

## II. Sozialer Dialog in Betrieb und Dienststelle

*Wolfgang Däubler*

### Gewerkschaftsrechte im Betrieb vor neuen Herausforderungen?

#### I. *Entwicklungsstationen*

Die gewerkschaftliche Betätigung im Betrieb hat nur in Bezug auf die Betriebsverfassung eine gesetzliche Regelung erfahren. Die »autonome«, aus eigenem Recht erfolgende Interessenvertretung wurde in § 2 Abs.3 BetrVG ausgeklammert und auch nirgends sonst vom Gesetzgeber aufgegriffen. An seiner Stelle musste die Rechtsprechung aktiv werden, der als »Vorgabe« nur die Koalitionsfreiheit des Art. 9 Abs. 3 GG zur Verfügung stand.

Der Start war recht vorsichtig. In seiner Entscheidung vom 14.2.1967 bejahte das BAG das Recht der Gewerkschaft, im Betrieb über ihre Tätigkeit zu informieren und neue Mitglieder zu werben, sah jedoch zahllose Grenzen vor wie z. B. das Verbot der Störung des Betriebsfriedens, das Verbot der Verbreitung allgemeinpolitischer (und erst recht parteipolitischer) Inhalte und das Verbot unsachlicher Angriffe gegen den Arbeitgeber oder seinen Verband.<sup>1</sup> Auch dürften »Arbeitskameraden« nur im Wege »gütlichen Zuredens« zum Gewerkschaftsbeitritt aufgefordert werden.<sup>2</sup> Rund zehn Jahre später wurden diese Grundsätze ein wenig weiterentwickelt. Information und Werbung im Betrieb diene dazu, die gewerkschaftlichen Aufgaben »besser und weitergehend« zu erfüllen; aufgrund ihrer Autonomie könne die Gewerkschaft auch selbst entscheiden, ob sie eigene Beauftragte in den Betrieb entsende oder sich ihrer betriebsangehörigen Mitglieder bediene.<sup>3</sup> Die in der ersten Entscheidung

1 BAG AP Nr. 10 zu Art. 9 GG.

2 BAG aaO. Kritiker seien verwiesen auf Däubler, Das soziale Ideal des Bundesarbeitsgerichts, 2. Aufl., Frankfurt/Main-Köln 1975, S. 54 ff.

3 BAG AP Nr. 26 zu Art. 9 GG = DB 1978, 892 (Entscheidung vom 14.2.1978).

entwickelten Grenzen schienen (und scheinen) in der Praxis wenig Probleme bereitet zu haben. Ob die Vorbereitung und Durchführung einer Tarifrunde alle unsachlichen Angriffe ausspart und trotz Hinweises auf das Streikrecht die Friedenspflicht wahrt, wird man bezweifeln müssen. Alles in allem ist die deutsche Gewerkschaftspraxis aber seit jeher durch einen pfleglichen Umgang mit der Arbeitgeberseite gekennzeichnet. Darin spiegeln sich Erfahrungen der Unterlegenheit wider, aber auch betriebswirtschaftliches Denken, wonach man schließlich im selben Boot wie der Arbeitgeber sitze. Ob dies den Mitgliederschwund bei den Gewerkschaften fördert, wird normalerweise nicht zum Thema gemacht.

Es gehört zu den Irrationalitäten der Entwicklung, dass das BVerfG mit Entscheidung vom 17.2.1981<sup>4</sup> das eben genannte zweite Urteil aufhob und ein gewerkschaftliches Zugangsrecht verneinte. Art. 9 Abs.3 GG schütze nur einen »Kernbereich« gewerkschaftlicher Betätigung. Zu diesem würden nur die »unerlässlichen« Handlungsformen gehören, ohne die die Gewerkschaft ihre Funktion nicht erfüllen könne. Werbung und Information lasse sich aber auch durch im Betrieb beschäftigte Mitglieder bewerkstelligen; ob anderes gelte, wenn die Gewerkschaft noch gar nicht im Betrieb vertreten sei, brauche nicht entschieden zu werden. Im konkreten Fall war es um eine kirchliche Einrichtung gegangen, die sich gegen die gewerkschaftlichen »Eindringlinge« zur Wehr gesetzt hatte; es fehlte auf der Grundlage dieser Interpretation des Art. 9 Abs.3 GG eine Norm, die die Einschränkung der kirchlichen Autonomie gerechtfertigt hätte.

Das so verstandene Kriterium der »Unerlässlichkeit« beherrschte gut fünfzehn Jahre lang die Rechtsprechung. Es entfaltete eine erstaunliche »Vorwirkung« auf die Entscheidungen des BAG. Obwohl das Gericht bei der Bejahung des Zugangsrechts unter II 2 seiner Gründe von der »Unerlässlichkeit« gesprochen hatte, trug es bereits ein knappes Jahr später (und über zwei Jahre vor dem Spruch aus Karlsruhe) dem engeren Verständnis des BVerfG Rechnung: Gewerkschaftliche Vertrauensleute im Betrieb zu wählen, sei nicht »unerlässlich«, da man dies auch in einem angemieteten Werksbus vor der Einfahrt tun könne.<sup>5</sup> Gewerkschaftszeitungen müssten nicht im Betrieb verteilt werden, sondern könnten ihre Adressaten auch auf anderem Wege erreichen.<sup>6</sup> Ein Gewerkschaftsblem müsse nicht auf den Schutzhelm geklebt werden, den der Arbeitgeber zur Verfügung stelle, sondern könne auch auf der eigenen Kleidung getragen werden.<sup>7</sup> Über die Ursachen für den vorausseilenden Gehorsam mag man spekulieren; dass es auch damals schon ein gut

4 BVerfGE 57, 220 ff.

5 BAG AuR 1979, 254 = DB 1979, 1043 (8.12.1978).

6 BAG DB 1979, 1185 (23.2.1979).

7 BAG DB 1979, 1089 = AuR 1979, 381.

funktionierendes Telefon gab, wird vermutlich eine Rolle gespielt haben. In der Folgezeit scheiterte die Benutzung eines hausinternen Postverteilungssystems des Arbeitgebers durch die Gewerkschaft daran, dass es ja auch andere (aber vielleicht sehr viel umständlichere!) Formen der Kommunikation gebe.<sup>8</sup> Einen arbeitenden Kollegen in der Pause anzusprechen und ihm gewerkschaftliches Material zu geben, war ebenfalls nicht mehr von der Kernbereichsgarantie des Art. 9 Abs.3 GG gedeckt.<sup>9</sup> Von der grundsätzlichen Anerkennung der Gewerkschaftsrechte im Betrieb blieb nicht mehr viel übrig.

Im Jahre 1992 hatte das BAG erneut über die Frage zu entscheiden, ob ein Arbeitnehmer außerhalb seiner eigenen Arbeitszeit einen Kollegen ansprechen darf, der seinerseits die Arbeit noch nicht beendet hat. Im konkreten Fall war ein freigestelltes Betriebsratsmitglied abgemahnt worden, weil es einem Arbeitskollegen während dessen Arbeitszeit eine Broschüre der Gewerkschaft NGG gegeben und dabei ein kurzes Gespräch geführt hatte. Nach der Erinnerung des Betriebsratsmitglieds hatte dieses zehn Sekunden, nach der Erinnerung eines Vorgesetzten eine Minute gedauert. Das BAG bestätigte seine bisherige Rechtsprechung.<sup>10</sup> *Minima curat praetor*, jedenfalls dann, wenn es um die Betätigung einer Organisation geht, die man doch eher mit einer gewissen Distanz betrachtet. Unsachliche, d. h. diese Sicht nicht teilende Menschen werden geneigt sein, einen Vergleichsfall zu bilden: Ein Arbeitskollege übergibt einem andern eine Eintrittskarte für das nächste Spiel von Bayern München und plaudert dabei eine Minute lang über Klinsmanns neue Taktik – wäre das wohl ein »abmahnungsfähiger« Verstoß gegen die betriebliche Ordnung gewesen?

Entgegen dem durchaus wohl gemeinten und ehrlichen Rat eines BAG-Richters legte die Gewerkschaft Verfassungsbeschwerde ein. Mit Entscheidung vom 14.11.1995<sup>11</sup> gab ihr der Erste Senat des BVerfG statt. Die frühere Entscheidung des Zweiten Senats zum Zugangsrecht<sup>12</sup> sei missverstanden worden. Art. 9 Abs.3 GG decke alle Formen koalitionspezifischer Betätigung, nicht nur solche ab, die vom »Kernbereich« erfasst seien. Dieser bezeichne nicht den Schutzbereich, sondern allenfalls die Grenze für gesetzgeberische Eingriffe in die Koalitionsfreiheit. Soweit die gewerkschaftliche Betätigung mit grundrechtlich geschützten Gütern des Arbeitgebers kollidiere, müsse eine Abwägung erfolgen, die im Rahmen des Möglichen beide zu ihrem Recht

8 BAG DB 1987, 440 = NZA 1987, 164 (23.9.1986).

9 BAG DB 1982, 1327.

10 BAG DB 1992, 843.

11 BVerfGE 93, 352 ff.

12 Oben Fn 4.

kommen lasse.<sup>13</sup> Damit war der bisherigen Rechtsprechung die Grundlage entzogen.<sup>14</sup>

Um Richterrecht an neue Rahmenbedingungen anzupassen, benötigt man geeignete Fälle. An ihnen fehlte es – zumindest bei den höheren Instanzen. Dies mag mit der verhaltenen Reaktion der juristischen Literatur zusammenhängen, die eher zu einer engen Auslegung des Neuen neigte oder dieses ganz weginterpretieren wollte.<sup>15</sup> Daneben spielte die gewerkschaftliche Schwäche eine Rolle. Bei manchen Akteuren sitzt das Bewusstsein darüber so tief, dass die Botschaft, es habe sich etwas zugunsten der Arbeitnehmer verändert, nur auf ungläubiges Erstaunen stößt. Ist da nicht Wunschenken eines den Gewerkschaften nahestehenden Professors im Spiel? Jedenfalls gab es keine neuen BAG-Entscheidungen über die Wahl von Vertrauensleuten im Betrieb, über die Verteilung gewerkschaftlicher Publikationen, über das Emblem auf dem Schutzhelm, über die Nutzung der dem Arbeitgeber gehörenden Postfächer und über das Ansprechen während der Arbeitszeit.

Erst mit Urteil des BAG vom 28.2.2006 änderte sich dies.<sup>16</sup> Unter Bezugnahme auf die veränderte Kernbereichskonzeption bejahte das Gericht ein gewerkschaftliches Zugangsrecht zum Betrieb, »um dort auch durch betriebsfremde Beauftragte um Mitglieder zu werben.« Art. 9 Abs.3 GG decke auch die Befugnis, über das »Wie« der Mitgliederwerbung und die dafür eingesetzten Personen zu entscheiden. Das hätte an sich als Begründung genügt, doch bemühte das Gericht zusätzlich die Schutzpflicht, um sein Recht zur Ausgestaltung der in Art. 9 Abs.3 GG garantierten Rechte zu begründen. Damit hat es eine Figur dazwischen geschaltet, die zu Missverständnissen Anlass gibt, auch wenn sie wohl untechnisch gemeint war und in Wahrheit auf die Ausgestaltungskompetenz zielte.<sup>17</sup> Die Ergebnisse werden dadurch nicht berechenbarer. Bei der »Koordination« mit den Arbeitgebergrundrechten übernimmt das BAG die Rechtsprechung des BVerfG, ohne sie jedoch zu konkretisieren (was eigentlich die Aufgabe eines Fachgerichts wäre). Es komme entscheidend auf den Einzelfall an. Dabei seien die »berechtigten betrieblichen Belange« des Arbeitgebers zu berücksichtigen, wozu dessen Interesse an einem störungsfreien Betriebsablauf und der Wahrung des Betriebsfriedens gehöre. Dies hat zur Folge, dass ein vor Gericht gestellter Antrag, den Zugang zu gestatten, nur aus konkretem Anlass Aussicht auf Erfolg hat, da ein generelles Begehren dieser Art auch Fälle erfasst, in denen die Gegeninteressen

13 So die umgangssprachliche Wiedergabe der praktischen Konkordanz.

14 Brock, Gewerkschaftliche Betätigung im Betrieb durch Aufgabe der Kernbereichslehre durch das Bundesverfassungsgericht, Berlin 2002, S. 101 ff.

15 Nachweise und Kritik bei Däubler, Gewerkschaftsrechte im Betrieb auf neuer Grundlage, DB 1998, 2014 ff. Vgl. noch heute Rose, in: Hess/Schlochauer/Worzalla/Glock/Nicolai, Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, 7. Aufl., Köln 2008, § 2 Rn 175 ff.

16 BAG AP Nr. 127 zu Art. 9 GG = RdA 2007, 110 mit Anm. Dieterich.

17 Dieterich, RdA 2007, 112.

des Arbeitgebers das Übergewicht haben.<sup>18</sup> Wann dies der Fall ist, bleibt offen; die Praxis erhält hier Steine statt Brot.<sup>19</sup>

Auch sonst weist die Begründung einige Merkwürdigkeiten auf. So wird etwa besonders hervorgehoben, eine tarifzuständige Gewerkschaft sei angesichts vieler bereits bestehender unmittelbarer oder mittelbarer Rechtsbeziehungen zum Arbeitgeber nicht wie ein beliebiger Dritter zu betrachten.<sup>20</sup> Heißt dies, dass gegenüber einem gewerkschaftlichen Newcomer andere Grundsätze gelten sollen? Auch das Obiter Dictum, die Gewerkschaften könnten die sich aus den Arbeitsverhältnissen ihrer Mitglieder ergebenden Rechte gegenüber dem Arbeitgeber wahrnehmen,<sup>21</sup> weckt Erstaunen: Will das BAG hier eine gesetzliche Prozessstandschaft bejahen, die es bislang immer abgelehnt hat? Zu optimistischeren Zeiten hätte man dies vermutlich angenommen und ein kleines Verfahren als Versuchsballon gestartet – derzeit ist für solche Initiativen wenig Platz.

Das Ergebnis ist gleichwohl klar: Wir sind wieder angekommen, wo wir 1978 waren.<sup>22</sup> Der verbreitete Spruch »Der Fortschritt ist eine Schnecke« erweist sich als übertrieben optimistisch: Eher fühlt man sich an das (übrigens in Deutschland erfundene) »Mensch ärgere dich nicht« erinnert, wo man gleichfalls nach vielen Mühen bisweilen wieder am Startpunkt landet. Selbst dies ist möglicherweise zu viel gesagt, da die Schwierigkeiten, einen Anspruch auf Zugang effektiv durchzusetzen, in dieser Form im Jahre 1978 nicht vorhanden, zumindest nicht erkennbar waren. Vielleicht muss man noch einmal dreißig Jahre warten, bis dann das »im Grundsatz ja schon immer anerkannte« Zugangsrecht zu einer notfalls auch erzwingbaren Größe wird. Aber möglicherweise ist das Schicksal auch weniger gnädig, und unsere Nachfolger kommen zu dem Schluss, Art. 9 Abs.3 GG gebe seinem eindeutigen Wortlaut nach nur dem Arbeitnehmer-Individuum Rechte, die »kollektive Koalitionsfreiheit« sei eine Erfindung aus einer kollektivistischen Zeit, Gewerkschaftsrechte gebe es genauso wenig wie Sonderrechte des ADAC, der ja auch nicht einfach in die Reparaturwerkstätten rein dürfe, um das Geschäftsgebaren des Inhabers zu überprüfen.

Doch versuchen wir, diese Spekulationen nicht weiter zu spinnen. Konzentrieren wir uns stattdessen nach bewährter Juristenmanier auf den Status quo der Gewerkschaftsrechte, wie defizitär er auch immer sein möge. Welche Änderungen ergeben sich daraus, dass die Einheit »Betrieb« häufig nicht mehr jene klare Struktur aufweist, die es noch in den siebziger Jahren gab, als

18 BAG aaO unter B I 2 c cc (8) der Gründe.

19 Zu Recht kritisch Dieterich RdA 2007, 113; Hensche, in: Däubler/Hjort/Hummel/Wolmerath (Hrsg.), Arbeitsrecht. Individualarbeitsrecht mit kollektivrechtlichen Bezügen. Handkommentar, Baden-Baden 2008, Art. 9 GG Rn 134.

20 BAG aaO unter B I 2 c cc (7) der Gründe.

21 BAG wie Fn 20.

22 Zutreffend konstatiert auch bei Richardi Anm. zu BAG AP Nr. 127 zu Art. 9 GG.

eben auf einem bestimmten Gelände Eisenwaren produziert oder Textilien verkauft wurden? Welche Folgen hat es, dass heute im Intra- und im Internet kommuniziert wird? Kann sich die Gewerkschaft per E-Mail Zugang zu den Beschäftigten verschaffen und so ggf. das Flugblatt durch ein Attachment zu einer Mail ersetzen? Schließlich können sich neue Fragestellungen daraus ergeben, dass im Betrieb mehrere Gewerkschaften vertreten sind, von denen die eine lieber gesehen wird als die andere. Was geschieht, wenn dort eine vom Arbeitgeber gesponserte Organisation ihr Unwesen treibt?

## II. *Veränderte Betriebsstrukturen*

### 1. *Dezentralisierte Einheiten*

Unter welchen Voraussetzungen man von einem »Betrieb« sprechen kann, ist bis heute nicht wirklich abschließend geklärt.<sup>23</sup> Um mit dem Einfacheren zu beginnen: Betriebe können genau wie Unternehmen eine dezentrale Struktur haben. Auslieferungslager und Verwaltung eines Lebensmittelunternehmens liegen z. B. auf demselben Grundstück, daneben existieren in der Umgebung 23 Filialen, die entweder »Betriebsteile« oder selbstständige Betriebe sind. Können gewerkschaftlich engagierte Fahrer Flugblätter mitnehmen, um sie in den angefahrenen Filialen zu verteilen? Die Anwendung der BAG-Grundsätze versteht sich bei zwischenbetrieblicher Kommunikation nicht von selbst. Gleichwohl lassen sich Rechte nach Art. 9 Abs.3 GG nicht an die Grenzen der betriebsverfassungsrechtlichen Einheit »Betrieb« binden. Dies wird nicht zuletzt daran deutlich, dass die Gewerkschaft an der Arbeit des Gesamt- und des Konzernbetriebsrats, aber auch an den Aufsichtsratswahlen beteiligt ist; für Information und Werbung kann schwerlich ein kleinerer Aktionsradius gelten. Auch wäre es schwer vorstellbar, würde mit einem Streit zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat über Vorliegen und Umfang eines Betriebs zugleich über die gewerkschaftlichen Handlungsmöglichkeiten entschieden.<sup>24</sup> Schließlich – und das ist entscheidend – ist die Gewerkschaft im Regelfall eine überbetriebliche Organisation, deren Aktivitäten deshalb nicht in einzelne betriebliche Segmente aufgeteilt werden dürfen.

23 Grundlegend Joost, *Betrieb und Unternehmen als Grundbegriffe im Arbeitsrecht*, München 1988; Überblick über den aktuellen Diskussionsstand bei Däubler, *Das Arbeitsrecht* 1, 16. Aufl., Reinbek 2006, Rn 750a ff.

24 Vgl. auch BAG AP Nr. 10 zu Art. 9 GG Bl. 5R, wonach die innerbetrieblichen Betätigungsrechte der Gewerkschaften nicht durch Betriebsvereinbarung eingeschränkt werden können.

Die Dinge komplizieren sich ein wenig, wenn Teile des Betriebs oder des Unternehmens jenseits der deutschen Grenzen liegen. Kann auch die französische Filiale in eine Flugblattaktion einbezogen werden? Wie steht es mit einer selbständigen Produktionsstätte im Ausland, wie mit einem Tochterunternehmen? Die Rechtsprechung hat sich zur Frage der Gewerkschaftsrechte in diesem Kontext bisher nicht geäußert – vermutlich mangels praktischer Relevanz. Das deutsche Arbeitsvertragsrecht bleibt erhalten, wenn einzelne Arbeitnehmer vorübergehend ins Ausland entsandt sind (sog. Ausstrahlung), aber dasselbe gilt bei dauernder Entsendung, soweit weiter eine »Anbindung« an den inländischen Betrieb vorhanden ist.<sup>25</sup> Da in solchen Fällen auch der Betriebsrat zuständig bleibt, liegt es nahe, die im BetrVG geregelten wie die aus Art. 9 Abs.3 GG abgeleiteten Gewerkschaftsrechte anzuwenden. Mit dieser Art »Akzessorietät« gerät man allerdings in Schwierigkeiten, sobald die von der Rechtsprechung gezogenen Grenzen überschritten sind. Wer ausschließlich für einen einmaligen Auslandseinsatz eingestellt wird, verlässt in der Regel den Anwendungsbereich des deutschen Rechts.<sup>26</sup> Auch wird die Betriebsverfassung insofern an der Grenze »gekappt«, als nach Auffassung des BAG im Ausland keine Teilbetriebsversammlung stattfinden kann.<sup>27</sup> Hier sollte man sich daran erinnern, dass Grundrechte und die aus ihnen abgeleiteten Einzelbefugnisse eigenen kollisionsrechtlichen Regeln unterliegen. Nach der »Spanierentscheidung« des BVerfG<sup>28</sup> sind sie immer dann anwendbar, wenn ein »hinreichend enger« Inlandsbezug vorhanden ist. Er lässt sich bereits dann bejahen, wenn im Inland Entscheidungen getroffen werden, die für die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen im Ausland maßgebend sind. Dies reicht erheblich weiter als das deutsche Arbeitsvertrags- und Betriebsverfassungsrecht. Nur: Die Tatsache, dass es darüber praktisch keine Überlegungen gibt, kommt nicht von ungefähr. Wäre zu Hause das Feld gut bestellt, könnte man auch den Blick über die Grenzen hinaus richten. Davon ist jedoch in der Gegenwart wenig zu spüren. Sollte es gleichwohl einmal praktisch werden: Die Mitnahme von Informationsmaterial der IG Metall oder der Gewerkschaft BCE in eine ausländische Niederlassung würde keinen rechtlichen Bedenken begegnen.

Einen Extremfall der Dezentralisierung stellt die in der Privatwohnung erbrachte Telearbeit dar. Der Zugang der Gewerbeaufsicht wie des Arbeitgebers, des Betriebsrats und der Gewerkschaft kollidiert hier mit der Unverletzlichkeit der Wohnung nach Art. 13 GG. In der Literatur wird deshalb verlangt,

25 BAG DB 1990, 992.

26 BAG AP Nr. 17 zu Internationales Privatrecht Arbeitsrecht.

27 BAG AP Nr. 3 zu § 42 BetrVG 1972; fast einhellig ablehnend die Literatur, Nachweise bei Fitting, Handkommentar zum BetrVG, 24. Aufl., München 2008, § 42 Rn 55.

28 BVerfGE 31, 58, 76 ff.

dass der Arbeitnehmer insoweit ausdrücklich einwilligt.<sup>29</sup> Für die Gewerkschaft bedeutet dies in der Praxis, dass sie den Betroffenen nur mit seiner Zustimmung in der Wohnung aufsuchen kann – im Grunde eine Selbstverständlichkeit, würde doch jedes andere Vorgehen auf Unverständnis stoßen und eine Misstrauen bildende Maßnahme von nachhaltiger Wirkung sein. Praktische Konflikte sind aus diesem Bereich nicht bekannt geworden.

## 2. *Der Betrieb im Betrieb*

Auch eine weitere Veränderung der betrieblichen Strukturen hat mehr die Sozialwissenschaftler als die juristische Praxis beschäftigt. Was geschieht, wenn ein Betrieb oder Betriebsteil räumlich von einem andern Betrieb umgeben ist und nun eine Gewerkschaft ihr Zugangsrecht ausüben möchte? Das große Warenhaus hat im dritten Stock eine Parfümerieabteilung, die aber einem anderen Inhaber gehört, und dasselbe gilt für die Gaststätte im siebten Stock. An solche »shops in the shop« haben wir uns bereits gewöhnt, aber dasselbe Phänomen kann auch im industriellen Bereich auftreten: Das BAG hatte vor einigen Jahren über den Fall zu entscheiden, dass ein Automobilzulieferer die Lackierung von Bremszylindern an eine Fremdfirma vergab, die in den bisherigen Räumlichkeiten auf dem Gelände des Zulieferers weiterarbeitete.<sup>30</sup> Hat die für die »Enklave« zuständige Gewerkschaft ein Durchgangsrecht durch das Warenhaus bzw. die Werkshalle? Die spezifische Lage des Betriebs kann nicht dazu führen, dass der gewerkschaftliche Zugang zum Betrieb nach Art. 9 Abs.3 GG (und nach § 2 Abs.2 BetrVG) vom Hauptunternehmen blockiert werden könnte: Mit der Überlassung von Räumlichkeiten an einen »Betriebsinhaber« ist automatisch nicht nur die Zugangsbefugnis für Kunden, sondern auch die für Instanzen verbunden, die gesetzliche Rechte in Bezug auf den Betrieb geltend machen können. Dazu gehört beispielsweise die Gewerbeaufsicht, aber auch die Betriebsprüfung und nicht zuletzt die Gewerkschaft. Wollte man diese an den Betrieb als solchen geknüpften Befugnisse vertraglich abbedingen, wäre dies ein Verstoß gegen (ungeschriebenes) zwingendes Recht, der die entsprechende Klausel nach § 134 BGB unwirksam machen würde. Allenfalls dann, wenn auch der Inhaber des »Zielunternehmens« den Zutritt verweigern könnte, weil ein Gewerkschaftsvertreter seine Rechte missbraucht und beispielsweise den Inhaber beleidigt oder körperlich angreift, könnte Entsprechendes auch für das Hauptunternehmen

29 Wedde, *Telearbeit*, München 2002, Rn 504 ff.

30 BAG NZA 1992, 275, 277.

gelten, das den Durchgang zu dulden hat.<sup>31</sup> Schwieriger wird die Rechtslage, wenn dem Betriebsinhaber bestimmte Bedingungen wie z. B. Öffnungszeiten vertraglich auferlegt werden, die dem Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 Abs.1 Nr. 2 BetrVG unterliegen.<sup>32</sup>

### III. *Die elektronische Information und Werbung*

Der Gewerkschaftssekretär, der aus eigenem Recht in den Betrieb kommt, dort Gespräche führt, Flugblätter verteilt oder Beiträge kassiert, ist zu einer eher seltenen Erscheinung geworden. Gibt es einen Betriebsrat, wird dieser im Rahmen der Zusammenarbeit nach § 2 Abs.1 BetrVG eine Einladung aussprechen, die den Zugang im Normalfall unproblematisch macht. Wo es keinen Betriebsrat gibt oder dieser nicht kooperativ ist, würde es eher als Störung bei der Arbeit empfunden, wollte ein Außenstehender Flugblätter oder bunte Heftchen an den Mann oder die Frau bringen. Hier bietet sich die Kontaktaufnahme per E-Mail an. Weiter kann es in allen Betrieben von Interesse sein, das traditionelle Schwarze Brett durch eine elektronische Informationsseite zu ergänzen oder zu ersetzen.

#### 1. *E-Mail mit Information und Werbung*

Welche Mittel eine Gewerkschaft für die ihr zustehende spezifisch koalitionsmäßige Betätigung benutzt, ist im Grundsatz ihr selbst überlassen.<sup>33</sup> Statt des Flugblatts eine E-Mail zu wählen, könnte deshalb nur daran scheitern, dass diese in unzulässiger Weise in Grundrechte des Arbeitgebers eingreifen würde. Das ist von vorne herein ausgeschlossen, wenn die private Nutzung der E-Mail-Anschlüsse gestattet ist – was im Verhältnis zu E-Bay und amazon.de erlaubt ist, kann im Verhältnis zur Gewerkschaft nicht verboten sein.<sup>34</sup>

31 S. den Fall LAG Bremen NZA-RR 2000, 632, wo ein Arbeitnehmer bei der Benutzung der Toilette des Hauptunternehmers eine Disziplinlosigkeit beging, anschließend von diesem unbefristetes Hausverbot erhielt und wegen »Unmöglichkeit der Arbeitsleistung« dann von seinem Arbeitgeber gekündigt wurde.

32 Dazu Däubler/Dorndorf/Bonin/Deinert-Däubler, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht, 2. Aufl., München 2008, Anhang zu § 307 BGB Rn 10a.

33 So zuletzt BVerfG NZA 2007, 394, 395: »Die Wahl der Mittel, die die Koalitionen zur Erfüllung ihrer Aufgaben für geeignet halten, bleibt unter dem Schutz des Art. 9 Abs.3 GG grundsätzlich ihnen überlassen.«

34 So im Ergebnis auch Hopfner/Schrock, DB 2004, 1558, 1560.

Probleme könnten sich jedoch dann ergeben, wenn ausschließlich eine dienstliche Nutzung möglich ist.

Der Arbeitgeber könnte einmal geltend machen, er sei Eigentümer des E-Mail-Anschlusses, so dass er zumindest in entsprechender Anwendung der §§ 903, 1004 BGB die Nutzung für andere als von ihm gewollte Zwecke verbieten könne. Damit würde er allerdings seine aus Art. 14 Abs.1 GG folgende Position gegenüber dem gewerkschaftlichen Betätigungsrecht nach Art. 9 Abs.3 GG verabsolutieren. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist dies nicht zulässig. Vielmehr hat eine Abwägung stattzufinden, die insbesondere das Ausmaß der Rechtsbeeinträchtigung berücksichtigen muss. Diese ist auf Seiten des Arbeitgebers ähnlich gering wie bei der Nutzung einer Wand für das Anbringen eines Plakats: Insoweit hatte die Rechtsprechung nicht einmal unter der alten Kernbereichslehre Bedenken.<sup>35</sup> Auch wäre zu berücksichtigen, dass das Versenden von Briefen an die Dienstadresse bislang nie beanstandet wurde, obwohl ihre »Entsorgung« sehr viel mehr Aufwand macht als das Löschen einer E-Mail. Das Arbeitgebervermögen wird in so geringfügigem Umfang in Anspruch genommen, dass das gewerkschaftliche Recht auf Information und Werbung den Vorrang beanspruchen kann.<sup>36</sup>

Der Arbeitgeber könnte sich weiter darauf berufen, wenn die Lektüre der E-Mail in die Arbeitszeit falle, werde die Arbeitspflicht verletzt. Damit ist jedoch eine Konstellation angesprochen, wie sie Gegenstand der BVerfG-Entscheidung vom 14.11.1995<sup>37</sup> war: Dieses hat deutlich gemacht, dass die (berufliche) Betätigungsfreiheit des Arbeitgebers und sein Recht am Gewerbebetrieb erst bei einer Störung des Arbeitsablaufs und des Betriebsfriedens in relevantem Umfang berührt wird.<sup>38</sup> Von einer Überschreitung dieser Grenze kann aber selbst bei einer E-Mail mit umfangreichem Attachment nicht die Rede sein. In einem solchen Fall wäre es Sache des Arbeitnehmers, bei Interesse den eingegangenen Text zu speichern und ihn während der Pausen oder nach Ende der Arbeitszeit zu lesen. Das E-Mail als solches zur Kenntnis zu nehmen, braucht weniger Zeit als ein kleines persönliches Gespräch mit

35 BAG DB 1984, 462; LAG Frankfurt/Main DB 1972, 1027.

36 Ebenso Berg, in: Däubler/Kittner/Klebe (Hrsg.), BetrVG. Kommentar für die Praxis, 11. Aufl., Frankfurt/Main 2008, § 2 Rn 48a; Buschmann, in: Hänlein/Roßnagel (Hrsg.), Wirtschaftsverfassung in Deutschland und Europa, FS Nagel, Kassel 2007, S. 245, 265 f.; Däubler, Internet und Arbeitsrecht, 3. Aufl., Frankfurt/Main 2004, Rn 526; Klebe/Wedde, AuR 2000, 401, 405; im Grundsatz auch Fitting, Betriebsverfassungsgesetz. Handkommentar, 24. Aufl., München 2008, § 2 Rn 85; Gaul, in: Henssler/Willemsen/Kalb (Hrsg.), Arbeitsrecht. Kommentar, 3. Aufl., Köln 2008, § 2 BetrVG Rn 12, 20; Richardi, Betriebsverfassungsgesetz. Kommentar, 11. Aufl., München 2008, § 2 Rn 167; a. A. Kraft-Franzen, in: Kraft/Wiese u.a., Gemeinschaftskommentar zum BetrVG, 8. Aufl., München-Neuwied 2005, § 2 Rn 94; Hopfner/Schrock, DB 2004, 1558; Lelley, BB 2002, 252.

37 Oben Fn 11.

38 BVerfGE 93, 352, 361; ebenso im hier interessierenden Zusammenhang LAG Schleswig-Holstein, AuR 2001, 71; zustimmend Beckschulze/Henkel, DB 2001, 1497.

Arbeitskollegen, das zu führen selbst in autoritär geleiteten Betrieben heutzutage zu den unbeanstandeten Selbstverständlichkeiten gehört. Auch insoweit bestehen daher keine Bedenken.<sup>39</sup>

In jüngster Zeit ist die Auffassung vertreten worden, die Versendung der E-Mails sei unzulässig, wenn die Gewerkschaft nicht darlegen könne, dass sie auf legale Weise Kenntnis von den Anschriften erhalten habe.<sup>40</sup> Damit ist eine Kontaktaufnahme zu den Mitgliedern von vorne herein unproblematisch. Dasselbe gilt von Personen, deren Erreichbarkeit per E-Mail im Internet mitgeteilt wird – was insbesondere bei Außendienstmitarbeitern, Pressesprechern usw. der Fall sein wird. Bei den übrigen ergeben sich in der Tat Probleme. Nach einer älteren Auffassung in der Literatur ist der Arbeitgeber verpflichtet, der Gewerkschaft Namen und Adressen der Beschäftigten für Werbezwecke zur Verfügung zu stellen;<sup>41</sup> auch das Bundesverwaltungsgericht hat der Gewerkschaft das Recht eingeräumt, Namen und Privatanschriften von Polizeibeamten zu erfahren, um so die Werbung vor den Personalratswahlen besser durchführen zu können.<sup>42</sup> In der Gegenwart wird ein derartiger Anspruch einhellig abgelehnt.<sup>43</sup> Dies stützt sich letztlich auf eine engere Bestimmung des Zwecks, der mit dem einzelnen Arbeitsverhältnis verbunden ist; darin kommt eine erhöhte datenschutzrechtliche Sensibilität zum Ausdruck. Auf derselben Linie liegt das Verbot des § 28 Abs.3 Satz 2 BDSG, Listen mit Arbeitnehmerdaten zu Zwecken der Werbung an Dritte zu geben. Auch der Betriebsrat soll trotz des Kooperationsverhältnisses mit der Gewerkschaft<sup>44</sup> nicht berechtigt sein, diese mit den gewünschten Namen (und damit häufig auch den E-Mail-Adressen) zu versorgen.<sup>45</sup> Dies ist nicht unbedingt einsichtig, da betriebsverfassungsrechtliche Normen dem BDSG als Sondervorschriften vorgehen (§ 1 Abs.3 BDSG) und das BAG schon vor längerer Zeit betont hat, das Recht des Einzelnen auf Schutz seiner Individualsphäre nach Art. 2 Abs.1 GG müsse »gegenüber der dem Betriebsrat obliegenden sozialen Schutzfunktion zugunsten der gesamten Arbeitnehmerschaft als dem vorrangigen Recht zurücktreten.«<sup>46</sup> Das »Zusammenwirken« von Betriebsrat und Gewerkschaft, von dem § 2 Abs.1 BetrVG spricht, ist nicht nur als einseitige Hilfeleistung der Gewerkschaft für den Betriebsrat zu ver-

39 Ebenso die Fn 36 genannten Autoren.

40 HessLAG v. 30.4.2008 18 Sa 1724/07, nicht rechtskräftig.

41 Kroll, Datenschutz im Arbeitsverhältnis, Königstein/Ts. 1981, S. 133 ff.

42 BVerwGE 35, 225, 230.

43 Simitis, in: Ders.(Hrsg.) Bundesdatenschutzgesetz, Kommentar, 6. Aufl., Baden-Baden 2006, § 28 Rn 110; Wedde, in: Däubler/Klebe/Wedde/Weichert, Bundesdatenschutzgesetz. Basiskommentar, Frankfurt/Main 2007, § 28 Rn 37; Däubler, Gläserne Belegschaften? Datenschutz in Betrieb und Dienststelle, 4. Aufl., Frankfurt/Main 2002, Rn 456; Gola/Wronka, Handbuch zum Arbeitnehmerdatenschutz, 4. Aufl., Frechen 2008, Rn 1127.

44 Dazu Däubler, Gewerkschaftsrechte im Betrieb, 10. Aufl. Baden-Baden 2000, Rn 70 ff.

45 Wedde, aaO, § 28 Rn 49. Im Fall des HessLAG waren die E-Mail-Adressen nach dem Muster Vorname.Zuname@firma.de aufgebaut.

46 BAG AP Nr. 3 zu § 80 BetrVG 1972 Bl. 4R.

stehen; auch eine in umgekehrter Richtung verlaufende Unterstützung ist vom gesetzlichen Modell gedeckt. Soweit man diese Auffassung nicht teilt, bleibt nur der Rückgriff auf die Einwilligung der einzelnen Arbeitnehmer nach § 4a BDSG, was das erstmalige »Ansprechen« per E-Mail de facto unmöglich macht.

Das LAG Schleswig-Holstein<sup>47</sup> hatte über eine Fallgestaltung zu entscheiden, bei der die ungeklärte Übermittlung der Adressen keine Rolle spielte: Ein dem Betrieb angehörendes Gewerkschaftsmitglied benutzte die ihm zur Verfügung stehende innerbetriebliche E-Mail-Liste, um den dort verzeichneten Kollegen eine Mitteilung mit gewerkschaftlichem Inhalt zu senden. Da im Betrieb nur »dienstlicher« Gebrauch erlaubt war, benutzte er seinen häuslichen PC – ein Vorgehen, das die Zustimmung des LAG Schleswig-Holstein fand und das sich weiter auf die Rechtsprechung des BVerfG stützen kann, dass Träger der Informations- und Werberechte auch der Einzelne ist.<sup>48</sup> Auf diese Weise ist in vielen Fällen sichergestellt, dass ein erstmaliges »Ansprechen« auf elektronischem Wege möglich bleibt – dies ganz auszuschließen, würde die Werbung auf die traditionellen Mittel der Plakatierung und des Gesprächs reduzieren, was schwerlich mit dem Schutzanspruch des Art. 9 Abs.3 GG vereinbar wäre. Der (legal) Angemalte kann auf die eingegangene Botschaft reagieren, erfreut um weitere Informationen bitten oder irritiert verlangen, in Zukunft in Ruhe gelassen zu werden. Er kann auch schweigen und die Mail löschen – was im Übrigen die Regeln des menschlichen Anstands viel weniger verletzt als ein Gesprächsabbruch oder gar ein unverblümtes »Hau ab«. Die Reaktion fällt gleichfalls unter den Schutzbereich des Art. 9 Abs.3 GG. Dieser deckt auch Eigeninitiativen eines Beschäftigten ab, der sich im Gespräch oder per E-Mail über die gewerkschaftlichen Positionen erkundigen will. Art. 9 Abs.3 GG ist nicht nur ein Grundrecht für »Aktivisten«, sondern auch für diejenigen, die erst überlegen wollen, ob sie sich mit andern »zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen« zusammenschließen wollen. Dies ist nie als Problem empfunden worden und sollte auch unter den Bedingungen elektronischer Kommunikation keines werden.<sup>49</sup>

## 2. Die gewerkschaftliche Präsenz im Intranet

Lässt sich aus dem Zugangsrecht der Gewerkschaft zum Betrieb ein Recht herleiten, auch in das innerbetriebliche Kommunikationsnetz einbezogen zu

47 AuR 2001, 71. Im Prinzip ihm zustimmend Fitting § 74 Rn 72; GK-BetrVG-Kraft/Franzen § 2 Rn 94.

48 BVerfGE 93, 352, 358.

49 Wie hier im Ergebnis DKK-Berg § 2 Rn 48a; Däubler, Arbeitsrecht 1, Rn 1200; Klebe/Wedde, AuR 2000, 401; anders Beckschulze/Henkel, DB 2001, 1501.

werden, also die physische durch eine elektronische Präsenz zu ersetzen? Kann sie das »Schwarze Brett« durch eine eigene »Homepage« im Intranet ersetzen? Die Frage pauschal zu bejahen, fällt schwer. Die Gewerkschaft hätte durch ihre Einbindung in das innerbetriebliche Geschehen sehr viel mehr Zugangsmöglichkeiten als im Rahmen traditioneller Gespräche und Betriebsbegehungen. Dies kann ihr der Arbeitgeber freiwillig einräumen, dazu verpflichtet ist er nach Art. 9 Abs.3 GG nicht. Möglich sind aber Aufbau und Unterhaltung von reinen Informationsseiten oder die Erstellung einer Homepage durch betriebsangehörige Gewerkschaftsmitglieder, die sich ja ihrerseits auf Art. 9 Abs.3 GG berufen können. In der Literatur wird dies in wachsendem Umfang bejaht.<sup>50</sup> Damit ist das Schwarze Brett auf das Informationszeitalter umgestellt. So wie man die dort befindlichen Aushänge ggf. auf dem Weg in die Kantine gelesen hat, kann man auch heute während der Arbeitszeit einen Blick auf das »Angebot« werfen: Übersteigt dies nicht die Dauer eines privaten Gesprächs, das man jederzeit mit einem Arbeitskollegen ohne Beanstandung führen kann, bestehen keine Bedenken. Andernfalls wäre entgegen Art. 9 Abs.3 Satz 2 GG die gewerkschaftliche Tätigkeit gegenüber sonstigen nicht arbeitsbezogenen Aktivitäten benachteiligt.<sup>51</sup> Das Einstellen neuer Informationen wird diesen Bereich allerdings überschreiten, so dass die Pausen oder eine sonstige arbeitsfreie Zeit hierfür genutzt werden muss. Die Kosten einer Homepage hat der Arbeitgeber genauso wenig wie die eines Schwarzen Bretts oder gewerkschaftlicher Flugblätter zu tragen: Soweit die Gewerkschaft nicht selbst aktiv wird, gehen sie zunächst zu Lasten des fraglichen Arbeitnehmers, der ggf. Aufwendungsersatz von ihr verlangen kann.

#### IV. *Konkurrierende Organisationen im Betrieb*

##### 1. *Wettbewerbsregeln*

Der Umgang mit konkurrierenden Organisationen war über Jahrzehnte hinweg in der Rechtsprechung und wohl auch in der Praxis kein Thema. Lediglich in den sechziger Jahren des vorigen Jahrhunderts hatten sich ÖTV und GdP (die damals noch außerhalb des DGB stand)<sup>52</sup> sowie ÖTV und DAG<sup>53</sup>

50 Buschmann, FS Nagel, S. 265; Däubler, Internet und Arbeitsrecht, Rn 537 ff.; DKK-Berg § 2 Rn 48a; Klebe/Wedde, AuR 2000, 407; Richardi, § 2 Rn 162; einschränkend auf Betriebe, in denen die elektronische Kommunikation im Vordergrund steht, GK-Kraft/Franzen § 2 Rn 94; ablehnend Beckschulze, DB 2003, 2786; Lelley BB 2002, 255.

51 DKK-Berg § 2 Rn 47; Fitting § 74 Rn 72; ähnlich ErfK-Kania, 8. Aufl., München 2008, § 74 BetrVG Rn 36.

52 So der Fall BGH NJW 1965, 29 = AP Nr. 6 zu § 54 BGB.

53 BAG NJW 1969, 861 (1 AZR 16/68).

mit großer Erbitterung bekriegt. Neue Aktualität erlangte die Problematik erst im Jahre 2002, als die Polizeigewerkschaft im DBB neue Mitglieder mit dem Angebot gewinnen wollte, sie müssten während des ersten Jahres nur einen monatlichen Beitrag von 1 Euro bezahlen. Die GdP wertete dies als unlauteres Dumping-Angebot und verklagte den Konkurrenten auf Unterlassung, was zum Urteil des BAG vom 31.5.2005 führte.<sup>54</sup> In Zukunft wird angesichts der veränderten Landschaft, die sich an den sog. christlichen Gewerkschaften sowie den Namen VC, UFO, GdF, Marburger Bund und GdL festmacht, sehr viel häufiger mit derartigen Konflikten zu rechnen sein. Darauf hat insbesondere Ulrike Wendeling-Schröder<sup>55</sup> aufmerksam gemacht.

Über die Grundsatzfragen besteht Einigkeit. Das UWG findet keine Anwendung, da Gewerkschaften nicht im »geschäftlichen Verkehr« aktiv sind.<sup>56</sup> Da die Koalitionsfreiheit nach Art. 9 Abs.3 Satz 2 GG unmittelbare Drittwirkung hat, ist das gewerkschaftliche Betätigungsrecht auch im Privatrechtsverkehr zu achten. § 1004 BGB findet entsprechende Anwendung, so dass Eingriffe – wenn möglich – rückgängig zu machen und in Zukunft zu unterlassen sind.<sup>57</sup> Kollidierende Rechte zweier Organisationen sind zu einem Ausgleich zu bringen: Die bloße Tatsache, dass die Werbung der einen Organisation die andere Mitglieder kostet, ist rechtlich nicht zu beanstanden. Anders verhält es sich jedoch dann, wenn Unwahrheiten verkündet werden: Der Vergleich mit den Leistungen der Konkurrenzorganisation ist unvollständig und lässt gerade den Teil weg, wo »die andern« besser dastehen,<sup>58</sup> als eigener Erfolg wird ein Tarifvertrag hervorgehoben, den die Konkurrenzorganisation abgeschlossen und den man sich nur im Wege des Anschlussstarifs zu eigen gemacht hat.<sup>59</sup> Unerlaubt sich Beleidigungen und Diffamierungen sowie Angriffe in Bereichen, die gar nichts mit den Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen zu tun haben.<sup>60</sup> Billig-Angebote wie die 1-Euro-Mitgliedschaft sind dagegen zulässig.<sup>61</sup> Bedenken könnten sich erst ergeben, wenn sich das Angebot ausschließlich an die Mitglieder der Konkurrenzorganisation richten würde, da das ein Versuch sein könnte, deren Existenz zu vernichten; dies würde keinen »verhältnismäßigen Ausgleich« mehr zwischen ihren kollidierenden Rechten darstellen. Allgemein gesprochen: Der Wettbewerb zwischen den Gewerkschaften muss »fair« sein; Wertungen dafür lassen sich im Einzelfall evtl. auch der Rechtsprechung zum UWG entnehmen.

54 BAG NZA 2005, 1182.

55 Gewerkschaftskooperation und Gewerkschaftswettbewerb, in: Annuß/Picker/Wissmann (Hrsg.), Festschrift Richardi, München 2007, S. 802 ff.

56 So bereits BGH NJW 1965, 29 und BAG NJW 1969, 861, bestätigt auch für das UWG n. F. durch BAG NZA 2005, 1182.

57 In diesem Sinne neben den Fn 55 genannten Entscheidungen auch BAG NZA 1999, 887.

58 So im Fall BGH NJW 1965, 29.

59 So im Fall BAG NJW 1969, 861.

60 BAG NZA 2005, 1182, 1184.

61 Ebenso Wendeling-Schröder, FS Richardi, S. 805.

## 2. Neutralität des Arbeitgebers?

Die langfristig sehr viel bedeutsamere Frage besteht darin, ob und in welchem Maße sich der Arbeitgeber aus dem Konflikt heraushalten muss. Was geschieht, wenn er eine bestimmte Gewerkschaft besonders schätzt und ihr großzügig Flächen für Plakate, eine Homepage im Intranet und Räumlichkeiten für ihre Veranstaltungen zur Verfügung stellt, während eine weniger angesehene andere Organisation dies alles nur dann bekommt, wenn sie mit einem gerichtlichen Verfahren gedroht oder dieses gar eingeleitet hat? Problematisch kann im Einzelfall auch eine Gleichbehandlung sein: Die mitgliederstarke Organisation hat beträchtliche tarifliche Erfolge erzielt, die automatisch auch auf die Konkurrenz erstreckt werden. Wofür die einen kämpfen mussten, fällt den andern in den Schoß. Sie erscheinen auf diese Weise genauso bedeutsam und gewinnen den zusätzlichen Vorteil, Energien für andere Zwecke frei machen können.

Die rechtlichen Überlegungen dazu stehen noch am Anfang.<sup>62</sup> Soweit es um die Rahmenbedingungen der Betätigung geht, muss der Arbeitgeber alle gleichbehandeln. Der Zugang zum Intranet darf weder von der Wertschätzung des Arbeitgebers noch davon abhängen, ob die Organisation viele oder wenige Mitglieder im Betrieb hat. Wer die Voraussetzungen für die Wahrnehmung bestimmter Rechte erfüllt, muss sie ohne »Schikane« wahrnehmen können. Insoweit dürfen weder die »Lieblinge« begünstigt noch die Kleinen benachteiligt werden. Anders verhält es sich mit den Erfolgen, die eine Organisation durch ihre Größe und den Einsatz ihrer Mitglieder erreicht hat. Nimmt man den Gedanken des fairen Leistungswettbewerbs ernst, so darf der Arbeitgeber die Mitglieder schwacher Organisationen nicht durch freiwillige Leistungen an den Ergebnissen der Starken partizipieren lassen.<sup>63</sup> Abweichendes soll nur dann gelten, wenn seine eigenen Rechtsgüter wie der Betriebsfrieden ohne eine solche Handhabung gefährdet wären.<sup>64</sup>

Wird eine bestimmte Organisation in der beschriebenen Weise begünstigt, so liegt darin ein Eingriff in die Betätigungsfreiheit der benachteiligten. Durch einen Unterlassungsanspruch entsprechend § 1004 BGB kann jedenfalls eine Wiederholung in der Zukunft verhindert werden.

62 Wichtigster Beitrag ist derzeit das Buch von Botterweck, Gewerkschaftspluralismus im Betrieb, Frankfurt/Main 2007. Vgl. weiter die Überlegungen bei Wendeling-Schröder (FS Richardi, S. 805 ff.) zur Werbung mit exklusiven Sondervorteilen für Gewerkschaftsmitglieder, ein Aspekt, der hier nicht unmittelbar weiterverfolgt wird.

63 Botterweck, aaO, S. 158.

64 Botterweck S. 161.

### 3. Neutralität des Betriebsrats

Der Betriebsrat ist nicht verpflichtet, mit jeder im Betrieb vertretenen Gewerkschaft zusammenzuarbeiten. Das Gesetz legt ihm die Kooperation formal in § 2 Abs.1 BetrVG und inhaltlich durch die Dienstleistungen, die die Gewerkschaft in bestimmten Bereichen erbringen kann, nahe, lässt aber die Letztentscheidung bei ihm. Interesse verdient in diesem Zusammenhang die Vorschrift des § 31 BetrVG, die jeder im Betrieb vertretenen Gewerkschaft ein Teilnahmerecht an Betriebsratssitzungen gewährt, sofern ein Viertel der Betriebsratsmitglieder einen entsprechenden Wunsch äußert. Insoweit existiert ein Minderheitenschutz – allerdings nur zugunsten von Gruppen, die eine gewisse Relevanz auch im Betriebsrat selbst besitzen. Die Zusammenarbeit mit mehr als einer Gewerkschaft soll für den Betriebsrat zur Pflicht werden, wenn die effektive Erfüllung seiner Aufgaben sonst nicht gesichert wäre<sup>65</sup> – eine auf dieser Abstraktionsebene sicherlich plausible Aussage, wobei es jedoch schwierig ist, sich solche Fälle konkret vorzustellen. Faktisch läuft die gewerkschaftliche Unterstützung des Betriebsrats auf Beratung durch sachkundige Personen hinaus, die ggf. von außen hinzugewonnen werden können. Dies kann auch eine einzelne Organisation bewältigen. Ginge es um Streiks oder andere Formen der Kooperationsverweigerung, wäre eine »Bündelung« der Kräfte möglicherweise unabdingbar; davon kann aber im Rahmen der gesetzlichen Verfahren der Betriebsverfassung nicht die Rede sein.

### 4. Einschaltung von Pseudogewerkschaften

Die Auseinandersetzungen um die AUB zwingen dazu, weiter den Fall einzu beziehen, dass im Betrieb eine »gelbe« Gewerkschaft auftritt, die vom Arbeitgeber finanziell und auch auf andere Weise unterstützt wird. Hier spielen die konkreten Auseinandersetzungsformen anders als beim Wettbewerb zwischen zwei Gewerkschaften keine Rolle mehr: Schon das Auftreten einer solchen Organisation im Betrieb, das Verteilen von Flugblättern und das Versenden von E-Mails sowie erst recht eine Kandidatur zum Betriebsrat stellen einen Eingriff in das gewerkschaftliche Betätigungsrecht dar. Unterlassungsansprüche könnten sowohl gegen den Arbeitgeber wie auch gegen die Pseudogewerkschaft geltend gemacht werden.

65 Botterweck S. 194.

# Vergütung und berufliche Entwicklung freigestellter Betriebsratsmitglieder

## I. Einleitung

Die Vergütungen von und Zuwendungen an freigestellte Betriebsratsmitglieder fanden in der letzten Zeit das breite Interesse von Öffentlichkeit und Medien. Einen Schlusspunkt setzte das Landgericht Braunschweig im Januar 2007<sup>1</sup>.

Bei einem Großunternehmen der Automobilindustrie werden die Vergütungen freigestellter Betriebsratsmitglieder durch eine paritätische Kommission festgesetzt. Dieses Verfahren beanstandete das Landgericht nicht, wohl aber darüber hinaus geleistete Zuwendungen, von denen weder die Kommission noch die übrigen Betriebsratsmitglieder etwas wussten. Rieble<sup>2</sup> geht in seiner Anmerkung zu diesem Urteil davon aus, für die Vergütung von freigestellten Betriebsratsmitgliedern gelte allein der Maßstab der betriebsüblichen Entwicklung vergleichbarer Arbeitnehmer gem. § 37 Abs. 4 BetrVG. Dies gibt Veranlassung, der Frage nachzugehen, nach welchen Kriterien sich die Vergütung freigestellter Betriebsratsmitglieder bemisst und welche Rechtsfolgen es ggf. hat, wenn sie die Vergütungsebene von leitenden Angestellten erreichen.

## II. Die Vergütung

### 1. Die Pauschalregelung

Das Arbeitsentgelt von Mitgliedern des Betriebsrats, auch von freigestellten Mitgliedern des Betriebsrats, darf nicht geringer bemessen werden, als das

1 LG Braunschweig 25.01.2007 – 6 KLS 48/06 – = CCZ 1/08.

2 Rieble, Untreue durch Zahlung einer gesetzlich nicht vorgesehenen Vergütung an Betriebsratsmitglieder, CCZ 2008, 34; vgl. aber auch Rieble, Die Betriebsratsvergütung, NZA 2008, 276.