

Schwerpunktbereichsklausur Arbeitsrecht: Streit um neue Arbeitszeiten*

Von Prof. Dr. Markus Stoffels, Wiss. Mitarbeiterin Diana Buntner, Heidelberg**

Sachverhalt Teil 1

Die A GmbH (A) ist die deutsche Tochtergesellschaft eines internationalen Konzerns und hat ihre Verwaltung in Hamburg. Sie vertreibt und montiert medizinisch-technische Geräte und ist Mitglied des Arbeitgeberverbandes Nordmetall (NM). Die A besitzt einen ordnungsgemäß gebildeten Betriebsrat B. Die Gewerkschaft IG Metall (IGM) ist im Betrieb der A vertreten. Die A wandte in ihrem Betrieb die zwischen dem NM und der IGM abgeschlossenen Tarifverträge an, u.a. einen unbefristeten Manteltarifvertrag (MTV). Nach dem MTV beträgt die regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit 35 Stunden und es gilt der Grundsatz, dass geleistete Arbeit zu vergüten ist. Eine Öffnungsklausel gem. § 77 Abs. 3 S. 2 BetrVG ist im MTV nicht vorgesehen.

Angesichts der zunehmend schwierigen Wettbewerbssituation sah sich A dazu veranlasst, erhebliche dauerhafte Einsparungen vorzunehmen. Zu diesem Zweck schloss sie u.a. Ende 2009 mit dem B eine für alle Arbeitnehmer des Bereichs „technischer Außendienst“ geltende Betriebsvereinbarung mit Wirkung ab dem 1.1.2010 ab. Von den im technischen Außendienst beschäftigten 1.500 Arbeitnehmern sind 1.200 Mitglieder der IGM. Die Betriebsvereinbarung weist auszugsweise folgenden Wortlaut auf:

Arbeitszeitregelung für den technischen Außendienst

1. Geltungsbereich

1.1 Persönlich

Diese Betriebsvereinbarung gilt für alle nachfolgenden Mitarbeiter/innen des technischen Außendienstes, d.h.

- Service-Techniker (SVT)
- Technische Support-Ingenieure (TSI)
- Anwendungstrainer (SAT) [...]

2. Arbeitszeit

2.1 Dauer der regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit

Die Dauer der regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit beträgt 35 Stunden pro Woche, zusätzlich werden ab dem 1. Januar 2010 regelmäßig 5 Stunden pro Woche gearbeitet. Daraus ergibt sich eine Wochenarbeitszeit von 40 Stunden. Hinsichtlich der Vergütung dieser Stunden wird eine gesonderte Regelung getroffen. [...]

3. Zeitkonten

3.1 Persönliches Zeitkonto

Zeitguthaben und Zeitunterschreitungen, die sich aus der Saldierung von Ist- und Sollarbeitszeit am Ende des Monats unter Verrechnung des Übertrags aus dem Vormonat ergeben, dürfen 40 Minusstunden nicht unter- und 150 Plusstunden nicht überschreiten. Über diese Grenze hinausgehende Zeitguthaben verfallen, diese können weder vergütet noch ausgeglichen werden. [...]

4. Bonus

Als Ausgleich für die Erhöhung der Wochenarbeitszeit im unter 2. dieser Betriebsvereinbarung genannten Umfang erhalten die Mitarbeiter/innen anstelle etwaiger anderer Vergütungsansprüche einen leistungs- bzw. erfolgsabhängigen Bonus, dessen Zahlung an die Erreichung spezifischer Parameter gebunden ist und dessen Verteilung in einer gesonderten Protokollnotiz zu dieser Betriebsvereinbarung geregelt wird. [...]

Hinweis: Vom Abdruck der Protokollnotiz wird zur Vereinfachung des Sachverhalts abgesehen.

Die Bonuszahlung unter Ziffer 4 der Betriebsvereinbarung lag deutlich unter dem mit der IGM im MTV vereinbarten geschuldeten Entgelt. Darüber sowie über die erhöhte Arbeitszeit und die Bestimmungen zum Verfall von Zeitguthaben beschwerten sich viele der betroffenen Arbeitnehmer massiv beim B. Um den Betriebsfrieden zu wahren, verständigten sich die A und der B, die Betriebsvereinbarung mit sofortiger Wirkung zum 31.12.2011 aufzuheben.

Die IGM fühlt sich durch die gegenständliche Betriebsvereinbarung in ihrer Koalitionsfreiheit aus Art. 9 Abs. 3 GG verletzt und möchte dies nicht auf sich beruhen lassen, auch wenn diese Ende 2011 aufgehoben worden ist. Sie ist der Auffassung, die A habe sich tarifwidrig verhalten und ihr stehe daher gegen die A ein Folgenbeseitigungsanspruch zu.

Sie leitet daher im Januar 2012 gerichtliche Schritte gegen die A ein und beantragt beim Arbeitsgericht Hamburg, die A zu verurteilen, den Mitarbeitern und Mitarbeiterinnen, die von der Arbeitszeitregelung für den technischen Außendienst erfasst werden, für die in der Zeit vom 1.1.2010 bis 31.12.2011 über 35 Stunden pro Woche hinausgehenden Mehrarbeitsstunden anzubieten, die Zeitguthaben durch Bezahlung oder in Freizeit abzugelten.

Die A hingegen ist der Meinung, dass der Antrag bereits unzulässig sei, da er mangels Benennung der Mitglieder der IGM nicht hinreichend bestimmt sei. Ebenfalls sei dem Antrag nicht eindeutig zu entnehmen, zu welcher Leistung die A verurteilt werden sollte. Aber auch in der Sache könne die IGM nicht Recht bekommen. Die Betriebsvereinbarung verstoße nicht gegen den MTV, weil sie die regelmäßige Arbeitszeit nicht dauerhaft erhöhe, sondern lediglich vorübergehende Mehrarbeit anordne. Außerdem fehle es an einer Anspruchsgrundlage für den von der IGM geltend gemachten Anspruch.

* Die Klausur wurde im März 2013 im Rahmen der Universitätsprüfung im Schwerpunktbereich Arbeits- und Sozialrecht gestellt (Bearbeitungszeit 5 Stunden). Teil 1 der Klausur in vereinfachter Form nach BAG NZA 2011, 1169.

** Der Verf. Prof. Dr. Markus Stoffels ist Inhaber eines Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Arbeitsrecht und Unternehmensrecht an der Universität Heidelberg. Die Verf. Diana Buntner ist Wiss. Mitarbeiterin an diesem Lehrstuhl.

Sie mache hier letztlich individuelle Ansprüche der betroffenen Mitarbeiter geltend, wozu sie jedoch nicht befugt sei. Einen eigenen Schaden habe die IGM nicht substantiiert dargelegt.

Frage zu Teil 1

Wie wird das Arbeitsgericht entscheiden?

Hinweis

Es ist anzunehmen, dass dem Anspruch der IGM keine etwaigen tariflichen Ausschlussfristen entgegenstehen.

Sachverhalt Teil 2

F ist Betriebsratsmitglied des B der A. Er ist unter seinem vollen Namen registrierter Nutzer der Internetplattform Facebook. Bei der Rubrik Arbeitgeber hat er die A namentlich aufgeführt und seine Position als Betriebsratsmitglied der A. Sein Profil ist nur für seine Facebook Freunde und deren Facebook Freunde sichtbar. Unter seinen 90 Facebook Freunden befinden sich 65 Kollegen aus der A. Bei Facebook gibt es die Möglichkeit, auf seiner eigenen Pinnwand einen sogenannten „Status“ zu posten. Dadurch teilt man denjenigen Nutzern, die Zugriff auf die Pinnwand haben, mit, was man gerade tut oder wie man sich gerade fühlt. Nachdem die „Arbeitszeitregelung für den technischen Außendienst“ einige Monate in Kraft getreten war, „postete“ F auf seiner eigenen Facebook Pinnwand folgenden Status:

„Total entnervt vom Job. Völliges Chaos wegen dieser Betriebsvereinbarung! Jetzt haben wir den Salat mit den aufgebrauchten Leuten vom technischen Außendienst. Unser scheinbar ach so armer Brötchengeber ist doch nichts anderes als ein raffgieriger Halsabschneider!“

Der Inhalt dieses Pinnwandeintrags sprach sich in den darauf folgenden Tagen wie ein Lauffeuer im Betrieb der A herum und entfachte weitere Beschwerden der betroffenen Arbeitnehmer über die gegenständliche Betriebsvereinbarung. Letztlich erfuhr auch die Geschäftsleitung der A von der Äußerung des F auf Facebook. Diese ist empört und fühlt sich vor der Belegschaft bloßgestellt. Sie ist der Auffassung, dass gerade ein Betriebsratsmitglied in einem erhöhten bzw. besonderen Vertrauensverhältnis zum Arbeitgeber stehe. F habe durch seine Aussage im Internet in deutlicher und nicht zu akzeptierender Weise dagegen verstoßen. Ferner habe er bei den Beschäftigten den Eindruck erweckt, der Betriebsrat stehe nicht hinter den aus der Sicht der A erforderlichen und angemessenen Sparmaßnahmen. Damit habe er die ohnehin angespannte Situation beim technischen Außendienst nur noch verschlimmert und den Betriebsfrieden gefährdet. Auch der Betriebsrat heißt das Verhalten des F nicht gut und distanziert sich von seiner Aussage. Schließlich sprach die Geschäftsführung der A dem F form- und fristgerecht mit der nach § 103 BetrVG erforderlichen Zustimmung des Betriebsrats die außerordentliche Kündigung seines Arbeitsverhältnisses aus.

F hingegen verteidigt seine Äußerung. Was er seinen Facebook Freunden mitteile, sei seine Privatangelegenheit und überdies von seinem Recht auf freie Meinungsäußerung aus Art. 5 GG gedeckt. Daran ändere auch seine Stellung als Be-

triebsratsmitglied nichts. Zugegebenermaßen habe er etwas überreagiert, aber das sei dem Druck geschuldet, dem der Betriebsrat zurzeit ausgesetzt sei. Außerdem sei er schon fünfzehn Jahre bei der A beschäftigt und bereits fünf Jahre davon im Betriebsrat gewesen. Die ganze Zeit über habe er sich nie etwas zu Schulden kommen lassen. Die Reaktion der A sei deshalb maßlos überzogen. F erhebt fristgerecht beim zuständigen Arbeitsgericht Klage auf Feststellung, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung nicht aufgelöst sei.

Frage zu Teil 2

Ist die Klage des F begründet?

Bearbeitervermerk

Erstellen Sie ein ausführliches Rechtsgutachten zu den oben aufgeführten Fragen, in dem Sie auf alle im Sachverhalt angesprochenen Probleme eingehen, notfalls hilfsgutachtlich. Soweit der Sachverhalt nach Ihrer Auffassung für die anschließende Beantwortung einer Frage nicht ausreicht, ist zu unterstellen, dass eine weitere Aufklärung nicht zu erzielen ist.

Lösung zu Frage 1

Das Arbeitsgericht wird der Klage stattgeben und entsprechend dem Antrag der IGM entscheiden, wenn die Klage zulässig und begründet ist.

A. Zulässigkeit der Klage

Die Klage ist zulässig, wenn alle Sachurteilsvoraussetzungen erfüllt sind.

I. Sachliche Zuständigkeit des Arbeitsgerichts

Fraglich ist, ob sich die sachliche Zuständigkeit des Arbeitsgerichts hier aus § 2 Abs. 1 Nr. 2 ArbGG oder aus § 2a Abs. 1 Nr. 1 ArbGG ergibt, mithin, ob vorliegend das Urteilsverfahren oder aber das Beschlussverfahren statthaft ist. Dies ist deshalb problematisch, da zwar einerseits die Rechtmäßigkeit der Betriebsvereinbarung zwischen A und B in Frage steht, die ihre Grundlage im Betriebsverfassungsgesetz findet. Andererseits aber behauptet die IGM aufgrund dieser Vereinbarung eine Verletzung ihrer Koalitionsbetätigung, sodass auch eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit zwischen tariffähigen Parteien aus einer unerlaubten Handlung in Betracht kommt.

1. Beschlussverfahren

Für die Statthaftigkeit des Beschlussverfahrens spricht sich vor allem die höchstrichterliche Rspr. aus.¹ Im Beschlussverfahren sind Streitigkeiten zu entscheiden, die eine Angelegenheit aus dem Betriebsverfassungsgesetz betreffen. Dies ist dann der Fall, wenn die durch das Betriebsverfassungsgesetz geregelte Ordnung des Betriebs und die gegenseitigen Rechte und Pflichten der Betriebsparteien als Träger dieser Ordnung im Streit sind. Dies gilt nach Auffassung des BAG auch dann, wenn es um Rechte betriebsverfassungsrechtlicher Organe

¹ BAG NZA 1999, 887; BAG NZA 2001, 1037; BAG NZA 2011, 1169.

geht, die sich nicht unmittelbar aus dem Betriebsverfassungsgesetz ergeben, sondern ihre Grundlage in Tarifverträgen oder in anderen Rechtsvorschriften haben.² Auch wenn der betreffende Anspruch nicht auf § 23 Abs. 3 BetrVG gestützt würde, sondern auf §§ 1004 Abs. 1, 823 Abs. 1 BGB in Verbindung mit Art. 9 Abs. 3 GG, betreffe er eine betriebsverfassungsrechtliche Angelegenheit, da er sich gegen die Durchführung von Betriebsvereinbarungen richte. Dies seien normative Regelungen, für die das Betriebsverfassungsgesetz sowohl die rechtliche Grundlage bilde als auch den Vollzug durch den Arbeitgeber fordere. Das Urteilsverfahren komme daher nur dann in Betracht, wenn der Betriebsrat nicht mitgewirkt habe.

2. Urteilsverfahren

Die überwiegende Ansicht im Schrifttum und vereinzelt auch das BAG³ hingegen befürworten die Statthaftigkeit des Urteilsverfahrens. Wehre sich eine Gewerkschaft gegen die Tarifwidrigkeit einer Betriebsvereinbarung und berufe sie sich auf einen Eingriff in ihre Koalitionsbetätigungsfreiheit, so habe solch eine Streitigkeit keinen betriebsverfassungsrechtlichen Charakter mehr, auch wenn der Betriebsrat an der Störung der Koalitionsfreiheit mitgewirkt habe. Dieser nur mittelbare Zusammenhang sei unerheblich.⁴ Im Kern gehe es nämlich um eine unerlaubte Handlung, auf die gerade das Urteilsverfahren gem. § 2 Abs. 1 Nr. 2 ArbGG zugeschnitten sei. Eine andere Auffassung verstoße gegen den klaren Wortlaut sowie Sinn und Zweck der Zuordnungsvorschriften des Arbeitsgerichtsgesetzes.⁵ Die Antragsberechtigung der Gewerkschaft in § 23 Abs. 3 BetrVG diene nicht der Verfolgung eigener Organisationsinteressen, sondern um die Funktionsfähigkeit der betriebsverfassungsrechtlichen Ordnung zu unterstützen. Dies stelle also eine uneigennützigere Rechtsausübung dar. Im Falle eines Anspruchs aus §§ 1004 Abs. 1, 823 Abs. 1 BGB in Verbindung mit Art. 9 Abs. 3 GG handle es sich jedoch um eine eigennützigere Rechtsausübung der Gewerkschaft zur Wahrung ihrer Betätigungsfreiheit.⁶ Weiterhin sei nicht einzusehen, warum die mit dem Beschlussverfahren verbundenen besonderen Vorteile des Amtsermittlungsgrundsatzes und der Kostenfreiheit den Gewerkschaften bei einer „normalen“ zivilrechtlichen Unterlassungsklage zugutekommen sollten.⁷ Dies gilt umso mehr im vorliegenden Fall, in dem die Gewerkschaft ihren Unterlassungsanspruch hätte im Eilverfahren durchsetzen können. Denn hätte sich im Nachhinein herausgestellt, dass dies zu Unrecht geschah, hätte der Arbeitgeber im Beschlussverfahren keinen Schadensersatzanspruch aus § 945 ZPO gegen die Gewerkschaft gem. § 85 Abs. 2 ArbGG

² BAG NZA 1992, 1135; BAG NZA 1993, 508.

³ BAG NZA 2011, 1037 (1040).

⁴ BAG NZA 2001, 1037 (1040).

⁵ Buchner, NZA 1999, 1897 (1899); Reichold, RdA 2012, 245 f. m.w.N.; Rieble/Klumpp, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. 2, 3. Aufl. 2009, § 185 Rn. 19.

⁶ Buchner, NZA 1999, 897 (899).

⁷ Bauer, NZA 1999, 957 (958); Rieble/Klumpp (Fn. 5), § 185 Rn. 19.

gehabt.⁸ Damit trüge der Arbeitgeber ungerechtfertigt das volle Kostenrisiko.

3. Streitentscheid

Die besseren Argumente sprechen für die Statthaftigkeit des Urteilsverfahrens. Den Schwerpunkt des Rechtsstreits stellt nicht die Wahrung der betrieblichen Ordnung dar, sondern vielmehr der Schutz der Betätigungsfreiheit der Gewerkschaft. Die Störung der Betätigungsfreiheit muss nicht stets und zwingend durch Betriebsvereinbarungen hervorgerufen werden. Auch Regelungsabreden haben z.B. den gleichen Effekt. Die Mitwirkung des Betriebsrats ist mithin eher einzelfallabhängig und stellt so lediglich eine Begleiterscheinung dar. Für den Schutz der Koalitionsfreiheit der Gewerkschaft ist in der Tat sowohl nach Wortlaut als auch nach Sinn und Zweck § 2 Abs. 1 Nr. 2 ArbGG einschlägig.

4. Zwischenergebnis

Die sachliche Zuständigkeit des Arbeitsgerichts ergibt sich demnach aus § 2 Abs. 1 Nr. 2 ArbGG.

II. Örtliche Zuständigkeit

Die örtliche Zuständigkeit des Arbeitsgerichts Hamburg könnte sich aus §§ 2 Abs. 5, 46 Abs. 2 S. 1 ArbGG in Verbindung mit § 17 Abs. 1 ZPO ergeben. Die A als GmbH kann vor Gericht gem. § 13 Abs. 1 GmbHG klagen und verklagt werden. Der allgemeine Gerichtsstand von Gesellschaften, die als solche verklagt werden können, richtet sich nach ihrem Sitz gem. § 17 Abs. 1 S. 1 ZPO. Soweit sich wie vorliegend aus dem Sachverhalt nichts anderes ergibt, gilt gem. § 17 Abs. 1 S. 2 ZPO als Sitz einer Gesellschaft der Ort, wo die Verwaltung geführt wird. Da die A ihre Verwaltung in Hamburg hat, ist also das Arbeitsgericht Hamburg örtlich zuständig.

Hinweis: Bearbeiter, die sich für das Beschlussverfahren ausgesprochen haben, gelangen zum selben Ergebnis über § 82 Abs. 1 S. 1 ArbGG.

III. Parteibezogene Sachurteilsvoraussetzungen

Die IGM ist als Gewerkschaft gem. § 10 S. 1 ArbGG parteifähig. Als nicht rechtsfähiger Verein muss sie durch ihren Vorstand gem. §§ 2 Abs. 5, 46 Abs. 2 ArbGG in Verbindung mit § 51 Abs. 1 ZPO in Verbindung mit § 26 BGB analog⁹ vertreten werden. Die A ist gem. §§ 2 Abs. 5, 46 Abs. 2 S. 1 ArbGG in Verbindung mit §§ 50 Abs. 1 ZPO, 13 Abs. 1 GmbHG parteifähig und muss durch ihre Geschäftsführer gerichtlich vertreten werden gem. § 35 Abs. 1 GmbHG.

Fraglich ist aber, ob die IGM auch prozessführungsbefugt ist. Besonders problematisch erscheint dies dann, wenn sie die geltend gemachten Ansprüche nicht als eigene Ansprüche, sondern als Ansprüche der Mitarbeiter der A bzw. ihrer Mitglieder geltend machen würde. Dann müsste entweder eine gesetzliche oder eine gewillkürte Prozessstandschaft der IGM

⁸ Bauer/v. Medem, NJW 2012, 250 (254).

⁹ Reuter, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 26 Rn. 27.

gegeben sein. Dies wird aber vom BAG verneint.¹⁰ Vorliegend stützt sich die IGM zur Begründung der Klage jedoch nicht auf eine Geltendmachung der Individualansprüche ihrer Mitglieder oder sämtlicher Mitarbeiter der A, sondern ausdrücklich auf die ihr gem. Art. 9 Abs. 3 GG zukommende Koalitionsfreiheit. Diese Behauptung der Inhaberschaft eines geltend gemachten Rechts ist für die Bejahung der Prozessführungsbefugnis im Rahmen der Zulässigkeit einer Klage ausreichend.¹¹ Die Frage, ob der behauptete Anspruch materiell rechtlich tatsächlich besteht, ist demgegenüber nicht im Rahmen der Zulässigkeit, sondern der Begründetheit der Klage zu prüfen.

IV. Ordnungsgemäße Klageerhebung

Es ist zu klären, ob die Voraussetzungen einer ordnungsgemäßen Klageerhebung gem. §§ 2 Abs. 5, 46 Abs. 2 S. 1 ArbGG in Verbindung mit §§ 495, 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO vorliegen.

1. Auslegung des Antrags

Fraglich ist, ob der Antrag der IGM, dass die A den von der Betriebsvereinbarung betroffenen Arbeitnehmern der A ein Angebot zu unterbreiten hat, nach § 894 ZPO oder nach § 888 ZPO zu vollstrecken ist, sodass er der Auslegung bedarf. Bei verständiger Würdigung des Falles geht es der IGM nicht unmittelbar um die Abgabe einer bestimmten Willenserklärung. Vielmehr begehrt sie die Ausarbeitung eines auf die einzelnen Arbeitnehmer zugeschnittenen Angebots, sodass die Vorschrift des § 894 ZPO hier nicht anwendbar ist.

2. Bestimmtheit

Weiterhin müsste der Antrag hinreichend bestimmt sein im Sinne des § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. Dadurch werden der Rahmen der gerichtlichen Entscheidungsbefugnis (§ 308 ZPO) abgesteckt und Inhalt und Umfang der materiellen Rechtskraft der begehrten Entscheidung (§ 322 ZPO) festgelegt.

Fraglich ist, ob die IGM in ihrem Klageantrag ihre von der Betriebsvereinbarung betroffenen Mitglieder namentlich hätte benennen müssen. Dies ist in der Tat dann problematisch, wenn über einen Unterlassungsantrag zu entscheiden ist, der nur die bei dem Arbeitgeber beschäftigten Mitglieder der klagenden Gewerkschaft betrifft. So verhielt es sich z.B. im sog. Burda-Beschluss des BAG.¹² In solch einer Konstellation sind nämlich die Verteidigungsmöglichkeiten des Arbeitgebers eingeschränkt, weil er von sich aus die Gewerkschaftszugehörigkeit seiner Arbeitnehmer nicht ermitteln darf, da die Frage danach unzulässig ist.¹³ Im vorliegenden Fall verhält es sich jedoch anders. Aus der Formulierung des Antrags der IGM geht jedenfalls in Verbindung mit dem persönlichen Anwendungsbereich der gegenständlichen Betriebs-

vereinbarung für den technischen Außendienst hinreichend deutlich hervor, dass er sich auf sämtliche Arbeitnehmer bezieht, die in den Anwendungsbereich der Betriebsvereinbarung fallen, und zwar unabhängig von einer etwaigen Gewerkschaftszugehörigkeit. Dies sind gem. Ziffer 1.1 der Betriebsvereinbarung also alle Service-Techniker, Technische Support-Ingenieure und Anwendungstrainer. Für die A wäre daher im Falle einer Verurteilung erkennbar, welchen Mitarbeitern sie ein entsprechendes Angebot zu unterbreiten hätte, sodass sie in ihren Verteidigungsmöglichkeiten nicht beschränkt ist. Die Frage, ob dieser Antrag in Bezug auf Nicht-Mitglieder zu weit gefasst ist, spielt erst bei der Begründetheit der Klage eine Rolle.

Es muss ferner geprüft werden, ob der Antrag der IGM auch hinsichtlich der begehrten Leistung durch die A hinreichend bestimmt ist. Dem könnte entgegenstehen, dass den Arbeitnehmern die Wahl eingeräumt werden soll, sich zwischen Auszahlung der Arbeitsvergütung oder Freizeit entscheiden zu können. Hierbei handelt es sich um eine Wahlschuld im Sinne des § 262 BGB. Eine solche liegt vor, wenn mehrere Leistungen in der Weise geschuldet werden, dass nach späterer Wahl nur eine von ihnen zu erbringen ist. Darin liegt eine bestimmbare Leistung, weil nur ein einheitlicher Anspruch, wenn auch mit alternativem Inhalt, besteht.¹⁴

3. Zwischenergebnis

Der Klageantrag der IGM ist hinreichend bestimmt im Sinne des § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO, sodass eine ordnungsgemäße Klageerhebung vorliegt.

V. Zwischenergebnis

Die Klage der IGM ist zulässig.

B. Begründetheit der Klage

Die Klage ist begründet, wenn der von der IGM behauptete Anspruch besteht.

I. Aktivlegitimation der IGM

Die IGM müsste aktivlegitimiert sein. Aktivlegitimiert ist derjenige, der Inhaber des geltend gemachten Rechts ist.

1. Aktivlegitimation auch in Bezug auf Nicht-Mitglieder?

Fraglich ist, ob die IGM auch einen Anspruch gegen die A hat, soweit er sich auf Nicht-Mitglieder der IGM erstreckt, da die IGM ihren Klageantrag gerade auf sämtliche von der Betriebsvereinbarung betroffenen Arbeitnehmer bezieht. Ein Anspruch auf Beseitigung der geltenden tariflichen Ordnung kann jedoch nur dann verlangt werden, wo diese gilt.¹⁵ Diese gilt aber gerade nicht in Bezug auf nicht tarifgebundene Arbeitsverhältnisse mangels beidseitiger normativer Bindung gem. §§ 3 Abs. 1, 4 Abs. 1 TVG.¹⁶ Allerdings könnte für eine Ausweitung der Aktivlegitimation der IGM sprechen, dass

¹⁰ BAG NZA 1999, 887.

¹¹ Lindacher, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 4. Aufl. 2013, vor §§ 50 ff. Rn. 42.

¹² BAG NZA 1999, 887.

¹³ BAG NZA 2003, 1221; im Einzelnen str.: vgl. Kocher, NZA 2005, 140 (144); Schwarze, RdA 2005, 159 (160).

¹⁴ Grüneberg, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 72. Aufl. 2013, § 262 Rn. 1.

¹⁵ Bauer/v. Medem, NJW 2012, 250 (254).

¹⁶ Reichhold, RdA 2012, 245 (247).

die A selbst nicht nach Tarifbindung differenziert, da die Betriebsvereinbarung ausweislich des Sachverhalts generell auf alle Arbeitnehmer angewendet wird.¹⁷ Dies könnte bedeuten, die A hat ggf. kein Interesse, die Betriebsvereinbarung auf Tarifaußenseiter anzuwenden, wenn sie für die tarifgebundenen Arbeitnehmer nicht gelten sollte. Nach Rspr. des BAG ist dieser Schluss jedoch als Ausnahme zu betrachten. Dem Arbeitgeber steht es grds. frei, mit nicht organisierten Arbeitnehmern untertarifliche Arbeitsbedingungen zu vereinbaren.¹⁸ Anderenfalls würde auch gegen die negative Koalitionsfreiheit der nicht organisierten Arbeitnehmer verstoßen werden. Es besteht daher kein Grund, die Befugnis einer Gewerkschaft zur Durchsetzung von Tarifnormen auf nicht organisierte Arbeitnehmer auszudehnen. Damit besteht die Aktivlegitimation der IGM nur insoweit, als der von ihr geltend gemachte Anspruch ihre Mitglieder betrifft.

2. Umfang der Klageabweisung

Dies bedeutet weiterhin, dass der von der IGM geltend gemachte Anspruch, soweit er sich auf Nicht-Mitglieder bezieht, mangels Aktivlegitimation unbegründet ist. Dies zieht eine lediglich teilweise Klageabweisung nach sich und nicht etwa eine Klageabweisung insgesamt.¹⁹ Der Arbeitgeber kann die Gewerkschaftszugehörigkeit aber nicht von sich aus ermitteln, sodass Voraussetzung für die Vollstreckbarkeit eines solchen Urteils ist, dass die Gewerkschaft im Vollstreckungsverfahren ihre Mitglieder benennt.²⁰

II. Zwischenergebnis

Die Klage ist teilweise unbegründet, soweit die IGM einen Anspruch in Bezug auf Nicht-Mitglieder geltend macht.

III. Anspruch aus §§ 1004 Abs. 1 S. 1, 823 Abs. 1 BGB in Verbindung mit Art. 9 Abs. 3 GG

Die IGM könnte einen Folgenbeseitigungsanspruch gegen die A aus §§ 1004 Abs. 1 S. 1, 823 Abs. 1 BGB in Verbindung mit Art. 9 Abs. 3 GG haben, der auf die Wiederherstellung des tarifkonformen Zustands im Hinblick auf ihre Mitglieder aus dem Bereich „technischer Außendienst“ gerichtet ist. Die beidseitige Tarifbindung ist gegeben. Weiterhin müsste die Koalitionsfreiheit ein geschütztes Rechtsgut sein, diese müsste verletzt worden sein und die Reichweite des Anspruchs müsste eine Wiederherstellung erfassen.

1. Koalitionsfreiheit als geschütztes Rechtsgut

Zwar ist nach dem eindeutigen Wortlaut des § 1004 BGB als Schutzgut nur das Eigentum umfasst, jedoch kann die Vorschrift nach allgemeiner Auffassung zur Abwehr von Eingriffen in alle nach § 823 Abs. 1 BGB geschützten Rechte, Le-

bensgüter und Interessen herangezogen werden.²¹ Zu diesen Rechten gehört auch die Koalitionsfreiheit. Diese schützt ebenfalls vor Beeinträchtigungen durch Private gem. Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG, sodass sie einem absoluten Recht gleichsteht, dessen Verletzung nach allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen durch §§ 1004 Abs. 1 S. 2, 823 Abs. 1 BGB abgewehrt werden kann.²²

2. Persönlicher Schutzbereich

Art. 9 Abs. 3 GG schützt nicht nur den Einzelnen in seiner Freiheit, eine Vereinigung zur Wahrung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen zu gründen, ihr beizutreten oder fernzubleiben oder sie zu verlassen (Individualgrundrecht). Geschützt ist auch die Koalition selbst in ihrem Bestand, ihrer organisatorischen Ausgestaltung und ihren Betätigungen, sofern diese der Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen dienen (Kollektivgrundrecht). Die IGM unterliegt als Gewerkschaft demnach dem persönlichen Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG.

3. Sachlicher Schutzbereich

Der Schutz der Koalitionsfreiheit ist nicht von vornherein auf einen Kernbereich koalitionsmäßiger Betätigungen beschränkt, sondern erstreckt sich auf alle koalitionspezifischen Verhaltensweisen, insbesondere den Abschluss von Tarifverträgen. Die Koalitionsfreiheit wird aber nicht erst dann beeinträchtigt, falls es einer Koalition verwehrt wird, Tarifrecht zu schaffen. Eine Einschränkung oder Behinderung dieses Freiheitsrechts liegt nach Rspr. des BAG auch in Abreden oder Maßnahmen, die darauf gerichtet sind, die Wirkung des von Koalitionen geschaffenen Tarifrechts zu vereiteln.²³ Dies spiegelt sich auch im eindeutigen Wortlaut des Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG wider, der die „Wahrung“ der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen miteinschließt, was damit auch die Durchsetzung tariflicher Regelungen bedeutet.²⁴ Unschädlich ist, dass entsprechende Abreden nach Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG nichtig sind, also die tarifliche Ordnung nicht in rechtlich erzwingbarer Weise ersetzen können. Die Beeinträchtigung liegt nämlich in der Eignung solcher Absprachen, faktisch an die Stelle der tariflichen Regelung zu treten und somit Tarifnormen als kollektive Ordnung zu verdrängen. Damit ist auch der sachliche Schutzbereich eröffnet.

4. Verletzung der Koalitionsfreiheit

Die Koalitionsfreiheit der A ist dann verletzt, wenn die gegenständliche Betriebsvereinbarung gegen den MTV verstößt

¹⁷ Vgl. Kocher, NZA 2005, 140 (146).

¹⁸ BAG NZA 1999, 887 (893).

¹⁹ Ähnlich genau zu diesem Fall ArbG Hamburg BeckRS 2011, 76375; vgl. BAG NZA 1999, 887 (894); a.A. Bauer/v. Medem, NJW 2012, 250 (254).

²⁰ BAG NZA 1999, 887 (894).

²¹ Baldus, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2013, § 1004 Rn. 34 f.

²² BAG NZA 1998, 754; Trappehl/Lambrich, NJW 1999, 3217 (3218); Walker, ZfA 2000, 29 (39).

²³ BAG NZA 1999, 887.

²⁴ Löwisch/Rieble, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. 2, 3. Aufl. 2009, § 155 Rn. 27; a.A. Trappehl/Lambrich, NJW 1999, 3217 (3218); Walker, ZfA 2000, 29 (39 f.).

und dadurch ein erheblicher Eingriff in die Tarifautonomie vorliegt.

a) Eingriff in die Koalitionsfreiheit

aa) Verstoß gegen § 77 Abs. 3 BetrVG

Die gegenständliche Betriebsvereinbarung könnte gegen § 77 Abs. 3 BetrVG verstoßen. Nach dieser Bestimmung können Arbeitsentgelte und sonstige Arbeitsbedingungen, die durch Tarifvertrag geregelt sind oder üblicherweise geregelt werden, nicht Gegenstand einer Betriebsvereinbarung sein. Dies gilt nicht, wenn ein Tarifvertrag den Abschluss ergänzender Betriebsvereinbarungen ausdrücklich zulässt. Eine solche Öffnungsklausel enthält der hier maßgebende MTV ausweislich des Sachverhalts allerdings nicht. Die Betriebsparteien haben gem. Ziffer 2.1 der Betriebsvereinbarung die tarifvertraglich geregelte regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit von 35 auf 40 Stunden erhöht und hierfür gem. Ziffer 4 ein eigenständiges Vergütungsregime in Form von Bonuszahlungen errichtet. Darüber hinaus haben sie in Ziffer 3.1. vereinbart, dass geleistete Arbeit, die 150 Plusstunden überschreitet, weder vergütet noch ausgeglichen werden kann. Damit handelt es sich gerade um tariflich geregelte Arbeitsbedingungen im Sinne des § 77 Abs. 3 BetrVG. Nach Rspr. des BAG könnte die Regelungssperre des § 77 Abs. 3 BetrVG jedoch entfallen, falls es sich hier um eine Angelegenheit handelt, die nach § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG der erzwingbaren Mitbestimmung des Betriebsrats unterliegt. Dann müsste die Verlängerung der Arbeitszeit lediglich vorübergehender Natur sein. Vorübergehend ist eine Verlängerung der Arbeitszeit, wenn für einen überschaubaren Zeitraum von deren regulärem Volumen abgewichen wird, um anschließend zum betriebsüblichen Umfang zurückzukehren. Der vorübergehende Charakter einer Veränderung der Arbeitszeit wird insbesondere dann deutlich, wenn diese Maßnahme bis zu einem bestimmten Zeitpunkt oder bis zur Erreichung eines bestimmten Zwecks befristet wird.²⁵ Für eine nur vorübergehende Verlängerung der regelmäßigen Arbeitszeit gibt es in Ziffer 2.1 der Betriebsvereinbarung keine objektiven Anhaltspunkte. Die Klausel ist weder auf einen bestimmten Zeitpunkt oder bis zur Erreichung eines bestimmten Zwecks befristet. Auch der Gesamtzusammenhang der getroffenen Vereinbarungen weist nicht auf eine mitbestimmungspflichtige Änderung der Arbeitszeit hin. Denn ausweislich des Sachverhalts möchte die A dauerhafte Einsparungen vornehmen. Auch dies spricht für eine unbefristete Regelung. Damit verstößt die gegenständliche Betriebsvereinbarung gegen die Regelungssperre aus § 77 Abs. 3 BetrVG und ist deshalb unwirksam.

Hinweis: Angesichts dieses Befundes - Verstoßes gegen die Regelungssperre des § 77 Abs. 3 BetrVG - waren Ausführungen zu einem Günstigkeitsvergleich nicht mehr angezeigt. Falls Bearbeiter zusätzlich oder alternativ doch darauf zu sprechen kommen, wäre an folgende Punkte zu denken gewesen:

²⁵ BAG NZA 2007, 818.

bb) Günstigkeitsvergleich

Ein Günstigkeitsvergleich gem. § 4 Abs. 3 Var. 2 TVG kann im Verhältnis zwischen Tarifvertrag und Betriebsvereinbarung Anwendung finden.²⁶ Dabei gilt es zunächst diejenigen Regelungen im Tarifvertrag und in der Betriebsvereinbarung herauszuarbeiten, die miteinander verglichen werden sollen, den sog. Vergleichsgegenstand. In einem zweiten Schritt ist der Vergleichsmaßstab zu bestimmen.

(1) Vergleichsgegenstand

Es gibt grds. drei Möglichkeiten, wie die zu vergleichenden Regelungen bestimmt werden könnten. Denkbar wäre, die jeweiligen Einzelregelungen aus den Vereinbarungen aneinander zu messen. Dies würde jedoch den Nachteil mit sich bringen, dass sich der Arbeitnehmer aus jeder Vereinbarung die jeweils günstigste Variante aussuchen könnte, was einem „Rosinenpicken“ gleichkäme.²⁷ Würde man jedoch genau gegenteilig die Gesamtheit aller Regelungen miteinander vergleichen, liefe man Gefahr, tarifpolitische Ziele zu konterkarieren, weshalb diese Möglichkeit auch nicht empfehlenswert erscheint.²⁸ Vorzugswürdig ist daher nach überwiegender Ansicht ein Vergleich von Regelungen, die zueinander in einem sinnvollen Sachzusammenhang stehen.²⁹ Vorliegend sind jedoch lediglich die Regelungen zur Arbeitszeit und Vergütung bekannt. Folglich können auch nur diese Regelungen miteinander verglichen werden. Zwar ist umstritten, ob Arbeitsplatzertand und untertarifliche Arbeitsbedingungen miteinander verglichen werden können, jedoch spielt dies hier keine Rolle, da die A zwar laut Sachverhalt Sparmaßnahmen vornimmt, dies aber nicht ausdrücklich zum Erhalt von Arbeitsplätzen tut.

(2) Vergleichsmaßstab

Hinsichtlich des Vergleichsmaßstabs wird sowohl eine subjektive als auch eine objektive Sichtweise vertreten. In Rspr. und Lit. hat sich insoweit eine vermittelnde Auffassung etabliert, wonach darauf abzustellen sei, wie ein verständiger Arbeitnehmer unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls die jeweilige Regelung im Vergleich zu der des Kollektivvertrags einschätzen würde.³⁰ Legt man diesen Maßstab zugrunde, so fällt die gegenständliche Betriebsvereinbarung im Vergleich zum MTV offensichtlich ungünstiger aus, da sich gemäß der Betriebsvereinbarung die wöchentliche Arbeitszeit um fünf Stunden erhöht, aber schlechter entlohnt wird als der MTV es festlegt.

²⁶ Franzen, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 14. Aufl. 2014, § 4 TVG Rn. 32.

²⁷ Franzen (Fn. 26), § 4 TVG Rn. 36; Rieble/Klumpp (Fn. 5), § 183 Rn. 46.

²⁸ Rieble/Klumpp (Fn. 5), § 183 Rn. 45.

²⁹ BAG AP Nr. 89 zu Art. 9 GG; Löwisch/Rieble, in: Tarifvertragsgesetz, 3. Aufl. 2012, § 4 Rn. 532; Rieble/Klumpp (Fn. 5), § 183 Rn. 47.

³⁰ Rieble/Klumpp (Fn. 5), § 183 Rn. 52 m.w.N.

(3) *Zwischenergebnis*

Die Betriebsvereinbarung für den technischen Außendienst erweist sich nicht günstiger als der MTV und ist demnach auch nicht wirksam gem. § 4 Abs. 3 Var. 2 TVG.

b) *Erheblichkeit des Eingriffs*

Die Koalitionsfreiheit ist aber nur dann verletzt, wenn der Eingriff durch Anwendung einer nicht günstigeren Regelung von einem gewissen Ausmaß ist. Vorliegend ist eine Vielzahl von Arbeitsverhältnissen betroffen, da 1.200 von 1.500 im Bereich technischer Außendienst beschäftigten Arbeitnehmern Mitglieder der IGM sind. Die Abweichung vom Tarifvertrag betrifft somit nicht nur Einzelfälle und greift nicht unerheblich in die Koalitionsfreiheit der tarifschließenden Gewerkschaft IGM ein.

c) *Rechtswidrigkeit des Eingriffs*

Die Rechtswidrigkeit des Eingriffs in die Koalitionsfreiheit ist wie bei jedem Rahmenrecht erst positiv durch eine Güter- und Interessenabwägung festzustellen. Die Rechtswidrigkeit ist dann zu verneinen, wenn das tarifnormgemäße Verhalten unzumutbar ist, etwa wenn die Kooperation zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat zur Sicherung der Existenz des Unternehmens erforderlich ist. Der Sachverhalt gibt jedoch für solch eine Notsituation der A keine Hinweise. Allein wirtschaftliche Schwierigkeiten, wie A sie hat, sind nicht ausreichend.³¹ Damit ist der Eingriff auch rechtswidrig.

d) *Zwischenergebnis*

Durch die Anwendung der gegenüber dem MTV wesentlich ungünstigeren Betriebsvereinbarung hat die A die Koalitionsfreiheit der IGM verletzt.

5. *Anspruch auf Folgenbeseitigung?*

Fraglich ist aber, ob die IGM die Wiederherstellung der tariflichen Ordnung durch Nachzahlung oder Gewährung von Freizeit für die betroffenen Mitglieder verlangen kann. Nach Ansicht des BAG und vielen Stimmen in der Literatur ist zwar in solch einer Fallkonstellation ein Unterlassungsanspruch der Gewerkschaft gegen die weitere Durchführung der gegen den Tarifvertrag verstößenden Vereinbarung gegeben,³² nicht jedoch ein Anspruch auf Folgenbeseitigung³³.

Teile der Lehre hingegen befürworten solch einen Anspruch.³⁴ Die Koalition verfüge nämlich im Gegensatz zum einzelnen Arbeitnehmer über die soziale Mächtigkeit, der Tarifordnung Geltung zu verschaffen. Wäre der Arbeitnehmer

³¹ Nach *Robert*, NZA 2004, 633 (638), nur die drohende Insolvenz.

³² BAG NZA 1999, 887; u.a. *Berg/Platow*, DB 1999, 2362 (2366); zum allgemeinen Unterlassungsanspruch des Betriebsrats und dessen dogmatischer Herleitung *Lobinger*, ZfA 2004, 101.

³³ BAG NZA 2011, 1169.

³⁴ *Däubler*, Arbeitsrecht im Betrieb 1999, 481 (483); *Deinert*, in: Kündigungsschutzrecht, Kommentar für die Praxis, 6. Aufl. 2011, § 10 Rn. 181; *Walker*, ZfA 2000, 29 (38).

hier auf sich allein gestellt, drohten ihm nach einer entsprechenden Klage gegen den Arbeitgeber auf Nachzahlung des tariflichen Lohns empfindliche Konsequenzen. Auch sei die in der juristischen Diskussion vielfach bemühte Einwirkungsklage der Gewerkschaft gegen den tarifvertragsschließenden Arbeitgeberverband kein wirklich durchgreifendes Rechtsschutzmittel gegen den Tarifbruch. Würde man also einer Koalition den Folgenbeseitigungsanspruch verwehren, würde man letztlich ihre Koalitionsfreiheit nicht effektiv schützen.

Nach anderer Ansicht zielt die nachträgliche Erbringung der tariflichen Leistungen auf einen individualrechtlichen Ausgleich der den Arbeitnehmern durch die tarifwidrigen Betriebsvereinbarungen entstandenen wirtschaftlichen Nachteile und nicht auf die Beseitigung fortwirkender kollektivrechtlicher Störungen. Die Beeinträchtigung der kollektiven Koalitionsfreiheit liege nicht in der Nichtzahlung der tariflichen Leistungen für tarifwidrig geleistete Arbeitszeit, sondern in der Vereinbarung einer tarifwidrigen betrieblichen Regelung, welche die tariflichen Vorschriften als kollektive Ordnung im Betrieb zu verdrängen versuche. Diese Beeinträchtigung könne durch die Nichtanwendung der (ohnehin rechtsunwirksamen) Regelung und auf eine darauf gerichtete, gegenüber den Arbeitnehmern abzugebende ausdrückliche Erklärung des Arbeitgebers beseitigt werden. Ein Beseitigungsanspruch aus § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB sei auf die Aufhebung fortdauernder Beeinträchtigungen gerichtet. Dies umfasse zwar auch die Beseitigung solcher Beeinträchtigungen, die zwangsläufig durch die primäre Störung entstünden. Beeinträchtigungen, die aber als weitere Folge dieser Störung entstünden, könnten nur im Wege eines auf Naturalrestitution gerichteten Schadensersatzes nach § 823 Abs. 1 BGB ausgeglichen werden.

Die letztere Meinung erscheint vorzugswürdig. Würde man einer Gewerkschaft einen Folgenbeseitigungsanspruch zugestehen, würde man letztlich die Unzulässigkeit der Prozessstandschaft für ihre Mitglieder unterlaufen. § 1004 BGB gewährt gerade keinen Schadensersatz, sodass auch rechtsdogmatisch betrachtet die letztgenannte Ansicht die richtige ist. Darüber hinaus besteht kein Bedürfnis, den Anspruch aus § 1004 BGB derart weit zu fassen. Die Gewerkschaft kann ihren Unterlassungsanspruch im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes durchsetzen. So kann sie gewährleisten, dass ihre Mitglieder zumindest vorläufig unter den tariflich vereinbarten Bedingungen arbeiten und keine Gehaltseinbußen erfahren.³⁵

6. *Zwischenergebnis*

Die IGM hat gegen die A keinen Folgenbeseitigungsanspruch aus §§ 1004 Abs. 1 S. 1, 823 Abs. 1 BGB in Verbindung mit Art. 9 Abs. 3 GG, der auf die Wiederherstellung des tarifkonformen Zustands im Hinblick auf ihre Mitglieder aus dem Bereich „technischer Außendienst“ gerichtet ist.

IV. Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB

Die IGM könnte gegen die A einen Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 1 BGB haben. Dies setzt jedoch einen Schaden

³⁵ Vgl. BAG NZA 2011, 1169.

der IGM voraus. Hierzu hat sie aber ausweislich des Sachverhalts nicht substantiiert vorgetragen. Durch die Verletzung ihrer Koalitionsfreiheit aus Art. 9 Abs. 3 GG ist ihr bei normativer Betrachtung ebenfalls kein immaterieller Schaden der geltend gemachten Art entstanden, dessen Höhe sich nach den Verdiensteinbußen der betroffenen Arbeitnehmer richtet. Somit hat die IGM auch keinen Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB.

V. Anspruch aus § 23 Abs. 3 BetrVG

Die IGM könnte gegen A einen Anspruch aus § 23 Abs. 3 BetrVG haben. Dazu müsste eine grobe Pflichtverletzung der A gegen das Betriebsverfassungsgesetz vorliegen. Durch den Abschluss der gegenständlichen Betriebsvereinbarung hat die A gegen § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG verstoßen.³⁶ Jedoch ist der Schutzzweck des § 23 Abs. 3 BetrVG die Sicherung der Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates gegenüber dem Arbeitgeber, nicht der Schutz der Koalitionsbetätigungsfreiheit. Außerdem gibt die Betriebsverfassung dem Betriebsrat – entsprechend wie den Gewerkschaften bei Tarifverstößen, die sich individuell auswirken – nicht das Recht, Ansprüche einzelner Belegschaftsmitglieder zu verfolgen. Darüber hinaus zielt § 23 Abs. 3 BetrVG auf das künftige Verhalten des Arbeitgebers ab und nicht auf eine ausschließlich vergangenheitsbezogene Restitution. Zudem stellt die Norm keine Schadensersatzregelung dar. Damit kommt auch kein Anspruch aus § 23 Abs. 3 BetrVG in Betracht.

VI. Zwischenergebnis

Für das Begehren der IGM fehlt es an einer Anspruchsgrundlage. Damit ist die Klage unbegründet.

C. Endergebnis zu Frage 1

Die Klage der IGM ist zwar zulässig, aber unbegründet. Das Arbeitsgericht Hamburg wird die Klage daher abweisen.

Lösung zu Frage 2

Die Kündigungsschutzklage des F ist begründet, wenn die die ihm gegenüber ausgesprochene Kündigung unwirksam ist.

I. Ordnungsgemäße Kündigungserklärung

Eine schriftliche (§ 623 BGB) Kündigungserklärung ist vom vertretungsberechtigten Organ (Geschäftsführer = Geschäftsführung) ausgesprochen worden und dem F auch zugegangen.

II. Beachtung der dreiwöchigen Klagefrist

Gem. §§ 13 Abs. 1 S. 2, 4 S. 1, 7 KSchG gilt auch bei außerordentlichen Kündigungen – wie der vorliegenden – eine materiell rechtliche Ausschlussfrist von drei Wochen nach Zugang der Kündigung. Innerhalb dieser Frist ist Klage beim Arbeitsgericht zu erheben, sonst gilt die Kündigung als von Anfang an wirksam. F hat die Klage laut Sachverhalt fristgerecht erhoben.

III. Zustimmung des Betriebsrats

Die nach § 103 BetrVG erforderliche Zustimmung des Betriebsrats zur außerordentlichen Kündigung des F liegt vor.

IV. Rechtfertigung der außerordentlichen Kündigung

Die Kündigung ist gerechtfertigt und damit wirksam, wenn sie den Voraussetzungen des § 626 BGB entspricht.

1. Verwertbarkeit des Facebookeintrags

Zunächst ist jedoch zu prüfen, ob die A die gegenständliche Aussage des F auf der Internetplattform Facebook überhaupt zur außerordentlichen Kündigung verwerten durfte. Insoweit könnte nämlich die Rechtsprechung des BAG zur Kündigung des Arbeitsverhältnisses wegen Beleidigungen des Arbeitgebers in vertraulichen Gesprächen mit Arbeitskollegen oder Freunden entgegenstehen.

a) Die Rspr. des BAG zur Vertraulichkeit der Kommunikation

Fallen in vertraulichen Gesprächen mit Arbeitskollegen oder Freunden ehrverletzende Äußerungen über den Arbeitgeber oder Vorgesetzte, so ist eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses nach Ansicht des BAG nicht ohne weiteres zu rechtfertigen. Der Arbeitnehmer dürfe anlässlich solcher Gespräche regelmäßig darauf vertrauen, seine Äußerungen würden nicht nach außen getragen. Die vertrauliche Kommunikation in der Privatsphäre sei Ausdruck der Persönlichkeit und grundrechtlich gewährleistet. Äußerungen, die gegenüber Außenstehenden oder der Öffentlichkeit wegen ihres ehrverletzenden Gehalts nicht schutzwürdig wären, würden in Vertraulichkeitsbeziehungen als Ausdruck der Persönlichkeit und Bedingung ihrer Entfaltung verfassungsrechtlichen Schutz genießen, der dem Schutz der Ehre des durch die Äußerung Betroffenen vorgeht.³⁷

b) Vertraulichkeit der Kommunikation auf Facebook

Ob Äußerungen von Arbeitnehmern auf der Internetplattform Facebook als vertraulich im Sinne der Rspr. des BAG gelten, wird in der aktuellen Rechtsprechung kontrovers diskutiert.³⁸ Dagegen spricht sicherlich zum einen, dass viele der sog. Freunde auf Facebook nicht alle in dem Maße vertrauenswürdig sind wie echte Freunde. Dadurch kann der Nutzer die Kontrolle darüber verlieren, ob seine Äußerungen veröffentlicht werden oder nicht. Zum anderen ist eine schriftliche Äußerung gerade im Internet von der Intensität her nicht mit einer lediglich wörtlichen Äußerung im engen Kollegenkreis zu vergleichen.³⁹ Nach der hier vertretenen Ansicht ist eine Übertragung der BAG Rspr. zur Vertraulichkeit der Kommunikation auf Dialoge im Internet jedoch zumindest grundsätzlich zu befürworten. Aufgrund des technischen Wandels ersetzen Äußerungen im Internet immer häufiger das persönlich

³⁷ Vgl. BAG NZA 2010, 698.

³⁸ Bejahend BayVGH NZA-RR 2012, 302; tendenziell LAG Hamm BB 2012, 2688; ArbG Bochum BeckRS 2012, 68181; verneinend ArbG Dessau-Roßlau BeckRS 2012, 6909.

³⁹ ArbG Duisburg BB 2012, 2752.

³⁶ S.o. B. III. 4. a) aa).

gesprochene Wort.⁴⁰ Würde man die Vertraulichkeit der Kommunikation also nicht einmal im Ansatz in Betracht ziehen, würde man die grundrechtlich geschützte Meinungsäußerungsfreiheit und das allgemeine Persönlichkeitsrecht des betreffenden Arbeitnehmers unangemessen beschneiden.

c) Konkrete Einzelfallbetrachtung

Facebook kennt probate Mittel, die Privatsphäre des Nutzers vor der Öffentlichkeit zu schützen und ihm somit die Kontrolle zu erhalten, welche seiner Aussagen publik wird. So kann der Nutzer die Lesbarkeit seiner Pinnwand dadurch beschränken, dass er nur seine Freunde dafür zulässt und zusätzlich deren Freunde (sog. Freundes-Freunde) ausschließt. Weiter besteht die Möglichkeit, Aussagen als „benutzerdefiniert“ zuzulassen, sodass diese z.B. nur von „engen Freunden“ gelesen werden können.⁴¹ Somit ist es durchaus möglich, prekäre Äußerungen über den Arbeitgeber auch auf Facebook nur einem ausgewählten Adressatenkreis zugänglich zu machen.⁴² Daher wird eine vermittelnde Position, die die Vertraulichkeit dieses sozialen Netzwerks weder pauschal ablehnt oder annimmt, sondern den jeweiligen Einzelfall betrachtet, den Interessen der Beteiligten am ehesten gerecht. Entscheidend sollte sein, wie viele und welche Nutzer von dem jeweiligen Beitrag Kenntnis erlangen konnten.⁴³ Im vorliegenden Fall hat F die Lesbarkeit seiner Pinnwand zwar auf seine Facebook Freunde eingeschränkt. Allerdings sind es ausweislich des Sachverhalts neunzig und zusätzlich haben noch die Freundes-Freunde Zugriff auf die Pinnwand des F. Damit wird der Kreis der Personen, die die gegenständliche Äußerung des F lesen konnten, auf eine ungewisse und wohl nicht gerade unerhebliche Anzahl erweitert. Erschwerend kommt hier hinzu, dass fünfundsechzig der neunzig Facebook Freunde des F im Betrieb der A arbeiteten. Zudem ist der F unter seinem vollen Namen und nicht etwa unter einem Pseudonym in Facebook angemeldet und hat sowohl die A als Arbeitgeberin als auch seine Stellung als Betriebsratsmitglied dort angegeben. Damit hat der F seinen Eintrag quasi betriebsöffentlich gemacht. In Anbetracht all dieser Umstände kann die Äußerung des F über die A aber nicht mehr als vertraulich im Sinne der Rspr. des BAG gewertet werden.

d) Zwischenergebnis

Der F kann hier sich hier nicht auf die Vertraulichkeit der Kommunikation im Sinne der Rechtsprechung des BAG be-

rufen. Mithin konnte die A seine Äußerung auf Facebook verwenden.

2. An-Sich-Eignung als wichtiger Grund i.S.d. § 626 BGB

Nach § 626 BGB kann ein Arbeitsverhältnis aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden, wenn Tatsachen vorliegen, aufgrund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Dienstverhältnisses bis zum Anlauf der Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann. Im Falle einer außerordentlichen Kündigung eines Betriebsratsmitglieds muss jedoch genau unterschieden werden, ob es sich um eine arbeitsvertragliche Pflichtverletzung oder um eine Amtspflichtverletzung handelt. Falls nur Letztere gegeben ist, ist lediglich der Ausschluss aus dem Betriebsrat gem. § 23 Abs. 1 BetrVG die richtige Sanktion. Ist jedoch eine reine Verletzung einer Pflicht aus dem Arbeitsverhältnis gegeben, so gilt der gleiche Bewertungsmaßstab wie bei anderen Arbeitnehmern. Liegt in einer Amtspflichtverletzung aber zugleich eine schwere Verletzung arbeitsvertraglicher Pflichten, muss an den wichtigen Grund ein strengerer Maßstab als gegenüber anderen Arbeitnehmer angelegt werden.⁴⁴ Um den hier einschlägigen Prüfungsmaßstab zu bestimmen, muss daher zunächst geprüft werden, welche Art von Pflichtverletzung der F begangen hat.

a) Arbeitsvertragliche Pflichtverletzung

Der F könnte mit seiner abschätzigen Äußerung gegen seine Rücksichtspflicht gegenüber seiner Arbeitgeberin A aus § 241 Abs. 2 BGB in ganz erheblichem Maß verstoßen haben. In der Rechtsprechung ist anerkannt, dass grobe Beleidigungen insbesondere des Arbeitgebers, die nach Form und Inhalt eine erhebliche Ehrverletzung für den bzw. die Betroffene bedeuten, eine außerordentliche, fristlose Kündigung ohne vorhergehende Abmahnung rechtfertigen können. Für die Bewertung, was als grobe Beleidigung anzusehen ist, kommt es auf alle Umstände des Einzelfalles an. Das Grundrecht auf Meinungsfreiheit hat regelmäßig zurückzutreten, wenn sich die beleidigende Äußerung als Angriff auf die Menschenwürde, als eine Formalbeleidigung oder eine Schmähung darstellt.⁴⁵

Vorliegend bezeichnete F seinen Arbeitgeber in seinem Facebook Status als „scheinbar ach so armen [...] raffgierigen Halsabschneider“. Dieser Ausdruck hat äußerst ehrverletzenden Charakter und stellt eine kaum noch steigerungsfähige Schmähkritik an der A dar. Zwar benennt F in seiner Äußerung die A nicht namentlich, jedoch hat er sie unter der Rubrik Arbeitgeber angegeben, sodass für jedermann erkennbar war, wen er mit „Brötchengeber“ gemeint hat. Bei dieser Art von herabsetzender Schmähkritik kann sich der F jedoch

⁴⁰ ArbG Bochum BeckRS 2012, 68181.

⁴¹ Zu all diesen und weiteren Fallgruppen *Wahlers*, jurisPR-ITR 8/2012 Anm. 2, S. 5 f.

⁴² *Wahlers*, jurisPR-ITR 12/2012 Anm. 2, S. 5.

⁴³ So auch zutreffend *Bissels*, jurisPR-ArbR 37/2012 Anm. 1, S. 4; *Braun*, jurisPR-ITR 20/2012 Anm. 5, S. 2; *Stoffels*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Ed. 29, Stand: 1.9.2013, § 626 Rn. 106a; *Wahlers*, jurisPR-ITR 12/2012 Anm. 2, S. 6; *ders.*, jurisPR-ITR 8/2012 Anm. 2, S. 5; vgl. *Bauer/Günther*, NZA 2013, 67; *Kort*, NZA 2012, 1321 (1324); *Oberwetter*, NJW 2011, 417 (419).

⁴⁴ BAG AP Nr. 95 zu § 626 BGB; LAG Hamburg BeckRS 1996, 30940023; *Wank*, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. 1, 3. Aufl. 2009, § 98 Rn. 67; a.A. *Berkowsky*, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. 1, 3. Aufl. 2009, § 135 Rn. 41.

⁴⁵ BAG DB 2003, 1797 f.; BAG NZA 2006, 650.

nicht mehr auf seine Meinungsäußerungsfreiheit aus Art. 5 GG berufen. Diese muss vielmehr hinter dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht der A aus Art. 1 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 2 Abs. 1 GG sowie der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit der A aus Art. 12 GG, die durch eine Störung des Betriebsfriedens berührt wurde, zurücktreten. Zudem könnte es sich bei der Äußerung des F auch um eine Beleidigung im strafrechtlichen Sinne gem. § 185 StGB handeln. Eine Beleidigung im Sinne der Vorschrift ist dann gegeben, wenn die Kundgabe der Missachtung oder Nichtachtung einer Person durch ehrverletzende Äußerungen zur Kenntniserlangung des Beleidigten (Ehrenträgers) oder Dritter erfolgt.⁴⁶ Dies ist vorliegend dadurch erfolgt, dass F die oben angeführten, äußerst ehrverletzenden Äußerungen an seine Pinnwand bei Facebook gepostet hat, wodurch seine „Facebook-Freunde“ und deren „Facebook-Freunde“ hiervon Kenntnis erlangen konnten. Dies wiegt dadurch umso schwerer, dass darunter fünf- undsechzig Beschäftigte der A die abstrakte Möglichkeit hatten, den Eintrag zu lesen. F hat also eine Beleidigung im Sinne des § 185 StGB begangen.

Somit hat F durch sein die A herabwürdigendes Facebook „Posting“ eine arbeitsvertragliche Pflichtverletzung begangen, die eine außerordentliche Kündigung an sich rechtfertigt. Aufgrund des deutlich ehrverletzenden Charakters der Äußerung war eine Abmahnung des F auch entbehrlich.

b) Amtspflichtverletzung

aa) Beleidigung des Arbeitgebers

Ferner könnte in der beleidigenden Äußerung des F gleichzeitig eine grobe Verletzung von gesetzlichen Pflichten im Sinne des § 23 Abs. 1 BetrVG vorliegen. In Rspr. und Schrifttum ist anerkannt, dass Diffamierungen und grobe Beschimpfungen des Arbeitgebers als grobe Pflichtverletzung in Betracht kommen.⁴⁷ Fraglich ist, ob dies vorliegend auch unter Berücksichtigung aller Umstände anzunehmen ist. Zwar gilt der Schutz von Art. 5 GG entgegen der Auffassung der A für Arbeitnehmer mit Betriebsamt ebenso uneingeschränkt wie für Arbeitnehmer ohne Betriebsamt.⁴⁸ Jedoch muss die Meinungsfreiheit des F aufgrund seiner eindeutig entwürdigenden Schmähkritik an A hinter deren allgemeinem Persönlichkeitsrecht und ihrer wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit zurücktreten. Die Arbeitgeberin gab dem F vorliegend keinen Anlass, sie derart zu beleidigen. Die A hatte keinen Einfluss darauf, dass der Betriebsrat massiv mit den Beschwerden der Arbeitnehmer aus dem technischen Außendienst konfrontiert wurde. Vor allem aber ist zu berücksichtigen, dass der Betriebsrat selbst an der gegenständlichen Betriebsvereinbarung mitgewirkt hat. F befindet sich somit in einem Widerspruch zu seinem eigenen Verhalten. Mithin ist auch unter Berück-

sichtigung aller Umstände eine grobe Pflichtverletzung im Sinne des § 23 Abs. 1 BetrVG gegeben.

bb) Gefährdung des Betriebsfriedens

Weiterhin könnte der F durch seinen Facebookeintrag gegen den Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit gem. § 74 Abs. 2 S. 2 BetrVG verstoßen haben. Auch eine Verletzung dieses Grundsatzes kann eine grobe Amtspflichtverletzung im Sinne des § 23 Abs. 1 BetrVG darstellen. Dafür spricht hier die Tatsache, dass sich nach der Veröffentlichung des „Postings“ des F die Beschwerden der Arbeitnehmer nachweislich vermehrt haben. Damit aber wurde zusätzlicher Druck auf die Geschäftsleitung der A ausgeübt, ihre mit B geschlossene Betriebsvereinbarung aufzuheben, wie es ausweislich des Sachverhalts letztlich auch geschah.

c) Zwischenergebnis

Der F hat mit seinem die A beleidigenden Facebook Eintrag eine arbeitsvertragliche Pflichtverletzung im Sinne des § 626 BGB begangen und zugleich eine damit im Zusammenhang stehende grobe Amtspflichtverletzungen im Sinne des § 23 Abs. 1 BetrVG. Damit muss der Prüfungsmaßstab für den wichtigen Grund im Sinne des § 626 BGB strenger ausfallen als gegenüber Arbeitnehmern ohne Betriebsamt. Aber auch unter Berücksichtigung dieses strengen Prüfungsmaßstabs ist ein wichtiger Grund zu bejahen. Die ehrverletzende Schmähkritik an der A erreicht ein Ausmaß, das nicht mehr von der Meinungsäußerungsfreiheit des F gedeckt werden kann.

3. Umfassende Interessenabwägung

Im Rahmen einer umfassenden Güter- und Interessenabwägung aller Beteiligten ist zu prüfen, ob dem Arbeitgeber die Weiterbeschäftigung des nach § 15 Abs. 1 KSchG ordentlich unkündbaren Arbeitnehmers bis zum Ablauf der fiktiven Kündigungsfrist unzumutbar wäre.⁴⁹

Vorliegend spricht gegen den F, dass er seine beleidigende Äußerung zu einem Zeitpunkt aussprach, in dem ohnehin Spannungen im Betrieb der A herrschten und diese durch seinen Interneteintrag noch zusätzlich verschlimmert wurden. Damit hat er zugleich zwei grundrechtlich geschützte Rechtsgüter der A angegriffen, zum einen ihre persönliche Ehre und zum anderen ihre wirtschaftliche Betätigungsfreiheit. Damit ist aber auch das Vertrauen der A in den F nachhaltig erschüttert worden. Andererseits sollte dem F zugutegehalten werden, dass er sich während seiner beträchtlich langen Betriebszugehörigkeit von fünfzehn Jahren niemals hat etwas zu Schulden kommen lassen. Zudem hat er eingeräumt, seine Äußerung sei übertrieben gewesen und seiner momentanen Drucksituation geschuldet. Daher liegt die Annahme nahe, dass der F solch ein Verhalten in der Zukunft unterlassen wird. Auch ist zu vermuten, dass seine Äußerung deshalb solche Wellen im Betrieb der A geschlagen hat, weil er dem Betriebsrat angehört und die Arbeitnehmer vom technischen Außendienst sich gerade deshalb in ihrer Position besonders gestärkt sahen. Daher ist nach dem ultima ratio-Prinzip jedoch anzunehmen,

⁴⁶ Lenckner/Eisele, in: Schönke/Schröder, Kommentar zum Strafgesetzbuch, 28. Aufl. 2010, § 185 Rn. 1 ff.

⁴⁷ BVerwG EzA Nr. 30 zu § 23 BetrVG 1972; ArbG Marburg NZA-RR 2001, 372; Fitting, Kommentar zum BetrVG, 26. Aufl. 2012, § 23 Rn. 19.

⁴⁸ LAG Berlin-Brandenburg BeckRS 2009, 55187.

⁴⁹ BAG NZA 2008, 777; BAG NZA 1999, 708.

dass ein Ausschluss des F aus dem Betriebsrat (ggf. kombiniert mit einer Abmahnung) hier gegenüber einer außerordentlichen Kündigung das mildere Mittel darstellt.

4. Zwischenergebnis

Nach einer umfassenden Interessen- und Güterabwägung erscheint eine außerordentliche Kündigung des F unverhältnismäßig und somit nicht gerechtfertigt. Damit ist die Kündigung unwirksam.

V. Endergebnis

Die Klage des F ist begründet, da die außerordentliche Kündigung der A unwirksam ist.