

Meinungskampf im Betrieb

Von Professor Dr. Volker Rieble und Dr. Bernd Wiebauer, München



| | Seite | | Seite |
|---|-------|--|-------|
| I. Konfliktaustrag in der Praxis | 65 | (2) Politische Agitation | |
| 1. Kommunist vs. Betriebsratsvorsitzenden | 65 | d) Meinungskampf und Mobbing | |
| 2. Äußerungen von Gewerkschaftsvertretern im Betrieb | 66 | (1) Fehlende Ausweichmöglichkeit | |
| 3. Äußerungen des Arbeitgebers | 68 | (2) Belästigungsschutz nach AGG | |
| a) Äußerungen über Arbeitnehmer | | (3) Konflikte unter Kollegen | |
| b) Äußerungen in Angelegenheiten der Betriebsverfassung | | e) Extremistische Ansichten | |
| 4. Betriebsratswahlen | 70 | (1) Gesinnung ist kein Kündigungsgrund | |
| 5. Äußerungen im Prozess | 70 | (2) Konkret vertragswidriges Verhalten | |
| 6. Boykottaufrufe | 71 | (3) Nationalsozialistisches Gedankengut | |
| a) Zu Lasten des Arbeitgebers | | f) Vertrauliche Äußerungen | |
| b) Zu Lasten der Arbeitnehmer | | 2. Meinungsbekundungen gegenüber Dritten | 88 |
| II. Verfassungsrechtlicher Ausgangspunkt | 72 | a) Keine umfassende Mäßigungspflicht bei privaten Äußerungen | |
| 1. Unbequeme Meinungsfreiheit | 72 | b) Besondere Zurückhaltung im Rahmen der Arbeitsleistung | |
| a) Drittwirkung | | c) Tatsachenbehauptungen | |
| b) Schutzbereich | | (1) Insiderinformationen | |
| c) Schranken, Art. 5 Abs. 2 GG | | (2) Geschäftsschädigende Äußerungen in der Öffentlichkeit | |
| d) Verfassungsfreundliche Auslegung | | d) Strafanzeigen | |
| e) Praktische Konkordanz | | (1) Arbeitnehmer | |
| (1) Meinungsäußerung zur Rechtswahrnehmung | | (2) Arbeitgeber | |
| (2) Ausgleich der Grundrechtspositionen | | e) Betriebsöffentliche Kritik | |
| 2. Sonderfall: Pressefreiheit | 74 | (1) Sphären der Persönlichkeitsentfaltung | |
| 3. Koalitionsfreiheit und Meinungsfreiheit | 75 | (2) Angriffe auf die Privatsphäre | |
| III. Allgemeine Grenzen | 76 | (3) Auseinandersetzungen im Bereich der Sozialsphäre | |
| 1. Allgemeiner Ehrenschutz vor Beleidigung und Verleumdung | 76 | (4) Kein Zwang zu betriebsöffentlicher Auseinandersetzung | |
| 2. Wahrheit und Sorgfaltspflicht | 77 | f) Bewertungen im Internet | |
| IV. Grenzen der Meinungsfreiheit im Arbeitsverhältnis | 78 | 3. Bewertung des Arbeitnehmers durch den Arbeitgeber | 97 |
| 1. Innerbetriebliche Konflikte | 78 | a) Verfassungsrechtliche Grundlage | |
| a) Vertragsrechtliche Mäßigungspflicht (§ 241 Abs. 2 BGB) | | | |
| b) Sonderfall: Öffentlicher Dienst | | | |
| c) Arbeitsvertragliche Verpflichtung auf den Betriebsfrieden? | | | |
| (1) Störung des Betriebsablaufs | | | |

| | Seite | | Seite |
|---|-------|--|-------|
| b) Datenschutzrecht als Grenze | | (4) Materieller Betriebsfrieden | |
| (1) Politischer Aktionismus | | d) Keine Bindung der Belegschaft | |
| (2) Anwendbarkeit | | 5. Sonderfall: Aufsichtsratsmitglieder | 117 |
| (3) Erforderlichkeit | | 6. Behinderungsschutz, § 78 und § 119 | 118 |
| c) Maßregelungsverbot, § 612 a BGB | | a) § 78 Satz 1 BetrVG | |
| d) Personalakte und Rückspflicht | | (1) Voraussetzungen | |
| (1) Beurteilungen | | (2) Unselbige Rechtsprechung zur Bekanntmachung der Betriebsratskosten | |
| (2) Abmahnungen | | (3) Kritik am Betriebsrat im Allgemeinen | |
| e) Arbeitszeugnis | | b) § 119 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG | |
| f) Anhörung des Betriebsrats | | 7. Wahlkampf und § 20 Abs. 2 BetrVG | 122 |
| V. Grenzen der Meinungsfreiheit in der Betriebsverfassung | 105 | a) Schutz der freien Willensbildung | |
| 1. Der Betriebsrat als Akteur im Meinungskampf | 105 | b) Neutralitätspflicht des Arbeitgebers? | |
| a) Vertrauensvolle Zusammenarbeit, § 2 Abs. 1 BetrVG | | 8. Vertraulichkeitsschutz (vor Tatsachenäußerungen) | 126 |
| b) Meinungsfreiheit des Betriebsrats? | | a) Interessenausgleich | |
| c) Persönliche Meinungsfreiheit der Betriebsratsmitglieder | | b) Geheimnisse | |
| 2. Arbeitskampfverbot, § 74 Abs. 2 Satz 1 BetrVG | 108 | c) Umfang der Schweigepflicht | |
| a) Zwangsschlichtung | | d) Spezieller Schutz gegen Whistleblowing? | |
| b) Verbot des betrieblichen Arbeitskampfs | | 9. Betriebs- und Belegschaftsversammlungen | 129 |
| c) Betrieblicher Meinungskampf und tariflicher Arbeitskampf | | a) Zulässige Themen | |
| (1) Neutralitätspflicht des Betriebsrats | | b) Schranken des § 74 Abs. 2 BetrVG | |
| (2) Keine Neutralitätspflicht der Betriebsratsmitglieder | | (1) Unmittelbare Geltung? | |
| (3) Bedeutung des Neutralitätsgebots für den Arbeitgeber | | (2) Arbeitskampfverbot | |
| 3. Verbot parteipolitischer Betätigung, § 74 Abs. 2 Satz 3 Hs. 1 BetrVG | 110 | (3) Verbot der parteipolitischen Betätigung | |
| a) Schutz der Arbeitnehmer und des Betriebsfriedens | | (4) Betriebsfriedenspflicht | |
| b) Parteipolitische Betätigung | | c) Störung der Betriebsversammlung | |
| c) Parteipolitik und Koalitionspolitik | | VI. Meinungsfreiheit und Koalitionsbetätigung | 135 |
| d) Räumliche Abgrenzung? | | 1. Gewerkschaftliche Kritik am Arbeitgeber | 135 |
| 4. Verpflichtung auf den Betriebsfrieden, § 74 Abs. 2 Satz 2 BetrVG | 114 | a) Kritik im Allgemeinen | |
| a) Auffangtatbestand | | b) Gewerkschaftstätigkeit im Betrieb | |
| b) Arbeitsablauf | | (1) Kompatibilitätsgrundsatz | |
| c) Betriebsfrieden | | (2) Arbeitnehmerengagement | |
| (1) Definitionsprobleme | | (3) E-Mail-Werbung | |
| (2) Formeller Betriebsfrieden | | (4) Gewerkschaftsbeauftragte | |
| (3) Sonderfall: Der Gang an die Öffentlichkeit | | 2. Tarif- und Kampfpropaganda | 143 |
| | | a) Arbeitsvertragliche Grenzen | |
| | | b) Abwägung | |

| | Seite | | Seite |
|--|-------|---|-------|
| 3. Öffentliche Stellungnahmen | 145 | c) Beseitigungsanspruch | |
| 4. Gewerkschaftsinterne Streitigkeiten | 146 | (1) Widerruf rechtswidriger Tatsachenbehauptungen | |
| VII. Systembildung | 147 | (2) Presserechtlicher Gegen- darstellungsanspruch | |
| 1. Bestandsaufnahme | 147 | (3) Beseitigung von Äuße- rungen im Internet | |
| 2. Kritik am Arbeitgeber | 148 | d) Schadensersatz | |
| 3. Kritik an Arbeitnehmern | 149 | e) Abmahnung und Kündigung | |
| a) Äußerungen des Arbeitgebers | | f) Vertragsstrafen | |
| b) Äußerungen von Kollegen | | g) Amtsenthebung, § 23 Abs. 1 BetrVG | |
| 4. Kritik am Betriebsrat | 150 | h) Hausverbot für Querulanten | |
| 5. Politisches Engagement | 151 | i) Strafrechtliche Folgen | |
| 6. Gleiche Meinungsfreiheit für alle | 152 | 2. Schutz der zulässigen Meinungs- äußerung vor Repression | 158 |
| VIII. Rechtsfolgenreihe | 153 | IX. Fazit | 158 |
| 1. Schutz vor unzulässigen Mei- nungsäußerungen | 153 | | |
| a) Abwehr durch Gegenschlag im Meinungskampf | | | |
| b) Unterlassungsanspruch | | | |

I. Konfliktaustrag in der Praxis

Meinungsverschiedenheiten sind in jedem Betrieb an der Tagesordnung. Juristisch wird eine solche Auseinandersetzung zum Problem, wenn sie eskaliert. Beteiligte Arbeitnehmer sehen sich nicht selten mit einer Abmahnung oder Kündigung konfrontiert¹. Auch für den Arbeitgeber können Meinungsäußerungen nachteilige Folgen haben – diese Erkenntnis sollte spätestens seit Inkrafttreten des AGG alle Unternehmen erreicht haben².

1. Kommunist vs. Betriebsratsvorsitzenden

Mit der Aufgabe, die Vielzahl der Interessen im Meinungskampf zum Ausgleich zu bringen, sah sich 2007 das LAG Baden-Württemberg konfrontiert³. Ein Porsche-Arbeitnehmer, Vertrauensmann der IG-Metall im Stammwerk in Zuffenhausen, hatte in einem offenen Brief den Betriebsratsvorsitzenden Hück scharf angegriffen und der Lüge sowie des Machtmissbrauchs bezichtigt. Er warf ihm »undemokratische Rechtsbeugung« vor und behauptete, er (der Kläger) sei in einer Vertrauensleutesitzung als »Denunziant« und »Verräter« diffamiert worden. Der Betriebsratsvorsitzende habe eine »regelrechte Pogromstimmung«⁴ gegen ihn erzeugt. Der Brief wurde auch in einer Zeitung der Marxistisch-Leninistischen Partei Deutschlands (MLPD) abgedruckt und das Blatt vor den

1 Wie vielfältig die Fallgestaltungen sind, zeigt *Schmitz-Scholeermann*, BB 2000, 926 ff.

2 Demgegenüber sehen weite Teile der Literatur ein praktisches Problem der Meinungsfreiheit im Arbeitsverhältnis lediglich bei Äußerungen des Arbeitnehmers, so *Dieterich*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht [zitiert: ErfK], 10. Aufl. 2010, Art. 5 GG, Rn. 29; *Küttner/Däubler/Zwanziger*, Kündigungsschutzrecht [zitiert: K/D/Z], 7. Aufl. 2008, Art. 5 GG, Rn. 5.

3 LAG Baden-Württemberg 16. 8. 2007 – 21 Sa 11/07.

4 Der Generalsekretär des Zentralrats der Juden in Deutschland hat diese Äußerung nicht kommentiert.

Werkstoren verteilt. Der Betriebsrat trat den Vorwürfen in zwei Informationsveranstaltungen entgegen, die mit Zustimmung der Arbeitgeberin während der Arbeitszeit stattfanden.

Die außerordentliche Kündigung des ordentlich unkündbaren Klägers hatte weder vor dem Stuttgarter Arbeitsgericht⁵ noch vor dem LAG Bestand. Der Brief enthalte jedenfalls keine so unerträglichen Beleidigungen, dass diese eine außerordentliche Kündigung rechtfertigen könnten, so die Richter. Die Polemik des Klägers richte sich zudem nicht gegen das Amt des Betriebsratsvorsitzenden, sondern gegen die dahinter stehende Person.

Die in der Belegschaft verursachte Unruhe und die betrieblichen Störungen durch den Konflikt billigten die Gerichte ebensowenig als Kündigungsgrund. Weil die Arbeitgeberin den Vertrauensleuten erlaube, sich während der Arbeitszeit im Betrieb zu versammeln, müsse sie auch hinnehmen, dass betriebspolitische Konflikte der Betriebsöffentlichkeit kundgetan würden. Die betrieblichen Störungen durch die Informationsveranstaltungen wiederum seien der Arbeitgeberin selbst zuzurechnen, die dem Drängen des Betriebsrats nachgegeben hatte, obwohl dazu keine Verpflichtung bestand.

Die Entscheidung ist kein Einzelfall. Bereits 2006 hatte das BAG die Kündigung eines IG-Metall-Vertrauensmanns bei Porsche wegen beleidigender Äußerungen für unwirksam erklärt⁶. Der Arbeitnehmer hatte an Flugblättern mitgewirkt, in denen der Arbeitgeberin »menschenverachtende Jagd auf Kranke«, »verschärfte Ausbeutung« und »Angriffe auf die politischen und gewerkschaftlichen Rechte« vorgeworfen wurden. Das BAG äußerte Zweifel, ob diese Kritik tatsächlich – wie das LAG Baden-Württemberg meinte⁷ – eine Pflichtverletzung des Arbeitnehmers darstellte, hielt aber jedenfalls eine vorherige Abmahnung für erforderlich. Für den Kläger sei die Rechtswidrigkeit seines Tuns nicht ohne weiteres erkennbar gewesen, nicht zuletzt weil die Grenzen der Meinungsfreiheit nicht klar auf der Hand lägen, sondern das Ergebnis eines Abwägungsprozesses seien⁸.

2. Äußerungen von Gewerkschaftsvertretern im Betrieb

Diese Entscheidungen sind vor dem Hintergrund zu sehen, dass der Arbeitgeber Gewerkschaftsarbeit in seinem Betrieb mit Blick auf die Koalitionsfreiheit nicht verhindern kann⁹. Um so größer ist sein Interesse daran, Exzesse im Meinungskampf zu koalitions- und betriebspolitischen Fragen zu unterbinden, damit der Betriebsablauf nicht gestört wird. Gerade gegenüber Gewerkschaftsvertretern fällt das oft schwer. Die Vertrauensleute sind als solche zwar rechtlich nicht besonders geschützt¹⁰, oftmals aber genießen sie als Betriebsratsmitglieder besonderen Kündigungsschutz (§ 15 KSchG, § 103 BetrVG).

5 ArbG Stuttgart 12. 10. 2006 – 15 Ca 4815/06.

6 BAG 12. 1. 2006 – 2 AZR 21/05, NZA 2006, 917.

7 LAG Baden-Württemberg 29. 7. 2004 – 21 Sa 113/03, juris.

8 BAG 12. 1. 2006 – 2 AZR 21/05, NZA 2006, 917.

9 BAG 28. 2. 2006 – 1 AZR 460/04, NZA 2006, 798 = SAE 2007, 97 mit Anm. *Edenfeld*; ausführlich *Brock*, Gewerkschaftliche Betätigung im Betrieb nach Aufgabe der Kernbereichslehre durch das Bundesverfassungsgericht, 2002, S. 80 ff. m. w. N.

10 *Brock* (Fn. 9), S. 207 f.; *Rose*, in: Hess/Schlochauer/Worzalla/Glock/Nicolai, BetrVG [zitiert: H/S/W/G/N], 7. Aufl. 2008, § 2 Rn. 163.

Arbeitgeber weichen daher auf das Verfahren nach § 23 Abs. 1 BetrVG aus. Weitgehend besteht Einigkeit darüber, dass gehässige Diffamierungen und grobe Beschimpfungen oder Verunglimpfungen des Arbeitgebers eine Amtsenthebung rechtfertigen. So wertete das LAG München es als grobe Amtspflichtverletzung, dass ein Betriebsratsmitglied wiederholt öffentlich und wahrheitswidrig behauptete, der Personalleiter habe ihn während der Betriebsratsarbeit durch eine Tätlichkeit zu Fall gebracht¹¹. Allerdings ist die Vorgeschichte einer solchen Äußerung zu berücksichtigen. So wies das Arbeitsgericht Marburg einen Antrag auf Amtsenthebung gegen einen Betriebsrat ab, der dem Arbeitgeber in seiner Stellungnahme zu einer geplanten Massenentlassung vorgeworfen hatte, er stütze sich in der Betriebsleitung auf ein »Faustrecht«, und er verstecke in seinem Antrag dreist die Wahrheit. Dass der Betriebsrat sich »stark im Umgangston vergriffen« habe, rechtfertige eine Amtsenthebung nicht, weil der Arbeitgeber in den Jahren zuvor die Grundsätze vertrauensvoller Zusammenarbeit fortwährend missachtet und die Rechte des Betriebsrats auch entgegen gerichtlicher Entscheidungen wiederholt ignoriert habe¹².

Heikel werden Auseinandersetzungen für die Beteiligten, wenn eine größere Öffentlichkeit mit einbezogen wird. So billigte das LAG Hessen einem Arbeitgeber einen Unterlassungsanspruch gegen Betriebsratsmitglieder zu, die im Internet das Unternehmen und ihre Kollegen im Betriebsrat heftig kritisierten¹³. Dem Betriebsrat wurde unter anderem vorgeworfen, den »unersättlichen Gewinnerwartungen der Vorstände und Aktionäre auf Kosten der Beschäftigten durch Lohnverzicht, Leistungsver Schärfung und Verschlechterung der Arbeitsbedingungen« Vorschub geleistet zu haben. Obendrein wurde über innerbetriebliche Vorgänge berichtet. Das Internet diene dem Betriebsrat als Informationsquelle und nicht zur Veröffentlichung von Betriebs- und Betriebsratsinterna, so das LAG.

Ist für Außenstehende nicht erkennbar, gegen wen sich die Kritik richtet, gelten andere Maßstäbe. So rechtfertige es keine außerordentliche Kündigung, dass ein Betriebsratsmitglied im Internet ohne konkrete Bezugnahme auf den Arbeitgeber mit drastischen Bildern (Konzentrationslager, Leichenberg, »Arbeit macht frei«, Atompilz) eine Massenentlassung kritisiert¹⁴.

Äußert sich ein Arbeitnehmer in einem gewerkschaftlichen Intranet-Forum, muss er angeblich nicht davon ausgehen, dass seine Meinungsbekundung von Dritten unter Verstoß gegen Nutzungsbedingungen des Forums in die Betriebsöffentlichkeit gebracht werden¹⁵. Das BAG verwarf deshalb die Kündigung eines Gewerkschafters, der einem leitenden Angestellten in einem solchen Forum vorgeworfen hatte, er hätte mit einer kritischen Äußerung gegen türkische Arbeitnehmer den »braunen Mob« im Betrieb »aktiviert«, weil es sich nicht um die Beleidigung einer konkreten Person gehandelt habe. Das geht deutlich zu weit.

11 LAG München 26. 8. 1992 – 5 TaBV 43/92, juris.

12 ArbG Marburg 28. 5. 1999 – 2 BV 3/99, NZA-RR 2001, 91.

13 LAG Hessen 15. 7. 2003 – 9 TaBV 190/03, juris.

14 BAG 24. 11. 2005 – 2 AZR 584/04, NZA 2006, 650.

15 BAG 24. 6. 2004 – 2 AZR 63/03, NZA 2005, 158.

Auch eine rein betriebsratsinterne Auseinandersetzung kann arbeitsrechtliche Folgen nach sich ziehen. Beleidigungen unter Betriebsräten rechtfertigen ein Amtsenthebungsverfahren¹⁶. Ob eine außerordentliche Kündigung des Täters möglich ist, wird unterschiedlich beurteilt¹⁷.

Stammen die umstrittenen Äußerungen nicht von einem Betriebsangehörigen, sondern von einem externen Gewerkschaftsvertreter, so bleibt dem Arbeitgeber vor allem sein Hausrecht. Ein solcher Beauftragter, der vom Wahlvorstand für die Betriebsratswahl »eingeladen« wurde, soll nach einem Beschluss des Sächsischen LAG jedoch sein Zutrittsrecht behalten, auch wenn er in Flugblättern scharfe und polemische Kritik am Arbeitgeber äußert, so lange er nicht lügt oder beleidigt¹⁸. Die Zumutbarkeitsgrenzen (§ 275 Abs. 3 BGB) werden offenbar als Duldsamkeitsgebot verstanden.

3. Äußerungen des Arbeitgebers

a) Äußerungen über Arbeitnehmer

Auch der Arbeitgeber wird zur Rücksicht auf die Interessen seiner Arbeitnehmer verpflichtet. Von vornherein tabu sind Beleidigungen, auch wenn diese Grenze in der Praxis nicht immer eingehalten wird. So musste etwa das LAG Hamm dem Herausgeber eines Anzeigenblatts erklären, dass auch die Pressefreiheit ihm nicht das Recht gebe, eine Arbeitnehmerin als »faulste Mitarbeiterin Deutschlands« und »Königin der Tagediebe« zu brandmarken¹⁹. Das BAG sah sich in nächster Instanz zu dem Hinweis genötigt, dass keine sachliche Berechtigung bestanden habe, in dem Artikel zu bezweifeln, ob die Klägerin den Erzeuger des von ihr erwarteten Kindes kenne²⁰.

Im Arbeitszeugnis verpflichtet die Rechtsprechung den Arbeitgeber im Interesse des beruflichen Fortkommens des Arbeitnehmers zu einer wohlwollenden Beurteilung²¹. Gleichzeitig muss diese aber der Wahrheit entsprechen²², weil sich der Aussteller andernfalls gegenüber künftigen Arbeitgebern schadensersatzpflichtig macht²³. Die Einschränkung der Meinungsfreiheit geht dabei so weit, dass der Arbeitgeber manche wahren Tat-

16 LAG Köln 27. 10. 2005 – 10 (9) Sa 973/05, juris (Ls.); ArbG Berlin 19. 5. 1981 – 10 Ca 72/81, juris (Ls.).

17 Dafür: LAG Köln 27. 10. 2005 – 10 (9) Sa 973/05, juris (Ls.); dagegen: ArbG Berlin 19. 5. 1981 – 10 Ca 72/81, juris (Ls.).

18 Sächsisches LAG 27. 3. 2006 – 3 TaBV 6/06, juris.

19 LAG Hamm 3. 9. 1997 – 14 Sa 433/97, juris.

20 BAG 18. 2. 1999 – 8 AZR 735/97, NZA 1999, 645.

21 BAG 21. 6. 2005 – 9 AZR 352/04, NZA 2006, 104.

22 BAG 9. 9. 1992 – 5 AZR 509/91, AP Nr. 19 zu § 630 BGB; LAG Hamm 22. 5. 2002 – 3 Sa 231/02, NZA-RR 2003, 71.

23 BGH 26. 11. 1963 – VI ZR 221/62, AP Nr. 10 zu § 826 BGB; 22. 9. 1970 – VI ZR 193/69, AP Nr. 16 zu § 826 BGB = SAE 1972, 35 mit Anm. Gitter; Müller-Glöge, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht [zitiert: ErFK] (Fn. 2), § 109 GewO, Rn. 68 ff.

sachen überhaupt nicht mitteilen²⁴ oder jedenfalls die Formulierung nicht frei wählen darf²⁵. So beanstandete das LAG Hamm die ausdrückliche Erwähnung des Vertragsbruchs eines Arbeitnehmers, der die Kündigungsfrist nicht eingehalten hatte, und erlaubte nur einen sehr verklausulierten Hinweis im Zeugnis²⁶.

b) Äußerungen in Angelegenheiten der Betriebsverfassung

Erhebliche Beschränkungen muss sich der Arbeitgeber gefallen lassen, was die Bewertung der Betriebsratstätigkeit angeht. Zwar darf er sich kritisch äußern²⁷, wird allerdings unter Verweis auf das Gebot vertrauensvoller Zusammenarbeit (§ 2 Abs. 1 BetrVG) zur Mäßigung seiner Meinungsäußerung verpflichtet²⁸. Eher eine Ausnahme in der rigiden Linie der Rechtsprechung macht das LAG Köln mit seiner Feststellung, das BetrVG hindere auch heftigere offen ausgetragene Auseinandersetzungen zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat nicht²⁹. Allerdings hält auch das LAG die Grenzen für überschritten, wenn der Arbeitgeber den Betriebsrat in einem offenen Brief scharf angreift³⁰. Unzulässig sein soll auch eine »kollektivrechtliche Abmahnung« von Verstößen gegen die Betriebsverfassung, die kein Amtsenthebungsverfahren rechtfertigen würden³¹.

Der Siebte Senat des BAG verbietet dem Arbeitgeber über das Behinderungsverbot des § 78 Satz 1 BetrVG ernstlich, die Kosten der Betriebsratstätigkeit intern bekannt zu machen. Danach sind ihm Äußerungen zu diesem Thema nur gestattet, wenn er zugleich darauf hinweist, dass er diese Kosten ex lege und nur für den Fall ihrer Erforderlichkeit zu tragen hat³². Der Arbeitgeber dürfe den Betriebsrat gegenüber den Arbeitnehmern nicht unter Rechtfertigungsdruck setzen³³. Das ArbG Leipzig will zum Thema Kosten gar nur Äußerungen zulassen, die »objektiv und vor allem wertneutral« sind³⁴. Von vertrauensvoller Zusammenarbeit im Sinne des § 2 Abs. 1 BetrVG kann jedenfalls keine Rede mehr sein, wenn der Arbeitgeber die Betriebsratskosten in unmittelbarem Zusammenhang mit einer Betriebsverlagerung ins Ausland³⁵ oder dem Abbau von Arbeitsplätzen³⁶ setzt. Als unzulässige Störung des Betriebsfriedens verbietet die Rechtsprechung

24 So darf die Elternzeit eines Arbeitnehmers nur bei relativ kurzen Arbeitsverhältnissen im Zeugnis erwähnt werden, um die Basis für die Leistungsbeurteilung klarzustellen, BAG 10. 5. 2005 – 9 AZR 261/04, AP Nr. 30 zu § 630 BGB.

25 Vgl. LAG Düsseldorf 22. 1. 1988 – 2 Sa 1654/87, NZA 1988, 399; Fristlose arbeitgeberseitige Kündigung ist durch genauen Kündigungszeitpunkt ausreichend zum Ausdruck gebracht.

26 LAG Hamm 24. 9. 1985 – 13 Sa 833/85, LAGE § 630 BGB Nr. 1.

27 LAG Niedersachsen 6. 4. 2004 – 1 TaBV 64/03, NZA-RR 2005, 78.

28 LAG Niedersachsen 6. 4. 2004 – 1 TaBV 64/03, NZA-RR 2005, 78.

29 LAG Köln 21. 3. 1995 – 9 TaBV 68/94, LAGE Nr. 37 zu § 23 BetrVG 1972.

30 LAG Köln 16. 11. 1990 – 12 TaBV 57/90, AuR 1991, 121 (Ls.).

31 LAG Düsseldorf 23. 2. 1993 – 8 TaBV 245/92, LAGE Nr. 31 zu § 23 BetrVG 1972.

32 BAG 19. 7. 1995 – 7 ABR 60/94, NZA 1996, 332; kritisch dazu: Rieble, ZfA 2003, 283, 302 f.

33 BAG 19. 7. 1995 – 7 ABR 60/94, NZA 1996, 332; 12. 11. 1997 – 7 ABR 14/97, NZA 1998, 559.

34 ArbG Leipzig 5. 9. 2002 – 7 BVGa 54/02, NZA-RR 2003, 142.

35 ArbG Leipzig 5. 9. 2002 – 7 BVGa 54/02, NZA-RR 2003, 142.

36 LAG Düsseldorf 26. 11. 1993 – 17 TaBV 71/93, juris.

dem Arbeitgeber zudem, Fehlzeiten der Betriebsratsmitglieder im Betrieb bekanntzumachen³⁷.

Zurückhaltung ist dem Arbeitgeber auch im Zusammenhang mit der Einberufung einer Betriebsversammlung anzuraten. Betriebsöffentliche Kritik an einer solchen Entscheidung des Betriebsrats verbunden mit der »Empfehlung« an die Arbeitnehmer, an der Versammlung nicht teilzunehmen, stellt eine gemäß § 119 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG strafbare Behinderung des Betriebsrats dar³⁸.

4. Betriebsratswahlen

Im Zusammenhang mit Betriebsratswahlen schließlich verlangt die bislang h. M. vom Arbeitgeber Neutralität; er darf danach nicht für die Wahl einer bestimmten Liste werben³⁹ und auch nicht davor warnen, dass die Wahl eines anderen Vorschlags dem Betrieb erheblich schaden würde⁴⁰.

Auf Arbeitnehmerseite wird der Wahlkampf häufig mit harten Bandagen geführt. Nicht nur der Arbeitgeber wird attackiert, sondern auch die Konkurrenten sowie der amtierende Betriebsrat. Der Wahlkampf rechtfertigt aber nicht den Versuch, die Belegschaft gegen den Arbeitgeber aufzuwiegeln (»Der einzige Weg, [. . .] vorwärts zu kommen, ist, dass sich die Kollegen [. . .] im Kampf gegen die Geschäftsleitung und ihre Handlanger zusammenschließen.«)⁴¹. Im Interesse des Betriebsfriedens sind zudem ehrverletzende Angriffe gegen den amtierenden Betriebsrat – etwa die Bezeichnung als »Arbeiterverräter« und der Vorwurf kollusiven Zusammenwirkens mit dem Arbeitgeber bei Massenentlassungen – verboten⁴². Sogar eine Diffamierung der Gewerkschaften (Bezeichnung des DGB als »organisierte Streikbrecherzentrale«) soll die außerordentliche Kündigung eines Wahlkämpfers rechtfertigen, weil sie auch die organisierten Arbeitnehmer im Betrieb berühre⁴³.

5. Äußerungen im Prozess

Gerichtsverfahren versprechen – besonders wenn sich die Öffentlichkeit für sie interessiert – eine besonders starke Wirkung von Meinungsbekundungen. Oft nutzen die Parteien die Gelegenheit, über den konkreten Streit hinaus den Gegner zu diskreditieren. Rechtswidrige Äußerungen haben nur selten Konsequenzen. So verwarf das LAG Rheinland-Pfalz die verhaltensbedingte Kündigung desjenigen Arbeitnehmers, der in einem Vorprozess um seine krankheitsbedingte Kündigung dem Arbeitgeber wahrheitswidrig vorgeworfen hatte, die Fahrtenstreiber seiner Fahrzeuge zu manipulieren⁴⁴.

37 LAG Niedersachsen 9. 3. 1990 – 3 TaBV 38/89, juris.

38 OLG Stuttgart 9. 9. 1988 – 1 Ws 237/88, NStZ 1989, 31.

39 LAG Hamburg 12. 3. 1998 – 2 TaBV 2/98, juris.

40 ArbG Heilbronn 18. 3. 1999 – 1 BV/99, juris.

41 BAG 13. 10. 1997 – 2 AZR 387/76, NJW 1978, 1872.

42 BAG 13. 10. 1997 – 2 AZR 387/76, NJW 1978, 1872.

43 BAG 15. 12. 1977 – 3 AZR 184/76, NJW 1978, 1874 = SAE 1978, 274 mit Anm. *Leipold*.

44 LAG Rheinland-Pfalz 31. 7. 2008 – 10 Sa 169/08, juris.

6. Boykottaufrufe

Eine endgültige Eskalation des betrieblichen Meinungskampfes bedeutet spätestens der Aufruf an Dritte zum Boykott der Gegenseite.

a) Zu Lasten des Arbeitgebers

Ein solcher Aufruf kann rein eigennützige Gründe haben. Wer andere auffordert, dem Arbeitgeber für bestimmte Aufgaben nicht mehr zur Verfügung zu stehen, um sich selbst damit unentbehrlich zu machen, stärkt seine eigene Position⁴⁵.

Vor allem aber haben Boykottaufrufe im Zusammenhang mit Arbeitskämpfen die Gerichte beschäftigt. Das BAG hat in einer Entscheidung zum Tarifkonflikt in der Seeschifffahrt 1973 einen gewerkschaftlichen Boykottaufruf als grundsätzlich zulässige Arbeitskämpfmaßnahme anerkannt⁴⁶. Dem folgend hat es das Arbeitsgericht Bremen gebilligt, dass die Gewerkschaft ÖTV bei ihr organisierte Hafentarbeiter dazu aufforderte, die Entladung eines Schiffes zu verzögern, um den Reeder zum Abschluss eines Tarifvertrags für die Besetzung des Frachters zu bewegen⁴⁷. Zulässig soll es auch sein, wenn Streikposten Kunden ansprechen und um Solidarität bitten⁴⁸.

b) Zu Lasten der Arbeitnehmer

Für unverhältnismäßig und daher unzulässig hält die Rechtsprechung bislang »schwarze Listen« der Arbeitgeberseite⁴⁹, die verhindern sollen, dass streikende oder ausgesperrte Arbeitnehmer während eines Arbeitskampfes bei einem anderen Arbeitgeber Anstellung finden. Ob das nach der »neuen« Arbeitskämpfrechtsprechung des Ersten Senats noch gelten kann, ist zweifelhaft. Denn die Koalitionsbetätigungsfreiheit als Kampfmittelfreiheit umfasst nunmehr das Recht, eigenverantwortlich und nahezu unkontrolliert über die erforderlichen Kampfmittel zu entscheiden⁵⁰.

45 LAG Köln 8. 3. 1999 – 3 Sa 809/98, juris.

46 BAG 19. 10. 1976 – 1 AZR 611/75, NJW 1977, 318; ebenso: LAG Schleswig-Holstein 24. 3. 2005 – 2 Sa 139/05, juris.

47 ArbG Bremen 7. 10. 1999 – 9 Ga 79/99, NZA-RR 2000, 35.

48 ArbG Darmstadt 13. 12. 2005 – 3 Ga 8/05, juris, Rn. 32.

49 RG 29. 5. 1902 – VI.50/02, RGZ 51, 369 ff.; *Otto*, in: Richardi/Wlotzke, Münchner Handbuch zum Arbeitsrecht [zitiert: MünchArbR²], 2. Aufl. 2000, § 286 Rn. 118.

50 BAG 19. 6. 2007 – 1 AZR 396/06 – Unterstützungstreik, NZA 2007, 1055 = SAE 2008, 1 mit Anm. *Konzen* und BAG vom 22. 9. 2009 – 1 AZR 972/08 – Flash Mob, NZA 2009, 1347 = SAE 2010, 37 mit Anm. *Rieth*; kritisch zur Rechtsprechungsentwicklung *Wank*, RdA 2009, 1 ff.; *Rieble*, BB 2008, 1506.

II. Verfassungsrechtlicher Ausgangspunkt

1. Unbequeme Meinungsfreiheit

a) Drittwirkung

Das Arbeitsrecht hindert grundsätzlich nicht die freie Meinungsäußerung, obwohl das Grundgesetz diesen Umstand – anders als Art. 118 Abs. 1 Satz 2 der Weimarer Reichsverfassung – nicht ausdrücklich klarstellt. Nach der Lehre der mittelbaren Drittwirkung⁵¹ wirken die Grundrechte – und damit auch die Meinungsfreiheit – über die wertausfüllungsbedürftigen Generalklauseln auf das Privatrecht ein.

b) Schutzbereich

Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG schützt neben wertenden Stellungnahmen auch Tatsachenbehauptungen, soweit diese die Grundlage für ein Werturteil bilden⁵². Die h. L. trennt inzwischen zu Recht nicht mehr zwischen beiden Formen der Äußerung⁵³, weil alle Meinungen auf Tatsachen fußen und schon allein die Auswahl und die Art der Präsentation einer Tatsachenbehauptung eine Bewertung enthalten⁵⁴.

Nach dem BVerfG fallen bewusst unwahre Tatsachenbehauptungen nicht in den Schutzbereich der Meinungsfreiheit⁵⁵. Bei Werturteilen hingegen spielt es keine Rolle, ob sie rational oder emotional, begründet oder grundlos sind und ob andere den Wert einer solchen Meinung anerkennen oder nicht⁵⁶. Dem Grundrechtsschutz unterfällt nicht nur der Inhalt, geschützt sind vielmehr auch die Wahl von Ort und Zeit einer Äußerung sowie deren Form – auch polemische und verletzende Stellungnahmen sind also nicht von vornherein unzulässig⁵⁷.

51 BVerfG 15. 1. 1958 – 1 BvR 400/51, BVerfGE 7, 198 (Lüth); 26. 2. 1969 – 1 BvR 619/63, BVerfGE 25, 256, (Blinkfüer); BAG 20. 12. 1984 – 2 AZR 436/83, NZA 1986, 21; 7. 5. 1986 – 1 ABR 48/84, NZA 1986, 643; 27. 9. 1994 – GS 1/89 (A), NZA 1994, 1083 = SAE 1996, 1 mit Anm. Koller; Papier, in: Mertens/Papier, Handbuch der Grundrechte Bd. 2, 2006, § 55 Rn. 24 m. w. N.; anders noch BAG 3. 12. 1955 – 1 AZR 150/54, NJW 1955, 606.

52 BVerfG 22. 6. 1982 – 1 BvR 1376/79, BVerfGE 61, 1; 13. 2. 1996 – 1 BvR 262/91, BVerfGE 94, 1; Bethge, in: Sachs, GG, 4. Aufl. 2007, Art. 5 Rn. 27; Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 10. Aufl. 2009, Art. 5 Rn. 4.

53 Herzog, in: Maunz/Dürig, GG, Stand 55. Lieferung 2009, Art. 5 Abs. 1 und 2 Rn. 51; Starck, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, 5. Aufl. 2005, Art. 5 Abs. 1 und 2 Rn. 26; Schulze-Fielitz, in: Dreier, GG, 2. Aufl. 2004, Art. 5 Abs. 1 und 2 Rn. 65.

54 Rieble, ZfA 2003, 283, 301; Degenhart, in: Bonner Kommentar, Stand 142. Lieferung 2009, Art. 5 Abs. 1 und 2 Rn. 104 f.

55 BVerfG 3. 6. 1980 – 1 BvR 797/78, BVerfGE 54, 208; 10. 11. 1998 – 1 BvR 1531/96, BVerfGE 99, 185; zustimmend Jarass/Pieroth (Fn. 52), Art. 5 Rn. 4; Degenhart (Fn. 54), Art. 5 Abs. 1 und 2 Rn. 108 f.; Pieroth/Schlink, Grundrechte, 25. Aufl. 2009, Rn. 599; kritisch: Schulze-Fielitz, in: Dreier (Fn. 53), Art. 5 Abs. 1 und 2 Rn. 65.

56 BVerfG 16. 10. 1998 – 1 BvR 1685/92, NZA 1999, 77; BAG 12. 1. 2006 – 2 AZR 21/05, NZA 2006, 917, 920.

57 BVerfG 13. 5. 1980 – 1 BvR 103/77, BVerfGE 54, 129; 19. 10. 1995 – 1 BvR 1476, 1980/91, 102, 221/92, BVerfGE 93, 266.

c) Schranken, Art. 5 Abs. 2 GG

Die Schrankentrias des Art. 5 Abs. 2 GG zieht der Meinungsfreiheit Grenzen. Regelmäßig berührt eine Meinungsäußerung, besonders wenn sie im Betrieb getätigt wird, die Rechte Dritter – etwa deren allgemeines Persönlichkeitsrecht oder ihre Berufsfreiheit⁵⁸.

Diesem Umstand trägt Art. 5 Abs. 2 GG Rechnung. Zentrale Bedeutung kommt den allgemeinen Gesetzen zu. Fragen des Jugendschutzes werden im Betrieb ohnehin nur in Ausnahmefällen eine Rolle spielen. Der im Arbeitsrecht relevantere Schutz der persönlichen Ehre findet in erster Linie in den §§ 185 ff. StGB seine gesetzliche Ausprägung. Das BVerfG trennt für den Bereich des Zivilrechts indes nicht scharf, sondern verwirklicht den Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (und damit auch der persönlichen Ehre) ebenfalls über die allgemeinen Gesetze⁵⁹. Ein Gesetz ist in diesem Sinne ein allgemeines, wenn es nicht gezielt gegen Meinungsäußerungen gerichtet ist, sondern unabhängig davon den Schutz anderer Rechtsgüter bezweckt⁶⁰. Auch aus der Rechtsordnung abgeleitete richterrechtliche Grundsätze sollen als allgemeine Gesetze grundrechtsbeschränkend wirken⁶¹.

Das zentrale Problem liegt aber darin, ob diese konfligierenden Rechtspositionen noch als »allgemeines« Gesetz gehandhabt werden – oder ob sie zu einer Sonderbeschränkung nur der Meinungsfreiheit des Arbeitgebers führen – das wiederum wäre unzulässige Meinungszensur. Arbeitsrechtliche Befriedigungsgedanken indes tragen keine Sonderbeschränkung der Meinungsfreiheit.

d) Verfassungsfreundliche Auslegung

Ob im Einzelfall die Meinungsfreiheit verletzt ist oder nicht, beurteilt sich nach Maßgabe der »Wechselwirkungslehre« des BVerfG. Die allgemeinen Gesetze sind im Lichte der besonderen Bedeutung der Meinungsfreiheit auszulegen und so in ihrer grundrechtsbeschränkenden Wirkung selbst wieder einzuschränken⁶². Im konkreten Fall ist demnach durch Abwägung zu entscheiden, ob die Meinungsfreiheit die Rechte derer überwiegt, die von der umstrittenen Äußerung betroffen sind.

Dabei spielt das Thema einer Äußerung keine entscheidende Rolle. Der hohe Stellenwert der Meinungsfreiheit in der Rechtsprechung des BVerfG beruht zwar vor allem auf ihrer Funktion als Basis einer demokratischen Willensbildung⁶³, geschützt ist die Meinungsäußerung aber auch als privat-individuelle Entfaltung⁶⁴. Die Meinungsfreiheit

58 BAG 12. 1. 2006 – 2 AZR 21/05, NZA 2006, 917.

59 BVerfG 14. 2. 1973 – 1 BvR 112/65, BVerfGE 34, 269; *Jarass/Pieroth* (Fn. 52), Art. 5 Rn. 62; kritisch dazu: von Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 53), Art. 2 Abs. 1 Rn. 172.

60 *Jarass/Pieroth* (Fn. 52), Art. 5 Rn. 56.

61 BVerfG 14. 2. 1973 – 1 BvR 112/65, BVerfGE 34, 269; *ErfK/Dieterich* (Fn. 2), Art. 5 GG, Rn. 32.

62 BVerfG 15. 1. 1958 – 1 BvR 400/51, BVerfGE 7, 198.

63 BVerfG 17. 8. 1956 – 1 BvB 2/51, BVerfGE 5, 85; 15. 1. 1958 – 1 BvR 400/51, BVerfGE 7, 198; 10. 10. 1995 – 1 BvR 1476/91 u. a. – BVerfGE 93, 266; *Herzog*, in: Maunz/Dürig (Fn. 53), Art. 5 Abs. 1 und 2 Rn. 10 a m. w. N.

64 BVerfG 15. 1. 1958 – 1 BvR 400/51, BVerfGE 7, 198; 25. 1. 1961 – 1 BvR 9/57, BVerfGE 12, 113; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Fn. 53), Art. 5 Abs. 1 und 2 Rn. 40; *Jarass/Pieroth* (Fn. 52), Art. 5 Rn. 2.

folgt aus der in der Menschenwürde wurzelnden Gedankenfreiheit⁶⁵. Deshalb kann es keine Privilegierung politischer Themen geben – es steht jedem Bürger frei, in welcher Sache er sich zu Wort melden will⁶⁶.

e) Praktische Konkordanz

(1) Meinungsäußerung zur Rechtswahrnehmung

Auf einfachgesetzlicher Ebene gewährleistet § 193 StGB einen Ausgleich zwischen Meinungsfreiheit und allgemeinem Persönlichkeitsrecht⁶⁷. Ehrverletzende Äußerungen sind demnach grundsätzlich nicht strafbar, wenn sie zur Wahrnehmung berechtigter Interessen oder zur Ausübung von Rechten getätigt werden.

(2) Ausgleich der Grundrechtspositionen

Die verfassungsrechtliche Wertung ist nicht auf den Ehrschutz beschränkt. Die Grundrechte der Beteiligten müssen im Privatrechtsverkehr im Wege praktischer Konkordanz zum Ausgleich gebracht werden⁶⁸. Den Staat trifft eine Schutzpflicht, den einzelnen vor einer Beeinträchtigung seiner Grundrechte soweit möglich zu bewahren⁶⁹. Dabei geht es – wie im Rahmen des § 193 StGB – um eine Abwägungsentscheidung⁷⁰. Im Mittelpunkt steht nicht die Auslegung privatrechtlicher Regelungen anhand des klassischen Auslegungskanons, sondern eine verfassungsrechtlich geprägte Einzelfallentscheidung⁷¹.

2. Sonderfall: Pressefreiheit

Eine gewichtige Rolle für den betrieblichen Meinungskampf spielt die Pressefreiheit. Sie schützt in Abgrenzung zur Meinungsfreiheit das Recht, Presseerzeugnisse zu gründen und zu erhalten, sowie die journalistische Arbeit von der Informationsbeschaffung bis zu deren Verbreitung⁷². Ob eine konkrete Äußerung zulässig ist, ist indes immer eine Frage der Meinungsfreiheit⁷³.

Im Schutzbereich der Pressefreiheit liegt eine vom Arbeitgeber herausgegebene Werkszeitung⁷⁴. Nach richtiger Auffassung braucht diese nicht in gedruckter Form vorzuliegen, auch ein Intranet steht unter dem Schutz der Pressefreiheit.

65 Herzog, in: Maunz/Dürig (Fn. 53), Art. 5 Abs. 1 und 2 Rn. 7 f.; Schulze-Fielitz, in: Dreier (Fn. 53), Art. 5 Abs. 1 und 2 Rn. 40.

66 Von Mangold/Klein/Starck (Fn. 53), Art. 5 Abs. 1 und 2 Rn. 2 f.; Degenhart (Fn. 54), Art. 5 Abs. 1 und 2 Rn. 22 ff.

67 Ausführlich dazu Hager, AcP 196 (1996), 168 ff.

68 Allgemein dazu Ruffert, JZ 2009, 389 ff.

69 BVerfG 6. 2. 2001 – 1 BvR 12/92, BVerfGE 103, 89; für das Arbeitsrecht etwa BVerfG (Kammer) 30. 7. 2003 – 1 BvR 792/03, NZA 2003, 959.

70 Anschaulich etwa BVerfG 10. 10. 1995 – 1 BvR 1476/91 u. a., BVerfGE 93, 266.

71 Ruffert, JZ 2009, 389, 396.

72 BVerfG 14. 1. 1998 – 1 BvR 1861/93 u. a., BVerfGE 97, 125; 24. 1. 2001 – 1 BvR 2623/95 u. a., BVerfGE 103, 44; Jarass/Pieroth (Fn. 52), Art. 5 Rn. 24 und 27 m. w. N.

73 BVerfG 8. 10. 1996 – 1 BvR 1183/90, BVerfGE 95, 28.

74 BVerfG 8. 10. 1996 – 1 BvR 1183/90, BVerfGE 95, 28. Dazu eingehend Struwe, Werkszeitungen zwischen Arbeits- und Presserecht, 2003.

Spiegelbildlich können sich auch Arbeitnehmer, kleine Arbeitnehmergruppen oder Gewerkschaften auf dieses Grundrecht berufen, wenn sie eine Betriebszeitung für die Belegschaft herausgeben⁷⁵. Dem Betriebsrat indes kommt keine Pressefreiheit zu, weil er ein staatlich verfasstes Organ mit gesetzlich fixierten Aufgaben ist und nach Art. 19 Abs. 3 GG trotz seiner Teilrechtsfähigkeit keinen Grundrechtsschutz genießen kann (dazu noch V.1.b)).

Besondere Bedeutung kommt Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG zu, wenn der Arbeitgeber ein Presseunternehmen ist, denn in diesem Fall sichert die Pressefreiheit ihm das Recht, die Tendenz der Zeitung festzulegen⁷⁶ und seine Arbeitnehmer auf diese Tendenz zu verpflichten, wobei die Meinungsfreiheit der angestellten Redakteure zwar zu beachten ist, sich aber gegen das Tendenzprivileg des Verlegers nicht durchsetzen kann⁷⁷.

3. Koalitionsfreiheit und Meinungsfreiheit

Sind am Meinungskampf organisierte Arbeitnehmer beteiligt, sind die Schutzbereiche von Art. 9 Abs. 3 GG und Art. 5 Abs. 1 GG voneinander abzugrenzen. Dasselbe Problem stellt sich bei der Tätigkeit von Gewerkschaftsfunktionären im Betrieb – sei es, dass sie im Aufsichtsrat sitzen, sei es, dass sie für die Koalition werben sollen. Soweit es um spezifisch koalitionsmäßige Betätigungen geht, ist Art. 9 Abs. 3 GG das speziellere Grundrecht⁷⁸. Darüber hinausgehende Meinungsäußerungen schützt allein Art. 5 GG⁷⁹.

Inhaltlich bedeutet das keinen Unterschied. Die Meinungsfreiheit ist als objektive Ordnungsvorstellung innerhalb von Art. 9 Abs. 3 GG zu berücksichtigen und gibt so ein Mindestmaß an Schutz vor⁸⁰. Zugleich unterliegt auch die Betätigungsfreiheit der Koalition und ihrer Mitglieder im Ergebnis der Schranke der allgemeinen Gesetze. Die Koalitionsfreiheit gewährleistet absolut nur den Bestand der Koalitionen. Ihre Tätigkeit verlangt hingegen nach gesetzlicher Ausgestaltung⁸¹. Daran hat sich auch mit Aufgabe der Kernbereichsrechtsprechung des BVerfG⁸² nichts geändert⁸³. Aus der Befugnis des

75 LAG Hessen 15. 7. 2004 – 9 TaBV 190/03, juris; K/D/Z (Fn. 2), Art. 5 GG, Rn. 22; ErfK/Dieterich (Fn. 2), Art. 5 GG, Rn. 52.

76 BVerfG 6. 11. 1979 – 1 BvR 81/76, BVerfGE 52, 283; K/D/Z/Däubler (Fn. 2), Art. 5 GG, Rn. 23.

77 *Jarass/Pieroth* (Fn. 52), Art. 5 Rn. 85; offen gelassen BVerfG 6. 11. 1979 – 1 BvR 81/76, BVerfGE 52, 283; weiterführend zur Frage der »inneren Pressefreiheit« ErfK/Dieterich (Fn. 2), Art. 5 GG, Rn. 50 f. m. w. N.

78 BVerfG 26. 5. 1970 – 2 BvR 664/65, BVerfGE 28, 295 = SAE 1972, 14 mit Anm. *Lieb; Bauer*, in: Dreier (Fn. 53), Art. 9 Rn. 104; *Howald*, Das Kommunikationsgrundrecht der Meinungsfreiheit und seine Kollision mit arbeitsvertraglichen Pflichten, 2004, S. 89.

79 BVerfG 28. 4. 1976 – 1 BvR 71/73, NJW 1976, 1627 für den Fall der Wahlwerbung von Gewerkschaftsmitgliedern für allgemeine politische Wahlen.

80 *Löwisch/Rieble*, in: Richardi/Wlotzke/Wißmann/Oetker, Münchner Handbuch zum Arbeitsrecht [zitiert: MünchArbR³], 3. Aufl. 2009, § 155 Rn. 14.

81 BVerfG 1. 3. 1979 – 1 BvR 532/77 u. a., BVerfGE 50, 290 (Mitbestimmungsurteil); 24. 4. 1996 – 1 BvR 712/86, BVerfGE 94, 268 = SAE 1997, 129 mit Anm. *Hufen; Butzer*, RdA 1994, 375, 377 ff.

82 BVerfG 14. 11. 1995 – 1 BvR 601/92, BVerfGE 93, 352 = SAE 1996, 317 mit Anm. *R. Scholz*.

83 Insoweit zutreffend BAG 19. 6. 2007 – 1 AZR 396/06, NZA 2007, 1055 = SAE 2008, 1 mit Anm. *Konzen*; dazu *Rieble*, BB 2008, 1506, 1508.

Gesetzgebers zur Ausgestaltung folgt einerseits die Pflicht des Staates, eine normative Grundlage für die Koalitionsbetätigung zu schaffen⁸⁴, andererseits die Bindung der Koalitionen an die geltenden Gesetze⁸⁵. Verfassungsrechtlich ist die Ausgestaltung der Koalitionsfreiheit nur am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, am Gleichheitssatz und am Gebot des Vertrauensschutzes zu messen⁸⁶. Dass einer Gewerkschaft oder einem Arbeitgeberverband bei Meinungsäußerungen mehr Freiraum zu gewähren ist als anderen Meinungsträgern, dass sie also kraft der Koalitionsfreiheit ein Vorrecht auf »härtere«, »scho-
nungslosere« oder »verletzendere« Äußerungen hätten, lässt sich schwerlich begründen.

III. Allgemeine Grenzen

Ungeachtet eventueller vertraglicher Bindungen reicht die Meinungsfreiheit im Betrieb zunächst nicht weiter als im allgemeinen Rechtsverkehr.

1. Allgemeiner Ehrenschatz vor Beleidigung und Verleumdung

Wer sich im Betrieb zu Wort meldet, muss das allgemeine Persönlichkeitsrecht der anderen achten – zumal strafrechtliche Konsequenzen nach den §§ 185 ff. StGB drohen. Formalbeleidigungen und Schmähkritik sind ebenso unzulässig wie bewusst unwahre Tatsachenbehauptungen. Geschützt sind alle Betriebsangehörigen, neben dem Arbeitgeber und seinen Repräsentanten⁸⁷ also auch die Arbeitnehmer im Verhältnis untereinander. Verboten sind nicht nur individuelle Attacken auf Einzelpersonen, sondern als Beleidigung unter einer Kollektivbezeichnung auch ehrverletzende Angriffe auf die Betriebsleitung insgesamt⁸⁸.

Ob eine Äußerung arbeitsrechtliche Konsequenzen rechtfertigt, steht damit noch nicht fest. Für eine Kündigung wegen Beleidigung des Arbeitgebers kommt es nicht auf die strafrechtliche oder auch nur die äußerungsrechtliche Wertung an, sondern auf die Störung des Vertrauensverhältnisses⁸⁹. Inwieweit Beleidigungen unter Kollegen eine Kündigung rechtfertigen, ist eine Frage des Einzelfalls (dazu unten IV).

84 Höfling, in: Sachs, GG, 4. Aufl. 2007, Art. 9 Rn. 77.

85 BVerfG 1. 3. 1979 – 1 BvR 532/77 u. a., BVerfGE 50, 290.

86 MünchArbR³/Löwisch/Rieble (Fn. 80), § 155 Rn. 78; vgl. auch Butzer, RdA 1994, 375, 380 f.

87 St. Rspr., etwa BAG 26. 5. 1977 – 2 AZR 632/76, AP Nr. 5 zu § 611 BGB Beschäftigungspflicht = SAE 1978, 242 mit Anm. Reuter; 2. 4. 1987 – 2 AZR 418/86, AP Nr. 96 zu § 626 BGB = SAE 1988, 119 mit Anm. Coester; 21. 1. 1999 – 2 AZR 665/98, AP Nr. 151 zu § 626 BGB = SAE 2000, 85 mit Anm. Büdenbender; 12. 1. 2006 – 2 AZR 21/05, AP Nr. 53 zu § 1 KSchG Verhaltensbedingte Kündigung.

88 BAG 15. 12. 1977 – 3 AZR 184/76, NJW 1978, 1874 = SAE 1978, 274 mit Anm. Leopold.

89 BAG 6. 11. 2003 – 2 AZR 177/02, juris.

2. Wahrheit und Sorgfaltspflicht

Ungeachtet des Streits, ob bewusst unwahre Tatsachenbehauptungen in den Schutzbereich der Meinungsfreiheit fallen, beschränkt sich der Schutz der Meinungsfreiheit nicht auf objektiv wahre Behauptungen⁹⁰. Es dürfen also nicht nur »unumstößliche Wahrheiten« geäußert werden – dass sich eine Behauptung im Nachhinein als unwahr erweist, entzieht ihr nicht rückwirkend den Schutz des Art. 5 Abs. 1 GG⁹¹. Die Meinungsfreiheit umfasst das »Recht zum Irrtum«⁹².

Dieses Recht ist allerdings im Interesse derer beschränkt, gegen die sich eine solche Äußerung richtet (praktische Konkordanz). So erlegt § 186 BGB dem Äußernden das Beweisrisiko für ehrenrührige Tatsachenbehauptungen auf⁹³. Nur wer alle zumutbaren Anstrengungen unternommen hat, den Wahrheitsgehalt einer Behauptung zu ergründen, ist vor nachteiligen Rechtsfolgen geschützt.

Das heißt zum einen, dass sich niemand auf Unkenntnis berufen kann, soweit es um Tatsachen aus seinem eigenen Kontroll- und Erfahrungsbereich geht. Wer dem Arbeitgeber etwa vorwirft, das arbeitsvertraglich vereinbarte Entgelt nicht vollständig zu zahlen, muss diese Behauptung zuvor durch einen Blick auf sein eigenes Konto überprüfen. Ebenso wenig geschützt sind evident unwahre Behauptungen. Das gilt nach der Rechtsprechung zum einen für Falschzitate⁹⁴, zum anderen vor allem für die sogenannte Ausschwitzlüge⁹⁵.

Darüber hinaus differenziert die Rechtsprechung zwischen Medien und Privatpersonen. Für erstere gelten strengere Anforderungen, weil ihren Äußerungen eine stärkere Wirkung zugeschrieben wird⁹⁶. Effektiven Ehrenschatz billigte das BVerfG der Gewerkschaft NGG gegen einen »Capital«-Artikel zu, der der NGG den Empfang von Arbeitgebergeld vorgeworfen hatte: unzureichende Tatsachengrundlage^{96a}. Dass Kritik an Arbeitgebern ähnlichen Maßstäben unterliegt, ist bislang nicht aufgefallen. Für den einzelnen Bürger heißt das wiederum, dass er auf die Zuverlässigkeit der Presseberichterstattung vertrauen darf. Unwidersprochene Presseberichte dürfen deshalb zur Grundlage von Tatsachenbehauptungen gemacht werden, solange sie nicht als unrichtig entlarvt wurden⁹⁷.

90 Degenhart (Fn. 54), Art. 5 Abs. 1 und 2 Rn. 109; Grimm, NJW 1995, 1697, 1699.

91 BVerfG 25. 6. 2009 – 1 BvR 134/03, WM 2009, 1706; Kammer 6. 12. 2002 – 1 BvR 802/00, NJW 2003, 1856; BVerfG 10. 11. 1998 – 1 BvR 1531/96, BVerfGE 99, 185; Schulze-Fielitz, in: Dreier (Fn. 53), Art. 5 Abs. 1 und 2 Rn. 284.

92 Pieroth/Schlink (Fn. 55), Rn. 599.

93 Dazu MüKoStGB/Regge, 2003, § 186 Rn. 30.

94 BVerfG 3. 6. 1980 – 1 BvR 797/78, BVerfGE 54, 208.

95 BVerfG 13. 4. 1994 – 1 BvR 23/94, BVerfGE 90, 241.

96 BGH 21. 6. 1966 – VI ZR 266/64, NJW 1966, 2010; BVerfG (Kammer) 27. 2. 2003 – 1 BvR 1811/97, NJW 2003, 1855; 9. 10. 1991 – 1 BvR 1555/88, BVerfGE 85, 1; 25. 6. 2009 – 1 BvR 134/03, WM 2009, 1706; 10. 11. 1998 – 1 BvR 1531/96, BVerfGE 99, 185.

96a BVerfG 16. 7. 2003 – 1 BvR 1172/99, NJW 2004, 277.

97 BVerfG 10. 11. 1998 – 1 BvR 1531/96, BVerfGE 99, 185; 9. 10. 1991 – 1 BvR 1555/88, BVerfGE 85, 1.

Im Zeitalter des Internet ist die Abgrenzung allerdings deutlich schwieriger geworden. Das »Web 2.0« mit Diskussionsforen, Kommentarseiten und virtuellen sozialen Netzwerken bietet auch dem einzelnen die Möglichkeit, schnell und effektiv eine große Öffentlichkeit zu erreichen. Verstärkt wird dieser Effekt dadurch, dass Suchseiten wie Google den Zugriff auf die anprangernde Äußerung »opfergerecht« präsentieren. Dieser Umstand ist in der Abwägung zwischen der Meinungsfreiheit des Äußernden und den Grundrechten des Betroffenen zu berücksichtigen – zumal es nicht einmal zwingend in der Macht des Äußernden liegt, eine unwahre Behauptung später wieder zu tilgen, etwa weil sie längst auf anderen Internetseiten aufgegriffen wurde⁹⁸. Eine pauschale Abgrenzung nach Presse und Privatpersonen wird dem nicht gerecht. Die zentrale Aussage des BVerfG ist eine andere: *Je schwerwiegender eine Äußerung die Interessen eines anderen beeinträchtigt, um so höhere Sorgfaltsanforderungen gelten für den Äußernden*⁹⁹. Dementsprechend verschärfen sich die Anforderungen für denjenigen, der seine Meinung im Netz publiziert.

Als Mindestmaß an Sorgfalt wird man aufbauend auf der bisherigen Linie der Rechtsprechung für Behauptungen außerhalb des eigenen Wahrnehmungsbereichs verlangen müssen, dass der Äußernde die Informationsquellen benennen kann, auf die er seine Behauptung stützt. In einem zweiten Schritt ist sodann zu klären, inwieweit das Vertrauen in einer ex-ante-Betrachtungsweise gerechtfertigt war. So wird man niemandem vorwerfen können, daß er mehrere übereinstimmende Presseberichte für bare Münze genommen hat.

Im Zweifel aber müssen Vermutungen als solche gekennzeichnet werden. Genügt eine Äußerung diesen Maßstäben nicht, sind für die Zukunft Unterlassungsansprüche denkbar, bei Fortwirkung der Beeinträchtigung auch eine Richtigstellung¹⁰⁰.

IV. Grenzen der Meinungsfreiheit im Arbeitsverhältnis

1. Innerbetriebliche Konflikte

a) Vertragsrechtliche Mäßigungspflicht (§ 241 Abs. 2 BGB)

Das Arbeitsverhältnis begründet zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer zusätzliche Rücksichtspflichten, wie sie zwischen beliebigen Dritten nicht bestehen. Das BAG hat deshalb über Jahrzehnte hinweg besondere Schranken der Meinungsfreiheit aus den »Grundregeln über die Arbeitsverhältnisse« hergeleitet, die es als allgemeine Gesetze i. S. d. Art. 5 Abs. 2 GG einstufte¹⁰¹. Hierzu zählt die Pflicht, mit dem eigenen Verhalten den Betriebsfrieden nicht erheblich zu gefährden und die Zusammenarbeit der Mitarbei-

98 Dazu *Greve/Schärdel*, MMR 2008, 644, 648 f.

99 BVerfG 25. 6. 2009 – 1 BvR 134/03, WM 2009, 1706; 25. 10. 2005 – 1 BvR 1696/98, BVerfGE 114, 339.

100 BVerfG 10. 11. 1998 – 1 BvR 1531/96, BVerfGE 99, 185.

101 BAG 3. 12. 1954 – 1 AZR 150/54, AP Nr. 2 zu § 13 KSchG; 28. 9. 1972 – 2 AZR 469/71, AP Nr. 2 zu § 134 BGB = SAE 1973, 157 mit Anm. *Buchner*; 26. 5. 1977 – 2 AZR 632/76, AP Nr. 5 zu § 611 BGB Beschäftigungspflicht = SAE 1978, 242 mit Anm. *Reuter*; 9. 12. 1982 – 2 AZR 620/80, AP Nr. 73 zu § 626 BGB = SAE 1984, 158 mit Anm. *Roemheld*; 12. 6. 1986 – 6 AZR 559/84, NZA 1987, 153.

ter im Betrieb nicht unzumutbar zu machen. In einer späteren Entscheidung erklärte es gar, die Arbeitnehmer dürften »nicht den Interessen des Arbeitgebers zuwiderhandeln oder diese beeinträchtigen«¹⁰².

Diese Rechtsprechung ist mit Recht als unscharf kritisiert worden¹⁰³. Eine besondere Beschränkung der Meinungsfreiheit im Arbeitsverhältnis kann sich nicht aus abstrakten »Grundregeln«, sondern nur aus konkreten Vertragspflichten der Parteien ergeben. Neuere Entscheidungen des BAG tragen dieser Erkenntnis Rechnung und stellen zutreffend auf eine Verletzung der *vertraglichen Rücksichtspflicht* der Parteien aus § 241 Abs. 2 BGB ab¹⁰⁴.

Das Arbeitsverhältnis verpflichtet beide Seiten nicht nur zu einer Leistung, deren Erfolg sie nicht gefährden dürfen, es macht sie auch in besonderem Maße verwundbar. Im Rahmen der Abwicklung können die Vertragspartner Rechtspositionen des jeweils anderen beeinträchtigen, die nicht Gegenstand des Leistungsaustauschs sind. Der Arbeitnehmer kann etwa, auch wenn er seine eigene Arbeit ordnungsgemäß erbringt, den Betriebsablauf so stören, dass die Arbeitsleistung der Kollegen leidet und der Arbeitgeber erhebliche Verluste zu verbuchen hat. Sein Einblick in den Betrieb und die Arbeitsabläufe kann Geheimhaltungsinteressen des Arbeitgebers gefährden – sei es, dass er Betriebsgeheimnisse erfährt, sei es, dass er mit Äußerungen in der Öffentlichkeit einen Imageschaden verursacht.

Umgekehrt kann der Arbeitgeber – etwa mit Leistungsbewertungen – das berufliche Fortkommen des Arbeitnehmers erheblich erschweren. Im Einzelfall ist nach der Wechselwirkungslehre immer abzuwägen, ob eine Meinungsäußerung nicht die Interessen des Vertragspartners in einem Ausmaß beeinträchtigt, das auch unter dem Gesichtspunkt der Meinungsfreiheit nicht mehr zu rechtfertigen ist.

b) Sonderfall: Öffentlicher Dienst

Eine besondere Mäßigungspflicht gilt für manche Bereiche des öffentlichen Dienstes. Zwar ist die Lehre von den besonderen Gewaltverhältnissen überwunden¹⁰⁵, so dass auch Staatsbedienstete sich auf die Meinungsfreiheit berufen können; das schließt jedoch nicht die Verpflichtung zu besonderer Zurückhaltung im öffentlichen Interesse aus. So gewährleistet § 6 Satz 1 Soldatengesetz (SG) ausdrücklich die Grundrechte der »Staatsbürger in Uniform«, Satz 2 verweist aber auf eventuell erforderliche Beschränkungen. § 10 Abs. 6 SG verpflichtet dementsprechend Offiziere und Unteroffiziere auf die Zurückhaltung, die erforderlich ist, um das Vertrauen als Vorgesetzte zu erhalten. § 17 Abs. 2 SG fordert auch vom einfachen Soldaten besondere Mäßigung. Als allgemeine Gesetze sind diese Beschränkungen verfassungskonform dahin auszulegen, dass sie sich nicht gegen den Inhalt von Äußerungen richten, sondern nur eine besonnene tolerante und sachliche Ausdrucksweise verlangen¹⁰⁶.

102 BAG 28. 9. 1972 – 2 AZR 469/71, NJW 1973, 77 = SAE 1973, 157 mit Anm. *Buchner*.

103 ErfK/*Dieterich* (Fn. 2), Art. 5 GG, Rn. 32; *Preis/Stoffels*, RdA 1996, 210, 211 f.

104 BAG 24. 11. 2005 – 2 AZR 584/04, NZA 2006, 650; 12. 1. 2006 – 2 AZR 21/05, NZA 2006, 917.

105 Dazu Handbuch der Grundrechte/*Graf Vitzthum* (Fn. 51), § 48 Rn. 19 ff., 35 ff.

106 BVerwG 22. 10. 2008 – 2 WD 1/08, BVerwGE 132, 179 m. w. N.

c) Arbeitsvertragliche Verpflichtung auf den Betriebsfrieden?

(1) Störung des Betriebsablaufs

Auch in der Privatwirtschaft hat der Arbeitgeber ein Interesse daran, Konflikte aus dem Betrieb möglichst fernzuhalten, um die Arbeit nicht zu beeinträchtigen. Deshalb soll der Arbeitnehmer verpflichtet sein, den Betriebsfrieden zu wahren¹⁰⁷. Gemeint ist ein »Zustand friedlichen Zusammenlebens und Zusammenwirkens zwischen den Betriebsangehörigen«¹⁰⁸. Das BetrVG verwendet den unbestimmten Rechtsbegriff¹⁰⁹ in § 74 Abs. 2 Satz 2 in Abgrenzung zum Arbeitsablauf. Der betriebsverfassungsrechtliche Betriebsfriedensbegriff ist jedoch nicht zwingend mit dem individualarbeitsrechtlichen identisch, zumal letzterer ohnehin nicht gesetzlich normiert ist¹¹⁰.

Dessen ungeachtet ist der Betriebsfrieden kein taugliches Kriterium, um einen Ausgleich zwischen der Meinungsfreiheit der Arbeitnehmer und der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit des Arbeitgebers zu schaffen. Statt dessen wird der Blick auf das eigentliche Problem verstellt: Wie überall sonst entstehen auch am Arbeitsplatz Konflikte – diesen Umstand müssen alle Beteiligten hinnehmen. Die Rechte des Arbeitgebers sind erst verletzt, wenn das Arbeitsergebnis leidet. Dass ein Arbeitnehmer für Missstimmungen im Kollegium sorgt, bedeutet deshalb allein noch keine Verletzung arbeitsvertraglicher Pflichten. Rein »atmosphärische Störungen« des Betriebsklimas sind nicht verboten¹¹¹ – der Arbeitnehmer schuldet keine Friedhofsruhe. Vielmehr ist es normal, dass Betriebe nicht nur Orte der Arbeitsleistung, sondern auch der Kommunikation sind. Wenn eine Äußerung hingegen eine *konkrete Störung des Betriebsablaufs* verursacht, ist die unternehmerische Freiheit des Arbeitgebers (Art. 12 GG) beeinträchtigt und kann in der Abwägung die Meinungsfreiheit des Arbeitnehmers überwiegen¹¹².

Der Betriebsfrieden spielt also eine mittelbare Rolle: Wer Zerwürfnisse in der Arbeitnehmerschaft verursacht, stört die Zusammenarbeit unter den Kollegen und beeinträchtigt den reibungslosen Arbeitsablauf. Darin liegt eine Verletzung der arbeitsvertraglichen Rücksichtspflicht aus § 241 Abs. 2 BGB¹¹³. Eine darüber hinausgehende Friedenspflicht kennt das Gesetz nach § 74 Abs. 2 BetrVG nur für die Organe der Betriebsverfassung und betriebsverfassungsrechtliche Funktionsträger¹¹⁴. Auf der anderen Seite können aber überempfindliche Reaktionen von Mitarbeitern oder Vorgesetzten die Äußerungsfreiheit nicht beschränken. Dass es Arbeitnehmer gibt, die jede Form von Kritik als Mobbing verstehen und darauf mit Beschwerden und Gekeife reagieren, macht nicht die Äußerung rechtswidrig. Die Meinungsfreiheit verlangt nicht nur dem Arbeitgeber,

107 Kissel, NZA 1988, 145; MünchArbR²/Blomeyer (Fn. 49), § 53 Rn. 86.

108 So GK-BetrVG/Kreutz, 9. Aufl. 2010, § 74 Rn. 130; ähnlich BAG 9. 12. 1982 – 2 AZR 620/80, NJW 1984, 1142 = SAE 1984, 158 mit Anm. Roembeld.

109 So Germelmann, Der Betriebsfrieden im Betriebsverfassungsrecht, 1972, S. 96 f.

110 Ähnlich Däubler, Gewerkschaftsrechte im Betrieb, 10. Aufl. 2000, Fn. 526 auf S. 162.

111 K/D/Z/Däubler (Fn. 2), Art. 5 GG, Rn. 16; ErfK/Dieterich (Fn. 2), Art. 5 GG, Rn. 34.

112 Schulze-Fielitz, in: Dreier (Fn. 53), Art. 5 Abs. 1 und 2 Rn. 303; K/D/Z/Däubler (Fn. 2), Art. 5 GG, Rn. 13.

113 So auch Reichold, in: Richardi/Wlotzke/Wißmann/Oetker, Münchner Handbuch zum Arbeitsrecht [zitiert: MünchArbR³], 3. Aufl. 2009, § 49 Rn. 18.

114 GK-BetrVG/Kreutz (Fn. 108), § 74 Rn. 106, 131.

sondern auch dem kritisierten Arbeitnehmer Toleranz ab. Ein Recht auf Ungestörtsein, auf kommunikative Sterilität lässt sich der Meinungsfreiheit nicht entgegen stellen.

(2) Politische Agitation

Wie schwer die Grenze im Einzelfall zu ziehen ist, zeigt sich in den Fällen politischer Betätigung im Betrieb. Kein Arbeitnehmer darf seine Kollegen ständig mit Propaganda überziehen – das macht den Adressaten zum Objekt politischer Missionierung. Erhebliche Spannungen in der Belegschaft sind programmiert, zumal sich die Betroffenen während der Arbeitszeit nicht auf Diskussionen einlassen können, ohne ihre eigene Arbeitspflicht zu verletzen¹¹⁵.

Der Übergang von der zulässigen Kundgabe der eigenen Überzeugung zur unzulässigen Propaganda ist fließend. Während das BAG den Arbeitnehmern zubilligt, ihre politische Einstellung mit einer Anstecknadel zum Ausdruck zu bringen¹¹⁶, hat es das Tragen einer »Anti-Strauß-Plakette« offenkundig als politische Agitation gewertet und es genügen lassen, dass einzelne Arbeitnehmer Anstoß nahmen¹¹⁷. Das ist so nicht richtig. Ohne konkrete Beeinträchtigung des betrieblichen Arbeitsablaufs fehlt es an einer Verletzung des Arbeitsvertrags¹¹⁸ – eine bloß abstrakte Gefährdung genügt nicht¹¹⁹. Allerdings wird der Arbeitsablauf auch schon dann beeinträchtigt, wenn andere Arbeitnehmer sich über solche Missionierung beschweren.

Für die Agitation außerhalb des Betriebs gelten diese Grenzen nicht. Jeder Arbeitnehmer hat das Recht, sich politisch zu engagieren. Dass er dabei extreme Positionen einnimmt, für die NPD oder eine kommunistische Organisation eintritt – oder in der Linken die massiven Menschenrechtsverstöße des DDR-Regimes relativiert, das kann keine arbeitsvertraglichen Rücksichtnahmepflichten verletzen. Auch wenn die Kollegen »nichts mit dem Nazi« zu tun haben wollen, verletzt außerbetriebliche Meinungskundgabe keine Pflichten. Im öffentlichen Dienst kann das etwas anders sein (eben b)).

Eine konkrete Störung des Arbeitsablaufs ist dem Arbeitnehmer nur zuzurechnen, wenn er seine Agitation konkret auf den Betrieb ausrichtet, etwa vor den Werkstoren Flugblätter an die Kollegen verteilt, die auf dem Weg zum oder vom Arbeitsplatz sind. Ein solches gezieltes »Hineinwirken« in den Betrieb ist innerbetrieblichem Engagement gleichzusetzen¹²⁰. Demgegenüber kann der Arbeitgeber nicht verbieten, dass seine Beschäftigten im Internet für ihre Überzeugungen werben, auch wenn daraus Kontroversen in der Belegschaft bestehen. Entscheidend ist immer, ob der Betrieb (ein) Hauptziel der Agitation ist, oder ob er lediglich im Rahmen einer an die Allgemeinheit gerichteten Kampagne nicht anders als andere betroffen ist.

115 BAG 9. 12. 1982 – 2 AZR 620/80, NJW 1984, 1142 = SAE 1984, 158 mit Anm. *Roemheld; Degenhart* (Fn. 54), Art. 5 Abs. 1 und 2 Rn. 255.

116 BAG 9. 12. 1982 – 2 AZR 620/80, DB 1983, 2678 = SAE 1984, 158 mit Anm. *Roemheld*; ausführlich zur Rechtsprechung *Buschmann/Grimberg*, AuR 1989, 65, 67 ff.

117 BAG 9. 12. 1982 – 2 AZR 620/80, DB 1983, 2678 = SAE 1984, 158 mit Anm. *Roemheld*.

118 Wie hier MünchArbR³/*Reichold* (Fn. 113), § 49 Rn. 18; ErfK/*Dieterich* (Fn. 2), Art. 5 GG, Rn. 34.

119 MünchArbR²/*Blomeyer* (Fn. 49), § 53 Rn. 86.

120 BAG 13. 1. 1956 – 1 AZR 167/55, SAE 1956, 98 mit Anm. *Osswald*; 21. 2. 1978 – 1 ABR 54/76, DB 1978, 1547 = SAE 1979, 59 mit Anm. *Bohn*.

d) Meinungskampf und Mobbing

(1) Fehlende Ausweichmöglichkeit

Der Arbeitnehmer kann sich nicht aussuchen, mit wem er im Betrieb zusammenarbeitet. Der Arbeitgeber organisiert die Arbeit nach seinem Belieben. Nur wenige Arbeitnehmer haben die Wahl, von zu Hause aus ihre Leistung zu erbringen, insofern steht der Arbeitnehmer im »Zwangskontakt« mit den Kollegen. Das bedeutet auch, dass er sich dem betrieblichen Meinungskampf nicht entziehen kann, ohne seine Arbeitspflicht zu verletzen. Nur in Extremfällen kann die Arbeitsleistung nach § 275 Abs. 3 BGB unzumutbar sein¹²¹.

Rücksicht auf die Rechtsgüter und Interessen des Arbeitnehmers (§ 241 Abs. 2 BGB) bedeutet daher auch, dass der Arbeitgeber die Arbeitnehmer vor Angriffen schützt, derer sie sich wegen ihrer Eingliederung in den Betrieb ausgesetzt sehen und derer sie sich gerade wegen ihrer arbeitsvertraglichen Bindungen nicht erwehren können.

(2) Belästigungsschutz nach AGG

In § 12 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 3 AGG hat der Gesetzgeber diese Schutzpflicht festgeschrieben. Danach hat der Arbeitgeber dafür zu sorgen, dass Diskriminierungen wegen eines in § 1 AGG genannten Merkmals im Betrieb unterbleiben. Eine verbotene Benachteiligung kann gemäß § 3 Abs. 3 AGG auch in einer Belästigung bestehen, also einer Verhaltensweise, welche die Würde des Gegenübers missachtet und ein feindliches (Arbeits-)Umfeld schafft. Das Gesetz umschreibt damit den im allgemeinen Sprachgebrauch seit einigen Jahren verbreiteten Begriff des »Mobbing«¹²². Voraussetzung ist das Zusammentreffen ineinander greifender Tathandlungen, die jeweils für sich genommen nicht zwingend rechtswidrig zu sein brauchen¹²³. Damit wird die zielgerichtete soziale Missachtung, die nicht zuletzt durch ständige unterschwellige Kritik zum Ausdruck gebracht werden kann, rechtlich sanktioniert. Im Ergebnis wird damit auch die Meinungsfreiheit des Einzelnen im Betrieb eingeschränkt. Dahinter steht der Schutz anderer Rechtsgüter mit Verfassungsrang, namentlich die Menschenwürde des Betroffenen¹²⁴. Der Gesetzgeber erfüllt seine Schutzpflicht aus Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG, indem er auch die Meinungsfreiheit im Einzelfall begrenzt.

Der Belästigungsschutz sanktioniert also an sich erlaubte Äußerungen und Verhaltensweisen auf Grund ihrer zielgerichteten Kumulation. Zwar stellt das wiederholte Nichterwidern des Grußes eines Vorgesetzten jedenfalls keine grobe Beleidigung dar¹²⁵, ein solches Verhalten kann jedoch im Zusammenhang mit weitergehender sozialer Missachtung des Betroffenen gegen § 2 Abs. 1 i. V. m. § 3 Abs. 3 AGG verstoßen, wenn darin etwa eine rassistische Gesinnung zum Ausdruck kommt.

121 Wickler/Hänsch, Handbuch Mobbing-Rechtsschutz, 2004, Teil 3 Rn. 28 ff.

122 BAG 6. 11. 2003 – 2 AZR 177/02, juris.

123 Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2. Aufl. 2008, § 3 Rn. 46; zur rechtlichen Bewertung vor Inkrafttreten des AGG: Rieble/Klump, ZIP 2002, 369, 371 f.

124 Bauer/Göpfert/Krieger (Fn. 123), § 1 Rn. 11.

125 LAG Köln 29. 11. 2005 – 9 (7) Sa 657/05, juris.

(3) Konflikte unter Kollegen

Das BAG hat in einem obiter dictum bereits erwogen, die Schutzpflicht des Arbeitgebers aus § 12 AGG analog auch in Fällen zur Anwendung zu bringen, in denen Mobbing nicht durch in § 1 AGG genannten Gründen motiviert ist¹²⁶. Gegen eine solche Analogie spricht schon der abschließende Charakter des § 1 AGG¹²⁷, zum anderen ist sie entbehrlich, weil die diskriminierungsrechtliche Schutzpflicht nur ein Ausschnitt der *allgemeinen Schutzpflicht* des Arbeitgebers ist¹²⁸. Dieser hat im Rahmen der Betriebsleitung dafür zu sorgen, dass Persönlichkeitsrechte im Betrieb nicht verletzt werden. Verletzt er diese Pflicht, steht dem betroffenen Arbeitnehmer ein Zurückbehaltungsrecht aus § 273 BGB zu, bis der Arbeitgeber für zumutbare Arbeitsbedingungen sorgt¹²⁹.

Diese Schutzpflicht wiederum hat Auswirkungen auf die Mäßigungspflicht der Arbeitnehmer. Sie sind vertraglich dem Arbeitgeber, nicht aber den Kollegen zur Rücksicht verpflichtet. Nach dem oben (c) [1]) Gesagten, wäre der Arbeitsvertrag erst verletzt, wenn eine Äußerung zwischen den Mitarbeitern zu solchen Zerwürfnissen führt, dass die Effektivität der betrieblichen Zusammenarbeit darunter leidet. Die in § 241 Abs. 2 BGB angesprochene Rücksicht auf die Interessen des Vertragspartners umfasst aber auch die Rücksicht auf seine Verpflichtungen. Die Arbeitnehmer sind daher dem Arbeitgeber verpflichtet, keine Kollegen zu diskriminieren, so wie dieser jeweils Schutz gegen Diskriminierungen schuldet¹³⁰. Im Anwendungsbereich des AGG bestimmt dessen § 7 Abs. 3 ausdrücklich, dass die Diskriminierung von Kollegen (eigene) arbeitsvertragliche Pflichten verletzt¹³¹.

Auch wenn der Arbeitsvertrag grundsätzlich keine Schutzpflichten zugunsten anderer Arbeitnehmer auslöst, weswegen der eine Arbeitnehmer der Meinungsäußerung des anderen keine (abgeleiteten) Vertragsrechte entgegensetzen kann, bleiben für den direkten Interessenausgleich zwischen dem Äußernden und seinem Opfer doch deliktische Positionen – insbesondere das allgemeine Persönlichkeitsrecht, das einem Opfer einen eigenen Abwehranspruch gegen den Arbeitgeber vermittelt. Wenn aber das Opfer einer Meinungsattacke selbst aus § 1004 BGB vom Täter Widerruf einer belastenden Tatsachenbehauptung und Unterlassung weiterer Beeinträchtigungen verlangen kann, dann stellt sich die weitere Frage, ob die Schutzpflicht des Arbeitgebers in diesen Fällen nicht subsidiär zurücktritt. Schon die Belästigungsabwehrpflicht des Arbeitgebers nach dem AGG reicht nur soweit, wie der Arbeitgeber das konkrete Kommunikationsumfeld beherrscht. Schon für § 12 AGG wird man also fragen müssen, ob der Arbeitgeber bei jeder

126 BAG 25. 10. 2007 – 8 AZR 593/06, juris = SAE 2008, 285 mit Anm. *Lange*.

127 ErfK/*Schlachter* (Fn. 2), § 1 AGG, Rn. 3; *Wendeling-Schröder/Stein*, AGG, 2008, § 1 Rn. 8; für die Richtlinie 2000/78/EG EuGH 11. 7. 2006 – Rs. C-13/05, NZA 2006, 839 = SAE 2007, 222 mit Anm. *Schrader/Müller*.

128 So wohl auch BAG 25. 10. 2007 – 8 AZR 593/06, juris = SAE 2008, 285 mit Anm. *Lange*.

129 LAG Schleswig-Holstein 29. 11. 2007 – 1 Sa 202/07, juris; *Wickler/Hänsch* (Fn. 121), Teil 3 Rn. 26 f.

130 *ErK/Preis*, (Fn. 2), § 611 BGB, Rn. 738; *MünchArbR²/Blomeyer* (Fn. 49), § 53 Rn. 82 a. E.; *MünchArbR³/Reichold* (Fn. 113), § 49 Rn. 14.

131 Dazu *MünchArbR³/Reichold* (Fn. 113), § 49 Rn. 39 f.

merkmalsbezogenen abwertenden Äußerung auf der Toilette oder in der Kantine eingreifen muss.

Eine über die Eigenverantwortung des Arbeitnehmers für seine Persönlichkeitsrechtswahrung hinausreichende Schutzpflicht des Arbeitgebers ist nur zu begründen, wenn die Behelligung unmittelbar am Arbeitsplatz erfolgt, so dass der Arbeitnehmer nicht ausweichen kann. Sonst würde der Arbeitgeber letztlich zum Rechtswahrer des für unmündig gehaltenen Arbeitnehmers.

e) Extremistische Ansichten

(1) Gesinnung ist kein Kündigungsgrund

Immer wieder müssen sich die Arbeitsgerichte mit Ausländerfeindlichkeit im Betrieb beschäftigen. Die Mehrzahl der Fälle betrifft Kündigungen wegen solcher Äußerungen, bisweilen sind auch Meinungsbekundungen der Arbeitgeberseite Gegenstand der Verfahren. Obwohl auf Grund des heiklen Themas Unsicherheit herrscht und die Arbeitsgerichte immer in Gefahr sind, sich dem (ebenso einseitigen) Vorwurf einer »Betriebsblindheit auf dem rechten Auge« auszusetzen¹³², sind auch diese Fälle nach den dargestellten Grundsätzen zu lösen.

Allein die Mitgliedschaft eines Beschäftigten in einer extremistischen Vereinigung oder betriebsexterne Aktivitäten sind für das Arbeitsverhältnis nicht relevant, weil diese selbst keine Arbeitsvertragspflichten verletzen – sondern allenfalls daraus resultierende Folgekonflikte¹³³. Eine Gesinnung zu haben, kann keine Pflichten aus dem Arbeitsvertrag verletzen¹³⁴, wohl aber kann die Kundgabe dieser Gesinnung nach außen eine Pflichtverletzung darstellen.

Vollkommen richtig hat das LAG Düsseldorf die in einem innerbetrieblichen Gespräch geäußerte Meinung einer Busfahrerin, bei ihren Fahrgästen handele es sich zum größten Teil um Abschaum(!), nicht einmal für eine ordentliche Kündigung genügen lassen. Die Kündigung ist erst möglich, wenn sich diese innere Einstellung der Arbeitnehmerin auf ihre Arbeitsleistung auswirkt¹³⁵.

(2) Konkret vertragswidriges Verhalten

Im Einzelfall – namentlich bei einem Lehrer – kann etwa eine rechtsextreme Äußerung einen Verstoß gegen die Hauptleistungspflicht darstellen¹³⁶. Einen eigenständigen Kündigungsgrund des ausländerfeindlichen Verhaltens gibt es jedoch nicht¹³⁷ – das Kündigungsrecht dient der Bewältigung spezifisch arbeitsrechtlicher Probleme, nicht der

132 *Krummel/Küttner*, NZA 1996, 67, 74.

133 BAG 28. 9. 1972 – 2 AZR 469/71, DB 1972, 2356 für die Mitgliedschaft in der DKP = SAE 1973, 157 mit Anm. *Buchner*; 20. 7. 1989 – 2 AZR 114/87, NJW 1990, 597: DKP-Mitglied bei der Post; 28. 9. 1989 – 2 AZR 317/86, NJW 1990, 1196: DKP-Aktivitäten eines Hauptschullehrers.

134 BAG 11. 12. 1975 – 2 AZR 426/74, DB 1976, 679.

135 LAG Düsseldorf 19. 12. 1995 – 8 Sa 1345/95, LAGE § 626 BGB Nr. 91.

136 BAG 5. 11. 1992 – 2 AZR 287/92, juris.

137 Wie hier: BAG 1. 7. 1999 – 2 AZR 676/98, NZA 1999, 1270; *Krummel/Küttner* (Fn. 132), S. 76; *Korinth*, AuR 1993, 105; a. A.: ArbG Bremen 29. 6. 1994 – 7 Ca 7160/94, BB 1994, 1568; anscheinend auch K/D/Z (Fn. 2), Art. 5 GG, Rn. 18 f.

staatsbürgerlichen Erziehung der Arbeitnehmer¹³⁸. Anders war das in der verblichenen DDR mit ihren betrieblichen Konfliktkommissionen. Das Recht zur verhaltensbedingten Kündigung steht dem Arbeitgeber zu als Reaktion auf *vertragswidriges* Verhalten des Arbeitnehmers. Es setzt daher eine konkrete Störung des Vertragsverhältnisses voraus, sei es betriebsintern oder im Verhältnis des Unternehmens zur Öffentlichkeit.

Dass ein Arbeitnehmer als Privatperson mit einer Äußerung heftigen Widerspruch erregt, lässt das Arbeitsverhältnis unberührt. Dass etwa dem Bundesbank-Vorstand *Thilo Sarrazin* nach seinem kontroversen Interview zu türkischen Migranten in Deutschland ein Rücktritt nahegelegt¹³⁹ oder gleich seine Entlassung gefordert wurde¹⁴⁰, gehört zum öffentlichen Meinungskampf, den Art. 5 Abs. 1 GG auch in seiner Banalität schützt. Arbeitsvertragliche Konsequenzen schieden hingegen – Arbeitnehmerstatus unterstellt – aus.

Im Rahmen der Arbeitsleistung gilt ein strengerer Maßstab. Hier muss der Arbeitnehmer auf die Außenbeziehungen des Arbeitgebers Rücksicht nehmen. Wer etwa in seinem Büro ein Hitler-Bild aufhängt, gefährdet die Geschäftsbeziehungen des Arbeitgebers, wenn Kunden Zugang zu diesem Raum haben¹⁴¹. Außerdem entscheidet immer noch der Arbeitgeber über die »Möblierung« seiner Arbeitsräume. Dasselbe gilt für einen Außendienstmitarbeiter, der seine beruflichen Kontakte nutzt, um rechtsextreme Schriften zu verteilen¹⁴².

Für rein betriebsinterne fremdenfeindliche Äußerungen gilt demgegenüber das Postulat der Meinungsfreiheit, solange sie keinen Straftatbestand erfüllen und im konkreten Fall nicht das Persönlichkeitsrecht eines Beteiligten verletzen¹⁴³. Selbst wenn danach keine Vertragsverletzung vorliegt, darf das Betriebsklima nicht in einem Maße beeinträchtigt werden, dass die Effektivität der Arbeit leidet¹⁴⁴.

So hat das BAG die Kündigung eines Auszubildenden gebilligt, der seinem ausländischen Kollegen ein Schild mit der Aufschrift »Arbeit macht frei – Türkei schönes Land« an den Arbeitsplatz legte. Zur Begründung stellte es maßgeblich darauf ab, dass in der Folge – das Opfer versuchte den Täter ausfindig zu machen – der Betriebsablauf gestört wurde und dass der Arbeitgeber verpflichtet sei, den Betroffenen vor Beleidigungen zu schützen¹⁴⁵.

138 Ähnlich *Korinth* (Fn. 137), AuR 1993, 105, 111; *Schmitz-Scholemann*, BB 2000, 926, 930.

139 »Weber legt Sarrazin Rücktritt nahe«, SZ 3. 10. 2009, www.sueddeutsche.de/politik/427/489810/text [15. 2. 2010].

140 »Sarrazin gehört gefeuert«, SZ 2. 10. 2009, www.sueddeutsche.de/politik/403/489787/text [15. 2. 2010].

141 ArbG Frankfurt a. M. 28. 1. 1993 – 2 Ca 238/92, AuR 1993, 415.

142 ArbG Hannover 22. 4. 1993 – 11 Ca 633/92, AuR 1993, 415 (Ls.).

143 LAG Hamm 11. 11. 1994 – 10 (19) Sa 100/94, AuR 1995, 422; ArbG Siegburg 4. 11. 1993 – 4 Ca 1766/9, NZA 1994, 698; ähnlich auch BAG 1. 7. 1999 – 2 AZR 676/98, NZA 1999, 1270.

144 BAG 1. 7. 1999 – 2 AZR 676/98, NZA 1999, 1270; LAG Hamm 11. 11. 1994 – 10 (19) Sa 100/94, AuR 1995, 422; LAG Köln 17. 12. 1993 – 13 Sa 748/93, AuR 1994, 315.

145 BAG 1. 7. 1999 – 2 AZR 676/98, NZA 1999, 1270.

(3) Nationalsozialistisches Gedankengut

Diese Maßstäbe gelten für Extremismus und Fanatismus jeder Art – und damit auch für nationalsozialistisches Gedankengut. Die Verfassung schützt – abgesehen vom Recht der persönlichen Ehre, das Art. 5 Abs. 2 GG ausdrücklich nennt – Meinungsäußerungen ohne Rücksicht auf ihren Inhalt. Das BVerfG macht davon für nationalsozialistische Propaganda eine – verfassungsrechtlich fragwürdige – Ausnahme¹⁴⁶. Dass das Grundgesetz »geradezu als Gegenentwurf zu dem Totalitarismus des nationalsozialistischen Regimes gedeutet werden« kann¹⁴⁷, steht außer Zweifel. Dass aber der eindeutige Verfassungswortlaut durch einfaches Gesetz gestützt auf nebulöse Erwägungen zum ebenso unbestreitbaren Ausmaß der Schrecken des nationalsozialistischen Terrorregimes und zur »geschichtsgeprägte[n] Identität der Bundesrepublik Deutschland«¹⁴⁸ überwunden werden soll, überzeugt nicht.

Im Arbeitsrecht stellt sich nicht die Frage, inwieweit der Staat auf Grund historischer Erfahrungen eine bestimmte Ideologie bekämpfen darf. Das Augenmerk liegt auf der Vertragsbeziehung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Ob diese gestört ist, beurteilt sich grundsätzlich – ohne Rücksicht auf strafrechtliche Wertungen – nach den Folgen einer Äußerung und nicht nach ihrem Inhalt. Dass die Verharmlosung oder Verherrlichung des Massenmords an Juden im Dritten Reich ein schwerwiegender Verstoß gegen die »betriebliche Ordnung« sei, genügt zur Rechtfertigung einer Kündigung nicht¹⁴⁹. Sonst gerät die Kündigung zur Nebenstrafe.

Das bedeutet nicht, dass Arbeitgeber und Belegschaft wehrlos wären gegen Neonazis – im Gegenteil. Die Billigung der Nazi-Herrschaft kann arbeitsrechtliche Konsequenzen auch rechtfertigen, wenn kein Straftatbestand erfüllt ist. Voraussetzung ist lediglich, dass die Äußerung die innerbetrieblichen Beziehungen derart stört, dass der Arbeitsablauf leidet. Zu denken ist auch an die Außendarstellung des Arbeitgebers. Wenn bekannt wird, dass in seinem Betrieb nationalsozialistische Lieder gesungen werden, kann in der Öffentlichkeit der Eindruck entstehen, das Unternehmen billige derartiges Gedankengut¹⁵⁰.

f) Vertrauliche Äußerungen

Die arbeitsvertragliche Mäßigungspflicht gilt nicht nur für das Verhalten unmittelbar während der Arbeitsleistung. Auch ein Streit während der Pause kann Störungen im Arbeitsablauf provozieren – etwa weil die Arbeitnehmer wegen einer Diskussion zu spät an ihren Arbeitsplatz zurückkehren oder weil persönliche Beleidigungen die Zusammenarbeit erheblich behindern. Eine private Exklave für den Meinungskampf kann es im Betrieb daher nicht geben. Dass ein Streit nicht während der Arbeitszeit geführt wird, ist lediglich insofern von Bedeutung, als keine Hauptleistungspflichten verletzt werden.

Davon zu unterscheiden ist die Frage, inwieweit ein Arbeitnehmer darauf vertrauen darf, dass vertrauliche Äußerungen auch vertraulich bleiben. Dabei geht es weniger um

146 BVerfG 4. 11. 2009 – 1 BvR 2150/08, juris; zur Kritik *Volkemann*, NJW 2010, 417.

147 BVerfG 4. 11. 2009 – 1 BvR 2150/08, juris.

148 BVerfG 4. 11. 2009 – 1 BvR 2150/08, juris.

149 So aber BAG 1. 7. 1999 – 2 AZR 676/98, NZA 1999, 1270.

150 BAG 1. 7. 1999 – 2 AZR 676/98, NZA 1999, 1270.

Äußerungen im engsten Familienkreis, in dem auch der strafrechtliche Ehrschutz der §§ 185, 186 StGB nicht greift¹⁵¹. Aus arbeitsrechtlicher Sicht ist die Verletzung vertraglicher Pflichten maßgeblich¹⁵². Ein Arbeitnehmer verletzt mit kontroversen Äußerungen den Arbeitsvertrag, wenn er eine konkrete Störung des Betriebsablaufs auslöst. Wer sich etwa gegenüber einem Kollegen kritisch über einen Vorgesetzten äußert, muss nicht zwingend davon ausgehen, dass der andere diese Meinungsbekundung weitergibt¹⁵³. Bleibt die Äußerung jedoch nicht vertraulich und kommt es hierdurch zu einer Störung des Arbeitsablaufs, kann der Arbeitgeber grundsätzlich eine Abmahnung erteilen oder eine verhaltensbedingte Kündigung aussprechen. In der kündigungsspezifischen Abwägung ist dann zu berücksichtigen, inwieweit der Arbeitnehmer darauf vertrauen durfte, seine Äußerung werde vertraulich bleiben, etwa weil er zuvor mit seinem Gesprächspartner vertrauensvollen Umgang gepflegt habe¹⁵⁴. Die Darlegungs- und Beweislast für diesen Einwand trägt der Äußernde. Allerdings wird dem »Lästermaul« so ein zu leichter Ausweg aufgezeigt: Wer unter vier Augen polemisiert, weiß doch oder muss wissen, dass gerade die Heftigkeit der eigenen Äußerung einen spezifischen Anreiz fürs Weitertratschen setzt.

Überdies ist zu bedenken, dass eine solche Vertraulichkeitsausrede auch zu Lasten der Arbeitnehmer greifen muss: Wenn zwei Vorgesetzte einen Arbeitnehmer so richtig durch den Kakao ziehen, dann scheiden Maßnahmen gegen solche Lästerschwestern auch aus, wenn diese treuherzig ihre Vertraulichkeitserwartung schildern.

Vertraulich ist eine Äußerung von vornherein nicht, wenn sie sich an eine Vielzahl von Personen richtet. Wer sich etwa im gewerkschaftlichen Intranet polemisch zu betrieblichen Vorgängen äußert, kann nicht davon ausgehen, dass die Kritik nicht im Betrieb bekannt wird, auch wenn das Gewerkschaftsforum nur mit Passwort zugänglich ist¹⁵⁵. Kein Arbeitnehmer kann damit rechnen, dass solche Äußerungen den Betrieb nicht erreichen. Ein zugangsgeschützter (gewerkschaftlicher) Intranetraum, der für 800 Interessenten zugänglich ist, ist kein geschützter Kommunikationsbereich; äußern sich dort Arbeitnehmer polemisch zu Personen und Vorgängen im Betrieb, und löst das dann Irritationen im Betrieb aus (etwa weil diese Artikel durch anonymen Aushang am Schwarzen Brett bekannt werden), so kann dies entgegen dem BAG durchaus die verhaltensbedingte oder außerordentliche Kündigung des Arbeitnehmers rechtfertigen¹⁵⁶. Man stelle sich nur einmal umgekehrt vor, ein Arbeitgeberverband würde ein geschlossenes Intranet einrichten, in dem die Arbeitgeber untereinander Meinungen über auffällige, insbesondere ausgeschiedene Arbeitnehmer austauschten. Das wäre dann auch ein geschützter

151 Dazu *Rubmannseder*, NJW 2009, 2647, 2648 f.; MüKoStGB/Regge, 2003, vor § 185 ff. Rn. 58 ff.

152 BAG 24. 6. 2004 – 2 AZR 63/03, NZA 2005, 158.

153 BAG 10. 10. 2002 – 2 AZR 418/01, DB 2003, 1797; DFL/Kaiser, 3. Aufl. 2010, § 1 KSchG, Rn. 61.

154 So im Ergebnis auch BAG 30. 11. 1972 – 2 AZR 79/72, AP Nr. 66 zu § 626 BGB = SAE 1974, 17 mit Anm. *Bickel*.

155 DFL/Kaiser (Fn. 153).

156 DFL/Kaiser (Fn. 153).

Kommunikationsraum – von Sperrabreden (§ 75f HGB) könnte keine Rede sein. Ist das gewollt?

2. Meinungsbekundungen gegenüber Dritten

a) Keine umfassende Mäßigungspflicht bei privaten Äußerungen

Je mehr eine Äußerung dem Privatleben des Arbeitnehmers zuzurechnen ist und je weiter sie (im übertragenen Sinne) vom Betrieb entfernt getätigt wurde, um so stärker wiegt das Grundrecht der Meinungsfreiheit. Wie bei der politischen Agitation gilt: Ein gezieltes »Hineinwirken« in den Betrieb verdient keinen besonderen Schutz (oben 1. c) [2]). Wer hingegen in seiner Freizeit zufällig einen Kollegen trifft, darf von seiner Meinungsfreiheit Gebrauch machen, ohne bei jeder Äußerung zuvor abzuwägen, ob er damit im Betrieb Spannungen verursachen könnte.

b) Besondere Zurückhaltung im Rahmen der Arbeitsleistung

Gehört das Auftreten eines Arbeitnehmers nach außen aber zu seiner Arbeitspflicht, so muss er in besonderem Maße die Belange des Arbeitgebers beachten. Es liegt auf der Hand, dass ein Außendienstmitarbeiter bei der Äußerung seiner subjektiven Überzeugung nicht den Anschein erwecken darf, für seinen Arbeitgeber zu sprechen¹⁵⁷. Besondere Zurückhaltung mit eigenen Meinungsbekundungen kann man wegen der Ansehensgefahr der Indoktrination auch von Lehrern erwarten¹⁵⁸. Generell gilt, dass ein Arbeitnehmer bei der Arbeitsleistung die Interessen des Arbeitgebers zu wahren hat. Dieser Nebenpflicht wird er nicht gerecht, wenn er durch provokatives Verhalten Geschäftskontakte des Arbeitgebers stört¹⁵⁹.

c) Tatsachenbehauptungen

(1) Insiderinformationen

Besondere Zurückhaltung verlangt § 14 Abs. 1 Nr. 2 WPHG im Umgang mit Insiderinformationen. Verstöße werden nach § 39 Abs. 2 Nr. 3 WPHG als Ordnungswidrigkeit, bei Primärinsidern nach § 38 Abs. 1 Nr. 2 WPHG sogar als Straftat geahndet. Dieses Verbot schützt unmittelbar nur die Funktionsfähigkeit der Kapitalmärkte¹⁶⁰, nicht die Vertraulichkeitssphäre oder die Vermögensinteressen der betroffenen Unternehmen¹⁶¹. Mittelbar aber verstärkt es die arbeitsvertragliche Zurückhaltungspflicht, die auch die Pflicht zur Verschwiegenheit umfasst¹⁶². Der Arbeitgeber muss unter Compliance-Gesichtspunkten Insidergeschäfte seiner Arbeitnehmer nach Möglichkeit verhindern¹⁶³.

157 ErfK/Dieterich (Fn. 2), Art. 5 GG, Rn. 35.

158 BAG 2. 3. 1982 – 1 AZR 694/79, AP Nr. 8 zu Art. 5 Abs. 1 GG Meinungsfreiheit.

159 K/D/Z (Fn. 2), Art. 5 GG, Rn. 15; MünchArbR²/Blomeyer (Fn. 49), § 53 Rn. 88.

160 Mennicke, in: Fuchs, WpHG, 5. Aufl. 2009, vor § 12 Rn. 133; Assmann, in: Assmann/Schneider, WpHG, 5. Aufl. 2009, § 14 Rn. 7.

161 Bruder, Die Weitergabe von Insiderinformationen durch Arbeitnehmervertreter, 2007, S. 68 f. Fuchs/Mennicke (Fn. 160), vor § 12 Rn. 132; Assmann/Schneider (Fn. 160), § 14 Rn. 8.

162 Ausführlich Schmitt, Whistleblowing – »Verpfeifen« des Arbeitgebers, 2003, S. 108 ff.

163 Bruder (Fn. 161), S. 127 ff.

Verstöße gefährden die Reputation des Unternehmens und stören das Vertrauen im Arbeitsverhältnis. Die unbefugte Weitergabe von Insiderinformationen ist daher auch eine Verletzung des Arbeitsvertrags.

(2) Geschäftsschädigende Äußerungen in der Öffentlichkeit

Die arbeitsvertragliche Loyalitätspflicht umfasst die Rücksicht auf *Wettbewerbsinteressen des Arbeitgebers*¹⁶⁴. Eine bewusste Schädigung des Vertragspartners ist vertragswidrig, auch wenn sie außerhalb des unmittelbaren Vollzugs des Arbeitsverhältnisses geschieht. Gezielte Angriffe im öffentlichen Meinungskampf sind deshalb unter Umständen unzulässig. Die Meinungsfreiheit schützt den Arbeitnehmer nicht vor arbeitsrechtlichen Konsequenzen aus einer öffentlichen Herabwürdigung seines Arbeitgebers¹⁶⁵.

Davon zu unterscheiden sind die Fälle, in denen ein Arbeitnehmer konkrete betriebliche Missstände öffentlich kritisiert. Hier kann er sich zwar auf die Wahrnehmung berechtigter Interessen berufen (oben II.1.e)], muss aber zuvor innerbetrieblich auf Abhilfe drängen, sofern dies möglich und zumutbar ist¹⁶⁶. Rücksichtnahme auf den Vertragspartner bedeutet als absolutes Minimum, diesem nicht bewusst unnötigen Schaden zuzufügen. Unter Umständen weiß der Arbeitgeber in einem großen Betrieb gar nicht von dem Problem. Die Grenze der Zurückhaltungspflicht ist erreicht, wenn von vornherein feststeht, dass der Arbeitgeber auf eine Beanstandung nicht reagieren wird oder wenn die Bedeutung der Kritik über den Betrieb hinausreicht und auch die Öffentlichkeit betrifft¹⁶⁷.

Im Zuge von Arbeitskämpfen treten Gewerkschaftsvertreter in den Medien immer wieder als Sprachrohr der Belegschaft in Erscheinung. Diese Rolle entbindet Arbeitnehmer nicht von ihren arbeitsvertraglichen Pflichten. Ein Betriebsratsmitglied, das im Fernsehen erklärt, der Arbeitgeber stehe am Rande der Zahlungsunfähigkeit, muss mit einer fristlosen Kündigung rechnen, weil er mit solchen Gerüchten potentielle Kunden oder Kreditgeber des Arbeitgebers abschreckt und den Betrieb so konkret gefährdet¹⁶⁸. Dabei muss die Grenze zur Kreditgefährdung i. S. d. § 824 BGB nicht überschritten sein. Das Schuldverhältnis fordert von den Vertragsparteien nach § 241 Abs. 2 BGB mehr Rücksicht als es unter beliebigen Dritten der Fall ist. Der Arbeitnehmer schuldet zwar zunächst nur seine Arbeitsleistung und ist nicht unmittelbar auf den wirtschaftlichen Erfolg des Unternehmens verpflichtet. Wenn er aber die Existenz dieses Unternehmens gefährdet, so entwertet er zugleich die eigene Leistung¹⁶⁹.

164 Kissel, NZA 1988, 145, 150.

165 BAG 28. 9. 1972 – 2 AZR 469/71, NJW 1973, 77; MünchArbR³/Reichold (Fn. 113), § 49 Rn. 20.

166 LAG Baden-Württemberg 20. 10. 1976 – 6 Sa 51/76, EzA § 1 KSchG Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 8; Oetker, RdA 2004, 8, 18; K/D/Z (Fn. 2), Art. 5 GG, Rn. 17; Boemke/Gründel, ZfA 2001, 245, 266.

167 BGH 20. 1. 1981 – VI ZR 162/79, NJW 1981, 1089 (Fall Wallraff); K/D/Z (Fn. 2), Art. 5 GG, Rn. 17.

168 Vgl. den Fall des gekündigten Betriebsratsmitglieds der Dietz Motoren GmbH wegen einer solchen Äußerung bei »Spiegel TV«, Spiegel online 30. 10. 2009, www.spiegel.de/wirtschaft/soziales/0,1518,658423,00.html sowie netzeitung vom 30. 10. 2009, www.netzeitung.de/arbeitundberuf/1505619.html [29. 12. 2009].

169 Schmitt, Whistleblowing – »Verpfeifen« des Arbeitgebers, 2003, S. 33 f.

Reagiert der Arbeitgeber mit einer Kündigung, wird dies von Gewerkschaftsseite gern als Angriff auf die Meinungsfreiheit kritisiert¹⁷⁰ – ohne dass die Grenzen der Meinungsfreiheit gesehen werden. Billigt der Betriebsrat eine solche Kündigung gar, trifft ihn die »volle Verachtung« der Kollegen¹⁷¹. Dabei wird impliziert, die Arbeitgeberseite nutze nur die günstige Gelegenheit, einen unbequemen Arbeitnehmer loszuwerden. Das mag bisweilen zutreffen, begründet allein aber noch keinen Rechtsmissbrauch, wenn die Kündigung wegen der unzulässigen Meinungsäußerung objektiv gerechtfertigt ist. Dem deutschen Recht ist eine allgemeine Gesinnungsprüfung für Kündigungen unbekannt. Der Arbeitnehmer wird durch die Schwelle des Kündigungsgrundes hinreichend geschützt; ist diese überschritten, so ist – außerhalb des Schikane- und des Maßregelungsverbotens der §§ 226, 612a BGB vollkommen gleichgültig, aus welchen Erwägungen der Arbeitgeber die Kündigung ausspricht. Und das Suchen von Kündigungsgründen bei missliebigen Arbeitnehmern ist für sich genommen keine Maßregelung¹⁷².

Im Übrigen handelt es sich nicht um ein spezifisch arbeitsrechtliches Problem, sondern um eines des allgemeinen Vertragsrechts: Im Schuldverhältnis haben sich beide Seiten nach § 241 Abs. 2 so zu verhalten, dass die Rechtsgüter des anderen Teils – und auch das Vermögen – nicht verletzt werden¹⁷³. So bejahte der BGH gestützt auf diese Überlegung die Haftung der Deutschen Bank wegen einer Verletzung des Darlehensvertrags mit einem Unternehmen der Kirch-Gruppe im Zusammenhang mit Äußerungen über deren Kreditwürdigkeit¹⁷⁴.

d) Strafanzeigen

(1) Arbeitnehmer

Ein Bemühen um innerbetriebliche Abhilfe wird vom Arbeitnehmer auch verlangt, bevor er eine Strafanzeige gegen seinen Arbeitgeber stellt¹⁷⁵. Gemeint sind nicht die Fälle, in denen der Arbeitnehmer selbst der Verletzte ist – hier können ihn auch arbeitsvertragliche Bindungen nicht daran hindern, sich an die Strafverfolgungsbehörden zu wenden. Gleiches gilt für die Selbstanzeige eines tatbeteiligten Arbeitnehmers¹⁷⁶, der schon mit Blick auf die Strafzumessung ein berechtigtes Interesse hat, die Tat aufzudecken. Fraglich ist vielmehr, ob eine Anzeige betrieblicher Missstände zulässig ist, wenn diese womöglich eine Straftat darstellen (sog. Whistleblowing). Das BVerfG hat klargestellt, dass die Wahrnehmung staatsbürgerlicher Rechte im Strafverfahren nach dem Rechtsstaatsprin-

170 Vgl. den Bericht der IG Metall Esslingen (www.esslingen.igm.de/news/meldung.html?id=34041 [29. 12. 2009]).

171 Resolution von Betriebsratsvorsitzenden aus dem Landkreis Esslingen, Fn. 170 im Anhang.

172 Instrukтив *Diller*, »Gesuchte« Kündigungsgründe, NZA 2006, 569; zustimmend *MüKoBGB/Müller-Glöge*, 5. Aufl. 2009, § 612 a Rn. 13.

173 BGH 23. 7. 1997 – VIII ZR 130/96, NJW 1997, 3304.

174 BGH 24. 1. 2006 – XI ZR 384/03, NJW 2006, 830.

175 Grundlegend *Denck*, DB 1980, 2132 ff.

176 *Herbert/Oberrath*, NZA 2005, 193, 198.

zip in aller Regel keine zivilrechtlichen Nachteile begründen kann¹⁷⁷. Das BAG ist dieser Linie gefolgt. Eine Anzeige soll danach nur dann als Pflichtverletzung eine Kündigung rechtfertigen, wenn sie sich als unverhältnismäßige Reaktion darstellt, etwa weil dem Arbeitnehmer nicht an Abhilfe, sondern an einer Schädigung des Arbeitgebers gelegen ist, oder – je nach den Umständen des konkreten Falles – weil der Arbeitgeber selbst von dem angezeigten Sachverhalt gar keine Kenntnis hatte¹⁷⁸.

Auch hier geht es um praktische Konkordanz – zwischen der Meinungsfreiheit des Arbeitnehmers und der Berufsfreiheit des Arbeitgebers. Ist eine Strafanzeige unverhältnismäßig, überwiegen in der Abwägung die Rechte des Arbeitgebers, und die Anzeige stellt eine Vertragsverletzung dar. Die *Verhältnismäßigkeit* beurteilt sich nach denselben Kriterien wie die Zulässigkeit öffentlicher Kritik an betriebsinternen Vorgängen. Der Arbeitgeber hat in der Regel ein berechtigtes Interesse daran, dass Gesetzesverstöße vorrangig innerbetrieblich gemeldet werden¹⁷⁹. Für die Interessenabwägung ist neben der Schwere der im Raume stehenden Straftat insbesondere die Frage von Bedeutung, ob vom Arbeitgeber Abhilfe zu erwarten ist¹⁸⁰.

Der Ausgang des Strafverfahrens ist hingegen nur von begrenzter Bedeutung. Bei erheblichen Straftaten kann auch eine im Ergebnis unberechtigte Anzeige gerechtfertigt sein, solange sie nicht leichtfertig erstattet wurde¹⁸¹. Nur das entspricht dem Rechtsstaatsprinzip, das auch sonst Äußerungen in Gerichtsverfahren privilegiert¹⁸². Umgekehrt kann bei geringfügigen Straftaten eine Anzeige gegen den Arbeitgeber auch dann unverhältnismäßig sein und eine Kündigung rechtfertigen, wenn der Prozess mit einer Verurteilung endet.

Ein Vorstoß des Bundesjustizministeriums von 2008, das Anzeigerecht gesetzlich zu regeln, ist gescheitert¹⁸³. In gewissem Maße können betriebliche Ethik-Richtlinien für Rechtssicherheit sorgen¹⁸⁴. Auf diesem Wege lässt sich etwa die Pflicht zum Versuch innerbetrieblicher Abhilfe konkretisieren. So kann die Betriebsvereinbarung den Arbeitnehmern aufgeben, Rechtsverletzungen durch Kollegen zu melden¹⁸⁵. Gerade wenn sich Beschäftigte ohne Wissen des Arbeitgebers rechtswidrig verhalten, hat dieser ein berech-

177 BVerfG (Kammer) 2. 7. 2001 – 1 BvR 2049/00, NZA 2001, 888.

178 BAG 3. 7. 2003 – 2 AZR 235/02, NZA 2004, 427.

179 Ausführlich *Schmitt* (Fn. 169), S. 56 ff.

180 BAG 7. 12. 2006 – 2 AZR 400/05, NZA 2007, 502; *Herbert/Oberrath* (Fn. 176), S. 198; Münch-ArbR³/*Reichold* (Fn. 113), § 48 Rn. 41.

181 BAG 7. 12. 2006 – 2 AZR 400/05, NZA 2007, 502; strenger *Schmitt* (Fn. 169), S. 53 f.: schon leichte Fahrlässigkeit schadet.

182 BGH 24. 11. 1970 – VI ZR 70/69, NJW 1971, 284; 9. 4. 1987 – I ZR 44/85 »Gegenangriff«, NJW 1987, 3138; BVerfG (Kammer) 11. 4. 1991 – 2 BvR 963/90, NJW 1991, 2074.

183 *Döse*, AuR 2009, 189 ff.; zu dem Vorschlag auch *Deiseroth/Derleder*, ZRP 2008, 248, 250 f.; *Sasse*, NZA 2008, 990 ff.; *Fröhlich/Schelp*, ArbRB 2009, 48 ff.

184 Dazu *Döse* (Fn. 183), AuR 2009, 189, 191 f.

185 Dazu BAG 22. 7. 2008 – 1 ABR 40/07, NZA 2008, 1248.

tigtes Interesse daran, die Missstände selbst abzustellen, um öffentliches Aufsehen und damit eine Geschäftsschädigung zu vermeiden¹⁸⁶.

(2) Arbeitgeber

Strafanzeigen des Arbeitgebers gegen den Arbeitnehmer sind unproblematisch. Als Tatbeteiligter oder Verletzter darf sich der Arbeitgeber ungeachtet vertraglicher Rücksichtspflichten unmittelbar an die Staatsanwaltschaft wenden. Auch (kollektiv)vertraglich kann das Recht zur Strafanzeige und zum Strafantrag nicht eingeschränkt werden.

Richtet sich die Tat gegen einen Kollegen oder einen Dritten, kann eine sofortige Anzeige die vertragliche Rücksichtspflicht verletzen. Einen generellen Vorrang innerbetrieblicher Abhilfe¹⁸⁷ kann es aber auch hier nicht geben, weil auch der Arbeitgeber staatsbürgerliche Rechte hat.

Ist eine Anzeige des Arbeitgebers unverhältnismäßig und daher verfassungswidrig, so kann diese Frage anders als im umgekehrten Fall nicht in einem Kündigungsschutzprozess geklärt werden. Die Pflichtverletzung kann aber einen Schadensersatzanspruch aus § 280 Abs. 1 BGB begründen, wenn sich die Anzeige im Nachhinein als unberechtigt herausstellt und gesichert ist, dass der Arbeitnehmer den Verdacht im Voraus aus der Welt geschafft hätte. Das BVerfG hat solchen Schadensersatzansprüchen freilich enge Grenzen gesetzt¹⁸⁸.

e) Betriebsöffentliche Kritik

(1) Sphären der Persönlichkeitsentfaltung

Das allgemeine Persönlichkeitsrecht umfasst im Ausgangspunkt das Recht, von den Mitmenschen »in Ruhe gelassen zu werden«¹⁸⁹. Die Meinungsfreiheit als Äußerungsfreiheit setzt den Kontrapunkt und gewährleistet »kommunikative Unruhe«. Das Persönlichkeitsrecht wird beeinträchtigt, wenn sich der Arbeitgeber oder andere Arbeitnehmer betriebsöffentlich mit der Person des Arbeitnehmers auseinandersetzen. Die Rechtsprechung grenzt einzelne Sphären des allgemeinen Persönlichkeitsrechts ab, die unterschiedlich intensiv geschützt sind¹⁹⁰. Während die Intimsphäre als »Wesensgehalt« des Grundrechts Eingriffen absolut entzogen ist¹⁹¹, unterliegt der Schutz der Privatsphäre – also des Bereichs, den der Einzelne für die Öffentlichkeit unzugänglich hält – bereits Beschränkungen¹⁹². Die persönliche Entfaltung im Kontakt mit der Umwelt schließlich

186 BAG 3. 7. 2003 – 2 AZR 235/02, NZA 2004, 427; einschränkend *Wendeling-Schröder*, RdA 2004, 374, 377.

187 So *Schmitt* (Fn. 169), S. 152 f.

188 BVerfG (Kammer) 2. 1. 2001 – 1 BvR 1372/01, NZM 2002, 61; 25. 2. 1987 – 1 BvR 1086/85, BVerfGE 74, 257; dazu *Sachs*, JuS 1987, 902; *Fahl*, JuS 1995, 1067.

189 Von *Mangold/Klein/Starck* (Fn. 53), Art. 2 Abs. 1 Rn. 170; *Bamberger*, in: *Bamberger/Roth*, BGB, 2. Aufl. 2007, § 12 Rn. 97.

190 Dazu *Diederichsen*, Jura 2008, 1 ff.; *Palandt/Sprau*, 68. Aufl. 2009, § 823 Rn. 87 m. w. N.

191 BVerfG 16. 1. 1957 – 1 BvR 253/56, BVerfGE 6, 32; 3. 1. 1973 – 2 BvR 454/71, BVerfGE 34, 238; Kammer 10. 6. 2009 – 1 BvR 1107/09, NJW 2009, 3357; *Palandt/Sprau* (Fn. 190), § 823 Rn. 87 und 96; ausführlich *Störmer*, Jura 1991, 17 ff.

192 BVerfG 9. 3. 1988 – 1 BvL 49/86, BVerfGE 78, 77; von *Mangold/Klein/Starck* (Fn. 53), Art. 2 Abs. 1 Rn. 173; Nachweise zur Rechtsprechung bei *Palandt/Sprau* (Fn. 190), § 823 Rn. 117.

(Sozialsphäre) ist noch einmal schwächer geschützt, zumal hier zwangsläufig auch Interessen Dritter betroffen sind¹⁹³. Eine trennscharfe Abgrenzung der Sphären ist nicht möglich¹⁹⁴. Anerkannt ist aber, dass die Anforderungen an die Rechtfertigung steigen, je intensiver der Eingriff in die »geistig-sittliche Integrität« des Betroffenen ist¹⁹⁵.

(2) Angriffe auf die Privatsphäre

Grundsätzlich können Arbeitgeber wie Arbeitnehmer ihre Privatsphäre aus dem betrieblichen Meinungskampf heraushalten. Wer allerdings Informationen aus seiner Privatsphäre gezielt nach außen trägt, schwächt diese Rechtsposition¹⁹⁶. Selbstdarstellungen im Internet etwa, sei es auf einer eigenen Homepage oder in virtuellen sozialen Netzwerken, können zum betriebsöffentlichen Thema werden. Jeder hat das Recht, sich aus solch allgemein zugänglichen Selbstentblösungen ungehindert zu informieren (Art. 5 Abs 1 Satz 1 GG) – allerdings nicht ohne weiteres auch das Recht, dies durch eigene Meinung weiter zu tragen. Denn auch insoweit ist einzelfallbezogen die Meinungsfreiheit gegen das Persönlichkeitsrecht abzuwägen. Ein auf die Bloßstellung anderer beschränktes Interesse kann nie berechtigt sein, auch dann nicht, wenn es auf frei verfügbaren Informationen fußt. Auf der anderen Seite ist auch Klatsch und Tratsch als »soziales Informationsbedürfnis« durchaus anerkennenswert. Denn kein Richter ist in der Lage, über eine Abwägungsentscheidung die vernünftige, sittlich wertvolle Kommunikation von der unsinnigen zu scheiden. Damit würde letztlich eine Motiv- oder Gesinnungskontrolle des Äußernden installiert – und jede Meinungsäußerung unter Rechtfertigungsdruck gestellt. Solche Motivkontrolle ist im BGB auf einen einzigen Extremfall beschränkt: das Schikaneverbot des § 226 BGB. Zum Maßregelungsverbot noch 3.c.

Dass also im Betrieb über Ehe- und Alkoholprobleme, Schwierigkeiten mit der Justiz (Fahrverbot etc) und dergleichen gesprochen wird, das ist kein Unrecht, sondern als »kommunikatives Hintergrundrauschen« hinzunehmen. Allerdings fällt die Abwägung anders aus, wenn solche Informationen erkennbar unwahr oder doch zweifelhaft sind. Auch kommt es auf die Form der Äußerung an: Ein Rundbrief über soziale Verfehlungen, das An-den-Pranger-stellen auf einer Betriebs- oder Belegschaftsversammlung, das geht über normale soziale Kommunikation hinaus und wirkt nurmehr als (unzulässige) Ehrenstrafe.

(3) Auseinandersetzungen im Bereich der Sozialsphäre

In der Regel wird im betrieblichen Meinungskampf die Sozialsphäre der Beteiligten betroffen sein. Das gilt sowohl für die berufliche Tätigkeit als auch für koalitionspolitisches oder allgemeinpolitisches Engagement. In diesen Fällen ist eine persönliche Entfaltung von vornherein nur im Kontakt mit der Umwelt möglich. Der Betrieb ist ein partiell öffentlicher Raum¹⁹⁷ – von der allgemeinen Öffentlichkeit abgegrenzt, aber nicht privat.

193 BGH 7. 12. 2004 – VI ZR 308/03, NJW 2005, 592; Nachweise zur Rechtsprechung bei Palandt/Sprau (Fn. 190), § 823 Rn. 118 f.

194 Kritisch daher Kunig, in: von Münch/Kunig, GG, 5. Aufl. 2000, Art. 2 Rn. 41.

195 Murswiek, in: Sachs, GG, 4. Aufl. 2007, Art. 2 Rn. 105; Greve/Schärdel, MMR 2008, 644, 649.

196 Vgl. BGH 9. 12. 2003 – VI ZR 404/02, NJW 2004, 766.

197 Als solcher unterliegt er nach umstrittener Ansicht auch dem Schutz des Art. 13 GG, zum Meinungsstand von Mangold/Klein/Gornig (Fn. 53), Art. 13 Rn. 21 f.

Die Arbeitnehmer erbringen hier eben nicht isoliert ihre Arbeitsleistung, sondern sie kommunizieren notwendigerweise.

Äußerungen zur Sozialsphäre eines anderen dürfen nur im Fall schwerwiegender Auswirkungen auf das Persönlichkeitsrecht mit negativen Sanktionen verknüpft werden, etwa bei Stigmatisierung oder sozialer Ausgrenzung sowie bei Eintreten einer Prangerwirkung¹⁹⁸. Die Grenzen zulässiger Kritik sind also – in den allgemeinen Grenzen der Meinungsfreiheit (oben III.) sehr weit. Einen Begründungszwang gibt es nicht¹⁹⁹.

In der Abwägung kommt dem Vorverhalten des Betroffenen erhebliche Bedeutung zu. Wer sich im (politischen) Meinungskampf zu Wort meldet, muss damit rechnen, dass unter Umständen drastisch zurückgeschlagen wird²⁰⁰. Wer angegriffen wird, darf sich wehren, auch wenn damit eine weitere (verbale) Eskalation verbunden ist²⁰¹. Im eingangs geschilderten Fall des LAG Baden-Württemberg wäre es unter dem Gesichtspunkt des Persönlichkeitsschutzes nicht zu beanstanden gewesen, wenn der Betriebsratsvorsitzende die Flugblattaktion zum Anlass genommen hätte, betriebsöffentlich – etwa im Intranet – den verantwortlichen Vertrauensmann scharf und persönlich zu kritisieren.

Wer sich in der Öffentlichkeit betätigt, muss sich in diesem Zusammenhang Kritik gefallen lassen, auch wenn er selbst niemanden unmittelbar angegriffen hat²⁰². Die Meinungsfreiheit deckt nicht nur Kritik in der Sache, sondern auch an den verantwortlichen Personen²⁰³. Das gilt im Fall Porsche etwa für den Betriebsratsvorsitzenden. Dass das Flugblatt ihn wegen seines Verhaltens in der Vertrauensleutesitzung auch persönlich scharf angriff, ist im Grundsatz nicht zu beanstanden. Wer durch eigenes Verhalten zu einem Werturteil Anlass gegeben hat, muss sich die Kritik gefallen lassen, auch wenn sie sein Ansehen mindert (»Gegenschlag«)²⁰⁴.

So hat das Berliner Landgericht dem Chefredakteur der Bild-Zeitung Schmerzensgeld verweigert, obwohl es durch eine satirische Meldung der »taz« eine Verletzung der Intimsphäre des Klägers bejahte. Wer mit persönlichkeitsrechtsverletzenden Beiträgen in einer Zeitung Geld verdiene, werde durch eine Verletzung seines eigenen Persönlichkeitsrechts weniger schwer belastet als andere, so die Begründung²⁰⁵. Dass das Landgericht überhaupt eine Verletzung des Persönlichkeitsrechts und gestützt darauf einen Unterlassungsanspruch des klagenden Redakteurs bejahte, beruhte maßgeblich auf dem Umstand, dass sich die »taz« nicht auf ein Recht zum Gegenschlag berufen konnte, weil sie nicht selbst durch vorherige Äußerungen des Klägers beeinträchtigt war. Ein Jeder-

198 BVerfG (Kammer) 17. 12. 2003 – 1 BvR 755/99 u. a., NJW 2003, 1109; 5. 6. 1973 – 1 BvR 536/72, BVerfGE 35, 202; BGH 23. 6. 2009 – VI ZR 196/08, NJW 2009, 2888.

199 BGH 18. 6. 1974 – VI ZR 16/73, NJW 1974, 1762; *Bamberger/Roth* (Fn. 189), § 12 Rn. 183 m. w. N.

200 BGH 21. 6. 1966 – VI ZR 261/64, NJW 1966, 831 (»Höllengeheiß«); *Bamberger/Roth* (Fn. 189), § 12 Rn. 179; *Palandt/Sprau* (Fn. 190), § 823 Rn. 98.

201 BVerfG 13. 5. 1980 – 1 BvR 103/77, BVerfGE 54, 129, 139.

202 BVerfG 15. 1. 1958 – 1 BvR 400/51, BVerfGE 7, 198 (*Lüth*).

203 BAG 22. 10. 1964 – 2 AZR 479/63, SAE 1965, 189.

204 BVerfG 25. 1. 1961 – 1 BvR 9/57, BVerfGE 12, 113; 6. 11. 1968 – 1 BvR 501/62, BVerfGE 24, 278,

205 LG Berlin 19. 11. 2002 – 27. O. 615/02; bestätigt durch Verfügung des KG vom 1. 4. 2003 – 9 U 13/03, beide Dokumente im Netz [30. 12. 2009].

mannsrecht zum »Gegen«Schlag gegen Personen, die zuvor Rechte Dritter verletzt haben, gibt es nicht²⁰⁶. Nur das ist richtig: Sonst wimmelte es von Volkspolizisten, die den Ehrenschatz Dritter gewährleisten.

Für den betrieblichen Meinungskampf heißt das: Beeinträchtigen etwa Äußerungen eines Arbeitnehmers in der Öffentlichkeit die Kundenbeziehungen des Unternehmens, darf der Arbeitgeber darauf mit betriebsöffentlicher Kritik reagieren²⁰⁷. Mäßigung ist nur insofern geboten, als die Kritik nicht auf die soziale Ausgrenzung des Betroffenen zielen darf – niemand muss sich zum Sündenbock machen lassen.

Ist der Arbeitgeber nicht selbst verletzt, kann er dennoch im Rahmen seiner Meinungsfreiheit gegen den Angreifer vorgehen. Im Porsche-Fall hätte das Unternehmen also Partei für den Betriebsratsvorsitzenden ergreifen können. Anders als dieser musste die Arbeitgeberin aber darauf achten, das Persönlichkeitsrecht des Flugblattverteilers zu wahren – ein Recht zum Gegenschlag stand ihr nicht zu. Immerhin darf jener Polemiker wegen seiner öffentlichen Äußerungen dann auch namentlich genannt werden und die Gegenkritik darf scharf ausfallen. Wer »Pogromstimmung« diagnostiziert, darf dann etwa als »persönlichkeitsgestört« abgetan werden.

(4) Kein Zwang zu betriebsöffentlicher Auseinandersetzung

Ein strengerer Maßstab gilt für öffentliche Kritik an Personen, die nicht an deren öffentliche Betätigung anknüpft. Das gilt nicht nur für die Privatsphäre, deren Geheimhaltung jedem Individuum zusteht. Auch wenn Kontakt mit der Umwelt in der Sozialsphäre unvermeidlich ist, bleibt es doch dem Einzelnen überlassen, wie weit er sich in die Öffentlichkeit begibt.

Für Arbeitgeber und Arbeitnehmer können an dieser Stelle im betrieblichen Meinungskampf unterschiedliche Maßstäbe gelten. Der Arbeitnehmer hat in der Regel nicht die Wahl, ob er seine Arbeitsleistung im Betrieb oder zuhause erbringt. Dass er faktisch in die Belegschaft eingegliedert ist, beruht auf einer Organisationsentscheidung des Arbeitgebers. Wer sich als Arbeitnehmer nicht betriebspolitisch engagiert, unterwirft sich daher nicht durch eigenen Entschluss dem öffentlichen Meinungskampf. Das schließt zwar auch öffentliche Kritik an seiner Person nicht generell aus, sein allgemeines Persönlichkeitsrecht wird jedoch die Meinungsfreiheit in der Regel überwiegen, weil es an einem öffentlichen Interesse an der Äußerung fehlt.

Für die Arbeitsleistung gilt das nicht. Gerade durch die Arbeitsteilung im Betrieb beeinflusst die Effektivität der Arbeitsleistung des einen zugleich die Arbeitsbelastung der anderen und auch den Erfolg der Arbeitsgruppe, der Abteilung oder des Betriebs insgesamt. So wie der Arbeitgeber die gute Arbeit des einen Beschäftigten betriebsöffentlich loben darf, darf er die schlechte Arbeit des anderen auch betriebsöffentlich kritisieren.

Der Arbeitgeber wiederum steht von vornherein stärker in der Betriebsöffentlichkeit als der einzelne Arbeitnehmer. Ihm obliegt die Betriebsleitung, so dass seine Entscheidungen grundsätzlich für alle Arbeitnehmer relevant sind. Das betriebsöffentliche Interesse an seinem (beruflichen, nicht privaten) Verhalten streitet in der Abwägung zugun-

206 LG Berlin 19. 11. 2002 – 27. O. 615/02 (Fn. 205).

207 Etwa wenn der Arbeitnehmer in den Medien Zweifel an der Zahlungsfähigkeit seines Arbeitgebers schürt, www.spiegel.de/wirtschaft/soziales/0,1518,658423,00.html [15. 2. 2010].

ten der Meinungsfreiheit. Der Arbeitgeber muss daher hinnehmen, dass seine betriebspolitischen Entscheidungen betriebsöffentlich diskutiert und kritisiert werden.

Dass mit betriebsöffentlicher Kritik an Vorgesetzten unter Umständen deren Autorität leidet, ist im Interesse der Meinungsfreiheit hinzunehmen. So wie der Mieter bei seinen Nachbarn über den gemeinsamen Vermieter klagen darf, darf auch der Arbeitnehmer gegenüber den Kollegen den Arbeitgeber (oder dessen Repräsentanten) kritisieren. Der Arbeitsvertrag ist erst verletzt, wenn ein Arbeitnehmer durch seine Kritik solche Spannungen verursacht, dass der Betriebsablauf gestört wird²⁰⁸.

So meinte auch das BAG bereits 1957, ein Arbeitsdirektor als Mittler zwischen Belegschaft und Unternehmensleitung müsse einen gegen seine Person gerichteten Witz aushalten, zumal er sich verbal wehren könne:

»Er kann seiner besonderen Stellung nur gerecht werden, wenn er mit besonderem Geschick und Verständnis auf derartige Angriffe reagiert und die erforderlichen Gegenmaßnahmen trifft, will er nicht sein Ansehen bei der Belegschaft aufs Spiel setzen.«²⁰⁹

Arbeitnehmer, die solchermaßen Kritik an Vorgesetzten äußern, müssen ihrerseits mit Antwort rechnen. Die richtige Reaktion auf eine zulässige kritische Meinungsäußerung ist die Gegenkritik – und nicht die Abmahnung. Wenn etwa ein Mitarbeiter den Vorgesetzten wegen dessen Führungsverhalten kritisiert, dann darf Leistung und Verhalten gerade des kritischen Mitarbeiters zur Sprache kommen (Lk 6, 41).

f) Bewertungen im Internet

Je größer die Öffentlichkeit, desto intensiver werden Rechtsgüter durch die Äußerung beeinträchtigt – sei es das allgemeine Persönlichkeitsrecht, sei es die unternehmerische Betätigungsfreiheit oder die Berufsfreiheit. Daher kann eine Äußerung, die innerbetrieblich zulässig wäre, in der breiten Öffentlichkeit rechtswidrig sein. Das gilt auch für Äußerungen im Internet. So hat der BGH in seiner »Spickmich«-Entscheidung dem Umstand entscheidende Bedeutung beigemessen, dass die umstrittenen Lehrerbewertungen nicht über Suchmaschinen gefunden werden konnten, und eine Registrierung auf der Bewertungsseite zumindest die Kenntnis der Schule verlangte²¹⁰. Wer aber die Schule und die klagende Lehrerin kenne, habe ein berechtigtes Interesse an Informationen über ihr berufliches Auftreten²¹¹.

Entsprechend wären auch Bewertungsportale etwa für Vorgesetzte denkbar, beispielsweise auf Gewerkschaftsseiten im Internet. Arbeitgeber könnten umgekehrt auf die Idee kommen, aufbauend auf dem »Mitarbeiter des Monats«-Modell im Intranet ein Ranking zu veröffentlichen, welche ihrer Beschäftigten aktuell gute Arbeit leisten und welche weniger.

Anders als der betriebliche Meinungskampf betreffen Bewertungsseiten wie »spickmich.de« oder »meinprof.de« allerdings keine reinen »Innenbeziehungen«. Das Verhältnis zwischen Schüler und Lehrer bzw. zwischen Student und Professor ist eher dem zwischen Dienstleister und Kunde vergleichbar²¹² als dem zwischen Arbeitnehmer und Ar-

208 K/D/Z (Fn. 2), Art. 5 GG, Rn. 16.

209 BAG 18. 7. 1957 – 2 AZR 121/55, DB 1957, 800 = SAE 1957, 196 mit Anm. *Gift*.

210 BGH 23. 6. 2009 – VI ZR 196/08, NJW 2009, 2888.

211 BGH 23. 6. 2009 – VI ZR 196/08, NJW 2009, 2888.

212 Beispiele für solche Bewertungsportale bei *Greve/Schärdel*, MMR 2008, 644 f.

beigeber oder Vorgesetztem. Wenn der Arbeitnehmer nach außen auftritt, dann nur als Vertreter des Arbeitgebers, während Lehrer und erst recht Professoren über einen größeren Gestaltungsspielraum für ihren Kontakt nach außen verfügen. Ebenso gilt das für selbstständige Unternehmer oder Freiberufler wie Ärzte oder Anwälte²¹³.

Der Arbeitnehmer hat ein berechtigtes Interesse daran, dass seine Leistungen im Innenverhältnis mit dem Arbeitgeber als seinem Vertragspartner oder allenfalls betriebsöffentlich mit den mittelbar betroffenen Kollegen erörtert werden, nicht aber in der allgemeinen Öffentlichkeit. Das gilt auch für Vorgesetzte und für den Arbeitgeber, soweit er als Person betroffen ist. Was die »Spickmich«-Entscheidung angeht, so lässt sich freilich darüber streiten, ob sich Lehrer mit ihrer Arbeit tatsächlich in der allgemeinen Öffentlichkeit bewegen oder nur in einer auf die Schule begrenzten »Teilöffentlichkeit«²¹⁴. Von dieser Bewertung hängt maßgeblich ab, als wie groß man das öffentliche Interesse an solchen Wertungsaussagen einstuft und damit die Abwägung zu Lasten des allgemeinen Persönlichkeitsrechts trägt.

3. Bewertung des Arbeitnehmers durch den Arbeitgeber

a) Verfassungsrechtliche Grundlage

Kritik muss nicht nur der Arbeitgeber hinnehmen, sondern auch der Arbeitnehmer. In jedem Unternehmen mit einer nennenswerten Zahl von Beschäftigten werden diese von ihren Vorgesetzten bewertet, um festzuhalten, wer für welche Aufgaben (und Beförderungen) in Frage kommt. Die Interessen der Belegschaft sichert der Betriebsrat, der insbesondere nach § 94 Abs. 2 BetrVG bei der Aufstellung von Beurteilungsgrundsätzen mitzubestimmen hat, um für Objektivität und Transparenz zu sorgen²¹⁵. Darüber hinaus steht jedem Arbeitnehmer ein Erörterungsrecht hinsichtlich seiner Leistungsbeurteilung zu (§ 82 Abs. 2 Satz 1 BetrVG) sowie ein Anspruch auf Einsicht in die über ihn geführten Personalakten (§ 83 Abs. 1 Satz 1 BetrVG). Seine Erklärungen zur Akte (Gegendarstellung) sind dieser auf sein Verlangen beizufügen (§ 83 Abs. 2 BetrVG).

Der Grundsatz lautet: Der Arbeitgeber hat das Recht, Leistung und Verhalten seiner Arbeitnehmer zu beurteilen²¹⁶. Auch diese Beurteilungen fallen in den Schutzbereich der Meinungsfreiheit, so wie umgekehrt kritische Äußerungen der Arbeitnehmer über ihre Vorgesetzten. Zwar fehlt es an einer »Äußerung« nach außen, Art. 5 Abs. 1 GG schützt aber auch die Freiheit der Meinungsbildung durch Sammlung und Ordnung von Informationen²¹⁷. Dass vor allem § 94 Abs. 2 BetrVG diese Freiheit als allgemeines Gesetz im Interesse der Arbeitnehmer beschränkt, ist nicht zu beanstanden. Erfasst ist von vornherein nur die Beurteilung als (vorbereitende) Personalmaßnahme – also nicht die sonstige »freie« Meinungsbildung. Zudem ist die Meinungsfreiheit dadurch geschützt, dass

213 Kritisch zur Bewertung von Kleinunternehmen und Freiberuflern wegen potentiell gravierenden Schädigungen *Ladeur*, Anm. zu BGH 23. 6. 2009 – VI ZR 196/08, JZ 2009, 966, 967.

214 So *Ladeur* (Fn. 213), JZ 2009, 966, 968.

215 *Matthes*, in: Richardi/Wlotzke/Wißmann/Oetker, Münchner Handbuch zum Arbeitsrecht [zitiert: *MünchArbR*³], 3. Aufl. 2009, § 259 Rn. 2; ausführlich zur Mitbestimmung bei Beurteilungsgrundsätzen *Jedzig*, DB 1991, 753 ff.

216 BAG 28. 3. 1979 – 5 AZR 80/77, DB 1979, 1703 für die Leistungsbeurteilung.

217 Von Mangold/Klein/*Starck* (Fn. 53), Art. 5 Abs. 1 und 2 Rn. 37.

der Betriebsrat gerade nicht die Einzelmeinungsbildung mitbestimmen kann, sondern nur diejenigen Grundsätze, nach denen sie erfolgt.

Aus verfassungsrechtlicher Sicht ist der Arbeitgeber frei, was den Gegenstand der Beurteilung angeht. Seine Meinungsbildung ist nicht auf die Abwicklung des Arbeitsverhältnisses beschränkt. Demnach könnte er – vorbehaltlich des Datenschutzrechts (dazu sogleich) – auch das Privatverhalten der Arbeitnehmer bewerten, etwa Suchtprobleme oder politisches Engagement, aber auch Aspekte des Familienlebens – so wie der Arbeitnehmer sich umgekehrt etwa gegenüber seiner Familie über den Arbeitgeber als Privatperson kritisch äußern darf.

b) Datenschutzrecht als Grenze

(1) Politischer Aktionismus

Das Datenschutzrecht schränkt die Freiheit des Arbeitgebers allerdings im Interesse des allgemeinen Persönlichkeitsrechts des Arbeitnehmers erheblich ein²¹⁸; seit 1. 9. 2009 existiert mit § 32 BDSG sogar eine spezielle Regelung für Beschäftigungsverhältnisse. Ausweislich der Gesetzesbegründung sollte die neue Norm die von der Rechtsprechung zum Arbeitnehmerdatenschutz nach § 28 BDSG erarbeiteten Grundsätze nicht ändern²¹⁹. Dieser Versuch ist so gründlich misslungen, dass bereits eine »wohlwollende Auslegung« gefordert wird, um die Folgen des gesetzgeberischen Schnellschusses aufzufangen²²⁰.

(2) Anwendbarkeit

Dass die neue Rechtslage über die alte hinausgeht, zeigt sich an § 32 Abs. 2 BDSG, der auch die nicht automatisierte Erhebung oder Verwendung personenbezogener Daten dem BDSG unterwirft. Inwieweit damit materiellrechtliche Änderungen verbunden sind, hängt davon ab, wie die Rechtsprechung die materiellen Vorgaben des Abs. 1 auslegen wird²²¹.

Fest steht, dass etwa Personalakten des Arbeitgebers künftig generell dem BDSG unterfallen, ohne Rücksicht darauf, wie sie genau geführt werden²²². Kopfzerbrechen bereitet der Umstand, dass § 32 Abs. 2 BDSG jede Erhebung (§ 3 Abs. 3 BDSG), Verarbeitung (§ 3 Abs. 4 BDSG) oder Nutzung (§ 3 Abs. 5 BDSG) erfasst. Datenschutzrechtlich gelten damit dieselben Vorgaben für sämtliche Tätigkeiten, die mit Informationen über den Arbeitnehmer zusammenhängen²²³, für die Personalakte ebenso wie für schlichte Telefonnotizen²²⁴ und handschriftliche Aufzeichnungen von Vorgesetzten²²⁵. Vor dem

218 Wiese, Personalakten und Persönlichkeitssphäre des Arbeitnehmers, in: FS Buchner, 2009, S. 954, 955, 968.

219 BT-Drs. 16/13657, S. 20 f.

220 ErfK/Wank (Fn. 2), § 32 BDSG, Rn. 1.

221 Dagegen BT-Drs. 16/13657, S. 21; Thüsing, NZA 2009, 865, 869; a. A. wohl Deutsch/Diller, DB 2009, 1462.

222 Erfurth, NJOZ 2009, 2914, 2924; Hanloser, MMR 2009, 594, 596.

223 ErfK/Wank (Fn. 2), § 32 BDSG, Rn. 2.

224 Hanloser, MMR 2009, 594, 596.

225 Deutsch/Diller, DB 2009, 1462; Fröhlich, ArbRB 2009, 300, 302.

Hintergrund des umfassenden Nutzungsbegriffs gemäß § 3 Abs. 5 BDSG²²⁶ dürfte darüber hinaus jeder Meinungsaustausch unter Vorgesetzten über einen Arbeitnehmer erfasst sein – schon die Kenntnisnahme ist eine Nutzung²²⁷. Der weite Wortlaut des § 32 Abs. 2 BDSG lässt für den Arbeitnehmerdatenschutz keinen Raum für Differenzierungen.

(3) Erforderlichkeit

Haben die Arbeitnehmer nicht gesondert eingewilligt²²⁸, darf der Arbeitgeber die personenbezogenen Daten nur nutzen, soweit dies zur Durchführung oder Beendigung (oder zur Begründung) des Arbeitsverhältnisses erforderlich ist. Wie die Erforderlichkeit zu bestimmen ist, sagt das Gesetz nicht. *Deutsch/Diller* wollen den Maßstab am unternehmerischen Konzept ausrichten und nur die Nutzung von Daten ausschließen, die für den jeweiligen Zweck überflüssig sind²²⁹. Damit stünde die Erforderlichkeit weitgehend im Belieben des Arbeitgebers²³⁰. Richtiger Bezugspunkt ist aber schon nach dem Wortlaut des § 32 Abs. 1 Satz 1 BDSG nicht das (subjektive) Konzept des Arbeitgebers, sondern der Zweck des Beschäftigungsverhältnisses²³¹. Das bedeutet nicht, dass die Gerichte dem Arbeitgeber vorschreiben könnten, welche Daten zur Durchführung des Arbeitsverhältnisses sinnvoll einzusetzen sind²³². Der Arbeitgeber hat ein berechtigtes Interesse an der Verarbeitung der Arbeitnehmerdaten, deshalb sind auch nicht nur unverzichtbare Daten erforderlich i. S. d. § 32 Abs. 1 Satz 1 BDSG²³³.

Der richtige Maßstab ist ein verfassungsrechtlicher. Die Erforderlichkeit ist Einfallstor für die Drittwirkung der Grundrechte, Anknüpfungspunkt für die Herstellung praktischer Konkordanz zwischen der Berufsfreiheit des Arbeitgebers und dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers²³⁴. Wie schon bislang nach § 28 Abs. 1 Nr. 1 BDSG²³⁵ gilt es, die beiderseitigen Interessen abzuwägen²³⁶. Dabei ist auf Seiten des Arbeitgebers gerade die Meinungsfreiheit zu berücksichtigen. Erst diese konkrete Gegenüberstellung kann im Einzelfall über die Grenzen einer zulässigen Nutzung entscheiden.

Rein private Daten über den Arbeitnehmer (Familien- und Sexualleben, politische Grundhaltung, Hobbies u. s. w.) scheiden weithin aus. Sie dürfen weder in die Personal-

226 Dazu etwa Simitis/*Dammann*, BDSG, 6. Aufl. 2006, § 3 Rn. 189 ff.

227 Simitis/*Dammann* (Fn. 226), § 3 Rn. 189.

228 § 32 BDSG lässt die Möglichkeit zur Einwilligung nach § 4a BDSG unberührt, BT-Drs. 16/13657, S. 20; *Hanloser*, MMR 2009, 594, 596.

229 *Deutsch/Diller*, DB 2009, 1462, 1463.

230 *Erfurth*, NJOZ 2009, 2914, 2918.

231 So auch *ErfK/Wank* (Fn. 2), § 32 BDSG, Rn. 5.

232 Diese Gefahr beschwören indessen *Deutsch/Diller*, DB 2009, 1462, 1463.

233 *Deutsch/Diller*, DB 2009, 1462, 1463; *Erfurth*, NJOZ 2009, 2914, 2919.

234 *Erfurth*, NJOZ 2009, 2914, 2918; *ErfK/Wank* (Fn. 2), § 32 BDSG, Rn 5.

235 *Gola/Schomerus*, BDSG, 9. Aufl. 2007, § 28 Rn. 19, *Schmidt*, BB 2009, 1295, 1298.

236 *Thüsing*, NZA 2009, 885, 867; *Fröhlich*, ArbRB 2009, 300, 301; *Erfurth*, NJOZ 2009, 2914, 2919; *ErfK/Wank* (Fn. 2), § 32 BDSG, Rn 5.

akte aufgenommen noch sonst auf Arbeitgeberseite in irgendeiner Form genutzt werden – und sei es auch nur im Rahmen eines Gesprächs unter Vorgesetzten. Immerhin darf der Arbeitgeber familiäre Pflichten notieren – nicht nur für eine Sozialauswahl, sondern auch mit Blick auf die Arbeitszeiteinteilung. Und er kann Konfliktsituationen von Arbeitspflicht und privaten Bindungen vermerken, soweit sie sich im Betrieb auswirken – etwa wenn der Mitarbeiter in einer Jazzkapelle spielt und deswegen bestimmte Schichteneinteilungen Probleme bereiten.

Werden hingegen Verhalten oder Leistung des Arbeitnehmers erörtert oder dokumentiert, so ist ein weitgehender Beurteilungsspielraum des Arbeitgebers anzuerkennen. Er kann im Rahmen seiner unternehmerischen Freiheit entscheiden, auf welche Daten er seine Personalplanung stützen will²³⁷. Erforderlich sind nicht nur Daten von gegenwärtiger Bedeutung, sondern auch etwa Regelbeurteilungen, welche die Basis für künftige Personalentscheidungen legen sollen²³⁸. Gerade mit Blick auf die Meinungsfreiheit darf nicht vorschnell dem Persönlichkeitsschutz des Arbeitnehmers der Vorrang eingeräumt werden. Die Wechselwirkungslehre gilt auch für die Auslegung des BDSG.

c) Maßregelungsverbot, § 612a BGB

Das Maßregelungsverbot lässt sich gegen Meinungsäußerungen des Arbeitgebers in Stellung bringen, wenn man dessen Meinungsäußerung als »Maßnahme« begreift. Wer darunter mit der herrschenden Meinung schlechthin jede auch nur tatsächliche Handlung des Arbeitgebers fasst²³⁹ und dann auch die kritische Meinungsäußerung des Arbeitgebers als Benachteiligung immaterieller Art begreift²⁴⁰, der müsste in der Tat jede Kritik an rechtmäßigem Arbeitnehmergehalten – etwa einer Bagatellbeschwerde oder auch einer als überflüssig angesehenen Klagerhebung sofort als rechtswidrig verwerfen. Mit diesem Verständnis indes wäre § 612a BGB ein glatter Eingriff in die Meinungsfreiheit. Selbstredend darf der Arbeitgeber eine AGG-Beschwerde kritisieren – damit wird der Arbeitnehmer doch nicht unzulässig von der Rechtswahrnehmung abgehalten. Wer sich beschwert, übt nicht nur sein Beschwerderecht aus, sondern äußert auch seine Meinung. Damit wiederum ist das Recht zur Gegenäußerung eröffnet. Auch eine Klage eines Arbeitnehmers kann Gegenstand berechtigter Kritik sein, etwa wenn eine dringende betriebliche Maßnahme verhindert werden soll. Prozesshanserei darf auch so genannt werden. Wenn ein Raucher sich ein Rauchrecht erklagen will, darf man das kritisieren.

Dementsprechend ist § 612a BGB »im Lichte« der Meinungsfreiheit deutlich zu restringieren. Maßregelnd wirkt nur die abstrafende und anprangernde öffentliche Kritik. Die aber ist ohnehin unzulässig.

237 Ähnlich *Erfurth*, NJOZ 2009, 2914, 2919.

238 *Simitis* (Fn. 226), § 28 Rn. 103; *Gola/Schomerus* (Fn. 235), § 28 Rn. 18.

239 *Staudinger/Richardi*, 2005, § 612 a Rn 10; *MüKoBGB/Müller-Glöge* (Fn. 172), § 612 a Rn. 13.

240 *MüKoBGB/Müller-Glöge* (Fn. 172), § 612 a Rn. 15.

d) Personalakte und Rücksichtspflicht

(1) Beurteilungen

Die arbeitsvertragliche Pflicht, auf die berechtigten Interessen des Vertragspartners Rücksicht zu nehmen, begrenzt den zulässigen Inhalt von Personalakten zusätzlich²⁴¹. Die h. M. verweist insbesondere auf das berufliche Fortkommen des Arbeitnehmers und leitet aus § 242 BGB einen weitgehenden Beseitigungsanspruch ab. Unrichtige Tatsachenangaben soll der Arbeitgeber ebenso aus der Akte entfernen müssen wie Einträge zu sachfremden (nicht arbeitsbezogenen) Themen²⁴². Sogar für »ungerechtfertigte Bewertungen« soll ein Beseitigungsanspruch bestehen²⁴³.

In dieser Allgemeinheit ist das nicht richtig. Es muss berücksichtigt werden, dass Dritte die Beurteilungen in der Personalakte nicht zu Gesicht bekommen. Negative *Werturteile* des Arbeitgebers über den Arbeitnehmer sind deshalb auch zulässig, wenn sie stark subjektiv geprägt sind und dem Betroffenen im Außenverhältnis schaden können, solange sie nicht als Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts zu werten sind²⁴⁴. Weil es allein um das Innenverhältnis der Arbeitsvertragsparteien geht, ist keine Zurückhaltung geboten. Der Arbeitgeber muss nicht etwa dafür Sorge tragen, dass die Personalakten ein objektiv richtiges Bild des Arbeitnehmers in dienstlichen und persönlichen Beziehungen vermitteln²⁴⁵. Den Interessen des Arbeitnehmers ist mit den Rechten aus §§ 82 f. BetrVG Rechnung getragen²⁴⁶.

Bei Tatsachenbehauptungen ist zu differenzieren. *Wahre Tatsachen* darf der Arbeitgeber als Beurteilungsgrundlage in die Personalakten aufnehmen. Dagegen spricht allenfalls das Interesse des Arbeitnehmers, nicht durch sachfremde Informationen (etwa über sein außerdienstliches Verhalten) in seinem beruflichen Aufstieg behindert zu werden. Solange diese Informationen aber nicht an Dritte weitergegeben werden, überwiegt insoweit die Meinungsfreiheit des Arbeitgebers die berufliche Entfaltungsfreiheit des Arbeitnehmers. So wie den Arbeitgeber niemand zwingen kann, eine Information zu vergessen (weil das forum internum schon rein tatsächlich jedem Einfluss von außen entzogen ist), kann ihm nicht verboten werden, sie für sich festzuhalten. Inwieweit diese Information späteren Entscheidungen zugrunde gelegt werden darf, ist im konkreten Einzelfall zu klären. Steht etwa eine Diskriminierung im Sinne des AGG im Raum, so kann der Arbeitnehmer den Eintrag in der Personalakte als Indiz i. S. d. § 22 AGG anführen und eine Beweislastumkehr erreichen.

Andere Maßstäbe gelten lediglich im öffentlichen Dienst, weil öffentlich-rechtliche Körperschaften sich nicht auf die Meinungsfreiheit berufen können. Dass das BAG einer

241 BAG 9. 2. 1977 – 5 AZR 2/76, NJW 1978, 124; 28. 3. 1979 – 5 AZR 80/77, DB 1979, 1703; *Wiese* (Fn. 218), S. 954, 955, 961.

242 BAG 27. 11. 1985 – 5 AZR 101/84, NZA 1986, 227 = SAE 1986, 197 mit Anm. *Misera*; *Linck*, in: Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, 13. Aufl. 2009, § 132 Rn. 39 f. m. w. N.

243 Schaub/*Linck* (Fn. 242), § 132 Rn. 40.

244 So auch *Wiese* (Fn. 218), S. 954, 961.

245 So aber BAG 25. 2. 1959 – 4 AZR 549/57, AuR 1959, 284; 27. 11. 1985 – 5 AZR 101/84, NZA 1986, 227 = SAE 1986, 197 mit Anm. *Misera*; *ErfK/Wank* (Fn. 2), § 32 BDSG, Rn. 25.

246 Insoweit zutreffend LAG Köln 2. 11. 1983 – 7 Sa 901/83, DB 1984, 1630; aufgehoben durch BAG 27. 11. 1985 – 5 AZR 101/84, NZA 1986, 227 = SAE 1986, 197 mit Anm. *Misera*.

Beamtin einen Anspruch auf Entfernung eines Strafurteils aus ihrer Personalakte zugesprochen hat, welches der Schulbehörde im Dienstweg übermittelt wurde²⁴⁷, ist deshalb nicht zu beanstanden.

Für erwiesene *unwahre Behauptungen* ist auch in der Privatwirtschaft ein solcher Anspruch gestützt auf die vertragliche Rücksichtspflicht des Arbeitgebers zu bejahen²⁴⁸. Selbst wenn man solche Behauptungen entgegen der Rechtsprechung des BVerfG²⁴⁹ im Schutzbereich der Meinungsfreiheit sieht, so muss diese doch im Wege praktischer Konkordanz hinter die Berufsfreiheit des Arbeitnehmers zurückstehen, weil der Arbeitgeber kein berechtigtes Interesse daran hat, Fehlinformationen zu bewahren.

Einen Grenzfall schließlich bilden Tatsachenbehauptungen, deren *Wahrheit nicht erwiesen* ist. In der Regel sind sie zulässig, weswegen der Arbeitnehmer gegen die Diskussion des Straftatverdachts im Vorfeld einer Verdachtskündigung nichts einwenden kann. Die Sorgfaltspflicht zur Erforschung der Wahrheit (oben III.2.) verlangt hier keine intensiven Nachforschungen, weil sich der Wirkungskreis der Äußerungen auf das Innenverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer beschränkt. Wiederum muss der Arbeitnehmer gegen die konkrete Entscheidung vorgehen, durch die er sich diskriminiert fühlt, er kann aber nicht den Inhalt der Personalakte bestimmen. Im Übrigen bleibt ihm das Recht der Gegendarstellung nach § 83 Abs. 2 BetrVG.

(2) Abmahnungen

Überwiegend wird die Beseitigung von Einträgen aus der Personalakte im Zusammenhang mit Abmahnungen diskutiert, welche der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer erteilt hat. Das BAG verweist darauf, mit der Abmahnung übe der Arbeitgeber ein vertragliches Rügerecht aus²⁵⁰, und bejaht einen Beseitigungsanspruch entsprechend §§ 242, 1004 BGB bei unberechtigten Abmahnungen²⁵¹.

Dem ist entgegenzuhalten, dass auch Abmahnungen *Meinungsbekundungen* des Arbeitgebers enthalten²⁵². Dieser teilt dem Arbeitnehmer mit, dass er den Arbeitsvertrag für verletzt halte und droht für den Wiederholungsfall eine Kündigung an. Die Abmahnung dient der Objektivierung der negativen Prognose im Kündigungsrecht, weil eine Wiederholung des abgemahnten Verhaltens die Annahme rechtfertigt, dass der Arbeitnehmer daran nichts zu ändern gedenkt²⁵³. Arbeitsrechtliche Bedeutung erlangt die Abmahnung also erst im Kündigungsfall. Wehrt sich der Arbeitnehmer gegen die Kündigung, so wird gerichtlich geklärt, ob das abgemahnte Verhalten den Arbeitsvertrag tatsächlich verletzt.

247 BAG 9. 2. 1977 – 5 AZR 2/76, NJW 1978, 124.

248 Wiese (Fn. 218), S. 954, 968.

249 Nachweise zum Meinungsstand oben Fn. 55.

250 BAG 11. 12. 2001 – 9 AZR 464/00, NZA 2002, 965 = SAE 2003, 362 mit Anm. Chr. Weber; 14. 12. 1994 – 5 AZR 137/94, NZA 1995, 676.

251 BAG 23. 6. 2009 – 2 AZR 606/08, NZA 2009, 1011; 27. 11. 2008 – 2 AZR 675/07, NZA 2009, 842; 15. 1. 1986 – 5 AZR 460/86, juris; Wiese (Fn. 218), S. 954, 968 f.; Kania, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht [zitiert: ErfK] (Fn. 2), § 83 BetrVG, Rn. 6; Schaub/Linck (Fn. 242), § 132 Rn. 39 m. w. N.

252 So ausdrücklich LAG Köln 2. 11. 1983 – 7 Sa 901/83, DB 1984, 1630; insoweit nicht beanstandet von BAG 27. 11. 1985 – 5 AZR 101/84, NZA 1986, 227 = SAE 1986, 197 mit Anm. Misera.

253 Schaub/Linck (Fn. 242), § 132 Rn. 5.

Dass der Arbeitnehmer sich nicht gegen eine Abmahnung zur Wehr setzt, begründet keinen Anscheinsbeweis, dass der Sachverhalt in der Rüge richtig dargestellt wäre²⁵⁴.

Es gibt daher keinen Grund, die Abmahnung anders zu behandeln als sonstige kritische Äußerungen des Arbeitgebers. Nur wenn die Rüge auf einem erweislich unzutreffenden Sachverhalt beruht, muss die Meinungsfreiheit des Arbeitgebers zurücktreten. Geht es hingegen um Wertungsfragen, kann der Arbeitnehmer keine Zensur zu Lasten des Arbeitgebers verlangen. Dies gilt auch für eine unzutreffende rechtliche Bewertung in der Abmahnung – diese Frage ist erst im Kündigungsschutzprozess zu klären. Eine in diesem Sinne unberechtigte Abmahnung verletzt auch nicht das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers²⁵⁵. Im Schuldverhältnis wie sonst auch ist es – zumindest unter vier Augen – nicht verboten, falsche Rechtsansichten zu äußern. Dem Arbeitgeber steht umgekehrt ebensowenig ein Recht auf Widerruf zu, wenn der Arbeitnehmer ihm im Personalgespräch vorwirft, er zahle das Gehalt jeden Monat zu spät.

e) Arbeitszeugnis

Auf die Formulierung von Arbeitszeugnissen lassen sich diese Überlegungen nicht ohne weiteres übertragen. Zwar äußert sich der Arbeitgeber auch hier unmittelbar nur gegenüber dem Arbeitnehmer, mittelbar aber ist die Beurteilung für Dritte, vor allem für potentielle neue Arbeitgeber bestimmt. Der Arbeitnehmer kann ein schlechtes Zeugnis bei einer späteren Bewerbung kaum zurückhalten, ohne einen schlechten Eindruck zu machen. Der Arbeitgeber muss deshalb darauf Rücksicht nehmen, mit dem Zeugnis die Berufschancen des Arbeitnehmers nicht ohne zwingenden Grund zu belasten – spiegelbildlich zur Mäßigungspflicht des Arbeitnehmers bei öffentlichen Äußerungen. So beruht die von der Rechtsprechung betonte Pflicht des Arbeitgebers zu »verständigem Wohlwollen« (oben I.3.a.) systematisch auf der vertraglichen Rücksichtspflicht²⁵⁶. Dasselbe gilt für das Verbot geheimer Zeichen nach § 109 Abs. 2 Satz 2 GewO. Grenze der Rücksichtnahme ist der Grundsatz der Zeugniswahrheit²⁵⁷. Umgekehrt darf nicht alles, was wahr ist, auch im Zeugnis gesagt werden. Eine Elternzeit etwa darf nur erwähnt werden, wenn sie bezogen auf die Gesamtdauer des Arbeitsverhältnisses einen so erheblichen Zeitraum ausmacht, dass dies für die Leistungsbeurteilung von Bedeutung ist.²⁵⁸

In diesem Spannungsverhältnis zwischen Wahrheit und Wohlwollen hat die Überbetonung der Rücksichtspflicht durch die Rechtsprechung im vermeintlichen Interesse der Arbeitnehmer das Arbeitszeugnis weitgehend ad absurdum geführt²⁵⁹. Weil sich negative Beurteilungen mit einer »wohlwollenden« Formulierung nicht vertragen, ist neben den positiven Aussagen im Zeugnis längst von mindestens ebenso großer Bedeutung, was

254 BAG 13. 3. 1987 – 7 AZR 601/85, NZA 1987, 518.

255 So aber BAG 11. 12. 2001 – 9 AZR 464/00, NZA 2002, 965 = SAE 2003, 362 mit Anm. *Chr. Weber*.

256 So auch *Schleißmann*, Das Arbeitszeugnis, 19. Aufl. 2009, S. 29.

257 Dazu BAG 23. 6. 1960 – 5 AZR 560/58, DB 1960, 1042 = SAE 1984, 261 mit Anm. *Schwerdtner*; *ErfK/Müller-Glöge* (Fn. 2), § 109 GewO, Rn. 27; *Göldner*, ZfA 1991, 225, 232 ff.; *Schleißmann* (Fn. 256), S. 30.

258 BAG 10. 5. 2005 – 9 AZR 261/04, NZA 2005, 1237.

259 Kritisch auch *Schweres*, BB 1986, 1572 f.; *Schleißmann* (Fn. 256), S. 122 ff.

nicht gesagt wird²⁶⁰. Eine schlechte Beurteilung unterscheidet sich von einer guten nur noch darin, dass sie weniger positiv formuliert ist. Die entstandene »Zeugnissprache« genügt nicht mehr dem Grundsatz der Zeugnisklarheit (§ 109 Abs. 2 Satz 1 GewO), weil sich dem unbefangenen Leser der wahre Inhalt nicht erschließt²⁶¹. Die eingeweihten Personalverantwortlichen in den Unternehmen stellt das nicht vor Probleme. Rechtsunkundige Arbeitnehmer aber können kaum noch sicher sein, ob ihnen ein gutes oder ein schlechtes Zeugnis ausgestellt wurde.

Auch unter dem Gesichtspunkt der Meinungsfreiheit ist die Pflicht zu »verständigem Wohlwollen« problematisch. Die Arbeitsgerichte geben auf Antrag der Arbeitnehmer konkrete Zeugnisformulierungen vor²⁶². Der Arbeitgeber wird also gerichtlich zu Werturteilen gezwungen, die er im Zeugnis als seine eigene Meinung ausgeben muss²⁶³.

Richtig verstandene Rücksicht müsste den Grundsatz der *Wahrheit als oberstes Gebot* betrachten. Die *Mäßigungspflicht* verlangt vom Arbeitgeber in diesem Rahmen, unwesentliche negative Details auszulassen sowie negative Wertungen nur auf objektiver Grundlage und nicht leichtfertig aufzunehmen. Dabei kann die von der Rechtsprechung entwickelte Beweislastverteilung für die Leistungsbewertung²⁶⁴ als Anhaltspunkt dienen. Auszugehen ist von einer durchschnittlichen Bewertung. Abweichungen nach unten (oder nach oben) müssen durch Tatsachen gerechtfertigt sein. Auch darin liegt zwar eine erhebliche Einschränkung der Meinungsfreiheit, diese rechtfertigt sich aber aus der erheblichen Bedeutung des Zeugnisses für den Arbeitnehmer. Der Arbeitgeber hingegen hat kein berechtigtes Interesse an Willkür in der Bewertung.

Eine bloß positive Formulierung genügt diesen Vorgaben in keiner Weise. An eine Umkehr ist freilich nicht mehr zu denken – ein allgemeinsprachlich positiv formuliertes Zeugnis ginge im Meer der Superlative unter, ein ernsthaft kritisches würde jede Hoffnung des Arbeitnehmers auf einen neuen Arbeitsplatz vernichten.

f) Anhörung des Betriebsrats

Keine spezifisch arbeitsrechtlichen Grenzen der Meinungsfreiheit gelten für die Information des Betriebsrats durch den Arbeitgeber nach § 102 Abs. 1 Satz 2 BetrVG. Besondere Zurückhaltung kann hier schon deshalb nicht verlangt werden, weil nur eine vollständige Unterrichtung über die Kündigungsgründe den gesetzlichen Anforderungen genügt²⁶⁵. Insoweit ist die Mitteilung als Äußerung zur Wahrnehmung von Rechten nach § 193 StGB grundsätzlich zulässig²⁶⁶, auch wenn sie den Arbeitnehmer herabwürdigt. Formalbeleidigungen rechtfertigt freilich auch § 193 StGB nicht. Die Interessen der Ar-

260 Göldner, ZfA 1991, 225, 232.

261 In diese Richtung auch Göldner, ZfA 1991, 225, 234.

262 BAG 23. 6. 1960 – 5 AZR 560/58, NJW 1960, 1973; MüKoBGB/Henssler, 5. Aufl. 2009, § 630 Rn. 54 m. w. N.

263 LAG Hamm 17. 6. 1999 – 4 Sa 2587/98, MDR 2000, 590; LAG Baden-Württemberg 27. 10. 1966 – 4 Sa 53/66, DB 1967, 48.

264 BAG 13. 10. 2003 – 9 AZR 12/03, NZA 2004, 843.

265 Zu den Anforderungen im einzelnen GK-BetrVG/Raab (Fn. 108), § 102 Rn. 55 ff. m. w. N.

266 Dazu MüKoStGB/Joecks, 2003, § 193 Rn. 16 ff.

beitnehmer sichert die Schweigepflicht des Betriebsrats nach den §§ 102 Abs. 2 Satz 5, 99 Abs. 1 Satz 3 BetrVG.

V. Grenzen der Meinungsfreiheit in der Betriebsverfassung

1. Der Betriebsrat als Akteur im Meinungskampf

a) Vertrauensvolle Zusammenarbeit, § 2 Abs. 1 BetrVG

Der Meinungskampf zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat unterliegt besonderen Schranken. Grund dafür ist die Rechtsnatur des Betriebsrats. Er besteht auf Grund gesetzlicher Anordnung (§ 1 Abs. 1 Satz 1 BetrVG), um der Belegschaft eine Stimme in Angelegenheiten der Betriebsverfassung zu geben, wird aber andererseits vom Arbeitgeber finanziert (§ 40 Abs. 1 BetrVG) und ist insofern von diesem abhängig. Das macht den Betriebsrat zum einen verwundbar, weil er es im Rahmen der kollektiven Interessenvertretung kaum je allen Arbeitnehmern recht machen kann. Gelingt es dem Arbeitgeber, das Vertrauen der Belegschaft in den Betriebsrat zu zerstören, kann er die kollektive Interessenvertretung effektiv stören. Umgekehrt hat der Arbeitgeber ein legitimes Interesse daran, keine Opposition im eigenen Haus zu finanzieren.

§ 2 Abs. 1 BetrVG verpflichtet die Betriebspartner daher zu vertrauensvoller Zusammenarbeit und nennt als Ziel dieser Zusammenarbeit sowohl das Wohl der Arbeitnehmer als auch des Betriebs. Als spezielle Verankerung des Grundsatzes von Treu und Glauben im Betriebsverfassungsrecht²⁶⁷ ist diese Generalklausel für das Verhalten der Betriebspartner unmittelbar verbindlich. Daraus folgt kein »Meinungsfriedensgebot«, aber ein Verbot offener Konfrontation. Der Betriebsrat soll die Meinungsbildung des Arbeitgebers im Sinne der Belegschaft beeinflussen²⁶⁸, er ist hingegen nicht dazu berufen, den betrieblichen Meinungskampf zu schüren.

b) Meinungsfreiheit des Betriebsrats?

Aus Art. 5 Abs. 1 GG ergibt sich nichts anderes. Der Betriebsrat in amtlicher Funktion kann sich nach richtiger Ansicht nicht auf die Meinungsfreiheit berufen²⁶⁹. Aus Art. 19 Abs. 3 GG lässt sich für ihn keine Grundrechtsfähigkeit konstruieren²⁷⁰. Der Betriebsrat ist nicht privatautonom geschaffen und dient auch nicht der freien Entfaltung der hinter ihm stehenden natürlichen Personen²⁷¹ – auf dieses Kriterium stellt das BVerfG für die Grundrechtsfähigkeit juristischer Personen aber maßgeblich ab²⁷². Vielmehr ist der Betriebsrat eine vom Staat geschaffene und verfasste Einrichtung – wie Elternbeiräte, ver-

267 BAG 21. 4. 1983 – 6 ABR 70/82, AP Nr. 20 zu § 40 BetrVG 1972.

268 Wiese, ZfA 2000, 117, 119 f.

269 Wie hier Bruder (Fn. 161), S. 86 f.; Otto, Betriebliche Arbeitnehmervertretung im Spannungsfeld zwischen Betriebsrat und Gewerkschaft, 1999, S. 43. Eingehende Nachweise zum Streitstand bei Wiese.

270 So auch Zöllner/Loritz/Hergenröder, Arbeitsrecht, 6. Aufl. 2008, § 8 IV 5.

271 Bruder (Fn. 161), S. 87; Otto (Fn. 269), S. 42 f.

272 BVerfG 14. 4. 1987 – 1 BvR 775/84, BVerfGE 75, 192; zustimmend Jarass/Pieroth (Fn. 52), Art. 19 Rn. 16 m. w. N.

fasste Studentenschaften, Handwerks- und Berufskammern. Als Staatsintervention wirkt der Betriebsrat zuerst freiheitsbeschränkend – auch wenn er die Schutzpflicht des Staates aus Art. 12 Abs. 1 GG verwirklichen hilft.

Der Betriebsrat befindet sich auch nicht in einer natürlichen Personen vergleichbaren Gefährdungslage²⁷³ – Sanktionen des Arbeitgebers muss er nicht fürchten, und das BetrVG schützt seine Tätigkeit vor Beeinträchtigung (§§ 78, 119 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG).

Selbst wenn man entgegen der hier vertretenen Ansicht dem Betriebsrat als staatlich geschaffenen Repräsentationsorgan zubilligen wollte, sich auf die Meinungsfreiheit zu berufen²⁷⁴, so wäre die Grundrechtsfähigkeit – wie die Teilrechtsfähigkeit²⁷⁵ auch – jedenfalls auf die Erfüllung seiner gesetzlich festgelegten Aufgaben beschränkt²⁷⁶. Und die Meinungsäußerung nach außen, an die Öffentlichkeit – etwa durch Pressekonferenzen – gehört nicht zu seinen Aufgaben. Der Betriebsrat ist nicht berufen, durch Beeinflussung der öffentlichen Meinung »Druck zu machen«, den Arbeitgeber so zu bedrängen, dass er nachgibt. Ein betriebsverfassungsrechtliches Äußerungsrecht hat er im Betrieb – auf der Betriebsversammlung und als kommunikativem Kontakt zur Belegschaft auch am Schwarzen Brett.

Freilich verträgt sich diese Gegenmeinung ihrerseits nicht mit der Meinungsfreiheit der Arbeitnehmer: Der Betriebsrat kann in seiner Amtsfunktion gerade nicht für die Belegschaft sprechen und deren »Kollektivmeinung« wiedergeben. Damit würde die individuelle Meinung der Arbeitnehmer »sozialisiert«, ein Meinungsäußerungspaternalismus oder Zwangsrepräsentation errichtet. Insofern ist an die Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte zu erinnern, die den dem Betriebsrat durchaus vergleichbaren verfassten Studentenschaften (Asta) und den Kammern eben zum Schutz der Repräsentierten jedes allgemeinpolitische Mandat – also die »nachhaltige und uneingeschränkte Kundgabe nichthochschulbezogener, allgemeinpolitischer Meinungen und Forderungen« – gerade versagt haben²⁷⁷.

Die Betriebsräte stehen keinem Belegschaftsverband, keinem Werkverein oder keiner Belegschaftskammer vor. Die Funktion des Betriebsrats ist allein nach innen gerichtet: Er vertritt Arbeitnehmerinteressen gegenüber dem Arbeitgeber. Dazu kommen ihm einfachrechtliche Kommunikationsrechte gegenüber dem Arbeitgeber, aber auch gegenüber

273 Auch auf dieses Kriterium stellt das BVerfG ab, so BVerfG 7. 6. 1977 – 1 BvR 108/73 u. a., BVerfGE 45, 63; BVerfG 8. 7. 1982 – 2 BvR 1182/80, BVerfGE 61, 82.

274 So *Ellenbeck*, Die Grundrechtsfähigkeit des Betriebsrats, 1996, S. 109 ff.; *Dütz*, Der Grundrechtsschutz von Betriebsräten und Personalvertretungen, 1986, S. 30 ff.; *Richardi*, BetrVG, 11. Aufl. 2008, Einl. Rn. 116 f.; *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht Bd. II, 2008, S. 106; *ErfK/Dieterich* (Fn. 2), Art. 5 GG, Rn. 40.

275 BAG 24. 4. 1986 – 6 AZR 607/83, NZA 1987, 100 = SAE 1987, 244 mit Anm. *Bickel*; 24. 10. 2001 – 7 ABR 20/00, NZA 2003, 53.

276 *Wiese*, Zur Freiheit der Meinungsäußerung des Betriebsrats und seiner Mitglieder im Außenverhältnis, in: FS 50 Jahre Bundesarbeitsgericht, 2004, S. 1125, 1126 ff.; *Richardi* (Fn. 274), Einl. Rn. 117; allgemein.

277 BVerwG 13. 12. 1979 – 7 C 58/78, BVerwGE 59, 231, 238; BVerwG 12. 5. 1999 – 6 C 10/98, NVwZ 2000, 323, 324; VerfGH NRW 25. 1. 2000 – VerfGH 2/98, NVwZ-RR 2000, 594; Einzelheiten bei *Mußnug*, Das politische Mandat öffentlich-rechtlicher Körperschaften und seine Grenzen, in: Staat und Völkerrechtsordnung, in: FS Karl Doehring, 1989, S. 665.

den Arbeitnehmern zu – aber stets nur im Rahmen seiner enumerativ festgelegten betriebsverfassungsrechtlichen Aufgaben. Dabei hat der Betriebsrat nur ganz ausnahmsweise das Recht, Außenkontakte zu pflegen, etwa wenn er mit den Arbeitsschutzbehörden nach § 89 BetrVG zusammenarbeitet. Nirgendwo im BetrVG findet sich aber die Aufgabe des Betriebsrats, mit der Öffentlichkeit, insbesondere Presse, Funk und Fernsehen informativ zusammenzuarbeiten. Dementsprechend kann ein Betriebsrat auch immer nur im Intranet an die Beschäftigten herantreten – nicht aber im Internet. Selbst mit anderen Arbeitnehmervertretungen darf er nur nach Maßgabe des Gesetzes interagieren, etwa in der Betriebsräteversammlung des § 53 BetrVG. Solange aber der Gesetzgeber dem Betriebsrat keine Aufgabe »öffentliche Meinungsäußerung« zuweist – wie er das etwa mit den Arbeit(nehm)erkammern im Saarland und in Bremen getan hat, die sich durchaus öffentlich zu Belangen der Arbeiterschaft äußern dürfen²⁷⁸ –, solange kommt dem Betriebsrat auch keine Äußerungskompetenz zu.

Dass Art. 5 Abs. 1 GG für den Betriebsrat als Gremium nicht greift, hat mehrere Konsequenzen:

Erstens ist das Abhalten von Pressekonferenzen, Fernsehinterviews und dergleichen im Kontakt mit der Öffentlichkeit keine Betriebsratsarbeit. Hierfür kann keine bezahlte Freistellung und kein Aufwendungsersatz (Fahrkosten!) verlangt werden. Wenn ein Betriebsratsmitglied an die Öffentlichkeit tritt, handelt es notwendig als Person und haftet dementsprechend – aus § 280 BGB als Arbeitnehmer und ggf deliktisch, insbesondere nach § 824 BGB. Weil die Öffentlichkeitsarbeit nicht seine Aufgabe und nicht vom Arbeitgeber veranlasst ist, gibt es keinen Grund zur Haftungsmilderung.

Zweitens ist bei der Interessenabwägung bei betriebsinternen Äußerungen keine subjektive Meinungsfreiheit des Betriebsratsgremiums, sondern seine einfachrechtliche Äußerungskompetenz im Dienst der objektivierten jeweiligen Betriebsratsaufgabe zu berücksichtigen. Ob es ein Betriebs- oder Personalrat etwa unmenschlich findet, dass der Arbeitgeber zum Schutz weiblicher belästigter Mitarbeiter Obdachlose aus der Parkgarage in den Winter vertreibt, das ist ganz unmaßgeblich: Weil der Betriebsrat kein Mandat zur Fürsorge für Betriebsexterne hat.

Drittens ist dem Betriebsrat richtigerweise der Gang zum BVerfG versperrt. Seine einfachrechtlichen Äußerungskompetenzen kann er nur im arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahren geltend machen; nur dort ist er beteiligtenfähig.

c) Persönliche Meinungsfreiheit der Betriebsratsmitglieder

Die Arbeitnehmer behalten ihre Meinungsfreiheit auch dann, wenn sie in den Betriebsrat gewählt werden. Als Person unterliegen sie weiter nur den arbeitsvertraglichen Beschränkungen. Lediglich soweit sie sich in amtlicher Eigenschaft äußern, können sie sich nicht auf Art. 5 Abs. 1 GG berufen und müssen die strengen Vorgaben des BetrVG für den Meinungskampf beachten.

278 BVerfG 18. 12. 1974 – 1 BvR 430/65 und 259/66, BVerfGE 38, 281, 297 f.

2. Arbeitskampfverbot, § 74 Abs. 2 Satz 1 BetrVG

a) Zwangsschlichtung

Die Generalklausel des § 2 Abs. 1 BetrVG wird durch § 74 BetrVG konkretisiert. So verpflichtet § 74 Abs. 1 Satz 2 BetrVG die Betriebspartner zur Kooperation; § 74 Abs. 2 Satz 1 BetrVG ergänzt diese Regelung durch das *absolute Verbot* des Arbeitskampfs zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat. Das verhindert im Interesse des Arbeitgebers eine Lähmung des Betriebs, dient aber auch und vor allem dem Schutz der Gewerkschaften vor dem Betriebsrat als »beitragsfreier Ersatzgewerkschaft«²⁷⁹. Die Betriebspartner sollen ihre Meinungsverschiedenheiten gemeinsam lösen – notfalls im Rahmen der Zwangsschlichtung durch die Einigungsstelle.

b) Verbot des betrieblichen Arbeitskampfs

Dieses absolute Verbot bedeutet zum einen, dass kein Betriebspartner auf Arbeitskampfmaßnahmen zurückgreifen darf, um betriebliche Ziele durchzusetzen²⁸⁰. Das BetrVG verpflichtet die Betriebspartner auf die gesetzlichen Möglichkeiten der Zwangsschlichtung. Unzulässig ist beispielsweise der Aufruf eines Betriebsratsmitglieds an die Arbeitnehmer, nur noch im Stundenlohn zu arbeiten, um dem Arbeitgeber höhere Akkordlohnsätze abzurufen²⁸¹. Unter den Begriff des »Arbeitskampfs« fallen im Übrigen nicht nur »klassische« Arbeitskampfmaßnahmen wie Streik oder Aussperrung, sondern auch die Förderung entsprechender fremder Pläne, sei es auch nur durch Zustimmungsbekundungen²⁸².

c) Betrieblicher Meinungskampf und tariflicher Arbeitskampf

(1) Neutralitätspflicht des Betriebsrats

Eine zusätzliche Dimension entfaltet das betriebsverfassungsrechtliche Arbeitskampfverbot bei Arbeitskämpfen tariffähiger Parteien. Auf deren Zulässigkeit wirkt sich das innerbetrieblich geltende Verbot gemäß § 74 Abs. 2 Satz 1 Hs. 2 BetrVG nicht aus. Es beschränkt aber den Spielraum des Betriebsrats im innerbetrieblichen Meinungskampf zusätzlich. Im Rahmen eines Arbeitskamps um tarifliche Regelungen verlangt § 74 Abs. 2 Satz 1 Hs. 1 BetrVG von ihm vollständige Neutralität²⁸³.

Die Koalitionsfreiheit sichert dem Arbeitgeber die alleinige Entscheidung, wie er sich im Arbeitskampf verhalten will. In diese Entscheidung darf der Betriebsrat sich nicht einmischen, weil der Arbeitskampf seinen Zuständigkeitsbereich überschreitet. Dementsprechend ist er an arbeitskampfbedingten Maßnahmen des Arbeitgebers nicht zu betei-

279 Rieble, RdA 2005, 200, 211.

280 BAG 17. 12. 1976 – 1 AZR 772/75, AP Nr. 52 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = SAE 1977, 185 mit Anm. Herschel.

281 LAG Hamm 23. 2. 1965 – 3 Sa 763/64, DB 1965 – 1052.

282 H/S/W/G/N/Worzalla (Fn. 10), § 74 Rn. 11; GK-BetrVG/Kreutz (Fn. 108), § 74 Rn. 50.

283 BAG 22. 12. 1980 – 1 ABR 76/79, AP Nr. 71 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = SAE 1981, 205 mit Anm. Konzen; 10. 12. 2002 – 1 ABR 7/02, AP Nr. 59 zu § 80 BetrVG 1972 = SAE 2003, 343 mit Anm. Hergenvörder; Richardi (Fn. 274), § 74 Rn. 24; Fitting, BetrVG, 24. Aufl. 2008, § 74 Rn. 14, einschränkend Berg, in: Däubler/Kittner/Klebe, BetrVG [zitiert: D/K/K], 11. Aufl. 2009, § 74 Rn. 15 a; GK-BetrVG/Kreutz (Fn. 108), § 74 Rn. 67.

ligen²⁸⁴. Wenn man die Beteiligungsrechte nicht ohnehin insoweit mit Blick auf die Kampfparität für unanwendbar hält²⁸⁵, ergibt sich dieses Ergebnis jedenfalls aus der Neutralitätspflicht des Betriebsrats²⁸⁶.

Das absolute Verbot des § 74 Abs. 2 Satz 2 BetrVG umfasst jede Form der Druckausübung²⁸⁷. Schon die Ankündigung von Kampfmaßnahmen ist deshalb ein Verstoß²⁸⁸. Dasselbe gilt für Vorbereitungshandlungen: Der Betriebsrat darf weder eine Urabstimmung durchführen, noch in Flugblättern gemeinsam mit einer Gewerkschaft für deren Positionen werben²⁸⁹ oder ihr seine Räume zur Verfügung stellen. Während des Arbeitskampfs hat er jeden Einfluss auf Streikbrecher²⁹⁰ und jede Art von Kampfpropaganda zu unterlassen²⁹¹. Umgekehrt darf er auch nicht gegen einen gewerkschaftlichen Streik Stimmung machen²⁹².

(2) Keine Neutralitätspflicht der Betriebsratsmitglieder

Anders sieht es bei den einzelnen Betriebsratsmitgliedern aus. Diese haben eine Doppelstellung als Amtsträger der Betriebsverfassung einerseits und als Arbeitnehmer und eventuell Gewerkschaftsmitglieder andererseits. In ihrer Eigenschaft als Funktionsträger sind sie an das Neutralitätsgebot gebunden²⁹³, als Arbeitnehmer hingegen können sie sich wie alle ihre Kollegen an einem Arbeitskampf beteiligen. Für gewerkschaftlich organisierte Betriebsratsmitglieder garantiert dies ausdrücklich § 74 Abs. 3 BetrVG. Nichts anderes kann für die übrigen Arbeitnehmer gelten²⁹⁴, zumal die h. M. auch Außenseitern ein Streikrecht zubilligt²⁹⁵.

Das Neutralitätsgebot verlangt von den Betriebsratsmitgliedern aber, ihre beiden Rollen strikt zu trennen. Sie dürfen weder das Gewicht ihres Amtes noch irgendwelche damit verbundenen Rechte oder Vorteile für das Engagement im Arbeitskampf nutzen.

284 Zu den unterschiedlichen Begründungen im einzelnen v. *Hoyningen-Huene*, in: *Richardi/Wlotzke/Wißmann/Oetker*, Münchner Handbuch zum Arbeitsrecht [zitiert: MünchArbR³], 3. Aufl. 2009, § 214 Rn. 16 ff. GK-BetrVG/*Kreutz* (Fn. 108), § 74 Rn. 69 ff. m. w. N.

285 So etwa BAG 6. 3. 1979 – 1 AZR 866/77, DB 1979, 1464 = SAE 1980, 221 mit Anm. *Heinze*; *Richardi* (Fn. 274), § 74 Rn. 34 ff. m. w. N.

286 So etwa GK-BetrVG/*Kreutz* (Fn. 108), § 74 Rn. 77; zustimmend *Glostein*, *Der Betriebsrat im Arbeitskampf*, 2001, S. 68 ff.

287 Beispiele m. w. N. bei *Glostein* (Fn. 286), S. 33 ff.

288 GK-BetrVG/*Kreutz* (Fn. 108), § 74 Rn. 50.

289 LAG Hamm 31. 5. 2006 – 10 TaBV 20405, juris.

290 BAG 10. 12. 2002 – 1 ABR 7/02, AP Nr. 59 zu § 80 BetrVG 1972 = SAE 2003, 343 mit Anm. *Hergenröder*.

291 ArbG Göttingen 16. 6. 1981 – 1 BV 4/81, DB 1982, 334.

292 *Fitting* (Fn. 283), § 74 Rn. 14 unter Berufung auf BAG 5. 12. 1978 – 6 AZR 485/76, nicht veröffentlicht; a. A.: GK-BetrVG/*Kreutz* (Fn. 108), § 74 Rn. 84.

293 *Richardi* (Fn. 274), § 74 Rn. 19.

294 *Fitting* (Fn. 283), § 74 Rn. 16; *Kempfen*, NZA 2005, 185, 190.

295 BAG 22. 3. 1994 – 1 AZR 622/93, AP Nr. 130 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; *ErfK/Dieterich* (Fn. 2), Art. 9 GG, Rn. 166.

»Misch Tätigkeiten« kann es nicht geben²⁹⁶. Diese Trennung ist oft schwierig, wenn nicht sogar unmöglich. Bezieht ein Betriebsratsvorsitzender im Arbeitskampf Stellung, werden sich die Arbeitnehmer in aller Regel bewusst sein, dass sie einem Funktionsträger gegenüberstehen, mag er auch seine ganz persönliche Ansicht äußern. Um die Meinungsfreiheit nicht unverhältnismäßig zu beeinträchtigen, kann daher von den Betriebsratsmitgliedern nicht jedes Mal ein ausdrücklicher Hinweis verlangt werden, in welcher Eigenschaft sie sich äußern – zumal ein solcher Hinweis ohnehin eine reine Formalität wäre. Es spricht eben keine Vermutung dafür, dass ein Funktionsträger als solcher und nicht lediglich als Arbeitnehmer handelt²⁹⁷.

Insofern gilt nichts anderes als für Träger eines öffentlichen Amtes. Dass eine Meinung bei Gelegenheit der Amtstätigkeit geäußert wird, heißt nicht zwingend, dass sie auch in amtlicher Eigenschaft geäußert wurde. Ergibt die Auslegung, dass der Amtsträger allein seine persönliche Überzeugung zum Ausdruck gebracht hat, fehlt es am amtlichen Charakter der Äußerung²⁹⁸.

(3) Bedeutung des Neutralitätsgebots für den Arbeitgeber

Der Arbeitgeber ist an das Neutralitätsgebot nur in seiner betriebsverfassungsrechtlichen Funktion gebunden²⁹⁹. Jede Art von Kampfmaßnahmen gegen den Betriebsrat oder seine Mitglieder in amtlicher Funktion ist ihm untersagt. Er darf diese also nicht daran hindern, ihre (verbleibenden) betriebsverfassungsrechtlichen Aufgaben auch während des Arbeitskampfs zu erfüllen³⁰⁰.

Als Unternehmer und Arbeitsvertragspartei aber hindert ihn das BetrVG nicht an Kampfmaßnahmen – gegen die Gewerkschaft bzw. die Arbeitnehmer³⁰¹. Betrifft der Arbeitskampf den Abschluss eines Firmentarifvertrags, so folgt dies wegen seiner Stellung als Partei des Tarifvertrags bereits aus § 74 Abs. 2 Satz 1 Hs. 2 BetrVG. Darüber hinaus gilt für ihn dasselbe wie für die Mitglieder des Betriebsrats. Seine Doppelstellung als Akteur der Betriebsverfassung und als Mitglied des Arbeitgeberverbands nimmt ihm nicht das Recht, in letztgenannter Eigenschaft im Arbeitskampf Stellung zu beziehen. Ist er nicht Mitglied des Arbeitgeberverbands, so steht ihm dieses Recht als Außenseiter zu.

3. Verbot parteipolitischer Betätigung, § 74 Abs. 2 Satz 3 Hs. 1 BetrVG

a) Schutz der Arbeitnehmer und des Betriebsfriedens

Besonders prekär sind politische Äußerungen der Betriebspartner. Die Gefahr einer Indoktrination der Arbeitnehmer ist nicht von der Hand zu weisen, weil diese nicht ausweichen können, ohne ihre Leistungspflicht zu verletzen. Weder der Arbeitgeber noch

296 Rieble, BB 2009, 1016, 1017.

297 LAG Düsseldorf 5. 7. 1994 – 8 TaBV 57/94, LAGE § 74 BetrVG 1972 Nr. 2; GK-BetrVG/Kreutz (Fn. 108), § 74 Rn. 66; Kempfen, NZA 2005, 190.

298 VGH Mannheim 9. 10. 1989 – 1 S 5/88, NJW 1990, 1808; OLG Sachsen-Anhalt 18. 4. 2000 – 6 U 279/99, juris.

299 Richardi (Fn. 274), § 74 Rn. 19; MünchArbR³/v. Hoyningen-Huene (Fn. 284), § 214 Rn. 10.

300 Beispiele m. w. N. bei Gloistein (Fn. 286), S. 48 f.

301 D/K/K/Berg (Fn. 283), § 74 Rn. 15 a.

der Betriebsrat sollen ihre betriebsverfassungsrechtlichen Möglichkeiten dazu nutzen, für subjektive politische Überzeugungen zu kämpfen. Gerade der Betriebsrat kann – etwa im Rahmen einer Betriebsversammlung – viele Arbeitnehmer erreichen. Porsche-Betriebsratschef *Uwe Hück* etwa ist ein anschauliches Beispiel für den erheblichen Einfluss betriebsverfassungsrechtlicher Funktionsträger auf den betrieblichen Meinungsbildungsprozess³⁰². Er gilt im Unternehmen als »unumstrittene Machtinstanz«³⁰³, die SPD setzt vor allem im Wahlkampf auf seine Fähigkeit, die Massen zu begeistern³⁰⁴, und sein Wort hat in der IG Metall Gewicht³⁰⁵. Wenn *Hück* im Betrieb die Massen begeistert, ist es für den einzelnen Arbeitnehmer schwer, eine abweichende Meinung zu verteidigen. Der Querulant aus Fn. 3 ist ein »Idiot« im Wortsinn, der zuerst seine Unbeholfenheit beweist.

Typischerweise dient das Verbot der Parteipolitik zugleich den Interessen des Arbeitgebers. Kontroverse Diskussionen, unter denen auch die Arbeitsleistung leidet, werden von vornherein vermieden.

Wie das Kampfverbot gilt § 74 Abs. 2 Satz 3 Hs. 1 BetrVG auch für die einzelnen Betriebsratsmitglieder in ihrer Funktion als Amtsträger³⁰⁶. Es ist keine Voraussetzung, dass der Betriebsfrieden konkret beeinträchtigt oder Arbeitsabläufe gestört werden; das Gesetz trägt der abstrakten Gefährlichkeit durch ein *absolutes Verbot* Rechnung³⁰⁷. Deshalb ist es auch unerheblich, ob § 74 Abs. 2 Satz 3 Hs. 1 BetrVG im Zusammenspiel mit § 75 BetrVG ein Gebot parteipolitischer Neutralität von Arbeitgeber und Betriebsrat zu entnehmen ist³⁰⁸. Das absolute Verbot verhindert im Ergebnis jede potentielle Einflussnahme auf die Arbeitnehmer.

b) Parteipolitische Betätigung

Diese auf den ersten Blick klare Regel birgt erhebliche Abgrenzungsprobleme. Weitgehend unstrittig ist es den Organen der Betriebsverfassung verwehrt, Propaganda für oder gegen eine Partei i. S. d. Art. 21 GG und § 2 Abs. 1 ParteienG zu machen. Der Begriff der »Partei« ist im BetrVG allerdings weiter zu verstehen. Darunter fallen auch kommunale

302 SZ 7. 9. 2009, www.sueddeutsche.de/kultur/250/486663/text [15. 2. 2010].

303 Focus 23. 6. 2008, www.focus.de/politik/deutschland/portraet-die-geheimwaffe-der-genossen?id_312889.html [15. 2. 2010].

304 Siehe Fn. 303.

305 SZ 25. 8. 2003, www.sueddeutsche.de/wirtschaft/116/348951/text [15. 2. 2010].

306 BAG 5. 12. 1975 – 1 AZR 94/74, AP Nr. 1 zu § 87 BetrVG 1972 Betriebsbuße = SAE 1977, 88 mit Anm. *Meisel*; 21. 2. 1978 – 1 ABR 54/76, AP Nr. 1 zu § 74 BetrVG 1972 = SAE 1979, 59 mit Anm. *Bohn*; GK-BetrVG/*Kreutz* (Fn. 108), § 74 Rn. 101 m. w. N.

307 BAG 13. 9. 1977 – 1 ABR 67/75, AP Nr. 1 zu § 42 BetrVG 1972 = SAE 1978, 126 mit Anm. *Weitnauer*; 12. 6. 1986 – 6 ABR 67/84, AP Nr. 5 zu § 74 BetrVG 1972 = SAE 1988, 63 mit Anm. *Derleder*; MünchArbR³/v. *Hoyningen-Huene* (Fn. 284), § 214 Rn. 28; GK-BetrVG/*Kreutz* (Fn. 108), § 74 Rn. 107.

308 Für ein Neutralitätsgebot: BAG 13. 9. 1977 – 1 ABR 67/75, AP Nr. 2 zu § 42 BetrVG 1972 = SAE 1978, 126 mit Anm. *Weitnauer*; 12. 6. 1986 – 6 ABR 67/84, AP Nr. 5 zu § 74 BetrVG 1972 = SAE 1988, 63 mit Anm. *Derleder*; *Richardi* (Fn. 274), § 74 Rn. 59; dagegen: MünchArbR³/v. *Hoyningen-Huene* (Fn. 284), § 214 Rn. 24; GK-BetrVG/*Kreutz* (Fn. 108), § 74 Rn. 99 m. w. N.

Bündnisse (z. B. »Rathausparteien« oder Bürgerinitiativen³⁰⁹) und Organisationen, die zwar für eine politische Grundidee eintreten, aber keinen formellen Parteistatus genießen bzw. diesen durch ein Verbotverfahren nach Art. 21 Abs. 2 GG verloren haben³¹⁰. Die Gefahren einer Indoktrination oder einer Störung des Betriebsfriedens sind bei solchen Gruppen nicht geringer³¹¹.

Unzulässig ist es demnach, wenn ein Betriebsratsmitglied im Betrieb Flugblätter verteilt, auf denen zu Demonstrationen gegen die Opposition im Bundestag oder zur Wahl einer bestimmten Partei aufgefordert wird³¹². Ebenso verstößt gegen das Verbot zu parteipolitischer Betätigung, wer bei der Ausübung seines Amtes eine Plakette trägt, mit der er für oder gegen einen bestimmten Politiker Stellung bezieht³¹³. Einen Verstoß hat das BAG auch in einem Fall bejaht, in dem der Betriebsrat einen kommunalen Spitzenpolitiker im Zuge von dessen Wahlkampf auf einer Betriebsversammlung zum Thema betriebliche Altersversorgung referieren ließ³¹⁴.

Schwierig gestaltet sich die Abgrenzung parteipolitischer Stellungnahmen von allgemeinpolitischen Meinungsäußerungen. Zutreffend hat das BAG darauf hingewiesen, dass Parteipolitik auch durch Propaganda für ein politisches Programm ohne explizite Nennung der unterstützten Organisation möglich ist³¹⁵. Daraus lässt sich – entgegen dem BAG – allerdings nicht schließen, Partei- und Allgemeinpolitik ließen sich nicht trennen, und deshalb dürften die Organe der Betriebsverfassung politische Richtungen im Betrieb auch dann nicht gezielt unterstützen, wenn diese keiner konkreten Organisation zuzuordnen seien³¹⁶. Dass der Gesetzgeber zwischen Parteipolitik und Politik im Allgemeinen einen Unterschied macht, zeigt sich schon am unterschiedlichen Wortlaut der §§ 74 Abs. 2 Satz 3, 75 Abs. 1 BetrVG. Das absolute Verbot der Parteipolitik rechtfertigt sich daraus, dass politische Organisationen polarisieren – und gerade dadurch den Meinungskampf verschärfen.

Für die weite Interpretation des Begriffs »Parteipolitik« durch das BAG spricht nicht etwa die Einschränkung des Verbots in § 74 Abs. 2 Satz 3 Hs. 2 BetrVG. Danach sind

309 Str., wie hier GK-BetrVG/Kreutz (Fn. 108), § 74 Rn. 110; a. A. *Fitting* (Fn. 283), § 74 Rn. 48 jeweils m. w. N.

310 BAG 12. 6. 1986 – 6 ABR 67/84, AP Nr. 5 zu § 74 BetrVG 1972 = SAE 1988, 63 mit Anm. *Derleder*; GK-BetrVG/Kreutz (Fn. 108), § 74 Rn. 108 ff.; *Richardi* (Fn. 274), § 74 Rn. 61; einschränkend *Fitting* (Fn. 283), § 74 Rn. 48.

311 GK-BetrVG/Kreutz (Fn. 108), § 74 Rn. 109.

312 BAG 5. 12. 1975 – 1 AZR 94/74, AP Nr. 1 zu § 87 BetrVG 1972 Betriebsbuße = SAE 1977, 88 mit Anm. *Meisel*; LAG Niedersachsen 3. 3. 1970 – 1 TaBV 7/69, BB 1970, 1480.

313 BAG 9. 12. 1982 – 2 AZR 620/80, NJW 1984, 1142 (Anti-Strauß-Plakette) = SAE 1984, 158 mit Anm. *Roembeld*.

314 BAG 13. 9. 1977 – 1 ABR 67/75, AP Nr. 1 zu § 42 BetrVG 1972 = SAE 1978, 126 mit Anm. *Weitnauer*.

315 BAG 21. 2. 1978 – 1 ABR 54/76, AP Nr. 1 zu § 74 BetrVG 1972 = SAE 1979, 59 mit Anm. *Bohn*.

316 So aber BAG 12. 6. 1986 – 6 ABR 67/84, AP Nr. 5 zu § 74 BetrVG 1972 = SAE 1988, 63 mit Anm. *Derleder*; zustimmend *Wiese*, Zur Freiheit der Meinungsäußerung des Betriebsrats und seiner Mitglieder im Außenverhältnis, in: FS 50 Jahre Bundesarbeitsgericht, 2004, S. 1125, 1140; *Kissel*, NZÄ 1988, 145, 147 f.; *Richardi* (Fn. 274), § 74 Rn. 62 m. w. N.; a. A. *Schaub*, RdA 1979, 137, 139 f.; *ErfK/Dieterich* (Fn. 2), Art. 5 GG, Rn. 43; *D/K/K/Berg* (Fn. 283), § 74 Rn. 28 m. w. N.

allgemeinpolitische Äußerungen bei konkretem Betriebsbezug zulässig. Die Regelung setzt den Begriff der Parteipolitik voraus und lässt daher nicht den Umkehrschluss zu, dass grundsätzlich jede politische Betätigung verboten sei.

Verbotene Parteipolitik ist daher nur das Eintreten für eine konkrete Organisation oder deren Positionen – ohne dass die Gruppierung namentlich genannt werden müsste. Zu fordern ist lediglich, dass diese Organisation politische Ziele verfolgt. Dabei sind die Grenzen in dem weiten Spektrum zwischen dem (zumindest in der Regel) unpolitischen Sportverein und der politischen Partei fließend. Einen Anhaltspunkt kann die Ausrichtung der Gruppierung geben: Ist sie darauf ausgerichtet, das Meinungsbild in der Gesellschaft zu beeinflussen, fällt sie unter den weiten Parteibegriff des § 74 Abs. 2 Satz 3 BetrVG. Werbung für Greenpeace etwa ist in der Betriebsverfassung verboten, Werbung für das Rote Kreuz nicht.

Im Zweifel ist den Betriebspartnern zur Zurückhaltung zu raten. Die Meinungsfreiheit wird hierdurch nicht übermäßig belastet, zumal sich der Betriebsrat nicht auf Art. 5 Abs. 1 GG berufen kann (oben 1. b)). Auch die Betriebsratsmitglieder können in den arbeitsvertraglichen Grenzen für politische Gruppierungen werben – nur nicht im Rahmen ihrer Amtsausübung. Auch der Arbeitgeber darf sich parteipolitisch engagieren – nur nicht, wenn er spezifisch betriebsverfassungsrechtlich tätig ist (z. B. im Rahmen seines Berichts auf der Betriebsversammlung nach § 43 Abs. 2 Satz 3 BetrVG).

Dahinter steht eine eindeutige gesetzliche Wertung: Das BetrVG schreibt den Organen der Betriebsverfassung die Aufgabe zu, die konkreten Belange des Betriebs zu regeln. Ein allgemeinpolitisches Mandat haben sie gerade nicht³¹⁷. Vor diesem Hintergrund ist auch § 74 Abs. 2 Satz 3 Hs. 2 BetrVG zu sehen. Die Norm enthält keine eigentliche Ausnahme vom Verbot parteipolitischer Betätigung, sondern stellt klar, dass Arbeitgeber und Betriebsrat im Rahmen ihrer gesetzlichen Aufgaben politische Aspekte nicht ausparen müssen, auch wenn diese nicht nur von rein innerbetrieblichem Interesse sind³¹⁸.

c) Parteipolitik und Koalitionspolitik

»Politisch« agieren auch Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände. Dass diese dennoch nicht unter das Verbot der Parteipolitik fallen, ergibt sich mittelbar aus § 2 Abs. 1 BetrVG. Das Gesetz weist den Koalitionen eine Unterstützungsfunktion in der Betriebsverfassung zu. Im Umkehrschluss können die Betriebspartner nicht zum Schweigen über deren Tätigkeit verpflichtet sein.

Damit ist noch nicht gesagt, in welchem Umfang koalitionspolitische Themen etwa auf der Betriebsversammlung (dazu noch 9.) diskutiert werden dürfen. Der Betriebsrat ist an seine betriebsbezogene Zuständigkeit gebunden, und die betriebsverfassungsrechtliche Betriebsfriedenspflicht gilt auch für koalitionsbezogene Äußerungen.

d) Räumliche Abgrenzung?

Aus dem Schutzzweck des § 74 Abs. 2 Satz 3 BetrVG ergibt sich, dass nicht nur formal innerbetriebliche Sachverhalte erfasst sind. Der Begriff des »Betriebs« ist funktional zu verstehen. Wer etwa vor Arbeitsbeginn vor den Werkstoren Flugblätter verteilt, kann

317 GK-BetrVG/Kreutz (Fn. 108), § 74 Rn. 121; zur Kritik an der Aufweichung dieses Grundsatzes Picker, RdA 2001, 257, 270 ff.

318 GK-BetrVG/Kreutz (Fn. 108), § 74 Rn. 121; Richardi (Fn. 274), § 74 Rn. 63.

sich nicht darauf berufen, er handle nicht »im Betrieb«, weil seine Aktion gezielt in den Betrieb »hineinwirkt«³¹⁹. Entscheidend sind nicht die tatsächlichen räumlichen Grenzen des Betriebs, sondern die Frage, ob sich ein Amtsträger der Betriebsverfassung als solcher betätigt, oder ob er lediglich als Privatperson – ohne die Beschränkungen des BetrVG – für seine Überzeugungen eintritt.

4. Verpflichtung auf den Betriebsfrieden, § 74 Abs. 2 Satz 2 BetrVG

a) Auffangtatbestand

Dass der innerbetriebliche Meinungskampf auch außerhalb von Arbeitskampf und Parteipolitik eine Menge Konfliktpotential birgt, zeigt die eingangs geschilderte Entscheidung des LAG Baden-Württemberg. Zu denken ist vor allem an Fälle, in denen Meinungsverschiedenheiten zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat oder innerhalb des Betriebsrats in die Betriebsöffentlichkeit getragen werden. § 74 Abs. 2 Satz 2 BetrVG verpflichtet Arbeitgeber und Betriebsrat deshalb als Auffangtatbestand auf den Betriebsfrieden. Anders als bei § 74 Abs. 2 Satz 1 und Satz 3 BetrVG geht es nicht um ein absolutes Verbot bestimmter Verhaltensweisen wegen ihrer abstrakten Gefährlichkeit, sondern darum, konkrete Beeinträchtigungen zu verhindern³²⁰. Die Friedenspflicht ist deshalb erst verletzt, wenn Arbeitsablauf oder Betriebsfrieden tatsächlich gestört wurden³²¹, oder wenn jedenfalls nach dem normalen Gang der Dinge eine solche Störung mit hoher Wahrscheinlichkeit zu befürchten ist³²².

Freilich ist nicht jedes Verhalten, das den Betriebsfrieden objektiv stört, zwingend rechtswidrig. Der Betriebsrat darf seine Beteiligungsrechte wahrnehmen, die Einigungsstelle anrufen oder eine Betriebsversammlung einberufen, auch wenn dadurch Arbeitsablauf oder Betriebsfrieden beeinträchtigt werden³²³. Er kann sich allerdings nicht damit begnügen, auf seine allgemeinen Aufgaben nach § 80 Abs. 1 BetrVG zu verweisen. Wie er diese weit gefassten Aufgaben wahrnimmt, steht zwar in seinem Ermessen, er muss sich aber vor dem Hintergrund der §§ 2 Abs. 1, 74 Abs. 2 Satz 2 BetrVG soweit möglich auf Mittel beschränken, die Arbeitsablauf und Betriebsfrieden nicht beeinträchtigen³²⁴.

b) Arbeitsablauf

Relativ einfach wird sich im Einzelfall eine Störung des Arbeitsablaufs feststellen lassen. Gemeint ist die tatsächliche Verrichtung der Arbeit zur Verwirklichung des Betriebszwecks im Rahmen der Betriebsorganisation³²⁵. Wird die Arbeit zwischenzeitlich nicht mehr oder nur eingeschränkt erledigt, ist der Arbeitsablauf beeinträchtigt. Insofern deckt

319 BAG 21. 2. 1978 – 1 ABR 54/76, AP Nr. 1 zu § 74 BetrVG 1972 = SAE 1979, 59 mit Anm. *Bohn*.

320 *Richardi* (Fn. 274), § 74 Rn. 46 m. w. N.

321 D/K/K/*Berg* (Fn. 283), § 74 Rn. 22.

322 GK-BetrVG/*Kreutz* (Fn. 108), § 74 Rn. 133; *Richardi* (Fn. 274), § 74 Rn. 46; *Fitting* (Fn. 283), § 74 Rn. 29, jeweils m. w. N.

323 GK-BetrVG/*Kreutz* (Fn. 108), § 74 Rn. 134 m. w. N.

324 BAG 8. 2. 1977 – 1 ABR 82/74, AP Nr. 10 zu § 80 BetrVG 1972 zur Zulässigkeit einer Fragebogenaktion der Jugendvertretung im Betrieb = SAE 1978, 45 mit Anm. *Schlüter*.

325 *Richardi* (Fn. 274), § 74 Rn. 47.

sich der betriebsverfassungsrechtliche Schutz des Arbeitgebers mit dem arbeitsvertraglichen (oben IV.1.c]).

c) Betriebsfrieden

(1) Definitionsprobleme

Das BetrVG geht darüber hinaus, indem es zusätzlich den Betriebsfrieden schützt. Diesen abstrakten Begriff mit Leben zu füllen, fällt schwer. Eine trennscharfe Definition existiert nicht³²⁶ – die Umschreibung als friedliches Zusammenleben und Zusammenwirken von Arbeitgeber, Arbeitnehmern und Betriebsrat³²⁷ bringt keinen zusätzlichen Erkenntnisgewinn. Der »Betriebsfrieden« ist nicht abschließend zu umschreiben, jedoch lassen sich Kriterien festlegen, wann er verletzt ist. Dass es nicht allein um den Schutz des Arbeitsablaufs geht, folgt bereits aus der Nennung beider Begriffe nebeneinander.

Demnach ist der Betriebsfrieden beeinträchtigt, *wenn die Vorgaben des BetrVG für die Kooperation der Betriebspartner missachtet* werden.

(2) Formeller Betriebsfrieden

Dies ist – auf der formellen Seite – der Fall, wenn Arbeitgeber oder Betriebsrat das gesetzlich vorgesehene Verfahren für die Beilegung von Meinungsverschiedenheiten nicht einhalten³²⁸. Der Betriebsrat darf den Einigungsdruck auf den Arbeitgeber nicht etwa dadurch erhöhen, dass er den Schriftwechsel der Betriebspartner betriebsöffentlich bekanntmacht und den Arbeitgeber so bei der Belegschaft in Misskredit bringt³²⁹. Ebenso wenig darf er sich an Kunden des Betriebs wenden und um Unterstützung für seine Ziele bitten.

Umgekehrt darf der Arbeitgeber nicht versuchen, den Betriebsrat gezielt zu schwächen, indem er durch Krankheit, Betriebsratstätigkeit oder Lehrgänge verursachte Fehlzeiten am Schwarzen Brett bekanntmacht³³⁰. Zulässig bleibt stets sachliche Information der Belegschaft³³¹. Hierzu gehört auch die Bekanntgabe der Ziele, die der Betriebsrat dem Arbeitgeber gegenüber durchsetzen will. Die Zusammenarbeit soll geordnet vor sich gehen, nicht aber heimlich. Auf der anderen Seite brauchen weder Arbeitgeber noch Betriebsrat die Betriebsöffentlichkeit zu scheuen; insbesondere der Betriebsrat hat keinen Anspruch, nicht vor seinem Wahlvolk kritisiert zu werden.

Der Schutz umfasst das Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat als Gremium. Ein einzelnes Betriebsratsmitglied darf die vertrauensvolle Zusammenarbeit also nicht dadurch erschüttern, dass er Stellungnahmen des Betriebsrats der Belegschaft bekannt macht, bevor sie überhaupt dem Arbeitgeber zugeleitet wurden³³².

326 In der Literatur wird von einem »offenen Begriff« gesprochen, der mit Wertungen des BetrVG auszufüllen sei; so *Germelmann*, Der Betriebsfrieden im Betriebsverfassungsrecht, 1972, S. 96 f.; *Richardi* (Fn. 274), § 74 Rn. 48; *H/S/W/G/N/Worzalla* (Fn. 10), § 74 Rn. 31 b.

327 GK-BetrVG/*Kreutz* (Fn. 108), § 74 Rn. 130; *Wiese* (Fn. 316), S. 1144.

328 LAG Düsseldorf 25. 5. 1976 – 15 TaBV 10/76, DB 1977, 453; *Germelmann* (Fn. 326), S. 155; *Richardi* (Fn. 274), § 74 Rn. 48; GK-BetrVG/*Kreutz* (Fn. 108), § 74 Rn. 136.

329 LAG Düsseldorf 25. 5. 1976 – 15 TaBV 10/76, DB 1977, 453.

330 LAG Niedersachsen 9. 3. 1990 – 3 TaBV 38/89, AuR 1991, 153.

331 LAG Schleswig-Holstein 1. 4. 2009 – 3 TaBVGa 2/09, juris.

332 BAG 21. 2. 1978 – 1 ABR 54/76, AP Nr. 1 zu § 74 BetrVG 1972 = SAE 1979, 59 mit Anm. *Bohn*.

(3) Sonderfall: Der Gang an die Öffentlichkeit

Auch Veröffentlichungen in der Presse können einen Verstoß gegen § 74 Abs. 2 Satz 2 BetrVG darstellen. Betriebsverfassungsrechtliche Fragen müssen innerbetrieblich geklärt werden. Wer die Öffentlichkeit einschaltet, um dadurch Druck auf den Betriebspartner auszuüben, der verletzt den Betriebsfrieden³³³.

Zumindest für den Arbeitgeber, der sich im Gegensatz zum Betriebsrat (oben 1.b)) auf die Meinungsfreiheit berufen kann, fordert Art. 5 Abs. 1 GG Ausnahmen. Nach der Wechselwirkungslehre muss die Auslegung des § 74 Abs. 2 Satz 2 BetrVG der Bedeutung des Grundrechts Rechnung tragen. Als Konkretisierung des Grundsatzes der vertrauensvollen Zusammenarbeit (§ 2 Abs. 1 BetrVG) ist die Betriebsfriedenspflicht von vornherein nicht verletzt, wenn eine öffentliche Äußerung des Arbeitgebers zu einer betriebsverfassungsrechtlichen Frage den objektiv verstandenen Interessen des Betriebsrats hinreichend Rechnung trägt. Hier ist an Fälle zu denken, in denen beide Seiten mit dem Gang an die Öffentlichkeit einverstanden sind oder in denen auch die betriebsverfassungsrechtliche Zwangsschlichtung durch die Einigungsstelle nicht zu einem friedlichen Ausgleich der Interessen geführt hat³³⁴. Damit gilt hier wie auf arbeitsvertraglicher Ebene (oben IV.1.b)) ein Vorrang der innerbetrieblichen Abhilfe. Aber auch darüber hinaus kann § 74 Abs. 2 Satz 2 BetrVG keine Kritikimmunität gebieten.

Der Betriebsrat unterliegt im Grundsatz denselben Schranken. § 74 Abs. 2 Satz 2 BetrVG verpflichtet beide Betriebspartner im selben Maße auf den Betriebsfrieden. Eine Beschränkung dieser Pflicht im Interesse des Arbeitgebers gilt daher notwendig auch zugunsten des Betriebsrats. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass der Betriebsrat sich nicht auf die Meinungsfreiheit berufen kann (oben 1.b)) und als staatlich geschaffene Institution streng auf seinen Zuständigkeitsbereich limitiert ist. Die Information der Arbeitnehmer gehört zu seinen Aufgaben, die Unterrichtung der Öffentlichkeit nicht.

Vor diesem Hintergrund spricht viel dafür, dem Betriebsrat entgegen einer weit verbreiteten Ansicht³³⁵ ein »originäres« Recht auf eigene Öffentlichkeitsarbeit abzusprechen. Um die Belegschaft zu informieren, genügen das althergebrachte Schwarze Brett oder auch das Intranet. Wenn allerdings der Arbeitgeber betriebsverfassungsrechtliche Fragen in der Öffentlichkeit erörtert, so eröffnet er damit ein Forum, das dann auch dem Betriebsrat offenstehen muss. Die Meinungsfreiheit sichert dem Arbeitgeber kein Meinungsmonopol³³⁶.

(4) Materieller Betriebsfrieden

Eine Verletzung des Betriebsfriedens kann darüber hinaus nicht nur formell in einer Verletzung der vorgeschriebenen Verfahrensweisen liegen, sondern sich auch materiell aus dem Thema ergeben, um das gestritten wird. Der Betriebsrat als rein betriebsverfas-

333 LAG Baden-Württemberg 10. 11. 1977 – 2 TaBV 2/77, DB 1978, 799; GK-BetrVG/Kreutz (Fn. 108), § 74 Rn. 136; ErfK/Kania (Fn. 251), § 74 BetrVG, Rn. 20; Leuze, ZTR 2009, 6, 8; kritisch D/K/K/Berg (Fn. 283), § 74 Rn. 26.

334 So auch Wiese (Fn. 316), S. 1132, 1145.

335 Simitis/Kreuder, NZA 1992, 1009, 1013; Müller-Boruttau, NZA 1996, 1071; Leuze, ZTR 2009, 6, 8; Fitting (Fn. 283), § 42 Rn. 44; ErfK/Dieterich (Fn. 2), Art. 5 GG, Rn. 40.

336 Ein Informationsgleichgewicht zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat fordern Simitis/Kreuder, NZA 1992, 1009, 1013.

sungsrechtliches Organ muss sich innerhalb seiner gesetzlichen Zuständigkeit halten³³⁷. Nichts anderes gilt im Personalvertretungsrecht für den Personalrat. Dieser verstößt gegen die auch in § 66 Abs. 2 Satz 1 BPersVG verankerte Verpflichtung auf den Betriebsfrieden, wenn er in einem Rundschreiben das Verhalten des Dienststellenleiters abwertend beurteilt und diesen deshalb versteckt zum Rücktritt auffordert³³⁸.

d) Keine Bindung der Belegschaft

Aus der systematischen Stellung der Friedenspflicht im BetrVG folgt, dass nur die Organe und Funktionsträger der Betriebsverfassung an das Gebot gebunden sind. Für den »normalen« Arbeitnehmer erzeugen die Vorschriften des § 74 Abs. 2 BetrVG keine Wirkung³³⁹. Angesichts der spezifisch betriebsverfassungsrechtlichen Auslegung des Begriffs »Betriebsfrieden« wäre eine Übertragung auf den einzelnen Arbeitnehmer, der nicht an die Zuständigkeits- und Verfahrensvorschriften des BetrVG gebunden ist, auch gar nicht durchführbar. Bindungen ergeben sich insoweit allein aus der arbeitsvertraglichen Mäßigungspflicht (dazu oben IV.1.c]).

Das bedeutet, dass die Arbeitnehmer die Arbeit des Betriebsrats auch in scharfen Tönen kritisieren dürfen. Dies gilt um so mehr, als sie ihn gewählt haben und bei den nächsten Wahlen erneut über die Besetzung entscheiden müssen. Die Meinungsfreiheit ist hier in einer ihrer »Kernfunktionen« betroffen, nämlich dem Schutz der politischen Meinungsbildung. Auch wenn die Rechtsprechung diese Aussage nicht in der gebotenen Klarheit formuliert, so erkennt sie doch an, dass belegschaftsinterne Auseinandersetzungen um die Arbeit des Betriebsrats an Art. 5 Abs. 1 GG zu messen sind³⁴⁰.

5. Sonderfall: Aufsichtsratsmitglieder

Zusätzliche Grenzen für die Meinungsfreiheit können sich aus anderen Funktionen im Unternehmen ergeben. Manche Betriebsratsmitglieder sitzen auch als Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat. Für sie gilt die aktienrechtliche Treuepflicht³⁴¹. Presseinterviews zu Vorgängen im Aufsichtsrat können zu einer Abberufung führen (§ 103 Abs. 3 AktG)³⁴². Eine Verletzung aktienrechtlicher Pflichten rechtfertigt aber keine Kündigung des Arbeitsvertrags. Wie in der Betriebsverfassung sind Arbeitsverhältnis und Mandatsverhältnis getrennt zu betrachten³⁴³.

Die aktienrechtliche Treuepflicht greift im Übrigen weiter als die arbeitsvertragliche Loyalitätspflicht. Zwar rechtfertigt eine kritische Haltung gegenüber der Tätigkeit des

337 Ausführlich *Rieble/Klumpp/Gistel*, Rechtsmissbrauch in der Betriebsverfassung, 2006, Rn. 17 ff.

338 BVerwG 27. 11. 1981 – 6 P 38/79, PersV 1983, 408.

339 GK-BetrVG/*Kreutz* (Fn. 108), § 74 Rn. 131; D/K/K/*Berg* (Fn. 283), § 74 Rn. 23; *Fitting* (Fn. 283), § 74 Rn. 27; *Richardi* (Fn. 274), § 74 Rn. 51.

340 So etwa LAG Hessen 18. 3. 2005 – 12/4 TaBV 127/04, LAGE § 103 BetrVG 2001 Nr. 4.

341 Dazu *Doralt/Doralt*, in: Semler/von Schenck, Arbeitshandbuch für Aufsichtsratsmitglieder, 3. Aufl. 2009, § 13 Rn. 107 ff.

342 Ob ein wichtiger Grund vorliegt, ergibt sich aus einer Interessenabwägung im Einzelfall, dazu MüKoAktG/*Habersack*, 3. Aufl. 2008, § 103 Rn. 40 ff.

343 LAG Hamm 7. 9. 2007 – 10 SaGa 33/07, juris.

Unternehmens allein noch keine Abberufung. Das OLG Hamburg hat aber die Abberufung des damaligen schleswig-holsteinischen Energieministers aus dem Aufsichtsrat der Hamburgische Electricitätswerke AG (HEW) gebilligt, weil dieser politisch den Atomausstieg anstrebte, was für die HEW einen Milliardenverlust bedeutet hätte³⁴⁴.

6. Behinderungsschutz, § 78 und § 119

a) § 78 Satz 1 BetrVG

(1) Voraussetzungen

Im Interesse einer wirksamen betriebsverfassungsrechtlichen Vertretung der Belegschaft schützt § 78 Satz 1 BetrVG die Arbeit des Betriebsrats gegenüber jedermann gegen Beeinträchtigungen. Der Begriff der »Behinderung« ist nach h. M. umfassend zu verstehen. Verboten ist jede Erschwerung, Störung oder gar Verhinderung der Betriebsratsarbeit³⁴⁵. Dies kann durch Tun oder Unterlassen geschehen, ein Verschulden ist nicht erforderlich³⁴⁶.

Diese weite Auslegung des § 78 Satz 1 BetrVG führt zum Konflikt mit der Meinungsfreiheit, der dadurch erheblich verschärft wird, dass § 119 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG Verstöße strafrechtlich sanktioniert. Jede Kritik am Betriebsrat kann dessen Arbeit erschweren, weil sie seinen Rückhalt in der Belegschaft unter Umständen schwächt. Nicht zuletzt verfassungsrechtlich stellt sich daher die Frage nach den Grenzen des Behinderungsschutzes.

Zum einen genügt wie im Rahmen des § 74 Abs. 2 Satz 2 BetrVG nicht schon eine abstrakte Gefährdung. Die Betriebsratsarbeit muss nach objektiven Kriterien tatsächlich beeinträchtigt worden sein³⁴⁷.

Zum anderen ist auch eine solche konkrete Beeinträchtigung nicht immer rechtswidrig. Der Betriebsrat wird nur im Rahmen seiner Zuständigkeit geschützt. Rechtswidriges Verhalten darf der Arbeitgeber als solches – auch heftig – kritisieren und entsprechend reagieren³⁴⁸.

Selbst wenn der Betriebsrat sich rechtmäßig verhält, ist er nicht sakrosankt. Selbstredend darf der Arbeitgeber, aber auch ein Leitender Angestellter Betriebsratsverhalten für unzweckmäßig, standortgefährdend und dergleichen halten. Und eine solche Meinung darf er auch äußern. Der Betriebsrat verfügt über kein Meinungsmonopol darüber, was der Belegschaft frommt. Auch aus den Reihen des Betriebsrats selbst darf Kritik kommen – oder aus einem Einzelbetriebsrat, wenn der Gesamtbetriebsrat Fragwürdiges veranlasst.

Für verbale Attacks des Arbeitgebers oder Dritter ergibt sich dies aus der Wechselwirkungslehre des BVerfG. § 78 Satz 1 BetrVG beschränkt die Meinungsfreiheit und ist

344 OLG Hamburg 23. 1. 1990 – 11 W 92/89, NJW-RR 1990, 673; dazu *Decher*, ZIP 1990, 277 ff.

345 BAG 12. 11. 1997 – 7 ABR 14/97, AP Nr. 27 zu § 23 BetrVG 1972.

346 GK-BetrVG/*Kreutz* (Fn. 108), § 78 Rn. 27, 29.

347 GK-BetrVG/*Kreutz* (Fn. 108), § 78 Rn. 27.

348 BAG 20. 10. 1999 – 7 ABR 37/98, juris; LG Düsseldorf 7. 10. 1958 – VI 158/58, BB 1959, 632 zur Entfernung eines rechtswidrigen Aushangs des Betriebsrats vom schwarzen Brett; GK-BetrVG/*Kreutz* (Fn. 108), § 78 Rn. 26; D/K/K/*Buschmann* (Fn. 283), § 78 Rn. 13.

deshalb tendenziell *eng auszulegen*. Das Interesse an effektiver Betriebsratsarbeit kann eine unverhältnismäßige Einschränkung der Meinungsfreiheit nicht rechtfertigen.

(2) Unselige Rechtsprechung zur Bekanntmachung der Betriebsratskosten

In der Rechtsprechung ist der Konflikt zwischen Art. 5 Abs. 1 GG und § 78 Satz 1 BetrVG unter anderem im Zusammenhang mit der Veröffentlichung der Kosten der Betriebsratsstätigkeit durch den Arbeitgeber relevant geworden. Der Siebte Senat des BAG beschäftigte sich bislang in zwei Entscheidungen³⁴⁹ mit diesem Problem. Das Credo: Äußerungen des Arbeitgebers in diesem Zusammenhang müssten »den gesetzlichen Vorgaben entsprechen« und deshalb erkennen lassen, dass der Arbeitgeber *ex lege* die Kosten der Betriebsratsstätigkeit zu tragen habe (und dies auch nur, soweit sie erforderlich seien). Ohne diese gesetzlichen Zusammenhänge werde der Betriebsrat unter einen Rechtfertigungsdruck gegenüber der Belegschaft gesetzt, der nicht ohne Auswirkungen auf seine Amtsführung bleibe.

Damit wird die Meinungsfreiheit weitgehend entwertet. Eine Meinungsäußerung, die vom Äußernden sogleich selbst angegriffen oder relativiert werden muss (»Gegendarstellung gegen sich selbst«), ist weder frei noch wirkungsvoll. Den verfassungsrechtlichen Maßstäben genügt diese Rechtsprechung nicht³⁵⁰. Für Meinungsäußerungen gilt grundsätzlich die Vermutung ihrer Zulässigkeit³⁵¹. Sofern der Arbeitgeber die Tatsachen nicht bewusst verdreht, besteht auch kein Zweifel, dass er sich auf die Meinungsfreiheit berufen kann. Deren Schutz umfasst nicht nur den Vorgang der Äußerung, sondern auch ihre Verbreitung und ihre Wirkung auf die Adressaten³⁵². Genau dieser Wirkung will das BAG die Kritik des Arbeitgebers berauben, indem es ihn selbst zur Verteidigung des Betriebsrats verpflichtet.

Eine so weitgehende Einschränkung ist nicht erforderlich. Das BAG argumentiert, die Bekanntgabe der Kosten setze den Betriebsrat unter *Rechtfertigungsdruck* und beeinträchtige hierdurch seine Amtsführung. Fraglich ist schon, ob man überhaupt von einer Behinderung sprechen kann, nur weil dem Betriebsrat zugemutet wird, zu den Kosten seiner Amtsführung Stellung zu beziehen³⁵³. Jedenfalls aber ist der Betriebsrat keineswegs wehrlos, bedarf des absoluten Schutzes also gar nicht. Nichts hindert ihn, dem Angriff entgegenzutreten und selbst darauf hinzuweisen, dass er keine Kosten nach Gutdünken veranlasse, sondern an gesetzliche Vorgaben gebunden sei.

Schließlich ist die Beschränkung der Meinungsfreiheit des Arbeitgebers auch nicht angemessen³⁵⁴. Sie löst den Konflikt der Interessen einseitig zu Lasten der Meinungsfreiheit. Jede wirkungsvolle Kritik am Betriebsrat wird untersagt. Eine so weite Auslegung des § 78 Satz 1 BetrVG trifft die Meinungsfreiheit in ihrem Kern. Sich selbst oder andere unter Rechtfertigungsdruck zu setzen, ist wesentlicher Bestandteil einer Meinungsäuße-

349 BAG 19. 7. 1995 – 7 ABR 60/94, AP Nr. 25 zu § 23 BetrVG 1972; 12. 11. 1997 – 7 ABR 14/97, AP Nr. 27 zu § 23 BetrVG 1972.

350 Rieble, ZfA 2003, 283, 303 f.

351 BVerfG 15. 1. 1958 – 1 BvR 400/51, BVerfGE 7, 198.

352 BVerfG 15. 1. 1958 – 1 BvR 400/51, BVerfGE 7, 198.

353 Hunold, BB 1999, 1492, 1495.

354 Hunold, BB 1999, 1492, 1495.

nung³⁵⁵, und gerade dieser Effekt ist es, um dessentwillen das BVerfG den Wert der Meinungsfreiheit so hoch hält³⁵⁶. Erst der Widerstreit unterschiedlicher Meinungen ermöglicht einen kollektiven Willensbildungsprozess³⁵⁷.

Auch einfachgesetzlich steht die Rechtsprechung des Siebten Senats auf tönernen Füßen. Gesetzliche Vorgaben für Äußerungen des Arbeitgebers zu den Kosten des Betriebsrats existieren nicht³⁵⁸. Es gehört zu den Aufgaben des Betriebsrats, die Willkür des Arbeitgebers in der Organisation des Betriebs einzuschränken und seine Entscheidungen kritisch zu hinterfragen – mit anderen Worten: Rechtfertigungsdruck zu erzeugen. Warum soll der Arbeitgeber umgekehrt zum Stillschweigen verpflichtet sein, wenn er mit der Amtsführung des Betriebsrats nicht einverstanden ist? Waltet hier ein funktionales Verständnis von Meinungsfreiheit?

(3) Kritik am Betriebsrat im Allgemeinen

Dass dem Arbeitgeber nicht generell untersagt werden kann, sich kritisch zur Betriebsratsarbeit zu äußern, ergibt sich auch aus der Werkszeitungsentscheidung des BVerfG³⁵⁹. Der Erste Senat stellt darin klar, dass die Pressefreiheit das Recht umfasst, kritische Äußerungen von Belegschaftsangehörigen über den Betriebsrat anonym in einer Werkszeitung zu veröffentlichen. Die Verfassung gebietet demnach in jedem Einzelfall eine Güterabwägung, die keineswegs generell zulasten der Pressefreiheit ausfällt³⁶⁰. Wenn der Arbeitgeber aber in einer Werkszeitung Kritik am Betriebsrat äußern darf, warum soll ihm dieselbe Äußerung etwa auf einer Betriebsversammlung verwehrt sein³⁶¹? Das gilt um so mehr, als der Betriebsrat sich auf der Versammlung sofort zur Wehr setzen kann, während die Verteidigung gegen einen Zeitungsartikel immer nur zeitversetzt möglich ist.

§ 78 Satz 1 BetrVG kann die Meinungsfreiheit also zugunsten der Effektivität der Betriebsratsarbeit beschränken. Ein umfassendes Kritikverbot ist mit der Verfassung nicht vereinbar – sondern belegt ein stalinistisches Verständnis von Meinung und Kommunikation, die bereits die (betriebs-)öffentliche Kritik als Behinderung ansieht.

Einen Anhaltspunkt für die Güterabwägung bietet die *Zweck-Mittel-Relation*, welche etwa im Strafrecht über die Verwerflichkeit der Nötigung (§ 240 Abs. 2 StGB) entscheidet und im allgemeinen Zivilrecht für die Frage der Widerrechtlichkeit einer Drohung (§ 123 Abs. 1 BGB) herangezogen wird. Unzulässig wäre demnach eine objektive Beeinträchtigung der Betriebsratsarbeit, die mit rechtswidrigen Mitteln oder zu einem rechtswidrigen Zweck erfolgt. Für den Meinungskampf relevant ist vor allem der Fall der Rechtswidrigkeit gerade der Zweck-Mittel-Relation: Unzulässig ist die Äußerung von (an sich rechtmäßiger) Kritik am Betriebsrat dann, wenn kein sachlicher Zusammenhang

355 So auch *Bengelsdorf*, Der Dialog über die Betriebsratskosten, in: FS Hanau, 1999, S. 359, 371.

356 BVerfG 22. 6. 1982 – 1 BvR 1376/79, BVerfGE 61, 1.

357 *Rieble*, ZfA 2003, 283, 305.

358 Dies räumt auch der Senat selbst in seiner Entscheidung von 1995 ein, BAG 19. 7. 1995 – 7 ABR 60/94, AP Nr. 25 zu § 23 BetrVG 1972.

359 BVerfG 8. 10. 1996 – 1 BvR 1183/90, BVerfGE 95, 28.

360 BVerfG 8. 10. 1996 – 1 BvR 1183/90, BVerfGE 95, 28.

361 *Rieble*, ZfA 2003, 283, 304.

mit dem eigentlichen (zulässigen) Ziel des Arbeitgebers besteht. Deshalb darf der Arbeitgeber nicht verlauten lassen, die hohen Betriebsratskosten ließen nur ein beschränktes Weihnachtsgeld zu³⁶².

Hält er sich hingegen innerhalb der dargestellten Grenzen, so stellt Kritik keine verbotene Behinderung des Betriebsrats dar. Die Äußerung ist dann lediglich an der Betriebsfriedenspflicht aus § 74 Abs. 2 Satz 2 BetrVG zu messen.

Deswegen ist es sicher richtig, Entgleisungen des Arbeitgebers, der die Betriebsräte anbrüllt oder ihnen gar körperliche Gewalt androht, auch als Behinderung zu begreifen³⁶³. »Verbissene Aggressivität« und »bösertige Häme« geht als Schmähekritik grundsätzlich zu weit³⁶⁴. Besonders abfällige Äußerungen über den Betriebsrat können beanstandet werden – aber nicht, wenn dieser eine scharfe Vorlage gegeben hat. Auch darf die Meinungsfreiheit nicht mit einem Zuspitzungsverbot belegt werden, die letztlich den Arbeitsrichter zur Stilkontrolle ermuntert oder einer Mimosenhaftigkeit des Betriebsrats Vorschub leistete. Dass der Arbeitgeber wirtschaftlich am längeren Hebel sitzt und den Betriebsrat mit seiner Informationspolitik »in die Ecke stellen« könnte, mag ja sein – rechtfertigt aber keine Beschränkung der Meinungsfreiheit des Arbeitgebers. Denn damit wäre das BetrVG kein allgemeines Gesetz i. S. v. Art. 5 Abs. 2 GG mehr, sondern ein spezielles betriebsverfassungsrechtliches Kritikverschonungsgebot, das sich gegen ganz bestimmte Meinungen richtet – eben mitbestimmungskritische und nur des Arbeitgebers. Insofern geht das LAG Niedersachsen zu weit, wenn es die Angemessenheit der Arbeitgeberkritik für ein Beurteilungskriterium hält und deswegen dem Arbeitgeber untersagt, dem Betriebsrat betriebsöffentlich »vorzuwerfen, er habe grob fahrlässig und geschäftsschädigend gehandelt«. Auf der anderen Seite hat das Gericht aber die öffentliche Kritik des Arbeitgebers, der Betriebsrat handele nicht im Interesse der Mitarbeiter, als zulässig angesehen³⁶⁵.

b) § 119 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG

Im Gegensatz zu § 78 Satz 1 BetrVG knüpft der strafrechtliche Behinderungsschutz des § 119 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG nicht an die Tätigkeit der Organmitglieder, sondern die der Organe selbst an. In der Sache macht das keinen Unterschied, weil eine Beeinträchtigung des Organs möglich ist, indem die Amtstätigkeit der Mitglieder gestört wird, die es verkörpern³⁶⁶. Der Straftatbestand ist betriebsverfassungsakzessorisch – was nicht gegen § 78 Satz 1 BetrVG verstößt, kann deshalb auch nicht nach § 119 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG geahndet werden³⁶⁷. Auf der anderen Seite verlangt die Bestrafung wegen einer Meinungsäußerung besondere Berücksichtigung der Meinungsfreiheit³⁶⁸.

362 ArbG Wesel 10. 4. 1996 – 3 BVGa 1/96, AiB 1997, 52; in diese Richtung auch *Hunold*, BB 1999, 1492, 1495.

363 ArbG Frankfurt/Main 14. 1. 1999 – 13 BV 17/97, AuR 2000, 115.

364 LAG Köln 16. 11. 1990 – 12 TaBV 57/90, juris (nur LS),

365 LAG Niedersachsen 6. 4. 2004 – 1 TaBV 64/03, NZA-RR 2005, 78.

366 GK-BetrVG/*Kreutz* (Fn. 108), § 78 Rn. 17; GK-BetrVG/*Oetker* (Fn. 108), § 119 Rn. 18.

367 GK-BetrVG/*Oetker* (Fn. 366), § 119 Rn. 18.

368 Vgl. etwa *Dannecker*, Der strafrechtliche Schutz der betriebsverfassungsrechtlichen Organe und ihrer Mitglieder, in: FS Gitter, 1995, S. 167, 180.

7. Wahlkampf und § 20 Abs. 2 BetrVG

a) Schutz der freien Willensbildung

Besonders deutlich treten Interessengegensätze im Betrieb hervor, wenn Betriebsratswahlen anstehen. Für die Beteiligten steht eine Menge auf dem Spiel: Die amtierenden Betriebsratsmitglieder sind in der Regel daran interessiert, ihr Mandat zu verteidigen, um ihre bisherige Betriebspolitik fortführen zu können. Andere Bewerber präsentieren sich und stellen Schwächen oder Versäumnisse des aktuellen Betriebsrats heraus. Hinzu kommen auf beiden Seiten die Anhänger der jeweiligen Wahlliste unter den Arbeitnehmern und obendrein die im Betrieb vertretenen Gewerkschaften, welche »ihrer« Liste zum Sieg verhelfen wollen. Zu guter Letzt entscheidet sich für den Arbeitgeber, mit wem er in den folgenden vier Jahren nach § 2 Abs. 1 BetrVG vertrauensvoll zusammenarbeiten soll.

In dieser Gemengelage schützt § 20 Abs. 2 BetrVG die freie Willensbildung des Wählers³⁶⁹. Jeder Arbeitnehmer soll selbst entscheiden, ob er von seinem passiven Wahlrecht Gebrauch macht sowie ob und für wen er seine Stimme abgibt. Eine freie Entscheidung kann er freilich nur treffen, wenn er über die Alternativen informiert ist. Deshalb sichert das Gesetz nur das Geheimnis der Stimmabgabe selbst, während das Wahlverfahren insgesamt ein kommunikativer Prozess ist, geprägt durch die Meinungsfreiheit der Beteiligten.

Das bedeutet zuerst, dass *Wahlpropaganda* auch bei Betriebsratswahlen zulässig ist. Die Kandidaten selbst dürfen ihr Programm präsentieren, sich von den Konkurrenten abgrenzen und sich mit den Alternativen auseinandersetzen³⁷⁰. Dabei ist keine besondere Zurückhaltung geboten, weil auch Betriebsratswahlwerbung unter die Meinungsfreiheit fällt³⁷¹. Art. 5 Abs. 1 GG schützt die Meinungsäußerung nicht nur als Ausprägung der persönlichen Entfaltungsfreiheit, sondern gerade wegen ihrer Bedeutung für die öffentliche Meinungsbildung³⁷². Vor diesem Hintergrund ist § 20 Abs. 2 BetrVG auszulegen. Wahlversprechen können deshalb nicht als Versprechen von Vorteilen im Sinne der Vorschrift erfasst werden; ebensowenig kann es als verbotene Androhung von Nachteilen geahndet werden, wenn auf vermeintlich schädliche Auswirkungen des Wahlprogramms anderer Kandidaten hingewiesen wird. Dabei darf durchaus mit »harten Bandagen« gekämpft werden. Unzulässig ist die Propaganda der Wahlbewerber erst, wenn sie die allgemeinen Grenzen der Meinungsfreiheit verletzt (dazu oben III.)³⁷³.

369 Rieble, ZfA 2003, 283, 291; vgl. GK-BetrVG/Kreutz (Fn. 108), § 20 Rn. 24; Richardi/Thüsing (Fn. 274), § 20 Rn. 14; H/S/W/G/N/Nicolai (Fn. 10), § 20 Rn. 20.

370 Richardi/Thüsing (Fn. 274), § 20 Rn. 5; GK-BetrVG/Kreutz (Fn. 108), § 20 Rn. 9; H/S/W/G/N/Nicolai (Fn. 10), § 20 Rn. 5; Däubler, AiB 2002, 82.

371 BVerfG 30. 11. 1965 – 2 BvR 54/62, AP Nr. 7 zu Art. 9 GG; 8. 10. 1996 – 1 BvR 1183/90, BVerfGE 95, 28 ff.; ähnlich Däubler, AiB 2002, 82.

372 BVerfG 26. 6. 1990 – 1 BvR 1165/89, BVerfGE 82, 272; Jarass/Pieroth (Fn. 52), Art. 5 Rn. 2.

373 Wie sonst auch sind also diffamierende Äußerungen unzulässig; etwa BAG 13. 10. 1977 – 2 AZR 387/76, AP Nr. 1 zu § 1 KSchG 1969 Verhaltensbedingte Kündigung zur Kündigung eines Wahlbewerbers, der dem amtierenden Betriebsrat in seinem Wahlprogramm eine konspirative Zusammenarbeit mit dem Arbeitgeber zur Ausbeutung der Arbeitnehmer vorwarf.

Erlaubt ist nicht nur Wahlwerbung durch die Kandidaten selbst, sondern auch die Unterstützung einer Liste durch ihre Anhänger bzw. durch im Betrieb vertretene Gewerkschaften. Für letztere wird das Recht, Wahlhilfe zu leisten, aus Art. 9 Abs. 3 GG abgeleitet³⁷⁴. Dabei ist die zulässige Unterstützung nicht auf eine argumentative Auseinandersetzung mit den Wahlvorschlägen beschränkt. Arbeitnehmer dürfen etwa für die von ihnen favorisierte Liste auf eigene Kosten Flugblätter kopieren oder Kuchen für Wahlveranstaltungen backen; ebensowenig ist die finanzielle Unterstützung einer Liste durch eine Gewerkschaft verboten.

Insofern ist der Wortlaut des § 20 Abs. 2 BetrVG zu weit, weil nicht jedes »Gewähren von Vorteilen« eine unzulässige Beeinflussung der Betriebsratswahl bedeutet. Die Wirkung des Beeinflussungsverbots ist vergleichbar mit dem Wahlschutz der §§ 108 (Wählerernötigung) und 108 b (Wählerbestechung) StGB bei allgemeinen politischen Wahlen. Es wäre schwerlich begründbar, dass Betriebsratswahlen intensiver geschützt sind als staatliche Wahlen zu den Parlamenten³⁷⁵. Verboten ist daher nur der Stimmenkauf bzw. die Stimmnötigung³⁷⁶. Demgegenüber ist die *mittelbare Beeinflussung* der Wählerentscheidung durch Unterstützung einzelner Kandidaten im Vorfeld der eigentlichen Wahl erlaubt. Vorteile dürfen also trotz § 20 Abs. 2 BetrVG grundsätzlich gewährt werden – nur eben nicht gerade für die Ausübung des Wahlrechts³⁷⁷; Entsprechendes gilt für die Androhung oder Zufügung von Nachteilen.

b) Neutralitätspflicht des Arbeitgebers?

Demgegenüber erlegt die bislang h. M. dem Arbeitgeber im Betriebsratswahlkampf absolute Zurückhaltung auf. Er soll weder einzelne Kandidaten in irgendeiner Form tatsächlich unterstützen dürfen – etwa indem er Betriebsmittel für den Wahlkampf zur Verfügung stellt³⁷⁸ – noch wird ihm erlaubt, seine Präferenzen auch nur zu äußern³⁷⁹. Als Gegenspieler des Betriebsrats müsse sich der Arbeitgeber jedes Einflusses auf dessen Zusammensetzung enthalten³⁸⁰.

§ 20 BetrVG lässt sich ein solches spezielles Neutralitätsgebot nicht entnehmen³⁸¹. Die Norm richtet sich – anders als noch § 95 BRG 1920 – an *jedermann* und nicht nur an den

374 GK-BetrVG/Kreutz (Fn. 108), § 20 Rn. 9; in diesem Sinne wohl auch BAG 2. 12. 1960 – 1 ABR 20/59, AP Nr. 2 zu § 19 = SAE 1961, 60 mit Anm. *Molitor*; ErfK/*Kania* (Fn. 2), § 119 BetrVG, Rn. 2.

375 Rieble, ZIP 2009, 1593, 1599; vgl. auch *Fitting* (Fn. 283), § 20 Rn. 11.

376 Vgl. GK-BetrVG/Kreutz (Fn. 108), § 20 Rn. 28.

377 Rieble, ZfA 2003, 283, 290; *ders.*, CCZ 2008, 121, 127; *Dannecker*, Der strafrechtliche Schutz der betriebsverfassungsrechtlichen Organe und ihrer Mitglieder, in: FS Gitter, 1995, S. 180.

378 BAG 4. 12. 1986 – 6 ABR 48/85, AP Nr. 13 zu § 19 BetrVG 1972 = SAE 1987, 220 mit Anm. *M. Wolf*.

379 D/K/K/Schneider (Fn. 283), § 20 Rn. 19; *Müller*, Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zur Anfechtung der Betriebsratswahl, in: FS Kunze, 1969, S. 243, 257; *Vogt*, BB 1987, 189, 190; *Maschmann*, NZA 2008, 613, 618.

380 ErfK/*Koch* (Fn. 2), § 20 Rn. 7; *Fitting* (Fn. 283), § 20 Rn. 24; D/K/K/Schneider (Fn. 283), § 20 Rn. 19.

381 So auch GK-BetrVG/Kreutz (Fn. 108), § 20 Rn. 30; H/S/W/G/N/*Nicolai* (Fn. 10), § 20 Rn. 22; im Ergebnis auch *Richardi/Thüsing* (Fn. 274), § 20 Rn. 19.

Arbeitgeber. Wenn sich also Arbeitnehmer und Gewerkschaften im Wahlkampf engagieren dürfen, kann entsprechendes Engagement des Arbeitgebers nicht als Verstoß gegen § 20 Abs. 2 BetrVG gewertet werden³⁸². Als betriebsverfassungsrechtlicher Anknüpfungspunkt käme allenfalls § 75 BetrVG in Betracht³⁸³.

Einen anderen Weg geht *Maschmann*, der das Neutralitätsgebot in Art. 9 Abs. 3 GG verankert sieht. Für die Betriebsratswahlen gilt nach seiner Auffassung spiegelbildlich zum Gebot der Chancengleichheit für Parteien bei allgemeinen politischen Wahlen ein besonderes Gleichbehandlungsgebot gegenüber den Wahlbewerbern³⁸⁴. Wegen der unmittelbaren Drittwirkung des Art. 9 Abs. 3 GG sei auch der Arbeitgeber an dieses Gleichbehandlungsgebot gebunden, soweit er in der Lage sei, einzelnen Kandidaten und Listen Vorteile zu gewähren oder zu versagen³⁸⁵.

Diese Lösung setzt voraus, dass Kandidatenlisten für die Betriebsratswahl in den Schutzbereich der Koalitionsfreiheit fallen³⁸⁶. Richtig ist, dass der Koalitionsbegriff und damit der Grundrechtsschutz des Art. 9 Abs. 3 GG keine überbetriebliche Vereinigung verlangt³⁸⁷. Die Überbetrieblichkeit spielt allenfalls für die Frage der sozialen Mächtigkeit und damit der Tariffähigkeit eine Rolle. Auch spricht einiges dafür, die Bewerberlisten als Vereinigungen i. S. d. Art. 9 Abs. 1 GG anzusehen; sie verfolgen einen gemeinsamen Zweck (Wahlprogramm), verfügen als abgrenzbarer Personenkreis über ein Mindestmaß an organisatorischer Stabilität und bestehen auch für einen nicht unerheblichen Zeitraum, nämlich bis zur Betriebsratswahl³⁸⁸. Es liegt daher zumindest nahe, die Kandidatenlisten unter den Schutz des Art. 9 Abs. 3 GG zu stellen.

Ein absolutes Neutralitätsgebot lässt sich Art. 9 Abs. 3 aber schon deshalb nicht entnehmen, weil auch dieses Grundrecht den Koalitionen keinen Konkurrenzschutz gewährt. So ist die Unterstützung einer Gewerkschaft durch die Arbeitgeberseite nicht per se unzulässig³⁸⁹. Erst wenn die Unabhängigkeit ihrer Entscheidungen konkret gefährdet ist, verliert die Arbeitnehmerorganisation wegen der Abhängigkeit vom tarifpo-

382 Rieble, ZfA 2003, 283, 295; *ders./Triskatis*, NZA 2006, 233, 239;

383 So noch GK-BetrVG/*Kreutz*, 7. Aufl. 2002, § 20 Rn 30, der diese Ansicht ausweislich der 8. Aufl. (2005) § 20 Rn. 30 aufgegeben hat.

384 *Maschmann*, Virtueller Belegschaftswahlkampf im Netz des Arbeitgebers?, NZA 2008, 613, 618 f. unter Berufung auf BAG 16. 3. 2005 – 7 ABR 40/04, AP Nr. 3 zu § 15 BetrVG 1972.

385 *Maschmann*, NZA 2008, 613, 619.

386 So *Maschmann*, NZA 2008, 613, 615.

387 MünchArbR³/*Löwisch/Rieble* (Fn. 80), § 155 Rn. 65; *Peter*, in: Däubler, TVG, 2. Aufl. 2006, § 2 Rn. 51; *ErfK/Franzen* (Fn. 2), § 2 TVG, Rn. 6; *ErfK/Dieterich* (Fn. 2), Art. 9 GG, Rn. 25; *Bonner Kommentar/von Münch*, Stand: 143. Lfg. 2009, Art. 9 Rn. 129; a. A. *Henssler*, in: HWK, 3. Aufl. 2008, § 2 TVG, Rn. 12; *Isenhardt*, Relative Tariffähigkeit (Diss. Köln 2008), S. 38; *Oetker*, in: *Wiedemann, TVG*, 7. Aufl. 2007, § 2 Rn. 345 m. w. N. zum Meinungsstand.

388 *Maschmann*, NZA 2008, 613, 615 f.; zum Schutz von ad-hoc-Koalitionen siehe BVerfG 26. 1. 1991 – 1 BvR 779/85, BverfGE 84, 212; MünchArbR³/*Löwisch/Rieble* (Fn. 80), § 155 Rn. 57; *Jarass/Pieroth* (Fn. 52), Art. 9 Rn. 33; in diese Richtung auch *ErfK/Dieterich* (Fn. 2), Art. 9 GG, Rn. 22.

389 *Blomeyer*, DB 1972, 101 ff.; *Hunnekuhl/Zäh*, NZA 2006, 1022, 1023 ff.; *Rieble*, BB 2009, 1016, 1020; zu den strafrechtlichen Risiken aber auch *Rieble*, ZIP 2009, 1593, 1595 ff.

litischen Gegner ihren Koalitionsstatus³⁹⁰. Das von der h. M. propagierte absolute Neutralitätsgebot für den Arbeitgeber bei Betriebsratswahlen setzt demgegenüber viel früher an und untersagt ihm nicht nur, die Belegschaftsvertreter in seinem Sinne zu lenken, sondern auch, deren unabhängige Tätigkeit zu unterstützen, wenn sie in seinem Sinne ist.

Das Gebot der Chancengleichheit richtet sich an den Staat; auf den Arbeitgeber lässt es sich auch unter dem Gesichtspunkt der unmittelbaren Drittwirkung des Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG nur begrenzt übertragen. Staatliche Stellen sind nach Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG absolut und ohne Ausnahme dem Volk als Ganzem verpflichtet, sie können daher kein (legitimes) eigenes Interesse am Ausgang einer Wahl haben. Wenn das Volk als alleiniger Souverän entscheidet, dürfen seine Repräsentanten die ihnen anvertraute Macht nicht dazu nutzen, in irgendeiner Form in den Wahlprozess einzugreifen. Mit eng begrenzten Ausnahmen für Rundfunkanstalten, Glaubensgemeinschaften und wissenschaftlichen Einrichtungen können sich staatliche Stellen – abgesehen von den Justizgrundrechten – nicht auf Grundrechte berufen³⁹¹.

Demgegenüber hat der Arbeitgeber schon wegen der Verpflichtung zur vertrauensvollen Zusammenarbeit nach § 2 Abs. 1 BetrVG ein *berechtigtes Interesse* daran, wer im Betriebsrat den Ton angibt. Ein Neutralitätsgebot würde nicht nur seine Berufsfreiheit berühren, es würde vor allem seine Meinungsfreiheit unverhältnismäßig beschränken³⁹². Das Betriebsverfassungsrecht zwingt den Arbeitgeber in ein Rechtsverhältnis mit dem Betriebsrat und verpflichtet ihn, mit diesem zu kooperieren. Vor diesem Hintergrund muss er zumindest sagen dürfen, mit wem er sich eine gedeihliche Zusammenarbeit am ehesten vorstellen kann³⁹³. Ob die Arbeitnehmer die Argumente des »Gegners« für beachtlich halten oder nicht, müssen und können sie selbst entscheiden.

Sofern die Einflussnahme subtiler abläuft – etwa durch finanzielle Unterstützung einer Wahlliste hinter den Kulissen, ist freilich nicht gesichert, dass sie von den Wählern wahrgenommen wird. Auf das Kommunikationsgrundrecht der Meinungsfreiheit kann sich der Arbeitgeber dann nicht berufen. Man mag deshalb darüber nachdenken, ob hier nicht die Grenzen zur verbotenen Wahlbeeinflussung überschritten sind³⁹⁴, eben weil die Wahl des Betriebsrats, wie die h. M. betont, Sache der Belegschaft ist³⁹⁵. Dagegen spricht allerdings ein Vergleich mit dem allgemeinen Wahlschutz der §§ 108 ff. StGB. Die finanzielle Unterstützung eines Wahlbewerbers ist keine unmittelbare Beeinflussung der Wahl. Wer hingegen eine solche mittelbare Einflussnahme dem Verbot des § 20 Abs. 2 BetrVG unterwerfen (und damit nach § 119 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 BetrVG unter Strafe stellen!) will, muss sich fragen lassen, wo dann die Grenze liegen soll. Das Beeinflussungsverbot gilt

390 MünchArbR³/Löwisch/Rieble (Fn. 80), § 155 Rn. 61.

391 BVerfG 14. 4. 1987 – 1 BvR 775/84, BVerfGE 75, 192; Jarass/Pieroth (Fn. 52), Art. 19 Rn. 22, 25 ff. m. w. N.

392 Dazu im einzelnen Rieble, ZfA 2003, 283, 295 ff.

393 Rieble, ZfA 2003, 283, 297.

394 So BAG 4. 12. 1986 – 6 ABR 48/85, AP Nr. 13 zu § 19 BetrVG 1972 = SAE 1987, 220 mit Anm. M. Wolf.

395 D/K/K/Schneider (Fn. 283), § 20 Rn. 19; Richardi/Thüsing (Fn. 274), § 20 Rn. 18.

für jedermann – sollen also auch Gefälligkeiten unter Freunden (etwa Kopieren von Handzetteln für einen Kandidaten auf eigene Kosten) schon verboten sein³⁹⁶?

8. Vertraulichkeitsschutz (vor Tatsachenäußerungen)

a) Interessenausgleich

Wie alle Arbeitnehmer sind auch die Mitglieder des Betriebsrats zur Rücksicht auf die Interessen des Arbeitgebers verpflichtet, wenn sie sich öffentlich über den Betrieb äußern (oben IV.1.f)). § 79 BetrVG ergänzt diese arbeitsvertragliche Schweigepflicht³⁹⁷, weil dem Betriebsrat weitreichende Informationsrechte gegenüber dem Arbeitgeber zustehen, die diesen auch zur Preisgabe von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen zwingen. So hat der Betriebsrat im Zusammenhang mit seinen gesetzlichen Aufgaben nach § 80 Abs. 2 Satz 1 BetrVG Anspruch auf umfassende Unterrichtung. Ergänzt wird dieses Recht durch zahlreiche spezielle Informationspflichten³⁹⁸ des Arbeitgebers. Ein betriebliches Geheimhaltungsinteresse beschränkt all diese Pflichten im Umkehrschluss zu den §§ 43 Abs. 2 Satz 3, 53 Abs. 2 Nr. 2 und 106 Abs. 2 BetrVG nicht³⁹⁹. Nicht nur § 79 BetrVG trägt den berechtigten Geheimhaltungsinteressen des Arbeitgebers Rechnung; zusätzlich gewährleistet § 120 BetrVG einen arbeitsstrafrechtlichen Geheimnisschutz.

Auf Geschäftsgeheimnisse darf im betrieblichen Meinungskampf nur Bezug genommen werden, solange eine Auseinandersetzung nicht betriebsöffentlich geführt oder gar außerhalb des Betriebs mitverfolgt wird. Geschützt werden nicht nur die Geschäftsgeheimnisse als vermögenswerte Rechtspositionen im Schutzbereich des Art. 14 Abs. 1 GG⁴⁰⁰, sondern auch die unternehmerische Handlungsfreiheit des Arbeitgebers und das Funktionieren der Tarifautonomie⁴⁰¹. Demgegenüber ist zu berücksichtigen, dass die zum Schweigen verpflichteten Funktionsträger die geheimen Informationen von vornherein nur für die Ausübung ihres Amtes erfahren. § 79 BetrVG ist im Zusammenhang mit § 80 BetrVG zu sehen⁴⁰²; die Geheimhaltungspflicht beschränkt also von Anfang an das Recht auf Unterrichtung.

b) Geheimnisse

Geschützt sind nach § 79 Abs. 1 Satz 1 BetrVG Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse, der Begriff deckt sich mit dem des § 17 UWG und ist dementsprechend objektiv zu bestimmen⁴⁰³. Entscheidend ist, ob der Arbeitgeber ein berechtigtes Interesse an der Geheim-

396 Rieble, ZIP 2009, 1593, 1599 f.

397 Dazu Schmitt (Fn. 162), S. 108 ff.

398 Etwa die §§ 90, 92, 99, 102 und 111 BetrVG.

399 BAG 5. 2. 1991 – 1 ABR 24/90, AP Nr. 10 zu § 106 BetrVG 1972; GK-BetrVG/Weber (Fn. 108), § 80 Rn. 75; Richardi/Thüsing (Fn. 274), § 80 Rn. 58; Weber, Die Schweigepflicht des Betriebsrats (Diss. Münster 2000), S. 3 ff.; a. A. Oetker/Lunk, DB 1990, 2320, 2324.

400 Weber (Fn. 399), S. 123.

401 GK-BetrVG/Oetker (Fn. 108), § 79 Rn. 7; Weber (Fn. 399), S. 123.

402 Ähnlich Weber (Fn. 399), S. 7.

403 GK-BetrVG/Oetker (Fn. 108), § 79 Rn. 8; Richardi/Thüsing (Fn. 274), § 79 Rn. 4 f.

haltung der betreffenden Tatsachen, Erkenntnisse oder Unterlagen hat. Das ist zu bejahen, wenn die Wettbewerbsfähigkeit des Unternehmens betroffen ist⁴⁰⁴. Anders als die allgemeine arbeitsvertragliche Schweigepflicht greift § 79 Abs. 1 Satz 1 BetrVG nur ein, wenn der Arbeitgeber ein solches Betriebs- oder Geschäftsgeheimnis ausdrücklich als geheimhaltungsbedürftig bezeichnet hat. Darüber hinaus setzt die Vorschrift einen ursächlichen Zusammenhang zwischen der Kenntnis des Funktionsträgers und seinem betriebsverfassungsrechtlichen Amt voraus⁴⁰⁵.

Der betriebsverfassungsrechtliche Vertraulichkeitsschutz verstärkt die arbeitsvertragliche Zurückhaltungspflicht auch im Hinblick auf Insiderinformationen i. S. d. § 13 Abs. 1 WPHG. Solche besonders geschützten Informationen sind regelmäßig zugleich Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse i. S. d. § 79 Abs. 1 Satz 1 BetrVG⁴⁰⁶.

c) Umfang der Schweigepflicht

Im Gegensatz zur arbeitsvertraglichen Loyalitätspflicht besteht die betriebsverfassungsrechtliche Vertraulichkeitspflicht zeitlich unbefristet über das Ausscheiden aus dem Amt und aus dem Arbeitsverhältnis hinaus. Als Vertragspartner kann der Arbeitgeber nach dem Ende des Schuldverhältnisses keine besondere Rücksicht von seinen früheren Arbeitnehmern erwarten. Er hat aber ein berechtigtes Interesse daran, dass Information, die er nur auf Grund gesetzlicher Verpflichtungen preisgeben muss, im Nachhinein ausgenutzt oder gegen ihn verwendet werden.

Die Geheimhaltungspflicht gilt dementsprechend gegenüber jedermann. Sie bindet zum einen die Betriebsratsmitglieder, zum anderen aber auch den Betriebsrat als Organ⁴⁰⁷. Lediglich zur Wahrnehmung ihrer gesetzlichen Aufgaben dürfen die Funktionsträger die geheimen Informationen nutzen. Deshalb ist ihre Offenbarung nach § 79 Abs. 1 Sätze 3 und 4 BetrVG gegenüber anderen Amtsträgern zulässig. Im Übrigen gehen gesetzliche Auskunftspflichten der Pflicht zur Vertraulichkeit vor. So verbietet § 79 BetrVG den Betriebsräten nicht, den Arbeitsschutzbehörden nach § 89 Abs. 1 Satz 2 BetrVG Auskunft zu erteilen oder vor Gericht als Zeuge auszusagen⁴⁰⁸.

d) Spezieller Schutz gegen Whistleblowing?

Für die Betriebsratsmitglieder gilt in der öffentlichen Auseinandersetzung mit dem Arbeitgeber also ein zweigeteilter Maßstab: Wie alle anderen Arbeitnehmer dürfen sie betriebliche Missstände auch öffentlich kritisieren, jedenfalls wenn sie sich zuerst um innerbetriebliche Abhilfe bemüht haben (oben IV.2.c)[2]). Geheimnisse hingegen, die sie in amtlicher Eigenschaft erfahren haben, dürfen im öffentlichen Meinungskampf auch dann nicht offenbart werden, wenn der Arbeitgeber sich unwillig zeigt, für Abhilfe zu sorgen.

404 GK-BetrVG/Oetker (Fn. 108), § 79 Rn. 8.

405 GK-BetrVG/Oetker (Fn. 108), § 79 Rn. 21; Richardi/Thüsing (Fn. 274), § 79 Rn. 8.

406 Bruder (Fn. 161), S. 12 ff.

407 BAG 26. 2. 1987 – 6 ABR 46/84, DB 1987, 2526 = SAE 1988, 58 mit Anm. Kort; Fitting (Fn. 283), § 79 Rn. 10.

408 BAG 3. 6. 2003 – 1 ABR 19/02, AP Nr. 1 zu § 89 BetrVG 1972 = SAE 2004, 287 mit Anm. Reichold; GK-BetrVG/Wiese (Fn. 108), § 89 Rn. 60; GK-BetrVG/Oetker (Fn. 108), § 79 Rn. 32; Fitting (Fn. 283), § 89 Rn. 18; Richardi/Thüsing (Fn. 274), § 79 Rn. 14.

Besondere Bedeutung kommt in diesem Zusammenhang der Frage zu, ob § 79 BetrVG als Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse auch Tatsachen schützt, die den Tatbestand eines Strafgesetzes oder eines öffentlich-rechtlichen Verbots erfüllen. Zu § 17 UWG ist diese Frage umstritten. Während eine Seite betont, der Arbeitnehmer sei nicht zur Kontrolle des Arbeitgebers berufen, so dass es auf die Sitten- oder Rechtswidrigkeit der geheimen Umstände nicht ankomme⁴⁰⁹, verneinen die Vertreter der Gegenmeinung ein berechtigtes Interesse des Arbeitgebers an der Geheimhaltung rechtswidriger Umstände⁴¹⁰.

Letztere Ansicht entspricht der zu § 79 BetrVG herrschenden Meinung⁴¹¹. Es wäre wertungswidersprüchlich, wenn die Rechtsordnung ein Verhalten, das sie an einer Stelle ausdrücklich missbilligt, an anderer Stelle mittelbar schützte. § 79 BetrVG soll den Arbeitgeber vor Schäden bewahren, die ihm durch die Zwangsordnung des BetrVG entstehen, ihm aber nicht rechtswidrig erlangte Vorteile sichern⁴¹². Das Recht der Betriebsratsmitglieder, als Person rechtswidriges Verhalten öffentlich zu kritisieren oder Strafanzeige zu erstatten, ist damit zunächst durch die arbeitsvertragliche Loyalitätspflicht beschränkt.

Für den Betriebsrat als Organ ergibt sich eine entsprechende Zurückhaltungspflicht aus den §§ 2 Abs. 1, 74 Abs. 1 Satz 2 BetrVG⁴¹³. Davon abgesehen ist auch hier der Betriebsrat als Gremium nicht mit der Aufgabe versehen, als »Betriebspolizei« tätig zu werden. Ein Strafantragsrecht hat er (nur) nach § 119 Abs. 2 BetrVG; auch die Ordnungswidrigkeitenanzeige für § 121 BetrVG kann der Betriebsrat zur eigenen Rechtsschutzwahrung erstatten. Doch die Erstattung von Strafanzeigen oder die Mitteilung rechtswidriger Handlungen zum Schutz einzelner Arbeitnehmer oder der Allgemeinheit gehört nicht zu den Aufgaben des Betriebsrats nach dem BetrVG. Insofern handelt er *ultra vires*.

Nur dort, wo das BetrVG oder Spezialgesetze dem Betriebsrat ein spezifisches Recht zur eigenständigen Zusammenarbeit mit bestimmten Behörden eröffnen – etwa § 89 Abs. 1 Satz 2 BetrVG (»Auskunft«) mit den Berufsgenossenschaften und ggf den Technischen Überwachungsvereinen oder nach § 9 ASiG mit den Werksärzten – oder wenn der Betriebsrat das Recht hat, Stellungnahmen abzugeben, die der Arbeitgeber dann weiterzuleiten (!) hat (wie zur Massenentlassungsanzeige, § 17 KSchG oder nach § 27 Abs. 2 WpÜG), hat der Betriebsrat ein (unmittelbares) Äußerungsrecht nach außen. In den Fällen der Stellungnahme ist aber die Kommunikation notwendig über den Arbeitgeber zu führen – ein selbstständiges Kommunikationsrecht besteht nicht.

Der Kontakt zur Staatsanwaltschaft gehört außerhalb von § 119 Abs. 2 BetrVG und anderen betriebsverfassungsschützenden Tatbeständen nicht dazu. Der Betriebsrat hat

409 *Ohly*, in: Piper/Ohly, UWG, 4. Aufl. 2006, § 17 Rn. 12; *Köhler*, in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, 27. Aufl. 2009, § 17 Rn. 9; MünchKommUWG/Brammsen, 2006, § 17 Rn. 22.

410 *Rützel*, GRUR 1995, 557, 560 f.; *Richters/Wodtke*, NZA-RR 2003, 281, 282.

411 GK-BetrVG/Oetker (Fn. 108), § 79 Rn. 10; D/K/K/Buschmann (Fn. 283), § 79 Rn. 6 b; *Joost*, in: Richardi/Wlotzke/Wißmann/Oetker, Münchner Handbuch zum Arbeitsrecht [zitiert: Münch-ArbR³], 3. Aufl. 2009, § 220 Rn. 157; HaKo-BetrVG/Lorenz, 2. Aufl. 2006, § 79 Rn. 12; *Weber* (Fn. 399), S. 51 ff.

412 So auch *Weber* (Fn. 399), S. 51.

413 *Wiese* (Fn. 316), S. 1135 f.

keine Polizeifunktion – und erstattet keine Strafanzeigen, weder im Arbeitnehmerinteresse noch im Allgemeininteresse. Als Betriebsrat hat das Gremium auch keine Bürgerrechte. Selbst die Finanzkontrolle Schwarzarbeit, eine besondere Arbeitspolizei, darf nach § 2 Abs. 2 SchwarzarbeitsbekämpfungsgG nur mit bestimmten Stellen zusammenarbeiten – der Betriebsrat als Organ gehört nicht dazu.

Aber das beschränkt selbstverständlich die Bürgerfreiheit der Betriebsratsmitglieder nicht; diese können als Individuen Strafanzeigen erstatten, bei Polizei, Finanzkontrolle Schwarzarbeit und Staatsanwaltschaften Aussagen machen. Für leichtfertige Anzeigen und Falschaussagen haften sie allerdings – wiederum persönlich.

9. Betriebs- und Belegschaftsversammlungen

a) Zulässige Themen

Der Betriebsversammlung kommt als Forum des innerbetrieblichen (!) Meinungskampfs im Betrieb erhebliche Bedeutung zu. Sie dient dem Meinungsaustausch in der Belegschaft und der quasi-demokratischen Rückkoppelung des Betriebsrats gegenüber den Arbeitnehmern, denen er Rechenschaft in Form eines Tätigkeitsberichtes schuldet (§ 43 Abs. 1 Satz 1 BetrVG) und von denen er Anträge und Stellungnahmen entgegenzunehmen hat, § 45 Satz 2 BetrVG. Die Versammlung ist nach § 43 Abs. 1 Satz 2 BetrVG nicht öffentlich; Journalisten können nach richtiger Auffassung auch nicht im Einverständnis von Arbeitgeber und Betriebsrat zugelassen werden⁴¹⁴. Andernfalls bestünde die Gefahr, dass Konflikte aus Sorge um die Außendarstellung nicht offen angesprochen würden oder die Versammlung zur Pressekonferenz verkommt.

Dabei unterliegt die Meinungsfreiheit im Interesse des Betriebs und auch des Arbeitgebers besonderen Schranken. Die regelmäßigen Betriebsversammlungen nach § 43 Abs. 1 Satz 1 BetrVG finden gemäß § 44 Abs. 1 Satz 1 BetrVG während der Arbeitszeit statt, die Arbeitnehmer behalten für die Zeit der Teilnahme gemäß § 44 Abs. 1 Satz 2 BetrVG ihren Vergütungsanspruch, und der Arbeitgeber muss nach h. M. entsprechend § 40 Abs. 2 BetrVG einen Versammlungsraum zur Verfügung stellen⁴¹⁵. Eine solche Belastung muss er nur hinnehmen, soweit Fragen erörtert werden, die den Betrieb konkret betreffen.

Aus diesem Grund beschränkt § 45 Satz 1 BetrVG die möglichen Themen einer Betriebsversammlung. Obwohl der verschachtelte Wortlaut der Norm die Rechtsfindung erschwert, geht aus ihr hervor, dass die Aufzählung der Themen nicht abschließend zu verstehen ist. Absolute Grenze ist nur der letzte Teil des ersten Halbsatzes, »die den Betrieb oder seine Arbeitnehmer unmittelbar betreffen«. Allgemeinpolitische oder sonstige übergeordnete Fragen können nicht erörtert werden, wenn sie nicht für die Beschäftigten zumindest auch *in ihrer Eigenschaft als Arbeitnehmer des konkreten Betriebs* von Bedeutung sind⁴¹⁶. Das sind nicht nur originär betriebsverfassungsrechtliche Angelegen-

414 *Fitting* (Fn. 283), § 42 Rn. 44 m. w. N.; a. A. *D/K/K/Berg* (Fn. 283), § 42 Rn. 15.

415 *Fitting* (Fn. 283), § 42 Rn. 31; *Richardl/Annauß* (Fn. 274), § 42 Rn. 16; GK-BetrVG/*Weber* (Fn. 108), § 42 Rn. 22.

416 *Rüthers*, ZfA 1974, 207, 226; *Fitting* (Fn. 283), § 45 Rn. 7; *Richardl/Annauß* (Fn. 274), § 45 Rn. 7; zu weit *D/K/K/Berg* (Fn. 283), § 45 Rn. 3, der auch Friedens- und Abrüstungspolitik zu den zulässigen Themen zählt.

heiten in der Zuständigkeit des Betriebsrats, sondern auch tarif-, sozial- und umweltpolitische oder wirtschaftliche Fragen, sofern sie konkrete Auswirkungen im Betrieb zeigen. Dieser konkrete Betriebsbezug trägt nicht zuletzt den Interessen des Arbeitgebers Rechnung, der den Arbeitnehmern nach § 44 Abs. 1 Satz 2 BetrVG auch während der Betriebsversammlung ihr Entgelt zu zahlen hat. Diese finanzielle Belastung lässt sich nur damit rechtfertigen, dass betriebspezifische Fragen erörtert werden, Probleme also, die in unmittelbarem Zusammenhang mit den Arbeitsverhältnissen stehen.

Nicht ausreichend ist demgegenüber, dass ein Thema für die Arbeitnehmer bloß in ihrer Eigenschaft als Gewerkschaftsmitglieder Bedeutung hat⁴¹⁷. Im Rahmen der tarifpolitischen Angelegenheiten kann aber über Inhalt und Auslegung einschlägiger Tarifverträge oder über den Stand von Tarifverhandlungen unterrichtet werden⁴¹⁸. Ob darüber hinaus die betrieblichen Vertrauensleute der Gewerkschaften auf der Betriebsversammlung über ihre Arbeit berichten dürfen, ist umstritten. Dafür spricht, dass die Tätigkeit der Vertrauensleute als der untersten Stufe der Gewerkschaftsorganisation in den Betrieben⁴¹⁹ auf den konkreten Betrieb bezogen ist. Bei genauerer Betrachtung fehlt es aber an einem Bezugspunkt zu den Beschäftigten in ihrer Eigenschaft gerade als Arbeitnehmer (und nicht zwingend als Gewerkschaftsmitglieder). Die Vertrauensleute sind Bindeglied zwischen dem hauptamtlichen Funktionskörper der Gewerkschaft und den Gewerkschaftsmitgliedern im Betrieb; gegenüber den sonstigen Arbeitnehmern repräsentieren sie lediglich die Gewerkschaft⁴²⁰. So wie ihre Wahl ein innergewerkschaftlicher Vorgang ist⁴²¹, so ist auch ihre Tätigkeit rein koalitionsbezogen, eine betriebsverfassungsrechtliche Funktion üben sie nicht aus.

Diese Wertung des Gesetzgebers ist ernst zu nehmen. Zwar muss der Arbeitgeber die durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützte Tätigkeit der Vertrauensleute im Betrieb dulden, solange seine Belange nicht unverhältnismäßig beeinträchtigt werden. Er kann aber nicht gezwungen werden, die Gewerkschaften aktiv zu unterstützen und ihnen auf seine Kosten ein Forum zu bieten. Auch die Entsandten der im Betrieb vertretenen Gewerkschaften (§ 46 Abs. 1 Satz 1 BetrVG) müssen die Grenzen des § 45 Satz 1 BetrVG beachten, wenn sie sich zu Wort melden⁴²². Gewerkschaften sind nicht in eigener koalitionspolitischer Sache auf der Betriebsversammlung vertreten, sondern nur zur betriebsverfas-

417 So ausdrücklich *Rütbers*, ZfA 1974, 207, 226; *Richardi/Annuß* (Fn. 274), § 45 Rn. 7.

418 LAG Baden-Württemberg 25. 9. 1991 – 10 Sa 32/91, AIB 1992, 96.; *ErfK/Koch* (Fn. 2), § 45 BetrVG, Rn. 2.

419 So GK-BetrVG/*Franzen* (Fn. 108), § 2 Rn. 98.

420 BAG 8. 12. 1978 – 1 AZR 303/77, AP Nr. 28 zu Art. 9 GG = SAE 1980, 23 mit Anm. *Weitnauer*; *D/K/K/Berg* (Fn. 283), § 2 Rn. 49; *Fitting* (Fn. 283), § 2 Rn. 87.

421 BAG 8. 12. 1978 – 1 AZR 303/77, AP Nr. 28 zu Art. 9 GG = SAE 1980, 23 mit Anm. *Weitnauer*; GK-BetrVG/*Franzen* (Fn. 108), § 2 Rn. 99; *H/S/W/G/N/Rose* (Fn. 10), § 2 Rn. 162; *Richardi* (Fn. 276), § 2 Rn. 174; a. A. *D/K/K/Berg* (Fn. 283), § 2 Rn. 51; *Däubler*, DB 1998, 2014, 2016; kritisch auch *Fitting* (Fn. 283), § 2 Rn. 89.

422 *Richardi/Annuß* (Fn. 274), § 46 Rn. 11.

sungsrechtlichen Unterstützung⁴²³. Den Vertrauensleuten der Gewerkschaft kann folglich kein Sonderstatus auf der Betriebsversammlung zukommen, also auch kein gesondertes Rederecht in Gewerkschaftsangelegenheiten. Deshalb dürfen die Gewerkschaften die Betriebsversammlung nicht zur Mitgliederwerbung nutzen⁴²⁴, und deshalb dürfen – insoweit entgegen der h. M.⁴²⁵ – die Vertrauensleute nicht gesondert über ihre Arbeit berichten⁴²⁶.

b) Schranken des § 74 Abs. 2 BetrVG

(1) Unmittelbare Geltung?

Nach § 45 Satz 1 Hs. 2 BetrVG finden die Verbote des § 74 Abs. 2 BetrVG im Rahmen der Betriebsversammlung Anwendung. Für Betriebsrat und Arbeitgeber gelten sie ohnehin – teilweise wird daher aus dem ausdrücklichen Verweis gefolgert, dass im Rahmen der Betriebsversammlung auch die einzelnen Arbeitnehmer unmittelbar daran gebunden seien⁴²⁷. Das ist so nicht richtig. Die Arbeitnehmer sind – mit Ausnahme der §§ 81–86a BetrVG – nur als Kollektiv (Belegschaft) Akteur der Betriebsverfassung. Ihre Pflichten ergeben sich aus dem Arbeitsverhältnis und nicht aus dem BetrVG. § 74 Abs. 2 BetrVG entfaltet daher auf der Betriebsversammlung nur mittelbar Wirkung gegenüber den einzelnen Arbeitnehmern, weil der Versammlungsleiter kraft seines Hausrechts dafür zu sorgen hat, dass die Vorschriften eingehalten werden⁴²⁸.

(2) Arbeitskampfverbot

Das Verbot von Arbeitskampfmaßnahmen begrenzt vor allem die Erörterung tarifpolitischer Angelegenheiten. Konkrete Arbeitskampfmaßnahmen oder gar die Durchführung einer Urabstimmung sind allein Sache der Gewerkschaften und daher auf Betriebsversammlungen unzulässig. Deshalb darf die Betriebsversammlung auch nicht für Kampfpropaganda (auf Kosten des Arbeitgebers!) genutzt werden. Soweit Tarifverhandlungen und Arbeitskämpfe thematisiert werden, kann es nur darum gehen, welche Auswirkungen für den Betrieb zu erwarten sind. Erlaubt ist insoweit nur die neutrale Information – jede Parteinahme für die Gewerkschaft (oder gegen sie) muss unterbleiben. Ein Verstoß gegen das Arbeitskampfverbot nimmt der Versammlung ihren Charakter als Betriebsversammlung. Der Arbeitgeber ist dann nicht verpflichtet, die Zusammenkunft zu

423 Vgl. BAG 14. 2. 1967 – 1 ABR 7/66, AP Nr. 2 zu § 45 BetrVG = SAE 1967, 242 mit Anm. *Bohn*; folgerichtig wird den Gewerkschaftsvertretern daher ein Recht zur Stellungnahme in der Sache zugesprochen, ihnen die Stellung von Anträgen hingegen verwehrt; so *Fitting* (Fn. 283); § 46 Rn. 11; *Richardi/Annuß* (Fn. 274), § 46 Rn. 12; GK-BetrVG/*Weber* (Fn. 108), § 46 Rn. 10.

424 *Richardi/Annuß* (Fn. 274), § 45 Rn. 19; H/S/W/G/N/*Worzalla* (Fn. 10), § 45 Rn. 6; Löwisch/*Kaiser*, BetrVG, 6. Aufl. 2010, § 45 Rn. 3.

425 LAG Hamm 3. 12. 1986 – 3 Sa 1229/86, DB 1987, 2659; LAG Düsseldorf 10. 3. 1981 – 11 Sa 1453/80, DB 1981, 1729; D/K/K/*Berg* (Fn. 283), § 45 Rn. 8; ErfK/*Koch* (Fn. 2), § 45 BetrVG, Rn. 2; *Richardi/Annuß* (Fn. 274), § 45 Rn. 19; GK-BetrVG/*Weber* (Fn. 108), § 45 Rn. 22; wohl auch *Fitting* (Fn. 283), § 45 Rn. 20.

426 So auch H/S/W/G/N/*Worzalla* (Fn. 10), § 45 Rn. 6; Stege/*Weinspach/Schiefer*, BetrVG, 9. Aufl. 2002, §§ 42–46 Rn. 46; *Richardi*, BetrVG, 7. Aufl. 1998, § 45 Rn. 17.

427 *Richardi/Annuß* (Fn. 274), § 45 Rn. 20; GK-BetrVG/*Weber* (Fn. 108), § 45 Rn. 25; H/S/W/G/N/*Worzalla* (Fn. 10), § 45 Rn. 12.

428 *Fitting* (Fn. 283), § 45 Rn. 23; ErfK/*Koch* (Fn. 2), § 45 BetrVG, Rn. 3.

dulden, und die Arbeitnehmer verlieren ihren Anspruch auf Entgeltfortzahlung für die Zeit der Teilnahme⁴²⁹.

(3) Verbot der parteipolitischen Betätigung

Bei rein parteipolitischen Themen wird es in der Regel bereits an einem konkreten Bezug zum Betrieb und den Arbeitnehmern fehlen. Parteipolitik kann auf der Betriebsversammlung aber eine Rolle spielen, wenn Politiker als Gastredner eingeladen werden. Grundsätzlich ist es durchaus zulässig, dass außenstehende Personen auf Einladung des Betriebsrats auf der Betriebsversammlung sprechen; der Grundsatz der Nichtöffentlichkeit (§ 42 Abs. 1 Satz 2 BetrVG) wird hierdurch nicht verletzt⁴³⁰. Das Thema des Vortrags muss freilich den Vorgaben des § 45 Satz 1 BetrVG genügen: Für allgemeinpolitische Stellungnahmen ist kein Raum, unabhängig davon, ob der Redner dem Betrieb angehört oder nicht.

Referiert ein Politiker zu einem Sachthema, so ist die Grenze zur unzulässigen Parteipolitik fließend. Das BAG stellt darauf ab, ob das Referat Teil einer Wahlkampfstrategie des Gastredners ist⁴³¹. Was Parteipolitik im Sinne des § 74 Abs. 2 Satz 3 BetrVG ist und was nicht, muss aber schon aus Gründen der Rechtssicherheit objektiv bestimmt werden – auf die subjektiven Ziele des Referenten kann es nicht ankommen. Andererseits kann allein die Parteizugehörigkeit des Referenten seinen Vortrag nicht unzulässig machen. An dieser Stelle gilt es, sich in Erinnerung zu rufen, dass das Verbot parteipolitischer Betätigung nach § 74 Abs. 2 Satz 3 BetrVG absolut und abstrakt gilt. Jede Form der Unterstützung allgemeinpolitischer Strömungen ist um des Betriebsfriedens Willen von vornherein verboten. Solche Unterstützung ist nicht nur durch Werbung für Inhalte möglich, sondern auch indem den Vertretern einer bestimmten Gruppierung ein Forum geboten wird.

Das bedeutet, dass vor einer allgemeinpolitischen Wahl die Kandidaten auch dann nicht auf einer Betriebsversammlung sprechen dürfen, wenn sie zu einem neutralen Thema referieren und keine offensichtliche Eigenwerbung betreiben. Moderne demokratische Wahlen sind stark personengeprägt; eine Trennung zwischen Kandidatenfunktion und Person ist deshalb im Wahlkampf nicht möglich. Zuzugeben ist, dass auch objektive Kriterien keine trennscharfe Abgrenzung zwischen Wahlkampf und sachlicher Information ermöglichen. Insofern scheint es sinnvoll, auf den zeitlichen Zusammenhang abzustellen. Als Anhaltspunkt für unzulässigen Wahlkampf kommt etwa ein Zeitraum von sechs Monaten vor der Wahl in Betracht.

Außerhalb des Wahlkampfs ist hingegen nichts gegen Gastreferate auch von Politikern einzuwenden. Der Redner darf die Gelegenheit nur nicht dazu nutzen, für seine (allgemeinen) politischen Überzeugungen zu werben. Für ihn gelten dieselben strengen Maßstäbe wie für Arbeitgeber und Betriebsrat⁴³²; letzterer kann das Verbot parteipolitischer Betäti-

429 Vgl. *Richardl/Annus* (Fn. 274), § 45 Rn. 33.

430 BAG 13. 9. 1977 – 1 ABR 67/75, AP Nr. 1 zu § 42 BetrVG 1972 = SAE 1978, 126 mit Anm. *Weitnauer*; *Richardl/Annus* (Fn. 274), § 45 Rn. 21.

431 BAG 13. 9. 1977 – 1 ABR 67/75, AP Nr. 1 zu § 42 BetrVG 1972 = SAE 1978, 126 mit Anm. *Weitnauer*.

432 Ähnlich MünchArbR³/*Joost* (Fn. 411), § 224 Rn. 39: Referenten können »im Rahmen der Zuständigkeit der Betriebsversammlung« eingeladen werden.

gung nicht dadurch umgehen, dass er auf eine ausdrückliche eigene politische Positionierung verzichtet und diese mittelbar über Dritte auf der Betriebsversammlung deutlich macht. Zulässig ist ein Gastreferat auf Einladung des Betriebsrats also nur, wenn die sachliche Information der Arbeitnehmer im Vordergrund steht und nicht die parteipolitische Funktion des Referenten herausgestellt wird. Wird über aktuelle Streitfragen berichtet, muss der Betriebsratsvorsitzende als Versammlungsleiter dafür sorgen, dass nicht einseitig für eine Seite Partei ergriffen, sondern allenfalls der Streitstand dargestellt wird⁴³³.

Darin liegt keine übermäßige Belastung des Betriebsrats. Dieser entscheidet im Vorfeld eigenverantwortlich darüber, wen er zu welchem Thema einlädt. Er schafft damit die Gefahr parteipolitischer Äußerungen und muss dementsprechend dafür sorgen, dass sich diese Gefahr nicht verwirklicht – indem er entweder im Zweifel auf eine Einladung verzichtet oder auf der Versammlung selbst einen Verstoß gegen § 74 Abs. 2 Satz 3 BetrVG unterbindet.

(4) Betriebsfriedenspflicht

Nicht selten wird eine Betriebsversammlung eine Vielzahl von Konflikten zutage fördern, angefangen bei der Unzufriedenheit einzelner Arbeitnehmer mit der Betriebsratsarbeit über Kritik der Gewerkschaftsvertreter (§ 46 Abs. 1 Satz 1 BetrVG) an Arbeitgeber oder Betriebsrat bis hin zu Meinungsverschiedenheiten zwischen Belegschaft (oder Betriebsrat) und Arbeitgeber. Im betrieblichen Alltag können und sollen solche Streitigkeiten in der Regel nicht ausgetragen werden, weil die Betriebspartner auf den Betriebsfrieden und die Arbeitnehmer (sowie der Arbeitgeber) zur Mäßigung verpflichtet sind. Die Betriebsversammlung schafft dafür einen gewissen Ausgleich – deshalb sind hier auch scharf geführte Auseinandersetzungen erlaubt, solange sie sich in den allgemeinen Grenzen der Meinungsfreiheit halten⁴³⁴. Ohne die Möglichkeit, in diesen natürlichen und selbstverständlichen Grenzen seine Meinung frei zu äußern, könne die Betriebsversammlung ihren Zweck, die Zusammenarbeit aller zu fördern und dem Betriebsfrieden zu dienen, nicht erfüllen, so das BAG⁴³⁵. Die regelmäßigen Versammlungen dienen mit anderen Worten als Ventil, um Druck abzulassen, Konflikte offen auszutragen und so den Betriebsfrieden im Alltag zu fördern.

Ein kleinlicher Maßstab wäre daher verfehlt. Das bedeutet, dass Kritik nicht nur in der Sache geäußert, sondern auch an den (vermeintlich) Verantwortlichen festgemacht werden darf⁴³⁶. Sogar offen kämpferische Äußerungen sind nicht von vornherein unzulässig⁴³⁷, und selbst verbale Entgleisungen zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat werden nicht als grobe Pflichtverletzung i. S. d. § 23 BetrVG gewertet⁴³⁸.

433 Zur Leitungsverantwortung des Betriebsratsvorsitzenden *Rüthers*, ZfA 1974, 207, 231 f.; MünchArbR³/Joost (Fn. 411), § 224 Rn. 41 ff.

434 MünchArbR³/Joost (Fn. 411), § 224 Rn. 67.

435 BAG 22. 10. 1964 – 2 AZR 479/63, AP Nr. 4 zu § 1 KSchG Verhaltensbedingte Kündigung.

436 BAG 22. 10. 1964 – 2 AZR 479/63, AP Nr. 4 zu § 1 KSchG Verhaltensbedingte Kündigung.

437 LAG Köln 21. 3. 1995 – 9 TaBV 68/94, LAGE § 23 BetrVG 1972 Nr. 37.

438 So das LAG Düsseldorf 23. 2. 1993 – 8 TaBV 245/92, LAGE § 23 BetrVG 1972 Nr. 31 für die Äußerung des Betriebsratsvorsitzenden gegenüber dem Geschäftsführer der Arbeitgeberin »Halten Sie den Mund. Setzen Sie sich.« Die Frage ist nur, ob das LAG umgekehrt ebenso entschiede.

Es gibt jedoch spezifisch betriebsverfassungsrechtliche Grenzen: Zum einen darf eine Auseinandersetzung *nicht in den Betriebsalltag hineingetragen* werden⁴³⁹. Eine betriebsöffentliche Konfrontation zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat ist ausschließlich auf der Betriebsversammlung zulässig; dort ungelöste Meinungsverschiedenheiten müssen wie sonst auch in vertrauensvoller Zusammenarbeit nach § 2 Abs. 1 BetrVG gelöst werden.

Zum anderen müssen Wortmeldungen auf der Betriebsversammlung im weitesten Sinne geeignet sein, zur Lösung betrieblicher Konflikte beizutragen. Im Rahmen der Diskussion um ein an sich zulässiges Thema darf das Klima *nicht* so vergiftet werden, dass der Betriebsfrieden über die Betriebsversammlung hinaus *dauerhaft gestört* wird. Kampfansagen zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat für die Zukunft sind daher nicht zulässig⁴⁴⁰.

c) Störung der Betriebsversammlung

Einen Schritt über verbale Auseinandersetzungen hinaus gehen Störungen der Betriebsversammlung. Deren Einberufung gehört gemäß § 43 Abs. 1 Satz 1 BetrVG zum gesetzlichen Aufgabenbereich des Betriebsrats und ist nach § 78 Satz 1 BetrVG gegen Behinderungen geschützt. Versucht der Arbeitgeber, die Einberufung zu verhindern, etwa indem er die Durchführung einer (rechtmäßigen) Versammlung betriebsöffentlich ablehnt, die Entgeltfortzahlung für die Teilnehmer verweigert oder den Arbeitnehmern von einer Teilnahme »abrät«, so liegt darin eine Behinderung der Betriebsratstätigkeit, die nach § 119 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG auch mit den Mitteln des Strafrechts geahndet werden kann⁴⁴¹.

Dagegen ist die Durchführung der Betriebsversammlung selbst nicht durch § 78 Satz 1 BetrVG geschützt. Ihr kommt nur mittelbarer Schutz zu, soweit – wie bei der Einberufung – ihre Behinderung als Störung der Betriebsratstätigkeit zu werten ist. Die Betriebsversammlung als solche ist keine Betriebsratstätigkeit. Vor dem Hintergrund des strafrechtlichen Analogieverbots lässt sich § 78 Satz 1 BetrVG im Hinblick auf den akzessorischen Straftatbestand des § 119 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG nicht extensiv auslegen⁴⁴².

Keinesfalls kann es als Störung der Betriebsratstätigkeit oder der Betriebsversammlung verstanden werden, wenn unter den Teilnehmern gestritten wird, auch wenn Diskussionsregeln missachtet werden. Das bedeutet freilich nicht, dass die Betriebsversammlung Störungen hilflos ausgeliefert wäre. Der Betriebsratsvorsitzende übt als Leiter der Versammlung für deren Dauer das Hausrecht aus; ihm kommt damit die Entscheidung darüber zu, wer im Versammlungsraum anwesend sein darf⁴⁴³. Aus der Pflicht zur

439 LAG Köln 16. 11. 1990 – 12 TaBV 57/90, AuR 1991, 121 (Ls.).

440 Anders LAG Köln 21. 3. 1995 – 9 TaBV 68/94, LAGE § 23 BetrVG 1972 Nr. 37.

441 OLG Stuttgart vom 9. 9. 1988 – 1 Ws 237/88, NStZ 1989, 31; LAG Hamburg vom 12. 7. 1984 – 7 Sa 30/84, AiB 2001, 712; GK-BetrVG/Oetker (Fn. 108), § 119 Rn. 19 D/K/K/Berg (Fn. 283), § 42 Rn. 31; Richardi/Annuß (Fn. 274), § 119 Rn. 23; Hamm, AiB 1999, 306.

442 Zurückhaltend auch Richardi/Annuß (Fn. 274), § 119 Rn. 23; a. A. wohl GK-BetrVG/Oetker (Fn. 108), § 119 Rn. 19.

443 BAG vom 18. 3. 1964 – 1 ABR 12/63, DB 1964, 992 = SAE 1964, 160 mit Anm. Mayer-Maly; 13. 9. 1977 – 1 ABR 67/75, DB 1977, 2452 = SAE 1978, 126 mit Anm. Weitnauer; GK-BetrVG/Weber (Fn. 108), § 42 Rn. 34; D/K/K/Berg (Fn. 283), § 42 Rn. 9; Fitting (Fn. 283), § 42 Rn. 36; Richardi/Annuß (Fn. 274), § 42 Rn. 23.

Versammlungsleitung ergibt sich zugleich die Pflicht, kraft Hausrechts für einen rechtmäßigen und störungsfreien Ablauf der Betriebsversammlung zu sorgen. Es ist also Sache des Versammlungsleiters, darauf zu achten, dass nur berechtigte Personen teilnehmen, dass Störern das Wort entzogen wird und sie zur Ordnung gerufen werden⁴⁴⁴.

Das betriebsverfassungsrechtliche Hausrecht des Betriebsratsvorsitzenden darf allerdings nicht mit dem aus Besitz und Eigentum abgeleiteten (sachenrechtlichen) Hausrecht des Arbeitgebers gleichgesetzt werden. Ersteres sichert lediglich die ordnungsgemäße Durchführung der Betriebsversammlung und beschränkt insofern die Rechtsposition des Arbeitgebers. Gewaltrechte stehen dem Betriebsratsvorsitzenden nicht zu. Er kann zwar Störer des Saales verweisen, diese Anordnung aber nicht durchsetzen. Grobe Verstöße nehmen der Veranstaltung ihren Charakter als rechtmäßige Betriebsversammlung, so dass das Hausrecht des Arbeitgebers wieder auflebt⁴⁴⁵. Diesem steht insbesondere das Selbsthilferecht des § 859 BGB zu⁴⁴⁶, er kann also eine rechtswidrige Versammlung nötigenfalls beenden und den Saal räumen lassen.

Vor allem gegenüber Störern aus den Reihen der Belegschaft hat das Gesetz den Betriebsrat nur unzureichend mit Möglichkeiten ausgestattet, um einen geordneten Ablauf der Betriebsversammlung zu sichern. Ein Kündigungsverlangen nach § 104 Satz 1 BetrVG kommt nur in drastischen Fällen in Betracht, etwa bei wiederholten rassistischen Äußerungen. Die bloße Störung der Betriebsversammlung oder die Einlassung zu unzulässigen Themen verletzt aber auf Seiten des störenden Arbeitnehmers kein Gesetz, und eine bloße Verletzung des Arbeitsvertrags kann das Kündigungsverlangen nach dem klaren Gesetzeswortlaut nicht tragen⁴⁴⁷.

Hat der Arbeitgeber die Störer auf die Versammlung entsandt, muss er sich deren Fehlverhalten grundsätzlich zurechnen lassen. Gezielte Störaktionen können gegen das Arbeitskampfterbot des § 74 Abs. 2 Satz 1 BetrVG verstoßen und einen Unterlassungsanspruch gemäß § 23 Abs. 3 BetrVG rechtfertigen. Aber auch wenn er die Störer nicht angestiftet hat, lässt sich aus der Betriebsfriedenspflicht des § 74 Abs. 2 Satz 2 BetrVG zumindest die Pflicht des Arbeitgebers ableiten, auf seine Leute einzuwirken, um weitere Störungen zu verhindern.

VI. Meinungsfreiheit und Koalitionsbetätigung

Auseinandersetzungen zwischen Gewerkschaften und Arbeitgebern bzw. Arbeitgeberverbänden im Rahmen von Tarifverhandlungen sowie die Einbindung der Gewerkschaften in die Betriebsverfassung (§ 2 BetrVG) bringen es mit sich, dass der betriebliche Meinungskampf auch durch die arbeitsrechtlichen Koalitionen beeinflusst wird.

444 GK-BetrVG/Weber (Fn. 108), § 42 Rn. 35; Richardi/Annus (Fn. 274), § 42 Rn. 22; Fitting (Fn. 283), § 42 Rn. 35.

445 Fitting (Fn. 283), § 42 Rn. 36; H/S/W/G/N/Worzalla (Fn. 10), § 42 Rn. 34; ErfK/Koch (Fn. 2), § 42 BetrVG, Rn. 4.

446 GK-BetrVG/Weber (Fn. 108), § 42 Rn. 35.

447 So auch die h. M., zum Meinungsstand Richardi/Thüsing (Fn. 274), § 104 Rn. 3.

1. Gewerkschaftliche Kritik am Arbeitgeber

a) Kritik im Allgemeinen

Die Gewerkschaften sind darauf angewiesen, für sich zu werben und die Vorteile der Gewerkschaftsmitgliedschaft herauszustellen. Dazu gehört eine öffentliche Auseinandersetzung mit der Gegenseite. Schonung darf niemand erwarten, zur effektiven Wahrnehmung der vertretenen Arbeitnehmer- bzw. Arbeitgeberinteressen sind auch scharfe Auseinandersetzungen von Art. 9 Abs. 3 GG geschützt⁴⁴⁸. Dabei müssen sich nicht nur die Verbände der Kritik stellen, sondern auch ihre Funktionäre sowie der einzelne Arbeitgeber⁴⁴⁹.

Grenze der Kritik sind zum einen die allgemeinen Gesetze (oben II.3.), zum anderen die Rechte des Angegriffenen. Einmal mehr geht es um praktische Konkordanz: Bei Kritik an der Gegenseite ist die Koalitionsfreiheit der Gewerkschaft gegen die Koalitionsfreiheit des Arbeitgeberverbands, gegen die negative Koalitionsfreiheit des Außenseiters bzw. gegen das Recht des Arbeitgebers am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb abzuwägen⁴⁵⁰.

Keine Rolle spielen dabei wettbewerbsrechtliche Aspekte. Die Mitgliederwerbung der Koalitionen unterfällt nicht dem UWG – auch nicht im Verhältnis der Koalitionen untereinander⁴⁵¹. Praktische Konkordanz zwischen den jeweils aus Art. 9 Abs. 3 GG abgeleiteten Grundrechtspositionen – ein »Wettbewerbsrecht der Koalitionen« – ist hier vor allem über Abwehransprüche analog § 1004 BGB zu verwirklichen.

b) Gewerkschaftstätigkeit im Betrieb

(1) Kompatibilitätsgrundsatz

Um für sich zu werben, um ihre Mitglieder zu unterstützen und um die satzungsgemäßen Ziele voranzutreiben, brauchen die Gewerkschaften Vertreter im Betrieb. Deshalb sichert § 74 Abs. 3 BetrVG die Kompatibilität von betriebsverfassungsrechtlichem Amt und gewerkschaftlicher Betätigung, und § 2 Abs. 3 BetrVG stellt klar, dass das Betriebsverfassungsrecht der Koalitionstätigkeit nicht im Wege steht.

(2) Arbeitnehmerengagement

(a) Keine Nutzung von Betriebsmitteln

Der Arbeitgeber als Gegenspieler der Gewerkschaften hat allerdings ein legitimes Interesse daran, ihnen jegliche Unterstützung zu verwehren. Gewerkschaftsarbeit darf deshalb *nicht auf Kosten des Arbeitgebers* gehen⁴⁵², ohne sein Einverständnis dürfen keine

448 MünchArbR³/Löwisch/Rieble (Fn. 80), § 157 Rn. 87.

449 BAG 14. 2. 1978 – 1 AZR 280/77, AP Nr. 26 zu Art. 9 GG = SAE 1980, 108 mit Anm. *Schwerdtner*; MünchArbR³/Löwisch/Rieble (Fn. 80), § 157 Rn. 88.

450 MünchArbR³/Löwisch/Rieble (Fn. 80), § 157 Rn. 86.

451 Ausführlich Rieble, CCZ 2008, 121, 124 f.

452 Rieble, BB 2009, 1016, 1017 f.

Betriebsmittel genutzt werden (z. B. Hauspost, Kopierer)⁴⁵³. Die Koalitionsfreiheit gewährt kein Zugriffsrecht auf Eigentum des Arbeitgebers, und sie rechtfertigt außerhalb des Arbeitskamps auch nicht die Verletzung arbeitsvertraglicher Pflichten⁴⁵⁴. Arbeitszeit darf daher nicht für die Gewerkschaftsarbeit aufgewandt werden⁴⁵⁵; das gilt auch für Betriebsratsmitglieder, die nach § 38 BetrVG voll freigestellt sind⁴⁵⁶. Im Übrigen ist die arbeitsvertragliche Mäßigungspflicht (oben IV.1.a)] auch im Rahmen der Gewerkschaftsarbeit im Betrieb zu beachten.

(b) Werbung und Information

Demgegenüber verbietet Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG dem Arbeitgeber, das rechtmäßige Engagement seiner Arbeitnehmer für ihre Gewerkschaft zu behindern. Soweit die Arbeitsleistung nicht beeinträchtigt wird, kann er die Koalitionsbetätigung im Betrieb nicht verhindern. Insofern begrenzt Art. 9 Abs. 3 GG sein Hausrecht. Er muss dulden, dass auch die Gewerkschaften das im Betrieb regelmäßig ohnehin vorhandene⁴⁵⁷ schwarze Brett für Aushänge nutzen⁴⁵⁸. Das ändert allerdings nichts an dem Grundsatz, dass der Arbeitgeber nicht gezwungen werden kann, die Gewerkschaftsarbeit aktiv zu fördern. Das betriebliche Intranet steht der Gewerkschaft deshalb nicht zur Verfügung, auch nicht über betriebsangehörige Gewerkschaftsmitglieder⁴⁵⁹. Anders als bei Aushängen am Schwarzen Brett müsste der Arbeitgeber hier die Informationen integrieren, auf den Server hochladen und zum Abruf bereithalten.

Gewerkschaftswerbung während der betrieblichen Arbeitszeiten ist nicht per se unzulässig solange die Arbeitsleistung nicht beeinträchtigt wird⁴⁶⁰. Zwar darf niemand Werbematerial verteilen, während er selbst arbeiten müsste, die Verteilung an arbeitende Kollegen während deren Arbeitszeit ist aber zulässig, solange dabei ihre negative Koalitionsfreiheit beachtet und der Betriebsablauf nicht gestört wird. Unter diesen Bedingungen

453 BAG 23. 2. 1979 – 1 AZR 172/78, AP Nr. 30 zu Art. 9 GG (Gewerkschaftsaufkleber auf Schutzhelmen des Arbeitgebers) = SAE 1980, 187 mit Anm. *Buchner*; 23. 9. 1986 – 1 AZR 597/85, AP Nr. 45 zu Art. 9 GG (Hauspost); *Richardi* (Fn. 274), § 2 Rn. 158, 167; GK-BetrVG/*Franzen* (Fn. 108), § 2 Rn. 93; H/S/W/G/N/*Rose* (Fn. 10), § 2 Rn. 186; einschränkend *Fitting* (Fn. 283), § 2 Rn. 85; a. A. D/K/K/*Berg* (Fn. 283), § 2 Rn. 47 f.

454 Davon scheint auch das BVerfG auszugehen, Beschluss vom 14. 11. 1995 – 1 BvR 601/92, AP Nr. 80 zu Art. 9 GG = SAE 1996, 317 mit Anm. *R. Scholz*; so auch *Richardi* (Fn. 274), § 2 Rn. 156.

455 Vgl. BAG 14. 2. 1967 – 1 AZR 494/65, AP Nr. 10 zu Art. 9 GG; GK-BetrVG/*Franzen* (Fn. 108), § 2 Rn. 89; *Richardi* (Fn. 274), § 2 Rn. 156; H/S/W/G/N/*Rose* (Fn. 10), § 2 Rn. 178; a. A. *Fitting* (Fn. 283), § 2 Rn. 85; D/K/K/*Berg* (Fn. 283), § 2 Rn. 47; *Däubler* (Fn. 110), Rn. 406.

456 LAG Berlin 16. 10. 1995 – 9 TaBV 5/95, NZA-RR 1996, 368; *Richardi/Thüsing* (Fn. 274), § 38 Rn. 49; *Fitting* (Fn. 283), § 38 Rn. 79 f.; H/S/W/G/N/*Glock* (Fn. 10), § 38 Rn. 48.

457 Zu den arbeitsrechtlichen Aushang- und Bekanntmachungspflichten *Pulte*, BB 2008, 2569.

458 BAG 14. 2. 1978 – 1 AZR 280/77, DB 1978, 892 = SAE 1980, 108 mit Anm. *Schwerdtner*; *Däubler* (Fn. 110), Rn. 358 m. w. N.

459 So aber *Däubler*, DB 2004, 2102, 2105; wie hier *Dumke*, RdA 2009, 77, 80; *Kaya*, Nutzung betrieblicher E-Mail- und Intranet-Systeme für gewerkschaftliche Zwecke, 2007, S. 184 ff. m. w. N.

460 Ähnlich BVerfG 14. 11. 1995 – 1 BvR 601/92, AP Nr. 80 zu Art. 9 GG = SAE 1996, 317 mit Anm. *R. Scholz*; LAG Schleswig-Holstein 1. 12. 2000 – 6 Sa 562/99, AuR 2001, 71; ErfK/*Kania* (Fn. 251), § 74 BetrVG, Rn. 36; zum Grundrechtsschutz für die Werbetätigkeit der Gewerkschaften BAG 28. 2. 2006 – 1 AZR 460/04, NZA 2006, 798 = SAE 2007, 97 mit Anm. *Edenfeld*.

sind die Grundrechte des Arbeitgebers aus Art. 12 Abs. 1 und 14 Abs. 1 GG nur marginal betroffen und müssen hinter der Koalitionsfreiheit der Arbeitnehmer im Wege praktischer Konkordanz zurückstehen.

Kurz gefasst heißt das: Die Gewerkschafter dürfen ihnen günstige Begleitumstände der Arbeit ausnutzen – etwa die Tatsache, dass während der Arbeitszeit die gesamte Belegschaft im Betrieb erreichbar ist. Deshalb kann der Arbeitgeber auch nicht verhindern, dass die Arbeitnehmer »bei Gelegenheit« der Arbeitsleistung Koalitionstätigkeiten verrichten, solange sie dabei ihre Arbeit nicht vernachlässigen oder Betriebsmittel nutzen. So muss der Betreiber eines Zustell-Dienstes, der seinen Beschäftigten einen Stücklohn bezahlt, hinnehmen, dass diese zusammen mit den Zeitschriften ein Flugblatt über ihre Tarifforderungen in die Briefkästen der Kunden einwerfen⁴⁶¹. Voraussetzung ist allerdings, dass die Arbeitnehmer ihre Arbeitsmittel (vor allem Auto oder Fahrrad) auf eigene Rechnung betreiben.

(c) Haftung für Pflichtverletzungen

Das Risiko, die Grenzen zulässiger Gewerkschaftsarbeit im Betrieb zu überschreiten, trägt der Arbeitnehmer. Er riskiert seinen Job, womöglich Schadensersatzansprüche oder zumindest eine Unterlassungsklage des Arbeitgebers. Das ist grundsätzlich richtig, weil jeder Vertragspartner selbst wissen muss, wie er sich zu verhalten hat. Handelt der Arbeitnehmer allerdings auf Geheiß seiner Gewerkschaft, steht ihm gegen diese ein Freistellungsanspruch analog § 670 BGB i. V. m. § 27 Abs. 3 BGB zu, wie ihn die Rechtsprechung für ehrenamtlich tätige Vereinsmitglieder gegen den Verein bejaht⁴⁶². Glaubt der Arbeitnehmer etwa der Gewerkschaft, die von ihm geforderte Werbetätigkeit sei rechtmäßig, so ist es interessengerecht, die Folgen der Gewerkschaft aufzuerlegen, in deren Interesse und mit deren Willen das Mitglied unentgeltlich tätig wurde. Auf der anderen Seite kann der Arbeitnehmer durch »Aktivitäten auf eigene Faust« keine Mithaftung der Gewerkschaft begründen. Nur in kaum vorstellbaren Eilfällen kann eine Geschäftsführung ohne Auftrag in Betracht kommen.

(3) E-Mail-Werbung

Die Gewerkschaft darf Werbung auch an die betrieblichen E-Mail-Adressen der Belegschaftsangehörigen senden – solange datenschutzrechtliche Vorgaben nicht verletzt werden⁴⁶³. Das BAG hat zu Recht einen Unterlassungsanspruch des Arbeitgebers gegen eine solche Werbetätigkeit – grundsätzlich – verneint⁴⁶⁴. Es fehlt an der Rechtswidrigkeit der E-Mail-Werbung, soweit diese von der Koalitionsfreiheit gedeckt ist – wobei es hier um die kollektive Freiheit der Gewerkschaften geht. Die unternehmerischen Grundrechte

461 LAG Köln 3. 2. 1995 – 12 Sa 1073/94, NZA-RR 1996, 100.

462 BGH 5. 12. 1983 – II ZR 252/82, NJW 1984, 789; OLG Stuttgart 3. 12. 2002 – 12 U 124/01, SpuRt 2004, 31.

463 Dazu *Mehrens*, BB 2009, 2086, 2088.

464 BAG 20. 1. 2009 – 1 AZR 515/08, NZA 2009, 1990 = SAE 2009, 280 mit Anm. C. Meyer; kritisch *Arnold/Wiese*, NZA 2009, 716; *Schmitt-Rolfes*, AuA 2009, 454; differenzierend *Mehrens*, BB 2009, 2086; generell ablehnend *Kaya* (Fn. 459), S. 188.

aus Art. 12 Abs. 1, Art. 14 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG sind insoweit im Wege praktischer Konkordanz beschränkt⁴⁶⁵.

Zu Recht hat der Erste Senat nicht darauf abgestellt, ob der Arbeitgeber den Arbeitnehmern die private Internetnutzung gestattet hat oder nicht⁴⁶⁶. Diese arbeitsvertragliche Regelung bindet die Gewerkschaft ohnehin nicht. Gegenüber den organisierten Arbeitnehmern wiederum ist im Rahmen der Abwägung erst zu klären, ob dieses Verbot der grundrechtlich geschützten Gewerkschaftswerbung entgegensteht⁴⁶⁷.

In die Abwägung ist auf Seiten des Arbeitgebers⁴⁶⁸ zum einen der – wenn auch verhältnismäßig geringe – Arbeitsausfall einzustellen, der verursacht wird, weil die Arbeitnehmer die Mails lesen. Darüber hinaus hat er ein berechtigtes Interesse daran, die Gewerkschaft nicht zu unterstützen. Mittelbar wird er dazu jedoch gezwungen, wenn das von ihm aufgebaute und unterhaltene Kommunikationssystem für Koalitionszwecke genutzt wird. Die Beeinträchtigung geht also weiter als bei der bloßen Verteilung von Flugblättern. Für die Gewerkschaft⁴⁶⁹ streitet demgegenüber ihr Interesse daran, alle Arbeitnehmer des Betriebs zu erreichen und für ihre Arbeit zu werben.

Die Abwägung wird maßgeblich von den Umständen des Einzelfalls beeinflusst, etwa davon, wie lang die E-Mail ist, ob sie sachlich oder kämpferisch gehalten ist und so womöglich für Unruhe im Betrieb sorgt, und auch davon, inwieweit der Arbeitgeber etwa betriebliche E-Mail-Adressen auf seiner Internetseite veröffentlicht und damit ohnehin das Risiko unverlangter Zusendungen eingeht. *Mehrens* fordert hier zu Recht eine typisierende Betrachtung und schlägt eine Parallele zur Rechtsprechung des BGH über die Tätigkeit von Personalberatern vor⁴⁷⁰. Danach handeln sogenannte »Head Hunter« dann nicht wettbewerbswidrig, wenn sie Arbeitnehmer an deren betrieblichen Telefonanschlüssen kontaktieren, so lange sie sich auf eine erste Kontaktaufnahme beschränken⁴⁷¹. Übertragen auf die Gewerkschaftswerbung heißt das: Zumindest bei außergewöhnlichen Ereignissen wie Betriebsänderungen wird man einmalige und kurze Informationsschreiben (etwa mit Hinweis auf eine Internetseite) für zulässig erachten müssen⁴⁷².

Die ver.di-E-Mail, über die das BAG zu entscheiden hatte, genügte diesen Maßstäben soweit erkennbar nicht, weil sie weit über eine bloße Kontaktaufnahme hinausging⁴⁷³.

465 BAG 20. 1. 2009 – 1 AZR 515/08, NZA 2009, 1990 = SAE 2009, 280 mit Anm. C. Meyer; *Mehrens*, BB 2009, 2086, 2090 f.

466 So aber *Dumke*, RdA 2009, 77, 80 ff.

467 So auch *Mehrens*, BB 2009, 2086, 2088.

468 Ausführlich *Kaya* (Fn. 459), S. 117 ff.

469 Ausführlich *Kaya* (Fn. 459), S. 105 ff.

470 *Mehrens*, BB 2009, 2086, 2091.

471 BGH 4. 3. 2004 – I ZR 221/01, NZA 2004, 794; 9. 2. 2006 – ZR 73/02, NZA 2006, 500; 22. 11. 2007 – I ZR 183/04, NZA 2008, 177.

472 So auch *Mehrens*, BB 2009, 2086, 2091.

473 Ausweislich des vorinstanzlichen Urteils (LAG Hessen 30. 4. 2008 – 18 Sa 1724/07, juris) enthält die E-Mail Informationen über den gewerkschaftlichen Standpunkt zum Standortkonzept der Arbeitgeberin, Verhandlungsziele, insbesondere das Verlangen nach einem Firmentarifvertrag, die weitere Vorgehensweise und benannte für die Gewerkschaft verhandelnde Personen und Kontaktmöglichkeiten.

Keinesfalls muss der Arbeitgeber Kampfpropaganda der Gewerkschaft unterstützen. Streikaufrufe über das betriebliche E-Mail-System etwa wären rechtswidrig.

Für den Arbeitgeber stellt sich darüber hinaus die Frage, ob er an sich zulässige Gewerkschaftspost zumindest blockieren kann. Soweit eine Massen-E-Mail auf Grund allgemeiner Kriterien vom betrieblichen Spam-Filter ausgesondert wird, ist dagegen nichts einzuwenden. Die Gewerkschaft kann allenfalls die vorhandene Infrastruktur nutzen, sie kann aber nicht den Arbeitgeber für ihre Zwecke einspannen und von diesem Vorkehrungen verlangen, dass ihre Werbung die Arbeitnehmer erreicht⁴⁷⁴.

Darüber hinaus wird man dem Arbeitgeber auch das Recht zugestehen müssen, die E-Mails von Gewerkschaftsabsendern gezielt zu blockieren. So wenig die Gewerkschaft ein allgemeines Zutrittsrecht zum Betrieb zu Werbezwecken hat, so wenig hat sie ein Recht auf »Zugang« zum betrieblichen E-Mail-System. Auf diese Weise könnte der Arbeitgeber die Gewerkschaftswerbung weitgehend ausschalten, zumal ein Versand der Werbung »von innen« heraus – durch einen organisierten Arbeitnehmer von seinem Betriebscomputer aus – unzulässig ist, weil auf diese Weise Betriebsmittel zur Koalitionsbetätigung genutzt würden. Allerdings ist die Gewerkschaft nicht gehindert, den Spamfilter zu umgehen, indem sie die Werbung von einer anderen Adresse aus sendet.

Allgemein lässt sich sagen, dass der Arbeitgeber gewerkschaftliche E-Mail-Werbung zwar nicht generell untersagen kann, sie aber auch nicht anders behandeln muss als andere Werbemails⁴⁷⁵. Das gilt nicht nur für die Konfiguration des Spamfilters. So kann der Arbeitgeber »mitlesen«, wenn er das betriebliche Mailsystem nicht zur privaten Nutzung freigegeben hat⁴⁷⁶.

Demgegenüber kann sich der einzelne Arbeitnehmer gegen unverlangt zugesandte Werbemails nach allgemeinen Grundsätzen wehren⁴⁷⁷. Auch die kollektive Koalitionsfreiheit umfasst nicht das Recht, Einzelne gegen ihren Willen zu »bekehren«.

(4) Gewerkschaftsbeauftragte

(a) Kein allgemeines Zutrittsrecht

Aus Art. 9 Abs. 3 GG folgt kein verfassungsmäßiges Recht der Gewerkschaften, betriebsfremde Beauftragte in den Betrieb zu entsenden, um dort etwa neue Mitglieder zu werben⁴⁷⁸, auch wenn die Koalitionsfreiheit die Entscheidung umfasst, auf welchem Wege Werbung und Information praktisch durchgeführt und die Arbeitnehmer angesprochen werden sollen⁴⁷⁹. In der Interessenabwägung zwischen Arbeitgeber und Gewerkschaft spielt der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit eine entscheidende Rolle. Nachdem die Gewerkschaft vor den Betriebstoren, durch E-Mails und vor allem durch

474 So auch *Dzika*, Anm. zu BAG 20. 1. 2009 – 1 AZR 515/08, NJW 2009, 1997 = SAE 2009, 280 mit Anm. *C. Meyer*.

475 Für eine solche Gleichsetzung auch *Beckschulze*, DB 2009, 2097, 2102.

476 Zu den Kontrollrechten des Arbeitgebers *Kratz/Grubbels*, NZA 2009, 652 ff.

477 *Arnold/Wiese*, NZA 2009, 716, 721; *Kaya* (Fn. 459), S. 229 ff.

478 So aber BAG 28. 2. 2006 – 1 AZR 460/04, NZA 2006, 798 m. w. N. zur wechselhaften Rechtsprechung = SAE 2007, 97 mit Anm. *Edenfeld*; *D/K/K/Berg* (Fn. 283), § 2 Rn. 45; *Fitting* (Fn. 283), § 2 Rn. 86; *Dieterich*, RdA 2007, 110; wie hier *Richardi* (Fn. 274), § 2 Rn. 151; *Brock* (Fn. 9), S. 229.

479 So BAG 28. 2. 2006 – 1 AZR 460/04, NZA 2006, 798 = SAE 2007, 97 mit Anm. *Edenfeld*; 20. 1. 2009 – 1 AZR 515/08, NZA 2009, 1990 = SAE 2009, 280 mit Anm. *C. Meyer*.

ihre Mitglieder im Betrieb zahlreiche Möglichkeiten zur Eigendarstellung hat, wiegt ihr Interesse an einem gesonderten Zutrittsrecht zum Betrieb gering. Auf der anderen Seite kann der Arbeitgeber gute Gründe haben, nur Betriebsangehörige auf seinem Gelände zu dulden. Dabei geht es nicht nur um Geheimhaltung und Sicherheit, sondern auch um die Gefahr, dass die Arbeit der Externen für Unruhe sorgt und so die Arbeitsleistung beeinträchtigt⁴⁸⁰.

Das BAG meint, die Interessenabwägung lasse eine generelle Entscheidung für oder gegen ein allgemeines Zugangsrecht der Gewerkschaften nicht zu⁴⁸¹. Bei Lichte betrachtet ist aber kaum ein Fall denkbar, in dem das Pendel zugunsten der Gewerkschaft ausschläge. Gerade weil das BAG die E-Mail-Werbung für zulässig erklärt hat und die Koalitionen damit von außen in den Betrieb hineinwirken können, scheint jede zusätzliche Einschränkung des Hausrechts des Arbeitgebers unverhältnismäßig und damit nicht mit dem Argument praktischer Konkordanz begründbar.

(b) Betriebsverfassungsrechtliches Zutrittsrecht

Ganz kann der Arbeitgeber allerdings nicht verhindern, dass sich auch betriebsfremde Gewerkschaftsvertreter im betrieblichen Meinungskampf engagieren. Das BetrVG billigt den Gewerkschaften gewisse Tätigkeiten in der Betriebsverfassung zu und erlaubt ihnen nach § 2 Abs. 2, Beauftragte in den Betrieb zu entsenden. Das gilt nicht nur für die speziell im Gesetz geregelten Fälle – etwa die Entsendung von Vertretern zur Betriebsversammlung (§ 46 Abs. 1 Satz 1 BetrVG). Das BAG leitet aus § 2 Abs. 2 i. V. m. § 2 Abs. 1 BetrVG ein Recht des Betriebsrats ab, zur Unterstützung seiner Arbeit Gewerkschaftsvertreter hinzuzuziehen⁴⁸². Ausnahmen sieht § 2 Abs. 2 BetrVG nur im Interesse unumgänglicher Notwendigkeiten des Betriebsablaufs, zwingender Sicherheitsvorschriften oder des Schutzes von Betriebsgeheimnissen vor.

(c) Grenzen

Dass externe Gewerkschaftsvertreter nicht mit Kritik am Arbeitgeber als sozialem Gegenspieler sparen werden, liegt auf der Hand, zumal sie nicht durch arbeitsvertragliche Bindungen zur Mäßigung verpflichtet sind. Gleichzeitig sind die Reaktionsmöglichkeiten des Arbeitgebers begrenzt. Vertragsrechtliche Konsequenzen scheiden aus, das Hausrecht ist durch das Zugangsrecht beschränkt⁴⁸³.

Geen ehrverletzende Kritik kann sich der Arbeitgeber immerhin mit einem Unterlassungsanspruch analog § 1004 BGB i. V. m. § 823 BGB wehren. Um den »Störenfried« aus dem Betrieb zu entfernen, ist er jedoch grundsätzlich auf die Kooperation der Gewerkschaft angewiesen, die allein darüber entscheidet, wen sie als Beauftragten in einen

480 Insofern zutreffend BAG 28. 2. 2006 – 1 AZR 460/04, NZA 2006, 798 = SAE 2007, 97 mit Anm. *Edenfeld*.

481 BAG 28. 2. 2006 – 1 AZR 460/04, NZA 2006, 798 = SAE 2007, 97 mit Anm. *Edenfeld*.

482 BAG 17. 1. 1989 – 1 AZR 805/87, AP Nr. 1 zu § 2 LPVG NW; LAG Hamm 9. 3. 1972 – 8 BV Ta 2/72, AP Nr. 1 zu § 2 BetrVG 1972; *Richardi* (Fn. 274), § 2 Rn. 114.

483 *Richardi* (Fn. 274), § 2 Rn. 105; *Fitting* (Fn. 283), § 2 Rn. 62; *ErfK/Koch* (Fn. 2), § 2 BetrVG, Rn. 5.

Betrieb entsendet⁴⁸⁴. Immerhin sieht auch die Rechtsprechung dieses Dilemma und prüft im Einzelfall, ob der Beauftragte durch sein Verhalten sein – von der Gewerkschaft abgeleitetes – Zugangsrecht nach § 242 BGB verwirkt hat, so dass der Arbeitgeber gestützt auf sein Hausrecht ausnahmsweise ein Hausverbot aussprechen kann⁴⁸⁵.

Davon unberührt bleibt das Recht der Gewerkschaft, nach § 2 Abs. 2 BetrVG einen anderen Beauftragten zu entsenden. Allenfalls wenn sie mehrmals Beauftragte benannt hat, die den Betrieb gestört haben, lässt sich über eine Unzumutbarkeit für den Arbeitgeber nach § 275 Abs. 3 BGB nachdenken. Die Unzumutbarkeit ergibt sich aus der durch die vorhergehenden Verstöße belegten Gefahr, dass es erneut zu Störungen kommen wird. Der Arbeitgeber ist dann von seiner Pflicht befreit, den Zugang zu dulden. Der Gewerkschaft bleibt es unbenommen, durch spezielle Vorkehrungen die Gefahr zu beseitigen und dem Vorwurf der Unzumutbarkeit die Grundlage zu nehmen. Denkbar ist etwa, dass sie sich über eine gesonderte vertragliche Vereinbarung ein Weisungsrecht gegenüber ihren Beauftragten sichert, oder dass sie vertraglich gegenüber dem Arbeitgeber die (strafbewehrte!) Verpflichtung eingeht, Störungen zu unterbinden.

Dessen ungeachtet wird eine »Verwirkung« des Zugangsrechts durch den einzelnen Beauftragten nur in Ausnahmefällen angenommen. Nicht einmal eine strafbare Beleidigung des Arbeitgebers soll für sich genommen ein Hausverbot rechtfertigen⁴⁸⁶. Das BAG und mit ihm die Instanzgerichte stellen darauf ab, ob »durch die Entsendung eines bestimmten Gewerkschaftsbeauftragten im Bereich des Betriebsgeschehens ernstlich Störungen schwerwiegender Art zu befürchten sind«, mithin auf eine erhebliche Gefährdung des Betriebsfriedens⁴⁸⁷. Die Literatur stimmt dem ganz überwiegend zu⁴⁸⁸. Wegen der zukunftsgerichteten Blickrichtung kann sich der Arbeitgeber demnach nur dann effektiv gegen einen über die Stränge schlagenden Gewerkschaftsvertreter wehren, wenn Wiederholungsgefahr besteht.

Diese Sicht überzeugt nicht. Selbstverständlich steht es den Gewerkschaften zu, Arbeitnehmer gegen einen bestimmten Arbeitgeber zu mobilisieren, um damit koalitionspolitische Ziele zu erreichen. Innerbetrieblich ist ihnen dies in gewissen Grenzen durch die organisierten Arbeitnehmer möglich. Es widerspricht aber der auf den Betriebsfrieden ausgerichteten Betriebsverfassung, koalitionspolitische Streitigkeiten durch betriebsfremde Gewerkschaftsvertreter in den Betrieb hinein zu tragen. Ein allgemeines Zutrittsrecht im eigenen Interesse steht den Gewerkschaften gerade nicht zu. § 2

484 *Fitting* (Fn. 283); § 2 Rn. 69; *D/K/K/Berg* (Fn. 283), § 2 Rn. 36; *Richardi* (Fn. 274), § 2 Rn. 117.

485 BAG 14. 2. 1967 – 1 ABR 7/66, AP Nr. 2 zu § 45 BetrVG = SAE 1967, 242 mit Anm. *Bohn*; LAG Hamm 25. 1. 2008 – 10 TaBV 75/07, juris.

486 LAG Hamm 17. 11. 2000 – 10 TaBV 55/00, AiB 2001, 723.

487 BAG 14. 2. 1967 – 1 ABR 7/66, AP Nr. 2 zu § 45 BetrVG = SAE 1967, 242 mit Anm. *Bohn*; ähnlich schon BAG 18. 3. 1964 – 1 ABR 12/63, AP Nr. 1 zu § 45 BetrVG = SAE 1964, 160 mit Anm. *Mayer-Maly*; sowie in der Folge die Instanzgerichte: LAG Hamm 17. 11. 2000 – 10 TaBV 55/00, AiB 2001, 723 und 25. 1. 2008 – 10 TaBV 75/07, juris; Sächsisches LAG 27. 3. 2006 – 3 TaBV 6/06, juris.

488 Statt aller GK-BetrVG/*Franzen* (Fn. 108), § 2 Rn. 76 m. w. N.

Abs. 2 BetrVG gewährleistet zwar den Zutritt, koppelt ihn aber an die *Unterstützungsfunktion* der Gewerkschaften in der Betriebsverfassung⁴⁸⁹.

Das Leitprinzip heißt in der Betriebsverfassung Kooperation und nicht Konfrontation⁴⁹⁰. Auf Betriebsebene verpflichtet das Gesetz die Beteiligten sowohl auf die Interessen des Betriebs als auch auf das Wohl der Arbeitnehmer, § 2 Abs. 1 BetrVG. Insoweit gilt auch für das Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Gewerkschaft der Grundsatz vertrauensvoller Zusammenarbeit⁴⁹¹.

Das wird teilweise zu Unrecht bestritten⁴⁹². § 2 Abs. 1 BetrVG nimmt zwar primär die Betriebspartner in die Pflicht, stellt aber ausdrücklich auch auf das Zusammenwirken mit den Gewerkschaften und Arbeitgebervereinigungen ab. Es wäre widersinnig, den Koalitionen lediglich eine unterstützende Funktion in der Betriebsverfassung zuzuweisen, sie aber nicht an deren »Magna Charta«⁴⁹³ zu binden⁴⁹⁴. Dem Zivilrechtler hilft § 334 BGB. Wenn Arbeitgeber und Betriebsrat die Verbände hinzuziehen könnten, um durch sie einen »Stellvertreterkrieg« zu führen, wäre dem Gebot vertrauensvoller Zusammenarbeit der Boden entzogen.

Im Ergebnis gilt für die Gewerkschaftsbeauftragten wie für die Mitglieder des Betriebsrats ein Gebot der Rollentrennung. Zur Erfüllung ihrer betriebsverfassungsrechtlichen Aufgaben steht ihnen ein Zugangsrecht zum Betrieb zu, doch gelten für sie in dieser Funktion dieselben Grenzen wie für den Betriebsrat. Außerhalb der Betriebsversammlung sind sie also auf den Betriebsfrieden verpflichtet. Das schließt koalitionspolitische Tätigkeiten, vor allem Kampfpropaganda, aus. Für solche Betätigungen muss der Arbeitgeber den Gewerkschaften keinen Zugang gewähren. Wer dieses Prinzip der Rollentrennung verletzt, verwirkt das betriebsverfassungsrechtliche Zutrittsrecht, oder macht dem Arbeitgeber die Gestattung des Betriebszutritts eben dieser Person unzumutbar i. S. v. § 275 Abs. 3 BGB.

2. Tarif- und Kampfpropaganda

a) Arbeitsvertragliche Grenzen

Die verfassungsrechtlich geschützte Gewerkschafts-Propaganda im Rahmen von Tarifverhandlungen oder Arbeitskämpfen können dementsprechend auf Gewerkschaftsseite im Betrieb nur die (organisierten) Betriebsangehörigen übernehmen, weil betriebsfrem-

489 BAG 26. 6. 1973 – 1 ABR 24/72, AP Nr. 1 zu § 2 BetrVG 1972 = SAE 1974, 144 mit Anm. *Bohn*; insoweit auch BAG 28. 2. 2006 – 1 AZR 460/04, NZA 2006, 798 = SAE 2007, 97 mit Anm. *Edenfeld*; *Fitting* (Fn. 283), § 2 Rn. 63; GK-BetrVG/*Franzen* (Fn. 108), § 2 Rn. 55; *Preis*, in: *Wlotzke/Preis/Kreft*, BetrVG, 4. Aufl. 2009, § 2 Rn. 25; *Richardi* (Fn. 274), § 2 Rn. 112 ff.

490 Vgl. BVerfG 1. 3. 1979 – 1 BvR 532/77 u. a., BVerfGE 50, 290; *Richardi* (Fn. 274), § 2 Rn. 5; *Krause*, RdA 2009, 129, 137.

491 BAG 14. 2. 1967 – 1 ABR 7/66, AP Nr. 2 zu § 45 BetrVG = SAE 1967, 242 mit Anm. *Bohn*; GK-BetrVG/*Franzen* (Fn. 108), § 2 Rn. 10; *Fitting* (Fn. 283), § 2 Rn. 18; *Richardi* (Fn. 274), § 2 Rn. 11; H/S/W/G/N/*Rose* (Fn. 10), § 2 Rn. 48; ErfK/*Koch* (Fn. 2), § 2 BetrVG, Rn. 1.

492 LAG Hamm 17. 11. 2000 – 10 TaBV 55/00, AiB 2001, 723 und 25. 1. 2008 – 10 TaBV 75/07, juris; Sächsisches LAG 27. 3. 2006 – 3 TaBV 6/06, AE 2006, 290; D/K/K/*Berg* (Fn. 283), § 2 Rn. 1.

493 *Richardi* (Fn. 274), § 2 Rn. 4.

494 Kritisch *Krause*, RdA 2009, 129, 138.

de Gewerkschaftsbeauftragte kein koalitionspolitisches Mandat haben. Während des Arbeitskampfs besteht das Zutrittsrecht aus § 2 Abs. 2 BetrVG ohnehin nicht⁴⁹⁵. Der Arbeitgeber hat ein berechtigtes Interesse daran, die Gegenseite im Arbeitskampf aus dem Betrieb herauszuhalten. Umgekehrt kann von der Gewerkschaft, die etwa im Streik öffentlich Propaganda gegen den Arbeitgeber betreibt, nicht erwartet werden, dass sie betriebsintern mit diesem vertrauensvoll zusammenarbeitet.

Für Propaganda durch die Belegschaftsangehörigen gilt im Grundsatz die arbeitsvertragliche Mäßigungspflicht, begrenzt allerdings durch die unmittelbare Drittwirkung der Koalitionsfreiheit. Die Arbeitnehmer dürfen unter den Kollegen für die Tarifziele ihrer Gewerkschaft werben und, wenn es zum Arbeitskampf kommt, auch aggressiv ihre Meinung kundtun. Umgekehrt darf der Arbeitgeber die Organisatoren des Streiks angreifen und beispielsweise als »radikale Rädelsführer« oder »Scharfmacher« bezeichnen⁴⁹⁶.

Art. 9 Abs. 3 GG schützt freilich ebensowenig wie Art. 5 Abs. 1 GG Beleidigungen, die etwa im Zuge eines Streiks gegenüber arbeitswilligen Arbeitnehmern ausgesprochen werden⁴⁹⁷. Auch in Ausnahmesituationen setzt das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Freiheit der Meinungsäußerung Schranken. Formalbeleidigungen sind daher in jedem Falle rechtswidrig. Arbeitswillige Arbeitnehmer dürfen auch im Zuge eines Streiks nicht etwa als »Arschkriecher« bezeichnet werden⁴⁹⁸. Erst recht darf kein »Streiktor« mit der Aufschrift »Streikbrecher« aufgestellt werden, durch das Arbeitswillige und Kunden kriechen müssen, wenn sie in den Betrieb gelangen wollen⁴⁹⁹. Wer diese Grenzen missachtet, verletzt auch den Arbeitsvertrag.

Für Äußerungen, die zumindest das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Angegriffenen achten, wird man ähnlich wie bei der Betriebsversammlung (oben V.9.) differenzieren müssen. Scharfe Kritik an der Gegenseite ist zulässig. Der Arbeitskampf zielt gerade darauf ab, die Vertragsabwicklung zu stören. Eine Störung des »Betriebsfriedens« (oben IV.1.c)) während des Streiks kann daher keine Pflichtverletzung darstellen, unabhängig davon, ob sich eine Äußerung gegen den Arbeitgeber, gegen Vorgesetzte oder gegen Kollegen (Streikbrecher) richtet.

Mäßigung ist nur insofern geboten, als *nach Beendigung* des Streiks eine Zusammenarbeit im Betrieb wieder möglich sein muss. Droht etwa ein Betriebsrat Streikbrechern unter Hinweis auf seinen Sitz in der Personalkommission an, sie würden bei einer anstehenden Betriebsänderung als erste entlassen, so verletzt er damit ungeachtet eines Verstoßes gegen § 74 Abs. 2 BetrVG seine arbeitsvertraglichen Pflichten, weil die Drohung über den Streik hinauswirkt und den Betriebsablauf konkret gefährdet. Unverständlich ist, warum das LAG Hamm in einem solchen Fall eine Kündigung nur nach vorheriger

495 GK-BetrVG/*Franzen* (Fn. 108), § 2 Rn. 78; H/S/W/G/N/*Rose* (Fn. 10), § 2 Rn. 221; a. A. *Fitting* (Fn. 283), § 2 Rn. 71; D/K/K/*Berg* (Fn. 283), § 2 Rn. 38 a.

496 LG Bochum 21. 4. 2005 – 8 O 663/04, NJW-RR 2006, 121.

497 BAG 29. 3. 1957 – 1 AZR 547/55, AuR 1957, 255 = SAE 1957, 172 mit Anm. *Gift*; LAG Hessen 24. 10. 2000 – 9 Ta BV 19/00, NZA-RR 2001, 300.

498 LAG Hessen 24. 10. 2000 – 9 Ta BV 19/00, NZA-RR 2001, 300.

499 ArbG Berlin 23. 6. 2008 – 2 Ga 9993/08, juris; in diese Richtung auch LAG Köln 2. 7. 1984 – 9 Sa 602/84, NZA-RR 1984, 402.

Abmahnung zulassen will⁵⁰⁰. Auch wenn Äußerungen im Rahmen einer erregten Auseinandersetzung im Arbeitskampf nicht »auf die Goldwaage« gelegt werden dürfen⁵⁰¹, ist eine derart konkrete, auf die Zukunft gerichtete Kampfansage mit der Mäßigungspflicht nicht vereinbar.

b) Abwägung

Richtig ist aber, dass nicht jede Pflichtverletzung im Rahmen des Arbeitskampfes eine (außerordentliche) verhaltensbedingte Kündigung rechtfertigt. Die besondere Situation ist im Rahmen der Interessenabwägung von Bedeutung. Die Kündigung ist keine Sanktion für vergangenes Fehlverhalten, sondern sie knüpft an die Prognose an, ob vom Arbeitnehmer künftig vertragskonformes Verhalten zu erwarten ist⁵⁰². Dass sich ein Gewerkschafter in der Hitze des Gefechts zu einer überzogenen Äußerung hat hinreißen lassen, rechtfertigt eine solche Prognose nicht zwingend⁵⁰³.

Dessen ungeachtet bleibt es dem Verletzten persönlich unbenommen, gegen den Täter vorzugehen – etwa mit Schadensersatz- oder Unterlassungsansprüchen. Darüber hinaus ist an das »Recht zum Gegenschlag« zu denken: Wer andere öffentlich angreift, muss eine ebenso scharfe Erwiderung hinnehmen (dazu schon oben IV.2.e)[3]). Ebenso wird man dem Opfer der Beleidigung nicht das Recht absprechen können, den Vorfall auch im Internet bekannt zu machen.

3. Öffentliche Stellungnahmen

Im Arbeitskampf treten Gewerkschafter und Betriebsräte – wenn auch nicht in amtlicher Eigenschaft – in der Öffentlichkeit verstärkt in Erscheinung. Das birgt für sie besondere Risiken, weil Teile der Arbeitnehmerschaft von ihnen »klare Worte« erwarten, zum anderen aber die Arbeitgeber besonders genau hinsehen und Verfehlungen nicht selten als Gelegenheit begreifen, unbequeme Arbeitnehmer loszuwerden (zu ähnlichen Problemen in der laufenden Betriebsratsarbeit oben IV.2.c)).

Allein dieses Risiko rechtfertigt keine Verschiebung der Grenzen der Meinungsfreiheit zu Lasten des Arbeitgebers. Allgemein gilt: Wer ehrenrührige Tatsachen behauptet, muss diese notfalls auch beweisen können (§ 186 StGB). Wer einen anderen öffentlich angreift, gefährdet dessen Interessen stärker als bei Äußerungen »im kleinen Kreis«. Zivil- bzw. arbeitsrechtlich ist dieser Umstand in der Interessenabwägung zwischen unternehmerischer Betätigungsfreiheit und Meinungs- bzw. Koalitionsfreiheit zu berücksichtigen. Dass Angriffe zum Arbeitskampf gehören, bedeutet nicht, dass Pflichtverletzungen nicht geahndet werden könnten. Art. 9 Abs. 3 GG schützt nicht die wahrheitswidrige oder ehrverletzende Kampfpropaganda. So setzte etwa der Betreiber der Ikea-Filiale in Walldorf die Kündigung der dortigen Betriebsratsvorsitzenden durch, die als Mitglied der Streikleitung im Zuge des Arbeitskampfes in Interviews wahrheitswidrig von inner-

500 LAG Hamm 9. 2. 2007 – 10 TaBV 54/06, AuR 2007, 316.

501 So LAG Hamm 9. 2. 2007 – 10 TaBV 54/06, AuR 2007, 316.

502 BAG 16. 8. 1991 – 2 AZR 604/90, NZA 1993, 17.

503 Im Ergebnis auch LAG Hessen 24. 10. 2000 – 9 Ta BV 19/00, NZA-RR 2001, 300.

betrieblichem Mobbing und Druck von Arbeitgeberseite auf die Streikenden und die Betriebsräte gesprochen hatte⁵⁰⁴.

Schutzlos stehen die Gewerkschafter trotz der strengen Rechtslage allerdings nicht da, dies zeigt gerade der Fall der Ikea-Betriebsrätin. Das Arbeitsgericht Mannheim ersetzte zwar die Zustimmung des Betriebsrats zur Kündigung, die Gewerkschaft ver.di empfand dies jedoch als »Skandal«⁵⁰⁵ und organisierte eine Protestaktion, die ihresgleichen sucht. Ikea und den Gerichten sollte die Botschaft zukommen: »Hände weg von den gewerkschaftlich Aktiven!«⁵⁰⁶. Am 6. 12. 2008 verteilten als Nikolaüse verkleidete Gewerkschafter im Betrieb Protestpostkarten an Kunden und forderten diese auf, ihre Solidarität mit der Gekündigten zu erklären⁵⁰⁷. In der Presse wurden großformatige Anzeigen geschaltet⁵⁰⁸. Die Arbeitgeberin gab diesem Druck schließlich nach und nahm die Kündigungsabsicht zurück, bevor in zweiter Instanz über die Zustimmungsersetzung entschieden werden konnte⁵⁰⁹.

Dass die Gewerkschaften sich schützend vor ihre »Aktivisten« stellen, ist verständlich und von der Koalitionsfreiheit gedeckt. Wenn aber die Wut über eine als ungerecht empfundene Kündigung dazu führt, dass unter dem Motto »Meinungsfreiheit für Betriebsräte«⁵¹⁰ rechtswidrige Äußerungen geschützt werden, so trägt das allenfalls dazu bei, den Blick auf die Grenzen der Meinungsfreiheit im Betrieb zu verstellen. Die Meinungsfreiheit der Betriebsratsmitglieder in amtlicher Funktion ist durch das BetrVG stark beschränkt und im Arbeitskampf auf Null reduziert. Es geht allein um die Meinungsfreiheit der Arbeitnehmer – und hier unterliegen alle Betriebsangehörigen denselben Beschränkungen.

Mit solchen Kampagnen sabotieren die Gewerkschaften den Rechtsstaat. Der Arbeitgeber kann die Frage nicht mehr gerichtlich klären lassen, sondern muss sich von der Straße diktieren lassen, ob er eine Kündigung wegen schwerer Pflichtverletzung aussprechen darf oder nicht. So wenig aber der Arbeitgeber versuchen darf, Arbeitnehmer durch Zermürbungstaktik etwa zur Zurücknahme einer Entfristungsklage zu bewegen, so wenig steht es der Gewerkschaft zu, einer Entscheidung im Kündigungsschutzprozess durch Mobilisierung der Massen zuvorzukommen.

4. Gewerkschaftsinterne Streitigkeiten

Gewerkschaftsarbeit birgt schließlich koalitionsinternes Konfliktpotential, das zeigt der eingangs geschilderte Fall des LAG Baden-Württemberg. Große Gewerkschaften vereinen ein breites Spektrum von Arbeitnehmern, das in den Extremen von arbeitgeberfreundlich-kooperativ bis klassenkämpferisch-aggressiv reicht. Im Kleinen spiegelt sich

504 http://rhein-neckar.verdi.de/aktuelles_konflikte/ikea/lebewieduwillst [15. 2. 2010].

505 http://rhein-neckar.verdi.de/aktuelles_konflikte/ikea/soli_zf [15. 2. 2010]; zur reflexhaften Kritik an unbequemen Urteilen Rieble, NJW 2009, 2101.

506 Siehe Fn. 505.

507 http://rhein-neckar.verdi.de/aktuelles_konflikte/ikea/nikolausaktion [15. 2. 2010].

508 http://rhein-neckar.verdi.de/aktuelles_konflikte/ikea [15. 2. 2010].

509 http://rhein-neckar.verdi.de/aktuelles_konflikte/ikea/einigung [15. 2. 2010].

510 Siehe Fn. 505.

diese Meinungsvielfalt bei den betrieblichen Vertrauensleuten wider. Streitigkeiten unter den Vertrauensleuten etwa über die Ziele der Gewerkschaft bei der Betriebsratsarbeit wirken sich so auf das Klima im Betrieb aus.

Mit solchen Konflikten muss der Arbeitgeber leben, so wie er auch hinnehmen muss, dass die Anhänger verschiedener politischer Parteien in der Belegschaft nicht unbedingt ein harmonisches Miteinander pflegen. Hingegen muss er nicht dulden, dass diese Konflikte in den Betrieb hineingetragen oder dort ausgetragen werden. Vertrauensleute müssen ihre Streitigkeiten gewerkschaftsintern lösen und dürfen nicht die Betriebsöffentlichkeit nutzen. Zulässig ist allenfalls eine Information der Mitglieder im Rahmen der normalen koalitionspolitischen Betätigung. Keinesfalls rechtfertigt ein gewerkschaftsinterner Konflikt eine Störung des Arbeitsablaufs.

In diesem Punkt ist auch die Entscheidung des LAG Baden-Württemberg abzulehnen. Ein Streit im Vertrauensleutenkörper der IG Metall ist Gewerkschaftssache; daran ändert sich auch nichts, wenn der Arbeitgeber den Vertrauensleuten entgegenkommt, indem er ihnen Zusammenkünfte während der Arbeitszeit im Betrieb zugesteht. Wer in einem solchen Konflikt die Betriebsöffentlichkeit einbindet und auf diese Weise Unterstützung für seine Position sucht, verletzt seinen Arbeitsvertrag, wenn er den Arbeitsablauf stört.

Allerdings ist dem LAG insoweit zuzustimmen, als die innerbetriebliche »Harmonie« auf der arbeitsvertraglichen – anders als auf der betriebsverfassungsrechtlichen Ebene – nicht geschützt ist. Dass ein Arbeitnehmer Missstimmung oder Verunsicherung in der Belegschaft erzeugt, ist kein Kündigungsgrund. Druck von Gewerkschafts- oder Betriebsratsseite, etwaigen Vorwürfen mit Informationsveranstaltungen zu begegnen, muss der Arbeitgeber aushalten. Gibt er nach, kann er dadurch verursachte Betriebsstörungen nicht auf den einzelnen Arbeitnehmer zurückführen, der etwa mit einem offenen Brief Auslöser des Konflikts war.

VII. Systembildung

1. Bestandsaufnahme

Es gehört zu den Aufgaben des Arbeitsrechts, die Meinungsfreiheit auch im betrieblichen Meinungskampf zu schützen, ihr aber zugleich im Interesse aller Beteiligten Grenzen zu setzen. Im kollektiven Arbeitsrecht gibt es deshalb klare Vorgaben. Das BetrVG setzt auf stark formalisierte Konfliktlösung: Die Betriebspartner sollen ihre Streitigkeiten grundsätzlich hinter verschlossenen Türen austragen. Im Arbeitskampf hingegen sind – außerhalb der Betriebsverfassung – harte Auseinandersetzungen erlaubt. Arbeitsvertragliche Bindungen spielen hier kaum eine Rolle. Verboten ist in erster Linie das, was auch unter beliebigen Dritten nicht erlaubt wäre.

Im Arbeitsverhältnis hingegen sind die Grenzen sehr viel schwerer zu fassen. Einerseits endet die Meinungsfreiheit als individuelles Recht nicht am Betriebsstor, andererseits wird ein unbeschränkter Meinungskampf der »Geschäftsgrundlage« des Arbeitsverhältnisses, nämlich der (entgeltlichen) Mitwirkung an der Verfolgung eines Betriebszwecks, nicht gerecht. Die rechtliche Unsicherheit beeinträchtigt die Meinungsfreiheit. Arbeitnehmer werden sich Kritik gründlich überlegen, wenn sie mit einer Kündigung rechnen müssen. Der Arbeitgeber fürchtet das AGG und muss mit geschäftsschädigenden Kam-

pagnen von Gewerkschaftsseite rechnen, wenn er gegen Äußerungen vorgeht, deren Zulässigkeit umstritten ist.

Vor diesem Hintergrund dienen klare Grenzen der Meinungsfreiheit. Nur wer weiß, wie weit er gehen darf, kann sich im betrieblichen Meinungskampf beruhigt zu Wort melden. Freilich lässt sich die Unsicherheit nicht vollständig ausräumen, weil die Entscheidung immer auf einer Abwägung im Einzelfall beruht.

2. Kritik am Arbeitgeber

Den Arbeitgeber schützt das Arbeitsrecht vor allem insoweit vor Kritik, als der innerbetriebliche Meinungskampf die Arbeitsleistung nicht beeinträchtigen darf. *Äußerungen »unter vier Augen«* sind unter diesem Aspekt kaum relevant – solange das allgemeine Persönlichkeitsrecht geachtet wird, gibt es keinen Grund, die Meinungsfreiheit der Arbeitnehmer einzuschränken. Das gilt auch für den Betriebsrat.

Wird die Kritik hingegen *betriebsöffentlich* geäußert, ist mehr Zurückhaltung gefordert. Der Betriebsrat ist insoweit auf Information der Arbeitnehmer beschränkt, die lediglich sachliche Kritik am Arbeitgeber enthalten darf. Meinungsverschiedenheiten müssen die Betriebspartner intern beilegen. Der Betriebsrat soll als Repräsentant der Belegschaft⁵¹¹ mit dem Arbeitgeber verhandeln und dessen Meinungsbildung im Innenverhältnis beeinflussen. Insofern soll er lediglich das Problem beheben, dass eine Beteiligung jedes einzelnen Arbeitnehmers an der Gestaltung der Arbeitsbedingungen nicht möglich ist⁵¹². Auf die Meinungsfreiheit kann er sich daher nicht berufen. Als Akteur im betrieblichen Meinungskampf sieht ihn das BetrVG grundsätzlich nicht. Hier können sich die Arbeitnehmer selbst engagieren, einen Vertreter brauchen sie insoweit nicht.

Eine Ausnahme von der Friedenspflicht gilt in gewissem Maße für die Betriebsversammlung. Hier sind scharfe Auseinandersetzungen zwischen den Betriebspartnern möglich, solange sie nicht über die Versammlung hinaus fortgeführt werden.

Der normale Arbeitnehmer (und genauso das Betriebsratsmitglied in nicht-amtlicher Eigenschaft) darf den Arbeitgeber hingegen kritisieren, so wie dies auch außerhalb des Betriebs für Kritik an anderen Personen gilt. Weil die Meinungsfreiheit auch die Wirkung einer Äußerung schützt⁵¹³, ist eine kritische betriebsöffentliche Auseinandersetzung nicht per se ausgeschlossen. Die Grenze ist erst erreicht, wenn die Arbeitsleistung leidet, etwa weil die Kritik in der Belegschaft zu erheblicher Verunsicherung führt oder Auseinandersetzungen anheizt und dadurch ein effektives Zusammenwirken beeinträchtigt. Dass Kritik an Vorgesetzten auch die betriebliche Hierarchie in Frage stellen kann, ist unmittelbarer Ausfluss der Meinungsfreiheit und also hinzunehmen – zumal es dem Angegriffenen offensteht, öffentlich zurückzuschlagen.

Im *Arbeitskampf* sind auch offen kämpferische Auseinandersetzungen zulässig, zumal das Arbeitsverhältnis ohnehin gestört ist, so dass Rücksicht auf den gegenwärtigen Betriebsablauf nur insoweit geboten ist, als arbeitswillige Kollegen nicht an der Arbeitsleistung gehindert werden dürfen. Zulässig ist insoweit nur die argumentative Einwirkung.

511 *Fitting* (Fn. 283), § 1 Rn. 188 m. w. N.

512 Vgl. GK-BetrVG/*Thiele*, 4. Aufl. 1987, Einl. Rn. 50.

513 BVerfG 15. 1. 1958 – 1 BvR 400/51, BVerfGE 7, 198.

Kritische Äußerungen in der *außerbetrieblichen Öffentlichkeit* schließlich unterliegen besonderen Schranken, soweit die Geschäftsbeziehungen des Arbeitgebers zu Dritten beeinträchtigt werden. Eine umfassende Pflicht, auch im außerdienstlichen Bereich die Belange des Arbeitgebers zu unterstützen, besteht zwar nicht. Vertraulichkeitspflichten verbieten jedoch die Offenbarung mancher Umstände vollständig. Darüber hinaus gilt ein »Gebot der Besonnenheit«. Die Rücksicht auf den Vertragspartner verlangt zumindest, den anderen nicht leichtfertig zu schädigen, ihm also etwa die Möglichkeit zu geben, Missstände abzustellen, bevor man sich an Dritte wendet.

Dem Betriebsrat als Organ der Betriebsverfassung ist der Gang an die Öffentlichkeit grundsätzlich verwehrt. Eine Ausnahme gilt nur, wenn der Arbeitgeber betriebsverfassungsrechtliche Fragen öffentlich erörtert und dadurch von sich aus den betrieblichen Meinungskampf nach außen trägt.

3. Kritik an Arbeitnehmern

a) Äußerungen des Arbeitgebers

Für den Arbeitgeber gelten grundsätzlich keine anderen Beschränkungen als für den Arbeitnehmer. Im persönlichen Gespräch gibt es keine spezifisch-arbeitsrechtlichen Schranken der Meinungsfreiheit. Bei Beurteilungen des Arbeitnehmers besteht für den Arbeitgeber die Nebenpflicht, sich an die *Wahrheit* zu halten und objektiv-nachvollziehbare Maßstäbe anzulegen. »Verständiges Wohlwollen« ist hingegen nach richtiger Ansicht auch bei der Zeugniserteilung nicht geschuldet. Das BDSG schützt den Arbeitnehmer vor einer Aushöhlung seiner Privatsphäre.

Gegen *betriebsöffentliche Kritik* genießt der Arbeitnehmer nur insofern einen stärkeren Schutz als der Arbeitgeber, als er im Normalfall nicht so prominent in der Betriebsöffentlichkeit steht wie dieser. Wer im Betrieb nur seine Arbeit erbringt, ohne sich betriebspolitisch zu engagieren, hat ein berechtigtes Interesse daran, nicht »in die Betriebsöffentlichkeit gezerrt« zu werden. Für den Arbeitgeber, der den Betrieb kraft seiner Leitungsmacht organisiert, gilt diese Überlegung nicht im selben Maße. In der Abwägung ist das vorhergehende Verhalten des Arbeitnehmers zu berücksichtigen. Hat er selbst den Schritt in die (Betriebs-)Öffentlichkeit getan – etwa durch Kritik am Arbeitgeber – muss er sich mehr gefallen lassen, als wenn er gegen seinen Willen in eine solche Auseinandersetzung gezwungen wird.

Auch soweit Kritik am Arbeitnehmer von der Meinungsfreiheit gedeckt ist, kann sie zu einer rechtswidrigen Beeinträchtigung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts beitragen. Der systematische Einsatz an sich zulässiger Kritik ist dann als *Mobbing* verboten. Wer freilich durch scharfe Polemik oder gar Schmähkritik entsprechende Gegenschläge provoziert, muss das dann aushalten.

b) Äußerungen von Kollegen

Das Hauptproblem der Kritik an Arbeitnehmern im innerbetrieblichen Meinungskampf liegt bei Auseinandersetzungen unter Kollegen. Besondere arbeitsrechtliche Bedeutung entfalten solche Konflikte dadurch, dass sie auch die Interessen des Arbeitgebers berühren. Wer das Betriebsklima in einem Maß vergiftet, dass die Zusammenarbeit unter den Kollegen konkret beeinträchtigt wird, der verletzt auch das wirtschaftliche Interesse des Arbeitgebers an effektiver Arbeitsleistung. Kommt es zu einer *Störung des Betriebsab-*

laufs, kann der Arbeitgeber gegen den Verursacher vorgehen. Wer sich im betrieblichen Meinungskampf engagiert, muss sich dessen bewusst sein, dass dies ein gewisses Risiko bedeutet. Es ist nicht Sache des Arbeitgebers, die Meinungsfreiheit des Arbeitnehmers zu verteidigen. Allerdings ist die Ursache einer Betriebsstörung in die Abwägungsentscheidung über die Rechtswidrigkeit einer Äußerung mit einzubeziehen. Einen Streit über innerbetriebliche Umstände muss der Arbeitgeber eher hinnehmen als einen in den Betrieb hineingetragenen.

Die einzelnen Arbeitnehmer untereinander sind nicht durch rechtliche Sonderverbindungen zu besonderer Rücksicht verpflichtet. »Whistleblowing« ist hier also anders als im Verhältnis Arbeitnehmer-Arbeitgeber kein großes Problem. Wer dem Vorgesetzten Rechts- oder Vertragsverletzungen eines Kollegen meldet, handelt nicht rechtswidrig, auch wenn er dem betroffenen Mitarbeiter zuvor nicht die Möglichkeit gegeben hat, Abhilfe zu schaffen.

Anders liegt die Sache nur, sofern es um unwahre oder jedenfalls nicht erweislich wahre Tatsachenbehauptungen geht. Hier ist die Grenze zum *Mobbing* unter Kollegen fließend, und deshalb sind auch die Interessen des Arbeitgebers berührt, der nach § 241 Abs. 2 BGB und § 12 Abs. 3 AGG gesetzlich verpflichtet ist, die Persönlichkeitsrechte seiner Arbeitnehmer gegen solche Angriffe zu schützen.

4. Kritik am Betriebsrat

Nur auf der Betriebsversammlung ist eine offene Konfrontation der Betriebspartner zulässig, im Übrigen sind beide auf den Betriebsfrieden verpflichtet. Das schließt sachliche Information der Arbeitnehmer freilich ebensowenig aus wie eine kritische inhaltliche Auseinandersetzung mit den Positionen des jeweils anderen. Für beide Seiten gilt derselbe Maßstab. So wie der Betriebsrat die Standortpolitik des Arbeitgebers kritisieren darf, darf dieser die vom Betriebsrat verursachten Kosten mitteilen und ihre Höhe kritisieren. Unzulässig wird der betriebsverfassungsrechtliche Meinungskampf, sobald es nicht mehr vorrangig um Inhalte, sondern um Stimmungsmache und Druck geht.

Keine Grundlage bietet das BetrVG hingegen für eine Neutralitätspflicht des Arbeitgebers im Zuge der Betriebsratswahl. Hier gilt die Meinungsfreiheit: Der Arbeitgeber darf argumentativ versuchen, Wähler zu beeinflussen. Diese wissen das schon selbst richtig einzuordnen.

Die Arbeitnehmer wiederum müssen den Betriebsrat nicht schonen, zumal dieser auf ihre Interessen verpflichtet ist. Sind sie mit seiner Arbeit nicht einverstanden, können sie diese Unzufriedenheit auch deutlich zum Ausdruck bringen – etwa mit einer Unterschriftensammlung⁵¹⁴. Eine spezifisch arbeitsrechtliche Grenze bildet lediglich die arbeitsvertragliche Mäßigungspflicht: Störungen des Betriebsablaufs müssen im Interesse des Arbeitgebers unterbleiben.

514 So geschehen bei Ikea in Walldorf, http://einzelhandel.verdi.de/unternehmen/ikea/data/flugblatt_kuendigung.

5. Politisches Engagement

Was schließlich politische Betätigung im Betrieb angeht, so verschwimmen die Grenzen der Meinungsfreiheit. Das Gesetz bezieht lediglich insoweit eindeutig Stellung, dass jede parteipolitische Aktivität der Betriebspartner unzulässig ist.

Für den einzelnen Arbeitnehmer gilt jedenfalls dann ein Gebot besonderer Zurückhaltung, wenn er im Rahmen der Arbeitsleistung Kontakt zu Kunden hat. Er kann auch nicht etwa einen Arbeitsplatz verlangen, an dem er seine Meinung ungestört äußern kann. Einen solchen Anspruch mag man mit dem BAG für religiöse Bekundungen – etwa ein muslimisches Kopftuch – erwägen⁵¹⁵. Das Grundgesetz misst der politischen Meinung aber nicht dieselbe identitätsprägende Bedeutung bei wie dem weltanschaulichen Bekenntnis – dies zeigt sich an den unterschiedlichen Schrankenregelungen der Art. 4 und 5 GG. Für religiöse Bekundungen im Betrieb gelten also schon verfassungsrechtlich andere Maßstäbe als für politische Betätigungen.

Die Rechtsprechung muss die positive Meinungsfreiheit des Äußernden, die negative Meinungsfreiheit der Kollegen und die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit des Arbeitgebers zum Ausgleich bringen. Das führt zu einer einzelfallbezogenen Rechtsprechung, und die Abgrenzung von zulässiger Meinungsäußerung und Vertragsverletzung grenzt in der Praxis bisweilen an Willkür. So soll eine 12–15 cm große Plakette vertragswidrig sein, eine kleinere Anstecknadel hingegen hält das BAG für zulässig⁵¹⁶.

Im Ergebnis wirkt das umfassende Abwägungsgebot meinungshindernd. Der einzelne Arbeitnehmer (wie der Arbeitgeber) kann oft gar nicht wissen, wo die Grenzen der Meinungsfreiheit genau verlaufen, weil erst der Richter diese Grenzen im Nachhinein konkretisiert.

Ein wenig mehr Zurückhaltung der Gerichte wäre wünschenswert. Ein Interessenausgleich lässt sich am zuverlässigsten durch die Betroffenen bewerkstelligen, und das BetrVG stellt mit § 87 Abs. 1 Nr. 1 auch eine Möglichkeit dafür zur Verfügung. Demnach können sowohl der Betriebsrat als auch der Arbeitgeber eine *Betriebsvereinbarung* über die politische Betätigung im Betrieb erzwingen. Inwieweit politische Überzeugungen zum Ausdruck gebracht werden dürfen, ist eine Frage des »Verhaltens der Arbeitnehmer« in Bezug auf die betriebliche Ordnung. Dem lässt sich nicht entgegenhalten, dass die Zulässigkeit gesetzlich abschließend geregelt sei, wie es für das Plakettentragen bisweilen behauptet wird⁵¹⁷. Die Grenzen der politischen Tätigkeit im Betrieb sind eine Frage von Treu und Glauben; über diese Generalklausel lässt sich praktische Konkordanz der Grundrechte der Beteiligten verwirklichen. Was Treu und Glauben im Einzel-

515 BAG 10. 10. 2002 – 2 AZR 472/01, NZA 2003, 483 = SAE 2003, 331 mit Anm. *Bachmann*; bestätigt durch BVerfG (Kammer) 30. 7. 2003 – 1 BvR 792/03, NZA 2003, 959; dazu *ErfK/Dietrich/Schmidt* (Fn. 2), Art. 4 GG, Rn. 23 f. m. w. N.

516 BAG 9. 12. 1982 – 2 AZR 620/80, NJW 1984, 1142 (Anti-Strauß-Plakette) = SAE 1984, 158 mit Anm. *Roemheld*; kritisch dazu auch *K/D/Z/Däubler* (Fn. 2), Art. 5 GG, Rn. 13.

517 So aber GK-BetrVG/*Wiese* (Fn. 108), § 87 Rn. 227; ähnlich das BAG 2. 3. 1982 – 1 AZR 694/79, AP Nr. 8 zu Art. 5 Abs. 1 GG Meinungsfreiheit für das Personalvertretungsrecht; wie hier LAG Berlin 21. 12. 1987 – 5 Sa 119/87, juris; *D/K/K/Klebe* (Fn. 283), § 87 Rn. 52; v. *Hoyningen-Huene/Hofmann*, BB 1984, 1050, 1052, 1055; *Buschmann/Grimberg*, AuR 1989, 65, 77.

fall fordern, ist aber einer Konkretisierung durch die Betriebspartner zugänglich⁵¹⁸. Arbeitgeber und Betriebsrat können verbindlich regeln, in welchem Rahmen politische Betätigung im Betrieb möglich ist, müssen dabei nur ihrerseits die Meinungsfreiheit achten.

Solange es an einer solchen verbindlichen Regelung fehlt, muss es bei dem Grundsatz bleiben, dass der Betrieb kein politikfreier Raum ist⁵¹⁹. Jeder Arbeitnehmer darf seine politischen Ansichten äußern, sei es im Gespräch, sei es durch Plaketten oder Kleidung. Wer seine Arbeitspflicht nicht verletzt, Kollegen nicht von der Arbeit abhält und nicht durch aktive politische Agitation die betriebliche Zusammenarbeit stört, kann sich auf die Meinungsfreiheit berufen. Das Arbeitsrecht verpflichtet die Arbeitnehmer anders als Betriebsrat und Arbeitgeber nicht auf betriebliche Harmonie. Wer zu erkennen gibt, dass er Anhänger einer kontroversen politischen Strömung ist, setzt damit vielleicht eine Ursache für heftige Reaktionen der Kollegen, handelt aber nicht von vornherein rechtswidrig. Kurz gefasst heißt das: Auch provokante politische Äußerungen sind im Betrieb zulässig. Die Grenze wird nur überschritten, wenn ein Arbeitnehmer über das bloße Äußern hinaus auf seine Kollegen einwirkt.

6. Gleiche Meinungsfreiheit für alle

Die Arbeitsgerichte zeigen die Tendenz, die Meinungsfreiheit im Betrieb spezifisch arbeitsrechtlich auszulegen und etwa das soziale Machtgefälle zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer zu berücksichtigen. So verwehren sie dem Arbeitgeber oftmals, was dem Arbeitnehmer (zu Recht) zugestanden wird. Ein Arbeitnehmer, der den Betrieb gegenüber Vorgesetzten mit einem Konzentrationslager vergleicht, kann unter Umständen nicht einmal gekündigt werden⁵²⁰. Dem Interesse des Arbeitnehmers am Erhalt seines Arbeitsplatzes wird bei einmaligen Verfehlungen ein höherer Stellenwert beigemessen als dem Interesse des Arbeitgebers, sich gegen Beleidigungen zur Wehr zu setzen. Demgegenüber wird der Arbeitgeber bei seinen Äußerungen zu größtmöglicher Rücksicht auf die Arbeitnehmer verpflichtet. So soll er etwa in der Personalakte ein »richtiges Bild des Arbeitnehmers in dienstlichen und persönlichen Beziehungen« vermitteln⁵²¹.

Ein solches »funktionales Verständnis« der Meinungsfreiheit ist verfehlt. Art. 5 Abs. 1 GG erlaubt keine Differenzierung im Äußerungsrecht, sondern ist nur einer Abwägung zur Herstellung praktischer Konkordanz zugänglich. Warum aber die Grundrechte der Arbeitnehmer schutzwürdiger sein sollen als die des Arbeitgebers, leuchtet nicht ein. Der verfassungsrechtlichen Bedeutung der Meinungsfreiheit wird die Rechtsprechung am besten gerecht, wenn sie dem Meinungskampf im Betrieb so viel Raum wie irgend möglich lässt und nur dort eingreift, wo es unbedingt erforderlich ist – etwa bei einer Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts durch beleidigende Äußerungen oder bei

518 A.A. anscheinend BAG 2. 3. 1982 – 1 AZR 694/79, AP Nr. 8 zu Art. 5 Abs. 1 GG Meinungsfreiheit.

519 In diese Richtung auch BAG 9. 12. 1982 – 2 AZR 620/80, NJW 1984, 1142 (Anti-Strauß-Plakette).

520 LAG Hessen 3. 9. 2008 – 8 TaBV 10/08, LAGE § 103 BetrVG 2001 Nr. 7.

521 BAG 27. 11. 1985 – 5 AZR 101/84, NZA 1986, 227 = SAE 1986, 197 mit Anm. *Misera*.

einer nicht zu rechtfertigenden Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Interessen eines anderen durch offensichtlich unwahre Behauptungen.

VIII. Rechtsfolgende

1. Schutz vor unzulässigen Meinungsäußerungen

a) Abwehr durch Gegenschlag im Meinungskampf

Die schnellste und deshalb vielfach effektivste Möglichkeit des Angegriffenen ist der verbale Gegenschlag. Die Meinungsfreiheit garantiert das Recht, sich auf diese Weise zu wehren, auch wenn damit eine Herabwürdigung des Angreifers verbunden ist⁵²².

Das muss erst recht gelten, wenn der Angriff die Grenzen des Zulässigen überschreitet. Hier bietet sich eine Parallele zum »Abwehrboykott« an. Ein an sich unzulässiger Boykottaufruf kann danach als Reaktion auf rechtswidriges Verhalten gerechtfertigt sein, wenn rechtzeitige gerichtliche Hilfe nicht zu erlangen ist und Rechte Dritter nicht verletzt werden⁵²³. Entsprechend ist die Rechtswidrigkeit des Angriffs bei der Frage, ob die Meinungsfreiheit die Reaktion deckt, in der Abwägung zugunsten des Angegriffenen zu berücksichtigen.

Im Streit um die Ikea-Betriebsrätin in Walldorf etwa (oben VI.3.) hieße das: Soweit die geschäftsschädigenden Behauptungen nicht der Wahrheit entsprachen, hätte der Arbeitgeber die Arbeitnehmerin auch öffentlich als Lügnerin brandmarken dürfen – und auch darauf hinweisen dürfen, dass Umsatzeinbrüche und etwaige Arbeitsplatzverluste von ihr mitverursacht würden. Zwar können wahre Tatsachenbehauptungen unzulässig sein, wenn sie eine Prangerwirkung entfalten⁵²⁴. Wer aber selbst mit einer Äußerung die Grenzen des Meinungskampfs überschreitet, kann nicht von dem Angegriffenen verlangen, dass dessen Antwort besonnen und zurückhaltend ausfällt. Dies gilt um so mehr, als gerichtlicher Rechtsschutz die Schädigung nicht immer verhindern kann – auch dies zeigt gerade der Ikea-Fall. Auch der Porsche-Mitarbeiter aus Fn. 6 muss es als Antwort auf seine Unterstellung einer »menschenverachtenden Jagd auf Kranke« ertragen, dass Zweifel an seiner Erkrankung oder seinem Geisteszustand geäußert werden. Eleganter freilich ist es, solche Sauertöpfe mit Humor abzufertigen.

b) Unterlassungsanspruch

Verletzungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts kann der Betroffene mit einem Unterlassungsanspruch analog § 1004 BGB i. V. m. § 823 BGB begegnen⁵²⁵. Dem Arbeitgeber steht auf derselben Grundlage ein negatorischer Anspruch wegen Eingriffs in seinen

522 BGH 21. 6. 1966 – VI ZR 261/64, NJW 1966, 831 (»Höllenfener«); *Bamberger/Roth* (Fn. 189), § 12 Rn. 179; *Palandt/Sprau* (Fn. 190), § 823 Rn. 98; BVerfG 13. 5. 1980 – 1 BvR 103/77, BVerfGE 54, 129.

523 Dazu BGH 21. 11. 1958 – I ZR 115/57, GRUR 1959, 244; 8. 1. 1960 – I ZR 7/59, GRUR 1960, 331; 2. 2. 1984 – I ZR 4/82, GRUR 1984, 461; *Harte/Henning/Omsels*, UWG, 2. Aufl. 2009, § 4 Rn. 241.

524 BVerfG (Kammer) 10. 6. 2009 – 1 BvR 1107/09, NJW 2009, 3357.

525 Dazu *Palandt/Sprau* (Fn. 190), Einf. Vor § 823 Rn. 18 ff.

eingerrichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb zu. Jedenfalls in den Fällen der Kritik am Arbeitgeber wird man die Betriebsbezogenheit des Eingriffs⁵²⁶ bejahen können. Ein solcher Anspruch wird allerdings oft daran scheitern, dass der Arbeitnehmer eine Entgleisung als einmaligen Ausrutscher darstellt und eine Wiederholungsgefahr vor diesem Hintergrund nicht ohne weiteres unterstellt werden kann.

Unzulässige Äußerungen des Betriebsrats stellen den Arbeitgeber vor ein vollstreckungsrechtliches Problem. Dass der Betriebsrat nur beschränkt vermögensfähig ist⁵²⁷, hindert zwar nicht ein Unterlassungsurteil gegen ihn⁵²⁸, steht aber der Verhängung eines Ordnungsgeldes zur Durchsetzung entgegen. Dem Arbeitgeber bleibt nur der Weg, sich in amtlicher Funktion unzulässig im betrieblichen Meinungskampf engagiert haben. Dass diese nach h. M. für Handlungen des Betriebsrats nur bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit haften⁵²⁹, steht negatorischem Rechtsschutz und seiner Vollstreckung nicht entgegen.

Überschreitet wiederum der Arbeitgeber die betriebsverfassungsrechtlichen Grenzen der Meinungsfreiheit, kommt ein Unterlassungsanspruch des Betriebsrats – oder einer im Betrieb vertretenen Gewerkschaft – nach § 23 Abs. 3 BetrVG in Betracht. Für die Vollstreckung dieses Anspruchs gelten die Sonderregelungen des § 23 Abs. 3 Sätze 2 bis 5 BetrVG, insbesondere ist das Ordnungsgeld auf maximal 10.000 Euro beschränkt.

c) Beseitigungsanspruch

(1) Widerruf rechtswidriger Tatsachenbehauptungen

Wer durch unwahre Tatsachenbehauptungen geschädigt wird, kann nicht nur Unterlassung, sondern auch Beseitigung verlangen, wenn die Beeinträchtigung noch fort dauert. Beseitigung meint hier den Widerruf der Äußerung. Hauptanwendungsfall in der Rechtsprechung sind Beeinträchtigungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts⁵³⁰, daneben kommt auch das Recht des Arbeitgebers am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb in Betracht⁵³¹.

Die Form des Widerrufs muss der Form der ursprünglichen Äußerung entsprechen, also geeignet sein, dasselbe Maß an Aufmerksamkeit zu wecken⁵³².

Weil der Widerruf an eine gegenwärtige Beeinträchtigung anknüpft, setzt er keine Wiederholungsgefahr voraus. Probleme können sich für den Anspruchsteller jedoch daraus ergeben, dass er die – anspruchsbegründende – Unwahrheit der behaupteten Tatsache

526 Dazu Staudinger/Hager, 1999, § 823 Rn. D 12 ff.

527 BAG 29. 9. 2004 – 1 ABR 30/03, NZA 2005, 123; *Fitting* (Fn. 283), § 1 Rn. 194 ff.

528 Vgl. *Triebel*, Die Haftung des Betriebsrats und der Durchgriff auf seine Mitglieder, 2003, S. 56 f.

529 *Belling*, Die Haftung des Betriebsrats und seiner Mitglieder für Pflichtverletzungen, 1990, S. 244 ff.; *Fitting* (Fn. 283), § 1 Rn. 216; *Triebel* (Fn. 528), S. 180 ff.

530 So etwa BGH 15. 11. 1994 – VI ZR 56/94, NJW 1995, 861 (*Caroline von Monaco*); 22. 12. 1959 – VI ZR 175/88, BGHZ 31, 308.

531 BGH 28. 6. 1994 – VI ZR 252/93, NJW 1994, 2614 für kreditgefährdende Äußerungen.

532 Grundlegend BGH 15. 11. 1994 – VI ZR 56/94, NJW 1995, 861 (*Caroline von Monaco*).

beweisen muss⁵³³. Mit der Wertung des § 186 StGB, der dem Äußernden das Beweisrisiko für die Wahrheit der Tatsache auferlegt, ist das freilich nur schwer zu vereinbaren⁵³⁴. Das BAG hat dementsprechend einen Widerrufsanspruch gegen einen Arbeitgeber bejaht, der die Kündigung eines Arbeitnehmers wegen eines Diebstahls betriebsöffentlich bekanntgemacht hatte, den Vorwurf aber letztendlich nicht beweisen konnte⁵³⁵.

Erneut stellt sich bei Ansprüchen gegen den Betriebsrat ein vollstreckungsrechtliches Problem. Der Arbeitgeber tut daher gut daran, den Beseitigungsanspruch nicht nur gegen das Gremium, sondern auch gegen das Mitglied geltend zu machen, das die beanstandete Äußerung getätigt hat.

(2) Presserechtlicher Gegendarstellungsanspruch

Werden in der Presse (sei es eine Werkszeitung, sei es ein Parteiblatt oder auch eine allgemeine Zeitung) Tatsachenbehauptungen aufgestellt, so hat der Betroffene nach den Landespressegesetzen einen Anspruch auf Gegendarstellung⁵³⁶. Dieser dient dem Schutz der Selbstbestimmung des Einzelnen über die Darstellung der eigenen Person als Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts⁵³⁷.

(3) Beseitigung von Äußerungen im Internet

Nicht immer wird der Beseitigungsanspruch dem Geschädigten helfen. Das gilt schon deshalb, weil seine Durchsetzung notwendigerweise erneut Aufmerksamkeit auch für die unwahre Behauptung erregt⁵³⁸. Zum anderen aber liegt es nicht immer in der Macht des Verantwortlichen, alle Folgen zu beseitigen. Vor allem im Internet ist die Verbreitung einmal eingestellter Äußerungen nicht kontrollierbar. Dass die Behauptung von der ursprünglichen Seite entfernt wird, heißt daher nicht, dass sie aus dem Netz verschwindet. Die Rechtsprechung hilft den Betroffenen insoweit, als diese nicht nur gegen den Urheber der Äußerung vorgehen können, sondern auch gegen den Plattformbetreiber⁵³⁹. Für den betrieblichen Meinungskampf heißt das: Die Gewerkschaft haftet als Störerin für rechtswidrige Äußerungen in Foren auf ihrer Internetseite, der Arbeitgeber für unwahre Behauptungen in »seinem« Intranet.

d) Schadensersatz

Wer vertragliche Nebenpflichten verletzt, hat nach § 280 Abs. 1 BGB den entstehenden Schaden zu ersetzen, sofern er die Pflichtverletzung zu vertreten hat. Verstößt der Arbeitnehmer also gegen seine arbeitsvertragliche Mäßigungspflicht oder stellt der Arbeitgeber ein unrichtiges (schlechtes) Arbeitszeugnis aus, begründet das grundsätzlich einen Schadensersatzanspruch. Ein solcher Anspruch wird allerdings bei unzulässigen Mei-

533 BGH 5. 6. 1962 – VI ZR 236/61, BGHZ 37, 187.

534 Kritisch auch MüKoBGB/Rixecker, 5. Aufl. 2006, Allg. PersönlR Rn. 214 f.

535 BAG 21. 2. 1979 – 5 AZR 568/77, DB 1979, 1513 = SAE 1981, 69 mit Anm. Körnig.

536 Dazu Struwe, Werkszeitungen zwischen Arbeits- und Presserecht, 2003, S. 103 ff.

537 BVerfG 8. 2. 1983 – 1 BvL 20/81, BVerfGE 63, 131.

538 So auch MüKoBGB/Rixecker (Fn. 534), Allg. PersönlR Rn. 206.

539 BGH 27. 3. 2007 – VI ZR 101/06, NJW 2007, 2558.

nungsäußerungen in der Praxis oftmals daran scheitern, dass der Schadensnachweis nicht gelingt.

Dabei ist das Schadensrisiko, etwa bei Verstößen gegen Vertraulichkeitspflichten, erheblich. Verletzt ein Betriebsratsmitglied seine gesetzliche Schweigepflicht, so tritt neben den vertraglichen ein deliktischer Anspruch des Arbeitgebers; § 79 BetrVG ist ein Schutzgesetz i. S. d. § 823 Abs. 2 BGB⁵⁴⁰. Das Beweisproblem besteht allerdings auch hier.

Deliktische Schadensersatzansprüche wegen Eingriffs in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb⁵⁴¹ schließlich stehen dem Arbeitgeber auch gegen eine Gewerkschaft zu, die sich in unzulässiger Weise in den betrieblichen Meinungskampf einschaltet.

e) Abmahnung und Kündigung

Stellt die unzulässige Meinungsäußerung eines Arbeitnehmers eine Vertragsverletzung dar, kann der Arbeitgeber grundsätzlich eine verhaltensbedingte Kündigung aussprechen. Trägt die Äußerung ihre Unzulässigkeit nicht gerade »auf der Stirn«, wird regelmäßig eine vorherige Abmahnung erforderlich sein. Die Grenzen der Meinungsfreiheit ergeben sich immer aus einer Abwägung, deren Ergebnis – zumal für den juristischen Laien – nicht immer zuverlässig festzustellen ist.

Bei Funktionsträgern der Betriebsverfassung schließt § 15 Abs. 1 Satz 1 KSchG die ordentliche Kündigung aus, um zu verhindern, dass der Arbeitgeber durch Kündigungsdrohungen mittelbar Einfluss auf die Amtsführung des Betriebsrats nimmt. Im betrieblichen Meinungskampf führt das zu einer Zweiklassengesellschaft im Betrieb. Während dem normalen Arbeitnehmer die verhaltensbedingte Kündigung droht, wenn er die Interessen des Arbeitgebers verletzt, können Funktionsträger folgenlos »über die Stränge schlagen« – und das nicht nur im Rahmen der Amtsführung. Nur in Extremfällen, etwa bei groben Beleidigungen gegen den Arbeitgeber oder gegen Kollegen, droht eine außerordentliche Kündigung⁵⁴².

f) Vertragsstrafen

Vor allem im Profifußball ist es üblich, die Spieler vertraglich im Hinblick auf kritische Äußerungen zu besonderer Zurückhaltung zu verpflichten und diese Verpflichtung durch Vertragsstrafen zu sichern⁵⁴³. So sieht der Mustervertrag der Deutschen Fußball Liga (DFL) die Verpflichtung vor, sich in der Öffentlichkeit und privat so zu verhalten, dass das Ansehen des Clubs, der Verbände und des Fußballsports allgemein nicht beeinträchtigt wird⁵⁴⁴.

In den Medien werden solche »Maulkörbe« kritisch gesehen⁵⁴⁵. Allerdings haben die Vereine ein berechtigtes Interesse daran, zumindest die allgemeinen Grenzen der Mei-

540 Richardi/*Thüsing* (Fn. 274), § 79 Rn. 38 m. w. N.

541 Dazu etwa LG Berlin 4. 11. 2008 – 27 O 643/08, juris für ehrverletzende Behauptungen.

542 ErfK/*Müller-Glöge* (Fn. 23), § 626 BGB, Rn. 86 m. w. N.

543 Beispiele bei *Walker*, Die Vertragsstrafe im Arbeitsvertrag des Sportlers am Beispiel des Lizenzfußballspielers, in: FS Röhrich, 2005, S. 1277, 1279 f.

544 *Reinfeld*, in: Moll, Münchner Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, 2009, § 31 Rn. 8.

545 SZ 10. 11. 2009, www.sueddeutsche.de/,tt8m1/sport/566/493908/text [15. 2. 2010].

nungsfreiheit im Arbeitsverhältnis durch Vertragsstrafen zu sichern, weil die »normalen« arbeitsrechtlichen Sanktionen im Profisport zumeist nicht greifen⁵⁴⁶. Dabei ist die Vertragsstrafe nur verwirkt, wenn eine wirksame und durchsetzbare Pflicht verletzt wurde⁵⁴⁷. Im Rahmen dieser Prüfung ist die Meinungsfreiheit zu beachten. Eine so allgemein formulierte Klausel wie die der DFL ist vor dem Hintergrund des § 242 BGB so auszulegen, dass sie keine Äußerungen verbietet, die von Art. 5 Abs. 1 GG gedeckt sind⁵⁴⁸. In Formulararbeitsverträgen muss die Vertragsstrafenabrede obendrein den Maßstäben des AGB-Rechts genügen⁵⁴⁹.

g) Amtsenthebung, § 23 Abs. 1 BetrVG

Dass die Betriebsräte spezifisch betriebsverfassungsrechtliche Schranken der Meinungsfreiheit zu beachten haben, wirkt sich demgegenüber nicht auf vertragsrechtlicher Ebene aus⁵⁵⁰. Das Gesetz trägt den Interessen des Arbeitgebers nur dadurch Rechnung, dass er bei groben Verstößen den Ausschluss eines Mitglieds bzw. die Auflösung des gesamten Betriebsrats nach § 23 Abs. 1 Satz 1 BetrVG erreichen kann.

h) Hausverbot für Querulanten

Vertragsrechtliche Befugnisse helfen auch nicht weiter, wenn zwischen den Beteiligten gar kein Vertragsverhältnis besteht. Das gilt vor allem für die Beziehung zwischen Arbeitgeber und externen Gewerkschaftsvertretern. Hier kann der Arbeitgeber ein Hausverbot aussprechen; die Rechtsprechung hat dafür allerdings hohe Hürden aufgestellt (oben VI.1.b][4][c]).

Gegenüber Betriebsratsmitgliedern scheidet Hausverbote mit Blick auf das strafbewehrte Behinderungsverbot aus §§ 119 Abs. 1 Nr. 2, 78 Satz 1 BetrVG grundsätzlich aus. Dass der Betriebsrat oder ein Mitglied sich zuvor selbst rechtswidrig verhalten haben, kann die Behinderung nicht rechtfertigen. Für Notwehr i. S. d. § 32 StGB fehlt es an der Gegenwärtigkeit des Angriffs – das bloße Fortwirken einer vorhergehenden Rechtsverletzung genügt nicht⁵⁵¹. Ein rechtfertigender Notstand (§ 34 StGB) scheidet aus, weil die Beeinträchtigung auf anderem Wege – über gerichtlichen, auch vorläufigen Rechtsschutz – abgewendet werden kann. Unzumutbar (§ 275 Abs. 3 BGB) wird der Zutritt erst, wenn das Betriebsratsmitglied tätlich geworden ist oder seine etwa rassistischen Äußerungen vollkommen unerträglich sind.

Hausverbote gegenüber Arbeitnehmern führen grundsätzlich zum Annahmeverzug des Arbeitgebers⁵⁵². Ein Widerrufsanspruch etwa lässt sich auf diese Weise nicht durch-

546 Walker (Fn. 543), S. 1282.

547 Ausführlich Staudinger/Rieble, 2009, § 339 Rn. 230 ff.

548 Ähnlich Walker (Fn. 543), S. 1285 f.

549 Dazu Thüsing/Bodenstedt, AuR 2004, 369, 372 ff.

550 GK-BetrVG/Oetker (Fn. 108), § 23 Rn. 20 m. w. N.

551 MüKoStGB/Erb, 2003, § 32 Rn. 97.

552 BAG 11. 11. 1976 – 2 AZR 457/75, DB 1977, 1190 = SAE 1978, 96 mit Anm. Grassmann; 7. 12. 2005 – 5 AZR 19/05, NZA 2006, 435.

setzen. Allenfalls in Extremfällen hilft § 275 Abs. 3 BGB. Die Unmöglichkeit (bzw. Unzumutbarkeit) der Mitwirkungshandlung des Gläubigers hindert den Annahmeverzug⁵⁵³. Bei betriebsstörenden Arbeitnehmern ist es – wie bei störenden Gewerkschaftsvertretern – dem Arbeitgeber nicht zuzumuten, ihnen Zugang zum Betrieb zu gewähren. Freilich ist die Hürde für die Unzumutbarkeit nach § 275 Abs. 3 BGB so hoch, dass in einem solchen Fall auch eine außerordentliche Kündigung begründet wäre.

i) Strafrechtliche Folgen

Strafrechtlich entfalten vor allem die §§ 185 ff. StGB Schutz gegen unzulässige Meinungsäußerungen. Darüber hinaus sichert § 119 BetrVG Wahl und Tätigkeit der betriebsverfassungsrechtlichen Organe. § 120 BetrVG flankiert die Schweigepflicht des Betriebsrats.

2. Schutz der zulässigen Meinungsäußerung vor Repression

Gesichert wird die Meinungsfreiheit im Betrieb vor allem dadurch, dass zulässige Äußerungen keine Sanktionen begründen. Das Beurteilungsrisiko trägt dabei der Äußernde.

Nur ausnahmsweise kann die Meinungsfreiheit positiv durchgesetzt werden. So gewährt § 23 Abs. 3 BetrVG dem Betriebsrat die Möglichkeit, sich gegen Angriffe des Arbeitgebers zu wehren, etwa wenn dieser zulässige Aushänge der Belegschaftsvertretung abnehmen lässt.

Im Arbeitsverhältnis bleibt dem Arbeitnehmer zum Schutz seiner Meinungsfreiheit nur die Feststellungsklage, wenn der Arbeitgeber ihm etwa das Tragen einer Plakette im Betrieb verbietet. Die Frage, ob er gegenüber seinem Vertragspartner zu einem bestimmten Verhalten berechtigt ist, bezieht sich auf ein konkretes Rechtsverhältnis. Das Feststellungsinteresse ergibt sich aus der drohenden Kündigung bei einem Verstoß gegen den Arbeitsvertrag.

IX. Fazit

Eine Zusammenfassung dieses Parforce-Ritts durch die betrieblichen Meinungskonflikte kann nicht geleistet werden. Überwunden sind jedenfalls überkommene Vorstellungen, nach denen im Betrieb Ruhe und Ordnung herrschen müssten. Kommunikative Freiheit sorgt für belebende Unruhe.

Die eigentliche Schwierigkeit besteht darin, dass die Meinungsfreiheit im Betrieb durch Rücksichtnahmepflichten begrenzt wird – die arbeitsrechtstypische Interessenabwägung sorgt für freiheitsfeindliche Rechtsunsicherheit.

Dabei ist eine merkwürdige Schräglage zu vermerken: Überzogene Agitation auf Arbeitnehmerseite wird eher verständnisvoll hingenommen – vom Arbeitgeber hingegen wird funktionale Sachlichkeit verlangt – ja gegenüber dem Betriebsrat sogar Kritiklosigkeit. Indes: Die arbeitsrechtsspezifische Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers ist auf seinen Vertragsstatus bezogen. Die Meinungsfreiheit ist Ausdruck personaler Freiheit;

553 Palandt/*Grüneberg*, 69. Aufl. 2010, § 293 Rn. 5.

irgendeinen Ansatz für gestufte Freiheitsrechte – hier der kommunikationsstarke schwache Arbeitnehmer im Meinungsabwehrkampf, dort der wegen seiner Vertragsmacht schon überlegene Arbeitgeber, dessen Freiheit es zu zähmen gilt – sind mit der Verfassung nicht vereinbar. Meinungsfreiheit genießt der Arbeitgeber ebenso wie der Arbeitnehmer. Der Arbeitgeber oder sein Vertreter ist kein Bürger zweiter Klasse; solches Rechtsdenken verstößt gegen Art. 5 Abs. 2 GG, weil solch parteiische Meinungsbeschränkung nicht mehr »allgemein« ist. Lediglich bei der Zumutbarkeit von Kritik kann eine herausgehobene Stellung im Betrieb berücksichtigt werden.

Ein überaus problematisches Freiheitsverständnis herrscht in der Betriebsverfassung. Hier soll der Betriebsrat als Staatsintervention Kommunikationsfreiheit genießen – obwohl er nur solche Kompetenzen hat, die ihm das BetrVG zuweist – und auch nur insofern begrenzte Äußerungsrechte genießt. Auf der anderen Seite wird Betriebsratskritik des Arbeitgebers vorschnell als Betriebsratsbehinderung verstanden. Dabei muss der Betriebsrat Kritik aushalten – wie jede andere Institution auch. Mit diesem freiheitsfeindlichen Verständnis werden entgegen Art. 5 Abs. 2 GG Meinungstendenzen geahndet, nämlich die der Mitbestimmungskritik. Nur die richtige Meinung darf dann noch geäußert werden – diejenige des Betriebsrats. Wie freiheitsfeindlich das Arbeitsrecht denkt, hat die Werkszeitungsentscheidung des BVerfG belegt.

Richtig ist nur, dass das Kooperationsprinzip der Betriebsverfassung keine Schmähungen und andere ehrverletzenden Angriffe verträgt. Ein solches Mäßigungsgebot, das allerdings sachlich zugespitzte Kritik durchaus (beiden Seiten) erlaubt, erfasst dann allerdings auch Gewerkschaftsvertreter, die betriebsverfassungsrechtliche Aufgaben im Betrieb wahrnehmen.

Konflikte über die Angemessenheit einer Meinungsäußerung sind – so weit das möglich ist – im Meinungskampf auszutragen; Rede und Gegenrede führen zur Meinungsbildung. Das müssen sich insbesondere Arbeitgeber sagen lassen, die auf Unbotmäßigkeiten und politische Unkorrektheit mit der verhaltensbedingten Kündigung reagieren.

Nur der Eskalation ist zu begegnen – also der übermäßigen Belastung des Kritikopfers, vor allem im Persönlichkeitsrecht. Ist aber diese Zumutbarkeitsgrenze überschritten, dann muss auch die Kündigung möglich sein, auch von Betriebsratsmitgliedern, die vorzüglich mit betriebsschädigenden Unwahrheiten arbeiten oder den Arbeitgeber in seinem wirtschaftlichen Verhalten mit Konzentrationslagern oder Schlachtbänken vergleichen. Hier erliegt das BAG mitunter einem skurrilen Mitgefühl für Straftäter.

Große Freiheitsräume, aber strikte Ahndung der erheblichen Grenzverletzungen schaffen den für eine offene und faire Meinungsauseinandersetzung erforderlichen Rechtsrahmen.

