

NZA-RR

NZA-Rechtsprechungs-Report

Arbeitsrecht

Aufsätze, Rechtsprechungsberichte und neue Entscheidungen aus den Bereichen: Arbeitsvertragsrecht, Kündigungsrecht, Betriebsverfassungsrecht, Tarifvertragsrecht, Sonstiges Arbeitsrecht, Betriebliche Altersversorgung, Verfahrensrecht, Arbeitsförderung, Öffentlicher Dienst, Personalvertretung

Seiten 393–448
17. Jahrgang
7. August 2012

Schriftleitung: Beethovenstraße 7 b, 60325 Frankfurt a. M.

Heft 8

Aufsatz und Bericht

Rechtsanwalt Dr. Andreas Schönhöft und Rechtsreferendarin Anika Klafki, LL B (Bucerius Law School)*

Mitgliederwerbung von nicht tariffähigen Arbeitnehmervereinigungen im Betrieb

Die Aufgabe des Grundsatzes der Tarifeinheit in der höchstgerichtlichen Rechtsprechung führt zu zahlreichen Koalitionsneugründungen. Bevor solche neu gegründeten Koalitionen die soziale Mächtigkeit einer Gewerkschaft aufweisen, sind sie als nicht tariffähige Arbeitnehmervereinigungen zunächst auf Mitgliederzuwachs angewiesen. Der nachfolgende Beitrag befasst sich vor diesem Hintergrund mit der Frage, welche Werberechte nicht tariffähigen Arbeitnehmervereinigungen im Betrieb zukommen und welche Reaktionsmöglichkeiten der Arbeitgeber hat.

I. Einleitung

Seit Beginn des Jahrtausends mehren sich die Gründungen von neuen Gewerkschaften, die oftmals nur eine kleine Gruppe von Funktionseleiten vertreten und daher zumindest bei ihren ersten Tarifabschlüssen hohe Lohnsprünge von bis zu 20% verzeichnen konnten¹. Auf Grund der Aufgabe des Grundsatzes der Tarifeinheit durch das BAG² wird mit Recht befürchtet, dass sich die Zahl der Gewerkschaften und Arbeitskämpfe rapide erhöhen wird und der Trend zu kleinen durchschlagsfähigeren Gewerkschaften nicht aufzuhalten ist³. So gründeten sich allein in den letzten drei Jahren mit dem Anspruch als Gewerkschaft zu agieren beispielsweise die Contterm als Fachgewerkschaft deutscher Seehäfen, die Neue Assekuranz Gewerkschaft zur Vertretung von Beschäftigten des privaten Versicherungsgewerbes, die Feuerwehrgewerkschaft IdFw sowie die TGI als Technik Gewerkschaft für den Bereich Luftfahrt. Vor dem Hintergrund dieser aufblühenden Gewerkschaftspluralität soll im Folgenden der Frage nachgegangen werden, welche Rechte zur Mitgliederwerbung Arbeitnehmervereinigungen im Betrieb haben, die auf dem Weg zu einer möglichen Tariffähigkeit zunächst notwendigerweise die Stufe der nicht tariffähigen Arbeitnehmervereinigungen durchlaufen.

II. Werberechte aus Art. 9 III GG der nicht tariffähigen Arbeitnehmervereinigungen im Betrieb

1. Arbeitnehmervereinigung in Abgrenzung zum Gewerkschaftsbegriff

Für die Frage, welche Rechte nicht tariffähige Arbeitnehmervereinigungen haben, sind zunächst die Begriffe Koalition, Gewerkschaft sowie nicht tariffähige Arbeitnehmervereinigung voneinander abzugrenzen. Der Koalitionsbegriff des Art. 9 III GG ist der Oberbegriff für Gewerkschaften und nicht tariffähige Arbeitnehmervereinigungen. Er ist demnach weiter als der Gewerkschaftsbegriff aus TVG, BetrVG und ArbGG⁴. Eine Koalition i. S. des Art. 9 III GG setzt voraus, dass die Voraussetzungen einer Vereinigung gem. Art. 9 I GG vorliegen, also zunächst eine freie, privatrechtliche Bildung. Überwiegend wird eine Mitgliederzahl von zwei Personen für ausreichend gehalten, andere verlangen zumindest drei Personen für das Vorliegen einer Vereinigung, teilweise werden mindestens sieben Mitglieder verlangt⁵. Unabhängig davon, welcher Meinung man hier folgt, stellt die nach jeweiligem

* Der Autor Schönhöft ist Fachanwalt für Arbeitsrecht und Steuerrecht bei *avocado Rechtsanwälte*, Hamburg. Die Autorin Klafki ist Rechtsreferendarin bei dem Hanseatischen Oberlandesgericht, Hamburg.

1 Tarifabschluss von Cockpit im Jahre 2001 mit 20%-iger Gehaltsverbesserung für Piloten, Tarifvertrag der GdL mit einer zweistufigen Lohnsteigerung von 11% für Lokführer, Tarifvertrag des Marburger Bundes im Jahre 2006 mit einer Lohnsteigerung für Ärzte um 10 bis 13%; RWI, Empirische Analyse der Auswirkungen der Tarifpluralität, 02/2011, S. 26 f., abrufbar unter: http://www.rwi-essen.de/media/content/pages/publikationen/rwi-projektberichte/PB_Tarifpluralitaet.pdf

2 BAG, NZA 2010, 778; BAG, NZA 2010, 1068.

3 S. ausführlich zu verschiedenen Gewerkschaftsneugründungen: Meyer, DB 2001, 1920.

4 HWK/Hergenroder, ArbeitsR, 4. Aufl. (2010), Art. 9 GG Rdnrn. 48, 62, vgl. auch Jarass, in: ders./Pieroth, GG, 11. Aufl. (2011), Art. 9 Rdnr. 35.

5 S. zum Meinungsstand: Scholz, in: Maurz/Diiring, GG, 63. Erg.-Lfg. (2011), Art. 9 Rdnr. 59.

Meinungsstand geforderte Mitgliederanzahl in der Regel keine Hürde dar. Ferner muss die Vereinigung gegnerfrei organisiert, von der Gegenseite unabhängig sein, über eine organisierte Willensbildung verfügen, die Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen bezwecken und die Durchsetzungsfähigkeit gegenüber dem sozialen Gegenspieler zumindest anstreben⁶. Die Tariffähigkeit – welche etwa die Durchsetzungskraft gegenüber dem sozialen Gegenspieler⁷ mit Bereitschaft zum Arbeitskampf⁸ sowie die organisatorische Leistungsfähigkeit⁹ erfordert – ist dagegen gerade keine Voraussetzung des Koalitionsbegriffs i. S. des Art. 9 III GG¹⁰. Die Tariffähigkeit ist hingegen das zentrale Unterscheidungskriterium zwischen einer Gewerkschaft und einer sonstigen Arbeitnehmervereinigung¹¹. Sowohl nicht tariffähige Arbeitnehmervereinigungen als auch Gewerkschaften fallen somit unter den Koalitionsbegriff des Art. 9 III GG, so dass sich auch die nicht tariffähigen Arbeitnehmervereinigungen auf die daraus resultierenden Rechte berufen können. Lediglich die einfachgesetzlichen Normen, welche Gewerkschaften spezielle Rechte gewähren, wie etwa das TVG, sind nicht ohne Weiteres auf nicht tariffähige Arbeitnehmervereinigungen anwendbar.

2. Recht zur Mitgliederwerbung einer Arbeitnehmervereinigung

Art. 9 III GG schützt alle Koalitionen in ihrem Bestand, ihrer organisatorischen Ausgestaltung und ihren Betätigungen, sofern diese der Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen dienen¹². Zu den geschützten Tätigkeiten, die dem Erhalt und der Sicherung einer Koalition dienen, zählt die Mitgliederwerbung¹³. Dabei ist die Mitgliederwerbung nach der Klarstellungsentscheidung des *BVerfG* in Abkehr von der früheren Kernbereichslehre nicht nur insoweit geschützt, als sie zur Erhaltung und Sicherung des Bestands der Koalition unerlässlich ist, sondern der Grundrechtsschutz erstreckt sich vielmehr auf alle Verhaltensweisen, die koalitionspezifisch sind¹⁴. Da auch nicht tariffähige Arbeitnehmervereinigungen als Koalitionen in den Schutzbereich des Art. 9 III GG einbezogen sind, steht das Recht auf Mitgliederwerbung aus Art. 9 III GG nach der BAG-Rechtsprechung ausdrücklich auch nicht tariffähigen Arbeitnehmervereinigungen zu¹⁵. Dies entspricht auch dem Schutzzweck der Koalitionsfreiheit, denn gerade für im Aufbau befindliche Koalitionen ist das aus Art. 9 III GG fließende Recht auf Mitgliederwerbung existenznotwendig¹⁶. Ohne Mitgliederwerbung wäre es einer neu gegründeten Arbeitnehmervereinigung kaum möglich, je die notwendige Durchsetzungskraft zu erreichen, die für die Tariffähigkeit erforderlich ist¹⁷. Hinzu kommt, dass die aus Art. 9 III GG fließende Rechtsposition des Rechts der Mitgliederwerbung im Gegensatz zum Recht, Tarifverträge abzuschließen, keinen Bezug zum Kriterium der Tariffähigkeit aufweist¹⁸. Das verfassungsmäßige Recht auf Mitgliederwerbung besteht aber nicht unbeschränkt, sondern kann auf Grund kollidierender Grundrechte des Betriebsinhabers Einschränkungen erfahren¹⁹.

a) *Werberecht von Arbeitnehmervereinigungen im Betrieb*.
Raumlich setzt effektive Werbung Aufmerksamkeit und Aufgeschlossenheit der umworbenen Arbeitnehmer voraus, die vor allem im Betrieb gegeben ist²⁰. Die Koalitionen haben daher das Recht, im Betrieb durch betriebsangehörige Mitglieder außerhalb der Arbeitszeit und während der Pausen aktiv um Mitglieder zu werben²¹. Der Arbeitgeber kann gegen die Werbung auf dem Betriebsgelände insbesondere nicht einwenden, die Koalition habe die Möglichkeit, außerhalb des Betriebs an den Zu- bzw. Abgängen Informationsstände aufzubauen. Art. 9 III GG überlässt es der Koalition grund-

sätzlich selbst, über den Ort und die konkrete Durchführung ihrer Werbung um weitere Mitglieder zu entscheiden²². Auf dem Betriebsgelände kollidiert das Recht aus Art. 9 III GG aber regelmäßig mit dem durch Art. 13, Art. 14 I GG geschützten Haus- und Eigentumsrecht des Betriebsinhabers und seiner aus Art. 12 I GG folgenden wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit²³. Es ist daher im jeweiligen Einzelfall zu prüfen, ob die konkrete Werbemaßnahme die gegenläufigen grundrechtlich geschützten Interessen des Arbeitgebers hinreichend berücksichtigt und damit dem Gebot praktischer Konkordanz genügt²⁴. Bei der erforderlichen Abwägung sind die betrieblichen Belange des Arbeitgebers zu berücksichtigen, zu denen das Interesse an einem störungsfreien Betriebsablauf und der Wahrung des Betriebsfriedens gehört. Auch können Geheimhaltungs-, Haftungs- und Sicherheitsinteressen des Arbeitgebers von Bedeutung sein²⁵.

b) *Zeitliche Grenzen des Werberechts von Arbeitnehmervereinigungen*.
Zeitlich ist es den Mitgliedern der Koalition stets möglich, außerhalb der Arbeitszeit der Mitglieder und der beworbenen Arbeitnehmer zu werben²⁶. Fraglich ist aber, inwieweit Arbeitnehmer auch während der Arbeitszeit beworben werden dürfen und ob Koalitionsmitglieder befugt sind, selbst während der Arbeitszeit ihr koalitionspezifisches Werberecht auszuüben. Zu unterscheiden ist hier das Recht auf aktive Werbung in der Arbeitszeit des Werbenden selbst und das Recht eines Koalitionsmitglieds, die Beworbenen während ihrer Arbeitszeit anzusprechen. Soweit Mitglieder der Koalition selbst Mitarbeiter des beworbenen Betriebs sind, kann sowohl eine vertragliche Hauptpflichtverletzung als auch eine Nebenpflichtverletzung durch das Bewerben von anderen Mitarbeitern in deren Arbeitszeit im Raum stehen²⁷. Gleiches gilt für den beworbenen Arbeitnehmer. Auch er hat grundsätzlich zunächst seine Arbeitspflicht zu erfüllen und nicht während der Arbeitszeit privaten Interessen nach-

- 6 HWK/Hergenroder (o. Fußn. 4), Art. 9 GG Rdnrn. 31 ff.; Jarass, in: *ders./Pieroth* (o. Fußn. 4), Art. 9 Rdnrn. 33 – 35; *Kannengießer*, in: *Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hoplauf*, GG, 12. Aufl. (2011), Art. 9 Rdnr. 22, ob darüber hinaus auch Dauerhaftigkeit der Vereinigung, Überbetriebllichkeit oder sonstige umstündliche Erfordernisse bestehen, soll hier nicht näher untersucht werden.
- 7 BAG, NZA 2006, 1112 (1115); *Hummerich/Holthausen*, NZA 2006, 1070.
- 8 *BVerfG*, NJW 1964, 1267.
- 9 BAG, NZA 2005, 697 (702 f.).
- 10 *BVerfG*, NJW 1966, 491; *BVerwG*, NJW 1980, 1763 (1764); HWK/Hergenroder (o. Fußn. 4), Art. 9 GG Rdnr. 48; *Kannengießer*, in: *Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hoplauf* (o. Fußn. 6), Art. 9 GG Rdnr. 22.
- 11 BAG, AP GG Art. 9 Nr. 24 = NJW 1977, 1551 I; BAG, NJW 2007, 1018 (1019); *BVerwG*, NZA 2006, 1371.
- 12 *BVerfG*, NZA 1996, 381; *BVerfG*, NZA 2004, 1338 (1339); BAG, NJW 2007, 1018 (1021).
- 13 *BVerfG*, NJW 1970, 1635; *BVerfG*, NZA 1996, 381 (382); BAG, NZA 2007, 518 = NJW 2007, 1018 (1022); BAG, NZA 2006, 798 (800).
- 14 *BVerfG*, NZA 1996, 381; BAG, NZA 2006, 798 (800); sehr viel enger dagegen früher: *BVerfG*, NJW 1970, 1635.
- 15 BAG, NJW 2007, 1018 (1022).
- 16 HWK/Hergenroder (o. Fußn. 4), Art. 9 GG Rdnr. 64; *ders.*, AR-Blätter ES, Tarifvertrag II a, 1550 2.1 Nrn. 13, 18.
- 17 *Lowisch/Kaiser*, BetrVG, 6. Aufl. (2010), § 2 Rdnr. 26.
- 18 HWK/Hergenroder (o. Fußn. 4), Art. 9 GG Rdnr. 64; *Buchner*, in: 25 Jahre BAG, 1979, 56 (70).
- 19 BAG, NZA 2006, 798 (800); Jarass, in: *ders./Pieroth* (o. Fußn. 4), Art. 9 Rdnr. 50.
- 20 BAG, NZA 2010, 1365 (1367).
- 21 S. statt vieler: *Fitting*, BetrVG, 26. Aufl. (2012), § 2 Rdnr. 85 m. w. Nachw.
- 22 BAG, NZA 2010, 1365.
- 23 BAG, NZA 2010, 1365; BAG, NZA 2006, 798.
- 24 BAG, NZA 2010, 1365.
- 25 LAG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 3. 8. 2011 – 4 Sa 839/11, BeckRS 2011, 77412.
- 26 DKKW/Berg, BetrVG, 13. Aufl. (2012), § 2 Rdnr. 120.
- 27 Brock, Gewerkschaftliche Betätigung im Betrieb nach Aufgabe der Kernbereichslehre, 2002, S. 183, 189.

zugehen. Die frühere Rechtsprechung²⁸ entschied mit Verweis auf die Kernbereichslehre diese Fälle noch sehr restriktiv und ließ Werbe- und Informationstätigkeiten innerhalb der Arbeitszeit nur dann unter den Schutzbereich des Art. 9 III GG fallen, wenn sie unerlässlich für die Erhaltung und den Bestand einer Koalition sei. Auf das Vorliegen von Betriebsablaufstörungen kam es nicht an. Mit der so genannten Klarstellungsentscheidung des BVerfG²⁹ änderte sich die Rechtsprechung. Hiernach ist der Schutzbereich des Art. 9 III GG nicht von vornherein auf einen Kernbereich des Unerlässlichen beschränkt, vielmehr erstreckt sich der Grundrechtsschutz auf alle koalitionspezifischen Verhaltensweisen³⁰. Folglich ist grundsätzlich auch Mitgliederwerbung, die über das Unerlässliche hinausgeht, in den Schutzbereich des Art. 9 III GG einbezogen. Erst in einem zweiten Schritt ist nach dem BVerfG zu prüfen, ob das Recht zur Mitgliederwerbung während der Arbeitszeit wegen des Entgegenstehens kollidierender Verfassungsgüter eingeschränkt ist³¹.

In Abkehr von der früheren Kernbereichslehre hat der Arbeitgeber nach dem BVerfG damit grundsätzlich alle Werbemaßnahmen zu dulden, die keine nennenswerten Betriebsablaufstörungen oder wirtschaftlichen Belastungen für den Arbeitgeber hervorrufen³². Bislang hochstrichterlich ungeklärt ist, was das neue Verständnis des Schutzbereichs von Art. 9 III GG für Werbemaßnahmen während der Arbeitszeit des Werbenden oder der Beworbenen bedeutet³³. Ein Teil der Literatur geht davon aus, dass koalitionsmäßige Werbung während der Arbeitszeit generell zulässig sei, wenn die Werbung im Rahmen gängiger privater Kontakte und Unterhaltungen zwischen Kollegen an ihrem Arbeitsplatz erfolge und dadurch nicht der reibungslose Arbeitsablauf beeinträchtigt oder der Betriebsfrieden gestört werde³⁴. Überzeugender scheint jedoch, im Zweifel davon auszugehen, dass sowohl aktive Mitgliederwerbung während der Arbeitszeit als auch die Bewerbung von Arbeitnehmern in deren Arbeitszeit im Betrieb in der Regel immer zu einer vom Arbeitgeber nicht hinnehmbaren Betriebsablaufstörung bzw. wirtschaftlichen Belastung führt³⁵. Hierfür spricht, dass das Recht auf Mitgliederwerbung umso weniger Gewicht bei der Herstellung praktischer Konkordanz hat, je weniger es für den Bestand der Koalition unerlässlich bzw. erforderlich ist³⁶. Dem Werberecht der Koalition aus Art. 9 III GG steht das Recht des Arbeitgebers auf wirtschaftliche Betätigung aus Art. 2 I entgegen³⁷, welches zu Zeiten, in denen der Arbeitgeber Gehaltszahlungen schuldet, in besonderer Weise betroffen ist. Wegen des verfassungsrechtlichen Neutralitätsgebots des Staates und dem daraus resultierenden Verbot der Indienstnahme des sozialen Gegenspielers darf die Ausübung des Rechts auf Mitgliederwerbung keine Einschränkungen der Hauptleistungspflichten der Arbeitnehmer aus dem Arbeitsverhältnis verursachen³⁸. Insofern besteht jedenfalls bei aktiver Mitgliederwerbung während der Arbeitszeit eine nicht hinnehmbare Verletzung der Hauptleistungspflichten, die den Arbeitgeber in seinem Grundrecht aus Art. 14 GG stark beeinträchtigt³⁹. Die Koalition hingegen wird durch ein Verbot der aktiven Werbung in der Arbeitszeit nicht übermäßig in ihrem Grundrecht aus Art. 9 III GG betroffen, da sie ohne Weiteres Werbemaßnahmen in arbeitsfreien Zeiten durchführen kann. Dies gilt umso mehr in Betrieben, in denen flexible Arbeitszeitmodelle bestehen. Hier steht es demwerbenden Mitglied frei, die Werbemaßnahme außerhalb der Arbeitszeit durchzuführen bzw. die Arbeitsphase für die Werbemaßnahme zu unterbrechen⁴⁰. Darüber hinaus besteht auf Grund des vom BAG anerkannten Zugangsrechts betriebsfremder Koalitionsmitglieder die Möglichkeit, die Werbung von betriebsexternen Mitgliedern durchzulassen, so dass die Koalition nicht auf die Werbung

von betriebsinternen Arbeitnehmern während der Arbeitszeit angewiesen ist⁴¹.

Gleiches gilt für die Arbeitszeit der beworbenen Arbeitnehmer. Auch hier läuft das Bewerben der Arbeitnehmer während ihrer Arbeitszeit, für die der Arbeitgeber den Arbeitslohn schuldet, auf eine unzulässige Indienstnahme des Arbeitgebers durch die Arbeitnehmerkoalition hinaus. Auch der Maßstab der Sozialüblichkeit der Ablenkung vermag kein anderes Ergebnis zu rechtfertigen⁴². Zum einen handelt es sich bei dem Kriterium der Sozialüblichkeit nicht um ein taugliches rechtliches Abwägungskriterium, da auch „sozialübliche“ Arbeitsvertragsverletzungen keine rechtmäßige, sondern allenfalls eine geduldete Verhaltensweise darstellen⁴³. Ferner ist nicht davon auszugehen, dass die Mitarbeiter Arbeitszeit, die sie normalerweise für private Gespräche aufbringen, durch Gespräche über gewerkschaftliche Tätigkeiten ersetzen werden. Vielmehr treten durch solche Werbegespräche noch zusätzliche Arbeitsausfallzeiten zu den „sozialüblichen“ hinzu. Etwas anderes kann nur dann gelten, wenn die Koalition substantiiert darlegt, weshalb in einem bestimmten Betrieb die Bewerbung auch arbeitspflichtiger Arbeitnehmer in besonderem Maße erforderlich ist und Betriebsablaufstörungen nicht zu befürchten sind. Insofern ist von einer tatsächlichen Vermutung⁴⁴ für die Beeinträchtigung der Arbeitsleistung auszugehen, die nur durch eine konkrete Darlegung der Beeinträchtigungsfreiheit der Werbung widerlegt werden kann. Die Aufforderung des Werbenden gegenüber den arbeitspflichtigen Mitarbeitern sich anstatt mit der vertraglich geschuldeten Arbeit mit der Koalitionswerbung auseinanderzusetzen, indiziert bereits eine Gefährdung des Arbeitsablaufs⁴⁵.

c) *Inhaltliche Grenzen der Mitgliederwerbung von Arbeitnehmervereinigungen.* Da das Recht zur Mitgliederwerbung aus Art. 9 III GG abgeleitet wird, muss der Inhalt der Mitgliederwerbung koalitionspezifisch sein⁴⁶. Er muss sich folglich im Rahmen der Wahrung und Förderung von Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen i. S. des Art. 9 III GG halten⁴⁷, wobei die Koalition aber auch satzungsmäßige Vorzüge für Mitglieder herausstellen darf, die keinen unmittelbaren Tarifbezug auf-

28 BVerfG, NJW 1982, 2890 (2891); BAG, NZA 1992, 690 (691)

29 BVerfG, NZA 1996, 381

30 BVerfG, NZA 1996, 381 (382)

31 BVerfG, NZA 1996, 381 (383)

32 ErtK/Dieterich, 12. Aufl. (2012), Art. 9 GG Rdnr. 41

33 Alle dazu ergangenen BAG-Entscheidungen liegen vor der „Klarstellungsentscheidung“ des BVerfG und stützen sich auf die Kernbereichslehre.

34 DKKW/Berg (o. Fußn. 26), § 2 Rdnr. 122; Besgen, in: BeckOK ArbR, Stand: 12/2011, § 2 BetrVG Rdnr. 41; Fitting (o. Fußn. 21), § 2 Rdnr. 85; noch weitergehend: Daubler, Gewerkschaftsrechte im Betrieb, 11. Aufl. (2010), Rdnrn. 387 a ff.

35 Lounsch/Kaiser, BetrVG, 6. Aufl. (2010), § 2 Rdnr. 30; Richardt, BetrVG, 13. Aufl. (2012), § 2 Rdnr. 156; Franzen, GK-BetrVG, Bd. 1, 9. Aufl. (2010), § 2 Rdnr. 89.

36 Brock (o. Fußn. 27), S. 143; Scholz, in: Maunz/Düring (o. Fußn. 5), Art. 9 Rdnr. 251; vgl. auch Franzen, GK-BetrVG (o. Fußn. 35), § 2 Rdnr. 88; LAG Berlin-Brandenburg, BeckRS 2011, 77412.

37 BVerfG, NZA 1996, 381 (383)

38 MünchArbR/Lounsch/Rieble, 3. Aufl. (2009), § 157 Rdnr. 82

39 Brock (o. Fußn. 27), S. 184

40 Brock (o. Fußn. 27), S. 185

41 S. dazu unten unter 3 a)

42 Teilweise werden Werbemaßnahmen, welche über „sozialübliche“ Gespräche nicht hinausgehen für zulässig gehalten: DKKW/Berg (o. Fußn. 26), § 2 Rdnr. 122.

43 Richardt (o. Fußn. 35), § 2 Rdnr. 148

44 S. zu den Auswirkungen einer tatsächlichen Vermutung auf die Beweislastverteilung: Germelmann, ArbGG, 7. Aufl. (2009), § 58 Rdnr. 87.

45 Brock (o. Fußn. 27), S. 187

46 BAG; Urt. v. 30. 8. 1983 – 1 AZR 121/81, AP GG Art. 9 Nr. 38; Scholz, in: Maunz/Düring (o. Fußn. 5), Art. 9 Rdnr. 251.

47 Scholz, in: Maunz/Düring (o. Fußn. 5), Art. 9 Rdnr. 251

weisen⁴⁸. Partei- oder allgemein-politische Inhalte, die keinen unmittelbaren koalitionspezifischen Zusammenhang aufweisen, fallen hingegen nicht in den Schutzbereich des Art. 9 III GG⁴⁹. Auch muss auf eventuellen Koalitionspluralismus Rücksicht genommen werden, so dass gegen andere Koalitionen nicht in grob unwahrer oder hetzerischer Weise vorgegangen werden darf. Dies ergibt sich nicht nur aus deren kollidierenden Rechten aus Art. 9 III GG, sondern auch aus dem verfassungsmaßig geschützten Interesse des Arbeitgebers an einem reibungslosen Arbeitsablauf und der Wahrung des Betriebsfriedens⁵⁰.

Eine weitere Grenze findet die Mitgliederwerbung, in der negativen Koalitionsfreiheit der einzelnen Arbeitnehmer⁵¹. So dürfen Arbeitnehmer nicht übermäßig belastigt werden – insbesondere dann nicht, wenn sie ihr Desinteresse deutlich zu erkennen geben. Auch Drohungen – etwa gegenüber Nicht- oder Andersorganisierten – sind nicht mehr vom Werberecht der Koalitionen umfasst⁵². Der Arbeitgeber darf durch die Werbung nicht unsachlich angegriffen werden, da dessen Persönlichkeitsrecht aus Art. 1 I GG und Art. 2 I GG durch die Werbung nicht verletzt werden darf⁵³. Allgemeine Strafgesetze bilden in jeden Fall eine inhaltliche Grenze der Werbemaßnahmen⁵⁴. Dabei ist zu beachten, dass das allgemeine Persönlichkeitsrecht nicht nur natürlichen Personen zusteht. Auch Kapital- und Personengesellschaften des Handelsgesetzbuches genießen jedenfalls zivilrechtlichen Persönlichkeits- und Ehrschutz, wenn und soweit ihr sozialer Geltungsanspruch in ihrem Aufgabenbereich betroffen wird⁵⁵.

3. Werberechte von nicht tarifffähigen Arbeitnehmervereinigungen im Einzelnen

a) *Zutrittsrecht betriebsfremder Beauftragter zum Zwecke der Mitgliederwerbung.* Unstreitig können Arbeitnehmervereinigungen durch koalitionszugehörige Mitarbeiter des Betriebs Mitgliederwerbung betreiben. Sind diese Mitglieder jedoch nicht zur Übernahme dieser Aufgabe bereit oder hat die Arbeitnehmervereinigung noch gar keine betriebsangehörigen Mitglieder, stellt sich die Frage des Zutrittsrechts nicht betriebsangehöriger Beauftragter. Ein Recht auf Zugang zum Betrieb zum Zwecke der Werbung ergibt sich nicht schon aus der einfachgesetzlichen Regelung des § 2 II BetrVG, welche Gewerkschaften ein Zugangsrecht zur Wahrnehmung ihrer betriebsverfassungsrechtlichen Aufgaben gewährt. Das BAG geht von einer einheitlichen Verwendung des Begriffs „Gewerkschaft“ in den verschiedenen Arbeitsgesetzen aus, so dass der Begriff stets die Tarifffähigkeit der betreffenden Arbeitnehmervereinigung, die aus einfachgesetzlichen Normen Rechte herleiten will, erfordert⁵⁶. Ein betriebliches Zugangsrecht betriebsfremder Koalitionsmitglieder zum Zwecke der Mitgliederwerbung unterfällt aber dem Schutzbereich des Art. 9 III GG. Schon zur Zeit der Kernbereichslehre deutete sich in der Rechtsprechung⁵⁷ an, ein Zutrittsrecht betriebsfremder Koalitionsmitglieder aus Art. 9 III GG zu bejahen, sofern die Koalition keine betriebsinternen Mitglieder hat. Unter Verweis auf den Schutzbereich des Art. 9 III GG und auf die Aufgabe der Kernbereichslehre hält das BAG⁵⁸ diese Einschränkung nicht mehr aufrecht und überlässt jedenfalls Gewerkschaften grundsätzlich selbst die Wahl, wer im Betrieb des Arbeitgebers werben soll.

Zweifelhaft ist, ob die Rechtsprechung des BAG zur Ausgestaltung des Art. 9 III GG in Bezug auf das Zutrittsrecht von Gewerkschaften ohne Weiteres auf nicht tarifffähige Arbeitnehmervereinigungen übertragen werden kann. Das BAG begründet seine Rechtsfortbildung, welche Grundlage des Zutrittsrechts betriebsfremder Gewerkschaftsbeauftragter

zum Zwecke der Mitgliederwerbung ist, nämlich unter anderem damit, dass sich Arbeitgeber und Gewerkschaften bereits auf Grund der Regelungen des BetrVG und des TVG ohnehin in gegenseitigen Rechtsbeziehungen befanden⁵⁹. Unabhängig davon, für wie überzeugend man diese Argumentation halten mag⁶⁰, fehlt es bei nicht tarifffähigen Koalitionen bereits an einer solchen gesetzlichen Ausgestaltung der Rechtsbeziehungen. Auf Grund der weiten Auslegung des Art. 9 III GG nach der Klarstellungsentscheidung des BVerfG ist aber nicht zu erwarten, dass die Rechtsprechung ein Zutrittsrecht nicht tarifffähiger Koalitionen anders beurteilen wird als bei den Gewerkschaften⁶¹.

Allerdings muss der Arbeitgeber hier nicht jeglichen Zugang von Betriebsfremden zu Werbezwecken dulden, sondern kann im Einzelfall das Zugangsrecht mit Hinweis auf seine verfassungsrechtlich relevanten Interessen ablehnen⁶². Als kollidierende, abwägungsrelevante Rechtspositionen des Arbeitgebers kommen insbesondere das Hausrecht aus Art. 13 GG, sein Eigentumsrecht aus Art. 14 I GG sowie sein Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb in Gestalt eines störungsfreien Betriebsablaufs aus Art. 12 GG in Betracht⁶³. Auch hier können Geheimhaltungs-, Haftungs- und Sicherheitsinteressen dem Besuch betriebsfremder Koalitionsmitglieder entgegenstehen⁶⁴. Im Hinblick auf die Häufigkeit des Zutrittsrechts sieht das BAG⁶⁵ unter Abwägung der beiderseitigen Interessen mit Blick auf die Wertung der §§ 43 IV, 46 BetrVG die einmal im Kalenderhalbjahr in den Pausenzeiten stattfindende Werbung von betriebsfremden Mitgliedern einer zuständigen Gewerkschaft als zulässig an. Bei häufigeren Werbemaßnahmen ist hingegen ein besonderes Interesse durch die Gewerkschaft darzulegen⁶⁶. Orientiert man sich an der Wertung der §§ 43 IV, 46 BetrVG lasst sich diese Rechtsprechung jedoch nicht ohne Weiteres auf alle zuständigen nicht tarifffähigen Arbeitnehmervertretungen übertragen. Würde man diesen nämlich zusätzlich zu den bestehenden Gewerkschaften ein halbjähriges Zutrittsrecht gewähren, entstünde daraus bei einem Betrieb mit vielen Arbeitnehmervereinigungen eine weitaus größere Beeinträch-

48 BAG, AP GG Art. 9 Nr. 38.

49 BAG, NJW 1967, 843 (845); Scholz, in: *Maunz/Düring* (o. Fußn. 5), Art. 9 Rdnr. 251.

50 BAG, NJW 1967, 843 (845).

51 BAG, NJW 1967, 843 (845).

52 *Daubler*, *Gewerkschaftsrechte im Betrieb*, 11. Aufl. (2010), Rdnrn. 529 ff.

53 BAG, NJW 1967, 843 (846).

54 BAG, NJW 1967, 843; *Daubler* (o. Fußn. 52), Rdnrn. 344 ff.

55 BAG, NZA 2009, 615 (617).

56 BAG, NJW 2007, 1018 (1020); BAG, NJW 1956, 1332; BAG, Beschl. v. 15. 3. 1977 – 1 ABR 16/75, AP GG Art. 9 Nr. 24; HWK/Hergemoder (o. Fußn. 4), Art. 9 GG Rdnr. 62.

57 BVerfG, NJW 1981, 1829 (1830); BAG, Urt. v. 19. 1. 1982 – 1 AZR 13/81, AP GG Art. 140 Nr. 10; LAG *Niedersachsen*, NZA-RR 2009, 209.

58 BAG, NZA 2006, 798 (801); BAG, NZA 2010, 1365 (1367) m. w. Nachw.; LAG *Niedersachsen*, NZA-RR 2009, 209; *Besgen*, in: BeckOK ArbR (o. Fußn. 34), § 2 BetrVG Rdnr. 27. Dies soll nach *Richardi* (o. Fußn. 35), § 2 Rdnr. 153, nicht gelten, wenn die Gewerkschaft noch gar nicht im Betrieb vertreten ist.

59 BAG, NZA 2006, 798 (802).

60 Kritisch zu dem weiten Umfang gesetzvertretender Rechtsfortbildung des BAG: *Arnold/Wiese*, NZA 2009, 716 (718); *Richardi*, Anm. zu BAG, NZA 2006, 798.

61 So setzt auch *Ulrici* ein Zutrittsrecht von nicht tarifffähigen Arbeitnehmerkoalitionen voraus: *Ulrici*, Anm. zu BAG, NZA 2010, 1365 = jurisPR-ArbR 51/2010 Anm. 4.

62 So auch BAG, NZA 2006, 798 (800).

63 BVerfG, NJW 1981, 1829 (1830); BAG, NZA 2006, 798 (800); BAG, NZA 2010, 1365 (1367).

64 LAG *Berlin-Brandenburg*, Urt. v. 3. 8. 2011 – 4 Sa 839/11, BeckRS 2011, 77412.

65 BAG, NZA 2010, 1365 (1368).

66 BAG, NZA 2010, 1365 (1368).

tigung des Arbeitgebers, als bei Betriebsversammlungen nach §§ 43 IV, 46 BetrVG⁶⁷. Danach wird stets nur eine Betriebsversammlung im Halbjahr für erforderlich gehalten, so dass die Beeinträchtigung für den Betriebsablauf überschaubar bleibt⁶⁸. Hat jedoch jede Koalition, die sich für den Betrieb für zuständig hält, ein eigenes halbjähriges Zutrittsrecht, so wäre die Beeinträchtigung des Betriebsablaufs erheblich höher. Dem Arbeitgeber muss daher ein Mittel zur Bündelung der geltend gemachten Zutrittsrechte zugestanden werden⁶⁹. Hierbei sind Ausmaß und Intensität des beanspruchten Zugangsrechts zu beachten, welche sich aus Häufigkeit, zeitlichem Umfang, Zeitpunkt der Besuche sowie der Anzahl der Arbeitnehmervereinigung und Gewerkschaften im Verhältnis zur Belegschaftsgröße ergeben⁷⁰. Nicht tariffähigen Arbeitnehmerkoalitionen stehen im Gegensatz zu Gewerkschaften aber keine Teilhaberrechte aus dem Betriebsverfassungsrecht zu, so dass nach § 46 I BetrVG kein Anspruch auf Teilnahme an einer Betriebsversammlung besteht⁷¹.

b) *Plakatwerbung und Verteilung von Werbematerial im Betrieb.* Plakatwerbung und das Verteilen von Werbematerial im Betrieb gehört klassischer Weise zur zulässigen koalitionsmäßigen Betätigung gem. Art. 9 III GG. Dies war schon zu Zeiten der Kernbereichsrechtsprechung vom BAG anerkannt⁷² und gilt auch heute⁷³. Räumlich hat der Arbeitgeber einen Plakataustausch und die Verteilung von Werbematerialien an den Orten zu dulden, an denen er im Betrieb für gewohnt Mitteilungen oder Aushänge vornimmt. Deshalb darf eine Arbeitnehmervereinigung in vertretbarem Umfang das allgemeine „Schwarze Brett“ für ihre Plakatwerbung nutzen⁷⁴. Insoweit tritt das Eigentumsrecht des Arbeitgebers aus Art. 14 GG gegenüber dem Werbebrecht der Koalition schon wegen seiner Sozialbindung zurück⁷⁵. Die Werbung durch die Koalition muss so effektiv sein können, dass die Koalition im Betrieb wahrgenommen wird. Das heißt, es müssen auch ausreichende Werbemöglichkeiten an geeigneten Orten vorhanden sein⁷⁶. Gleichzeitig muss jedoch auch das Eigentumsrecht des Arbeitgebers aus Art. 14 I GG gewahrt bleiben. So können die Koalitionen nicht verlangen, den Betrieb optisch zu dominieren⁷⁷ oder Plakate an nicht dafür vorgesehenen Orten, wie z. B. Hauswänden oder Fensterscheiben, aufzuhängen⁷⁸.

Insbesondere bei mehreren Koalitionen im Betrieb wird man darüber hinaus Einschränkungen der Werbeflächen zu Gunsten der Mitgliederwerbung anderer im Betrieb vertretener Koalitionen hinzunehmen haben. Nicht jeder Koalition steht damit ein Recht auf eigene Anschlagbretter zu, aber ein angemessener Bereich auf einer bestehenden Anschlagtafel⁷⁹. Schließlich darf die Plakatierung nicht das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb in Gestalt eines störungsfreien Betriebsablaufs aus Art. 12 GG verletzen⁸⁰. Innerhalb dieses Rahmens darf der Betriebsinhaber die Koalition auf vorhandene Aushangflächen⁸¹ verweisen und eine unkoordinierte Verteilung von so genannten „Aufstellern“ an jeder Ecke des Betriebs oder das wilde Plakatieren⁸² verbieten. Das Recht der Koalitionen, Werbeteile, Informationsstände oder Ähnliches aufzustellen, findet dort seine Grenze, wo der Betriebsablauf, der Betriebsfrieden oder die Sicherheit – etwa durch die Behinderung von Zu- und Abgang zum Betrieb – gestört werden⁸³. Um im Einzelfall die Beeinträchtigung der konkreten Belange des Arbeitgebers überprüfen zu können, wird man beim Plakatieren außerhalb der betriebsüblichen Flächen einen Erlaubnisvorbehalt des Arbeitgebers verlangen dürfen. Dies gilt insbesondere in Betrieben mit vielen Koalitionen, da der Arbeitgeber der erhöhten Gefahr von Spannungen zwischen den Mitgliedern der

verschiedenen Koalitionen und der Chancengleichheit der konkurrierenden Koalitionen begegnen muss⁸⁴. Daraus folgend steht dem Arbeitgeber bei rechtswidrigem Plakatieren und Verteilen von Werbemitteln gem. § 1004 BGB das Recht auf Beseitigung und Unterlassung zu oder er kann seinen Beseitigungsanspruch nach § 862 BGB durchsetzen. In diesem Fall hat der Arbeitgeber gem. § 859 I BGB auch das Recht zur Besitzwehr, d. h. er kann die Störung selbst beseitigen⁸⁵.

c) *Werbung mit im Eigentum des Arbeitgebers stehenden Betriebsmitteln.* Notwendige Folge des Werberechts von nicht tariffähigen Koalitionen ist, dass Flächen und Räume im Betrieb des Arbeitgebers für Werbemaßnahmen genutzt werden. Koalitionen haben aber grundsätzlich keinen Anspruch auf Bereitstellung von Räumen durch den Arbeitgeber. Der Zuspruch eines solchen Rechts würde auf die unzulässige Verpflichtung der Unterstützung des sozialen Gegenspielers führen und den Arbeitgeber in seinem Recht aus Art. 12 GG und Art. 14 GG verletzen. Auch ist die Bereitstellung von Räumen durch den Arbeitgeber bei ausreichenden betrieblichen Ausweichflächen, Fluren und sonstigen nicht unmittelbar für die Arbeit genutzten Flächen nicht erforderlich⁸⁶. Soweit Ausweichflächen vorhanden sind, ist ein Überwiegen der Arbeitgeberinteressen daher regelmäßig an Orten anzunehmen, die zur Interaktion mit dem Kunden genutzt werden⁸⁷ oder bei denen die Gefahr der Betriebsablaufstörungen besteht. Letzteres ist insbesondere bei Kantinen- und Pausenräumen nicht auszuschließen, auch wenn diese im Grundsatz zu Werbezwecken geeignet sind. Arbeitnehmer sind hier den Werbemaßnahmen zwangsweise ohne Ausweichmöglichkeit ausgesetzt und werden damit in ihrer negativen Koalitionsfreiheit tangiert. Insbesondere bei Koalitionspluralismus im Betrieb besteht die Gefahr, dass bei unkoordinierter Werbung verschiedener Koalitionen im selben Bereich Spannungen und übermäßige Belastungen Nicht- und Andersorganisierter entstehen⁸⁸.

- 67 *Ulrica*, Anm. zu BAG, NZA 2010, 1365 = jurisPR-ArbR 51/2010 Anm. 4; generell ablehnend *Richardi* (o. Fußn. 35), § 2 Rdnrn. 151 ff.
- 68 Vgl. *Ulrica*, Anm. zu BAG, NZA 2010, 1365 = jurisPR-ArbR 51/2010 Anm. 4.
- 69 BAG, NZA 2006, 798 (802), dafür auch *Scholz*, in: *Mauz/Düring* (o. Fußn. 34), Art. 9 Rdnr. 251; *Franzen*, GK-BetrVG (o. Fußn. 35), § 2 Rdnr. 96.
- 70 BAG, NZA 2006, 798 (802).
- 71 BAG, NJW 2007, 1018 (1020); LAG Düsseldorf, Beschl. v. 2. 3. 2006 – 6 Ta 89/06, BeckRS 2006, 42307; LAG Düsseldorf, Beschl. v. 11. 1. 2011 – 17 TaBV 160/09, BeckRS 2011, 68243.
- 72 BAG, NJW 1979, 1844 = AP GG Art. 9 Nr. 26; BAG, Urt. v. 30. 8. 1983 – 1 AZR 121/81, AP GG Art. 9 Nr. 38; LAG Hessen, BB 1973, 1394; *Richardi* (o. Fußn. 35), § 2 Rdnrn. 158, 167; zur Gewerkschaftszeitung: LAG Köln, NZA-RR 1999, 655.
- 73 *Brock* (o. Fußn. 27), S. 168.
- 74 *Fitting* (o. Fußn. 21), § 2 Rdnr. 85; *Richardi* (o. Fußn. 35), § 2 Rdnr. 159.
- 75 BAG, NJW 1967, 843 (845).
- 76 *Daubler* (o. Fußn. 52), Rdnr. 368.
- 77 *Brock* (o. Fußn. 27), S. 170.
- 78 LAG Hessen, BB 1973, 1394; a. A. *Daubler* (o. Fußn. 52), Rdnr. 365.
- 79 *Dütz*, Die gewerkschaftliche Befugnis zur Benutzung von betrieblichen Anschlagbrettern, 1987, S. 56.
- 80 BAG, AP GG Art. 9 Nr. 30 = NJW 1979, 1847 L.
- 81 *Brock* (o. Fußn. 27), S. 169.
- 82 *Fitting* (o. Fußn. 21), § 2 Rdnr. 85; *Richardi* (o. Fußn. 35), § 2 Rdnr. 160.
- 83 *Brock* (o. Fußn. 27), S. 175 f.; *Dütz* (o. Fußn. 79), S. 48.
- 84 Vgl. LAG Hamm, BB 1978, 556.
- 85 *Richardi* (o. Fußn. 35), § 2 Rdnr. 160; *Dütz* (o. Fußn. 79), S. 64 f.
- 86 *Brock* (o. Fußn. 27), S. 209 f.
- 87 *Brock* (o. Fußn. 27), S. 155; LAG Berlin-Brandenburg, BeckRS 2011, 77412.
- 88 Vgl. *Brock* (o. Fußn. 27), S. 155.

Auch Werbemaßnahmen unmittelbar am Arbeitsplatz des Arbeitnehmers, die während der Arbeitszeit fortwirken, wie etwa Flugblätter auf Tischen in Konferenzräumen oder Ähnliches, führen zu einer Beeinträchtigung der Arbeitsleistung und bereits aus Arbeitsschutzgründen abzulehnenden Beeinträchtigung der Arbeitnehmer. Die beworbenen Arbeitnehmer können mangels Ausweichmöglichkeiten die Beeinträchtigung der Arbeitsleistung nicht verhindern. Mit Rücksicht auf den Arbeitsablauf kann der Arbeitgeber die Werbemaßnahmen daher auf weniger beeinträchtigende Orte beschränken, soweit nach wie vor eine effektive Werbemöglichkeit sichergestellt ist. So kann etwa die Werbung direkt in den Büroräumen der Arbeitnehmer oder Produktionshallen untersagt werden⁸⁹ und der Koalition bestimmte Räumlichkeiten zu Werbezwecken zugewiesen werden. Zur Prüfung der geeigneten Ortlichkeit für die geplanten Werbemaßnahmen ist der Arbeitgeber daher rechtzeitig zu informieren⁹⁰. Über die Inanspruchnahme betrieblicher Flächen und Bekanntmachungstafeln hinaus sind Koalitionen grundsätzlich nicht berechtigt, das Eigentum des Arbeitgebers – wie etwa Maschinen, firmeneigene Kraftfahrzeuge oder vom Arbeitgeber zur Verfügung gestellte Arbeitskleidung – als Mittel zur Werbung zu nutzen⁹¹. Hier beansprucht das Eigentumsrecht des Arbeitgebers gem. Art. 14 I GG jedenfalls solange Vorrang vor den Koalitionsrechten aus Art. 9 III GG, wie die Koalitionen gleich-effektive Werbemaßnahmen ohne Beanspruchung des fremden Eigentums treffen können⁹².

d) *Nutzung elektronischer Medien im Betrieb.* Ebenso wie hinsichtlich der Nutzung von Bekanntmachungstafeln wird überwiegend vertreten, dass den für den Betrieb zuständigen Koalitionen das Recht auf Mitgliederwerbung im unternehmenseigenen Intranet eingeräumt werden muss⁹³. Dies soll zumindestens dann gelten, wenn im Betrieb vornehmlich auf elektronischem Weg kommuniziert wird und eine körperliche Ansprache auf Grund der regelmäßigen Abwesenheit der Arbeitnehmer faktisch nicht mehr möglich ist. Für das Nutzungsrecht der Arbeitnehmervereinigungen spricht, dass das Werberecht im virtuellen Raum nicht anders behandelt werden kann als auf dem realen Betriebsgelände. Das Eigentumsrecht des Arbeitgebers aus Art. 14 GG wird man zudem durch die Gewährung einer eigenen Seite im Intranet nur leicht beeinträchtigt sehen⁹⁴. Allerdings ist nicht von der Hand zu weisen, dass die Nutzung des Intranets auf Grund der unmittelbaren Zugriffsmöglichkeit vom Arbeitsplatz eher in der Arbeitszeit erfolgen kann, als bei herkömmlicher Plakatwerbung⁹⁵. Auch die größere Effizienz oder angeblich notwendige zwingende Nutzung von modernen Kommunikationsmitteln durch Arbeitnehmervereinigungen⁹⁶ kann für sich einen Eingriff in fremde Rechte nicht rechtfertigen⁹⁷. Wie bei der Plakatwerbung muss in jedem Fall gelten, dass die Koalition nicht verlangen kann, das Intranet durch ihre Inhalte zu dominieren oder erhebliche Kapazitäten zu beanspruchen. Fraglich ist auch, ob ein Intranetauftritt im Arbeitgebernetz im Rahmen der Koalitionsfreiheit zwingend erforderlich und dem Arbeitgeber zumutbar ist⁹⁸. Eine eigene Internetseite der Arbeitnehmervereinigung außerhalb des Intranets genügt mit Sicherheit auch, um sich modern und aufgeschlossen zu zeigen. Dies gilt umso mehr, da mittlerweile die Mehrheit der Bevölkerung Zugang zum Internet hat. Auch ist die gezielte Ansprache von Mitarbeitern eines bestimmten Unternehmens im Internet möglich⁹⁹. Zu bedenken ist ebenfalls, dass eine angeblich für die Koalitionen unerlässliche Indienstnahme des Arbeitgeberigentums bereits an deren Gegenunabhängigkeit und damit ihrer Koalitionseigenschaft Zweifel aufwirft¹⁰⁰. Vielmehr wäre es ebenso effektiv, eine Seite im

Intranet des Arbeitgebers zu haben, die auf die Internetseiten der im Betrieb tätigen Koalitionen verweist bzw. mit diesen „verlinkt“ ist. Die finanziellen Belastungen¹⁰¹ des Arbeitgebers, die gerade bei einer größeren Anzahl von Koalitionen entstehen, können hierdurch verringert werden, ohne die Koalitionen in ihrer Werbefreiheit einzuschränken. Hierfür spricht auch, dass es grundsätzlich nicht Sache des Arbeitgebers ist, die Information und Solidarität der Koalitionsmitglieder zu gewährleisten¹⁰².

Aber selbst wenn man Koalitionen eine Internetseite zugestehen mochte, besteht ein direktes Zugriffsrecht der Koalition auf das Intranet nicht. Dies gilt bei betriebsfremden Koalitionsmitgliedern schon auf Grund des Geheimhaltungs- und Schutzinteresses des Arbeitgebers hinsichtlich der firmeninternen Inhalte. Aber auch bei betriebsinternen Arbeitnehmervereinigungen kann der Betriebsinhaber auf die üblichen betrieblichen Veröffentlichungswege und Prozesse – etwa durch die hauseigene IT-Abteilung – verweisen. Eine Vorzensur der Inhalte durch den Betriebsinhaber wird man aber mit Blick auf die Koalitionsrechte und Meinungsfreiheit ablehnen müssen¹⁰³.

Zweifelhaft ist die Zulässigkeit der direkten Ansprache von Arbeitnehmern durch Arbeitnehmervereinigungen über die dienstliche E-Mail-Adresse. Das BAG bejaht die Nutzung der dienstlichen E-Mail-Adresse durch Gewerkschaften, da die Grundrechte des Arbeitgebers aus Art. 12, 14 I und 2 I GG auch insoweit nur im geringen Maße beeinträchtigt seien¹⁰⁴. Die damit verbundene Beeinträchtigung der Arbeitszeit bei dem Beworbenen sei sozialüblich¹⁰⁵. Diese Sozialüblichkeit bestehe unabhängig von dem jeweiligen Arbeitszeitmodell, da auch bei genauer Zeiterfassung kurze Anteile der Arbeitszeit beim privaten Gespräch mit Kollegen oder für sonstige private Verrichtungen üblich seien¹⁰⁶. Hinsichtlich der Wahl des Werbemittels stünde der Gewerkschaft eine Einschätzungsprivilegie zu¹⁰⁷. Diese Argumentation des BAG überzeugt nicht. Der potenzielle Arbeitsausfall infolge der Nut-

89 Brock (o. Fußn. 27), S. 190.

90 So etwa für das Zugangsrecht BAG, NZA 2006, 798.

91 BAG, AP GG Art. 9 Nr. 30 = NJW 1979, 1847, LAG Hamm, BB 1978, 556; Franzen, GK-BetrVG (o. Fußn. 35), § 2 Rdnr. 93; MünchArbR/Lowisch/Rieble (o. Fußn. 38), § 157 Rdnr. 83; Scholz, in: Maunz/Düring (o. Fußn. 5), Art. 9 Rdnr. 251; Richardi (o. Fußn. 35), § 2 Rdnr. 158, a. A. in Bezug auf vom Arbeitgeber gestellte Kleidung: Fitting (o. Fußn. 21), § 2 BetrVG Rdnr. 85, wegen Abwendung von der Kernbereichslehre.

92 BAG, AP GG Art. 9 Nr. 30 = NJW 1979, 1847.

93 DKKW/Berg (o. Fußn. 26), § 2 Rdnr. 130; Richardi (o. Fußn. 35), § 2 Rdnr. 162, a. A. MünchArbR/Lowisch/Rieble (o. Fußn. 38), § 157 Rdnr. 83; Franzen, GK-BetrVG (o. Fußn. 35), § 2 Rdnr. 94. Zur Frage der Haftung des Netzwerkbetreibers (Arbeitgebers) für (fremde) Inhalte, Rieble/Gutzeit, ZfA 2001, 341 (357 ff.).

94 DKKW/Berg (o. Fußn. 26), § 2 Rdnr. 48 b.

95 So etwa Franzen, GK-BetrVG (o. Fußn. 35), § 2 Rdnr. 94.

96 S. zu E-Mailnutzung BAG, NZA 2009, 615 (620).

97 Rieble/Gutzeit, ZfA 2001, 341 (370 ff.).

98 Ablehnend: Hopfner/Schrock, DB 2004, 1558.

99 Hopfner/Schrock, DB 2004, 1558.

100 Rieble/Gutzeit, ZfA 2001, 341 (370).

101 Vgl. LAG Hessen, BB 1973, 1394 zu Kosten von körperlichen Werbemaßnahmen.

102 BAG, NZA 2007, 987 = AP TVG § 1 Sozialplan Nr. 2.

103 Ob der Betriebsinhaber aber auch verpflichtet ist, gesetzeswidrige Inhalte über sein Intranet zu veröffentlichen, erscheint fraglich.

104 BAG, NZA 2009, 615 (619); ob die private Nutzung in geringem Umfang gestattet ist oder nicht, sah das BAG nicht als entscheidungserheblich an. So auch LAG Hessen, Urt. v. 20. 8. 2010 – 19 Sa 1835/09, BeckRS 2010, 75261.

105 BAG, NZA 2009, 615 (618).

106 BAG, NZA 2009, 615 (618); Dies soll insbesondere gelten, wenn die private Internetsnutzung gestattet ist. In die gleiche Richtung auch beim privaten Nutzungsverbot. LAG Hessen, BeckRS 2010, 75261.

107 BAG, NZA 2009, 615 (621).

zung dienstlicher E-Mail-Adressen ist entgegen der Auffassung des BAG deutlich höher einzustufen, als bei der Verteilung von Flugblättern im Betrieb¹⁰⁸. Während das Lesen von Flugblättern vom arbeitswilligen Arbeitnehmer bereits dadurch verhindert werden kann, dass das Flugblatt entweder schon gar nicht angenommen oder einfach liegengelassen wird, so muss bei Erhalt einer E-Mail vom Arbeitnehmer zunächst überprüft werden, ob es sich nicht um eine dienstliche Mail handelt, und dann eine manuelle Löschung vorgenommen werden¹⁰⁹. Auch wenn das UWG keine Anwendung auf die koalitionsmäßige Mitgliederwerbung findet¹¹⁰, so können die darin enthaltenen gesetzlichen Wertungen, die dem Schutz der Privatsphäre zu dienen bestimmt sind¹¹¹, nicht völlig ignoriert werden¹¹². Negiert wird durch das BAG auch das bis dato anerkannte Recht des Arbeitgebers, andere von der Nutzung seines Eigentums auszuschließen¹¹³. Bei der E-Mailsendung besteht die Gefahr, dass Viten in den Verkehr gebracht werden oder dienstliche Mails wegen Verwechslung mit Koalitionswerbung nicht mehr gelesen werden¹¹⁴. Auch bestehen in vielen Unternehmen maximale Postfachgrößen, deren Überschreitung durch nicht dienstliche E-Mails den Empfang von dienstlichen E-Mails verhindern kann. Das BAG verweist darauf, dass eine Gewerkschaft, die nicht mittels moderner Informationstechnologie arbeite, als veraltet gelten könnte und einen Akzeptanzverlust infolge dessen zu befürchten habe¹¹⁵. Für diese Vermutung fehlt es zum einen völlig an empirischen Belegen, zum anderen ist es Koalitionen unbenommen, private E-Mail-Adressen der Arbeitnehmer zu nutzen, eine eigene Homepage ins Netz zu stellen und hierauf in Printmedien zu verweisen. Ein überwiegendes schützenswertes Interesse von Arbeitnehmervereinigungen einen Werbeweg zu wählen, der die Rechte des Betriebsinhabers in diesem Ausmaß beeinträchtigt, erscheint daher nicht nachvollziehbar.

III. Schlussbemerkung

Den nicht tariffähigen Arbeitnehmervereinigungen stehen im Bereich der Mitgliederwerbung grundsätzlich dieselben Rechte wie Gewerkschaften zu¹¹⁶. Allein bei der Werbung im Zusammenhang mit Betriebsversammlungen können sich nach jetzigem Rechtsstand Unterschiede ergeben. Das einschränkende Merkmal der Tariffähigkeit hat für das koalitionsmäßige Werberecht aus Art. 9 III GG demnach keine be-

sondere Relevanz. Diese Gleichstellung verstärkt – vor dem Hintergrund der Entwicklungen zur Tarifpluralität – die Belastungen für Arbeitgeber mit konkurrierenden Arbeitnehmervereinigungen im Betrieb. Das Anhalten des Trends zu Neugründungen von kleinen Funktionsebenen-Gewerkschaften beeinträchtigt im zunehmenden Maße die Arbeitgeberinteressen aus Art 2 I, 12 und 14 I GG. Das BAG hat die Abkehr des *BVerfG* von der Kernbereichslehre zu einer sehr extensiven Ausgestaltung des Rechts zur Mitgliederwerbung genutzt¹¹⁷. Die weitgehende Werberechtsgewährung wird auf die ohnehin bestehenden Rechtsbeziehungen des Arbeitgebers und der Koalitionen aus dem BetrVG und TVG und der angeblich im sozialadäquaten Bereich liegenden geringen Beeinträchtigungen des Arbeitgebers gestützt¹¹⁸. Unabhängig davon, dass nicht tariffähige Arbeitnehmervereinigungen gerade nicht in einer solchen Rechtsbeziehung stehen, zeigt die Praxis, dass die Ausmaße der Beeinträchtigungen der Arbeitgeber nicht mehr generell als sozialadäquat eingestuft werden können. Vor dem Hintergrund der verstärkten Bildung von konkurrierenden Koalitionen ist dies zu pauschal und lässt eine gewissenhafte, einzelfallbezogene Grundrechtsabwägung vermissen. Gerade die Entscheidung über die Zulässigkeit einer Werbemaßnahme durch nicht tariffähige Arbeitnehmervereinigungen bedarf einer ausgewogenen Interessenabwägung, bei der die konkrete Betroffenheit der Grundrechte des Arbeitgebers mehr Gewicht finden sollten, um einen angemessenen Ausgleich zwischen den betroffenen Rechtspositionen herzustellen. Dies wird Aufgabe der Rechtsprechung sein. ■

108 *Arnold/Wiese*, NZA 2009, 716; *Brock* (o. Fußn. 27), S. 179, vgl. auch *Franzen*, GK-BetrVG (o. Fußn. 35), § 2 Rdnr. 94

109 *Arnold/Wiese*, NZA 2009, 716 (719); *Maschmann*, NZA 2008, 613 (617)

110 BAG, NZA 2009, 615 (621)

111 *Ohly*, in: *Piper/ders./Sosnitza*, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 5. Aufl. (2010), § 7 Rdnr. 1

112 *Arnold/Wiese*, NZA 2009, 716 (719)

113 Für einen stärkeren Schutz des Eigentumsrechts des Arbeitgebers noch: BAG, AP GG Art. 9 Nr. 30 = NJW 1979, 1847 L, BAG, NZA 1987, 164 (165)

114 *Arnold/Wiese*, NZA 2009, 716 (719); *Brock* (o. Fußn. 27), S. 179

115 BAG, NZA 2009, 615 (620)

116 BAG, NZA 2007, 518 = NJW 2007, 1018 (1022)

117 *Brock* (o. Fußn. 27), S. 230

118 BAG, NZA 2006, 798 (802); BAG, NZA 2009, 615 (620)

Dr. Wolf Hunold*

Anhörung des Mitarbeiters vor Ausspruch einer Verdachtskündigung

Die veröffentlichte Rechtsprechung belegt, welche Vielzahl von Fragen die ordnungsgemäße Anhörung des Mitarbeiters vor Ausspruch einer Verdachtskündigung aufwirft. Im folgenden Beitrag stellt der Verfasser die maßgebliche Rechtsprechung dar und zieht daraus Schlüsse für die Praxis.

I. Notwendigkeit der vorherigen Anhörung

1. Grundsatz

Eine Verdachtskündigung als Reaktion auf die Störung des für die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses notwendigen Vertrauens ist unverhältnismäßig, wenn der Arbeitgeber nicht alle zumutbaren Anstrengungen zur Aufklärung des Sachverhalts unternommen hat¹. Auf Grund der ihm obliegenden Aufklärungspflicht ist der Arbeitgeber gehalten, den

Arbeitnehmer vor Ausspruch einer Verdachtskündigung zu den gegen ihn erhobenen Verdachtsmomenten zu hören. Die Erfüllung der Aufklärungspflicht ist Wirksamkeitsvoraussetzung für eine Verdachtskündigung².

2. Ausnahmen

Verletzt der Arbeitgeber schuldhaft die sich aus der Aufklärungspflicht ergebende Anhörungspflicht, kann er sich im Prozess nicht auf den Verdacht als Kündigungsgrund berufen. Eine Verletzung der Anhörungspflicht liegt nicht vor, wenn der Arbeitnehmer erklärt, er werde sich zum Vorwurf nicht äußern, ohne hierfür erhebliche Gründe zu nennen. Der

* Der Autor ist Unternehmensberater in Neuf.

1 BAG, NZA 1996, 81

2 BAG, NZA 1986, 674