

beweispflichtig ist (vgl. BAG 24.4.2008 – 8 AZR 347/07 – Rn. 41).

[12] 2. Zutr. ist das LAG zunächst davon ausgegangen, dass der Kl. die Vorfälle, die seine Mobbingvorwürfe begründen könnten, und deren Vorliegen die Bekl. bestritten hat, zwar durch seine eigene Parteivernehmung unter Beweis gestellt hat, eine solche aber nach § 447 ZPO aufgrund des fehlenden Einverständnisses der Bekl. grundsätzlich ausscheidet.

[13] 3. Andere Beweismittel als seine Vernehmung als Partei hat der Kl. nicht angeboten.

[14] Ob das LAG zu einer Vernehmung des beweispflichtigen Kl. nach § 448 ZPO verpflichtet war, kann der Senat aufgrund der Ausführungen des BerG nicht abschließend entscheiden.

[15] a) Grundsätzlich gehen einer Parteivernehmung andere Beweismittel, insbesondere der Zeugenbeweis nach §§ 373 ff. ZPO vor. Nach allgemeiner Meinung ist die Parteivernehmung nach §§ 445 ff. ZPO ein subsidiäres Beweismittel (vgl. Thomas/Putzo/Reichold ZPO 34. Aufl. Vorbem. § 445 Rn. 1; Zöller/Geimer/Greger ZPO 29. Aufl. Vorbem. § 445 Rn. 5; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann ZPO 71. Aufl. Übersicht § 445 Rn. 7).

[16] b) Dem Kl. hätte ein anderes Beweismittel als die eigene Parteivernehmung zur Verfügung gestanden. Er hätte für die Richtigkeit seiner Behauptungen seinen Vorgesetzten S als Zeugen benennen können. Dass dieser die „Mobbing-Äußerungen“ selbst getätigt haben soll, steht dem nicht entgegen. Allein die Tatsache, dass die Bekl., also nicht der Zeuge selbst, die vom Kl. behaupteten Äußerungen des Zeugen bestritten hatte, führt nicht dazu, dass für den Kl. ein solches Beweisangebot aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen ausscheidet. Auch wenn eine Aussage des Zeugen, welche die Behauptungen des Kl. bestätigen würde, für den Zeugen selbst und die Bekl., als deren Repräsentant der Zeuge aufgetreten war, ungünstige Folgen hätte, müsste der Kl. nicht zwingend davon ausgehen, der Zeuge werde die klägerischen Behauptungen nicht bestätigen. Dieser wäre zu einer wahrheitsgemäßen Aussage verpflichtet gewesen. Sowohl bei einer uneidlichen als auch bei einer eidlichen Falschaussage hätten ihm strafrechtliche Konsequenzen gedroht (§§ 153, 154 StGB). Allein deshalb durfte der Kl. – gleichsam im Wege einer „vorweggenommenen Beweiswürdigung“ – nicht davon ausgehen, der Zeuge werde wahrheitswidrig unter Inkaufnahme strafrechtlicher Folgen die angeblich von ihm getätigten Äußerungen leugnen, und deshalb auf das Beweisangebot „Zeugenvernehmung“ verzichten. Hinzu kommt, dass der Zeuge, um eine Zwangslage zwischen Falschaussage und einer wahrheitsgemäßen Aussage mit negativen Folgen für sich zu vermeiden, die Möglichkeit der Zeugnisverweigerung nach § 384 Nr. 1 und Nr. 2 ZPO gehabt hätte.

[17] c) Nachdem der Kl. den ihm möglichen Zeugenbeweis nicht angetreten hatte, musste das LAG darüber entscheiden, ob es den Kl. für die Richtigkeit seiner streitigen Behauptungen nach § 448 ZPO als Partei vernehmen sollte. Allein die Tatsache, dass der Kl. für seine bestrittenen Behauptungen keinen ihm möglichen Zeugenbeweis angeboten hat, entbindet das LAG nicht von dieser Verpflichtung. Nach st. Rspr. ist Voraussetzung für eine Parteivernehmung der beweispflichtigen Partei gem § 448 ZPO, dass für die zu beweisende Tatsache aufgrund einer vorausgegangenen Beweisaufnahme oder des sonstigen Verhandlungsinhalts eine gewisse Wahrscheinlichkeit spricht (vgl. BGH 9.3.1990 – V ZR 244/88 – Rn. 14, BGHZ 110, 363; 16.7.1998 – I ZR 32/96 – Rn. 20 m.w.N.; BAG 16.9.1999 – 2 AZR 712/98 – 6.12.2001 – 2 AZR 396/00 – BAGE 100, 52).

[18] d) Von diesem Grundsatz ist im konkreten Streitfall auch unter der Berücksichtigung der Rspr. zur Beweisführung bei sog. „Vier-Augen-Gesprächen“ auszugehen. ...

[25] e) Damit war das LAG nicht – gleichsam von Amts wegen – verpflichtet, den Kl. gem. § 448 ZPO als Partei zu vernehmen. Vielmehr musste es prüfen, ob eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür sprach, dass die vom Kl. geschilderten Äußerungen seines Vorgesetzten in den Vier-Augen-Gesprächen tatsächlich gefallen waren. Dafür hätte das LAG in nachprüfbarer Weise darlegen müssen, weshalb es von der Parteivernehmung des Kl. abgesehen hat. Andernfalls kann nicht davon ausgegangen werden, dass es von seinem ihm nach § 448 ZPO eingeräumten Ermessen überhaupt Gebrauch gemacht hat. Verneint das LAG die gewisse Wahrscheinlichkeit der Beweistatsache und lehnt es deshalb eine Parteivernehmung ab, so müssen seine Feststellungen in einer § 286 ZPO genügenden Weise getroffen sein (BGH 9.3.1990 – V ZR 244/88 – BGHZ 110, 363). Daran fehlt es vorl. Das LAG hat ohne nähere Angabe von Gründen lediglich festgestellt, dass „ein sog. Anfangs- oder Anbeweis für die behaupteten Tatsachen“ fehlt. Aus welchen Gründen es zu dieser Feststellung gelangt ist, hat das BerG nicht ausgeführt. Allein der Hinweis darauf, dass der Kl. in der mündlichen Verhandlung vor dem LAG ... persönlich anwesend war und Gelegenheit zur Stellungnahme hatte, ist in diesem Zusammenhang unbehelflich, weil daraus nicht ersichtlich wird, ob das Gericht dem Kl. Fragen gestellt hat oder ob er und ggf. welche Erklärungen er in der mündlichen Verhandlung abgegeben hat. Diesbezüglich enthält auch die Sitzungsniederschrift keine Feststellungen.

Betriebliche Altersversorgung – Höchstaltersgrenze

AGG §§ 1, 2, 3, 6, 7, 10 Satz 1, Satz 2, Satz 3 Nr. 4; BetrAVG § 1b; EG Art. 141 (nunmehr: AEUV Art. 157); AEUV Art. 267 Abs. 3; Richtlinie 2000/78/EG Art. 6 Abs. 1, Abs. 2; Richtlinie 2006/54/EG Art. 2; Charta der Grundrechte der Europäischen Union Art. 21 Abs. 1

Orientierungssätze:

1. Die Festsetzung von Altersgrenzen in betrieblichen Versorgungssystemen ist nach § 10 Satz 3 Nr. 4 AGG grundsätzlich zulässig. Die in der Versorgungsregelung bestimmte konkrete Altersgrenze muss nach § 10 Satz 2 AGG angemessen sein.

2. Eine in einer Versorgungsregelung geregelte Höchstaltersgrenze von 50 Jahren für die Aufnahme in den von der Versorgungsregelung begünstigten Personenkreis verstößt grds. nicht gegen das Verbot der Diskriminierung wegen des Alters oder wegen des Geschlechts.

BAG, Urteil vom 12. November 2013 – 3 AZR 356/12 – (Vorinstanz: LAG Düsseldorf, Urt. vom 29.2.2012 – 12 Sa 1430/11 –)

III. Personalvertretungs- und Betriebsverfassungsrecht

Streikaufruf im Intranet

GG Art. 9 Abs. 3; BGB § 1004; BetrVG § 74 Abs. 2 Satz 1

Orientierungssätze:

1. Stellt der Arbeitgeber den Arbeitnehmern einen E-Mail-Account ausschließlich zur dienstlichen Nutzung zur Verfügung, beeinträchtigt ein Mitarbeiter das Eigentumsrecht des Arbeitgebers, wenn er über das Intranet einen Streikaufruf der Gewerkschaft an seine Arbeitskollegen versendet. Er verfolgt hiermit keine im Arbeitgeberinteresse liegenden dienstlichen Zwecke, sondern persönliche koalitionspolitische Ziele.

2. Der Arbeitgeber hat aus § 74 Abs. 2 Satz 1 Halbs. 1 BetrVG keinen Anspruch gegen einzelne Mitglieder des Betriebsrats auf Unterlassung derartiger Beeinträchtigungen. Ein Unterlassungsgebot ist in dieser Bestimmung nicht ausdrücklich vorgesehen. Hiergegen sprechen auch der systematische Gesamtzusammenhang des Betriebsverfassungsgesetzes und die Konzeption des § 23 BetrVG. Diese schließen jedoch einen Unterlassungsanspruch aus § 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB nicht aus. Während durch § 23 BetrVG die betriebsverfassungsrechtliche Ordnung im Verhältnis des Arbeitgebers zum Betriebsrat und seiner Mitglieder gewährleistet wird, dient § 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB dem privatrechtlichen Schutz des Eigentums gegenüber jedermann.

3. Der Arbeitgeber ist nach § 1004 Abs. 2 BGB nicht verpflichtet, die Nutzung eines von ihm zur Verfügung gestellten E-Mail-Accounts durch die bei ihm beschäftigten Arbeitnehmer zu Zwecken des Arbeitskampfs zu dulden. Ein gewerkschaftlich organisierter Arbeitnehmer nimmt mit der Versendung und Verbreitung von Streikaufrufen zwar seine individuelle Koalitionsfreiheit aus Art. 9 Abs. 3 GG wahr. Da er hierbei jedoch das Eigentum des Arbeitgebers in Anspruch nimmt, kollidiert sein Handeln mit dessen Rechtspositionen aus Art. 14 Abs. 1 GG. Zwischen diesen kollidierenden grundrechtlichen Gewährleistungen ist im Wege einer Güterabwägung nach dem Grundsatz der praktischen Konkordanz ein schonender Ausgleich herbeizuführen.

4. Hiernach ist zu berücksichtigen, dass der Arbeitnehmer seine individuelle Koalitionsfreiheit im Zusammenhang mit der Mobilisierung der Belegschaft zur Teilnahme an einem Streik in vielfältiger Weise wahrnehmen kann und dabei nicht auf die Nutzung der arbeitgeberseitig zur Verfügung gestellten betrieblichen Kommunikationsinfrastruktur angewiesen ist. Auch wenn auf diese Weise ein Streikaufruf einer Gewerkschaft schneller und zielgerichteter verbreitet und so deren Kampfkraft gestärkt werden kann, bedarf es keines Rückgriffs auf Betriebsmittel des Arbeitgebers. Die Mobilisierung von Arbeitnehmern zur Streikteilnahme ist Aufgabe der jeweiligen Koalition und ihrer Mitglieder. Der Arbeitgeber ist nicht verpflichtet, hieran durch Bereitstellung eigener Betriebsmittel mitzuwirken.

BAG, Beschluss vom 15. Oktober 2013 – 1 ABR 31/12 – (Vorinstanz: LAG Berlin-Brandenburg, Beschl. vom 31.1.2012 – 7 TaBV 1733/11 –)

Zum Sachverhalt: Die antragstellende Arbeitgeberin betreibt ein Klinikum mit ca. 870 Arbeitnehmern. Bet. zu 2. ist der dort gewählte Betriebsrat. Dessen Vorsitzender war im Frühjahr 2011 der Bet. zu 3., der Bet. zu 4. war seinerzeit stellvertretender Betriebsratsvorsitzender. Beide sind Mitglieder der Gewerkschaft ver.di.

Dem Betriebsrat ist von der Arbeitgeberin ein E-Mail-Account nach dem Muster „Betriebsrat@Arbeitgeber.de“ zugewiesen. Die Bet. zu 3. und 4. verfügen zudem über namensbezogene E-Mail-Konten, die nach dem Muster „Vorname.Nachname@Arbeitgeber.de“ aufgebaut sind. Zusätzlich sind ihnen in den für die Betriebsratsarbeit zur Verfügung gestellten Büroräumen Telefonanschlüsse nebst Durchwahl eingerichtet worden. Soweit Beschäftigte der Arbeitgeberin über namensbezogene E-Mail-Accounts verfügen, gestattet die Arbeitgeberin nach einer Anordnung vom September 2010 ausschließlich eine dienstliche Nutzung.

Im Rahmen laufender Tarifverhandlungen rief der ver.di-Landesverband Berlin-Brandenburg für den 13.4.2011 zu einem Warnstreik im Klinikum der Arbeitgeberin auf. Der Bet. zu 4. verbreitete den Streikaufruf am 11.4.2011 im Klinikum über seinen namensbezogenen E-Mail-Account und rief die Mitarbeiter auf, an dem Streik teilzunehmen. Er signierte die Mail mit den Worten: „Für die ver.di Betriebs-

gruppe“. Es folgten dann die Namen der Bet. zu 3. und 4. sowie deren dienstliche Durchwahlnummern und private Mobilfunknummern.

Die Arbeitgeberin macht geltend, ihr stehe wegen Verletzung der Neutralitätspflicht des Betriebsrats ein Unterlassungsanspruch gegen die Bet. zu 3. und 4. zu.

Aus den Gründen: [25] IV. Die ... Anträge sind nur teilweise begründet. Die von der Arbeitgeberin geforderte Unterlassung folgt entgegen der Auffassung des LAG nicht bereits aus § 74 Abs. 2 Satz 1 Halbs. 1 BetrVG. Nach dieser Bestimmung sind Maßnahmen des Arbeitskampfs zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat unzulässig. Die Verletzung dieser Neutralitätspflicht durch Mitglieder des Betriebsrats begründet keinen betriebsverfassungsrechtlichen Unterlassungsanspruch der Arbeitgeberin. Der angefochtene Beschluss erweist sich in Bezug auf den Bet. zu 4. jedoch aus anderen Gründen als teilweise richtig (§ 561 ZPO). Dieser hat es gemäß § 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB zu unterlassen, den ihm von der Arbeitgeberin zugewiesenen personenbezogenen E-Mail-Account für die Verbreitung von Streikaufrufen von ver.di zu nutzen. Weitergehende Ansprüche der Arbeitgeberin ergeben sich allerdings aus dieser Bestimmung nicht.

[26] 1. Nach dem Wortlaut des § 74 Abs. 2 Satz 1 Halbs. 1 BetrVG sind Maßnahmen des Arbeitskampfs zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat „unzulässig“. Ein Unterlassungsgebot ist in dieser Bestimmung nicht ausdrücklich vorgesehen. Hiergegen sprechen auch der systematische Gesamtzusammenhang des Betriebsverfassungsgesetzes und die Konzeption des § 23 BetrVG. Danach steht dem Betriebsrat bei groben Verstößen des Arbeitgebers gegen betriebsverfassungsrechtliche Pflichten ein Unterlassungsanspruch zu, hingegen ist ein solcher zugunsten des Arbeitgebers im Verhältnis zum Betriebsrat und seinen einzelnen Mitgliedern nicht geregelt. Vielmehr begründen grobe Pflichtverletzungen des Betriebsrats oder einzelner seiner Mitglieder nach § 23 Abs. 1 Satz 1 BetrVG betriebsverfassungsrechtlich allein das Recht des Arbeitgebers, die Auflösung des Betriebsrats oder den Ausschluss eines Mitglieds des Betriebsrats beantragen zu können (BAG 17.3.2010. – 7 ABR 95/08 – Rn. 26 ff., BAGE 133, 342; DKKW/Berg 13. Aufl. § 74 Rn. 89; Lobinger RdA 2011, 76, 80 Fn. 26; Schöne SAE 2011, 184, 186; ebenso bereits Konzen Betriebsverfassungsrechtliche Leistungspflichten des Arbeitgebers, 1984 S. 68; a. A. Bauer/Willemsen NZA 2010, 1089; Burger/Rein NJW 2010, 3613; ErfK/Kania 13. Aufl. § 74 BetrVG Rn. 37; Reichold RdA 2011, 58). Ein solches Verständnis entspricht auch dem Gesetzeszweck des § 74 Abs. 2 Satz 1 Halbs. 1 BetrVG. Diese Norm konkretisiert und ergänzt das Gebot vertrauensvoller Zusammenarbeit aus § 2 Abs. 1 BetrVG (vgl. BT-Drucks. 6/1786 S. 46). Sie dient den Interessen der Betriebsallgemeinheit an der Sicherung eines geordneten Betriebsablaufs und dem Betriebsfrieden. Hierdurch werden den Betriebsparteien keine wechselseitigen individuellen Rechtspositionen vermittelt, die Gegenstand eines Unterlassungsanspruchs sein könnten (Koppens-Spies FS Blaurock S. 213, 221 f.).

[27] 2. Die Arbeitgeberin kann ihr Unterlassungsbegehren auf § 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB stützen. Nach dieser Vorschrift kann der Eigentümer einer Sache, wenn sein Eigentum in anderer Weise als durch Entziehung oder Vorenthaltung beeinträchtigt wird, vom Störer die Beseitigung der Beeinträchtigung verlangen. Sind weitere Beeinträchtigungen zu besorgen, kann er nach § 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB auf Unterlassung klagen. Der Anwendbarkeit von § 1004 BGB steht die betriebsverfassungsrechtliche Konzeption des § 23 BetrVG, die bei groben Amtspflichtverletzungen des Betriebsrats oder einzelner seiner Mitglieder lediglich die Möglichkeit der gerichtlichen Auflösung des Betriebsrats oder den Ausschluss einzelner seiner Mitglieder kennt, nicht entgegen (BAG 20.4.1999 – 1 ABR 72/98 – BAGE 91, 210 [ZTR 1999, 509]). Ein Verhältnis der Spezialität zwischen

beiden Regelungen ist schon deshalb ausgeschlossen, weil sie unterschiedlichen Zwecken dienen. Während § 23 Abs. 1 BetrVG die betriebsverfassungsrechtliche Ordnung im Verhältnis des Arbeitgebers zum Betriebsrat und seiner Mitglieder gewährleistet, dient § 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB dem privatrechtlichen Schutz des Eigentums gegenüber jedermann. Beide Normen unterscheiden sich darüber hinaus in ihren Voraussetzungen: Ein Unterlassungsanspruch aus § 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB setzt ein Verschulden des Störers nicht voraus; demgegenüber erfordert § 23 Abs. 1 BetrVG eine grobe Verletzung betriebsverfassungsrechtlicher Pflichten, d. h. regelmäßig ein vorwerfbares Verhalten.

[28] 3. Die Voraussetzungen des § 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB liegen in Bezug auf den Bet. zu 4. vor. Dies gilt unabhängig davon, ob ihm die Arbeitgeberin die Kommunikationstechnik mit E-Mail-Account als Sachmittel nach § 40 Abs. 2 BetrVG oder als Arbeitsmittel unabhängig von seiner Tätigkeit als Betriebsratsmitglied zur Verfügung gestellt hat.

[29] a) Handelte es sich um ein Sachmittel i. S. v. § 40 Abs. 2 BetrVG, konnte der Bet. zu 4. den E-Mail-Account der Arbeitgeberin nur für Betriebsratsarbeit nutzen. Hierzu zählt nicht die Versendung von Streikaufrufen einer Gewerkschaft. Da hiermit die Mitarbeiter zu Arbeitsniederlegungen mobilisiert werden sollen, handelt es sich um Maßnahmen des Arbeitskampfs. Solche sind jedoch nach § 74 Abs. 2 Satz 1 Halbs. 1 BetrVG gegenüber dem Arbeitgeber unzulässig. Eine derartige Nutzung der bereitgestellten Kommunikationstechnik außerhalb der Betriebsratsarbeit durch den Bet. zu 4. beeinträchtigt vielmehr das Eigentumsrecht der Arbeitgeberin, auch nachdem diese im September 2010 ausdrücklich angeordnet hatte, dass das Internet und E-Mail-System ausschließlich für dienstliche Zwecke genutzt werden dürfe. Hierzu war sie berechtigt, weil sie von ihrem Recht aus § 903 BGB Gebrauch gemacht hat, Art und Umfang der Nutzung ihres Eigentums im Rahmen der bestehenden Rechtsordnung näher zu bestimmen (vgl. BAG 19.4.2012 – 2 AZR 186/11 – Rn. 26). Da der Bet. zu 4. mit der Versendung oder Verbreitung von Streikaufrufen an Mitarbeiter keine im Arbeitgeberinteresse liegenden dienstlichen Zwecke, sondern persönliche koalitionspolitische Ziele verfolgt, nutzt er in diesen Fällen den bereitgestellten E-Mail-Account bestimmungswidrig und beeinträchtigt dadurch das Eigentumsrecht der Arbeitgeberin aus § 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB.

[30] b) Der Unterlassungsanspruch richtet sich gegen den Störer. Handlungsstörer ist jedenfalls derjenige, der die Beeinträchtigung durch eigenes Handeln unmittelbar bewirkt hat (BAG 20.1.2009 – 1 AZR 515/08 – Rn. 30, BAGE 129, 145 [ZTR 2009, 413]). Danach ist der Bet. zu 4. passivlegitimiert, da er mit Mail vom 11.4.2011 den Streikaufruf von ver.di an die bei der Arbeitgeberin beschäftigten Arbeitnehmer versandt hat.

[31] c) In Bezug auf den Bet. zu 4. besteht die nach § 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB erforderliche Besorgnis weiterer Beeinträchtigungen (sog. Wiederholungsgefahr).

[32] aa) Weitere Beeinträchtigungen sind grundsätzlich dann zu besorgen, wenn die objektive Gefahr der erneuten Begehung einer konkreten Verletzungshandlung besteht. Die Wiederholungsgefahr beschränkt sich dabei nicht auf die identische Verletzungsform, sondern umfasst alle im Kern gleichgelagerten Verletzungsformen (vgl. BAG 20.11.2012 – 1 AZR 611/11 – Rn. 79 [ZTR 2013, 378]). Dabei wird die Besorgnis künftiger Rechtsverletzungen durch bereits erfolgte Verletzungshandlungen grundsätzlich indiziert (vgl. BAG 20.11.2012 – 1 AZR 179/11 – Rn. 79 [ZTR 2013, 372]). Eine Wiederholungsgefahr ist nur dann ausgeschlossen, wenn aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen keine erneute Verletzungshandlung zu erwarten ist (vgl. BAG 7.2.2012 – 1 ABR 77/10 – Rn. 15).

[33] bb) Hiernach besteht aufgrund der bereits erfolgten Beeinträchtigung des Eigentums der Arbeitgeberin durch

den Bet. zu 4. die Gefahr, dass dieser auch zukünftig den ihm von der Arbeitgeberin zur Verfügung gestellten E-Mail-Account zur Versendung und Verbreitung von Streikaufrufen verwenden wird. Die Besorgnis weiterer Beeinträchtigungen wird dadurch bestätigt, dass sich der Bet. zu 4. gerichtlich wie außergerichtlich einer entsprechenden Berechtigung weiter berührt.

[34] d) Der Anspruch der Arbeitgeberin ist nicht nach § 1004 Abs. 2 BGB ausgeschlossen. Diese ist nicht verpflichtet, die Nutzung ihrer Informations- und Telekommunikationstechnik zu Zwecken des Arbeitskampfs zu dulden. Eine solche Duldungspflicht der Arbeitgeberin folgt insbesondere nicht aus Art. 9 Abs. 3 GG zum Schutz der individuellen Koalitionsfreiheit des Bet. zu 4.

[35] aa) Nach § 1004 Abs. 2 BGB sind Ansprüche nach § 1004 Abs. 1 BGB ausgeschlossen, wenn der Eigentümer zur Duldung der Beeinträchtigung verpflichtet ist. Eine Pflicht zur Duldung kann auf gesetzlicher und/oder rechtsgeschäftlicher Grundlage bestehen (dazu MüKoBGB/Baldus 6. Aufl. § 1004 Rn. 199 ff.).

[36] bb) Eine Duldungspflicht der Arbeitgeberin ergibt sich nicht aus Art. 9 Abs. 3 GG. Dessen Schutzbereich beschränkt sich nicht auf Tätigkeiten, die für die Erhaltung und Sicherung des Bestandes der Koalition unerlässlich sind, sondern umfasst alle koalitionspezifischen Verhaltensweisen durch die Koalition und ihre Mitglieder (BVerfG 14.11.1995 – 1 BvR 601/92 – BVerfGE 93, 352 [ZTR 1996, 118]). Mit der Versendung und Verbreitung von Streikaufrufen nimmt der Bet. zu 4. als Mitglied von ver.di seine individuelle Koalitionsfreiheit wahr. Da er hierbei jedoch das Eigentum der Arbeitgeberin in Anspruch nimmt, kollidiert sein Handeln mit deren Rechtspositionen aus Art. 14 Abs. 1 GG. Zwischen diesen kollidierenden grundrechtlichen Gewährleistungen ist im Wege einer Güterabwägung nach dem Grundsatz der praktischen Konkordanz ein schonender Ausgleich mit dem Ziel ihrer Optimierung herbeizuführen (BVerfG 7.3.1990 – 1 BvR 266/86 u. a. – BVerfGE 81, 278; BAG 20.11.2012 – 1 AZR 179/11 – Rn. 114 [ZTR 2013, 372]). Dabei sind die kollidierenden Grundrechte in ihrer Wechselwirkung zu erfassen und so zu begrenzen, dass sie möglichst weitgehend wirksam werden (vgl. BAG 20.1.2009 – 1 AZR 515/08 – Rn. 38 bis 40, BAGE 129, 145 [ZTR 2009, 413]).

[37] cc) Hiernach ist zu berücksichtigen, dass der Bet. zu 4. seine individuelle Koalitionsfreiheit im Zusammenhang mit der Mobilisierung der Belegschaft zur Teilnahme an einem Streik in vielfältiger Weise wahrnehmen kann. Ein gewerkschaftszugehöriger Arbeitnehmer kann in persönlichen Gesprächen in Pausen und außerhalb des Betriebs mündlich oder schriftlich auf Arbeitskollegen einwirken. Die Nutzung der Kommunikationsmittel des Arbeitgebers einschließlich der von ihm erstellten und gepflegten elektronischen Adresslisten für gewerkschaftliche Anliegen stellt für ihn in diesem Zusammenhang zwar eine höchst effektive, aber keineswegs die einzige Möglichkeit koalitionspezifischer Betätigung dar. Zur Wahrnehmung dieses Freiheitsrechts ist er nicht auf die Nutzung der arbeitgeberseitig zur Verfügung gestellten betrieblichen Kommunikationsinfrastruktur angewiesen. Auch wenn auf diese Weise Streikaufrufe einer Gewerkschaft schneller und zielgerichteter verbreitet und so deren Kampfkraft gestärkt werden kann, bedarf es keines Rückgriffs auf Betriebsmittel der Arbeitgeberin. Die Mobilisierung von Arbeitnehmern zur Streikteilnahme ist Aufgabe der jeweiligen Koalition und ihrer Mitglieder (vgl. BAG 24.4.2007 – 1 AZR 252/06 – Rn. 62, BAGE 122, 134 [ZTR 2007, 535]). Diese haben dazu ihre personellen und sächlichen Mittel einzusetzen. Der Arbeitgeber ist nicht verpflichtet, hieran durch Bereitstellung eigener Betriebsmittel mitzuwirken.

[38] dd) Etwas anderes folgt auch nicht aus den richterrechtlichen Grundsätzen zur gewerkschaftlichen Mitgliederwerbung durch E-Mails (vgl. dazu BAG 20.1.2009 – 1 AZR 515/

08 – BAGE 129, 145 [ZTR 2009, 413]). Der Eingriff durch Werbemaßnahmen in geschützte Rechtsgüter der Arbeitgeber erfolgt in jenen Fällen von außen durch die Gewerkschaft. Diese nimmt hierbei ihre kollektive Koalitionsfreiheit wahr und bedient sich eigener Sachmittel. Die durch die Übersendung von Werbemails bedingte Beeinträchtigung der Arbeitgeberbelange ist zudem eine andere als die, die durch die vom Bet. zu 4. geforderte Möglichkeit der Nutzung von Betriebsmitteln der Arbeitgeberin zur Versendung von Streikaufrufen der Gewerkschaft in einem gegen die Arbeitgeberin geführten Streik entstünde. Hierdurch wird von der Arbeitgeberin nicht verlangt, an der eigenen streikbedingten Schädigung durch die Bereitstellung von Betriebsmitteln mitzuwirken.

[39] 4. Der Antrag der Arbeitgeberin ist unbegründet, soweit sie eine Unterlassungsanordnung für den Telefonanschluss des Bet. zu 4. verlangt. Hierfür fehlt die erforderliche Wiederholungsgefahr (§ 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB). Die Nutzung des E-Mail-Accounts und der Telefonanlage zur Weiterleitung oder Bekanntgabe von Streikaufrufen sind keine kerngleichen Verletzungshandlungen. Dagegen spricht schon, dass die Nutzung des E-Mail-Accounts deutlich effektiver, einfacher und schneller ist als die Bekanntgabe eines Streikaufrufs per Telefonanruf. Allein aus der Nutzung des E-Mail-Accounts kann deshalb nicht geschlossen werden, der Bet. zu 4. werde auch die Telefonanlage zu diesen Zwecken nutzen.

[40] 5. Das Verlangen der Arbeitgeberin, dem Bet. zu 4. aufzugeben, seinen Telefonanschluss und E-Mail-Account nicht für die Durchführung eines Streiks zu nutzen, ist unbegründet. Da der Antrag so zu verstehen ist, dass hiermit vom Bet. zu 4. verlangt wird, die Nutzung der Telefonanlage und des E-Mail-Accounts in allen Angelegenheiten zu unterlassen, die mit einem Streik in Zusammenhang stehen, handelt es sich um einen Globalantrag. Dieser erfasst allerdings auch Fallgestaltungen, in denen die Nutzung dieser technischen Mittel erlaubt ist. Die Arbeitgeberin berücksichtigt nicht genügend, dass der Betriebsrat auch während eines Arbeitskampfs mit allen Rechten und Pflichten im Amt bleibt (BAG 13.12.2011 – 1 ABR 2/10 – Rn. 25, BAGE 140, 113 [ZTR 2012, 354]). Der Bet. zu 4. kann deshalb seinen Telefonanschluss und E-Mail-Account auch dann nutzen, wenn sich Arbeitnehmer während des Arbeitskampfs an ihn in seiner Funktion als Betriebsrat in Angelegenheiten wenden, in denen er weiterhin als Betriebsrat handeln kann oder er in solchen Angelegenheiten tätig wird.

Anmerkung:

Der 1. Senat lässt in seinem Beschluss vom 15. Oktober 2013 kaum Fragen offen. Mit sehr knapper und deutlicher Begründung stellt er klar, dass der Arbeitgeber nicht verpflichtet ist, seine betrieblichen Ressourcen dem sozialen Gegenspieler zu Zwecken des Arbeitskampfes zur Verfügung zu stellen und sich damit selbst zu schädigen. Die am Verfahren beteiligten Arbeitnehmer hatten sich darauf berufen, in ihrer Eigenschaft als Gewerkschaftsmitglieder berechtigt zu sein, ihre dienstlichen E-Mails-Accounts und Telefonanschlüsse zu nutzen, um Streikaufrufe ihrer Gewerkschaft im Betrieb zu verbreiten. Das BAG sieht insoweit zwar den Schutzbereich der individuellen Koalitionsfreiheit aus Art. 9 Abs. 3 GG als eröffnet an, betont aber zugleich die Bedeutung des kollidierenden Eigentumsrechts des Arbeitgebers aus Art. 14 GG. Die Abwägung der kollidierenden Grundrechtspositionen fällt ungewöhnlich knapp aus: Die Nutzung der elektronischen Kommunikationsmittel des Arbeitgebers stelle eine „höchst effektive, aber keineswegs die einzige Möglichkeit koalitionsmäßiger Betätigung“ dar. Die Ausübung der Koalitionsfreiheit erfordere es nicht, die vom Arbeitgeber geschaffene, gepflegte und finanzierte betriebliche Kommunikationsinfrastruktur in Anspruch zu nehmen. Die Mobilisierung zur Streikteilnahme sei Sache der Gewerkschaften und ihrer Mitglieder, so dass diese ihre eigenen Ressourcen hierfür einsetzen mögen.

Diese Entscheidung steht nur auf den ersten Blick in Widerspruch zur BAG-Entscheidung vom 20. Januar 2009 (1 AZR 515/08, ZTR 2009, 413). Damals war die gewerkschaftliche Mitgliederwerbung durch massenhafte E-Mails an dienstliche E-Mails-Accounts für zulässig erklärt worden. Der Unterschied besteht allerdings darin, dass die Gewerkschaft in jenem Fall „von außen“ agierte, primär eigene Ressourcen für ihre Mitgliederwerbung einsetzte und insbesondere keine akute Arbeitskampsituation gegeben war. Im Übrigen handelte es sich wohl um eine Einzelfallentscheidung, da die Besonderheit darin bestand, dass die Gewerkschaft aus unerklärlichen Gründen in den Besitz des E-Mail-Verteilers gekommen war. Die Fragen, ob der Arbeitgeber verpflichtet ist, der Gewerkschaft einen dienstlichen E-Mail-Verteiler zugänglich zu machen, oder ob ein einzelner (gewerkschaftsangehöriger) Arbeitnehmer einen dienstlichen E-Mail-Verteiler an seine Gewerkschaft weitergeben darf, waren nicht Gegenstand der Entscheidung. Beide Fragen dürften zu verneinen sein. Allein der Arbeitgeber entscheidet, wer welche Rundmails innerhalb des Betriebes versendet und wem dienstliche E-Mail-Adressen/Verteiler zur Nutzung überlassen werden (vgl. VG Hamburg v. 21. Juni 2007, 25 FL 22/06, MMR 2008, 134).

Nach Auffassung des BAG spielt es keine Rolle, ob der Arbeitgeber die Kommunikationsmittel als „normale“ Arbeitsmittel oder als Sachmittel im Sinne von § 40 BetrVG bzw. § 44 BPersVG zur Verfügung gestellt hat. Die Versendung von Streikaufrufen einer Gewerkschaft sei keine Betriebsratsarbeit und könne daher nicht durch das Betriebsratsmandat gerechtfertigt sein. Dem ist uneingeschränkt zuzustimmen, verpflichtet doch das Gesetz (§ 74 Abs. 2 Satz 1 BetrVG, § 66 Abs. 2 Satz 2 BPersVG) Betriebs- und Personalrat zur Neutralität im Arbeitskampf. Diese Neutralitätspflicht gilt auch für das einzelne Personalrats- bzw. Betriebsratsmitglied. Ein solches darf nicht „unter Ausnutzung der Autorität seines Amtes“ einen Streik vorbereiten oder sich an ihm beteiligen. Dies gilt selbst dann, wenn es zugleich gewerkschaftlicher Funktionsträger ist und sich ausdrücklich auf diese Funktion berufen hat (BVerwG v. 23.2.1994, 1 D 65/91, juris).

In dem der Entscheidung vom 15. Oktober 2013 zugrunde liegenden Sachverhalt hatte der Arbeitgeber die private Nutzung von Internet und E-Mail-System ausdrücklich ausgeschlossen. Das BAG gelangt so ohne weiteres zu einer rechtswidrigen Störung des Arbeitgebereigentums, da die Nutzung der arbeitgebereigenen Hard- und Software zur Versendung von Streikaufrufen eindeutig keinen dienstlichen Zwecken, sondern privaten Zwecken dient.

Ob die Entscheidung anders ausgefallen wäre, wenn die private Nutzung von E-Mail und Internet erlaubt gewesen wäre, bleibt offen. Man könnte hierzu die Auffassung vertreten, dass die Voraussetzungen des Unterlassungsanspruchs (§ 1004 BGB) dann nicht erfüllt wären, weil es an einer bestimmungswidrigen Nutzung des dienstlichen E-Mail-Accounts fehlte. Richtigerweise besteht der Unterlassungsanspruch aus § 1004 BGB aber auch, wenn die private E-Mail-Nutzung erlaubt ist. Der Begründungsaufwand ist jedoch ungleich größer: Anknüpfungspunkt für die Eigentumsverletzung wäre dann der Umstand, dass die Empfangs- und Speichervorrichtungen durch offenkundig unerwünschte E-Mails aktiviert und zumindest vorübergehend Speicherkapazität in Anspruch genommen wird (vgl. ausführlich BAG v. 20. Januar 2009, 1 AZR 515/08, ZTR 2009, 413). Daneben wäre eine Verletzung des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb zu bejahen (allerdings offen gelassen in BAG v. 20. Januar 2009). Der vorliegende Fall zeigt einmal mehr, welch unberechenbare Auswirkungen die Einräumung eines privaten Nutzungsrechts an betrieblichen Kommunikationsmitteln haben kann. Die diesbezüglichen einzelvertraglichen oder kollektivrechtlichen Vereinbarungen und deren konsequente Anwendung sollten immer wieder überprüft werden.

RA, FAArbR Dr. Christian von Tiling, Ruge Krömer, Hamburg.