortbildung sei, umso mehr rücke man vom Grundgedanken der Gewaltenteilung ab ¹¹²⁾. Außerdem erleide der

rechtsstaatliche Grundsatz der Voraussehbarkeit des Rechts erhebliche Einbußen ¹¹³⁾, zumal auch die ein Mindestmaß an Überschaubarkeit sichernde Publizität fehle ¹¹⁴⁾. Es besteht daher keinerlei Veranlassung, die Arbeitsgerichte von jenem "Begründungszwang" zu befreien, dem die ordentlichen Gerichte bei ihrer rechtsfortbildenden Tätigkeit ausgesetzt sind. Daß damit keine Überforderung des Richters verbunden ist, zeigen zahlreiche Beispiele aus der Rechtsprechung des BGH, die sich durch sorgfältiges Abwägen des Für und Wider und durch eingehende Auseinandersetzung mit abweichenden Auffassungen auszeichnen. So widmete etwa der BGH in einem Urteil insgesamt 4 Seiten allein der Frage, ob an der schon früher eingehend begründeten Auffassung vom Ersatz des immateriellen Schadens bei Eingriffen in das Persönlichkeitsrecht ¹¹⁵⁾ weiterhin festzuhalten sei ¹¹⁶⁾. Die Zahl der gebrauchten Argumente steht in diametralem Gegensatz zur Apodiktik des BAG: So wird etwa darauf hingewiesen, schon bei Schaffung des BGB sei die Beschränkung des Ersatzes für immaterielle Schäden kritisiert worden ¹¹⁷⁾; die persönlichkeitsrechtlichen Züge hätten sich seit 1900 immer mehr durchgesetzt; tiefgreifende technische und soziale Entwicklungen hätten neue Möglichkeiten der Persönlichkeitsverletzung eröffnet und sie mit sehr viel nachhaltigeren Auswirkungen versehen; die Rechtsprechung hätte dem unter dem Einfluß der Art.1 und 2 GG durch Anerkennung des Persönlichkeitsrechts bereits Rechnung getragen ¹¹⁸⁾. Nehme man die Entscheidung dieser beiden Grundgesetzschriften ernst, so bestehe keine Bindung mehr an die 1900 geschaffene Vorschrift des § 253 BGB. Fast alle anderen westlichen Rechtsordnungen würden den Ersatz des immateriellen Schadens kennen; da sie gleichfalls über eine freie Presse

verfügten, liege darin offensichtlich keine Gefährdung der Pressefreiheit¹¹⁹⁾. Die Tatsache, daß die Konturen des Persönlichkeitsrechts nicht ebenso scharf zu ziehen seien wie die anderer subjektiver Rechte, sei kein ausreichender Grund für eine Ablehnung des Persönlichkeitsschutzes¹²⁰⁾.

Eine ähnliche Reichhaltigkeit der Argumentation findet sich auch bei anderen Entscheidungen, in denen es nicht um die Abweichung vom eindeutigen Gesetzeswortlaut ging. So wurde etwa der fehlende Sittenverstoß bei der Veräußerung einer Anwaltspraxis durch eingehende Erörterungen begründet¹²¹⁾, in denen die Tatsache ausreichende Berücksichtigung fand, daß ein Anwalt auch unter dem Gesichtspunkt tätig ist, in seinem Beruf eine Existenzgrundlage zu finden. Insgesamt 9 Seiten umfassen die Erörterungen zur Existenz eines selbständig übertragbaren Anwartschaftsrechts und zum Fehlen eines Durchgangserwerbs des zedierenden Vorbehaltskäufers¹²²⁾: Die verschiedenen Lösungsmöglichkeiten werden aufgezeigt, die in der Literatur vertretenen Meinungen eingehend abgehandelt und die Interessenlage im einzelnen aufgeschlüsselt. Ähnlich sorgfältig war etwa die Begründung der These, daß in allgemeinen Geschäftsbedingungen bei fabrikneuen Waren nicht jede Gewährleistung ausgeschlossen werden kann, sondern dem Käufer wenigstens ein Nachbesserungsrecht verbleiben muß¹²³⁾. Die Reihe dieser Beispiele ließe sich fortsetzen - sie machen deutlich, daß von einer Überforderung des Richters nicht die Rede sein kann. Daß dieselbe Vorgehensweise auch bei der Bestimmung der Treupflicht möglich wäre, hat die literarische Diskussion zur Genüge gezeigt.

Das BAG hat somit kein wirksames, die Meinungsfreiheit beschränkendes Richterrecht geschaffen.

VI. Die bisherigen Ausführungen haben sich darauf beschränkt, die formalen Voraussetzungen des vom BAG in Anspruch genommenen "allgemeinen Gesetzes" zu überprüfen (förmliches Gesetz, Gewohnheitsrecht, Rechtsprechungsnorm). Auch inhaltlich kann es jedoch einer verfassungsrechtlichen Überprüfung nicht standhalten. Wollte etwa der Gesetzgeber oder ein nach BGH - Vorbild vorgehendes Arbeitsgericht den vom BAG angenommenen Rechtssatz entwickeln, so müßte dieses Vorhaben an verschiedenen Grundgesetzschriften scheitern.

1.) Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist die Beziehung zwischen dem Grundrecht der freien Meinungsäußerung und den dieses begrenzenden "allgemeinen Gesetzen" nicht als einseitige Beschränkung der Geltungskraft des Grundrechts durch diese Gesetze aufzufassen; "vielmehr findet eine Wechselwirkung in dem Sinne statt, daß die allgemeinen Gesetze zwar dem Wortlaut nach dem Grundrecht Schranken setzen, ihrerseits aber aus der Erkenntnis der wertsetzenden Bedeutung dieses Grundrechts im freiheitlichen demokratischen Staat ausgelegt und so in ihrer das Grundrecht begrenzenden Wirkung selbst wieder eingeschränkt werden müssen" ¹²⁴⁾. Wird durch die frei geäußerte Meinung ein gesetzlich geschütztes Rechtsgut eines anderen beeinträchtigt, dessen Schutz gegenüber der Meinungsfreiheit den Vorrang verdient, so wird dieser Eingriff nicht dadurch erlaubt, daß er mittels einer Meinungsäußerung begangen wird ¹²⁵⁾.

Die darnach notwendige Abwägung zwischen der Meinungsfreiheit und den im allgemeinen Gesetz zum Ausdruck kommenden kollidierenden Rechtsgütern hat das BAG unterlassen ¹²⁶⁾. Die Verweisung auf die im 1. Band seiner Amtlichen Sammlung veröffentlichte Entscheidung ¹²⁷⁾ legt den Schluß nahe, daß die damals ja noch nicht existierende Rechtsprechung des BVerfG nicht zur Kenntnis genommen und weiterhin von der Fiktion eines um das Allgemeinheits-erfordernis ergänzten Gesetzesvorbehalts ausgegangen wurde. Schon allein dieser Mangel nötigt zur Aufhebung des Urteils.

Der vorliegende Sachverhalt reicht aus, um die unterbliebene Güterabwägung nachzuholen und die Einwirkung des Art.5 Abs.1 auf das "allgemeine Gesetz" Treupflicht näher zu bestimmen.

Dabei ist - gewissermaßen auf der "Aktivseite" - zu berücksichtigen, daß die in Frage stehende Meinungsäußerung des Beschwerdeführers nicht zum Zwecke privater Auseinandersetzungen erfolgte, sondern daß dieser in erster Linie zur politischen Meinungsbildung vor den bayerischen Landtagswahlen beitragen wollte: Eine Beteiligung am Meinungskampf um die Öffentlichkeit berührende Fragen, nimmt nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG einen höheren Rang als die individuellen Interessen dienende Meinungsbekundung ein ¹²⁸⁾. Auf der anderen Seite steht das Interesse des Unternehmers an der Verhinderung für ihn negativer, aber weit unter der Beleidigungsgrenze bleibender Äußerungen in der Öffentlichkeit und das Interesse an der Vermeidung etwaiger Vermögensschäden, die im konkreten Fall allerdings in keiner Weise ersichtlich sind.

Eine Abwägung muß eindeutig zugunsten der Meinungsfreiheit aus-

fallen ¹²⁹⁾, da sie entwertet wäre, ja den größten Teil eher sachlichen Bedeutung verlieren würde, könnte sie nicht gerade auch negative Werturteile abdecken - übermäßiges Lob oder indifferente Stellungnahmen vermögen erfahrungsgemäß keine Repressionen zu erzeugen, vor denen Art.5 Abs.1 GG den Bürger gegenüber staatlichen wie privaten Gewalten sichern will. Die Bezeichnung als private Superbank - im Urteilstext unwichtig als "Spielbank" bezeichnet ¹³⁰⁾ - kann nicht als ins Gewicht fallende Ehrminderung angesehen werden; auch der Zusammenhang mit der angegriffenen CSU - Politik stellt keinen ehrkränkenden Vorwurf gegen die Bayerische Vereinsbank dar. Die auf Seite 1 der Extraausgabe enthaltenen Angriffe auf die Banken im allgemeinen halten sich einmal vom Inhalt her durchaus im Rahmen des allgemein Üblichen, da Polemiken dieser Intensität gerade auch im Wahlkampf von beinahe allen Parteien praktiziert werden. Zum anderen sind "die Banken" als solche keine Grundrechtsträger, ja nach verbreiteter Auffassung nicht einmal beleidigungsfähig ¹³¹⁾, so daß insoweit überhaupt kein kollidierendes, sich über die allgemeinen Gesetze gegen die Meinungsfreiheit durchsetzendes Rechtsgut vorliegt. Das somit allein im Lichte des Art.5 Abs.1 GG auszulegende allgemeine Gesetz ist daher jedenfalls zu weit gefaßt, wenn es auch Äußerungen wie die des Beschwerdeführers als nicht mehr durch Art.5 Abs.1 gedeckt ansieht. Die Abwägung muß zugunsten des Beschwerdeführers ausfallen.

Die hier angelegten Maßstäbe werden durch zwei Urteile des BVerfG bestätigt, deren Sachverhalte mit dem vorliegenden eine gewisse Ähnlichkeit besitzen. In der Entscheidung vom 15.1.1958 hatte ein Mieter von seiner Wohnung aus Wahlkampfwerbung mit Plakaten getrieben, die er an der Außenwand des Hauses angebracht

hatte und die der Vermieter beseitigen ließ, weil sich andere Mieter beschwert hatten ¹³²⁾. Im Ergebnis bestätigte das BVerfG diese Maßnahme, freilich nur unter besonderen Bedingungen: So hätte es höchstwahrscheinlich anders entschieden, wenn die Entfernung der Plakate die Teilnahme des betroffenen Mieters am Wahlkampf ernstlich behindert ¹³³⁾ oder wenn er sich auf eine entsprechende Verkehrssitte hätte berufen können ¹³⁴⁾ und dies, obwohl es ein Eingriff in das Grundrecht aus Art. 14 GG wegen Benutzung der Außenwand des Mietshauses und wegen Störung des Hausfriedens annahm ¹³⁵⁾. Daß es etwa eine Kündigung bestätigt hätte, die aus Anlaß einer gegen die Haus- und Grundbesitzer gerichteten Meinungsäußerung im Wahlkampf erfolgt wäre, ist aus dem ganzen Kontext der Entscheidung heraus schlechterdings nicht vorstellbar.

Ähnliches gilt für die Entscheidung vom 18.2.1970 zur Meinungsfreiheit des Soldaten ¹³⁶⁾. Ein Stabsunteroffizier hatte in einem Leserbrief eine in Ausübung des Dienstes gehaltene und in der Lokalpresse abgedruckte Rede eines Bataillonskommandeurs kritisiert und dabei u.a. ausgeführt, er finde es richtig, daß dieser auf die außenpolitische Lage eingegangen sei und Aktionen verurteilt habe, die gezeigt hätten, daß sich auch in der Sowjetunion wieder einmal die reaktionär - konservativen Kreise durchgesetzt hätten. Man schütze aber das Kind mit dem Bade aus und stelle sich - zwar von grundsätzlich verschiedenen Ausgangspunkten - doch in eine Reihe mit den fortschrittsfeindlichen, im Schwarz - Weiß - Denken verhafteten Politikern der Sowjetunion, wenn man die von Teilen der Außerparlamentarischen Opposition geforderte Veränderung der Gesellschaft als Gefährdung der Sicherheit hinstelle ¹³⁷⁾.

Diese immerhin abwertenden, wenn auch keineswegs beleidigenden Äußerungen wurden als im Rahmen des Art.5 Abs.1 befindlich eingestuft, obwohl im Bereich der Bundeswehr nicht nur die Grenze der allgemeinen Gesetze, sondern darüber hinaus das aus Art.87 a Abs.1 S.1 GG folgende Gebot existiert, das innere Gefüge der Streitkräfte so zu gestalten, daß sie ihren militärischen Aufgaben gewachsen sind ¹³⁸⁾. Zieht man zum Vergleich die Bezeichnung des Arbeitgebers als "Superbank" heran, so muß auch dort die Meinungsfreiheit durchgreifen: Es wäre unverständlich, würde zwar unter den durch Art. 87a GG geschaffenen Bedingungen der Bundeswehr die Charakterisierung als "fortschrittsfeindlich" und "im Schwarz-Weiß-Denken verhaftet" zulässig sein, während im weniger Restriktionen unterliegenden privatwirtschaftlichen Sektor schon das Wort "Superbank" mit Sanktionen belegt werden könnte.

2. Das vom BAG angenommene "allgemeine Gesetz" einer Verpflichtung zur Wahrung der Arbeitgeberinteressen auch im Zusammenhang mit einer politischen Betätigung erweckt weiter deshalb Bedenken, weil jede Zuwiderhandlung durch einen Arbeitnehmer als Kündigungsgrund gewertet wurde, und zwar - wie das BAG in einem Obiter Dictum bemerkte - auch dann, wenn das Kündigungsschutzgesetz im konkreten Fall anwendbar ist. Das bedeutet, daß der Arbeitgeber ihm mißfallende Meinungsäußerungen nicht nur wie im Falle des plakatierenden Mieters als solche verbieten, sondern darüber hinaus dem Arbeitnehmer seinen Arbeitsplatz entziehen kann.

Mit dieser Konsequenz setzt sich das BAG in Widerspruch zu den Grundsätzen, die das BVerfG im sogenannten Blinkfüer-Urteil ¹³⁹⁾

entwickelt hatte. Dort war es darum gegangen, daß ein Großverleger Zeitungshändlern mit einem Abbruch der Geschäftsbeziehungen gedroht hatte, falls diese weiter die Zeitung "Blinkfüer" vertreiben sollten, die auch nach dem 13.8.61 das Programm des DDR - Fernsehens abgedruckt hatte. Nach Auffassung des BVerfG war das Verhalten des "Verrufers" nicht mehr durch das Grundrecht des Art.5 Abs. 1 GG gedeckt und hatte überdies die Pressefreiheit des Boykottierten verletzt. Zwar sei ein Boykottaufruf, dem eine bestimmte Meinungskundgabe zugrundeliege, durch Art.5 Abs.1 S.1 GG insbesondere dann geschützt, wenn er als Mittel des geistigen Meinungskampfes in einer die Öffentlichkeit wesentlich berührenden Frage eingesetzt werde, doch müßten die Mittel, deren sich der Verrufer zur Durchsetzung der Boykottaufforderung bediene, verfassungsrechtlich zu billigen sein ¹⁴⁰⁾. Das BVerfG fährt dann fort: "Ein Boykottaufruf wird durch das Grundrecht der freien Meinungsäußerung dann nicht geschützt, wenn er nicht nur auf geistige Argumente gestützt wird, sich also auf die Überzeugungskraft von Darlegungen, Erklärungen und Erwägungen beschränkt, sondern darüber hinaus sich solcher Mittel bedient, die den Angesprochenen die Möglichkeit nehmen, ihre Entscheidung in voller innerer Freiheit und ohne wirtschaftlichen Druck zu treffen (Hervorhebung vom Verf.). Dazu gehören insbesondere Androhung oder Ankündigung schwerer Nachteile und Ausnutzung sozialer oder wirtschaftlicher Abhängigkeit, wenn dies dem Boykottaufruf besonderen Nachdruck verleihen soll. Die Freiheit der geistigen Auseinandersetzung ist eine unabdingbare Voraussetzung für das Funktionieren der freiheitlichen Demokratie, weil nur sie die öffentliche Diskussion über Gegenstände von allgemeinem Interesse und staats-

politischer Bedeutung gewährleistet." 141)

Vom Sachverhalt her weist dieser Fall wesentliche Übereinstimmungen mit dem hier zu entscheidenden auf. Unterstellen wir die keineswegs fernliegende Tatsache, die Bayerische Vereinsbank hätte aufgrund einer (durch die Vorstandsmitglieder gebildeten) bestimmten politischen Überzeugung gehandelt, wonach Kommunisten im öffentlichen Leben nichts zu suchen hätten. In Ausübung ihres Grundrechts aus Art.5 Abs.1 hätte sie alle ihre Angestellten davon in Kenntnis gesetzt, sie halte kommunistisches Gedankengut für verderblich; wer sich an seiner Verbreitung beteilige, insbesondere UZ - Extrablätter im Wahlkampf weitergebe, müsse mit einem "Abbruch der Geschäftsbeziehungen", d.h. hier: einer Kündigung rechnen. Es besteht kein Zweifel, daß in diesem Fall die Grundsätze des Blinkfüer -Urteils anzuwenden wären: Die Kündigungsdrohung wäre nicht mehr durch Art.5 Abs.1 GG gedeckt; die Pressefreiheit wäre jedenfalls dann verletzt, wenn die UZ auf Verteilung durch Bankangestellte angewiesen wäre oder eine größere Zahl von Unternehmen entsprechende Drohungen ausgesprochen hätten. Verletzt wäre nach den Regeln des Blinkfüer - Urteils aber auch die Meinungsfreiheit der betroffenen Arbeitnehmer. Zwar war nach der damaligen prozessualen Rechtslage - Verfassungsbeschwerde nur durch den Inhaber von Blinkfüer, nicht durch einen Zeitungshändler - über diese Frage nicht ausdrücklich zu entscheiden, doch macht die oben mitgeteilte Urteilspassage deutlich, daß das BVerfG davon ausging, die Angesprochenen könnten ihre Entscheidung (die ja auch in einer Meinungsäußerung liegen kann) nicht

mehr in voller innerer Freiheit und ohne wirtschaftlichen Druck treffen. Da die angedrohte Liefersperre den von ihr betroffenen Händlern spürbare u.U. existenzbedrohende Nachteile zufügen konnte, waren sie notwendigerweise darauf beschränkt, Vorteile und Nachteile einer Nichtbefolgung des Appells gegeneinander abzuwägen und aufgrund dieser ausschließlich wirtschaftlichen Erwägungen zu handeln ¹⁴²⁾. Damit liegt in Wahrheit der Tatbestand einer wirtschaftlichen Nötigung zu einer bestimmten Handlung und damit gegebenenfalls auch zur Unterlassung einer Meinungsäußerung vor. Daß dies einen Eingriff in das Grundrecht aus Art.5 Abs.1 darstellen würde, bedarf keiner besonderen Begründung - von "freier" Meinungsäußerung könnte nicht mehr die Rede sein.

An der Verfassungswidrigkeit einer derartigen Entlassungsdrohung kann sich dadurch nichts ändern, daß der "Verrufer" nicht aus politischer Überzeugung, sondern aus anderen Motiven gehandelt hat - der Wegfall des grundsätzlich durch Art.5 Abs.1 GG gewährten Schutzes kann seine Position nicht verbessern, sondern allenfalls verschlechtern. Weiter kann es für den Schutz der Meinungsfreiheit keine Rolle spielen, ob die Sanktion (Kündigung bzw. Unterlassung künftiger Lieferungen) nur angedroht oder sofort verhängt wird - der Eingriff ist im zweiten Fall ein schwererer, ein Verfassungsverstoß daher umso eher anzunehmen. Es bedarf deshalb im vorliegenden Fall keiner Entscheidung, ob etwa dem Beschwerdeführer bei der Unterredung am 2. Oktober 1970 die Kündigung für den Fall in Aussicht gestellt wurde, daß er sich weiter zu seiner Partei bekenne, oder ob die Unterredung ohne Einfluß

auf den weiteren Verlauf der Dinge war. Da es schließlich keinem Zweifel unterliegt, daß die Kündigung im Regelfall eine mindestens ebenso schwere Sanktion wie der Abbruch der Geschäftsbeziehungen durch einen Großverleger ist, stellt das angefochtene Urteil des BAG von seinem Ergebnis her auch deshalb einen Verstoß gegen Art. 5 Abs. 1 GG dar, weil es nicht mit den in der Blinkfüer - Entscheidung entwickelten Grundsätzen der Trennung von geistiger und wirtschaftlicher Auseinandersetzung zu vereinbaren ist.

3. Das vom BAG angenommene "allgemeine Gesetz" erweckt weiter Bedenken im Hinblick auf das Gebot der Chancengleichheit der Parteien.

In der zweiten Entscheidung zur steuerlichen Absetzbarkeit von Parteispenden hatte das BVerfG ausgeführt, der Gesetzgeber sei zwar nicht verpflichtet, bestehende faktische, auf die unterschiedliche soziologische Struktur der politischen Parteien beruhende Verschiedenheiten der Wettbewerbschancen auszugleichen, doch dürfe er nicht ohne zwingenden Grund eine Regelung treffen, die eine schon bestehende faktische Ungleichheit der Wettbewerbschancen der Parteien verschärfe¹⁴³⁾. Deshalb stelle es einen Verfassungsverstoß dar, wenn ein Gesetz eine unterschiedliche steuerliche Behandlung der Einflußnahme des Bürgers auf die politische Willensbildung je nach der Höhe des Einkommens durch Gewährung von Steuervorteilen für Spenden an politische Parteien schaffe¹⁴⁴⁾. Wegen der Steuerprogression würde ein Anreiz zum Spenden in erster Linie für Großverdiener geschaffen, während Lohnsteuerzahler nicht nur weniger erübrigen könnten, sondern

wegen Nichterreicherung der Pauschbeträge für Sonderausgaben u.U. überhaupt keinen steuerlichen Vorteil (jedenfalls aber einen geringeren) hätten ¹⁴⁴⁾. Mit Rücksicht darauf, daß es Parteien mit völlig unterschiedlicher Zielrichtung gebe, müßten die umstrittenen Steuervorschriften zur Folge haben, daß diejenigen Parteien, deren Programm und Tätigkeit kapitalkräftige Kreise anspreche, stärker begünstigt würden ¹⁴⁵⁾. Die Regelung führe dazu, daß der Beitrag, den der Staat durch Verzicht auf Steuern leiste, ohne sachlich zu rechtfertigenden Grund das Gewicht bestimmter politischer Parteien im Willensbildungsprozeß verstärke ¹⁴⁶⁾; sie sei deshalb verfassungswidrig.

Soweit ersichtlich, hat dieses auf den wirtschaftlichen Bereich ausgedehnte Prinzip der Chancengleichheit in der Literatur allgemeine Zustimmung gefunden ¹⁴⁷⁾. Jülich bestimmt es zu Recht in der Weise, daß alle Maßnahmen unzulässig seien, die die Ungleichheit der "natürlichen" Startchancen verschärfen, indem z.B. kleine Parteien benachteiligt werden ¹⁴⁸⁾.

Dieses Benachteiligungsverbot ist im vorliegenden Fall verletzt. Ebenso wie die aufgehobene steuerrechtliche Regelung Parteien unangemessen privilegierte, die kapitalkräftige Kreise stärker ansprechen, benachteiligt der vom BAG angenommene Rechtssatz diejenigen Parteien, die sich stärker an den Interessen der Arbeitnehmer orientieren: Da im Wahlkampf wie auch bei anderen Betätigungen solche Parteien aller Erfahrung nach die Unternehmerschaft oder einzelne Unternehmer kritisieren, könnte die Partei nicht mehr mit dem vollen Einsatz ihrer Mitglieder rechnen, da diese verständlicherweise das Risiko eines Arbeitsplatzverlustes

scheuen würden. Da nach Auffassung des BAG selbst Angriffe auf "die Banken" ausreichen, ja da nicht einmal sicher auszuschließen ist, daß nicht auch Angriffe auf Großkunden die konkrete Betroffenheit des Arbeitsverhältnisses begründen und damit den Arbeitgeber zur Kündigung berechtigen, ergibt sich eine Art "Immunität" zugunsten der Großindustrie, die vor sämtlichen Angriffen abgeschirmt wird. Da wegen der vom BAG gewählten allgemeinen Formulierung nicht nur Bankbedienstete, sondern auch andere Arbeitnehmer betroffen sind, könnte sich angesichts der engen Verflechtung zwischen vielen Unternehmen der Großindustrie die Situation ergeben, daß nur noch diejenige Kritik erlaubt ist, die sich auf kleine und mittlere Unternehmen bezieht, die nicht zur Branche des jeweiligen Arbeitgebers gehören und mit denen dieser auch keine Geschäftsbeziehungen unterhält. Sobald sich die Kritik eines Krupp - Arbeiters beispielsweise auf die Metallindustriellen, mit diesen zusammenarbeitende chemische Betriebe oder Kredit gewährende Großbanken beziehen würde, könnte ihm ordentlich gekündigt werden. Praktisch würde dies seine aktive Einschaltung etwa in den Wahlkampf der SPD aufs äußerste erschweren, da er jede zu verteilende Broschüre erst darauf hin durchsehen müßte, ob sie Angriffe gegen die bezeichneten Unternehmensgruppen enthält.

Unter dem Gesichtspunkt der Chancengleichheit der Parteien wäre diese Folge dann nicht zu beanstanden, wenn die Mitglieder von Parteien, "die kapitalkräftige Kreise stärker ansprechen", bei Angriffen auf Interessen der Arbeitnehmerschaft, einzelner Arbeitnehmergruppen oder einzelner Arbeitnehmerindividuen ähnliche Sanktionen riskieren würden. Dies ist jedoch ersichtlich nicht der Fall.

Das einzig mögliche Gegen - Mittel ist die von Arbeitnehmern ausgesprochene Kündigung, die jedoch nur äußerlich vergleichbar ist: Während die Entlassung eines einzelnen Arbeitnehmers für den Arbeitgeber meist mit keinerlei Nachteilen verbunden ist, muß ein kündigender Arbeitnehmer seinen bisherigen Lebensmittelpunkt aufgeben und hat in vielen Fällen große Mühe, einen gleichwertigen Arbeitsplatz zu finden¹⁴⁹⁾. Diese "strukturelle" Unterlegenheit hat dazu geführt, daß der Gesetzgeber durch das KSchG und die Einführung längerer Kündigungsfristen einseitig die vom Arbeitgeber ausgehende Kündigung beschränkte und damit das "Ungleichgewicht" anerkannte. Die Kündigungsmöglichkeit der Arbeitnehmer stellt damit kein ausreichendes Äquivalent dar, so daß die Chancengleichheit der Parteien durch den vom BAG angenommenen Rechtssatz eindeutig verletzt ist. Auch aus diesem Grund kann die angefochtene Entscheidung daher keinen Bestand haben.

4. Die vom BAG behauptete Pflicht zur Wahrung von Arbeitgeberinteressen steht schließlich in Widerspruch zu der von Art.9 Abs.3 GG vorgenommenen Anerkennung des Koalitionsgegensatzes. Seinem unbestrittenen historischen Sinn nach, der auch vom BVerfG verschiedentlich als Auslegungskriterium herangezogen wurde¹⁵⁰⁾, stellt das Grundrecht der Koalitionsfreiheit ein Gegenrecht zur Neutralisierung der Übermacht der Eigentümer an Produktionsmitteln dar. Der Koalitionsgegensatz ist ebenso wie die der Herstellung einer sinnvollen Ordnung des Arbeitslebens¹⁵¹⁾ dienende Koalitionsvereinigung¹⁵²⁾ notwendiger Bestandteil der vom Grundgesetz in Umrissen fixierten Arbeitsverfassung. Die Rechtsordnung muß deshalb den Koalitionen die Möglichkeit geben, durch spezifisch koalitions-

mäßige Betätigung die in Art. 9 Abs.3 GG genannten Zwecke zu verfolgen, nämlich die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen ihrer Mitglieder zu wahren und zu fördern¹⁵³⁾. Dazu gehört nicht nur das Recht zum Abschluß von Tarifverträgen¹⁵⁴⁾, sondern auch die Befugnis des einzelnen Arbeitnehmers, an der Tätigkeit seiner Koalition aktiv teilzunehmen¹⁵⁵⁾, sich insoweit also in einer den Interessen seines Arbeitgebers entgegengesetzten Weise zu betätigen. Ist das der Fall, so wäre es ein Widerspruch zu dem von der Verfassung Gewollten, wenn das Arbeitsverhältnis aller kontradiktorischen Elemente entkleidet und zu einem Gemeinschaftsverhältnis gemacht würde. Wollte man diesen Zustand auf die Dauer beibehalten, so würde damit der Arbeitnehmer in einen Rollenkonflikt hineingezwungen: Im allgemeinen müßte er die Interessen des Arbeitgebers wahren, während er im Rahmen gewerkschaftlicher Betätigung gerade diesen Interessen aufs entschuldigendste zuwiderhandeln könnte, ja seiner Organisation gegenüber zu einer derartigen Zuwiderhandlung sogar ausdrücklich verpflichtet wäre. Am deutlichsten tritt diese Widersprüchlichkeit beim Arbeitskampf in Erscheinung, wo es zu sehr vielen nachhaltigeren Beeinträchtigungen der Arbeitgebersphäre kommen kann als sie bei den allermeisten Treupflichtverletzungen zu befürchten sind¹⁵⁶⁾. Mit Rücksicht auf den Vorrang der Verfassung muß daher auch das Arbeitsverhältnis eine kontradiktorische Ausgestaltung erfahren; es muß den Interessengegensatz, nicht die angebliche Interesseneinheit in den Mittelpunkt stellen. Daraus folgt freilich ebensowenig wie bei der Tarifautonomie eine konkrete Anweisung an den Gesetzgeber zur Schaffung eines bestimmten Individualarbeitsrechts; notwendig ist

lediglich, daß er dem Gebot der kontradiktorischen Ausgestaltung Rechnung trägt, ohne deshalb auf einen bestimmten Umfang von Nebenpflichten oder eine konkrete Form des Persönlichkeitsschutzes und der Arbeitsplatzsicherung festgelegt zu sein. Im vorliegenden Zusammenhang genügt freilich die Feststellung, daß jedenfalls die vom BAG angenommene "Grundregel" der Wahrung von Arbeitgeberinteressen gegen Art. 9 Abs.3 GG verstößt und auch deshalb nicht zur Einschränkung der Meinungsfreiheit herangezogen werden kann.

VII. Das angefochtene Urteil beruht auch auf den hier dargelegten Verfassungsverletzungen¹⁵⁷⁾. Nach der vom BVerfG nicht nachzuprüfenden Auslegung des einfachen Rechts kam es für die Entscheidung über die Kündigungsschutzklage darauf an, welcher Schutzzumfang dem Grundrecht aus Art.5 Abs.1 GG zukam. Da das BAG offensichtlich nicht von einer totalen Kündigungsfreiheit vor Eingreifen des KSchG ausging, hätte es anders entscheiden müssen, wenn es die hier vorgetragenen verfassungsrechtlichen Gesichtspunkte ausreichend berücksichtigt und die Tragweite des Art.5 Abs.1 GG zutreffend bestimmt hätte. Dabei kam es nicht darauf an, daß das BAG im Gegensatz zur bisherigen Rechtsprechung des BVerfG von einer unmittelbaren Drittwirkung ausging; auch wenn man nur eine mittelbare Einwirkung über die zivilrechtlichen Generalklauseln der §§ 138, 242 BGB annimmt, ändert sich im Ergebnis nichts, da infolge einer unrichtigen Bestimmung der "allgemeinen Gesetze" nach Art.5 Abs.2 GG die Ausstrahlungswirkung des Grundrechts der freien Meinungsäußerung nicht zutreffend erkannt werden konnte. Art.5 Abs.1 GG ist daher auch in diesem Fall verletzt, da zu Unrecht vom Erfordernis eines formellen Gesetzes in Art.5 Abs.2 GG abgesehen wurde

(1), da auch kein entsprechendes Gewohnheitsrecht festgestellt werden konnte (2), da die Regeln zur Ausbildung einer "Rechtsprechungsnorm" nicht eingehalten wurden (3), da die behauptete Begrenzung der Meinungsfreiheit nicht im Lichte des Art.5 Abs.1 interpretiert wurde (4), da das BAG die Durchsetzung und Bekämpfung von Meinungen mit wirtschaftlichen Druckmitteln ermöglichte (5) und da die behauptete "Grundregel über das Arbeitsverhältnis" gegen den Grundsatz der Chancengleichheit der Parteien (6) und das aus Art.9 Abs.3 GG folgende Gebot der kontradiktorischen Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses verstieß (7).

D.) Das angefochtene Urteil kann auch deshalb keinen Bestand haben, weil es die Bekenntnisfreiheit des Beschwerdeführers nach Art.4 Abs.1 GG verletzt.

I. Art.4 Abs.1 GG gewährleistet nach der Rechtsprechung des BVerfG ¹⁵⁸⁾ dem einzelnen einen Rechtsraum, in dem er sich die Lebensform zu geben vermag, die seiner Überzeugung entspricht, mag es sich dabei um ein religiöses Bekenntnis oder eine irreligiöse - religionsfeindliche oder religionsfreie - Weltanschauung handeln. Die so bestimmte Glaubensfreiheit erlaube nicht nur auszusprechen und auch zu verschweigen, daß und was man glaubt oder nicht glaubt. Dem Sinne dieser im Grundgesetz getroffenen politischen Entscheidung entspreche es vielmehr, die Glaubensfreiheit auch auf die Werbung für den eigenen Glauben wie für die Abwerbung von einem fremden Glauben zu erstrecken ¹⁵⁹⁾. Das in Art.4 Abs.1 und 2 GG gewährleistete Grundrecht sichere nicht nur die innere Freiheit, einen Glauben zu bekennen, zu verschweigen, sich von dem bisherigen Glauben loszusagen und einem anderen Glauben zuzuwenden, sondern ebenso die Freiheit des kultischen Handelns, des Werbens, der Propaganda ¹⁶⁰⁾. Darüber hinaus wird ihm auch das Recht eingeräumt, sein gesamtes Verhalten an den Lehren seines Glaubens auszurichten und seiner inneren Glaubensüberzeugung gemäß zu handeln ¹⁶¹⁾. Bei der Würdigung dessen, was im Einzelfall als Ausübung von Religion und Weltanschauung zu betrachten sei, dürfe das Selbstverständnis der Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften nicht außer Betracht bleiben. Danach umfasse die Religionsausübung sowohl bei der Katholischen wie bei der Evangelischen Kirche nicht nur

den Bereich des Glaubens und des Gottesdienstes, sondern auch die Freiheit zur Entfaltung und Wirksamkeit in der Welt ¹⁶²⁾. Dazu gehöre insbesondere die karitative Tätigkeit, so daß sich eine von einer katholischen Landjugendvereinigung durchgeführte Altmaterialsammmlung sowie die Werbung hierfür durch eine Kanzelankündigung in den katholischen Kirchen im Rahmen des Art.4 Abs.2 GG gehalten habe und nicht als Verstoß gegen § 1 UWG gewertet werden konnte ¹⁶³⁾.

Über die Grenzen des in Art.4 Abs.1 und 2 GG garantierten Grundrechts heißt es in der Entscheidung vom 11.4.1972 ¹⁶⁴⁾:

"Das vom Grundgesetz gewährleistete Recht der Glaubensfreiheit wird weder durch die allgemeine Rechtsordnung noch durch eine unbestimmte Güterabwägungsklausel relativiert. Seine Grenzen dürfen nur von der Verfassung selbst, d.h. nach Maßgabe der grundgesetzlichen Wertordnung und unter Berücksichtigung der Einheit dieses grundlegenden Wertsystems gezogen werden. Insbesondere schließt die enge Beziehung der Glaubensfreiheit zur Menschenwürde als dem obersten Wert im System der Grundrechte es aus, Betätigungen und Verhaltensweisen, die aus einer bestimmten Glaubenshaltung fließen, ohne weiteres den Sanktionen zu unterwerfen, die der Staat für ein solches Verhalten - unabhängig von seiner glaubensmäßigen Motivierung - vorsieht." Der gesteigerte Schutz komme auch der vereinzelt auftretenden Glaubensüberzeugung zu, die von den Lehren der Kirchen und Religionsgesellschaften abweiche; auch Außenseitern und Sektierern sei die ungestörte Entfaltung ihrer Persönlichkeit gemäß ihren subjektiven Glaubensüberzeugungen gestattet, "solange sie nicht in Widerspruch zu anderen Wertent-

scheidungen der Verfassung geraten und aus ihrem Verhalten deshalb fühlbare Beeinträchtigungen für das Gemeinwesen oder die Grundrechte anderer erwachsen" ¹⁶⁵).

II. Art. 4 Abs.1 GG kann im vorliegenden Fall nur eingreifen, wenn Weltanschauungen den gleichen oder einen ähnlichen Schutz wie Glaubensüberzeugungen genießen (1), wenn der Marxismus als "Weltanschauung" zu qualifizieren ist (2), wenn der Inhalt des verteilten Extrablatts auf dieser Weltanschauung beruhte (3) und wenn schließlich die immanenten Grenzen des Art.4 Abs.1 GG nicht überschritten wurden (4).

1. Unbestritten und nach dem Wortlaut des Art.4 Abs.1 auch schwerlich bestreitbar ist die Erstreckung des Grundrechtsschutzes auf ein a - religiöses weltanschauliches Bekenntnis ¹⁶⁶). Dieses ist seinerseits auch nicht "negativ" durch die vorhandenen Religionen geprägt, sondern existiert völlig unabhängig von ihnen. Notwendig ist allenfalls, daß die betr. Weltanschauung eine ähnliche Geschlossenheit und Breite wie die im abendländischen Kulturkreis bekannten Religionen aufweist ¹⁶⁷).

Welche Handlungsweisen sich durch die Berufung auf eine Weltanschauung rechtfertigen lassen, ist in der Rechtsprechung des BVerfG nicht abschließend entschieden. Fest steht bisher nur, daß das "Bekennen" einer Weltanschauung wie auch das Werben für sie in den Schutzbereich des Art.4 Abs.1 und 2 GG fällt ¹⁶⁸); ob darüber hinaus auch hier der Grundsatz gilt, daß Sanktionen nicht ohne weiteres verhängt werden dürfen, wenn sie an sich nur ein nicht weltanschaulich motiviertes Handeln betreffen, ist noch

nicht mit letzter Sicherheit geklärt, doch spricht die völlige Gleichbehandlung des weltanschaulichen mit dem religiösen Bekenntnis in Art. 4 Abs.1 für eine Bejahung dieser Frage.

2. Der Marxismus stellt eine Weltanschauung i.S. des Art.4 Abs.1 dar. Dies entspricht nicht nur Stellungnahmen in der Literatur ¹⁶⁹⁾, sondern liegt auch der Entscheidung des BVerG vom 12.2.1969 zugrunde ¹⁷⁰⁾. Dort war es um die Verfassungsmäßigkeit der Bestrafung wegen Beteiligung an einer kriminellen Vereinigung (§ 129 StGB n.F.) gegangen, die unter Berufung auf Art. 3 Abs.3 und Art.4 Abs.1 GG in Zweifel gezogen worden war. Eine Verletzung beider Vorschriften wurde vom BVerfG verneint: "Die Strafbarkeit nach § 129 StGB wird nicht wegen einer bestimmten politischen Anschauung bejaht, auch wird nicht die weltanschauliche Überzeugung als solche, sondern die Beeinträchtigung erheblicher Gemeinschaftswerte und Rechtsgüter für strafbar gehalten" ¹⁷¹⁾. Aus dieser Formulierung wurde mit Recht der Schluß gezogen, der (theoretische) Marxismus sei damit implizit als Weltanschauung anerkannt worden ¹⁷²⁾, da andernfalls Art.4 Abs.1 GG schon von seinem Tatbestand her ausgeschlossen worden und kein Rückgriff auf die Grenze der "Beeinträchtigung erheblicher Gemeinschaftswerte und Rechtsgüter" erforderlich gewesen wäre. An der sachlichen Berechtigung dieser Ansicht besteht kein Zweifel; seinem Selbstverständnis nach versucht der Marxismus, die Entwicklungsgesetze in Natur und Gesellschaft aufzuzeigen sowie eine Anleitung zum Handeln für prinzipiell alle Lebensbereiche zu geben; jede Beschränkung auf einzelne Erscheinungen und Teilaspekte ist ihm fremd.

3. Das verteilte Extrablatt war Ausdruck der marxistischen Weltanschauung, da es ohne sie weder in der Form noch im Inhalt zustandegekommen wäre. Zwar enthält es nur sehr wenige abstrakt-theoretische Aussagen zur Analyse der gegenwärtigen Gesellschaft und legt den Akzent deutlich auf die Beschreibung einzelner Mißstände und ihrer Bekämpfung; damit wird jedoch nur ein Grundsatz der marxistischen Weltanschauung realisiert, die die konkrete gesellschaftliche Realität zum Ausgangspunkt der Erkenntnis wie der praktischen Veränderung macht und sich gerade nicht auf theoretische Konstruktionen beschränkt.

Wie weit die Freiheit des "weltanschauungskonformen" Verhaltens reicht, kann gerade bei Weltanschauungen, die auf gesellschaftliche Veränderungen abzielen, zweifelhaft sein. Während bei überkommenen Religionsgesellschaften das "Wirken in der Welt" sich auf bestimmte Verhaltensformen wie karitative Tätigkeit, aber auch Hirtenbriefe, Denkschriften und politische Erklärungen beschränkt, ist bei Weltanschauungsgemeinschaften eine größere Vielfalt denkbar. Ob dies die Konstruktion neuer Grundrechtsschranken erforderlich machen könnte, kann hier freilich dahinstehen, da die Verteilung einer schriftlichen Meinungsäußerung in den unbezweifelbaren Bereich dessen gehört, was man gemeinhin als "Werbung für ein Bekenntnis" ansieht. Die in der Übergabe des Blattes liegende konkludente Aufforderung, sich mit dem Inhalt zu solidarisieren, ihn sich ganz oder teilweise zu eigen zu machen und daraus evtl. auch Konsequenzen bei der Wahl oder einem künftigen Parteibeitritt zu ziehen, stellt nichts anderes als einen Akt der Werbung für

die in der Publikation zum Ausdruck kommende Weltanschauung dar. Insofern können weitere Erörterungen über die von Art.4 Abs.1 GG geschützten Handlungsformen ausscheiden; die hier zu beurteilende Verhaltensweise entfernt sich weniger weit von dem weltanschaulichen bzw. religiösen "Hintergrund" als die vom BVerfG unter Art.4 GG subsumierte Altmaterialiensammlung der katholischen Landjugend.

4. Immanente Grenzen des Art.4, die insbesondere in der Wahrung höherrangiger Verfassungsgüter liegen könnten, sind nicht verletzt. Insoweit ist auf die Ausführungen zu Art.5 Abs.2 GG zu verweisen ¹⁷³⁾, die hier umso eher Gültigkeit besitzen, als das Grundrecht aus Art.4 Abs.1 GG im Rang höher als das in Art.5 Abs.1 GG gewährleistete steht und deshalb auch gewichtigere Rechtsgüter verletzt sein müßten, um Art.4 Abs.1 im Einzelfall zurücktreten zu lassen. Da hierfür nichts ersichtlich ist, stellt die vom BAG angenommene Verpflichtung zur Wahrung des Arbeitgeberinteresses und das daraus abgeleitete Verbot von Angriffen auf den Arbeitgeber oder seine Branche einen unzulässigen Eingriff in das Grundrecht aus Art.4 Abs.1 GG dar. Die darauf gestützte Kündigung ist deshalb verfassungswidrig. Auch hier kommt es wiederum nicht auf die Stellungnahme zur Drittwirkungsproblematik an: Geht man mit dem BAG von einer unmittelbaren Drittwirkung aus, so wäre die Kündigung ein direkter Grundrechtseingriff, da sich der Beschwerdeführer in dem durch Art.4 Abs.1 GG geschützten Bereich bewegte. Unterstellt man mit der bisherigen Rechtsprechung des BVerfG eine Einwirkung über die zivilrechtlichen Generalklauseln, so wäre die Ausstrahlungswirkung des Art.4 Abs.1 GG falsch bestimmt,

da ihm eine in Wahrheit nicht bestehende Schranke beigefügt worden wäre, ohne die das Gericht zu einem gegenteiligen Ergebnis hätte kommen müssen.

E.) Das angefochtene Urteil verstößt außerdem gegen das aus Art.3 GG folgende Recht auf gleiche Teilhabe an der politischen Willensbildung.

- I. In den drei Instanzen des arbeitsgerichtlichen Verfahrens wurde der Gleichheitssatz ausschließlich unter dem Aspekt einer durch Art.3 Abs.3 verbotenen Diskriminierung wegen politischer Anschauungen erörtert. Dies lag umso näher, als die Frage der Drittwirkung hier unproblematisch erschien, hat doch das BVerfG den Grundsatz ausgesprochen, das in Art.3 Abs.1 und 3 GG niedergelegte Willkürverbot gelte für alle Bereiche des Rechts¹⁷⁴⁾. Mit der vorliegenden Verfassungsbeschwerde kann dieser Gesichtspunkt jedoch nicht weiterverfolgt werden, da das LAG feststellte, dem Beschwerdeführer sei wegen seiner Betätigung, dem Verteilen des Extrablatts, nicht aber wegen seiner politischen Anschauungen gekündigt worden. Diese Tatsachenwürdigung, die für das BVerfG bindend ist, wurde auch vom BAG jedenfalls im Ergebnis nicht angezweifelt, sondern lediglich durch die hypothetische Erwägung untermauert, wenn die politische Anschauung einer unter mehreren Kündigungsgründen gewesen wäre, hätte dies am Ergebnis nichts geändert. Da die Betätigung als solche durch Art.3 Abs.3 nicht geschützt ist - was der Wortlaut, aber auch das Eingreifen anderer Vorschriften wie Art. 5 Abs.1, 9 Abs.1 und 21 GG deutlich macht - liegt insoweit kein Verfassungsverstoß vor.
- II. Der Gleichheitssatz ist jedoch im vorliegenden Fall unter einem anderen Aspekt relevant.

In der oben zitierten Entscheidung zur steuerlichen Absetzbarkeit von Parteispenden¹⁷⁵⁾ wurde ausgeführt, daß die damals geltende

Regelung nicht nur den Grundsatz der Chancengleichheit der Parteien, sondern auch das von der Verfassung geschützte Recht des Einzelnen auf Teilhabe an der politischen Willensbildung verletzt¹⁷⁶⁾. Auch im Vorfeld politischer Willensbildung müsse das Grundrecht aus Art. 3 streng formal verstanden werden; eine Privilegierung finanziell leistungsfähiger Bürger lasse sich daher nicht mit dem Grundgesetz vereinbaren. Neben dem Diskriminierungsverbot in Bezug auf Parteien als solche war dies der zweite Grund, weshalb dem Antrag der hessischen Landesregierung auf Nichtigerklärung des § 49 Ziff. 142 EStDV stattgegeben wurde. Ähnliche Ausführungen finden sich in dem ebenfalls herangezogenen Binkfuer -Urteil¹⁷⁷⁾. Dort wird im Anschluß an die Feststellung, die Freiheit der geistigen Auseinandersetzung sei eine unabdingbare Voraussetzung für das Funktionieren der freiheitlichen Demokratie, betont: " Die Ausübung wirtschaftlichen Druckes, der für den Betroffenen schwere Nachteile bewirkt und das Ziel verfolgt, die verfassungsrechtlich gewährleistete Verbreitung von Meinungen und Nachrichten zu verhindern, verletzt die Gleichheit der Chancen beim Prozeß der Meinungsbildung" ¹⁷⁸⁾.

Dieses dem einzelnen Bürger zustehende und mangels anderer Anhaltspunkte in Art.3 GG zu lokalisierende Recht ist im vorliegenden Fall verletzt: Wie schon im Zusammenhang mit dem Grundsatz der Chancengleichheit der Parteien ausgeführt ¹⁷⁹⁾, begünstigt ein wegen politischer Betätigung gewährtes Kündigungsrecht einseitig diejenigen Parteien, deren Programm kapitalkräftige Kreise eher anspricht, und benachteiligt damit die mit entgegengesetztem Programm auftretenden. Was für die Parteien als ganze gilt, muß erst recht für einen einzelnen Arbeitnehmer Geltung

beanspruchen können, der von einer Kündigung bedroht ist:

Sein Recht auf Teilhabe am politischen Meinungskampf wird im Vergleich zu den Möglichkeiten, die einem Selbständigen und erst recht einem Unternehmer zustehen, entscheidend eingeschränkt.

Seine an sich schon geringeren Chancen werden durch die vom BAG angenommene Regelung noch weiter verschlechtert, da das Risiko der Kündigung im Normalfall jedes Engagement gegen Arbeitgeberinteressen verhindern wird. Die angefochtene Entscheidung verstößt daher auch gegen Art.3 GG.

F.) Eine Verletzung der Grundrechte aus Art.1 und Art.2 Abs.1 GG kann nur hilfsweise gerügt werden, da die Art.5 Abs.1 GG und Art.4 Abs.1 GG als Spezialnormen vorgehen¹⁸⁰⁾. Käme man wider Erwarten zu einem anderen Ergebnis, so müßte sich die Prüfung auf ähnliche Erwägungen wie die im Zusammenhang mit Art.5 und Art.4 GG angestellten erstrecken. Da Art.2 Abs.1 GG die allgemeine Handlungsfreiheit schützt¹⁸¹⁾, ist dieses Grundrecht immer dann verletzt, wenn eine seinen Wirkungsbereich einschränkende Norm gegen sonstiges Verfassungsrecht verstößt. Auch in diesem Zusammenhang kommt es daher darauf an, ob die Pflicht zur Wahrung der Arbeitgeberinteressen auch im Rahmen politischer Betätigung als zulässige Rechtsprechungsnorm überhaupt existiert, ob nicht die Durchsetzung von Meinungsäußerungen mit Hilfe von wirtschaftlichem Druck legalisiert wurde, ob der Grundsatz der Chancengleichheit der Parteien gewahrt und dem kontradiktorischen Charakter des Arbeitsverhältnisses Rechnung getragen wurde¹⁸²⁾. Daneben wäre noch an einen Verstoß gegen die Pressefreiheit wegen Behinderung der Verteilung eines Presseerzeugnisses¹⁸³⁾ sowie an eine Verletzung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu denken, der auch den Arbeitgeber im Verhältnis zum Arbeitnehmer bindet¹⁸⁴⁾. Wegen der zahlreichen anderen Verfassungsverstöße bedarf dies hier jedoch keiner weiteren Vertiefung.

G.) Wegen der gerügten Verfassungsverstöße war die Entscheidung des BAG aufzuheben. Das BVerfG ist jedoch nicht in der Lage, von sich aus der Klage stattzugeben und das Fortbestehen des Arbeitsverhältnisses festzustellen; auch über die Kosten hat die Arbeitsgerichtsbarkeit zu entscheiden. Nach § 95 Abs.2 BVerfGG ist die Sache daher an das BAG zurückzuverweisen.

Anmerkungen:

- 1.) DB 1972, 2356 = JuS 1973, 190 = JZ 1973, 375 = AuR 1973, 218
= KJ 1972, 409 ff. = NJW 1973, 77
- 2.) KJ 1972, 424 ff.
- 3.) AuR 1973, 220 ff.
- 4.) JZ 1973, 377 ff.
- 5.) Die bei den Auseinandersetzungen im bayrischen Wahlkampf angeschlagene polemische Tonart wird in einigen (unwidersprochenen) Äußerungen von Franz Josef Strauß sowie in Publikationen des Bayern-Kuriers deutlich (vgl. Roth-Matthäus-Lasse-Has, Schwarzbuch, Köln 1972, S. 78, 105, 107, 109, 112/113) .
- 6.) S. die Nachweise bei Leibholz-Rupprecht, BVerfGG, Rechtsprechungskommentar, Köln 1968 § 90 Rn 53.
- 7.) Vgl. Maunz-Dürig -Herzog, Kommentar zum GG, 1958 ff. Art. 5
Rn 160: "Jeder im Pressewesen produktiv Tätige" .
- 8.) BVerfGE 10, 118, 121
- 9.) Ebenso im Ergebnis Rebe, Die Träger der Pressefreiheit nach dem GG, Berlin 1969, S. 52
- 10.) BVerfGE 1, 97, 104
- 11.) Leisner, Grundrechte und Privatrecht, München und Berlin 1960,
S. 3 ff.
- 12.) Vgl. Robert Paul Wolff, Das Elend des Liberalismus, 2. Aufl.,
Frankfurt/Main 1969, S. 43 ff.
- 13.) Ballerstedt, Wirtschaftsverfassungsrecht, in: Bettermann-Nipperdey - Scheuner, Handbuch der Grundrechte, Band III/1,
Berlin 1958, S. 59; Enneccerus - Nipperdey, Allgemeiner Teil des
Bürgerlichen Rechts, 15. Aufl., 1. Halbband, Tübingen 1959,
§ 15 II 4 c (S. 96); Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts

der Bundesrepublik Deutschland, 5. Aufl., Karlsruhe 1972,
S. 149; Leisner aaO S. 382; Ramm, Einführung in das Privatrecht,
München und Berlin 1969, S. G 447

- 14.) Näher dazu Däubler, Grundrecht auf Mitbestimmung, Frankfurt/M
1973, S.1 ff.
- 15.) Böker, Das Weisungsrecht des Arbeitgebers, Frankfurt/Main 1971,
S.74; Gamillscheg, Die Grundrechte und das Arbeitsrecht, ACP 164,
408; Hueck - Nipperdey Bd.II/1, § 19 A II (S.373) ; Leisner
aaO S. 336 Fn 117 a; Ramm, Arbeitsgesetzbuch und politische
Entscheidung, ZRP 1972, 15.
- 16.) BAG AP Nr.2 zu § 13 KSchG; AP Nr. 16 zu Art.3 GG; AP Nr.1
zu Art.6 GG.
- 17.) BAG AP Nr. 58 zu § 626 BGB
- 18.) BVerfGE 7, 198, 204
- 19.) Drews - Wacke, Allgemeines Polizeirecht, 7.Aufl., Berlin-Köln
u.a. 1961,S. 137; Hamann - Lenz, Kommentar zum GG, 3.Aufl.,
Neuwied und Berlin 1970, Art.5 Anm.B 10; v.Mangoldt -Klein,
Kommentar zum GG, 2.Aufl., Berlin und Frankfurt/M 1957, Art.5
Anm. IX 3a (S.251); Löffler, Presserecht, 2.Aufl. , München
1968/69, Bd.I Nr.5 Rn 92 und Bd. II § 1 LPG Rn 63; a.A.
(materielles Gesetz) Kemper, Pressefreiheit und Polizei,
Berlin 1964, S. 67 und Schwark, Der Begriff des allgemeinen
Gesetzes in Art. 5 Abs. 2, Berlin 1970, S.80, 132 (unter fälsch-
licher Berufung auf v. Mangoldt - Klein, Drews - Wacke und
Ridder).
- 20.) BVerfGE 7, 198, 208
- 21.) BVerfGE 20, 162, 176

- 22.) Eingehend wiedergegeben bei Schwark S.39 ff.
- 23.) S. die Übersicht bei Starck, Der Gesetzesbegriff des Grundgesetzes, Baden-Baden 1970, S. 32 ff., 34
- 24.) BVerfGE 8, 71, 79; 9, 338, 343
- 25.) Auch Schwark (aaO S.81) gesteht zu, daß die Parallele zu den übrigen Grundrechten für eine Beschränkung auf förmliche Gesetze spricht.
- 26.) S. etwa BVerfGE 7, 198, 208: "Das Grundrecht auf freie Meinungsäußerung ist als unmittelbarster Ausdruck der menschlichen Persönlichkeit in der Gesellschaft eines der vornehmsten Menschenrechte überhaupt"; BVerfGE 20, 56, 97: " Das durch Art.5 GG gewährleistete Recht der freien Meinungsäußerung, Presse, Rundfunk-, Fernseh- und Filmfreiheit sind für eine freiheitliche demokratische Staatsordnung schlechthin konstituierend".
- 27.) Däubler, Der Streik im öffentlichen Dienst, 2.Aufl.,Tübingen 1971, S. 73 ff. mwN.
- 28.) S. die Übersicht bei Leibholz - Rinck, Kommentar zum Grundgesetz, 4.Aufl., Köln 1971, Art.5 Rn 12a - 12 f.
- 29.) Zuletzt BVerfGE 32, 98 ff und 33, 23 ff.
- 30.) BVerfGE 30, 173 ff.; 31, 229 ff; 33, 52 ff.
- 31.) BVerfG NJW 1973, 1226 ff.
- 32.) BAGE 1, 185, 194 ff. = AP Nr. 2 zu § 13 KSchG; BAGE 7, 256, 261= AP Nr.1 zu Art.5 Abs.1 GG Meinungsfreiheit
- 33.) S. die Nachweise bei Soergel - Siebert, BGB, Bd.3, 10.Aufl. Stuttgart-Berlin u.a. 1969, § 823 Rn 55 - 65.

- 34.) BVerfGE 22, 114, 121 bezügl. des Ausschlusses von Verteidigern aus dem Strafprozeß.
- 35.) BVerfGE 9, 109, 117 - Anspruch auf Mitteilung vollständiger Urteilsabschriften.
- 36.) BVerfGE 9, 213, 221. S. weiter BVerfGE 11, 77, 87, wonach eine Frist von knapp 10 Jahren zu kurz ist, "um aus einer - durchaus nicht in bewußter Auseinandersetzung mit der Bedeutung des Art. 80 Abs.1 Satz 1 GG entstandenen - Übung auf eine Fixierung des Inhalts jener grundgesetzlichen Vorschrift zu schließen".
- 37.) Ähnlich BVerfGE 15, 226, 233 für die Entwicklung eines neuen Ausschlußgrundes gegen einen Verteidiger aus einem allgemeinen Obersatz.
- 38.) Franz Neumann RdA 1951, 2.
- 39.) Der "personenrechtliche Charakter" des Arbeitsverhältnisses, RdA 1960, 5 ff.
- 40.) Hueck - Nipperdey Bd.I § 22 Fn 7 (S.116); Siebert RdA 1958, 366.
- 41.) Farthmann RdA 1960,9.
- 42.) Fürsorgetheorie und Entgelttheorie im Recht der Arbeitsbedingungen, Heidelberg 1970.
- 43.) Leistungsstörungen im Arbeitsverhältnis, Tübingen 1970, S. 23 ff.
- 44.) Schwerdtner S. 30 ff. 43 ff., 56; Fabricius S.24
- 45.) Vgl. selbst Wiedemann, Das Arbeitsverhältnis als Austausch- und Gemeinschaftsverhältnis, Karlsruhe 1966, S. 26 f.

- 46.) Schwerdtner S. 66 ff.
- 47.) Arbeitsrecht, 3.Aufl. Stuttgart-Berlin u.a. 1973, S. 209 ff.
- 48.) Arbeitsrecht, 2. Aufl. Frankfurt/Main 1973, E 10
- 49.) AuR 1971, 321 ff., 323
- 50.) Bemerkungen zum Verhältnis von Arbeits- und Unternehmensrecht, in: Festschrift für Wolfgang Schilling, Berlin 1973, S.333 ff.
- 51.) Ballerstedt, Privatrecht und Politik in: Recht und Rechtsleben in der sozialen Demokratie, Festgabe für Otto Kunze zum 65. Geburtstag, Berlin 1969, S. 47 ff., Wolfgang Blomeyer, Die rechtliche Bewertung des Betriebsfriedens im Individualarbeits- und Betriebsverfassungsrecht, ZfA 1972, 98 ff.; Conrad, Freiheitsrechte und Arbeitsverfassung, Berlin 1965, S.32 ff.; Ramm, die Anfechtung des Arbeitsvertrages, Karlsruhe 1955, S.18 ff.; Schnorr v.Carolsfeld, Arbeitsrecht, 2.Aufl., Göttingen 1954, S.161; Simitis, Faktische Vertragsverhältnisse, Frankfurt/Main 1957, S. 386 f. Kritisch auch Mayer-Maly, Arbeitsrecht und Privatrechtsordnung, JZ 1961, 208. Weitere Nachweise bei Schwerdtner S.17 Fn 17. Zur herrschenden Meinung s. insb. Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht, 7.Aufl. Bd.I, Berlin und Frankfurt/Main 1963, § 22 (S.128 ff.) ; Nikisch, Arbeitsrecht, Bd. I, 3.Aufl. Tübingen 1961, S. 7 ff., 31 ff., 162 ff.; Wiedemann aaO S. 25 ff., 67 ff. Weitere Nachweise bei Schwerdtner S. 16 Fn 17.
- 52.) So insbes. Schwerdtner S.96 ff.
- 53.) Verpflichtung zur Erbringung der individuell möglichen, nicht nur der Normalleistung: BAG AP Nr. 27 zu § 123 GewO; Verpflichtung zur Überwachung anderer : BAG AP Nr. 5 § 611

BGB Treupflicht; Pflicht zur Geheimhaltung : BAG AP Nr.1 und 3
zu § 611 BGB Schweigepflicht; Pflicht zur Unterlassung von
Wettbewerb: BAG AP Nr. 7 zu § 611 BGB Treupflicht und BAG AP
Nr. 109 zu § 242 BGB Ruhegehalt; Vermeidung von Straftaten:
BAG AP Nr. 1 zu § 1 KSchG verhaltensbedingte Kündigung.

- 54.) Hueck - Nipperdey - Dietz, Kommentar zum AOG, 3.Aufl., München
und Berlin 1939, § 2 Rn 17 ff.
- 55.) Vgl. BVerfGE 3, 58, 98 ff.
- 56.) S. den Überblick über die Rechtsprechung bei Lepke, Zur
politischen Meinungsäußerung und Betätigung des Arbeitnehmers,
DB 1968, 1991.
- 57.) BVerfGE 7, 342 ff.
- 58.) BVerfGE 7, 342, 348.
- 59.) BVerfGE 7, 342, 352.
- 60.) BVerfGE 7, 342, 349/350.
- 61.) S. die Nacheise oben Fn 38 - 51.
- 62.) BVerfGE 3, 225, 243, bestätigt in BVerfGE 13, 153, 164.
- 63.) BVerfGE 25, 167, 183.
- 64.) BVerfGE 18, 224, 240.
- 65.) BVerfGE 18, 224, 237, 238.
- 66.) BVerfGE 15, 226, 233.
- 67.) BVerfGE 15, 226, 233, 234.
- 68.) BVerfGE 22, 114, 122.
- 69.) BVerfG NJW 1973, 1221 ff.
- 70.) BVerfG NJW 1973, 1223 r.Sp.
- 71.) BVerfG NJW 1973, 1225 li.Sp.
- 72.) BVerfG NJW 1973, 1226.

- 73.) BAGE 1, 185, 194 ff. = AP Nr. 2 zu § 13 KSchG.
- 74.) BAGE 7, 256, 261 = AP Nr. 1 zu Art.5 Abs.1 GG Meinungsfreiheit.
- 75.) BAGE 2, 246 ff.
- 76.) BAG AP Nr. 57 zu § 626 BGB.
- 77.) BAG AP Nr. 58 zu § 626 BGB.
- 78.) BAG AP Nr. 83 zu § 1 KSchG.
- 79.) Mitgeteilt bei Lepke DB 1968, 1991.
- 80.) Lepke DB 1968, 2037.
- 81.) BAGE 1, 185, 186.
- 82.) BAGE 1, 185, 194.
- 83.) Vgl. Podlech, Wertungen und Werte im Recht, AÖR 95, 185 ff.
- 84.) BAGE 7, 256.
- 85.) BAGE 7, 256, 261.
- 86.) BAG AP Nr.2 zu § 125 BGB.
- 87.) BAG AP Nr.2 zu § 616 BGB.
- 88.) BAG AP Nr. 2 zu § 611 BGB Beschäftigungspflicht.
- 89.) BAG AP Nr.1 zu § 615 BGB Betriebsrisiko.
- 90.) NJW 1973, 1221 ff.
- 91.) Zu den rechtspolitischen Grundlagen der Arbeitskampf-Entscheidungen des BAG vom 21.April und 26. Oktober 1971, GMH 1972, 289.
- 92.) Fitting - Auffarth, Kommentar zum BetrVG, 10.Aufl., München 1972, § 81 Rn 1.
- 93.) RdA 1951, 1 ff.
- 94.) RdA 1960, 5 ff.
- 95.) S. 96 ff., 168 ff.
- 96.) S.oben Fn 1 - 5
- 97.) S. die Nachweise oben Fn 38 - 51

- 98.) Zur Rechtslage im 19. Jahrhundert s. insb. Bernert, Arbeitsverhältnisse im 19. Jahrhundert, Marburg 1972, S. 175 ff.; zur Weimarer Zeit Fenn AuR 1971, 322; Schwerdtner S. 29; zum 3. Reich Schwerdtner S.30 ff; Hueck-Nipperdey-Dietz, Kommentar zum AOG, § 2 Rn 15 ff.
- 99.) Vgl. Unterseher, Arbeitsvertrag und innerbetriebliche Herrschaft, Frankfurt/Main 1969, S.36 ff.
- 100.) Zum antitotalitären Charakter des Grundgesetzes vgl. insb. BVerfGE 2,1, 12; 5, 85, 122; 6, 309, 361; 8, 71, 78; Dürig, Die Menschenauffassung des Grundgesetzes, JR 1952, 259; ders. in: Dürig - Evers, Zur verfassungsändernden Beschränkung des Post- Telefon- und Fernmeldegeheimnisses, Bad Homburg-Berlin - Zürich 1969, S.26; Evers in: Dürig - Evers aaO S.55; Hamann - Lenz Einf. C 1; Maihofer, Rechtsstaat und menschliche Würde, Frankfurt/Main 1968, S.10; Gerhard Müller, Drittwirkung von Grundrechten und Sozialstaatsprinzip, RdA 1964, 125; v.Mangoldt - Klein Art.1 Anm. II 3 b; Ramm, Der Arbeitskampf und die Gesellschaftsordnung des Grundgesetzes, Stuttgart 1965, S.71 ff.; Ridder, Zur verfassungsrechtlichen Stellung der Gewerkschaften im Sozialstaat nach dem GG für die BRD, Stuttgart 1960, S.5; Rinken, Das Öffentliche als verfassungstheoretisches Problem, Berlin 1971, S.242; Stuby, Disziplinierung der Wissenschaft, Frankfurt/Main 1970, S. 133 ff.; Wertenbruch, Grundgesetz und Menschenwürde, Köln - Berlin 1958, S.20.
- 101,) S. die Nachweise in BVerfG NJW 1973, 1225 r.Sp.
- 102.) Zur Rechtslage in Spanien s. Perez Botija, Derecho del trabajo.

- Sexta Edición, Madrid 1962, S.180 ff. (No. 128 ff.)
- 103.) Nachweise bei Mayer-Maly, Österreichisches Arbeitsrecht,
Wien - New York 1970, S.76 .
- 104.) Streik und Aussperrung als Mittel des Arbeitskampfes,
Wien - New - York 1965, S.324.
- 105.) S. die Nachweise bei Floretta - Strasser, Kommentar zum Betriebs-
rätegesetz, Wien 1973, § 18 Anm. G III d.
- 106.) S. M. Rehbinder, Grundriß des schweizerischen Arbeitsrechts,
Bern 1972, S. 34.
- 107.) Hepple and O' Higgins, Individual Employment Law, London 1971,
S. 67 ff.; vgl. weiter Wedderburn, The Worker and the Law,
Second Edition, 1971, S. 75 ff.
- 108.) Hepple and O'Higgins, S. 68/69.
- 109.) S. Daum, die besondere Struktur des Einzelarbeitsverhältnisses
im italienischen Recht, Diss. Frankfurt 1970, S. 109 ff, 122
mit eingehenden Nachweisen.
- 110.) Camerlynck/Lyon-Caen, Droit du travail, 5^e édition, Paris 1972,
S. 114 ff. (No. 106 ff.).
- 111.) Vergleichbar etwa dem in BVerfGE 3, 225, 244 genannten inter-
nationalen Schuldrecht.
- 112.) Mayer Maly, Das Verhältnis der richterlichen Rechtsfortbildung
zur arbeitsrechtlichen Gesetzgebung, RdA 1970, 292
- 113.) RdA 1970, 293 .
- 114.) RdA 1970, 294 .
- 115.) BGHZ 26, 349, 354 - 358; 35, 363, 367 - 370.
- 116.) BGHZ 39, 124, 130 - 133 .
- 117.) BGHZ 39, 124, 130 .

- 118.) aaO S. 131 .
- 119.) aaO S. 132 .
- 120.) aaO S. 133 .
- 121.) BGHZ 43, 46 ff.
- 122.) BGHZ 20, 88, 94 - 102 .
- 123.) BGHZ 22, 90, 94 - 100 .
- 124.) BVerfGE 7, 198, 207 ff.; 12 113, 124 ff.; 20, 162, 177;
BVerfG NJW 1973, 1228 r.Sp.
- 125.) BVerfGE 7, 198, 210 .
- 126.) Zutreffend Ramm AuR 1973, 222 .
- 127.) BAGE 1, 185 ff.
- 128.) BVerfGE 7, 198, 212; 12, 113, 127; 25, 256, 264 .
- 129.) Ebenso Ramm AuR 1973, 224 .
- 130.) Richtig wiedergegeben aber in AuR 1973, 219 .
- 131.) S. Schönke - Schröder, Kommentar zum StGB, 16.Aufl.,
München 1972, Vorbem. § 185 Rn 4 mwN .
- 132.) BVerfGE 7, 230 ff.
- 133.) BVerfGE 7, 230, 137 .
- 134.) aaO S. 238 .
- 135.) aaO S. 237 .
- 136.) BVerfGE 28, 55 ff.
- 137.) BVerfGE 28, 55, 57 .
- 138.) BVerfGE 28, 36, 47 .
- 139.) BVerfGE 25, 256 ff.
- 140.) BVerfGE 25, 256, 264 .
- 141.) aaO S. 265 .
- 142.) BVerfGE 25, 256, 267 .

- 143.) BVerfGE 8, 51 .
- 144.) BVerfGE 8, 51 , 66 .
- 145.) BVerfGE 8, 51, 66 .
- 146.) BVerfGE 8, 51, 67 .
- 147.) Henke, Das Recht der politischen Parteien, Göttingen 1964,
S. 194;
Jülich, Chancengleichheit der Parteien, Berlin 1967, S.143;
Plate, Parteienfinanzierung und Grundgesetz, Berlin 1966,
S. 114 .
- 148.) Jülich S.96
- 149.) Zu den faktischen Grenzen der Mobilität s. insgesamt
Däubler, Das Grundrecht auf Mitbestimmung, Frankfurt/Main
1973, S.1 ff. mwN .
- 150.) BVerfGE 4, 96, 102; 19, 303, 319 .
- 151.) BVerfG AP Nr. 1 zu Art.9 GG, Bl.3; BVerfGE 18, 18, 26 .
- 152.) Näher dazu R. Scholz, Koalitionsfreiheit als Verfassungs-
problem, München 1971, S.283 ff. 314 ff.
- 153.) BVerfGE 17, 319, 333 .
- 154.) BVerfGE 19, 303, 313 .
- 155.) BVerfGE 19, 303, 312, bestätigt in BVerfGE 28, 295, 304 .
- 156.) Vgl. Schwerdtner S.48 f.
- 157.) Zum Erfordernis des "Beruhens" s. BVerfGE 3, 213, 220;
4, 52, 58; 15, 219, 221; 17, 337, 346; 19, 303, 310;
22, 93, 98; 30, 173, 197 .
- 158.) BVerfGE 12, 1 ff.
- 159.) BVerfGE 12, 1, 3 .
- 160.) BVerfGE 24, 236, 245 .

- 161.) BVerfGE 32, 98, 106, bestätigt in BVerfGE 33, 23, 28 .
- 162.) BVerfGE 24, 236, 248 .
- 163.) BVerfGE 24, 236, 251 .
- 164.) BVerfGE 33, 23, 29 .
- 165.) BVerfGE 33, 23, 29 .
- 166.) BVerfGE 12, 1, 3; aus der Literatur vgl. Hamann-Lenz
Art.4 Anm. B 3; v. Mangoldt - Klein S. 218 .
- 167.) Maunz - Dürig - Herzog Art.4 Rn 67.
- 168.) BVerfGE 12, 1, 3 .
- 169.) Maunz - Dürig - Herzog Art.4 Rn67; Zippelius in BK Art.4
Rn 73 .
- 170.) BVerfGE 25, 230 ff.
- 171.) BVerfGE 25, 230, 233/234 .
- 172.) Maunz - Dürig - Herzog Art.4 Rn 67 .
- 173.) oben C VI .
- 174.) BVerfGE 23, 98, 107 .
- 175.) BVerfGE 8, 51 ff.
- 176.) BVerfGE 8, 51, 68 .
- 177.) BVerfGE 25, 256 ff.
- 178.) BVerfGE 25, 256, 265; s. weiter BVerfGE 20, 56, 98 .
- 179.) oben S 51 ff.
- 180.) Zum Vorrang des Art. 4 Abs.1 gegenüber Art.2 Abs.1 GG:
BVerfGE 23, 127, 135; 24, 236, 252; zum
Vorrang des Art.5 Abs.1 GG: BVerfGE 11, 234, 238; 25, 44, 62;
25, 88, 101. Der Grundsatz der Wahrung der Menschenwürde
hat in Art.4 Abs. 1 (vgl. BVerfGE 12, 45, 53/54) und in
Art.5 Abs.1 (vgl. BVerfGE 20, 56, 97) eine spezielle
Ausprägung erfahren, die den besonderen Rang dieser Grund-
rechte ausmacht, aber einen unmittelbaren Rückgriff auf

Art. 1 Abs. 1 GG in der Regel ausschließt .

181.) BVerfGE 6, 32 ff., st.Rspr.

182.) s. oben C V und VI 2 - 4 .

183.) Vgl. Maunz - Dürig - Herzog Art.5 Rn 140: "Art.5 Abs.1 S.2 GG garantiert das gesamte Leben und die gesamte Arbeit des konkreten Presseunternehmens, ohne daß dabei zwischen spezifisch pressebezogenen und anderen Verhaltensweisen unterschieden werden könnte" .

184.) Gamillscheg AcP 164, 436 mwN .