

Kai Stumper

Datenschutz simplified - Urteilssammlung

Diese Urteilssammlung ergänzt die Darstellungen im Buch „**Datenschutz simplified**“ von Kai Stumper.

Copyright: © 2017 Kai Stumper

Alle Rechte vorbehalten,

insbesondere die der Weiterverbreitung in dateimäßiger Form oder als Druckwerk,

sowie die des öffentlichen Vortrags, der Rundfunksendung und der Fernsehausstrahlung sowie der fotomechanischen Wiedergabe, auch einzelner Teile.



Abkürzungen:

AG Arbeitgeber

AN Arbeitnehmer

BR Betriebsrat

Atn Auftragnehmer

Atg Auftraggeber

BDSG Bundesdatenschutzgesetz

BCR Binding Corporate Rules

CoC Codes of Conduct

DSB Betrieblicher Datenschutzbeauftragter

TMG Telemediengesetz

TKG Telekommunikationsgesetz

Inhalt

1	Datenschutzrecht im Arbeitsleben.....	4
1.1	BAG: „Keylogger“	4
1.2	EuGH: „Recht auf Vergessenwerden“	5
1.3	BAG: „BR und DSB“	31
2	(Neue) Technologien am Arbeitsleben	45
2.1	BAG: „Verdeckte Videoüberwachung“	45
2.2	LAG Berlin-Brandenburg: „Zugriff auf E-Mail-Accounts“	58
2.3	BAG: „Kündigung wegen Privatnutzung eines Dienst-Computers“	68
3	Social Media	74
3.1	BAG: „Mitbestimmung bei Facebook“	74
3.2	LAG Rheinland-Pfalz: „Fristlose Kündigung, Volksverhetzung“	82
3.3	BGH: „Freunde finden“	100
3.4	ArbG Herne: „Volksverhetzende Äußerungen im Internet“	117
3.5	LAG Berlin-Brandenburg: „Patientenfotografien auf Facebook“	127
3.6	ArbG Duisburg: „Keine Privilegierung wg. ‚Vertraulichkeit‘“	137
3.7	ArbG Bochum: „Menschenschinder und Ausbeuter“	145
3.8	ArbG Dessau-Roßlau: „Der Fisch stinkt vom Kopf“	149
4	Whistleblowing	154
4.1	EGMR: „Whistleblowing“	154
4.2	BAG: „Mitbestimmung bei Ethikrichtlinien“	179
4.3	LAG Düsseldorf: „Mitbestimmung bei Ethikrichtlinien“	203

1 Datenschutzrecht im Arbeitsleben

1.1 BAG: „Keylogger“



Pressemitteilung Nr. 31/17: Überwachung mittels Keylogger - Verwertungsverbot

Der Einsatz eines Software-Keyloggers, mit dem alle Tastatureingaben an einem dienstlichen Computer für eine verdeckte Überwachung und Kontrolle des Arbeitnehmers aufgezeichnet werden, ist nach § 32 Abs. 1 BDSG unzulässig, wenn kein auf den Arbeitnehmer bezogener, durch konkrete Tatsachen begründeter Verdacht einer Straftat oder einer anderen schwerwiegenden Pflichtverletzung besteht.*

Der Kläger war bei der Beklagten seit 2011 als „Web-Entwickler“ beschäftigt. Im Zusammenhang mit der Freigabe eines Netzwerks teilte die Beklagte ihren Arbeitnehmern im April 2015 mit, dass der gesamte „Internet-Traffic“ und die Benutzung ihrer Systeme „mitgeloggt“ werde. Sie installierte auf dem Dienst-PC des Klägers eine Software, die sämtliche Tastatureingaben protokollierte und regelmäßig Bildschirmfotos (Screenshots) fertigte. Nach Auswertung der mit Hilfe dieses Keyloggers erstellten Dateien fand ein Gespräch mit dem Kläger statt. In diesem räumte er ein, seinen Dienst-PC während der Arbeitszeit privat genutzt zu haben. Auf schriftliche Nachfrage gab er an, nur in geringem Umfang und in der Regel in seinen Pausen ein Computerspiel programmiert und E-Mail-Verkehr für die Firma seines Vaters abgewickelt zu haben. Die Beklagte, die nach dem vom Keylogger erfassten Datenmaterial davon ausgehen konnte, der Kläger habe in erheblichem Umfang Privattätigkeiten am Arbeitsplatz erledigt, kündigte das Arbeitsverhältnis außerordentlich fristlos, hilfsweise ordentlich.

Die Vorinstanzen haben der dagegen gerichteten Kündigungsschutzklage stattgegeben. Die Revision der Beklagten hatte vor dem Zweiten Senat des Bundesarbeitsgerichts keinen Erfolg. Die durch den Keylogger gewonnenen Erkenntnisse über die Privattätigkeiten des Klägers dürfen im gerichtlichen Verfahren nicht verwertet werden. Die Beklagte hat durch dessen Einsatz das als Teil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gewährleistete Recht des Klägers auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 iVm. Art. 1 Abs. 1 GG) verletzt. Die Informationsgewinnung war nicht nach § 32 Abs. 1 BDSG zulässig. Die Beklagte hatte beim Einsatz der Software gegenüber dem Kläger keinen auf Tatsachen beruhenden Verdacht einer Straftat oder einer anderen schwerwiegenden Pflichtverletzung. Die von ihr „ins Blaue hinein“ veranlasste Maßnahme war daher unverhältnismäßig. Hinsichtlich der vom Kläger eingeräumten Privatnutzung hat das Landesarbeitsgericht ohne Rechtsfehler angenommen, diese rechtfertige die Kündigungen mangels vorheriger Abmahnung nicht.

1.2 EuGH: „Recht auf Vergessenwerden“



EuGH, 13.05.2014 - C-131/12: Recht auf Vergessenwerden

URTEIL DES GERICHTSHOFS (Große Kammer)

13. Mai 2014(*)

„Personenbezogene Daten – Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung solcher Daten – Richtlinie 95/46/EG – Art. 2, 4, 12 und 14 – Sachlicher und räumlicher Anwendungsbereich – Internetsuchmaschinen – Verarbeitung von Daten, die in den Seiten einer Website enthalten sind – Suche, Indexierung und Speicherung solcher Daten – Verantwortlichkeit des Suchmaschinenbetreibers – Niederlassung im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats – Umfang der Verpflichtungen des Suchmaschinenbetreibers und der Rechte der betroffenen Person – Charta der Grundrechte der Europäischen Union – Art. 7 und 8“

In der Rechtssache C-131/12

betreffend ein Vorabentscheidungsersuchen nach Art. 267 AEUV, eingereicht von der Audiencia Nacional (Spanien) mit Entscheidung vom 27. Februar 2012, beim Gerichtshof eingegangen am 9. März 2012, in dem Verfahren

Google Spain SL,

Google Inc.

gegen

Agencia Española de Protección de Datos (AEPD),

Mario Costeja González

erlässt

DER GERICHTSHOF (Große Kammer)

unter Mitwirkung des Präsidenten V. Skouris, des Vizepräsidenten K. Lenaerts, der Kammerpräsidenten M. Ilešič (Berichterstatter), L. Bay Larsen, T. von Danwitz und M. Safjan, der Richter J. Malenovský, E. Levits, A. Ó Caoimh und A. Arabadjiev, der Richterinnen M. Berger und A. Prechal sowie des Richters E. Jarašiūnas,

Generalanwalt: N. Jääskinen,

Kanzler: M. Ferreira, Hauptverwaltungsrätin,

aufgrund des schriftlichen Verfahrens und auf die mündliche Verhandlung vom 26. Februar 2013,

unter Berücksichtigung der Erklärungen

- *der Google Spain SL und der Google Inc., vertreten durch F. González Díaz, J. Baño Fos und B. Holles, abogados,*
- *von Herrn Costeja González, vertreten durch J. Muñoz Rodríguez, abogado,*
- *der spanischen Regierung, vertreten durch A. Rubio González als Bevollmächtigten,*
- *der griechischen Regierung, vertreten durch E.-M. Mamouna und K. Boskovits als Bevollmächtigte,*
- *der italienischen Regierung, vertreten durch G. Palmieri als Bevollmächtigte im Beistand von P. Gentili, avvocato dello Stato,*
- *der österreichischen Regierung, vertreten durch G. Kunnert und C. Pesendorfer als Bevollmächtigte,*
- *der polnischen Regierung, vertreten durch B. Majczyna und M. Szpunar als Bevollmächtigte,*
- *der Europäischen Kommission, vertreten durch I. Martínez del Peral und B. Martenczuk als Bevollmächtigte,*

nach Anhörung der Schlussanträge des Generalanwalts in der Sitzung vom 25. Juni 2013

folgendes Urteil

1 *Das Vorabentscheidungsersuchen betrifft die Auslegung von Art. 2 Buchst. b und d, Art. 4 Abs. 1 Buchst. a und c, Art. 12 Buchst. b und Art. 14 Abs. 1 Buchst. a der Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. Oktober 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr (ABl. L 281, S. 31) sowie von Art. 8 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (im Folgenden: Charta).*

2 *Es ergeht im Rahmen eines Rechtsstreits zwischen der Google Spain SL (im Folgenden: Google Spain) und der Google Inc. auf der einen Seite und der Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) (spanische Datenschutzagentur, im Folgenden: AEPD) und Herrn Costeja González auf der anderen Seite über eine Entscheidung der AEPD, mit der einer von Herrn Costeja González gegen die beiden genannten Gesellschaften erhobenen Beschwerde stattgegeben und Google Inc. angewiesen wurde, die erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen, um Herrn Costeja González betreffende personenbezogene Daten aus ihrem Index zu entfernen und den Zugang zu diesen Daten in Zukunft zu verhindern.*

Rechtlicher Rahmen

Unionsrecht

3 *Gegenstand der Richtlinie 95/46 ist nach ihrem Art. 1 der Schutz der Grundrechte und Grundfreiheiten und insbesondere der Schutz der Privatsphäre natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten sowie die Beseitigung der Hemmnisse für den freien Verkehr personenbezogener Daten; in den Erwägungsgründen 2, 10, 18 bis 20 und 25 der Richtlinie heißt es:*

„(2) Die Datenverarbeitungssysteme stehen im Dienste des Menschen; sie haben, ungeachtet der Staatsangehörigkeit oder des Wohnorts der natürlichen Personen, deren Grundrechte und -freiheiten und insbesondere deren Privatsphäre zu achten und ... zum Wohlergehen der Menschen beizutragen.

...

(10) Gegenstand der einzelstaatlichen Rechtsvorschriften über die Verarbeitung personenbezogener Daten ist die Gewährleistung der Achtung der Grundrechte und -freiheiten, insbesondere des auch in Artikel 8 der [am 4. November 1950 in Rom unterzeichneten] Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten und in den allgemeinen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts anerkannten Rechts auf die Privatsphäre. Die Angleichung dieser Rechtsvorschriften darf deshalb nicht zu einer Verringerung des durch diese Rechtsvorschriften garantierten Schutzes führen, sondern muss im Gegenteil darauf abzielen, in der Gemeinschaft ein hohes Schutzniveau sicherzustellen.

...

(18) Um zu vermeiden, dass einer Person der gemäß dieser Richtlinie gewährleistete Schutz vorenthalten wird, müssen auf jede in der Gemeinschaft erfolgte Verarbeitung personenbezogener Daten die Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats angewandt werden. Es ist angebracht, auf die Verarbeitung, die von einer Person, die dem in dem Mitgliedstaat niedergelassenen für die Verarbeitung Verantwortlichen unterstellt ist, vorgenommen werden, die Rechtsvorschriften dieses Staates anzuwenden.

(19) Eine Niederlassung im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats setzt die effektive und tatsächliche Ausübung einer Tätigkeit mittels einer festen Einrichtung voraus. Die Rechtsform einer solchen Niederlassung, die eine Agentur oder eine Zweigstelle sein kann, ist in dieser Hinsicht nicht maßgeblich. Wenn der Verantwortliche im Hoheitsgebiet mehrerer Mitgliedstaaten niedergelassen ist, insbesondere mit einer Filiale, muss er vor allem zu Vermeidung von Umgehungen sicherstellen, dass jede dieser Niederlassungen die Verpflichtungen einhält, die im jeweiligen einzelstaatlichen Recht vorgesehen sind, das auf ihre jeweiligen Tätigkeiten anwendbar ist.

(20) Die Niederlassung des für die Verarbeitung Verantwortlichen in einem Drittland darf dem Schutz der Personen gemäß dieser Richtlinie nicht entgegenstehen. In diesem Fall sind die Verarbeitungen dem Recht des Mitgliedstaats zu unterwerfen, in dem sich die für die betreffenden Verarbeitungen verwendeten Mittel befinden, und Vorkehrungen zu treffen, um sicherzustellen, dass die in dieser Richtlinie vorgesehenen Rechte und Pflichten tatsächlich eingehalten werden.

...

(25) Die Schutzprinzipien finden zum einen ihren Niederschlag in den Pflichten, die den [für die Verarbeitung verantwortlichen] Personen ... obliegen; diese Pflichten betreffen insbesondere die Datenqualität, die technische Sicherheit, die Meldung bei der Kontrollstelle und die Voraussetzungen, unter denen eine Verarbeitung vorgenommen werden kann. Zum anderen kommen sie zum Ausdruck in den Rechten der Personen, deren Daten Gegenstand von Verarbeitungen sind, über diese informiert zu werden, Zugang zu den Daten zu erhalten, ihre Berichtigung verlangen bzw. unter gewissen Voraussetzungen Widerspruch gegen die Verarbeitung einlegen zu können."

4 Nach Art. 2 der Richtlinie 95/46 „[bezeichnet] [i]m Sinne dieser Richtlinie ... der Ausdruck

a) ‚personenbezogene Daten‘ alle Informationen über eine bestimmte oder bestimmbare natürliche Person (‚betroffene Person‘); als bestimmbar wird eine Person angesehen, die direkt oder indirekt identifiziert werden kann, insbesondere durch Zuordnung zu einer Kennnummer oder zu einem oder mehreren spezifischen Elementen, die Ausdruck ihrer physischen, physiologischen, psychischen, wirtschaftlichen, kulturellen oder sozialen Identität sind;

b) ‚Verarbeitung personenbezogener Daten‘ (‚Verarbeitung‘) jeden mit oder ohne Hilfe automatisierter Verfahren ausgeführten Vorgang oder jede Vorgangsreihe im Zusammenhang mit personenbezogenen Daten wie das Erheben, das Speichern, die Organisation, die Aufbewahrung, die Anpassung oder Veränderung, das Auslesen, das Abfragen, die Benutzung, die Weitergabe durch Übermittlung, Verbreitung oder jede andere Form der Bereitstellung, die Kombination oder die Verknüpfung sowie das Sperren, Löschen oder Vernichten;

...

d) ‚für die Verarbeitung Verantwortlicher‘ die natürliche oder juristische Person, Behörde, Einrichtung oder jede andere Stelle, die allein oder gemeinsam mit anderen über die Zwecke und Mittel der Verarbeitung von personenbezogenen Daten entscheidet. Sind die Zwecke und Mittel der Verarbeitung von personenbezogenen Daten in einzelstaatlichen oder gemeinschaftlichen Rechts- und Verwaltungsvorschriften festgelegt, so können der für die Verarbeitung Verantwortliche bzw. die spezifischen Kriterien für seine Benennung durch einzelstaatliche oder gemeinschaftliche Rechtsvorschriften bestimmt werden;

...“

5 Art. 3 („Anwendungsbereich“) Abs. 1 der Richtlinie 95/46 lautet:

„Diese Richtlinie gilt für die ganz oder teilweise automatisierte Verarbeitung personenbezogener Daten sowie für die nicht automatisierte Verarbeitung personenbezogener Daten, die in einer Datei gespeichert sind oder gespeichert werden sollen.“

6 Art. 4 („Anwendbares einzelstaatliches Recht“) der Richtlinie 95/46 lautet:

„(1) Jeder Mitgliedstaat wendet die Vorschriften, die er zur Umsetzung dieser Richtlinie erlässt, auf alle Verarbeitungen personenbezogener Daten an,

a) die im Rahmen der Tätigkeiten einer Niederlassung ausgeführt werden, die der für die Verarbeitung Verantwortliche im Hoheitsgebiet dieses Mitgliedstaats besitzt. Wenn der Verantwortliche eine Niederlassung im Hoheitsgebiet mehrerer Mitgliedstaaten besitzt, ergreift er die notwendigen Maßnahmen, damit jede dieser Niederlassungen die im jeweils anwendbaren einzelstaatlichen Recht festgelegten Verpflichtungen einhält;

b) die von einem für die Verarbeitung Verantwortlichen ausgeführt werden, der nicht in seinem Hoheitsgebiet, aber an einem Ort niedergelassen ist, an dem das

einzelstaatliche Recht dieses Mitgliedstaats gemäß dem internationalen öffentlichen Recht Anwendung findet;

c) die von einem für die Verarbeitung Verantwortlichen ausgeführt werden, der nicht im Gebiet der Gemeinschaft niedergelassen ist und zum Zwecke der Verarbeitung personenbezogener Daten auf automatisierte oder nicht automatisierte Mittel zurückgreift, die im Hoheitsgebiet des betreffenden Mitgliedstaats belegen sind, es sei denn, dass diese Mittel nur zum Zweck der Durchfuhr durch das Gebiet der Europäischen Gemeinschaft verwendet werden.

(2) In dem in Absatz 1 Buchstabe c) genannten Fall hat der für die Verarbeitung Verantwortliche einen im Hoheitsgebiet des genannten Mitgliedstaats ansässigen Vertreter zu benennen, unbeschadet der Möglichkeit eines Vorgehens gegen den für die Verarbeitung Verantwortlichen selbst."

7 Art. 6 in Kapitel II Abschnitt I („Grundsätze in Bezug auf die Qualität der Daten“) der Richtlinie 95/46 lautet:

„(1) Die Mitgliedstaaten sehen vor, dass personenbezogene Daten

a) nach Treu und Glauben und auf rechtmäßige Weise verarbeitet werden;

b) für festgelegte eindeutige und rechtmäßige Zwecke erhoben und nicht in einer mit diesen Zweckbestimmungen nicht zu vereinbarenden Weise weiterverarbeitet werden. Die Weiterverarbeitung von Daten zu historischen, statistischen oder wissenschaftlichen Zwecken ist im Allgemeinen nicht als unvereinbar mit den Zwecken der vorausgegangenen Datenerhebung anzusehen, sofern die Mitgliedstaaten geeignete Garantien vorsehen;

c) den Zwecken entsprechen, für die sie erhoben und/oder weiterverarbeitet werden, dafür erheblich sind und nicht darüber hinausgehen;

d) sachlich richtig und, wenn nötig, auf den neuesten Stand gebracht sind; es sind alle angemessenen Maßnahmen zu treffen, damit im Hinblick auf die Zwecke, für die sie erhoben oder weiterverarbeitet werden, nichtzutreffende oder unvollständige Daten gelöscht oder berichtigt werden;

e) nicht länger, als es für die Realisierung der Zwecke, für die sie erhoben oder weiterverarbeitet werden, erforderlich ist, in einer Form aufbewahrt werden, die die Identifizierung der betroffenen Personen ermöglicht. Die Mitgliedstaaten sehen geeignete Garantien für personenbezogene Daten vor, die über die vorgenannte Dauer hinaus für historische, statistische oder wissenschaftliche Zwecke aufbewahrt werden.

(2) Der für die Verarbeitung Verantwortliche hat für die Einhaltung des Absatzes 1 zu sorgen."

8 Art. 7 in Kapitel II Abschnitt II („Grundsätze in Bezug auf die Zulässigkeit der Verarbeitung von Daten“) der Richtlinie 95/46 bestimmt:

„Die Mitgliedstaaten sehen vor, dass die Verarbeitung personenbezogener Daten lediglich erfolgen darf, wenn eine der folgenden Voraussetzungen erfüllt ist:

...

f) *die Verarbeitung ist erforderlich zur Verwirklichung des berechtigten Interesses, das von dem für die Verarbeitung Verantwortlichen oder von dem bzw. den Dritten wahrgenommen wird, denen die Daten übermittelt werden, sofern nicht das Interesse oder die Grundrechte und Grundfreiheiten der betroffenen Person, die gemäß Artikel 1 Absatz 1 geschützt sind, überwiegen.*"

9 Art. 9 („Verarbeitung personenbezogener Daten und Meinungsfreiheit“) der Richtlinie 95/46 lautet:

„Die Mitgliedstaaten sehen für die Verarbeitung personenbezogener Daten, die allein zu journalistischen, künstlerischen oder literarischen Zwecken erfolgt, Abweichungen und Ausnahmen von diesem Kapitel sowie von den Kapiteln IV und VI nur insofern vor, als sich dies als notwendig erweist, um das Recht auf Privatsphäre mit den für die Freiheit der Meinungsäußerung geltenden Vorschriften in Einklang zu bringen.“

10 Art. 12 („Auskunftsrecht“) der Richtlinie 96/46 bestimmt:

„Die Mitgliedstaaten garantieren jeder betroffenen Person das Recht, vom für die Verarbeitung Verantwortlichen Folgendes zu erhalten:

...

b) *je nach Fall die Berichtigung, Löschung oder Sperrung von Daten, deren Verarbeitung nicht den Bestimmungen dieser Richtlinie entspricht, insbesondere wenn diese Daten unvollständig oder unrichtig sind;*

..."

11 Art. 14 („Widerspruchsrecht der betroffenen Person“) der Richtlinie 95/46 bestimmt:

„Die Mitgliedstaaten erkennen das Recht der betroffenen Person an,

a) *zumindest in den Fällen von Artikel 7 Buchstaben e) und f) jederzeit aus überwiegenden, schutzwürdigen, sich aus ihrer besonderen Situation ergebenden Gründen dagegen Widerspruch einlegen zu können, dass sie betreffende Daten verarbeitet werden; dies gilt nicht bei einer im einzelstaatlichen Recht vorgesehenen entgegenstehenden Bestimmung. Im Fall eines berechtigten Widerspruchs kann sich die vom für die Verarbeitung Verantwortlichen vorgenommene Verarbeitung nicht mehr auf diese Daten beziehen;*

..."

12 Art. 28 („Kontrollstelle“) der Richtlinie 95/46 bestimmt:

„(1) Die Mitgliedstaaten sehen vor, dass eine oder mehrere öffentliche Stellen beauftragt werden, die Anwendung der von den Mitgliedstaaten zur Umsetzung dieser Richtlinie erlassenen einzelstaatlichen Vorschriften in ihrem Hoheitsgebiet zu überwachen.

...

(3) Jede Kontrollstelle verfügt insbesondere über:

- *Untersuchungsbefugnisse, wie das Recht auf Zugang zu Daten, die Gegenstand von Verarbeitungen sind, und das Recht auf Einholung aller für die Erfüllung ihres Kontrollauftrags erforderlichen Informationen;*
- *wirksame Einwirkungsbefugnisse, wie beispielsweise ... die Befugnis, die Sperrung, Löschung oder Vernichtung von Daten oder das vorläufige oder endgültige Verbot einer Verarbeitung anzuordnen ...*
- *...*

Gegen beschwerende Entscheidungen der Kontrollstelle steht der Rechtsweg offen.

(4) Jede Person oder ein sie vertretender Verband kann sich zum Schutz der die Person betreffenden Rechte und Freiheiten bei der Verarbeitung personenbezogener Daten an jede Kontrollstelle mit einer Eingabe wenden. Die betroffene Person ist darüber zu informieren, wie mit der Eingabe verfahren wurde.

...

(6) Jede Kontrollstelle ist im Hoheitsgebiet ihres Mitgliedstaats für die Ausübung der ihr gemäß Absatz 3 übertragenen Befugnisse zuständig, unabhängig vom einzelstaatlichen Recht, das auf die jeweilige Verarbeitung anwendbar ist. Jede Kontrollstelle kann von einer Kontrollstelle eines anderen Mitgliedstaats um die Ausübung ihrer Befugnisse ersucht werden.

Die Kontrollstellen sorgen für die zur Erfüllung ihrer Kontrollaufgaben notwendige gegenseitige Zusammenarbeit, insbesondere durch den Austausch sachdienlicher Informationen.

... "

Spanisches Recht

13 Die Richtlinie 95/46 wurde im spanischen Recht durch die Ley Orgánica 15/1999 de Protección de Datos de Carácter Personal (Ley Orgánica zum Schutz personenbezogener Daten) vom 13. Dezember 1999 (BOE Nr. 298 vom 14. Dezember 1999, S. 43088) umgesetzt.

Ausgangsverfahren und Vorlagefragen

14 Herr Costeja González, der die spanische Staatsangehörigkeit besitzt und seinen Wohnsitz in Spanien hat, erhob am 5. März 2010 bei der AEPD gegen die La Vanguardia Ediciones SL, die Herausgeberin einer insbesondere in Katalonien (Spanien) weitverbreiteten Tageszeitung (im Folgenden: La Vanguardia), sowie gegen Google Spain und Google Inc. eine Beschwerde, der Folgendes zugrunde lag: Bei Eingabe seines Namens in die Suchmaschine des Google-Konzerns (im Folgenden: Google Search) wurden den Internetnutzern Links zu zwei Seiten der Tageszeitung La Vanguardia vom 19. Januar bzw. 9. März 1998 angezeigt, die eine Anzeige enthielten, in der unter Nennung des Namens von Herrn Costeja González auf die Versteigerung eines Grundstücks im Zusammenhang mit einer wegen Forderungen der Sozialversicherung erfolgten Pfändung hingewiesen wurde.

15 Herr Costeja González beantragte, La Vanguardia anzuweisen, entweder die genannten Seiten zu löschen oder zu ändern, so dass die ihn betreffenden personenbezogenen Daten dort nicht mehr angezeigt würden, oder zum Schutz der Daten von bestimmten, von den Suchmaschinen zur Verfügung gestellten technischen Möglichkeiten Gebrauch zu machen. Er beantragte ferner, Google Spain oder Google Inc. anzuweisen, ihn betreffende personenbezogene Daten zu löschen oder zu verbergen, so dass diese weder in den Suchergebnissen noch in Links zu La Vanguardia erschienen. Herr Costeja González behauptete in diesem Zusammenhang, dass die Pfändung, von der er betroffen gewesen sei, seit Jahren vollständig erledigt sei und keine Erwähnung mehr verdiene.

16 Mit Entscheidung vom 30. Juli 2010 wies die AEPD die Beschwerde, soweit sie sich gegen La Vanguardia richtete, mit der Begründung zurück, die Veröffentlichung der betreffenden Informationen durch diese Gesellschaft sei rechtlich gerechtfertigt gewesen, da sie auf Anordnung des Arbeits- und Sozialministeriums und mit dem Ziel einer höchstmöglichen Publizität der Zwangsversteigerung und somit einer höchstmöglichen Zahl an Bietern erfolgt sei.

17 Soweit sie sich gegen Google Spain und Google Inc. richtete, wurde der Beschwerde hingegen stattgegeben. Die AEPD begründete dies damit, dass Suchmaschinenbetreiber eine Datenverarbeitung vornähmen, für die sie verantwortlich seien, und als Mittler der Informationsgesellschaft fungierten; sie unterlägen deshalb den Datenschutzvorschriften. Die AEPD sei befugt, gegenüber Suchmaschinenbetreibern die Entfernung der Daten und das Verbot des Zugangs zu bestimmten Daten anzuordnen, wenn durch das Aufspüren und die Verbreitung der Daten das Grundrecht auf Datenschutz und die Würde der betroffenen Personen im weiteren Sinne, was auch den bloßen Willen der betroffenen Person umfasse, dass Dritte keine Kenntnis von diesen Daten hätten, beeinträchtigt werden könnten. Diese Verpflichtung könne unmittelbar die Suchmaschinenbetreiber treffen, ohne dass die Daten oder Informationen auf der betreffenden Website entfernt werden müssten, insbesondere wenn die Beibehaltung der Informationen auf der Website durch eine Gesetzesvorschrift gerechtfertigt sei.

18 Gegen diese Entscheidung haben Google Spain und Google Inc. bei der Audiencia Nacional zwei gesonderte Klagen erhoben; die Audiencia Nacional hat die beiden Verfahren verbunden.

19 Die Audiencia Nacional führt in der Vorlageentscheidung aus, in den beiden Verfahren stelle sich die Frage, welche Verpflichtungen die Suchmaschinenbetreiber hinsichtlich des Schutzes personenbezogener Daten von betroffenen Personen träfen, die nicht wollten, dass bestimmte auf Websites Dritter veröffentlichte Informationen, die sie betreffende personenbezogene Daten enthielten, mit denen die Informationen ihnen zugeordnet werden könnten, lokalisiert, indexiert und den Internetnutzern unbegrenzt zur Verfügung gestellt würden. Die Antwort auf diese Frage hänge davon ab, wie die Richtlinie 95/46 im Kontext solcher Technologien, die nach ihrer Bekanntmachung aufgekomen seien, auszulegen sei.

20 Die Audiencia Nacional hat daher das Verfahren ausgesetzt und dem Gerichtshof folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

1. Zum räumlichen Anwendungsbereich der Richtlinie 95/46 und somit der spanischen Rechtsvorschriften über den Schutz personenbezogener Daten:

a) Besteht eine „Niederlassung“ im Sinne von Art. 4 Abs. 1 Buchst. a der Richtlinie 95/46, wenn eine oder mehrere der nachstehenden Fallgestaltungen vorliegen:

– wenn das die Suchmaschine betreibende Unternehmen in einem Mitgliedstaat für die Förderung des Verkaufs der Werbeflächen der Suchmaschine und diesen Verkauf selbst eine Zweigniederlassung oder Tochtergesellschaft gründet, deren Tätigkeit auf die Einwohner dieses Staats ausgerichtet ist,

oder

– wenn die Muttergesellschaft eine in diesem Mitgliedstaat ansässige Tochtergesellschaft als ihre Vertreterin und für zwei konkrete Dateien mit den Daten ihrer Werbekunden als für die Verarbeitung Verantwortliche benennt

oder

– wenn die in einem Mitgliedstaat ansässige Niederlassung oder Tochtergesellschaft Beschwerden und Anordnungen, die von den betroffenen Personen bzw. den zuständigen Behörden an sie gerichtet werden, um zu erwirken, dass das Recht auf Schutz personenbezogener Daten beachtet wird, an die außerhalb der Europäischen Union ansässige Muttergesellschaft weiterleitet, auch wenn diese Zusammenarbeit freiwillig erfolgt?

b) Ist Art. 4 Abs. 1 Buchst. c der Richtlinie 95/46 dahin auszulegen, dass ein „Rückgriff“ auf „Mittel, die im Hoheitsgebiet des betreffenden Mitgliedstaats belegen sind“, gegeben ist,

– wenn eine Suchmaschine „Webcrawler“ oder Indexierungsbots einsetzt, um Informationen auf Websites, die auf Servern in diesem Mitgliedstaat gehostet sind, zu lokalisieren und zu indexieren,

oder

– eine länderspezifische Domain eines Mitgliedstaats nutzt und Suche und Suchergebnisse an der Sprache dieses Mitgliedstaats ausrichtet?

c) Kann die vorübergehende Speicherung der durch die Internetsuchmaschinen indexierten Informationen als Rückgriff auf Mittel im Sinne von Art. 4 Abs. 1 Buchst. c der Richtlinie 95/46 betrachtet werden? Wenn ja: Kann davon ausgegangen werden, dass dieses Anknüpfungskriterium erfüllt ist, wenn sich das Unternehmen aus Gründen der Wettbewerbsfähigkeit weigert, den Ort offenzulegen, an dem es die Indexe speichert?

d) Unabhängig von der Antwort auf die vorstehenden Fragen und insbesondere für den Fall, dass der Gerichtshof der Auffassung sein sollte, dass die in Art. 4 der Richtlinie vorgesehenen Anknüpfungskriterien nicht erfüllt sind:

Ist die Richtlinie 95/46 im Licht des Art. 8 der Charta in dem Mitgliedstaat anzuwenden, in dem sich der Schwerpunkt des Konflikts befindet und die Rechte der Unionsbürger am wirksamsten geschützt werden können?

2. In Bezug auf die Tätigkeit der Suchmaschinen als Anbieter von Inhalten unter dem Blickwinkel der Richtlinie 95/46:

a) *Zur Tätigkeit von Google Search als Anbieterin von Inhalten, die darin besteht, von Dritten ins Internet gestellte oder dort veröffentlichte Informationen zu finden, automatisch zu indexieren, vorübergehend zu speichern und schließlich den Internetnutzern in einer bestimmten Rangfolge zur Verfügung zu stellen:*

Fällt, wenn die genannten Informationen personenbezogene Daten Dritter enthalten, eine solche Tätigkeit unter den Begriff „Verarbeitung personenbezogener Daten“ im Sinne von Art. 2 Buchst. b der Richtlinie 95/46?

b) *Bei Bejahung der vorstehenden Frage, ebenfalls im Zusammenhang mit einer Tätigkeit wie der zuvor beschriebenen:*

Ist Art. 2 Buchst. d der Richtlinie 95/46 dahin auszulegen, dass das Unternehmen, das Google Search betreibt, hinsichtlich der auf den von ihr indexierten Websites befindlichen Daten der „für die Verarbeitung Verantwortliche“ ist?

c) *Bei Bejahung der vorstehenden Frage:*

Kann die AEPD zum Schutz der durch Art. 12 Buchst. b und Art. 14 Abs. 1 Buchst. a der Richtlinie 95/46 gewährleisteten Rechte Google Search unmittelbar anweisen, von Dritten veröffentlichte Informationen aus ihren Indexen zu entfernen, ohne sich zuvor oder gleichzeitig an den Inhaber der Website, die diese Informationen enthält, wenden zu müssen?

d) *Bei Bejahung der vorstehenden Frage:*

Entfällt die Verpflichtung der Suchmaschinenbetreiber zum Schutz der genannten Rechte, wenn die in den personenbezogenen Daten enthaltenen Informationen von Dritten rechtmäßig veröffentlicht worden sind und sich nach wie vor auf der ursprünglichen Website befinden?

3. *Zur Tragweite des Rechts auf Löschung und/oder auf Widerspruch gegen die Verarbeitung die eigene Person betreffender Daten in Verbindung mit dem Recht auf Vergessenwerden:*

Sind das Recht auf Löschung und Sperrung personenbezogener Daten gemäß Art. 12 Buchst. b der Richtlinie 95/46 und das Recht auf Widerspruch gegen eine Verarbeitung gemäß Art. 14 Abs. 1 Buchst. a der Richtlinie 95/46 dahin auszulegen, dass sich die betroffene Person an die Suchmaschinenbetreiber wenden kann, um die Indexierung auf sie bezogener Informationen zu verhindern, die auf Websites Dritter veröffentlicht sind, und sie sich hierzu auf ihren Willen berufen kann, dass sie den Internetnutzern nicht bekannt werden, wenn sie der Ansicht ist, dass sie ihr schaden können, oder sie sich wünscht, dass sie vergessen werden, selbst wenn es sich um Informationen handelt, die von Dritten rechtmäßig veröffentlicht wurden?

Zu den Vorlagefragen

Zu Frage 2 Buchst. a und b (sachlicher Anwendungsbereich der Richtlinie 95/46)

21 *Mit Frage 2 Buchst. a und b, die als Erste zu prüfen ist, möchte das vorlegende Gericht wissen, ob Art. 2 Buchst. b der Richtlinie 95/46 dahin auszulegen ist, dass die Tätigkeit einer Suchmaschine als Anbieterin von Inhalten, die darin besteht, von Dritten ins Internet gestellte oder dort veröffentlichte Informationen zu finden, automatisch zu*

indexieren, vorübergehend zu speichern und schließlich den Internetnutzern in einer bestimmten Rangfolge zur Verfügung zu stellen, sofern die Informationen personenbezogene Daten enthalten, als „Verarbeitung personenbezogener Daten“ im Sinne der genannten Bestimmung einzustufen ist. Wenn ja, möchte das vorliegende Gericht ferner wissen, ob Art. 2 Buchst. d der Richtlinie 95/46 dahin auszulegen ist, dass der Suchmaschinenbetreiber im Sinne dieser Bestimmung als für eine solche Verarbeitung personenbezogener Daten „Verantwortlicher“ anzusehen ist.

22 *Google Spain und Google Inc. vertreten die Auffassung, die Tätigkeit der Suchmaschinen sei nicht als Verarbeitung der Daten, die auf den in der Suchergebnisliste angezeigten Internetseiten Dritter erschienen, anzusehen, da Suchmaschinen sämtliche im Internet verfügbaren Informationen verarbeiteten, ohne zwischen personenbezogenen Daten und anderen Informationen zu unterscheiden. Selbst wenn diese Tätigkeit als „Datenverarbeitung“ einzustufen sein sollte, könne der Suchmaschinenbetreiber nicht als für die Verarbeitung „Verantwortlicher“ angesehen werden, da er keine Kenntnis von den personenbezogenen Daten und keine Kontrolle über sie habe.*

23 *Herr Costeja González, die spanische, die italienische, die österreichische und die polnische Regierung sowie die Europäische Kommission sind hingegen der Ansicht, dass die Tätigkeit der Suchmaschinen ganz klar eine „Datenverarbeitung“ im Sinne der Richtlinie 95/46 umfasse, die sich von der, die von den Herausgebern der Websites ausgeführt werde, unterscheide und anderen Zwecken diene als diese. Der Suchmaschinenbetreiber sei, weil er über die Zwecke und Mittel der von ihm ausgeführten Datenverarbeitung entscheide, der für diese „Verantwortliche“.*

24 *Nach Auffassung der griechischen Regierung stellt die Tätigkeit der Suchmaschinen zwar eine Datenverarbeitung im Sinne der Richtlinie dar; da Suchmaschinen lediglich als Mittler fungierten, könnten die Unternehmen, die sie betrieben, aber nicht als „Verantwortliche“ angesehen werden, es sei denn, dass sie Daten in einem „Zwischenspeicher“ oder „Cache“ länger speicherten, als es technisch erforderlich sei.*

25 *Insoweit ist darauf hinzuweisen, dass Art. 2 Buchst. b der Richtlinie 95/46 die „Verarbeitung personenbezogener Daten“ definiert als „jeden mit oder ohne Hilfe automatisierter Verfahren ausgeführten Vorgang oder jede Vorgangsreihe im Zusammenhang mit personenbezogenen Daten wie das Erheben, das Speichern, die Organisation, die Aufbewahrung, die Anpassung oder Veränderung, das Auslesen, das Abfragen, die Benutzung, die Weitergabe durch Übermittlung, Verbreitung oder jede andere Form der Bereitstellung, die Kombination oder die Verknüpfung sowie das Sperren, Löschen oder Vernichten“.*

26 *Speziell zum Internet hat der Gerichtshof bereits entschieden, dass der Vorgang, der darin besteht, personenbezogene Daten auf eine Internetseite zu stellen, als eine Verarbeitung personenbezogener Daten im Sinne von Art. 2 Buchst. b der Richtlinie 95/46 anzusehen ist (vgl. Urteil Lindqvist, C-101/01, EU:C:2003:596, Rn. 25).*

27 *Bei der Tätigkeit, um die es im Ausgangsverfahren geht, ist unstrittig, dass sich unter den Daten, die von den Suchmaschinen gefunden, indexiert, gespeichert und den Nutzern zur Verfügung gestellt werden, auch Informationen über bestimmte oder bestimmbar natürliche Personen, also „personenbezogene Daten“ im Sinne von Art. 2 Buchst. a der Richtlinie, befinden.*

28 *Indem er das Internet automatisch, kontinuierlich und systematisch auf die dort veröffentlichten Informationen durchforstet, „erhebt“ der Suchmaschinenbetreiber mithin personenbezogene Daten, die er dann mit seinen Indexierprogrammen „ausliest“, „speichert“ und „organisiert“, auf seinen Servern „aufbewahrt“ und gegebenenfalls in Form von Ergebnislisten an seine Nutzer „weitergibt“ und diesen „bereitstellt“. Diese Vorgänge sind in Art. 2 Buchst. b der Richtlinie 95/46 ausdrücklich und ohne Einschränkung genannt, so dass sie als „Verarbeitung“ im Sinne dieser Bestimmung einzustufen sind, ohne dass es darauf ankommt, ob der Suchmaschinenbetreiber dieselben Vorgänge auch bei anderen Arten von Informationen ausführt und ob er zwischen diesen Informationen und personenbezogenen Daten unterscheidet.*

29 *Daran ändert auch nichts, dass die personenbezogenen Daten bereits im Internet veröffentlicht worden sind und von der Suchmaschine nicht verändert werden.*

30 *Der Gerichtshof hat nämlich bereits entschieden, dass die in Art. 2 Buchst. b der Richtlinien 95/46 genannten Vorgänge auch dann als Verarbeitung personenbezogener Daten einzustufen sind, wenn sie ausschließlich Informationen enthalten, die genau so bereits in den Medien veröffentlicht worden sind. Eine allgemeine Ausnahme von der Anwendung der Richtlinie 95/46 in solchen Fällen würde die Richtlinie nämlich weitgehend leerlaufen lassen (vgl. in diesem Sinne Urteil Satakunnan Markkinapörssi und Satamedia, C-73/07, EU:C:2008:727, Rn. 48 und 49).*

31 *Im Übrigen ergibt sich aus der Begriffsbestimmung in Art. 2 Buchst. b der Richtlinie 95/46, dass die Veränderung personenbezogener Daten zwar eine Verarbeitung im Sinne der Richtlinie ist, die anderen dort genannten Vorgänge dagegen keineswegs eine Veränderung dieser Daten erfordern.*

32 *Zur Frage, ob der Suchmaschinenbetreiber bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, die von der Suchmaschine im Rahmen einer Tätigkeit wie der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden ausgeführt wird, als „für die Verarbeitung Verantwortlicher“ anzusehen ist, ist festzustellen, dass Art. 2 Buchst. d der Richtlinie 95/46 den „für die Verarbeitung Verantwortlichen“ definiert als „die natürliche oder juristische Person, Behörde, Einrichtung oder jede andere Stelle, die allein oder gemeinsam mit anderen über die Zwecke und Mittel der Verarbeitung von personenbezogenen Daten entscheidet“.*

33 *Über die Zwecke und Mittel der genannten Tätigkeit und somit der in deren Rahmen vom Suchmaschinenbetreiber selbst ausgeführten Verarbeitung personenbezogener Daten entscheidet aber der Suchmaschinenbetreiber, so dass er als für diese Verarbeitung „Verantwortlicher“ im Sinne von Art. 2 Buchst. d der Richtlinie 95/46 anzusehen ist.*

34 *Im Übrigen ließe es sich nicht nur nicht mit dem klaren Wortlaut, sondern auch nicht mit dem Ziel der genannten Bestimmung, durch eine weite Bestimmung des Begriffs des „Verantwortlichen“ einen wirksamen und umfassenden Schutz der betroffenen Personen zu gewährleisten, vereinbaren, den Suchmaschinenbetreiber deshalb von diesem Begriff auszunehmen, weil die auf den Internetseiten Dritter veröffentlichten personenbezogenen Daten nicht seiner Kontrolle unterliegen.*

35 *Insoweit ist festzustellen, dass sich die Verarbeitung personenbezogener Daten, die im Rahmen der Tätigkeit einer Suchmaschine ausgeführt wird, von der unterscheidet,*

die von den Herausgebern von Websites, die diese Daten auf einer Internetseite einstellen, vorgenommen wird, und zusätzlich zu dieser erfolgt.

36 Außerdem ist unstreitig, dass diese Tätigkeit der Suchmaschinen maßgeblichen Anteil an der weltweiten Verbreitung personenbezogener Daten hat, da sie diese jedem Internetnutzer zugänglich macht, der eine Suche anhand des Namens der betreffenden Person durchführt, und zwar auch denjenigen, die die Internetseite, auf der diese Daten veröffentlicht sind, sonst nicht gefunden hätten.

37 Zudem kann die Organisation und Aggregation der im Internet veröffentlichten Informationen, die von den Suchmaschinen mit dem Ziel durchgeführt wird, ihren Nutzern den Zugang zu diesen Informationen zu erleichtern, bei einer anhand des Namens einer natürlichen Person durchgeführten Suche dazu führen, dass die Nutzer der Suchmaschinen mit der Ergebnisliste einen strukturierten Überblick über die zu der betreffenden Person im Internet zu findenden Informationen erhalten, anhand dessen sie ein mehr oder weniger detailliertes Profil der Person erstellen können.

38 Durch die Tätigkeit einer Suchmaschine können die Grundrechte auf Achtung des Privatlebens und Schutz personenbezogener Daten somit erheblich beeinträchtigt werden, und zwar zusätzlich zur Tätigkeit der Herausgeber von Websites; als derjenige, der über die Zwecke und Mittel dieser Tätigkeit entscheidet, hat der Suchmaschinenbetreiber daher in seinem Verantwortungsbereich im Rahmen seiner Befugnisse und Möglichkeiten dafür zu sorgen, dass die Tätigkeit den Anforderungen der Richtlinie 95/46 entspricht, damit die darin vorgesehenen Garantien ihre volle Wirksamkeit entfalten können und ein wirksamer und umfassender Schutz der betroffenen Personen, insbesondere ihres Rechts auf Achtung ihres Privatlebens, tatsächlich verwirklicht werden kann.

39 Schließlich ist festzustellen, dass der Umstand, dass die Herausgeber von Websites die Möglichkeit haben, den Suchmaschinenbetreibern u. a. mit Hilfe von Ausschlussprotokollen wie „robot.txt“ oder Codes wie „noindex“ oder „noarchive“ zu signalisieren, dass eine bestimmte auf ihrer Website veröffentlichte Information ganz oder teilweise von den automatischen Indexen der Suchmaschinen ausgeschlossen werden soll, nicht bedeutet, dass das Fehlen eines solchen Hinweises seitens der Herausgeber von Websites den Suchmaschinenbetreiber von seiner Verantwortung für die von ihm im Rahmen der Tätigkeit der Suchmaschinen vorgenommene Verarbeitung personenbezogener Daten befreite.

40 Dies ändert nämlich nichts daran, dass der Suchmaschinenbetreiber über die Zwecke und Mittel der Verarbeitung personenbezogener Daten entscheidet. Selbst wenn die genannte Möglichkeit der Herausgeber von Websites bedeuten sollte, dass sie gemeinsam mit dem Suchmaschinenbetreiber über die Mittel der Verarbeitung personenbezogener Daten entscheiden, nimmt dies dem Suchmaschinenbetreiber nichts von seiner Verantwortung, da Art. 2 Buchst. d der Richtlinie 95/46 ausdrücklich vorsieht, dass die Entscheidung über die Mittel „allein oder gemeinsam mit anderen“ erfolgen kann.

41 Somit ist auf Frage 2 Buchst. a und b zu antworten, dass Art. 2 Buchst. b und d der Richtlinie 95/46 dahin auszulegen ist, dass die Tätigkeit einer Suchmaschine, die darin besteht, von Dritten ins Internet gestellte oder dort veröffentlichte Informationen zu finden, automatisch zu indexieren, vorübergehend zu speichern und schließlich den

Internetnutzern in einer bestimmten Rangfolge zur Verfügung zu stellen, sofern die Informationen personenbezogene Daten enthalten, als „Verarbeitung personenbezogener Daten“ im Sinne von Art. 2 Buchst. b der Richtlinie 95/46 einzustufen ist und dass der Betreiber dieser Suchmaschine als für diese Verarbeitung „Verantwortlicher“ im Sinne von Art. 2 Buchst. d der Richtlinie 95/46 anzusehen ist.

Zu Frage 1 Buchst. a bis d (räumlicher Anwendungsbereich der Richtlinie 95/46)

42 Mit Frage 1 Buchst. a bis d möchte das vorlegende Gericht wissen, ob die nationalen Rechtsvorschriften, mit denen die Richtlinie 95/46 umgesetzt wurde, unter Umständen wie denen des Ausgangsverfahrens angewandt werden können.

43 Das vorlegende Gericht hat insoweit folgende Tatsachen festgestellt:

– Google Search wird weltweit über die Website „www.google.com“ angeboten. Für viele Länder gibt es lokale, an die jeweilige Landessprache angepasste Versionen. Die spanischsprachige Version von Google Search wird über die seit dem 16. September 2003 registrierte Website „www.google.es“ angeboten. Google Search ist in Spanien eine der am meisten verwendeten Suchmaschinen.

– Google Search wird von Google Inc., der Muttergesellschaft des Google-Konzerns mit Sitz in den Vereinigten Staaten, betrieben.

– Google Search indexiert die Websites der ganzen Welt, u. a. die Websites in Spanien. Die Informationen, die von seinen „Webcrawlern“ oder Indexierungsbots – Computerprogrammen zum systematischen und automatischen Auffinden und Durchsuchen des Inhalts von Internetseiten – indexiert werden, werden vorübergehend auf Servern gespeichert, von denen nicht bekannt ist, in welchem Staat sie sich befinden, da diese Information aus Wettbewerbsgründen geheim gehalten wird.

– Google Search beschränkt sich nicht darauf, Zugang zu den Inhalten der indexierten Websites zu gewähren, sondern zieht aus dieser Tätigkeit Gewinn, indem es für Unternehmen, die diese Funktion nutzen möchten, um den Internetnutzern ihre Waren oder Dienstleistungen anzubieten, gegen Entgelt Werbeanzeigen einbettet, die mit den von den Internetnutzern eingegebenen Suchwörtern verknüpft sind.

– Der Google-Konzern bedient sich seiner Tochtergesellschaft Google Spain, um Werbung für den Verkauf der Werbeflächen auf der Website „www.google.com“ zu machen. Die Gesellschaft wurde am 3. September 2003 gegründet und hat eigene Rechtspersönlichkeit; ihr Sitz befindet sich in Madrid (Spanien). Als Handelsvertreter des Google-Konzerns in Spanien wendet sich Google Spain im Wesentlichen an in Spanien ansässige Unternehmen. Gesellschaftszweck ist die Förderung, Erleichterung und Durchführung des Verkaufs von Produkten und Diensten der Onlinewerbung an Dritte und das entsprechende Marketing.

– Google Inc. hat für zwei von ihr bei der AEPD angemeldete Dateien mit den ihre Werbekunden betreffenden personenbezogenen Daten Google Spain als für die Verarbeitung in Spanien Verantwortlicher angegeben.

44 Konkret sind für das vorlegende Gericht in erster Linie der Begriff „Niederlassung“ im Sinne von Art. 4 Abs. 1 Buchst. a der Richtlinie 95/46 und der Begriff „Rückgriff auf

Mittel, die im Hoheitsgebiet des betreffenden Mitgliedstaats belegen sind", im Sinne von Art. 4 Abs. 1 Buchst. c der Richtlinie fraglich.

Zu Frage 1 Buchst. a

45 *Mit Frage 1 Buchst. a möchte das vorlegende Gericht wissen, ob Art. 4 Abs. 1 Buchst. a der Richtlinie 95/46 dahin auszulegen ist, dass im Sinne dieser Bestimmung eine Verarbeitung personenbezogener Daten im Rahmen der Tätigkeiten einer Niederlassung, die der für die Verarbeitung Verantwortliche im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats besitzt, ausgeführt wird, wenn eine oder mehrere der drei nachstehenden Voraussetzungen erfüllt sind:*

– der Suchmaschinenbetreiber gründet in einem Mitgliedstaat für die Förderung des Verkaufs der Werbeflächen der Suchmaschine und diesen Verkauf selbst eine Zweigniederlassung oder Tochtergesellschaft, deren Tätigkeit auf die Einwohner dieses Staates ausgerichtet ist,

– die Muttergesellschaft benennt eine in diesem Mitgliedstaat ansässige Tochtergesellschaft als ihre Vertreterin und für zwei spezifische Dateien mit den Daten ihrer Werbekunden als für die Verarbeitung Verantwortliche und/oder

– die in einem Mitgliedstaat ansässige Zweigniederlassung oder Tochtergesellschaft leitet Beschwerden und Anordnungen, die von den betroffenen Personen bzw. den zuständigen Behörden an sie gerichtet werden, um zu erwirken, dass das Recht auf Schutz personenbezogener Daten beachtet wird, an die außerhalb der Union ansässige Muttergesellschaft weiter, auch wenn diese Zusammenarbeit freiwillig erfolgt.

46 *Zur ersten dieser drei Voraussetzungen führt das vorlegende Gericht aus, Google Search werde von Google Inc. betrieben und verwaltet; es sei nicht erwiesen, dass Google Spain in Spanien eine Tätigkeit ausübe, die unmittelbar mit der Indexierung oder Speicherung von in Websites Dritter enthaltener Informationen oder Daten zusammenhänge. Die Tätigkeit des Verkaufs der Werbeflächen und der Förderung dieses Verkaufs, um die sich für Spanien Google Spain kümmere, stelle aber den wesentlichen Teil der geschäftlichen Tätigkeit des Google-Konzerns dar; es könne davon ausgegangen werden, dass diese Tätigkeit eng mit Google Search zusammenhänge.*

47 *Herr Costeja González, die spanische, die italienische, die österreichische und die polnische Regierung sowie die Kommission sind der Ansicht, dass Google Spain wegen der untrennbaren Verbindung, die zwischen ihrer Tätigkeit und der der von Google Inc. betriebenen Suchmaschine bestehe, als Niederlassung von Google Inc. anzusehen sei; die Verarbeitung personenbezogener Daten werde im Rahmen der Tätigkeiten dieser Niederlassung ausgeführt. Google Spain, Google Inc. und die griechische Regierung meinen hingegen, Art. 4 Abs. 1 Buchst. a der Richtlinie 95/46 finde auf die Fallgestaltung der ersten der drei vom vorlegenden Gericht angeführten Voraussetzungen keine Anwendung.*

48 *Hierzu ist zunächst festzustellen, dass es im 19. Erwägungsgrund der Richtlinie 95/46 heißt, dass „[e]ine Niederlassung im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats ... die effektive und tatsächliche Ausübung einer Tätigkeit mittels einer festen Einrichtung voraus[setzt]“ und „[d]ie Rechtsform einer solchen Niederlassung, die eine Agentur oder eine Zweigstelle sein kann, ... in dieser Hinsicht nicht maßgeblich [ist]“.*

49 *Dass Google Spain in Spanien effektiv und tatsächlich eine Tätigkeit mittels einer festen Einreichung ausübt, ist aber unstrittig. Google Spain verfügt außerdem über eigene Rechtspersönlichkeit, so dass sie eine Tochtergesellschaft von Google Inc. in Spanien und somit eine „Niederlassung“ im Sinne von Art. 4 Abs. 1 Buchst. a der Richtlinie 95/46 darstellt.*

50 *Diese Bestimmung setzt ferner voraus, dass die Verarbeitung personenbezogener Daten durch den für die Verarbeitung Verantwortlichen „im Rahmen der Tätigkeiten“ einer Niederlassung ausgeführt wird, die dieser im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats besitzt.*

51 *Google Spain und Google Inc. sind der Ansicht, diese Voraussetzung sei im vorliegenden Fall nicht erfüllt, da die im Ausgangsverfahren in Rede stehende Verarbeitung personenbezogener Daten ausschließlich von Google Inc. ausgeführt werde, die Google Search betreibe, ohne dass Google Spain daran in irgendeiner Weise mitwirke; die Tätigkeit von Google Spain beschränke sich auf die Unterstützung der Tätigkeit des Google-Konzerns auf dem Gebiet der Werbung, die von seinem Suchmaschinendienst verschieden sei.*

52 *Wie insbesondere die spanische Regierung und die Kommission geltend machen, verlangt Art. 4 Abs. 1 Buchst. a der Richtlinie 95/46 aber nicht, dass die in Rede stehende Verarbeitung personenbezogener Daten „von“ der betreffenden Niederlassung selbst ausgeführt wird, sondern lediglich, dass sie „im Rahmen der Tätigkeiten“ der Niederlassung ausgeführt wird.*

53 *Außerdem kann diese Wendung im Hinblick auf das Ziel der Richtlinie 95/46, nämlich bei der Verarbeitung personenbezogener Daten einen wirksamen und umfassenden Schutz der Grundfreiheiten und Grundrechte natürlicher Personen, insbesondere des Rechts auf Privatleben, zu gewährleisten, nicht eng ausgelegt werden (vgl. entsprechend Urteil L'Oréal u. a., C-324/09, EU:C:2011:474, Rn. 62 und 63).*

54 *Insoweit ergibt sich insbesondere aus den Erwägungsgründen 18 bis 20 und Art. 4 der Richtlinie 95/46, dass der Unionsgesetzgeber vermeiden wollte, dass der gemäß der Richtlinie gewährleistete Schutz einer Person vorenthalten und umgangen wird, und deshalb einen besonders weiten räumlichen Anwendungsbereich vorgesehen hat.*

55 *Im Hinblick auf dieses Ziel der Richtlinie 95/46 und den Wortlaut ihres Art. 4 Abs. 1 Buchst. a ist davon auszugehen, dass die Verarbeitung personenbezogener Daten, die für den Dienst einer Suchmaschine wie Google Search erfolgt, die von einem Unternehmen betrieben wird, das seinen Sitz in einem Drittstaat hat, jedoch in einem Mitgliedstaat über eine Niederlassung verfügt, „im Rahmen der Tätigkeiten“ dieser Niederlassung ausgeführt wird, wenn diese die Aufgabe hat, in dem Mitgliedstaat für die Förderung des Verkaufs der angebotenen Werbeflächen der Suchmaschine, mit denen die Dienstleistung der Suchmaschine rentabel gemacht werden soll, und diesen Verkauf selbst zu sorgen.*

56 *Unter solchen Umständen sind nämlich die Tätigkeiten des Suchmaschinenbetreibers und die seiner Niederlassung in dem betreffenden Mitgliedstaat untrennbar miteinander verbunden, da die die Werbeflächen betreffenden Tätigkeiten das Mittel darstellen, um die in Rede stehende Suchmaschine wirtschaftlich rentabel zu*

machen, und die Suchmaschine gleichzeitig das Mittel ist, das die Durchführung dieser Tätigkeiten ermöglicht.

57 *Wie in den Rn. 26 bis 28 des vorliegenden Urteils ausgeführt, stellt bereits die Anzeige personenbezogener Daten auf einer Seite mit Suchergebnissen eine Verarbeitung dieser Daten dar. Da aber zusammen mit den Ergebnissen auf derselben Seite die mit den Suchbegriffen verknüpften Werbeanzeigen angezeigt werden, ist festzustellen, dass die in Rede stehende Verarbeitung personenbezogener Daten im Rahmen der Werbetätigkeit erfolgt, die von der Niederlassung, die der für die Verarbeitung Verantwortliche im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats – im vorliegenden Fall in Spanien – besitzt, ausgeübt wird.*

58 *Daher kann es nicht angehen, dass die Verarbeitung personenbezogener Daten, die zum Betrieb der Suchmaschine ausgeführt wird, den in der Richtlinie 95/46 vorgesehenen Verpflichtungen und Garantien entzogen wird, was die praktische Wirksamkeit der Richtlinie und den wirksamen und umfassenden Schutz der Grundrechte und Grundfreiheiten natürlicher Personen, die mit ihr gewährleistet werden sollen, einschränken würde (vgl. entsprechend Urteil L'Oréal u. a., EU:C:2011:474, Rn. 62 und 63), insbesondere des Rechts auf Schutz der Privatsphäre bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, dem die Richtlinie eine besondere Bedeutung beimisst, wie u. a. aus ihrem Art. 1 Abs. 1 und ihren Erwägungsgründen 2 und 10 hervorgeht (vgl. in diesem Sinne Urteile Österreichischer Rundfunk u. a., C-465/00, C-138/01 und C-139/01, EU:C:2003:294, Rn. 70, Rijkeboer, C-553/07, EU:C:2009:293, Rn. 47, und IPI, C-473/12, EU:C:2013:715, Rn. 28 und die dort angeführte Rechtsprechung).*

59 *Da die erste der drei vom vorlegenden Gericht angeführten Voraussetzungen bereits für die Feststellung genügt, dass eine Niederlassung wie Google Spain das Kriterium des Art. 4 Abs. 1 Buchst. a der Richtlinie 95/46 erfüllt, brauchen die beiden anderen Voraussetzungen nicht geprüft zu werden.*

60 *Somit ist auf Frage 1 Buchst. a zu antworten, dass Art. 4 Abs. 1 Buchst. a der Richtlinie 95/46 dahin auszulegen ist, dass im Sinne dieser Bestimmung eine Verarbeitung personenbezogener Daten im Rahmen der Tätigkeiten einer Niederlassung, die der für die Verarbeitung Verantwortliche im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats besitzt, ausgeführt wird, wenn der Suchmaschinenbetreiber in einem Mitgliedstaat für die Förderung des Verkaufs der Werbeflächen der Suchmaschine und diesen Verkauf selbst eine Zweigniederlassung oder Tochtergesellschaft gründet, deren Tätigkeit auf die Einwohner dieses Staates ausgerichtet ist.*

Zu Frage 1 Buchst. b, c und d

61 *In Anbetracht der Antwort auf Frage 1 Buchst. a ist Frage 1 Buchst. b, c und d nicht zu beantworten.*

Zu Frage 2 Buchst. c und d (Umfang der Verantwortlichkeit des Suchmaschinenbetreibers nach der Richtlinie 95/46)

62 *Mit Frage 2 Buchst. c und d möchte das vorliegende Gericht wissen, ob Art. 12 Buchst. b und Art. 14 Abs. 1 Buchst. a der Richtlinie 95/46 dahin auszulegen sind, dass der Suchmaschinenbetreiber zur Wahrung der in diesen Bestimmungen vorgesehenen Rechte dazu verpflichtet ist, von der Ergebnisliste, die im Anschluss an eine anhand des Namens einer Person durchgeführte Suche angezeigt wird, Links zu von Dritten*

veröffentlichten Internetseiten mit Informationen zu dieser Person zu entfernen, auch wenn der Name oder die Informationen auf diesen Internetseiten nicht vorher oder gleichzeitig gelöscht werden und gegebenenfalls auch dann, wenn ihre Veröffentlichung auf den Internetseiten als solche rechtmäßig ist.

63 Google Spain und Google Inc. sind der Ansicht, dass Anträge auf Löschung von Informationen nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit an den Herausgeber der betreffenden Website zu richten seien, da dieser die Verantwortung für die Veröffentlichung der Informationen übernehme, die Rechtmäßigkeit der Veröffentlichung beurteilen könne und über die wirksamsten und am wenigsten beeinträchtigenden Mittel zur Unzugänglichmachung der Informationen verfüge. Außerdem werde den Grundrechten der Websiteherausgeber, der anderen Internetnutzer und des Suchmaschinenbetreibers nicht hinreichend Rechnung getragen, wenn Letzterer angewiesen werde, im Internet veröffentlichte Informationen aus seinen Indexen zu entfernen.

64 Die österreichische Regierung vertritt die Auffassung, eine nationale Kontrollstelle könne nur dann anordnen, dass der Suchmaschinenbetreiber von Dritten veröffentlichte Informationen aus seinen Dateien lösche, wenn vorher festgestellt worden sei, dass die betreffenden Daten rechtswidrig oder unzutreffend seien, oder die betroffene Person beim Herausgeber der Website, auf der die Informationen veröffentlicht worden seien, mit Erfolg Widerspruch eingelegt habe.

65 Herr Costeja González, die spanische, die italienische und die polnische Regierung sowie die Kommission vertreten die Auffassung, die nationale Behörde könne den Betreiber einer Suchmaschine unmittelbar anweisen, aus seinen Indexen und seinem Zwischenspeicher Informationen zu entfernen, die von Dritten veröffentlichte personenbezogene Daten enthielten, ohne sich vorher oder gleichzeitig an den Herausgeber der Website wenden zu müssen, auf der sich die Informationen befänden. Nach Auffassung von Herrn Costeja González, der spanischen und der italienischen Regierung sowie der Kommission kommt es für die Verpflichtungen des Suchmaschinenbetreibers aus der Richtlinie 95/46 ferner nicht darauf an, dass die Informationen rechtmäßig veröffentlicht worden sind und sich nach wie vor auf der ursprünglichen Internetseite befinden. Nach Auffassung der polnischen Regierung dagegen kann dieser Umstand den Suchmaschinenbetreiber von seinen Verpflichtungen befreien.

66 Zunächst ist zu beachten, dass die Richtlinie 95/46, wie sich aus ihrem Art. 1 und ihrem 10. Erwägungsgrund ergibt, darauf abzielt, ein hohes Niveau des Schutzes der Grundrechte und Grundfreiheiten, insbesondere der Privatsphäre, natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten zu gewährleisten (vgl. in diesem Sinne Urteil IPI, EU:C:2013:715, Rn. 28).

67 Nach dem 25. Erwägungsgrund der Richtlinie 95/46 finden die in der Richtlinie vorgesehenen Schutzprinzipien zum einen ihren Niederschlag in den Pflichten, die den für die Verarbeitung verantwortlichen Personen obliegen und insbesondere die Datenqualität, die technische Sicherheit, die Meldung bei der Kontrollstelle und die Voraussetzungen, unter denen eine Verarbeitung vorgenommen werden kann, betreffen, und kommen zum anderen in den Rechten der Personen, deren Daten Gegenstand von Verarbeitungen sind, über diese informiert zu werden, Zugang zu den Daten zu erhalten, ihre Berichtigung

verlangen bzw. unter gewissen Voraussetzungen Widerspruch gegen die Verarbeitung einlegen zu können, zum Ausdruck.

68 Der Gerichtshof hat bereits entschieden, dass die Bestimmungen der Richtlinie 95/46, soweit sie Verarbeitungen personenbezogener Daten betreffen, die zu Beeinträchtigungen der Grundfreiheiten und insbesondere des Rechts auf Achtung des Privatlebens führen können, im Licht der Grundrechte auszulegen sind, die nach ständiger Rechtsprechung zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen gehören, deren Wahrung der Gerichtshof zu sichern hat, und nun in der Charta verankert sind (vgl. u. a. Urteile *Connolly/Kommission*, C-274/99 P, EU:C:2001:127, Rn. 37, und *Österreichischer Rundfunk u. a.*, EU:C:2003:294, Rn. 68).

69 So garantiert Art. 7 der Charta das Recht auf Achtung des Privatlebens, und Art. 8 der Charta proklamiert ausdrücklich das Recht auf Schutz der personenbezogenen Daten. In den Abs. 2 und 3 des letztgenannten Artikels wird präzisiert, dass diese Daten nur nach Treu und Glauben für festgelegte Zwecke und mit Einwilligung der betroffenen Person oder auf einer sonstigen gesetzlich geregelten legitimen Grundlage verarbeitet werden dürfen, dass jede Person das Recht hat, Auskunft über die sie betreffenden erhobenen Daten zu erhalten und die Berichtigung der Daten zu erwirken, und dass die Einhaltung dieser Vorschriften von einer unabhängigen Stelle überwacht wird. Diese Erfordernisse werden insbesondere durch die Art. 6, 7, 12, 14 und 28 der Richtlinie 95/46 durchgeführt.

70 Nach Art. 12 Buchst. b der Richtlinie 95/46 garantieren die Mitgliedstaaten jeder betroffenen Person das Recht, vom für die Verarbeitung Verantwortlichen je nach Fall die Berichtigung, Löschung oder Sperrung von Daten zu erhalten, deren Verarbeitung nicht den Bestimmungen der Richtlinie entspricht, insbesondere wenn diese Daten unvollständig oder unrichtig sind. Da diese letztgenannte Präzisierung in Bezug auf die Nichterfüllung bestimmter in Art. 6 Abs. 1 Buchst. d der Richtlinie 95/46 genannter Erfordernisse exemplarischen, und nicht abschließenden Charakter hat, kann eine Verarbeitung auch deshalb nicht den Bestimmungen der Richtlinie entsprechen und somit für die betroffene Person das in Art. 12 Buchst. b der Richtlinie garantierte Recht begründen, weil andere Voraussetzungen für die Zulässigkeit der Verarbeitung personenbezogener Daten gemäß der Richtlinie nicht erfüllt sind.

71 Jede Verarbeitung personenbezogener Daten muss – vorbehaltlich der in Art. 13 der Richtlinie 95/46 zugelassenen Ausnahmen – den in Art. 6 der Richtlinie aufgestellten Grundsätzen in Bezug auf die Qualität der Daten und einem der in Art. 7 der Richtlinie aufgeführten Grundsätze in Bezug auf die Zulässigkeit der Verarbeitung von Daten genügen (vgl. Urteile *Österreichischer Rundfunk u. a.*, EU:C:2003:294, Rn. 65; *ASNEF und FECEMD*, C-468/10 und C-469/10, EU:C:2011:777, Rn. 26, und *Worten*, C-342/12, EU:C:2013:355, Rn. 33).

72 Vorbehaltlich besonderer Vorschriften, die die Mitgliedstaaten für die Verarbeitung personenbezogener Daten für historische, statistische oder wissenschaftliche Zwecke vorsehen können, hat der für die Verarbeitung Verantwortliche nach dem Wortlaut des genannten Art. 6 der Richtlinie 95/46 dafür zu sorgen, dass die personenbezogenen Daten „nach Treu und Glauben und auf rechtmäßige Weise verarbeitet werden“, „für festgelegte eindeutige und rechtmäßige Zwecke erhoben und nicht in einer mit diesen Zweckbestimmungen nicht zu vereinbarenden Weise weiterverarbeitet werden“, „den Zwecken entsprechen, für die sie erhoben und/oder weiterverarbeitet werden, dafür

erheblich sind und nicht darüber hinausgehen", „sachlich richtig und, wenn nötig, auf den neuesten Stand gebracht sind" und „nicht länger, als es für die Realisierung der Zwecke, für die sie erhoben oder weiterverarbeitet werden, erforderlich ist, in einer Form aufbewahrt werden, die die Identifizierung der betroffenen Personen ermöglicht". Der für die Verarbeitung Verantwortliche hat insofern alle angemessenen Maßnahmen zu treffen, damit Daten, die die Anforderungen der genannten Bestimmung nicht erfüllen, gelöscht oder berichtigt werden.

73 Was die Zulässigkeit gemäß Art. 7 der Richtlinie 95/46 angeht, kommt für eine von einem Suchmaschinenbetreiber ausgeführte Verarbeitung, wie sie im Ausgangsverfahren in Rede steht, als Zulässigkeitsgrund Art. 7 Buchst. f der Richtlinie in Betracht.

74 Nach dieser Bestimmung ist die Verarbeitung personenbezogener Daten zulässig, wenn sie zur Verwirklichung des berechtigten Interesses, das von dem für die Verarbeitung Verantwortlichen oder von dem bzw. den Dritten wahrgenommen wird, denen die Daten übermittelt werden, erforderlich ist, sofern nicht das Interesse oder die Grundrechte und Grundfreiheiten der betroffenen Person, insbesondere ihr Recht auf Schutz der Privatsphäre bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, die gemäß Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie geschützt sind, überwiegen. Die Anwendung von Art. 7 Buchst. f der Richtlinie 95/46 erfordert also eine Abwägung der jeweiligen einander gegenüberstehenden Rechte und Interessen, in deren Rahmen die Bedeutung der Rechte der betroffenen Person, die sich aus den Art. 7 und 8 der Charta ergeben, zu berücksichtigen ist (vgl. Urteil ASNEF und FECEMD, EU:C:2011:777, Rn. 38 und 40).

75 Ob eine Verarbeitung den Bestimmungen von Art. 6 und Art. 7 Buchst. f der Richtlinie 95/46 entspricht, kann im Rahmen eines Antrags gemäß Art. 12 Buchst. b der Richtlinie geprüft werden; unter bestimmten Voraussetzungen kann die betroffene Person darüber hinaus aber auch ihr Widerspruchsrecht gemäß Art. 14 Abs. 1 Buchst. a der Richtlinie ausüben.

76 Nach dem genannten Art. 14 Abs. 1 Buchst. a der Richtlinie 95/46 erkennen die Mitgliedstaaten das Recht der betroffenen Person an, zumindest in den Fällen von Art. 7 Buchst. e und f der Richtlinie jederzeit aus überwiegenden, schutzwürdigen, sich aus ihrer besonderen Situation ergebenden Gründen dagegen Widerspruch einlegen zu können, dass sie betreffende Daten verarbeitet werden, wobei dies nicht bei einer im einzelstaatlichen Recht vorgesehenen entgegenstehenden Bestimmung gilt. Bei der im Rahmen von Art. 14 Abs. 1 Buchst. a der Richtlinie vorzunehmenden Abwägung lassen sich somit speziell alle Umstände der konkreten Situation der betroffenen Person berücksichtigen. Im Fall eines berechtigten Widerspruchs kann sich die vom für die Verarbeitung Verantwortlichen vorgenommene Verarbeitung nicht mehr auf diese Daten beziehen.

77 Anträge gemäß Art. 12 Buchst. b und Art. 14 Abs. 1 Buchst. a der Richtlinie 95/46 können von der betroffenen Person unmittelbar an den für die Verarbeitung Verantwortlichen gerichtet werden, der dann sorgfältig ihre Begründetheit zu prüfen und die Verarbeitung der betreffenden Daten gegebenenfalls zu beenden hat. Gibt der für die Verarbeitung Verantwortliche den Anträgen nicht statt, kann sich die betroffene Person an die Kontrollstelle oder das zuständige Gericht wenden, damit diese die erforderlichen Überprüfungen vornehmen und den für die Verarbeitung Verantwortlichen entsprechend anweisen, bestimmte Maßnahmen zu ergreifen.

78 *In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass sich nach Art. 28 Abs. 3 und 4 der Richtlinie 95/46 jede Person zum Schutz ihrer Rechte und Freiheiten bei der Verarbeitung personenbezogener Daten an jede Kontrollstelle mit einer Eingabe wenden kann und jede Kontrollstelle über Untersuchungsbefugnisse und wirksame Einwirkungsbefugnisse verfügt, aufgrund deren sie u. a. die Sperrung, Löschung oder Vernichtung von Daten oder das vorläufige oder endgültige Verbot einer Verarbeitung personenbezogener Daten anordnen kann.*

79 *Wird die Kontrollstelle oder das zuständige Gericht mit einem Antrag wie dem des Ausgangsverfahrens befasst, sind die Bestimmungen der Richtlinie 95/46 über die Rechte der betroffenen Person im Licht der vorstehenden Erwägungen auszulegen und anzuwenden.*

80 *Wie bereits in den Rn. 36 bis 38 des vorliegenden Urteils ausgeführt, kann eine von einem Suchmaschinenbetreiber ausgeführte Verarbeitung personenbezogener Daten wie die im Ausgangsverfahren in Rede stehende die Grundrechte auf Achtung des Privatlebens und Schutz personenbezogener Daten erheblich beeinträchtigen, wenn die Suche mit dieser Suchmaschine anhand des Namens einer natürlichen Person durchgeführt wird, da diese Verarbeitung es jedem Internetnutzer ermöglicht, mit der Ergebnisliste einen strukturierten Überblick über die zu der betreffenden Person im Internet zu findenden Informationen zu erhalten, die potenziell zahlreiche Aspekte von deren Privatleben betreffen und ohne die betreffende Suchmaschine nicht oder nur sehr schwer hätten miteinander verknüpft werden können, und somit ein mehr oder weniger detailliertes Profil der Person zu erstellen. Zudem wird die Wirkung des Eingriffs in die genannten Rechte der betroffenen Person noch durch die bedeutende Rolle des Internets und der Suchmaschinen in der modernen Gesellschaft gesteigert, die den in einer Ergebnisliste enthaltenen Informationen Ubiquität verleihen (vgl. in diesem Sinne Urteil eDate Advertising u. a., C-509/09 und C-161/10, EU:C:2011:685, Rn. 45).*

81 *Wegen seiner potenziellen Schwere kann ein solcher Eingriff nicht allein mit dem wirtschaftlichen Interesse des Suchmaschinenbetreibers an der Verarbeitung der Daten gerechtfertigt werden. Da sich die Entfernung von Links aus der Ergebnisliste aber je nach der Information, um die es sich handelt, auf das berechtigte Interesse von potenziell am Zugang zu der Information interessierten Internetnutzern auswirken kann, ist in Situationen wie der des Ausgangsverfahrens ein angemessener Ausgleich u. a. zwischen diesem Interesse und den Grundrechten der betroffenen Person aus den Art. 7 und 8 der Charta zu finden. Zwar überwiegen die durch diese Artikel geschützten Rechte der betroffenen Person im Allgemeinen gegenüber dem Interesse der Internetnutzer; der Ausgleich kann in besonders gelagerten Fällen aber von der Art der betreffenden Information, von deren Sensibilität für das Privatleben der betroffenen Person und vom Interesse der Öffentlichkeit am Zugang zu der Information abhängen, das u. a. je nach der Rolle, die die Person im öffentlichen Leben spielt, variieren kann.*

82 *Nach der Beurteilung der Anwendungsvoraussetzungen von Art. 12 Buchst. b und Art. 14 Abs. 1 Buchst. a der Richtlinie 95/46, die die Kontrollstelle oder das zuständige Gericht vorzunehmen haben, wenn sie mit einem Antrag wie dem des Ausgangsverfahrens befasst werden, können sie den Suchmaschinenbetreiber anweisen, aus der Liste mit den Ergebnissen einer anhand des Namens einer Person durchgeführten Suche Links zu von Dritten veröffentlichten Seiten mit Informationen über diese Person zu entfernen, ohne dass eine solche Anordnung voraussetzt, dass der Name und die*

Informationen vorher oder gleichzeitig vom Herausgeber der Internetseite, auf der sie veröffentlicht worden sind, freiwillig oder auf Anordnung der Kontrollstelle oder des Gerichts von dieser Seite entfernt werden.

83 *Wie bereits in den Rn. 35 bis 38 des vorliegenden Urteils ausgeführt, hat der Suchmaschinenbetreiber, da die im Rahmen der Tätigkeit einer Suchmaschine ausgeführte Datenverarbeitung sich von der unterscheidet, die von den Herausgebern von Websites ausgeführt worden ist, zusätzlich zu dieser erfolgt und die Grundrechte der betroffenen Person zusätzlich beeinträchtigt, als für die Verarbeitung Verantwortlicher in seinem Verantwortungsbereich im Rahmen seiner Befugnisse und Möglichkeiten dafür zu sorgen, dass die Verarbeitung den Anforderungen der Richtlinie 95/46 genügt, so dass die von dieser vorgesehenen Garantien ihre volle Wirkung entfalten können.*

84 *Insoweit ist darauf hinzuweisen, dass, da auf einer Website veröffentlichte Informationen leicht auf anderen Websites wiedergegeben werden können und die für die Veröffentlichung Verantwortlichen nicht immer dem Unionsrecht unterliegen, ein wirksamer und umfassender Schutz der betroffenen Personen nicht erreicht werden könnte, wenn diese vorher oder parallel bei den Herausgebern der Websites die Löschung der sie betreffenden Informationen erwirken müssten.*

85 *Außerdem kann die vom Herausgeber einer Website in Form der Veröffentlichung von Informationen zu einer natürlichen Person ausgeführte Verarbeitung gegebenenfalls „allein zu journalistischen ... Zwecken“ erfolgen, so dass für sie nach Art. 9 der Richtlinie 95/46 Ausnahmen von den Erfordernissen der Richtlinie gelten, während dies bei einer vom Betreiber einer Suchmaschine ausgeführten Verarbeitung nicht der Fall ist. Mithin ist nicht auszuschließen, dass die betroffene Person unter bestimmten Umständen die Rechte gemäß Art. 12 Buchst. b und Art. 14 Abs. 1 Buchst. a der Richtlinie 95/46 gegen den Suchmaschinenbetreiber, aber nicht gegen den Herausgeber der Website geltend machen kann.*

86 *Schließlich ist festzustellen, dass der Zulässigkeitsgrund gemäß Art. 7 der Richtlinie 95/46 für die Veröffentlichung personenbezogener Daten auf einer Website nicht unbedingt derselbe ist wie für die Tätigkeit der Suchmaschinen; selbst wenn dies der Fall ist, kann die nach Art. 7 Buchst. f und Art. 14 Abs. 1 Buchst. a der Richtlinie vorzunehmende Interessenabwägung je nachdem, ob es sich um die vom Suchmaschinenbetreiber oder die von dem Herausgeber der Internetseite ausgeführte Verarbeitung handelt, verschieden ausfallen, da sowohl die berechtigten Interessen, die die Verarbeitungen rechtfertigen, verschieden sein können als auch die Folgen, die die Verarbeitungen für die betroffene Person, insbesondere für ihr Privatleben, haben, nicht zwangsläufig dieselben sind.*

87 *Die Aufnahme einer Internetseite und der darin über eine Person enthaltenen Informationen in die Liste mit den Ergebnissen einer anhand des Namens der betreffenden Person durchgeführten Suche kann die Zugänglichkeit der Informationen für Internetnutzer, die eine Suche zu der Person durchführen, nämlich erheblich erleichtern und eine entscheidende Rolle bei der Verbreitung der Informationen spielen. Sie kann mithin einen stärkeren Eingriff in das Grundrecht auf Achtung des Privatlebens der betroffenen Person darstellen als die Veröffentlichung durch den Herausgeber der Internetseite.*

88 *Somit ist auf Frage 2 Buchst. c und d zu antworten, dass Art. 12 Buchst. b und Art. 14 Abs. 1 Buchst. a der Richtlinie 95/46 dahin auszulegen sind, dass der Suchmaschinenbetreiber zur Wahrung der in diesen Bestimmungen vorgesehenen Rechte, sofern deren Voraussetzungen erfüllt sind, dazu verpflichtet ist, von der Ergebnisliste, die im Anschluss an eine anhand des Namens einer Person durchgeführte Suche angezeigt wird, Links zu von Dritten veröffentlichten Internetseiten mit Informationen zu dieser Person zu entfernen, auch wenn der Name oder die Informationen auf diesen Internetseiten nicht vorher oder gleichzeitig gelöscht werden und gegebenenfalls auch dann, wenn ihre Veröffentlichung auf den Internetseiten als solche rechtmäßig ist.*

Zu Frage 3 (Umfang der durch die Richtlinie 95/46 garantierten Rechte der betroffenen Person)

89 *Mit Frage 3 möchte das vorliegende Gericht wissen, ob Art. 12 Buchst. b und Art. 14 Abs. 1 Buchst. a der Richtlinie 95/46 dahin auszulegen sind, dass die betroffene Person vom Suchmaschinenbetreiber verlangen kann, von der Ergebnisliste, die im Anschluss an eine anhand ihres Namens durchgeführte Suche angezeigt wird, Links zu von Dritten rechtmäßig veröffentlichten Internetseiten mit wahrheitsgemäßen Informationen über sie zu entfernen, weil diese Informationen ihr schaden können oder weil sie möchte, dass sie nach einer gewissen Zeit „vergessen“ werden.*

90 *Nach Auffassung von Google Spain, Google Inc., der griechischen, der österreichischen und der polnischen Regierung sowie der Kommission ist diese Frage zu verneinen. Google Spain, Google Inc., die polnische Regierung und die Kommission machen insoweit geltend, Art. 12 Buchst. b und Art. 14 Abs. 1 Buchst. a der Richtlinie 95/46 gewährten den betroffenen Personen nur unter der Voraussetzung Rechte, dass die betreffende Verarbeitung nicht den Bestimmungen der Richtlinie entspreche, oder aus überwiegenden, schutzwürdigen, sich aus ihrer besonderen Situation ergebenden Gründen, und nicht bereits, weil die Verarbeitung ihnen ihrer Auffassung nach schaden könne oder sie möchten, dass die Daten, die Gegenstand der Verarbeitung seien, dem Vergessen anheimfallen. Nach Auffassung der griechischen und der österreichischen Regierung hat sich die betroffene Person an den Herausgeber der Website zu wenden.*

91 *Herr Costeja González sowie die spanische und die italienische Regierung vertreten die Auffassung, die betroffene Person könne der Indexierung der sie betreffenden personenbezogenen Daten durch eine Suchmaschine widersprechen, wenn die Verbreitung der Daten mit Hilfe der Suchmaschine ihr schade und ihre Grundrechte auf Schutz personenbezogener Daten und Achtung des Privatlebens, die das „Recht auf Vergessenwerden“ umfassten, gegenüber den berechtigten Interessen des Suchmaschinenbetreibers und dem allgemeinen Interesse an der Informationsfreiheit überwiegen.*

92 *Zu Art. 12 Buchst. b der Richtlinie 95/46, der voraussetzt, dass die Verarbeitung personenbezogener Daten nicht den Bestimmungen der Richtlinie entspricht, ist festzustellen, dass die Verarbeitung, wie bereits in Rn. 72 des vorliegenden Urteils ausgeführt, den Bestimmungen der Richtlinie nicht nur nicht entsprechen kann, weil die Daten sachlich unrichtig sind, sondern u. a. auch, weil sie nicht den Zwecken der Verarbeitung entsprechen, dafür nicht erheblich sind oder darüber hinausgehen, nicht auf den neuesten Stand gebracht sind oder länger als erforderlich aufbewahrt werden, es sei*

denn ihre Aufbewahrung ist für historische, statistische oder wissenschaftliche Zwecke erforderlich.

93 Aus diesen in Art. 6 Abs. 1 Buchst. c bis e der Richtlinie 95/46 enthaltenen Anforderungen ergibt sich, dass auch eine ursprünglich rechtmäßige Verarbeitung sachlich richtiger Daten im Laufe der Zeit nicht mehr den Bestimmungen der Richtlinie entsprechen kann, wenn die Daten für die Zwecke, für die sie erhoben oder verarbeitet worden sind, nicht mehr erforderlich sind. Das ist insbesondere der Fall, wenn sie diesen Zwecken in Anbetracht der verstrichenen Zeit nicht entsprechen, dafür nicht oder nicht mehr erheblich sind oder darüber hinausgehen.

94 Wird somit auf einen Antrag der betroffenen Person gemäß Art. 12 Buchst. b der Richtlinie 95/46 festgestellt, dass die Einbeziehung von Links zu von Dritten rechtmäßig veröffentlichten Internetseiten, die wahrheitsgemäße Informationen zu ihrer Person enthalten, in die Ergebnisliste, die im Anschluss an eine anhand ihres Namens durchgeführte Suche angezeigt wird, zum gegenwärtigen Zeitpunkt nicht mit Art. 6 Abs. 1 Buchst. c bis e der Richtlinie vereinbar ist, weil sich herausstellt, dass die Informationen in Anbetracht aller Umstände des Einzelfalls den Zwecken der in Rede stehenden Verarbeitung durch den Suchmaschinenbetreiber nicht entsprechen, dafür nicht oder nicht mehr erheblich sind oder darüber hinausgehen, müssen die betreffenden Informationen und Links der Ergebnisliste gelöscht werden.

95 Zu den Anträgen gemäß Art. 12 Buchst. b der Richtlinie 95/46 wegen Nichtbeachtung der Voraussetzungen des Art. 7 Buchst. f der Richtlinie und den Anträgen gemäß Art. 14 Abs. 1 Buchst. a der Richtlinie ist festzustellen, dass jede Verarbeitung personenbezogener Daten während der gesamten Dauer ihrer Ausführung nach Art. 7 zulässig sein muss.

96 Somit ist im Rahmen der Beurteilung solcher Anträge, die gegen eine Verarbeitung wie die im Ausgangsverfahren in Rede stehende gerichtet sind, u. a. zu prüfen, ob die betroffene Person ein Recht darauf hat, dass die Information über sie zum gegenwärtigen Zeitpunkt nicht mehr durch eine Ergebnisliste, die im Anschluss an eine anhand ihres Namens durchgeführte Suche angezeigt wird, mit ihrem Namen in Verbindung gebracht wird. Die Feststellung eines solchen Rechts setzt nicht voraus, dass der betroffenen Person durch die Einbeziehung der betreffenden Information in die Ergebnisliste ein Schaden entsteht.

97 Da die betroffene Person in Anbetracht ihrer Grundrechte aus den Art. 7 und 8 der Charta verlangen kann, dass die betreffende Information der breiten Öffentlichkeit nicht mehr durch Einbeziehung in eine derartige Ergebnisliste zur Verfügung gestellt wird, ist, wie sich insbesondere aus Rn. 81 des vorliegenden Urteils ergibt, davon auszugehen, dass diese Rechte grundsätzlich nicht nur gegenüber dem wirtschaftlichen Interesse des Suchmaschinenbetreibers, sondern auch gegenüber dem Interesse der breiten Öffentlichkeit daran, die Information bei einer anhand des Namens der betroffenen Person durchgeführten Suche zu finden, überwiegen. Dies wäre jedoch nicht der Fall, wenn sich aus besonderen Gründen – wie der Rolle der betreffenden Person im öffentlichen Leben – ergeben sollte, dass der Eingriff in die Grundrechte dieser Person durch das überwiegende Interesse der breiten Öffentlichkeit daran, über die Einbeziehung in eine derartige Ergebnisliste Zugang zu der betreffenden Information zu haben, gerechtfertigt ist.

98 *In einer Situation wie der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden, in der es darum geht, dass in der Ergebnisliste, die der Internetnutzer erhält, wenn er mit Google Search eine Suche anhand des Namens der betroffenen Person durchführt, Links zu Seiten des Onlinearchivs einer Tageszeitung angezeigt werden, die Anzeigen enthalten, die sich unter Nennung des Namens der betroffenen Person auf die Versteigerung eines Grundstücks im Zusammenhang mit einer wegen Forderungen der Sozialversicherung erfolgten Pfändung beziehen, ist davon auszugehen, dass die betroffene Person wegen der Sensibilität der in diesen Anzeigen enthaltenen Informationen für ihr Privatleben und weil die ursprüngliche Veröffentlichung der Anzeigen 16 Jahre zurückliegt, ein Recht darauf hat, dass diese Informationen nicht mehr durch eine solche Ergebnisliste mit ihrem Namen verknüpft werden. Da im vorliegenden Fall offenbar keine besonderen Gründe vorliegen, die ein überwiegendes Interesse der Öffentlichkeit daran rechtfertigten, im Rahmen einer Suche anhand des Namens der betroffenen Person Zugang zu den genannten Informationen zu erhalten – was zu prüfen jedoch Sache des vorlegenden Gerichts ist –, kann die Person nach Art. 12 Buchst. b und Art. 14 Abs. 1 Buchst. a der Richtlinie 95/46 die Entfernung der Links aus der Ergebnisliste verlangen.*

99 *Somit ist auf Frage 3 zu antworten, dass Art. 12 Buchst. b und Art. 14 Abs. 1 Buchst. a der Richtlinie 95/46 dahin auszulegen sind, dass im Rahmen der Beurteilung der Anwendungsvoraussetzungen dieser Bestimmungen u. a. zu prüfen ist, ob die betroffene Person ein Recht darauf hat, dass die Information über sie zum gegenwärtigen Zeitpunkt nicht mehr durch eine Ergebnisliste, die im Anschluss an eine anhand ihres Namens durchgeführte Suche angezeigt wird, mit ihrem Namen in Verbindung gebracht wird, wobei die Feststellung eines solchen Rechts nicht voraussetzt, dass der betroffenen Person durch die Einbeziehung der betreffenden Information in die Ergebnisliste ein Schaden entsteht. Da die betroffene Person in Anbetracht ihrer Grundrechte aus den Art. 7 und 8 der Charta verlangen kann, dass die betreffende Information der breiten Öffentlichkeit nicht mehr durch Einbeziehung in eine derartige Ergebnisliste zur Verfügung gestellt wird, überwiegen diese Rechte grundsätzlich nicht nur gegenüber dem wirtschaftlichen Interesse des Suchmaschinenbetreibers, sondern auch gegenüber dem Interesse der breiten Öffentlichkeit am Zugang zu der Information bei einer anhand des Namens der betroffenen Person durchgeführten Suche. Dies wäre jedoch nicht der Fall, wenn sich aus besonderen Gründen – wie der Rolle der betreffenden Person im öffentlichen Leben – ergeben sollte, dass der Eingriff in die Grundrechte dieser Person durch das überwiegende Interesse der breiten Öffentlichkeit daran, über die Einbeziehung in eine derartige Ergebnisliste Zugang zu der betreffenden Information zu haben, gerechtfertigt ist.*

Kosten

100 *Für die Parteien des Ausgangsverfahrens ist das Verfahren ein Zwischenstreit in dem beim vorlegenden Gericht anhängigen Rechtsstreit; die Kostenentscheidung ist daher Sache dieses Gerichts. Die Auslagen anderer Beteiligter für die Abgabe von Erklärungen vor dem Gerichtshof sind nicht erstattungsfähig.*

Aus diesen Gründen hat der Gerichtshof (Große Kammer) für Recht erkannt:

1. *Art. 2 Buchst. b und d der Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. Oktober 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr ist dahin auszulegen, dass die Tätigkeit einer Suchmaschine, die darin besteht, von Dritten ins Internet gestellte oder*

dort veröffentlichte Informationen zu finden, automatisch zu indexieren, vorübergehend zu speichern und schließlich den Internetnutzern in einer bestimmten Rangfolge zur Verfügung zu stellen, sofern die Informationen personenbezogene Daten enthalten, als „Verarbeitung personenbezogener Daten“ im Sinne von Art. 2 Buchst. b der Richtlinie 95/46 einzustufen ist und dass der Betreiber dieser Suchmaschinen als für diese Verarbeitung „Verantwortlicher“ im Sinne von Art. 2 Buchst. d der Richtlinie 95/46 anzusehen ist.

2. Art. 4 Abs. 1 Buchst. a der Richtlinie 95/46 ist dahin auszulegen, dass im Sinne dieser Bestimmung eine Verarbeitung personenbezogener Daten im Rahmen der Tätigkeiten einer Niederlassung ausgeführt wird, die der für die Verarbeitung Verantwortliche im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats besitzt, wenn der Suchmaschinenbetreiber in einem Mitgliedstaat für die Förderung des Verkaufs der Werbeflächen der Suchmaschine und diesen Verkauf selbst eine Zweigniederlassung oder Tochtergesellschaft gründet, deren Tätigkeit auf die Einwohner dieses Staates ausgerichtet ist.

3. Art. 12 Buchst. b und Art. 14 Abs. 1 Buchst. a der Richtlinie 95/46 sind dahin auszulegen, dass der Suchmaschinenbetreiber zur Wahrung der in diesen Bestimmungen vorgesehenen Rechte, sofern deren Voraussetzungen erfüllt sind, dazu verpflichtet ist, von der Ergebnisliste, die im Anschluss an eine anhand des Namens einer Person durchgeführte Suche angezeigt wird, Links zu von Dritten veröffentlichten Internetseiten mit Informationen zu dieser Person zu entfernen, auch wenn der Name oder die Informationen auf diesen Internetseiten nicht vorher oder gleichzeitig gelöscht werden und gegebenenfalls auch dann, wenn ihre Veröffentlichung auf den Internetseiten als solche rechtmäßig ist.

4. Art. 12 Buchst. b und Art. 14 Abs. 1 Buchst. a der Richtlinie 95/46 sind dahin auszulegen, dass im Rahmen der Beurteilung der Anwendungsvoraussetzungen dieser Bestimmungen u. a. zu prüfen ist, ob die betroffene Person ein Recht darauf hat, dass die Information über sie zum gegenwärtigen Zeitpunkt nicht mehr durch eine Ergebnisliste, die im Anschluss an eine anhand ihres Namens durchgeführte Suche angezeigt wird, mit ihrem Namen in Verbindung gebracht wird, wobei die Feststellung eines solchen Rechts nicht voraussetzt, dass der betroffenen Person durch die Einbeziehung der betreffenden Information in die Ergebnisliste ein Schaden entsteht. Da die betroffene Person in Anbetracht ihrer Grundrechte aus den Art. 7 und 8 der Charta verlangen kann, dass die betreffende Information der breiten Öffentlichkeit nicht mehr durch Einbeziehung in eine derartige Ergebnisliste zur Verfügung gestellt wird, überwiegen diese Rechte grundsätzlich nicht nur gegenüber dem wirtschaftlichen Interesse des Suchmaschinenbetreibers, sondern auch gegenüber dem Interesse der breiten Öffentlichkeit am Zugang zu der Information bei einer anhand des Namens der betroffenen Person durchgeführten Suche. Dies wäre jedoch nicht der Fall, wenn sich aus besonderen Gründen – wie der Rolle der betreffenden Person im öffentlichen Leben – ergeben sollte, dass der Eingriff in die Grundrechte dieser Person durch das überwiegende Interesse der breiten Öffentlichkeit daran, über die Einbeziehung in eine derartige Ergebnisliste Zugang zu der betreffenden Information zu haben, gerechtfertigt ist.

1.3 BAG: „BR und DSB“



BAG, 11.11.1997 - 1 ABR 21/97: Kontrolle des BR durch den DSB

Leitsatz

1. Das Bundesdatenschutzgesetz gilt auch für die Datenverarbeitung durch Betriebsräte.

2. Hingegen besteht insoweit nicht die Kontrollbefugnis des betrieblichen Datenschutzbeauftragten nach den §§ 36 und 37 BDSG.

Gründe

1 A. Die Beteiligten streiten darüber, ob die Arbeitgeberin verlangen kann, daß sich der Gesamtbetriebsrat vom betrieblichen Datenschutzbeauftragten kontrollieren läßt.

2 Die Arbeitgeberin beschäftigt in mehreren Betrieben etwa 3600 Arbeitnehmer. Die Hauptverwaltung befindet sich in Berlin. Dem Gesamtbetriebsrat steht ein Notebook zur Verfügung. Außerdem nutzt er den PC einer Mitarbeiterin, die Schreibaufträge für ihn erledigt. Er verwendet auch personenbezogene Daten. Im Jahr 1993 bestellte die Arbeitgeberin einen im Betrieb Berlin beschäftigten Angestellten zum Datenschutzbeauftragten des Unternehmens. Der örtliche Betriebsrat stimmte zu. Als der Datenschutzbeauftragte die von den einzelnen Betriebsräten genutzten PCs überprüfen wollte, kam es zu Meinungsverschiedenheiten darüber, ob er hierzu befugt ist.

3 Die Arbeitgeberin hat die Auffassung vertreten, der Gesamtbetriebsrat unterliege der Kontrolle des betrieblichen Datenschutzbeauftragten. Er sei Teil des Unternehmens und damit der "speichernden Stelle" im Sinne des Bundesdatenschutzgesetzes, auf die sich die Kontrollpflicht des Datenschutzbeauftragten nach § 37 BDSG erstrecke. Aus der nach dem Betriebsverfassungsgesetz bestehenden Unabhängigkeit der Betriebsräte gegenüber dem Arbeitgeber folge nichts anderes. Zum einen seien personenbezogene Daten beim Gesamtbetriebsrat nicht weniger schutzbedürftig als im Bereich der Arbeitgeberin; der Gesamtbetriebsrat sei vom Bundesdatenschutzgesetz nicht ausgenommen. Zum anderen werde die Unabhängigkeit des Gesamtbetriebsrats von der Arbeitgeberin durch Kontrollmaßnahmen des Datenschutzbeauftragten nicht berührt, denn dieser handele eigenverantwortlich und sei gegenüber der Arbeitgeberin weisungsfrei und zur Verschwiegenheit verpflichtet. Auch enthalte die nach § 37 Abs. 2 BDSG dem Datenschutzbeauftragten zur Verfügung zu stellende Übersicht keine Angaben, an deren Geheimhaltung der Gesamtbetriebsrat ein berechtigtes Interesse haben könne.

4 Zur Begründung ihrer Antragsbefugnis hat sich die Arbeitgeberin darauf berufen, daß sie selbst sowohl der Aufsichtsbehörde als auch - aufgrund ihrer Fürsorgepflicht - ihren Arbeitnehmern gegenüber verpflichtet sei, für die Einhaltung des Bundesdatenschutzgesetzes im Unternehmen zu sorgen. Die Pflicht des Gesamtbetriebsrats, dieses Gesetz zu beachten und sich vom Datenschutzbeauftragten kontrollieren zu lassen, bestehe auch ihr, der Arbeitgeberin gegenüber. Das ergebe sich aus dem Grundsatz des vertrauensvollen Zusammenwirkens (§ 2 Abs. 1 BetrVG) und der Bindung des Gesamtbetriebsrats an die zu Gunsten der Arbeitnehmer geltenden Gesetze (§§ 75, 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG).

5 Die Arbeitgeberin hat zuletzt beantragt,

6 I. festzustellen, daß der Gesamtbetriebsrat verpflichtet ist, den für die Arbeitgeberin bestellten Datenschutzbeauftragten nach § 36 Abs. 5, § 37 BDSG bei der Erfüllung seiner Aufgaben zu unterstützen und ihm insbesondere eine Übersicht zur Verfügung zu stellen über

7 1. eingesetzte Datenverarbeitungsanlagen,

8 2. Bezeichnung und Art der Dateien,

9 3. Art der gespeicherten Daten,

10 4. Geschäftszwecke, zu deren Erfüllung die Kenntnis dieser Daten erforderlich ist,

11 5. deren regelmäßige Empfänger,

12 6. zugriffsberechtigte Personengruppen oder Personen, die allein zugriffsberechtigt sind,

13 hilfsweise

14 II. den Gesamtbetriebsrat zu verpflichten, ihrem betrieblichen Datenschutzbeauftragten 45 im Antrag formulierte Fragen zu beantworten, die allesamt das bei der Datenverarbeitung durch den Gesamtbetriebsrat beachtete Verfahren zum Gegenstand haben.

15 Der Gesamtbetriebsrat hat beantragt,

16 die Anträge abzuweisen.

17 Nach seiner Meinung sind die Anträge bereits unzulässig. So bestünden Zweifel, ob überhaupt der Rechtsweg zu den Gerichten für Arbeitssachen eröffnet sei, denn es liege keine betriebsverfassungsrechtliche Streitigkeit vor, sondern eine solche aus dem Bundesdatenschutzgesetz. Jedenfalls sei die Arbeitgeberin nicht antragsbefugt, denn sie mache keine eigenen Rechte geltend, sondern solche des Datenschutzbeauftragten. Überdies sei der Hauptantrag nicht hinreichend bestimmt, da er sich in der Wiederholung des Gesetzwortlauts erschöpfe. Schließlich fehle das Feststellungsinteresse, da ein entsprechender Leistungsantrag möglich sei.

18 Selbst wenn die Anträge zulässig sein sollten, so könnten sie doch keinen Erfolg haben. Zwar sei er, der Gesamtbetriebsrat, Teil der "speichernden Stelle" im Sinne des Bundesdatenschutzgesetzes. Dennoch unterliege er nicht der Kontrolle durch den betrieblichen Datenschutzbeauftragten. Das ergebe sich aus seiner betriebsverfassungsrechtlich gewährleisteten Unabhängigkeit vom Arbeitgeber. Der Datenschutzbeauftragte habe nämlich keine wirklich neutrale Stellung, sondern sei der Arbeitgeberseite zuzuordnen. Eine Kontrolle der Betriebsräte durch den betrieblichen Datenschutzbeauftragten bringe die Gefahr mit sich, daß der Arbeitgeber ihnen auf diese Weise "in die Karten schaue". Im übrigen sei zweifelhaft, ob der Datenschutzbeauftragte im vorliegenden Fall überhaupt für ihn, den Gesamtbetriebsrat, zuständig sein könne, denn bei der Bestellung sei nur der örtliche Betriebsrat in Berlin beteiligt worden.

19 Das Arbeitsgericht hat die erstinstanzlich gestellten Anträge, den Gesamtbetriebsrat zur Duldung der Kontrolle durch den Datenschutzbeauftragten, hilfsweise zur Vorlage einer Übersicht nach § 37 Abs. 2 BDSG zu verpflichten, als unzulässig abgewiesen. Auf die Beschwerde der Arbeitgeberin hat das Landesarbeitsgericht dem zweitinstanzlich gestellten Hauptantrag im wesentlichen entsprochen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Rechtsbeschwerde begehrt der Gesamtbetriebsrat die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Beschlusses. Die Arbeitgeberin bittet, die Rechtsbeschwerde zurückzuweisen.

20 B. Die Rechtsbeschwerde ist begründet. Die Anträge der Arbeitgeberin sind unbegründet.

21 I. Soweit der Gesamtbetriebsrat die Rechtsbeschwerde allerdings darauf stützt, vorliegend sei der Rechtsweg zu den Gerichten für Arbeitssachen nicht eröffnet, ist seine Rüge erfolglos. Nach § 93 Abs. 2 i.V.m. § 65 ArbGG ist dem Senat die Prüfung verwehrt, ob der beschrittene Rechtsweg und die Verfahrensart zulässig sind.

22 Dem steht nicht entgegen, daß die Vorinstanzen den Rechtsweg zu den Gerichten für Arbeitssachen hier nicht vorab in gesonderten Beschlüssen nach § 17 a GVG, sondern jeweils in den Gründen der Hauptsacheentscheidung bejaht haben. Allerdings ist in einem solchen Fall das Rechtsmittelgericht entgegen § 65 ArbGG ausnahmsweise dann zur Prüfung des Rechtsweges verpflichtet, wenn in der Vorinstanz die Voraussetzungen vorgelegen haben, unter denen die Rechtswegentscheidung in einem gesonderten Beschluß hätte ergehen müssen (BAG Urteil vom 26. März 1992 - 2 AZR 443/91 - AP Nr. 7 zu § 48 ArbGG 1979, zu II 3 b der Gründe; Germelmann/Matthes/Prütting, ArbGG, 2. Aufl., § 65 Rz 14). Dies ist nach § 17 a Abs. 3 GVG dann der Fall, wenn ein Beteiligter die Zulässigkeit des Rechtsweges rügt. Das ist hier jedoch nicht geschehen. Zwar hat der Gesamtbetriebsrat erstinstanzlich zunächst geltend gemacht, die Zuständigkeit der Arbeitsgerichte sei "in Zweifel zu ziehen". Er hat dann aber - in Übereinstimmung mit der Arbeitgeberin - ausdrücklich die Auffassung vertreten, die vom Arbeitsgericht ursprünglich beabsichtigte Abgabe an das Verwaltungsgericht komme nicht in Frage; er hat auch nicht vorgetragen, ein anderer Rechtsweg sei zulässig. Selbst wenn man in den ursprünglich geäußerten Zweifeln eine nach § 17 a Abs. 3 GVG erhebliche Rüge des Rechtsweges sehen wollte, so wäre diese jedenfalls vor der erstinstanzlichen Entscheidung zurückgenommen worden, so daß das Arbeitsgericht dann nicht mehr zur Vorabentscheidung verpflichtet war. Nachdem das Arbeitsgericht den Arbeitsrechtsweg somit zulässigerweise im Rahmen der Hauptsacheentscheidung bejaht hatte, war eine dahingehende Prüfung den Rechtsmittelgerichten durch § 65 ArbGG verwehrt (BAG Urteil vom 26. März 1992 - 2 AZR 443/91 - AP Nr. 7 zu § 48 ArbGG 1979, zu II 3 b aa der Gründe; Grunsky, ArbGG, 7. Aufl., § 65 Rz 2).

23 II. Der - anfangs vom Arbeitsgericht beteiligte - betriebliche Datenschutzbeauftragte war nicht am Verfahren zu beteiligen. Die Beteiligtenstellung ist in jeder Lage des Verfahrens von Amts wegen zu beachten (zuletzt Senatsbeschluß vom 25. September 1996 - 1 ABR 25/96 - AP Nr. 4 zu § 97 ArbGG 1979, zu B I der Gründe). Der Datenschutzbeauftragte gehört aber nicht zum Kreis der nach § 83 Abs. 3 ArbGG Beteiligten. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (vgl. Senatsbeschluß, aaO) ist die Stelle, die durch die begehrte Entscheidung in ihrer betriebsverfassungsrechtlichen Stellung unmittelbar betroffen wird, an einem Beschlußverfahren in Angelegenheiten des Betriebsverfassungsgesetzes beteiligt. Diese

materielle Betroffenheit fehlt beim betrieblichen Datenschutzbeauftragten. Seine Rechte und Pflichten ergeben sich nicht aus dem Betriebsverfassungsrecht, sondern aus dem Datenschutzrecht.

24 III. Zu Unrecht hat das Landesarbeitsgericht dem Hauptantrag im wesentlichen stattgegeben.

25 1. Zutreffend ist es davon ausgegangen, daß der Antrag entgegen der Auffassung des Gesamtbetriebsrats zulässig ist.

26 a) Allerdings ist er mißverständlich formuliert und bedarf insoweit der Auslegung. Nach dem Wortlaut des Eingangshalbsatzes soll der Gesamtbetriebsrat den Datenschutzbeauftragten nach § 36 Abs. 5 und § 37 BDSG "unterstützen". Die Unterstützungspflicht nach § 36 Abs. 5 BDSG bezieht sich indessen im wesentlichen auf das zur Verfügungstellen der erforderlichen personellen und sächlichen Mittel. Das kann nicht Aufgabe des Gesamtbetriebsrats sein, der insoweit selbst auf die Unterstützung durch die Arbeitgeberin angewiesen ist (§ 51 Abs. 1 Satz 1, § 40 BetrVG). Hierüber streiten die Beteiligten auch nicht. Aus dem gesamten Vorbringen ergibt sich vielmehr, daß mit der geforderten "Unterstützung" ausschließlich die Bereitschaft des Gesamtbetriebsrats gemeint ist, sich vom Datenschutzbeauftragten kontrollieren zu lassen und die hierzu erforderlichen Mitwirkungshandlungen vorzunehmen, wie beispielsweise die Aufstellung einer Übersicht, die im Antrag nach einem einleitenden "Insbesondere" angeführt wird.

27 b) Der Zulässigkeit des Antrags steht nicht etwa entgegen, daß der Arbeitgeberin die Antragsbefugnis fehlte.

28 Der Gesamtbetriebsrat rügt insoweit, daß der Antrag darauf gerichtet ist, die Kontrollbefugnis des Datenschutzbeauftragten festzustellen. Allerdings ist nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts im Beschlußverfahren nur antragsbefugt, wer ein eigenes Recht geltend macht. Antragsbefugt ist darüber hinaus aber auch derjenige, welcher die Feststellung eines Rechtsverhältnisses verlangt, an dem er selbst beteiligt ist. Soweit nach § 256 ZPO sogar die Feststellung eines Rechtsverhältnisses zwischen Dritten beantragt werden kann, weil dieses für die Rechtsbeziehungen des Antragstellers zu einem dieser Dritten von Bedeutung ist, gilt dies auch für das Beschlußverfahren. Ob der Antragsteller die verlangte Leistung tatsächlich beanspruchen kann bzw. ob das geltend gemachte Rechtsverhältnis tatsächlich besteht, ist eine Frage der Begründetheit des Antrags (BAG Beschluß vom 23. Februar 1988 - 1 ABR 75/86 - AP Nr. 9 zu § 81 ArbGG 1979, zu C I 1 der Gründe).

29 Nach diesen Grundsätzen ist die Arbeitgeberin hier antragsbefugt. Sie macht eigene Rechte geltend. Sie beruft sich darauf, der Gesamtbetriebsrat sei aus dem zu ihr bestehenden betriebsverfassungsrechtlichen Rechtsverhältnis verpflichtet, sich vom Datenschutzbeauftragten kontrollieren zu lassen, um es ihr so zu ermöglichen, ihren Pflichten aus dem Bundesdatenschutzgesetz nachzukommen. Sie sei nämlich sowohl den Arbeitnehmern wie auch der Aufsichtsbehörde gegenüber für die Einhaltung des Bundesdatenschutzgesetzes im Unternehmen verantwortlich und habe im Rahmen dieser Verantwortung dafür zu sorgen, daß der ihr unterstellte Datenschutzbeauftragte seine Kontrollrechte ausüben könne.

30 c) Auch die anderen gegen die Zulässigkeit des Antrags gerichteten Bedenken greifen nicht durch.

31 Erfolglos rügt der Gesamtbetriebsrat, der Antrag erfülle nicht die Bestimmtheiterfordernisse des § 253 ZPO. Allerdings sind im Antrag die Verpflichtungen des Gesamtbetriebsrats gegenüber dem Datenschutzbeauftragten, welche die Arbeitgeberin festgestellt haben will, nur durch Wiedergabe von Teilen des § 36 Abs. 5 und des § 37 Abs. 2 BDSG bezeichnet. Die begehrte Entscheidung des Gerichts kann daher keine Klarheit darüber schaffen, welche Pflichten des Gesamtbetriebsrats sich im einzelnen bei einer Kontrolle durch den Datenschutzbeauftragten ergeben würden. Nach der Rechtsprechung des Senats ist ein Antrag, der lediglich den Gesetzeswortlaut wiederholt, dann unzulässig, wenn der Inhalt der Norm streitig ist (Beschuß vom 17. März 1987 - 1 ABR 65/85 - AP Nr. 7 zu § 23 BetrVG 1972, zu B III 1 der Gründe). Darum geht es aber hier nicht. Arbeitgeberin und Gesamtbetriebsrat streiten nicht darüber, zu welchen Kontrollmaßnahmen der Datenschutzbeauftragte gegenüber dem Gesamtbetriebsrat befugt ist, und welche Unterstützungshandlungen er im einzelnen verlangen kann, sondern allein darüber, ob der Gesamtbetriebsrat überhaupt der Kontrolle durch den betrieblichen Datenschutzbeauftragten nach § 36 Abs. 5, § 37 BDSG unterworfen ist.

32 Schließlich ist auch die mit der Rechtsbeschwerde erhobene Rüge unbegründet, für den Antrag fehle wegen der Vorgreiflichkeit einer möglichen Leistungsklage das nach § 256 Abs. 1 ZPO erforderliche besondere Feststellungsinteresse. Die Arbeitgeberin macht mit der behaupteten Kontrollbefugnis des Datenschutzbeauftragten ein Rechtsverhältnis zum Gesamtbetriebsrat geltend, über das Streit besteht. Das wird auch vom Gesamtbetriebsrat nicht in Abrede gestellt. Sie muß sich insoweit nicht auf einen Leistungsantrag verweisen lassen, denn nur ein Feststellungsbeschluß kann eine umfassende Klärung des Rechtsverhältnisses herbeiführen, aus dessen Bejahung sich dann eine Vielzahl einzelner Kontrollrechte des Datenschutzbeauftragten sowie Duldungs- und Unterstützungspflichten des Gesamtbetriebsrats ergeben können. Zutreffend hat das Landesarbeitsgericht in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen, daß nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (z.B. Urteil vom 20. Juli 1994 - 5 AZR 169/93 - AP Nr. 26 zu § 256 ZPO, zu III 2 der Gründe) aus Gründen der Prozeßwirtschaftlichkeit das Interesse an einer auf das Grundverhältnis zwischen den Beteiligten beschränkten Feststellung zu bejahen ist, auch wenn die Möglichkeit besteht, daß aus diesem Grundverhältnis dann weitere Streitfragen erwachsen. Es wäre nicht sinnvoll, bereits das Verfahren, welches das Grundverhältnis klären soll, mit dem Streit um einzelne Rechte und Pflichten zu belasten.

33 Zutreffend hat das Landesarbeitsgericht auch erkannt, daß der Einwand des Gesamtbetriebsrats unerheblich ist, der Datenschutzbeauftragte sei möglicherweise nicht wirksam bestellt, weil die Arbeitgeberin mit dem örtlichen Betriebsrat in Berlin nicht die zuständige Arbeitnehmervertretung beteiligt habe. Es kann dahinstehen, welche Arbeitnehmervertretung nach § 99 BetrVG bei der Bestellung des Datenschutzbeauftragten zu beteiligen ist, wenn ein Unternehmen aus mehreren Betrieben besteht. Vorliegend geht es nicht um Rechte, die mit der Person des Datenschutzbeauftragten verknüpft wären, sondern allgemein um die Befugnisse des jeweiligen Funktionsträgers im Unternehmen der Arbeitgeberin.

34 2. Der Antrag ist jedoch unbegründet. Dem Datenschutzbeauftragten stehen die von der Arbeitgeberin behaupteten Kontrollbefugnisse gegenüber dem Gesamtbetriebsrat nicht zu.

35 a) Dem Landesarbeitsgericht ist allerdings darin zu folgen, daß der Gesamtbetriebsrat nicht etwa als "Dritter" im Sinne des § 3 Abs. 9 BDSG außerhalb der "speichernden Stelle" im Sinne des § 3 Abs. 8 BDSG, also des Unternehmens steht. Vielmehr ist er selbst Teil dieser speichernden Stelle. Das entspricht heute hinsichtlich der Betriebsräte wohl allgemeiner Meinung (vgl. Auernhammer, BDSG, 3. Aufl., § 3 Rz 54; Bergmann/Möhrle/Herb, Datenschutzrecht, Loseblatt, Stand Juni 1997, § 3 Rz 134; Dörr/Schmidt, Neues Bundesdatenschutzgesetz, 2. Aufl., § 37 Rz 13; Fitting/Kaiser/Heither/Engels, BetrVG, 18. Aufl., § 1 Rz 180 ff.; Gola/Schomerus, BDSG, 6. Aufl., § 3 Nr. 16.3; Grabendorff/Windscheid/Ibertz/Widmaier, BPersVG, 8. Aufl., § 68 Rz 57; von Hoyningen-Huene, NZA 1985, Beil. 1, S. 19, 21 f.; Klebe in: Däubler/Kittner/Klebe, BetrVG, 5. Aufl., § 94 Rz 40; Kort, RdA 1992, 378, 382; Müller/Wächter, Der Datenschutzbeauftragte, 2. Aufl., S. 95; Rudolf, NZA 1996, 296, 300; Schlemann, Recht des betrieblichen Datenschutzbeauftragten, S. 60; Dammann in: Simitis/Dammann/Geiger/Mallmann/Walz, BDSG, 4. Aufl., Loseblatt, Stand Juli 1994, § 3 Rz 236; Wohlgemuth, Datenschutz für Arbeitnehmer, 2. Aufl., Rz 371; noch offengelassen im Beschluß des Sechsten Senats vom 17. März 1983, BAGE 42, 113, 116 [BAG 17.03.1983 - 6 ABR 33/80] = AP Nr. 18 zu § 80 BetrVG 1972, zu II 3 der Gründe). Die Zugehörigkeit des Betriebsrats zur speichernden Stelle ergibt sich daraus, daß im nicht-öffentlichen Bereich Stellen im Sinne des Bundesdatenschutzgesetzes nur natürliche und juristische Personen, Gesellschaften und andere Personenvereinigungen des privaten Rechts sind (§ 2 Abs. 4 BDSG). Zu diesen gehören Betriebsräte nicht. Die abweichende Meinung von Dietz/Richardi (BetrVG, 6. Aufl., § 80 Rz 89 f.; ihnen folgend Hess in: Hess/Schlochauer/Glaubitz, BetrVG, 4. Aufl., § 80 Rz 3), Betriebsräte seien weder Teile der speichernden Stelle noch Dritte, ist mit der Systematik des § 3 BDSG, der nur diese Alternative zuläßt, nicht zu vereinbaren.

36 Das gleiche muß auch für den Gesamtbetriebsrat gelten. Insoweit ist unschädlich, daß sich seine betriebsverfassungsrechtliche Stellung nicht einem bestimmten Betrieb zuordnen läßt. Das Bundesdatenschutzgesetz knüpft mit dem Begriff der "speichernden Stelle" nämlich nicht beim Betrieb an, sondern beim Unternehmen, und zu diesem gehört auch der Gesamtbetriebsrat. Unterschiede, die sich insoweit für den Konzernbetriebsrat ergeben mögen, spielen im vorliegenden Verfahren keine Rolle.

37 b) Ob sich daraus, daß der Gesamtbetriebsrat Teil der speichernden Stelle ist, eine Kontrollbefugnis des betrieblichen Datenschutzbeauftragten ergibt, hat das Bundesarbeitsgericht bisher nicht entschieden. Das Bundesverwaltungsgericht hat die Frage bezüglich der Personalvertretungen im öffentlichen Dienst ausdrücklich offengelassen (BVerwG Beschluß vom 4. September 1990 - 6 P 28.87 - AP Nr. 1 zu § 68 BPersVG). Im Schrifttum besteht insoweit Streit.

38 Einerseits wird die Meinung vertreten, auch die Betriebsräte seien der Kontrolle des Datenschutzbeauftragten unterworfen (Auernhammer, BDSG, 3. Aufl., § 36 Rz 34, § 37 Rz 2; Bergmann/Möhrle/Herb, Datenschutzrecht, Loseblatt, Stand Juni 1997, § 37 Rz 74; Kasseler Handbuch/Blechmann, Nr. 2.10 Rz 586; Dörr/Schmidt, Neues Bundesdatenschutzgesetz, 2. Aufl., § 37 Rz 13; Gola, ZfPR 1997, 94, 95; Gola/Schomerus, BDSG, 6. Aufl., § 36 Nr. 5.5;

Grabendorff/Windscheid/Ilbertz/Widmaier, *BPersVG*, 8. Aufl., § 68 Rz 59; von Hoyningen-Huene, *NZA* 1985, Beil. 1, S. 19, 23; Kort, *RdA* 1992, 378, 382; Müller/Wächter, *Der Datenschutzbeauftragte*, 2. Aufl., S. 100; Rudolf, *NZA* 1996, 296, 300; Schlemann, *Recht des betrieblichen Datenschutzbeauftragten*/ S. 60; Simitis in: Simitis/Dammann/Mallmann/Reh, *BDSG*, 3. Aufl., § 29 Rz 17). Die Zuständigkeit des Datenschutzbeauftragten nach den §§ 36 und 37 BDSG beziehe sich auf die gesamte speichernde Stelle. Das Bundesdatenschutzgesetz enthalte insoweit keine Einschränkungen. Auch sei zu berücksichtigen, daß andernfalls entgegen dem Zweck des Gesetzes der Datenschutz für einen Teil des Unternehmens geschwächt werde, weil eine wirksame Überwachung der Verarbeitung personenbezogener Daten durch die Betriebsräte fehle. Die Aufsichtsbehörde sei zu einer solchen Überwachung faktisch kaum in der Lage. Gefährdet seien personenbezogene Daten bei den Betriebsräten im Grundsatz nicht weniger als bei der Verarbeitung durch den Arbeitgeber. Der Arbeitgeber müsse insoweit Einwirkungsmöglichkeiten haben, denn er hafte auch für Verstöße des Betriebsrats gegen das Datenschutzrecht.

39 Dieser Auffassung wird entgegengehalten, das Betriebsverfassungsgesetz stehe einer Befugnis des Datenschutzbeauftragten entgegen, die Betriebsräte zu kontrollieren (Däubler, *Gläserne Belegschaften*, 3. Aufl., Rz 381; Dietz/Richardi, *BetrVG*, 6. Aufl., § 80 Rz 105; Fitting/Kaiser/Heither/Engels, *BetrVG*, 18. Aufl., § 1 Rz 189; Grunewald, *RDV* 1993, 226, 228; Klebe in: Däubler/Kittner/Klebe, *BetrVG*, 5. Aufl., § 94 Rz 41; Schierbaum/Kiesche, *CR* 1993, 151, 157; Wagner, *BB* 1993, 1729, 1730; Wohlgemuth, *Datenschutz für Arbeitnehmer*, 2. Aufl., Rz 810; ders., *BB* 1995, 673, 675). Der Datenschutzbeauftragte werde vom Arbeitgeber ausgewählt. Er sei daher ungeachtet der Freiheit von fachlichen Weisungen sowie des Schutzes vor Benachteiligungen der Arbeitgeberseite zuzurechnen, unter deren Verantwortung er handle. Mit der Unabhängigkeit der Betriebsräte vom Arbeitgeber sei die Kontrolle durch einen Beauftragten des Arbeitgebers unvereinbar. Zum Schutz der von den Betriebsräten verarbeiteten Daten reiche die behördliche Kontrolle nach § 38 BDSG aus.

40 c) Für die letztgenannte Auffassung sprechen die gewichtigeren Gründe. Die Betriebsräte - und damit auch der Gesamtbetriebsrat - unterliegen nicht der Kontrolle durch den betrieblichen Datenschutzbeauftragten nach § 36 Abs. 5 und § 37 BDSG. Ein Kontrollrecht des Datenschutzbeauftragten wäre mit der vom Betriebsverfassungsgesetz vorgeschriebenen Unabhängigkeit des Gesamtbetriebsrats von der Arbeitgeberin unvereinbar. Ein so massiver und wertungswidersprüchlicher Eingriff in ein Strukturprinzip des Betriebsverfassungsgesetzes kann dem Bundesdatenschutzgesetz nicht entnommen werden. Das Gesetz erweist sich insoweit als lückenhaft, als es keine Vorschriften über das Verhältnis der beiden Organe zueinander enthält.

41 aa) Der Beteiligung des Betriebsrats an Entscheidungen des Arbeitgebers liegt nach dem Betriebsverfassungsgesetz die Vorstellung zugrunde, daß zwischen dem Arbeitgeber und der vom Betriebsrat vertretenen Belegschaft Interessengegensätze bestehen, die des Ausgleichs bedürfen. Dies kommt beispielsweise in den Vorschriften über die Mitbestimmungsrechte zum Ausdruck, die jeweils mit Regelungen zur Lösung von Konflikten entweder durch das Gericht oder durch die Einigungsstelle verbunden sind. Die Verpflichtung beider Seiten zur vertrauensvollen Zusammenarbeit nach § 2 Abs. 1 *BetrVG* beseitigt diese Interessenpolarität nicht, sondern setzt sie gerade voraus (vgl. Berg in: Däubler/Kittner/Klebe, *BetrVG*, 5. Aufl., § 2 Rz 6; Fitting/Kaiser/Heither/Engels, *BetrVG*, 18. Aufl., § 2 Rz 9; Hess in: Hess/Schlochauer/Glaubitz, *BetrVG*, 4. Aufl., § 2 Rz

17; GK-BetrVG/Kraft, 5. Aufl., § 2 Rz 13). An diesem Befund ändert der Umstand nichts, daß das Betriebsverfassungsgesetz gleichzeitig von gemeinsamen Zielen und Interessenübereinstimmungen ausgeht, die insgesamt ausreichen, um die Zusammenarbeit zu tragen.

42 Die autonome Interessenwahrnehmung mit dem Ziel eines angemessenen Ausgleichs ist nur möglich, wenn Arbeitgeber und Betriebsrat unabhängig voneinander ihre Meinung bilden, also insbesondere Verhandlungsziele und mögliche Kompromißlinien bestimmen können. Die insoweit bestehende Unabhängigkeit von Betriebsrat und Arbeitgeber ist ein Strukturprinzip der Betriebsverfassung, das in zahlreichen Regelungen des Betriebsverfassungsgesetzes zum Ausdruck kommt. So nimmt § 5 Abs. 3 BetrVG die leitenden Angestellten von der Anwendung des Betriebsverfassungsgesetzes und damit von der durch den Betriebsrat vertretenen Belegschaft aus, weil der Arbeitgeber für seine eigene Willensbildung - und auch für die Vertretung gegenüber der Belegschaft und dem Betriebsrat - auf Angehörige dieser Arbeitnehmergruppe angewiesen ist. Auf der anderen Seite trifft das Betriebsverfassungsgesetz eine ganze Reihe von Vorkehrungen, um die erforderliche Unabhängigkeit des Betriebsrats zu sichern. So ist dessen Bildung allein Sache der Belegschaft (vgl. insbesondere §§ 7, 8 und 16 bis 18 BetrVG). Weiter gewährleistet das Gesetz eine vom Arbeitgeber unbeeinflusste Interessenvertretung u.a. durch die Straf Vorschrift des § 119 BetrVG und durch die zum Schutz der Betriebsratsmitglieder bestehenden Benachteiligungsverbote (etwa § 37 Abs. 4 BetrVG) und speziellen Kündigungsschutz (etwa § 15 Abs. 1 KSchG). Mit der gesetzlich geforderten Eigenständigkeit des Betriebsrats wären Kontrollrechte und Weisungsbefugnisse des Arbeitgebers hinsichtlich der Ausübung des Betriebsratsamtes nicht vereinbar (BAGE 43, 109, 113 = AP Nr. 45 zu § 37 BetrVG 1972, zu II 2 der Gründe). Dem entspricht auch, daß der Arbeitgeber Dritten gegenüber nicht für unerlaubte Handlungen des Betriebsrats haftet (Fitting/Kaiser/Heither/Engels, BetrVG, 18. Aufl., § 1 Rz 198; MünchArbR/v. Hoyningen-Huene, § 291 Rz 24).

43 bb) Die Ausübung der in § 36 Abs. 5 und § 37 BDSG vorgesehenen Kontrollrechte des Datenschutzbeauftragten gegenüber dem Gesamtbetriebsrat würde dessen gesetzlich vorgeschriebene Unabhängigkeit von der Arbeitgeberin beeinträchtigen. Die Kontrollmaßnahmen wären der Arbeitgeberin zuzurechnen. Zutreffend hat das Landesarbeitsgericht erkannt, daß der betriebliche Datenschutzbeauftragte keine "neutrale Stellung" zwischen Arbeitgeberin und Gesamtbetriebsrat einnimmt.

44 (1) Der Datenschutzbeauftragte wird nach § 36 Abs. 1 BDSG vom Arbeitgeber ausgewählt und bestellt. Der Bestellungsakt als solcher unterliegt nicht der Mitbestimmung des Betriebsrats. Der Betriebsrat hat auch kein Beteiligungsrecht, das es ihm - wie etwa bei der Bestellung und Abberufung angestellter Betriebsärzte oder Fachkräfte für Arbeitssicherheit nach § 9 Abs. 3 ASiG - ermöglichen würde dafür zu sorgen, daß das Amt von einer Person auch seines Vertrauens wahrgenommen wird. Hinsichtlich des Datenschutzbeauftragten kommt lediglich das an enge gesetzliche Voraussetzungen gebundene Zustimmungsverweigerungsrecht nach § 99 BetrVG in Betracht, sofern die Bestellung zugleich als Versetzung oder Einstellung im Sinne dieser Vorschrift anzusehen ist. Handelt es sich beim Datenschutzbeauftragten um einen leitenden Angestellten oder um einen externen Beauftragten, der nicht in den Betrieb eingliedert wird, so fehlt selbst dieses Zustimmungsverweigerungsrecht (BAGE 76, 184, 190 ff. = AP Nr. 4 zu § 99 BetrVG 1972 Versetzung, zu B II 2 der Gründe).

45 Der Datenschutzbeauftragte erfüllt Aufgaben des Arbeitgebers, denn er hat nach § 37 Abs. 1 Satz 1 BDSG die Ausführung dieses Gesetzes im Unternehmen "sicherzustellen". Hierbei handelt es sich um eine Pflicht, die zunächst dem Unternehmen (Arbeitgeber) selbst als dem Normunterworfenen obliegt. Das Unternehmen ist für ordnungsgemäßen Datenschutz verantwortlich (Gola/Schomerus, BDSG, 6. Aufl., § 36 Nr. 1.1). Seine Bindung an die Pflichten aus dem Bundesdatenschutzgesetz ist nicht auf den Aufgabenbereich des Datenschutzbeauftragten beschränkt. Das zeigt sich schon daran, daß das Bundesdatenschutzgesetz auf alle Unternehmen anwendbar ist, die personenbezogene Daten geschäftsmäßig verarbeiten oder nutzen (§ 1 Abs. 2 Nr. 3), während ein Datenschutzbeauftragter nur in Unternehmen bestellt werden muß, in denen mindestens fünf Arbeitnehmer mit der automatisierten Verarbeitung personenbezogener Daten beschäftigt sind. In den zahlreichen Unternehmen, für die danach kein Datenschutzbeauftragter vorgeschrieben ist, obliegt es allein der Geschäftsleitung, die Beachtung des Bundesdatenschutzgesetzes sicherzustellen (Gola/Schomerus, BDSG, 6. Aufl., § 37 Nr. 1.5).

46 Dementsprechend ist der Datenschutzbeauftragte nach der Konzeption des Bundesdatenschutzgesetzes ein Instrument der Selbstkontrolle des Unternehmens, die neben der Fremdkontrolle durch die Aufsichtsbehörde nach § 38 BDSG steht (Auernhammer, BDSG, 3. Aufl., vor § 36 Rz 2 f.; Däubler in: Däubler/Klebe/Wedde, BDSG/§ 36 Rz 3). Mit der Verpflichtung zur Bestellung eines Datenschutzbeauftragten hat das Bundesdatenschutzgesetz keine vom Unternehmen unabhängige Institution geschaffen, sondern in die Organisationsfreiheit des Unternehmens eingegriffen (Gola/Schomerus, BDSG, 6. Aufl., § 36 Nr. 1.1). Der Datenschutzbeauftragte ist der Geschäftsleitung unterstellt (§ 36 Abs. 3 Satz 1 BDSG). Er kann nicht etwa aus eigenem Recht dafür sorgen, daß im Unternehmen die Verpflichtungen aus dem Bundesdatenschutzgesetz beachtet werden, sondern er kann insoweit nur beratend auf die Geschäftsleitung einwirken. Allein deren Sache ist es, Entscheidungen zur Gewährleistung des Datenschutzes zu treffen und erforderlichenfalls Verstöße abzustellen (Auernhammer, BDSG, 3. Aufl., § 37 Rz 3; Däubler in: Däubler/Klebe/Wedde, BDSG, § 37 Rz 5; Gola/Schomerus, BDSG, 6. Aufl., § 36 Nr. 9.3).

47 Die Pflicht des Datenschutzbeauftragten, die sich aus seinem Amt ergebenden Aufgaben zu erfüllen, besteht nur gegenüber dem Arbeitgeber, nicht etwa gegenüber den von der Datenverarbeitung Betroffenen (Auernhammer, BDSG, 3. Aufl., § 37 Rz 6; Gola/Wronka, Handbuch zum Arbeitnehmerdatenschutz, 2. Aufl., S. 283; Gola/Schomerus, BDSG, 6. Aufl., § 37 Nr. 2.1). Nur in schwerwiegenden Ausnahmefällen haben die Treuepflichten, die aus dem Beschäftigungsverhältnis zum Unternehmen herrühren, zurückzutreten mit der Folge, daß der Datenschutzbeauftragte befugt ist, unternehmensinterne Vorgänge der Aufsichtsbehörde zu offenbaren und diese nach § 37 Abs. 1 Satz 2 BDSG um Unterstützung zu bitten (Auernhammer, BDSG, 3. Aufl., § 37 Rz 8; Gola/Schomerus, BDSG, 6. Aufl., § 37 Nr. 3.1, 3.2).

48 (2) Der Feststellung, daß der Datenschutzbeauftragte als "verlängerter Arm" des Arbeitgebers handelt, stehen auch die Vorkehrungen nicht entgegen, die in § 36 BDSG zur Sicherung seiner objektiven Amtsausübung enthalten sind.

49 Allerdings ist der Datenschutzbeauftragte nach § 36 Abs. 3 Satz 2 BDSG frei von fachlichen Weisungen. Dies entzieht ihn indessen nicht der allgemeinen Dienstaufsicht durch den Arbeitgeber, der seine ordnungsgemäße Amtsausübung zu überwachen hat

(Auernhammer, BDSG, 3. Aufl., § 36 Rz 28). Der Arbeitgeber kann aufgrund seiner Verantwortung für die Durchführung des Bundesdatenschutzgesetzes dem Datenschutzbeauftragten Prüfaufträge erteilen; lediglich über Einzelmaßnahmen entscheidet dieser eigenverantwortlich (Gola/Schomerus, BDSG, 6. Aufl., § 36 Nr. 9.3).

50 Auch der Umstand, daß der Datenschutzbeauftragte wegen der Erfüllung seiner Aufgaben nicht benachteiligt werden darf (§ 36 Abs. 3 Satz 3 BDSG), und daß er nach § 36 Abs. 3 Satz 4 BDSG nur aus wichtigem Grund entsprechend § 626 BGB oder auf Verlangen der Aufsichtsbehörde abberufen werden kann, führt nicht zu einer anderen Beurteilung. Diese Regelungen schützen den Datenschutzbeauftragten zwar bei seiner Amtsausübung, ändern aber nichts daran, daß diese als Stabsfunktion im Auftrag des Arbeitgebers erfolgt und nicht unmittelbar wirksam wird; wenn im Unternehmen Mängel beim Datenschutz festgestellt werden, ist es der Arbeitgeber, der Abhilfemaßnahmen ergreifen muß.

51 Die nach § 36 Abs. 4 BDSG bestehende Verschwiegenheitspflicht ist, wie das Landesarbeitsgericht zutreffend erkannt hat, ebenfalls nicht geeignet, dem Datenschutzbeauftragten im Spannungsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat eine neutrale Position zu verschaffen (a.A. Simitis in: Simitis/Dammann/Mallmann/Reh, BDSG, 3. Aufl., § 29 Rz 19). Sie ist auf die Identität des von der Datenverarbeitung Betroffenen beschränkt. Daten, die den Meinungsbildungsprozeß des Betriebsrats betreffen, bleiben weitgehend außerhalb der Verschwiegenheitspflicht. Gerade deren Geheimhaltung ist aber erforderlich, soweit es um die Gewährleistung der Unabhängigkeit des Betriebsrats vom Arbeitgeber geht. Selbst wenn man der Auffassung folgen wollte, daß die Verschwiegenheitspflicht über den Gesetzeswortlaut hinaus generell auch auf alle Daten des Betriebsrats zu erstrecken ist (so Gola/Schomerus, BDSG, 6. Aufl., § 36 Nr. 10.2), erschiene die praktische Wirksamkeit des Schutzes doch zweifelhaft. Die in den §§ 43 und 44 BDSG vorgesehenen Sanktionen gelten nämlich nicht für die Verletzung der Verschwiegenheitspflicht durch den Datenschutzbeauftragten. Zivilrechtliche Sanktionsnormen, die insoweit von den Trägern betroffener Persönlichkeitsrechte herangezogen werden können, kommen für den Betriebsrat regelmäßig nicht in Betracht.

52 (3) Eine Unterwerfung des Betriebsrats unter die Kontrollbefugnis des Datenschutzbeauftragten nach § 36 Abs. 5 und § 37 BDSG würde damit einem Vertreter der Arbeitgeberseite Zugang zu grundsätzlich allen Dateien des Betriebsrats eröffnen ohne Rücksicht darauf, ob sie personenbezogene Daten enthalten oder nicht. Die Überwachung durch den Datenschutzbeauftragten mag in der Praxis zwar ihren Schwerpunkt in der Verfahrenskontrolle haben, worauf die Arbeitgeberin hinweist. Darüber hinaus bezieht sich die Kontrollpflicht aber nach dem Gesetz auch auf den Inhalt von Dateien, beispielsweise bei der Prüfung, ob die Speicherung bestimmter Daten zulässig ist. Angesichts der verbreiteten und immer mehr zunehmenden Verwendung der elektronischen Datenverarbeitung würde dem Datenschutzbeauftragten damit ein Recht auf Überwachung zumindest eines erheblichen Teils der vom Betriebsrat zur Ausübung seines Amtes herangezogenen Unterlagen eingeräumt. Damit hätte der Datenschutzbeauftragte Kontrollbefugnisse, die dem Arbeitgeber im Verhältnis zum Betriebsrat nicht zustehen.

53 Es kommt hinzu, daß die von der Arbeitgeberin behaupteten Kontrollrechte des Datenschutzbeauftragten gegenüber dem Betriebsrat im Ergebnis weiter gehen als gegenüber dem Arbeitgeber. Folgte man nämlich der Argumentation der Arbeitgeberin,

so könnte sie im Wege des arbeitsgerichtlichen Beschlußverfahrens durchsetzen, daß der Betriebsrat die vom Datenschutzbeauftragten geforderte Beachtung des Bundesdatenschutzgesetzes "sicherstellt", also bestimmte Maßnahmen ergreift. Insoweit wäre der Betriebsrat damit unmittelbar der Kontrolle durch den betrieblichen Gegenspieler unterworfen. Anders ist dagegen die Situation, wenn der Datenschutzbeauftragte Verstöße gegen den Datenschutz rügt, die der Arbeitgeberin zuzurechnen sind: Hier liegt die Entscheidung über eine mögliche Abhilfe bei ihr selbst und damit letztlich bei der Instanz, der ein Fehlverhalten vorgeworfen wird. Der Datenschutzbeauftragte hat weder Anordnungs- noch Klagebefugnisse (Auernhammer, BDSG, 3. Aufl., § 37 Rz 5), er kann allenfalls nach § 37 Abs. 1 Satz 2 BDSG die Aufsichtsbehörde einschalten (s.o. (1)).

54 (4) Die Anwendung von § 36 Abs. 5 und § 37 BDSG in der geforderten Weise würde dazu führen, daß dem Arbeitgeber eine Verantwortung für die Rechtmäßigkeit der Amtsausübung des Betriebsrats erwüchse, die ihm nach dem Betriebsverfassungsgesetz nicht zukommt (Fitting/Kaiser/Heither/Engels, BetrVG, 18. Aufl., § 1 Rz 198; MünchArbR/v. Hoyningen-Huene, § 291 Rz 24). Das in diesem Zusammenhang vorgetragene Argument, der Arbeitgeber müsse sich davor schützen können, daß er von Betroffenen wegen Gesetzesverstößen des Betriebsrats in Haftung genommen werde, verfängt nicht. Das Bundesdatenschutzgesetz enthält für private Arbeitgeber keine Haftungsnorm; auch § 8 BDSG begründet trotz der mißverständlichen Überschrift keinen Schadenersatzanspruch (Auernhammer, BDSG, 3. Aufl., § 8 Rz 1; Klebe in: Däubler/Klebe/Wedde, BDSG, § 8 Rz 1; Gola/Schomerus, BDSG, 6. Aufl., § 8 Nr. 1). Nur die allgemeinen zivilrechtlichen Haftungsgrundlagen (z.B. aus unerlaubter Handlung oder aus positiver Forderungsverletzung) kommen in Betracht; diese setzen aber sämtlich voraus, daß der Haftende den Rechtsverstoß zu vertreten hat. Danach ist eine Haftung des Arbeitgebers für Handlungen des Betriebsrats, die er nicht beeinflussen kann, ausgeschlossen.

55 (5) Die mit einer Kontrolle durch den Datenschutzbeauftragten verbundene Beeinträchtigung der Unabhängigkeit des Betriebsrats entfällt auch dann nicht, wenn man mit einer im Schrifttum vertretenen Meinung den Datenschutzbeauftragten für verpflichtet hält, sich bei Beanstandungen zunächst an den Betriebsrat zu wenden und nur im Konfliktfall den Arbeitgeber einzuschalten (z.B. Gola, ZfPR 1997, 94, 98; Kasseler Handbuch/Blechmann, Nr. 2.10 Rz 587). Abgesehen davon, daß aus dem Bundesdatenschutzgesetz ein solches Vorgehen schwerlich abzuleiten ist, würde es nichts daran ändern, daß die Kontrolle des Betriebsrats durch einen Beauftragten des Arbeitgebers vorgenommen würde und in letzter Konsequenz auf Maßnahmen des Arbeitgebers gegenüber dem Betriebsrat hinausliefe. Das würde gerade dann wirksam, wenn der Betriebsrat das Vorgehen des Datenschutzbeauftragten für unberechtigt hält und seinerseits beanstanden will.

56 cc) Die vom Betriebsverfassungsgesetz geforderte Unabhängigkeit der Betriebsräte vom Arbeitgeber schließt eine Kontrolle durch den Datenschutzbeauftragten nach § 36 Abs. 5 und § 37 BDSG aus.

57 (1) Allerdings enthält das Bundesdatenschutzgesetz insoweit keine ausdrückliche Einschränkung. Der Wortlaut der genannten Vorschriften ist umfassend formuliert und gibt keinen Hinweis darauf, daß die Kontrollbefugnis des Datenschutzbeauftragten die speichernde Stelle nicht insgesamt umfaßt.

58 (2) Die Ausnahme des Betriebsrats von der Kontrollbefugnis des Datenschutzbeauftragten ergibt sich jedoch daraus, daß das Bundesdatenschutzgesetz das Verhältnis zwischen diesen beiden Institutionen nicht regelt. Das Gesetz ist insoweit lückenhaft. Es ist zwar auf die gesamte Materie des Datenschutzes bezogen, enthält aber keine umfassende und abschließende Kodifikation. Vielmehr ist es erkennbar auf Ergänzung durch bereichsspezifische Regelungen angelegt. Das bringt schon § 1 Abs. 4 zum Ausdruck, der die Subsidiarität der Vorschriften des Bundesdatenschutzgesetzes gegenüber anderen Rechtsvorschriften des Bundes festlegt, die auf personenbezogene Daten anzuwenden sind (Auernhammer, BDSG, 3. Aufl., Einführung Rz 35 f.). Darüber hinaus haben die zuständigen Verfassungsorgane immer wieder bekundet, daß eine bereichsspezifische Regelung für den Arbeitnehmerdatenschutz zum noch unerledigten Gesetzgebungsprogramm gehört. So hat sich der Deutsche Bundestag die Beurteilung der Datenschutzbeauftragten des Bundes und der Länder, daß insoweit ein Regelungsdefizit vorliegt (z.B. 14. Tätigkeitsbericht des Bundesbeauftragten für den Datenschutz vom 27. April 1993 - BT-Drucks. 12/4805, S. 61 f.), zu eigen gemacht und die Bundesregierung wiederholt aufgefordert, baldmöglichst bereichsspezifische Regelungen zum Arbeitnehmerdatenschutz vorzulegen (z.B. Beschluß vom 22. Juni 1995 - Plenarprotokoll 13/44, S. 3630; BT-Drucks. 13/163, S. 3). Die Bundesregierung hält ebenfalls eine derartige Regelung für erforderlich und hat die Vorlage eines entsprechenden Gesetzentwurfs angekündigt (z.B. BT-Drucks. 12/2948, S. 2). Bisher ist der Gesetzgeber freilich noch nicht auf diesem Gebiet tätig geworden.

59 Die noch ausstehenden Sondervorschriften für den Arbeitnehmerdatenschutz müßten gerade auch kollektivrechtliche Fragen wie das Verhältnis zwischen dem betrieblichen Datenschutzbeauftragten und den Betriebsräten umfassen. Der Gesetzgeber des Bundesdatenschutzgesetzes hat sich, obwohl die vielfältigen hiermit verbundenen Fragen bereits lange vor der Entstehung des jetzigen Gesetzes vom 20. Dezember 1990 intensiv und kontrovers diskutiert worden waren (vgl. nur v. Hoyningen-Huene, NZA 1985, Beil. 1, S. 19 ff., m.w.N.), einer Regelung dieses Verhältnisses enthalten. Das Bundesdatenschutzgesetz erwähnt den Betriebsrat nicht einmal.

60 Aus dem Schweigen des Gesetzes zu den Beziehungen zwischen dem Datenschutzbeauftragten und den Betriebsräten kann nicht gefolgert werden, der Betriebsrat solle bis zu der angekündigten Regelung des Arbeitnehmerdatenschutzes in gleicher Weise wie beliebige Organisationseinheiten des Unternehmens der Kontrolle durch den Datenschutzbeauftragten unterworfen sein. Die Unabhängigkeit des Betriebsrats ist als tragendes Prinzip von so hoher Bedeutung für die Betriebsverfassung, daß dem Gesetzgeber des Bundesdatenschutzgesetzes nicht unterstellt werden kann, er habe stillschweigend so tief und konfliktträchtig in dieses Prinzip eingreifen wollen.

61 dd) Diesem Verständnis steht nicht entgegen, daß auch die Betriebsräte bei der Verarbeitung von Daten dem Bundesdatenschutzgesetz unterworfen sind, und daß hinsichtlich ihrer Datenverarbeitung im Interesse des Datenschutzes grundsätzlich auch eine Kontrolle angezeigt erscheint. Betriebsräte haben zwar nach § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG - ähnlich dem Datenschutzbeauftragten - die Aufgabe, über die Einhaltung des Bundesdatenschutzgesetzes zu wachen, denn es handelt sich hierbei um ein zugunsten der Arbeitnehmer geltendes Gesetz (BAGE 54, 278, 286 f. = AP Nr. 29 zu § 80 BetrVG 1972, zu B II 2 a der Gründe). Dieser Kontrollauftrag schließt aber die Gefahr nicht aus, daß dem Betriebsrat beim eigenen Umgang mit personenbezogenen Daten Verstöße gegen Vorschriften des Datenschutzes unterlaufen. Die erforderliche Kontrolle der

Betriebsräte muß aber nach der Konzeption des Bundesdatenschutzgesetzes nicht zwingend durch den betrieblichen Datenschutzbeauftragten erfolgen.

62 Die Bedeutung des betrieblichen Datenschutzbeauftragten für die Gewährleistung des Datenschutzes ist nach dem Bundesdatenschutzgesetz begrenzt. So hat der Gesetzgeber für die zahlreichen Unternehmen, in denen weniger als fünf Arbeitnehmer mit der automatisierten Verarbeitung personenbezogener Daten beschäftigt sind, die Kontrolle durch einen betrieblichen Datenschutzbeauftragten für verzichtbar gehalten (§ 36 Abs. 1 Satz 1 BDSG). Es ist aber nicht erkennbar, daß die Gefährdung von Persönlichkeitsrechten in diesen Unternehmen generell geringer wäre als diejenige, die sich aus der Datenverarbeitung durch den Betriebsrat in Unternehmen mit Datenschutzbeauftragten ergeben kann. Es kommt hinzu, daß der Datenschutzbeauftragte aufgrund der dargestellten fehlenden Durchsetzungsmöglichkeiten gegenüber den datenverarbeitenden Organisationseinheiten im Unternehmen nur begrenzte Wirksamkeit entfalten kann; so gibt es im Schrifttum Stimmen, die dem Betriebsrat für einen effizienten Schutz der Arbeitnehmerdaten sogar größere Bedeutung zumessen als dem Datenschutzbeauftragten (Ehmann/Sutschet, RDV 1997, 3, 4; Wohlgemuth, BB 1995, 673). Schließlich führt die Verneinung der Kontrollbefugnis des betrieblichen Datenschutzbeauftragten nicht etwa dazu, daß der Betriebsrat sich in einem datenschutzfreien Raum bewegen würde. Vielmehr bestehen ihm gegenüber in gleicher Weise Kontrollbefugnisse der Aufsichtsbehörde nach § 38 BDSG, wie dies gegenüber Unternehmen ohne Datenschutzbeauftragte der Fall ist. Auf eine Anrufung durch den Datenschutzbeauftragten ist die Aufsichtsbehörde nach § 38 BDSG nicht angewiesen; vielmehr ist sie verpflichtet, jedem schlüssig begründeten Anlaß zur Kontrolle nachzugehen (Gola/Schomerus, BDSG, 6. Aufl., § 38 Nr. 2.4).

63 ee) Die vorstehenden Überlegungen bedeuten keineswegs, daß eine Kontrolle des Betriebsrats durch den Datenschutzbeauftragten grundsätzlich ausgeschlossen sein müßte. Vielmehr sind gesetzliche Regelungen denkbar, die das Verhältnis der beiden angemessen und widerspruchsfrei erfassen könnten. So wäre eine Kontrolle durch den betrieblichen Datenschutzbeauftragten wohl dann unbedenklich, wenn dieser - etwa aufgrund entsprechender Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats bei seiner Bestellung und Abberufung - des Vertrauens beider Seiten in gleicher Weise bedürfte und unabhängig vom Arbeitgeber über eigene Handlungsmöglichkeiten verfügte. Eine derartige Auslegung des geltenden Rechts ist jedoch nicht möglich. Die Rechtsstellung des Datenschutzbeauftragten ist im Bundesdatenschutzgesetz detailliert geregelt. Der Versuch, die §§ 36 und 37 BDSG zur Vermeidung eines Konflikts mit betriebsverfassungsrechtlichen Grundsätzen teleologisch korrigierend auszulegen, müßte das Bild des betrieblichen Datenschutzbeauftragten so wesentlich ändern, daß es dem bisherigen Regelungssystem nicht mehr entspräche. Ein so weitgehender Eingriff in das gesetzliche Regelungsprogramm ist der Rechtsprechung verwehrt. Deshalb läßt sich die Regelungslücke des Bundesdatenschutzgesetzes nur in der Weise schließen, daß der Betriebsrat von der Kontrollbefugnis des betrieblichen Datenschutzbeauftragten ausgenommen bleibt.

64 IV. Der Hilfsantrag der Arbeitgeberin ist aus denselben Gründen wie der Hauptantrag zulässig, aber unbegründet. Dem steht nicht entgegen, daß der Hilfsantrag keine inhaltliche Kontrolle von Dateien zum Gegenstand hat, sondern sich auf Auskünfte des Gesamtbetriebsrats zu Fragen des bei der Datenverarbeitung beachteten Verfahrens beschränkt.

65 Zum einen können aus der umfassenden Kontrollaufgabe des Datenschutzbeauftragten nicht einzelne, die Unabhängigkeit des Gesamtbetriebsrats möglicherweise nur wenig berührende Aspekte herausgegriffen werden, ohne daß die Kontrolle substantiell in einer vom Bundesdatenschutzgesetz nicht vorgesehenen Weise verändert würde. Zwar mag es zutreffen, daß im Mittelpunkt der Tätigkeit des Datenschutzbeauftragten die Verfahrenskontrolle und weniger die Kontrolle von Dateiinhalten steht (so Müller/Wächter, *Der Datenschutzbeauftragte*, 2. Aufl., S. 94). Die Verfahrenskontrolle kann aber nicht von der Inhaltskontrolle getrennt werden, denn erstere liegt im Vorfeld der letzteren und führt zu dieser hin. Das ergibt sich schon daraus, daß nicht alle Daten, auf die sich die mit dem Hilfsantrag angestrebte Verfahrenskontrolle beziehen würde, dem Bundesdatenschutzgesetz oder anderen Datenschutzvorschriften unterliegen. So kann der Gesamtbetriebsrat Dateien führen, die keine personenbezogenen Daten enthalten, sondern sich auf Angaben zu seinen eigenen Aktivitäten beschränken. Ohne Kenntnis des Dateiinhalts kann der Datenschutzbeauftragte aber nicht beurteilen, ob die betreffende Datei überhaupt seiner Verfahrenskontrolle unterliegt.

66 Zum anderen kann nicht pauschal angenommen werden, eine auf Verfahrensfragen beschränkte Kontrolle durch den Datenschutzbeauftragten könne nicht in die gesetzlich geforderte Unabhängigkeit des Gesamtbetriebsrats eingreifen. So sind schon aus der Bezeichnung einer Datei oder ihrer Art u.U. Rückschlüsse auf interne Überlegungen des Betriebsrats möglich. Außerdem müßte der Datenschutzbeauftragte für den Fall, daß der Gesamtbetriebsrat eine Beanstandung seiner Datenverarbeitung für unberechtigt hält und sein Verfahren nicht ändert, nach der Konzeption des § 36 BDSG die Arbeitgeberin einschalten. Nur so könnte er auf die Amtsführung des Gesamtbetriebsrats Einfluß nehmen. Gerade das will aber das Betriebsverfassungsgesetz ausschließen.

2 (Neue) Technologien im Arbeitsleben

2.1 BAG: „Verdeckte Videoüberwachung“



BAG, 20.10.2016 - 2 AZR 395/15: Außerordentliche Kündigung - verdeckte Überwachung

Leitsatz

Die Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung von personenbezogenen Daten zur Aufdeckung von Straftaten gem. § 32 Abs. 1 Satz 2 BDSG setzt lediglich einen "einfachen" Verdacht im Sinne eines Anfangsverdachts voraus, der über vage Anhaltspunkte und bloße Mutmaßungen hinausreichen muss.(Rn.25)

Orientierungssatz

1. Die Bestimmungen des Bundesdatenschutzgesetzes (BDSG) über die Anforderungen an eine zulässige Datenverarbeitung begrenzen nicht die Zulässigkeit von Parteivorbringen und seine Verwertung im Verfahren vor den Gerichten für Arbeitssachen. Dessen Normen konkretisieren und aktualisieren zwar den Schutz des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung und am eigenen Bild (§ 1 Abs 1 BDSG). Sie ordnen für sich genommen jedoch nicht an, dass unter ihrer Missachtung gewonnene Erkenntnisse oder Beweismittel bei der Feststellung des Tatbestands im arbeitsgerichtlichen Verfahren vom Gericht nicht berücksichtigt werden dürften.(Rn.17)

2. Greift die prozessuale Verwertung eines Beweismittels in das allgemeine Persönlichkeitsrecht einer Prozesspartei ein, überwiegt das Interesse an seiner Verwertung und der Funktionstüchtigkeit der Rechtspflege das Interesse am Schutz dieses Grundrechts nur dann, wenn weitere, über das schlichte Beweisinteresse hinausgehende Aspekte hinzutreten. Das Interesse, sich ein Beweismittel zu sichern, reicht für sich allein nicht aus. Vielmehr muss sich gerade diese Art der Informationsbeschaffung und Beweiserhebung als gerechtfertigt erweisen.(Rn.19)

3. Unstreitiger Sachvortrag ist nicht allein deshalb stets uneingeschränkt verwertbar, weil die durch diesen belastete Partei die Möglichkeit des Bestreitens hätte. Eine Partei im zivil- und arbeitsgerichtlichen Verfahren unterliegt vielmehr der Wahrheitspflicht nach § 138 Abs 1 und Abs 2 ZPO. Sie kann daher nicht gezwungen sein, grundrechtswidrig über sie erlangte Informationen bestreiten zu müssen, um ihre Rechte zu wahren. Ein mögliches Verwertungsverbot ist dabei Ausfluss der Grundrechtsbindung der Gerichte, deren Beachtung ihnen grundsätzlich unabhängig davon obliegt, ob sich eine Partei darauf beruft.(Rn.20)

4. Eingriffe in das Recht der Arbeitnehmer am eigenen Bild durch verdeckte Videoüberwachung sind dann zulässig, wenn der konkrete Verdacht einer strafbaren Handlung oder einer anderen schweren Verfehlung zu Lasten des Arbeitgebers besteht, weniger einschneidende Mittel zur Aufklärung des Verdachts ergebnislos ausgeschöpft sind, die verdeckte Videoüberwachung damit das praktisch einzig verbleibende Mittel darstellt und sie insgesamt nicht unverhältnismäßig ist.(Rn.22)

5. Der Schutzzweck des BDSG gebietet es nicht, dem Arbeitgeber aus generalpräventiven Gründen eine prozessuale Verwertung datenschutzrechtswidrig

erlangter Informationen zu verwehren. Ein Verbot kommt nur in Betracht, wenn mit der Verwertung ein Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht der anderen Prozesspartei einhergeht. Ein solcher Eingriff scheidet aber aus, wenn die Unzulässigkeit der Videoüberwachung allein aus der (Dritt-)Betroffenheit anderer Beschäftigter resultiert. (Rn.33)

6. Die Nichtbeteiligung des Betriebsrats an einer nach § 87 Abs 1 Nr 6 BetrVG Videoüberwachung von Betriebsräumen führt für sich genommen nicht dazu, dass die Aufzeichnung als Beweismittel oder Sachvortrag, der sich auf daraus erlangte Erkenntnisse stützt, prozessual unverwertbar wäre. Der Schutzzweck von § 87 Abs 1 Nr 6 BetrVG gebietet die Annahme eines solchen Verwertungsverbots jedenfalls dann nicht, wenn die Verwendung und Verwertung eines Beweismittels und/oder daraus gewonnener, unstreitiger Informationen nach allgemeinen Grundsätzen zulässig ist. (Rn.36)

Tenor

1. Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Köln vom 8. Mai 2015 - 4 Sa 1198/14 - aufgehoben.
2. Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten des Revisionsverfahrens - an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

Tatbestand

- 1 Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer außerordentlichen und einer vorsorglich erklärten ordentlichen Kündigung.
- 2 Die Beklagte betreibt als Kfz-Vertragshändler an mehreren Standorten Verkaufshäuser und Servicebetriebe. Der Kläger war bei ihr seit August 1979 als Kraftfahrzeugmechaniker im Betrieb L, für den ein Betriebsrat gewählt ist, tätig. Dort beschäftigte die Beklagte regelmäßig mehr als zehn Arbeitnehmer, darunter - den Kläger eingerechnet - fünf Werkstattmitarbeiter.
- 3 Zum Betrieb L gehört ein Ersatzteillager, das von zwei Mitarbeitern betreut wird. Bis Herbst 2013 war es den Werkstattmitarbeitern grundsätzlich erlaubt, Ersatzteile, die sie im Rahmen ihrer Tätigkeit benötigten, eigenhändig aus dem Lager zu entnehmen. Wurden solche Teile nicht einzeln verkauft oder in Fahrzeugen verbaut, wurden sie später auf einer vor den Regalen des Lagers eingerichteten Theke abgelegt und danach durch die Lageristen wieder in den Bestand einsortiert.
- 4 Bei Inventuren im November 2013 und Mitte Februar 2014 verzeichnete die Beklagte jeweils einen Fehlbestand von Ersatzteilen. Mit Aushang vom 27. Februar 2014 machte sie die Differenzen betriebsöffentlich. Zugleich untersagte sie - mit Ausnahme der beiden Lageristen - allen Mitarbeitern für die Zukunft den Zutritt zum Lager und verbot ihnen, Teile aus den Regalen zu nehmen. Der Kläger nahm dies zur Kenntnis.
- 5 Nachdem anschließende Gespräche mit den Lagermitarbeitern keinen Aufschluss über die Fehlbestände erbracht hatten und - wie im angefochtenen Urteil als unstreitig festgestellt - „auch die Mitteilung vom Februar 2014 nicht [geholfen hatte]“, ließ die Beklagte am 22. März 2014 im Betrieb L eine Videokamera installieren, mittels derer die Vorgänge im Ersatzteillager fortan aufgezeichnet wurden. Von dieser Maßnahme hatten

nur die Lageristen und der vor Ort eingesetzte Betriebsleiter Kenntnis. Auch den Betriebsrat beteiligte die Beklagte nicht.

6 Der Betriebsleiter wertete am Abend des 6. August 2014 die Videoaufzeichnungen vom 15. Juli 2014 aus. Auf diesen ist zu sehen, dass der Kläger das Ersatzteillager betrat, aus einem Regal ein Paket Bremsklötze entnahm und es sodann in seiner Hosentasche verstaute. Der weitere Inhalt der Videoaufnahme ist zwischen den Parteien umstritten.

7 In einem Personalgespräch am 14. August 2014 spielte die Beklagte dem Kläger die Aufzeichnung vom 15. Juli 2014 vor und lastete ihm an, er habe sich das aus dem Lager entnommene Paket rechtswidrig zugeeignet. Zumindest bestehe ein entsprechender Verdacht. Der Kläger äußerte, er habe keine Erklärung für den Vorgang. „Natürlich“ wolle er „wegen eines solchen Teils“ nicht seinen Arbeitsplatz „riskieren“. Auf weiteren Vorhalt gab er an, aus Sicht der Beklagten würde er sein Verhalten ebenso wie diese bewerten.

8 Mit Schreiben vom 19. August 2014 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis der Parteien fristlos und mit weiterem Schreiben vom 25. August 2014 vorsorglich ordentlich zum 31. März 2015. Der zuvor mit Schreiben vom 15. August 2014 angehörte Betriebsrat hatte sich zu der ihm mitgeteilten Kündigungsabsicht nicht geäußert.

9 Der Kläger hat mit der rechtzeitig erhobenen Klage geltend gemacht, beide Kündigungen seien unwirksam. Das auf dem Videomitschnitt vom 15. Juli 2014 dokumentierte Verhalten indiziere nicht einmal den Verdacht einer rechtswidrigen Wegnahme der Bremsklötze. Es gebe keinen Anhaltspunkt dafür, dass er die Teile aus dem Betrieb der Beklagten entfernt habe. Ebenso gut könne es sein, dass eine dienstliche Verwendung der Bremsklötze fälschlich nicht dokumentiert worden sei. Unabhängig davon habe die Beklagte die Videoaufzeichnungen unter Verletzung datenschutzrechtlicher Bestimmungen und von Mitbestimmungsrechten des Betriebsrats erlangt. Beides führe dazu, dass die Mitschnitte als Beweismittel und das hierauf gestützte Vorbringen der Beklagten, auch soweit es unstrittig geblieben sei, prozessual nicht verwertbar seien. Entsprechendes gelte für seine Einlassung im Personalgespräch, die auf das Vorspielen der Videoaufnahme zurückzuführen sei.

10 Der Kläger hat beantragt,

1. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die außerordentliche Kündigung vom 19. August 2014 nicht aufgelöst worden ist;

2. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien auch nicht durch die Kündigung vom 25. August 2014 aufgelöst worden ist;

3. die Beklagte zu verurteilen, ihn für den Fall des Obsiegens mit dem Feststellungsantrag zu 1. zu den derzeit geltenden Arbeitsbedingungen als Kfz-Mechaniker in der Filiale bzw. Niederlassung L weiterzubeschäftigen.

11 Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat behauptet, der Kläger habe am Morgen des 15. Juli 2014 das Lager im Abstand von wenigen Minuten dreimal betreten und jeweils zügig wieder verlassen. Die beiden ersten Male habe sich der Kläger in dem Bereich umgesehen und sich dabei der Abwesenheit der Lageristen vergewissert. Beim dritten Zutritt sei er unmittelbar auf das Regal mit den Bremsklötzen zugesteuert und habe die unstrittige Entnahme vorgenommen. Das Verhalten indiziere eine Zueignungsabsicht. Zumindest bestehe ein entsprechender Verdacht. Dafür spreche

schon die Missachtung des Zutrittsverbots. Soweit der Kläger vorgebracht habe, der Leiter des Lagers habe ihm nach der Bekanntmachung vom 27. Februar 2014 für dringende Ausnahmefälle das Betreten des Lagers und die Entnahme von Ersatzteilen erlaubt, handele es sich um eine Schutzbehauptung. Jedenfalls entsprächen die Ausführungen nicht der Wahrheit. Ein freier Verkauf der Bremsklötze oder deren Einbau in ein passendes Fahrzeug sei ebenso auszuschließen wie eine Rückführung der Teile ins Lager. Es sei ihr - der Beklagten - auch nicht prozessual verwehrt, sich auf unstreitige Tatsachen zu berufen, von denen sie unmittelbar oder mittelbar durch die Videoaufzeichnungen Kenntnis erlangt habe. Entsprechendes gelte für eine beweisrechtliche Verwertung der Mitschnitte. Im Zeitpunkt der Aufzeichnungen habe der begründete Verdacht rechtswidriger Entwendungen von Ersatzteilen durch Mitarbeiter bestanden. Die Lageristen hätten, um sich selbst zu entlasten, einer zeitlich begrenzten Überwachung ihres Arbeitsbereichs zugestimmt. Erfolgversprechende Möglichkeiten, den Kreis der Verdächtigen weiter einzugrenzen, hätten nicht bestanden. Demgegenüber sei der Kläger nur deshalb von der Aufzeichnung erfasst worden, weil er sich über das Zutrittsverbot hinweggesetzt habe. Die Frist des § 626 Abs. 2 BGB sei gewahrt.

12 Die Vorinstanzen haben der Klage stattgegeben. Mit ihrer Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter.

13 Die Revision ist begründet. Das Landesarbeitsgericht durfte auf der Grundlage der von ihm getroffenen Feststellungen den Vortrag der Beklagten über den Vorfall vom 15. Juli 2014 nicht unberücksichtigt lassen und der Klage stattgeben (I.). Der Senat vermag die Wirksamkeit der außerordentlichen Kündigung vom 19. August 2014 nicht abschließend zu beurteilen (II.). Dies führt insgesamt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Landesarbeitsgericht (§ 562 Abs. 1, § 563 Abs. 1 ZPO).

14 I. Das Landesarbeitsgericht hat zu Unrecht angenommen, es sei wegen eines Eingriffs in das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Klägers aus Art. 1 Abs. 1 iVm. Art. 2 Abs. 1 GG, der nicht durch überwiegende schutzwürdige Interessen der Beklagten gerechtfertigt sei, daran gehindert, seiner Entscheidung den im Verfahren unstreitigen Sachvortrag der Beklagten über das in den Videoaufzeichnungen vom 15. Juli 2014 zutage getretene Verhalten des Klägers zugrunde zu legen.

15 1. Ein Sachvortrags- oder Beweisverwertungsverbot wegen einer Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts einer Partei kann sich im arbeitsgerichtlichen Verfahren allein aus der Notwendigkeit einer verfassungskonformen Auslegung des Prozessrechts ergeben.

16 a) Weder die Zivilprozessordnung noch das Arbeitsgerichtsgesetz enthalten Vorschriften zur prozessualen Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Erkenntnisse oder Beweise. Vielmehr gebieten der Anspruch auf rechtliches Gehör gem. Art. 103 Abs. 1 GG und der Grundsatz der freien Beweiswürdigung (§ 286 ZPO) grundsätzlich die Berücksichtigung des Sachvortrags der Parteien und der von ihnen angebotenen Beweismittel (BVerfG 9. Oktober 2002 - 1 BvR 1611/96 ua. - zu C II 4 a aa der Gründe, BVerfGE 106, 28). Dementsprechend bedarf es für die Annahme eines Beweisverwertungsverbots einer besonderen Legitimation und gesetzlichen Grundlage. Dies gilt nicht anders für ein etwaiges Sachvortragsverwertungsverbot (BAG 22. September 2016 - 2 AZR 848/15 - Rn. 21).

17 b) Die Bestimmungen des Bundesdatenschutzgesetzes (BDSG) über die Anforderungen an eine zulässige Datenverarbeitung begrenzen nicht die Zulässigkeit von Parteivorbringen und seine Verwertung im Verfahren vor den Gerichten für Arbeitssachen. Dessen Normen konkretisieren und aktualisieren zwar den Schutz des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung und am eigenen Bild (§ 1 Abs. 1 BDSG). Sie regeln, in welchem Umfang im Anwendungsbereich des Gesetzes Eingriffe durch öffentliche oder nichtöffentliche Stellen iSd. § 1 Abs. 2 BDSG in diese Rechtspositionen zulässig sind (BAG 21. November 2013 - 2 AZR 797/11 - Rn. 45, BAGE 146, 303; für das DSG NRW vgl. BAG 15. November 2012 - 6 AZR 339/11 - Rn. 16, BAGE 143, 343), sehen Informations- und Auskunftsansprüche der Betroffenen (§§ 19, 19a, 33, 34 BDSG) sowie Ansprüche auf Berichtigung, Löschung und Sperrung von Daten (§§ 20, 35 BDSG) vor und normieren Tatbestände, in denen Verstöße eine Ordnungswidrigkeit oder gar Straftat darstellen (§§ 43, 44 BDSG). Sie ordnen für sich genommen jedoch nicht an, dass unter ihrer Missachtung gewonnene Erkenntnisse oder Beweismittel bei der Feststellung des Tatbestands im arbeitsgerichtlichen Verfahren vom Gericht nicht berücksichtigt werden dürften (BAG 22. September 2016 - 2 AZR 848/15 - Rn. 22).

18 c) Ein Beweisverwertungsverbot oder ein Verbot, selbst unstreitigen Sachvortrag zu verwerten, kommt deshalb nur dann in Betracht, wenn dies aufgrund einer verfassungsrechtlich geschützten Position einer Prozesspartei zwingend geboten ist. Das Gericht tritt den Verfahrensbeteiligten in Ausübung staatlicher Hoheitsgewalt gegenüber. Es ist daher nach Art. 1 Abs. 3 GG bei der Urteilsfindung an die insoweit maßgeblichen Grundrechte gebunden und zu einer rechtsstaatlichen Verfahrensgestaltung verpflichtet (BVerfG 13. Februar 2007 - 1 BvR 421/05 - Rn. 93, BVerfGE 117, 202). Dabei können sich auch aus materiellen Grundrechten wie Art. 2 Abs. 1 GG Anforderungen an das gerichtliche Verfahren ergeben, wenn es um die Offenbarung und Verwertung von persönlichen Daten geht, die grundrechtlich vor der Kenntnis durch Dritte geschützt sind. Das Gericht hat deshalb zu prüfen, ob die Verwertung von heimlich beschafften persönlichen Daten und Erkenntnissen, die sich aus diesen Daten ergeben, mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Betroffenen vereinbar ist (so auch BGH 15. Mai 2013 - XII ZB 107/08 - Rn. 21). Dieses Recht schützt nicht allein die Privat- und Intimsphäre, sondern in seiner speziellen Ausprägung als Recht am eigenen Bild auch die Befugnis eines Menschen, selbst darüber zu entscheiden, ob Filmaufnahmen von ihm gemacht und möglicherweise gegen ihn verwendet werden dürfen. Auch wenn keine spezielle Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts betroffen ist, greift die Verwertung von personenbezogenen Daten in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung ein, das die Befugnis garantiert, selbst über die Preisgabe und Verwendung persönlicher Daten zu befinden (BVerfG 11. März 2008 - 1 BvR 2074/05 ua. - BVerfGE 120, 378). Der Achtung dieses Rechts dient zudem Art. 8 Abs. 1 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) (BAG 22. September 2016 - 2 AZR 848/15 - Rn. 23; BGH 15. Mai 2013 - XII ZB 107/08 - Rn. 14).

19 d) Greift die prozessuale Verwertung eines Beweismittels in das allgemeine Persönlichkeitsrecht einer Prozesspartei ein, überwiegt das Interesse an seiner Verwertung und der Funktionstüchtigkeit der Rechtspflege das Interesse am Schutz dieses Grundrechts nur dann, wenn weitere, über das schlichte Beweisinteresse hinausgehende Aspekte hinzutreten. Das Interesse, sich ein Beweismittel zu sichern, reicht für sich allein nicht aus (BVerfG 13. Februar 2007 - 1 BvR 421/05 - Rn. 94, BVerfGE 117, 202). Vielmehr muss sich gerade diese Art der Informationsbeschaffung und Beweiserhebung als gerechtfertigt erweisen (BVerfG 9. Oktober 2002 - 1 BvR

1611/96 ua. - zu C II 4 a der Gründe, BVerfGE 106, 28; BAG 22. September 2016 - 2 AZR 848/15 - Rn. 24). Ein Beweisverwertungsverbot wegen eines ungerechtfertigten Eingriffs in das allgemeine Persönlichkeitsrecht umfasst dabei nicht nur das unrechtmäßig erlangte Beweismittel selbst, hier ggf. eine In-Augenscheinnahme der Videoaufzeichnungen, sondern auch dessen mittelbare Verwertung wie etwa die Vernehmung eines Zeugen über den Inhalt des Bildmaterials (BVerfG 31. Juli 2001 - 1 BvR 304/01 - zu II 1 b bb der Gründe).

20 e) Der Schutzzweck der bei der Informationsgewinnung verletzten Norm kann auch einer gerichtlichen Verwertung unstrittigen Sachvortrags entgegenstehen (BAG 22. September 2016 - 2 AZR 848/15 - Rn. 25 mwN, auch zur gegenteiligen Auffassung). Das setzt voraus, dass es dem Schutzzweck etwa des allgemeinen Persönlichkeitsrechts zuwiderliefe, selbst den inhaltlichen Gehalt eines Beweismittels in Form von Sachvortrag zB infolge von § 138 Abs. 3 ZPO oder § 331 Abs. 1 Satz 1 ZPO zur Entscheidungsgrundlage zu machen (Weber ZJP 2016, 57, 81). Unstrittiger Sachvortrag ist nicht allein deshalb stets uneingeschränkt verwertbar, weil die durch diesen belastete Partei die Möglichkeit des Bestreitens hätte. Eine Partei im zivil- und arbeitsgerichtlichen Verfahren unterliegt vielmehr der Wahrheitspflicht nach § 138 Abs. 1 und Abs. 2 ZPO. Sie kann daher nicht gezwungen sein, grundrechtswidrig über sie erlangte Informationen bestreiten zu müssen, um ihre Rechte zu wahren (im Einzelnen BAG 16. Dezember 2010 - 2 AZR 485/08 - Rn. 32). Ein mögliches Verwertungsverbot ist dabei Ausfluss der Grundrechtsbindung der Gerichte, deren Beachtung ihnen grundsätzlich unabhängig davon obliegt, ob sich eine Partei darauf beruft (BAG 22. September 2016 - 2 AZR 848/15 - aaO).

21 2. Auf der Grundlage der vom Landesarbeitsgericht getroffenen Feststellungen kann nicht beurteilt werden, ob durch die Herstellung der Videoaufzeichnungen das Recht des Klägers auf informationelle Selbstbestimmung sowie sein Recht am eigenen Bild als Ausprägungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 1 Abs. 1 iVm. Art. 2 Abs. 1 GG verletzt wurden. Dazu bedarf es weiterer tatsächlicher Feststellungen und einer darauf bezogenen tatrichterlichen Würdigung. Es ist nicht auszuschließen, dass der Einsatz der verdeckten Videoaufzeichnung nach § 32 Abs. 1 Satz 2 BDSG zulässig war.

22 a) Eingriffe in das Recht der Arbeitnehmer am eigenen Bild durch verdeckte Videoüberwachung sind dann zulässig, wenn der konkrete Verdacht einer strafbaren Handlung oder einer anderen schweren Verfehlung zu Lasten des Arbeitgebers besteht, weniger einschneidende Mittel zur Aufklärung des Verdachts ergebnislos ausgeschöpft sind, die verdeckte Videoüberwachung damit das praktisch einzig verbleibende Mittel darstellt und sie insgesamt nicht unverhältnismäßig ist (grundlegend BAG 27. März 2003 - 2 AZR 51/02 - zu B I 3 b cc der Gründe, BAGE 105, 356). Der Verdacht muss sich in Bezug auf eine konkrete strafbare Handlung oder andere schwere Verfehlung zu Lasten des Arbeitgebers gegen einen zumindest räumlich und funktional abgrenzbaren Kreis von Arbeitnehmern richten. Er darf sich einerseits nicht auf die allgemeine Mutmaßung beschränken, es könnten Straftaten begangen werden. Er muss sich andererseits nicht notwendig nur gegen einen einzelnen, bestimmten Arbeitnehmer richten. Auch im Hinblick auf die Möglichkeit einer weiteren Einschränkung des Kreises der Verdächtigen müssen weniger einschneidende Mittel als eine verdeckte Videoüberwachung zuvor ausgeschöpft worden sein (BAG 22. September 2016 - 2 AZR 848/15 - Rn. 28). Diese Rechtsprechung steht mit Art. 8 Abs. 1 EMRK im Einklang (EGMR 5. Oktober 2010 - 420/07 - EuGRZ 2011, 471). Mit Wirkung ab dem 1. September 2009 hat der

Gesetzgeber in § 32 Abs. 1 Satz 2 BDSG einen entsprechenden Erlaubnistatbestand „zur Aufdeckung von Straftaten“ normiert. Nach der Gesetzesbegründung soll die Regelung die Rechtsprechungsgrundsätze nicht ändern, sondern lediglich zusammenfassen (vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Innenausschusses BT-Drs. 16/13657 S. 20; BAG 21. November 2013 - 2 AZR 797/11 - Rn. 52, BAGE 146, 303).

23 b) *Diesen Maßstäben wird die angefochtene Entscheidung nicht gerecht. Das Landesarbeitsgericht hat bei seiner Würdigung, die Informationsgewinnung mittels Videoaufzeichnung sei unzulässig, weil bei Beginn der Aufzeichnungen ein konkreter Verdacht einer im Beschäftigungsverhältnis begangenen strafbaren Handlung oder einer ähnlich schweren Verfehlung zu Lasten des Arbeitgebers nicht bestanden habe, nicht sämtliche fallrelevanten Umstände in Betracht gezogen.*

24 aa) *Zwischen den Parteien steht außer Streit, dass vor Einrichtung der Videoüberwachung Inventurdifferenzen aufgetreten waren. § 32 Abs. 1 Satz 2 BDSG ermöglicht eine Videoüberwachung auch dann, wenn nur ein Teil der Differenzen ihre Ursache in Straftaten von Arbeitnehmern gegen das Vermögen der Beklagten haben. Es gibt keinen Rechtssatz, nach dem ausschließlich dem Volumen nach „erhebliche“ Defizite einen Anhaltspunkt für strafbares Mitarbeiterverhalten bieten können. Entscheidend sind vielmehr die Umstände des Einzelfalls.*

25 bb) *Das Landesarbeitsgericht hat zwar zutreffend darauf hingewiesen, dass die Beklagte zu den im November 2013 und Februar 2014 aufgetretenen Inventurdifferenzen keinen substantiierten Vortrag gehalten hat. Es durfte aber nicht ohne darauf bezogenen Sachvortrag annehmen, dass sämtliche Differenzbestände durch Fehler in der elektronischen Dokumentation ihres Betriebs verursacht sein konnten. Insbesondere wenn in kurzen zeitlichen Abständen Fehlbestände aufgetreten waren, die leicht zu entfernende Teile betrafen, kann dies nach der Lebenserfahrung auf Straftaten der sich in den Lagerräumen aufhaltenden Mitarbeiter hindeuten. Ähnliches gilt für das als unstrittig festgestellte Vorbringen der Beklagten, der Aushang vom 27. Februar 2014 habe nicht „geholfen“. Mit dem Sinngehalt dieser Behauptung hat sich das Landesarbeitsgericht nicht auseinandergesetzt. Es ist nicht auszuschließen, dass darin der - verkürzte - Vortrag liegt, nach dem Zutrittsverbot seien weitere Differenzen aufgetreten. Bejahendenfalls machte dies Vermögensdelikte zum Nachteil der Beklagten zumindest im Sinne eines „Anfangsverdachts“ aber umso wahrscheinlicher. Ein solcher, durch konkrete Tatsachen belegter „einfacher“ Verdacht ist im Rahmen von § 32 Abs. 1 Satz 2 BDSG ausreichend (vgl. BeckOK DatenSR/Riesenhuber BDSG 17. Edition § 32 Rn. 118; im Ergebnis ebenso Simitis/Seifert BDSG 8. Aufl. § 32 Rn. 104; zum Erfordernis eines „einfachen Tatverdachts“ als Voraussetzung für Maßnahmen nach § 100a StPO vgl. BGH 11. August 2016 - StB 12/16 - Rn. 9). Ein „dringender“ Tatverdacht, der einen hohen Grad von Wahrscheinlichkeit für die Begehung von Straftaten voraussetzte (BAG 29. November 2007 - 2 AZR 724/06 - Rn. 30), ist nach dem Gesetzeswortlaut nicht erforderlich. Diesem Verständnis entsprechen auch Sinn und Zweck der Regelung. Es geht darum, schwerwiegende Eingriffe in das Persönlichkeitsrecht der Beschäftigten aufgrund vager Anhaltspunkte oder bloßer Mutmaßungen auszuschließen.*

26 cc) *Die Beklagte hat die Fehlbestände betriebsöffentlich gemacht und durch das im Februar 2014 ausgesprochene - nach ihrem unter Beweis gestellten Vortrag ausnahmslose - Zutrittsverbot sichergestellt, dass Ersatzteile nur von den im Lager beschäftigten Mitarbeitern ausgehändigt werden. Die Videoaufzeichnung richtete sich damit nur noch gegen die beiden Lagermitarbeiter, die sich nach dem Vorbringen der*

Beklagten mit einer solchen Maßnahme grundsätzlich einverstanden erklärt hatten, und gegen solche Mitarbeiter, die sich möglicherweise vertragswidrig im Bereich des Lagers aufhielten. Bei diesen Personen bestand aber ein konkreter, über bloße Mutmaßungen hinausgehender Verdacht, dass sie sich unberechtigt Ersatzteile aneignen. Dies hat das Landesarbeitsgericht nicht in Betracht gezogen.

27 c) Die Videoüberwachung erweist sich nicht aus anderen Gründen als unverhältnismäßig. Nach den bisherigen Feststellungen ist nicht ersichtlich, dass andere Mittel zur Aufklärung des Verdachts und zur Eingrenzung des verdächtigen Personenkreises zur Verfügung gestanden hätten, die weniger stark in das Persönlichkeitsrecht des Klägers eingegriffen hätten und mittels derer der Zweck der Überwachung mit vergleichbarer Erfolgsaussicht hätte erreicht werden können.

28 aa) Die Beklagte hat im Anschluss an den Aushang vom Februar 2014 mit ihren Lageristen Gespräche geführt, die zur Aufklärung der Ursachen für die Inventurdifferenzen nichts beitrugen. Sie hat insoweit diejenigen Arbeitnehmer angesprochen, die für die Verwaltung des Lagerbestands verantwortlich zeichneten und ggf. über den Verbleib von Ersatzteilen hätten Auskunft geben können. Gespräche mit den Werkstattmitarbeitern musste sie nicht in gleicher Weise als erfolgversprechend ansehen. Aufgrund ihrer innerbetrieblichen Bekanntmachungen konnte sie vielmehr davon ausgehen, diese würden ggf. von sich aus Mitteilung machen, falls sie Aufschluss über mögliche Fehlerquellen hätten geben können und wollen.

29 bb) Eine effektive Überwachung durch Vorgesetzte oder Kollegen war nicht denkbar. Ebenso wenig lag in der offenen Videoüberwachung eine „mildere“ Alternative. Sie hätte sich vor dem angestrebten Zweck der Aufdeckung von Straftaten nicht als gleichermaßen wirksam wie die - zumindest aus Sicht der meisten Mitarbeiter - verdeckte Beobachtung erwiesen. Das in Rede stehende strafbare Verhalten war seiner Natur nach auf Heimlichkeit angelegt. Zur Aufdeckung solcher Verhaltensweisen können offene Überwachungen regelmäßig nichts beitragen (BAG 27. März 2003 - 2 AZR 51/02 - zu B I 3 b dd (2) der Gründe, BAGE 105, 356; ebenso Bergwitz NZA 2012, 353, 357; Grimm/Schiefer RdA 2009, 329, 331, 335). Soweit der Kläger bemängelt, die initiierte Überwachung habe nicht zur Aufklärung in der Vergangenheit liegender Straftaten führen können, übersieht er zum einen die mögliche indizielle Wirkung, die der Wiederholung bestimmter Verhaltensweisen für die Beurteilung bereits abgeschlossener Sachverhalte zukommen kann. Zum anderen bezieht sich § 32 Abs. 1 Satz 2 BDSG allgemein auf die „Aufdeckung von Straftaten“, was die Gewinnung von Erkenntnissen über - aufgrund konkreter Anhaltspunkte - vermutete künftige strafbare Handlungen im Beschäftigungsverhältnis einschließt.

30 cc) Der Beklagten kann nicht entgegen gehalten werden, sie habe vorrangig eine Aufklärung durch Taschenkontrollen oder gar die Visitation von Kleidung versuchen müssen. Im Rahmen solcher Maßnahmen wäre der Beklagten eine vergleichbare Eingrenzung des verdächtigen Personenkreises wie bei der lediglich auf das Lager ausgerichteten Videoüberwachung schwerlich möglich gewesen. Unabhängig davon griff die initiierte Beobachtung nicht stärker in das allgemeine Persönlichkeitsrecht betroffener Arbeitnehmer ein als dies bei der Vornahme von Tor- bzw. Taschenkontrollen der Fall gewesen wäre. Solche Kontrollen berühren typischerweise die Privatsphäre der hiervon erfassten Arbeitnehmer (BAG 15. April 2014 - 1 ABR 2/13 (B) - Rn. 43, BAGE 148, 26). Die Zulässigkeit entsprechender Maßnahmen unterstellt wären ihnen auch Beschäftigte ausgesetzt gewesen, die das Zutrittsverbot ausnahmslos beachteten und von denen

jedenfalls eine Gefährdung des Eigentums oder der Besitzrechte der Beklagten an den Ersatzteilen nicht (mehr) ausging. Demgegenüber traf die Videoüberwachung den Kläger weder in seiner Intim- noch in der Privatsphäre. Zwar kann sich eine besonders hohe Intensität eines Eingriffs in das Persönlichkeitsrecht auch aus der Dauer der Beobachtung ergeben, wie dies bei heimlichen Beobachtungen der Fall ist, denen Arbeitnehmer in ihrem Arbeitsbereich während der gesamten Dauer ihrer Arbeitszeit ausgesetzt sind. Von einer solch massiven Beobachtung waren der Kläger und andere Mitarbeiter, denen der Zutritt zum Lager verwehrt worden war, aber nicht betroffen. Soweit dies im Fall der Lageristen anders zu beurteilen ist, handelte es sich um Personen, die gleichfalls zum Kreis der Verdächtigen rechneten. Überdies hatten sie der Überwachung zugestimmt.

31 dd) Der mit der verdeckten Videoüberwachung verbundene Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Klägers war insgesamt nicht unangemessen. Die Überwachung betraf ausgehend von dem Vorbringen der Beklagten allein das Lager und damit den räumlichen Bereich, auf den sich der Verdacht bezog. Gegenteiliges ist weder festgestellt, noch hat der Kläger substantiierten Gegenvortrag gehalten. Im Verhältnis zu Arbeitnehmern, die sich ohne Erlaubnis im Lager aufhielten, war die Eingriffsintensität selbst unter Berücksichtigung der Dauer des Kameraeinsatzes gering. Dieser Bewertung steht nicht die Behauptung des Klägers entgegen, der Laufweg zu einem Raum, in dem sich Ersatzwerkzeug für die Werkstattmitarbeiter befunden habe, führe durch bestimmte Bereiche des Lagers. Daraus folgt nicht, dass das Zutrittsverbot lediglich eine eingeschränkte Gültigkeit gehabt hätte. Der wegen des permanenten Überwachungsdrucks ungleich schwerere Eingriff in das Persönlichkeitsrecht der Lageristen war grundsätzlich durch deren Einwilligung gedeckt.

32 ee) Es spricht viel dafür, dass Letzteres auch vor dem Hintergrund gilt, dass die Lageristen gemäß eigenem Vorbringen der Beklagten der Überwachung lediglich „zeitlich begrenzt“ zugestimmt hatten. Damit wollten sie erkennbar zum Ausdruck bringen, dass die Einwilligung jedenfalls nach der Aufdeckung von Straftaten anderer Arbeitnehmer, die zugleich ihrer eigenen Entlastung dienen würde, keine Wirkung mehr entfalten sollte.

33 3. Selbst unterstellt, eine durchgängige Beobachtung bis Mitte Juli 2014 wäre von der fraglichen Zustimmung der Lageristen nicht mehr gedeckt gewesen und die Videoüberwachung erwiese sich unter diesem Gesichtspunkt als unverhältnismäßig, führte dies nicht zu einem Verbot der Verwertung des Mitschnitts vom 15. Juli 2014 und des hierauf gestützten unstreitigen Sachvortrags der Beklagten im Kündigungsschutzprozess mit dem Kläger. Der Schutzzweck des BDSG gebietet es nicht, dem Arbeitgeber aus generalpräventiven Gründen eine prozessuale Verwertung datenschutzrechtswidrig erlangter Informationen zu verwehren. Ein Verbot kommt nur in Betracht, wenn mit der Verwertung ein Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht der anderen Prozesspartei einhergeht. Ein solcher Eingriff scheidet aber aus, wenn die Unzulässigkeit der Videoüberwachung allein aus der (Dritt-)Betroffenheit anderer Beschäftigter resultiert (Bergwitz NZA 2012, 353, 357; Dzida/Grau NZA 2010, 1201, 1202 f.; Grimm/Schiefer RdA 2009, 329, 341; wohl aA Bayreuther NZA 2005, 1038, 1042; Otto Anm. AP BetrVG 1972 § 87 Überwachung Nr. 36). Entsprechendes gilt, wenn der Arbeitgeber seinen Dokumentationspflichten gem. § 32 Abs. 1 Satz 2 BDSG, die grundsätzlich vor der Datenerhebung zu erfüllen sind, nur unvollständig nachgekommen ist. Die Vorgabe verfolgt den Zweck, dem hiervon erfassten Personenkreis die nachträgliche Rechtmäßigkeitskontrolle zu erleichtern (Tinnefeld/Petri/Brink MMR 2010, 727, 732). Aus ihr kann ein prozessuales Verwertungsverbot jedenfalls dann nicht

abgeleitet werden, wenn der Arbeitgeber den Verdacht von Straftaten spätestens im Rechtsstreit durch konkrete Tatsachen untermauern kann und dadurch eine Rechtmäßigkeitskontrolle gesichert ist (ähnlich Alter NJW 2015, 2375, 2380).

34 4. Die fehlende Zustimmung des Betriebsrats hindert die Verwertung der Videoaufzeichnungen ebenso wenig.

35 a) Allerdings hat der Betriebsrat bei der Videoüberwachung von Betriebsräumen der Arbeitgeberin nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG mitzubestimmen. Eine Videoüberwachungsanlage ist im Sinne dieser Norm eine technische Einrichtung, die dazu bestimmt ist, das Verhalten und die Leistung der Arbeitnehmer zu überwachen (BAG 11. Dezember 2012 - 1 ABR 78/11 - Rn. 16 ff., BAGE 144, 109).

36 b) Im Streitfall ist nicht ersichtlich, dass der Betriebsrat bei der Installation der Videoüberwachung oder jedenfalls der Auswertung des Mitschnitts vom 15. Juli 2014 beteiligt gewesen wäre. Dies führt für sich genommen aber nicht dazu, dass die Aufzeichnung als Beweismittel oder Sachvortrag, der sich auf daraus erlangte Erkenntnisse stützt, prozessual unverwertbar wäre. Der Schutzzweck von § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG gebietet die Annahme eines solchen Verwertungsverbots jedenfalls dann nicht, wenn die Verwendung und Verwertung eines Beweismittels und/oder daraus gewonnener, unstreitiger Informationen nach allgemeinen Grundsätzen zulässig ist. Der Sinn von § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG besteht ua. darin, Eingriffe in das Persönlichkeitsrecht der betroffenen Arbeitnehmer durch bestimmte Verhaltenskontrollen des Arbeitgebers nur bei gleichberechtigter Mitbestimmung des Betriebsrats zuzulassen. Soweit die Norm - wenngleich kollektivrechtlich vermittelt - dem Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts der Arbeitnehmer dient, sind die Schutzzwecke von § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG und die zivilprozessualen Grundsätze über ein mögliches (Beweis-)Verwertungsverbot identisch. Ist demnach eine Informations- bzw. Beweisverwertung nach allgemeinen Grundsätzen zulässig, besteht grundsätzlich auch kein darüber hinausgehendes Verwertungsverbot bei Missachtung des Mitbestimmungsrechts des Betriebsrats oder bei einer nicht ausreichenden Einhaltung eines betriebsverfassungsrechtlichen Verfahrens (BAG 22. September 2016 - 2 AZR 848/15 - Rn. 44).

37 II. Danach hat das Landesarbeitsgericht wesentliche Teile des zur Begründung der ausgesprochenen Kündigungen gehaltenen Vortrags der Beklagten zu Unrecht nicht berücksichtigt. Dies führt zur Aufhebung seiner Entscheidung und zur Zurückverweisung der Sache an die Vorinstanz.

38 1. Das Landesarbeitsgericht hat das Vorbringen der Beklagten zu Inventurdifferenzen und zur Entwicklung nach dem Aushang vom 27. Februar 2014 nur unvollständig gewürdigt. Soweit das betreffende Vorbringen einer weiteren Klarstellung bedarf, wird es die Beklagte dazu anzuhalten haben. Ist danach wahrscheinlich, dass die Fehlbestände auch auf unberechtigten Entnahmen beruht haben, wird das Landesarbeitsgericht für die Zeit nach Ausspruch des Zutrittsverbots von einem konkreten, durch Tatsachen belegten Anfangsverdacht einer Straftat jedenfalls durch Arbeitnehmer auszugehen haben, die das Lager vertragswidrig betreten haben.

39 2. Danach würde die weitere Verarbeitung und Nutzung der den Kläger betreffenden Videoaufzeichnungen nicht dessen allgemeines Persönlichkeitsrecht verletzen. Die Verarbeitung - dh. hier insbesondere die Aufbewahrung der Mitschnitte zum Zwecke

weiterer Verarbeitung oder Nutzung (§ 3 Abs. 4 Nr. 1 BDSG) - und deren weitere Verwendung im vorliegenden Verfahren war gem. § 32 Abs. 1 Satz 1 BDSG zulässig.

40 a) Nach § 32 Abs. 1 Satz 1 BDSG dürfen personenbezogene Daten eines Beschäftigten für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses ua. dann verarbeitet oder genutzt werden, wenn dies für die Entscheidung über die Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses erforderlich ist.

41 b) Dies wäre hier der Fall. Die Aufzeichnungen vom 15. Juli 2014 begründeten zumindest den Verdacht, dass der Kläger zu Lasten der Beklagten eine Straftat begangen hat. Dies konnte einen Kündigungsgrund darstellen. Überwiegende Interessen des Klägers standen der Verarbeitung und Nutzung nicht entgegen. Das gilt jedenfalls dann, wenn die Beklagte - was hier nicht auszuschließen ist - die Daten nicht unter Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts des Klägers erlangt hat.

42 3. Der Senat kann nicht abschließend beurteilen, ob das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die fristlose Kündigung vom 19. August 2014 aufgelöst worden ist.

43 a) Das bisherige Vorbringen der Beklagten kann - seine Verwertbarkeit unterstellt und unbeschadet der grundsätzlich dem Landesarbeitsgericht vorbehaltenen abschließenden Interessenabwägung - gem. § 626 Abs. 1 BGB sowohl eine außerordentliche Tat- als auch Verdachtskündigung rechtfertigen.

44 aa) Welche Beweiskraft den von der Beklagten vorgetragene Indiztatsachen im Einzelnen und in einer Gesamtschau mit der unstreitigen Wegnahmehandlung im Hinblick auf die Beurteilung zukommt, ob sich der Kläger eines Diebstahls oder einer Unterschlagung zulasten der Beklagten schuldig gemacht hat oder ob zumindest ein dahingehender dringender Verdacht besteht, ist Gegenstand der tatrichterlichen Beweiswürdigung nach § 286 ZPO, die dem Revisionsgericht entzogen ist (BAG 18. Juni 2015 - 2 AZR 480/14 - Rn. 35, BAGE 152, 47; zum Indizienbeweis BAG 23. Oktober 2014 - 2 AZR 865/13 - Rn. 43, BAGE 149, 355).

45 bb) Anhaltspunkte für eine Rechtfertigungslage hat der Kläger, den insoweit eine abgestufte Darlegungslast trifft (zuletzt BAG 16. Juli 2015 - 2 AZR 85/15 - Rn. 40), bisher nicht schlüssig aufgezeigt. Zwar mag es in der Vergangenheit üblich gewesen sein, dass Mitarbeiter der Beklagten Ersatzteile für den Transport aus dem Lager in die Werkstatt in ihrer Kleidung verstauten. Darauf kann sich der Kläger aber nicht stützen, weil sich die Weisungslage mit dem Ende Februar 2014 angeordneten Zutrittsverbot verändert hatte. Sein Vorbringen, er habe mit dem für das Lager zuständigen Leiter abweichende Vereinbarungen getroffen, ist in zeitlicher und räumlicher Hinsicht bisher vollkommen unsubstantiiert. Zudem hat die Beklagte ihren betreffenden Gegenvortrag unter Beweis gestellt. Unabhängig davon lässt das Vorbringen des Klägers nicht erkennen, dass er sich im Zusammenhang mit der eigenhändigen Entnahme des Pakets Bremsklötze an die behauptete individuelle Absprache mit dem Lagerleiter gehalten und dementsprechend die Lageristen zumindest nachträglich über die Mitnahme von Ersatzteilen in deren Abwesenheit unterrichtet hat. Auch dies spricht nicht für ein redliches Vorgehen, sondern gibt einen Hinweis darauf, dass sein Verhalten insgesamt auf Heimlichkeit angelegt war. Soweit der Kläger überdies geltend gemacht hat, es sei nicht auszuschließen, dass die Bremsklötze in einem Fahrzeug der entsprechenden Typenklasse eingebaut worden seien oder er alternativ - wie in der Vergangenheit üblich - das Paket auf der Theke vor dem Lager abgelegt habe, hat er nicht etwa einen

konkreten, ihn entlastenden Geschehensablauf dargestellt, sondern rein hypothetische Sachverhaltsvarianten präsentiert. Ob sich dies unter Berücksichtigung seiner Einlassung im Personalgespräch vom 14. August 2014 mit Erinnerungslücken hinreichend erklären lässt, wird ggf. vom Landesarbeitsgericht zu bewerten sein.

46 cc) Die Wirksamkeit der außerordentlichen Kündigung unter dem Gesichtspunkt einer sog. „Tatkündigung“ hängt materiell-rechtlich nicht davon ab, ob die Beklagte im Kündigungszeitpunkt alles ihr Mögliche und Zumutbare zur Aufklärung des Sachverhalts - auch in Richtung einer denkbaren Entlastung des Klägers - unternommen hatte (BAG 16. Juli 2015 - 2 AZR 85/15 - Rn. 38). Sollte es auf ihre Wirksamkeit als Verdachtskündigung ankommen, wird das Landesarbeitsgericht zu bewerten haben, ob die Beklagte ihrer diesbezüglich bestehenden Aufklärungspflicht nachgekommen ist, was allerdings nicht fernliegt. Dem sie dabei treffenden Erfordernis einer Anhörung des Klägers ist - soweit ersichtlich - Genüge getan.

47 b) Auf der Grundlage der bisherigen Feststellungen kann nicht davon ausgegangen werden, die Beklagte habe die Frist des § 626 Abs. 2 BGB versäumt. Ihr Vorbringen ist schlüssig. Nach ihrem - offenbar unstreitig gebliebenen - Vortrag hat ihr allein kündigungsberechtigter Geschäftsführer von den maßgeblichen Tatsachen erst am 7. August 2014 Kenntnis erlangt. Ausgehend vom Zugang der fristlosen Kündigung am 19. August 2014 wäre die Zweiwochenfrist eingehalten. Das gilt allemal gerechnet ab dem Zeitpunkt des Personalgesprächs vom 14. August 2014. Ob ihr Betriebsleiter aufgrund des Ergebnisses einer am 16. Juli 2014 durchgeführten Bestandsaufnahme, bei der nach dem Vorbringen der Beklagten bereits das Fehlen eines Pakets Bremsklötze verzeichnet worden sein soll, gehalten war, eine Sichtung der Videobänder bereits vor dem 6. August 2014 vorzunehmen, kann dahinstehen. Daraus ergibt sich nach dem bisherigen Streitstand keine Verzögerung, die der Beklagten im Rahmen von § 626 Abs. 2 BGB anzulasten wäre. Kenntnisse nicht kündigungsberechtigter Personen muss sich der Arbeitgeber nur ausnahmsweise nach § 242 BGB zurechnen lassen. Dazu müssen diese Personen eine herausgehobene Position und Funktion im Betrieb innehaben sowie tatsächlich und rechtlich in der Lage sein, den Sachverhalt so umfassend zu klären, dass mit ihrem Bericht an den Kündigungsberechtigten dieser ohne weitere Nachforschungen seine (Kündigungs-)Entscheidung abgewogen treffen kann. Voraussetzung für eine Zurechnung ist weiter, dass die Verspätung, mit der der Kündigungsberechtigte in eigener Person Kenntnis erlangt hat, auf einer unsachgemäßen Organisation des Betriebs beruht (BAG 21. Februar 2013 - 2 AZR 433/12 - Rn. 28). Dafür fehlt es derzeit an Anhaltspunkten.

48 c) Der Kläger hat seine zunächst „vorsorglich“ erhobene Rüge, es fehle an einer ordnungsgemäßen Anhörung des Betriebsrats (§ 102 Abs. 1 BetrVG), in erster Instanz ausdrücklich fallen gelassen. Unabhängig davon sind Mängel im Anhörungsverfahren auf der Basis der bisherigen Feststellungen nicht zu erkennen.

49 4. Der Aufhebung und Zurückverweisung unterliegen auch die weiteren Klageanträge. Über den Kündigungsschutzantrag betreffend die ordentliche Kündigung vom 25. August 2014 ist abhängig vom Ausgang des Streits über die außerordentliche Kündigung zu erkennen. Sollte das Landesarbeitsgericht zu dem Ergebnis gelangen, beide Kündigungen seien unwirksam, wird es zu berücksichtigen haben, dass sich der Weiterbeschäftigungsantrag dem Wortlaut nach auf ein Obsiegen mit dem Kündigungsschutzantrag zu 1. bezieht, der sich gegen die außerordentliche Kündigung vom 19. August 2014 richtet. Diesem Begehren durfte es nicht stattgeben, ohne der

Frage nachzugehen, ob der Antrag überhaupt auf eine vorläufige Weiterbeschäftigung des Klägers nach Ablauf des Termins der ordentlichen Kündigung vom 25. August 2014 gerichtet ist und - bejahendenfalls - ob er ein entsprechendes Verlangen hinreichend bestimmt (§ 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO) zum Ausdruck bringt.

50 5. Von weiteren Hinweisen sieht der Senat ab.

2.2 LAG Berlin-Brandenburg: „Zugriff auf E-Mail-Accounts“



LAG Berlin-Brandenburg, 16.02.2011 - 4 Sa 2132/10: Zugriff auf dienstlichen E-Mail-Account des AN durch den AG

Leitsatz

1. Ein Arbeitgeber wird nicht allein dadurch zum Dienstanbieter i. S. d. Telekommunikationsgesetzes, dass er seinen Beschäftigten gestattet, einen dienstlichen E-Mail-Account auch privat zu nutzen. (Rn.36)

2. Belassen die Beschäftigten bei Nutzung des Arbeitsplatzrechners die eingehenden E-Mails im Posteingang bzw. die versendeten im Postausgang, so unterliegt der Zugriff des Arbeitgebers auf diese Daten nicht den rechtlichen Beschränkungen des Fernmeldegeheimnisses. (Rn.40)

Tenor

I. Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Berlin vom 17. August 2010 - 36 Ca 235/10 - wird auf Kosten der Klägerin zurückgewiesen.

II. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand

1 Die Parteien streiten darum, ob die Klägerin den Beklagten den Zugriff auf die in dem ihrer E-Mail-Anschrift zugeordneten elektronischen Postfach vorhandenen E-Mails vollständig verweigern kann.

2 Zwischen der Klägerin und der Beklagten zu 1), die einen Betrieb der Automobilindustrie betreibt, besteht seit dem Jahr 1988 ein Arbeitsverhältnis, in dessen Rahmen die Klägerin zuletzt als Verkaufsberaterin im Firmenangehörigengeschäft in Berlin tätig war. Der Beklagte zu 2) ist ein Kollege der Klägerin, die Beklagte zu 3) ist ihre Dienstvorgesetzte.

3 Eine von der Beklagten zu 1) mit Vereinbarung vom 1. Mai 2003 als Gesamtbetriebsvereinbarung abgeschlossene „Internet- und E-Mail-Richtlinie“, enthält in Punkt 5 unter der Überschrift „Regelungen für Electronic Mail“ u. a. folgende Regelung:

4 „...“

5 Mit Zustimmung des Vorgesetzten darf E-Mail in geringem Umfang auch für die private interne und externe Kommunikation genutzt werden. ...

6 ...

7 E-Mails privaten Inhalts können mit „privat“ in der Betreffzeile gekennzeichnet werden. Als privat gekennzeichnete E-Mails dürfen von Dritten grundsätzlich nicht geöffnet, weitergeleitet oder gespeichert werden.

8 Als privat gekennzeichnete E-Mails dürfen nur dann kontrolliert werden, wenn neben der Information des Betriebsrates zusätzlich der betriebliche Datenschutzbeauftragte nach Prüfung der schriftlich zu dokumentierenden tatsächlichen Anhaltspunkte für den

Verdacht einer missbräuchlichen Nutzung der Kontrolle zugestimmt hat. Die betriebsinterne Kontrolle richtet sich dabei zunächst auf die Prüfung der Verbindungsdaten. Eine inhaltliche Kontrolle kann nur mit Zustimmung des Mitarbeiters oder veranlasst durch Strafverfolgungsbehörden erfolgen. Bei Verweigerung der Zustimmung kann dem Mitarbeiter die private Nutzung künftig untersagt werden. ...

9 Die Klägerin nutzte ihren dienstlichen E-Mail-Account auch für private E-Mails. Soweit die Kläger private E-Mails versendete, kennzeichnete sie diese mit dem Zusatz „privat“ in der Betreffzeile.

10 Jeder Mitarbeiter bei der Beklagten zu 1) hat sicherzustellen, dass die Erfüllung seiner Aufgaben bei Abwesenheit (Krankheit, Urlaub) nicht gefährdet ist. Hierzu existiert eine entsprechende Richtlinie bei der Beklagten, hinsichtlich deren Einzelheiten auf Bl. 55 – 57 d. A. verwiesen wird. Für das Team der Klägerin ist geregelt, dass im Fall der Abwesenheit des Mitarbeiters organisatorisch sicher zu stellen ist, dass die Arbeitgeberin – die Beklagte zu 1) - weiterhin Zugriff auf den E-Mail Account hat, damit die dienstlichen Mails weiter bearbeitet werden können.

11 Die Klägerin richtete am 27. November 2008 wegen einer geplanten Abwesenheit vom 28. November – 2. Dezember 2008 einen Abwesenheitsassistenten ein, der über ihre Abwesenheit bis zum 2. Dezember 2008 informierte. Die Klägerin hatte für keine Stellvertretung gesorgt, sondern vielmehr eine bereits einmal eingerichtete Stellvertreterregelung deaktiviert. Seit dem 28. November 2008 war die Klägerin arbeitsunfähig erkrankt. Ihr Stellvertreter hatte keinen Zugriff auf das der E-Mail-Anschrift der Klägerin zugeordnete elektronische Postfach. Der Stellvertreter der Klägerin, der Beklagte zu 2), versuchte deshalb nach dem Vortrag der Beklagten zu 1), der von der Klägerin mit Nichtwissen bestritten wurde, die Klägerin Ende November/Anfang Dezember 2008 mehrfach telefonisch zu erreichen. Dies blieb erfolglos. Er schrieb sodann nach dem Vortrag der Beklagten zu 1), den die Klägerin ebenfalls bestreitet, am 12. Dezember 2008 eine entsprechende Mail an die Klägerin, in dem er ihr mitteilte, dass ein Zugriff auf die E-Mails der Klägerin zur Bearbeitung notwendig sei, er jedoch keinen Zugriff habe. Hinsichtlich der Einzelheiten der E-Mail wird auf Bl. 61 d. A. verwiesen. Die E-Mail blieb unbeantwortet. Nachdem die Klägerin sich mit E-Mail vom 6. Januar 2009 weiter krank meldete, schrieb die Vorgesetzte, die Beklagte zu 3), der Klägerin, was seitens der Klägerin desgleichen bestritten wird, ebenfalls am 6. Januar 2009 eine E-Mail mit der Bitte sich mit dem Bekl. zu 2) in Verbindung zu setzen, weil die Kundemails nicht bearbeitet werden können. Hinsichtlich des genauen Inhalts der E-Mail wird auf Bl. 62 d. A. verwiesen.

12 Nach Information des bei der Beklagten zu 1) gebildeten Berliner Betriebsrates und einer zeitlich streitigen Beteiligung des Datenschutzbeauftragten öffnete am 21. Januar 2009 gegen 12.00 Uhr die IT-Abteilung der Beklagten zu 1) das der E-Mail-Anschrift der Klägerin zugeordnete elektronische Postfach. Dienstliche E-Mails wurden geöffnet und ausgedruckt, um deren Bearbeitung zu ermöglichen. Jedenfalls zeitweise waren außer dem Beklagten zu 2) das Mitglied des bei der Beklagten zu 1) gebildeten Berliner Betriebsrates A. K. und auf Wunsch der Klägerin die Sozialbetreuerin des Werkes M. B. anwesend.

13 Die Klägerin behauptet, die Regelungen aus dem Jahr 2003 fänden auf sie keine Anwendung, aufgrund einer betrieblichen Übung habe sie ein Recht auf moderate Privatnutzung des ihr von der Beklagten zu 1) überlassenen elektronischen Postfaches.

Am 20. Januar 2009 habe ihr ein Mitglied des Betriebsrates mitgeteilt, dass die Beklagte zu 1) beantragt habe, ihr elektronisches Postfach zu öffnen mit der Begründung, es könnten geschäftlich relevante E-Mails aufgelaufen sein. Um einen Rest von Datenschutz und Persönlichkeitsrecht wahren zu können, habe sie die Sozialbetreuerin gebeten, sich mit dem Betriebsratsmitglied abzustimmen und darauf zu achten, dass ihr elektronisches Postfach nach Beendigung der Aktion wieder geschlossen werde. Der Beklagte zu 2) habe E-Mails aus ihrem Postfach weitergeleitet. Da jede Öffnung ihres elektronischen Postfaches die Möglichkeit eröffne, ihre privaten E-Mails zu lesen, können sie von den Beklagten verlangen, nicht ohne ihre vorherige Einwilligung an sie gerichtete E-Mails zur Kenntnis zu nehmen, zu öffnen, zu lesen, zu kopieren, zu speichern, auszudrucken und/oder weiterzuleiten.

14 Die Klägerin hat beantragt,

15 1. die Beklagten bei Meidung von Ordnungsgeld bis zu 250.000,00 EUR für jeden Fall der Zuwiderhandlung – ersatzweise Ordnungshaft – oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten zu verurteilen, es ohne vorherige Einwilligung der Klägerin zu unterlassen,

E-Mails, die unter dem E-Mail-Account mit der E-Mail-Adresse „.....“ oder unter einem anderen hinsichtlich der Person der Klägerin personalisierten Firmen-E-Mail-Account der Beklagten zu 1) empfangen werden oder von der Klägerin versendet werden, zur Kenntnis zu nehmen, zu öffnen, zu lesen, zu speichern, auszudrucken, zu kopieren und/oder weiterzuleiten;

16 2. die Beklagten bei Meidung von Ordnungsgeld bis zu 250.000,00 EUR für jeden Fall der Zuwiderhandlung – ersatzweise Ordnungshaft – oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten zu verurteilen, es zu unterlassen, sich ohne vorherige Einwilligung der Klägerin durch Überwindung der Zugangssicherung in Form eines Passworts Zugang zu dem passwortgeschützten E-Mail-Account der Klägerin mit der E-Mail-Adresse „.....“ oder unter einem anderen hinsichtlich der Person der Klägerin personalisierten Firmen-E-Mail-Account der Beklagten zu 1) zu verschaffen.

17 Die Beklagten haben beantragt,

18 die Klage abzuweisen.

19 Die Beklagte zu 1) hat behauptet, während der Erkrankung der Klägerin habe die Beklagte zu 1), nachdem die Klägerin auf verschiedene Aufforderungen nicht reagiert habe, lediglich einmal in das der klägerischen E-Mail-Anschrift zugeordnete elektronische Postfach Einsicht genommen. Eingegangene dienstliche E-Mails seien ausgedruckt und später sei ein aktueller Abwesenheitsassistent eingerichtet worden, denn es handele sich in erster Linie um ein Arbeitsmittel. Ein Einblick oder eine Öffnung von privaten E-Mails sei nicht erfolgt.

20 Der Beklagte zu 2) hat vorgetragen, er habe am 21. Januar 2009 im Beisein der beiden Zeugen den Posteingang geprüft, die dienstlichen E-Mails, die zur Weiterbearbeitung benötigt worden seien, geöffnet und ausgedruckt. Es sei technisch nicht möglich gewesen, die E-Mails weiterzuleiten.

21 Die Beklagte zu 3) hat vorgetragen, es habe aufgrund der Krankheit der Klägerin die Situation bestanden, dass der Stellvertreter der Klägerin deren Arbeit nicht habe

fortführen können. Sie habe sich daher an die Personalabteilung der Beklagten zu 1) gewandt, die das weitere Vorgehen eingeleitet habe.

22 Das Arbeitsgericht hat die Klage mit Urteil vom 17. August 2010 abgewiesen. zur Begründung hat es – kurz gefasst – ausgeführt, ein Unterlassungsanspruch der Klägerin sei nicht ersichtlich. Die Klägerin könne sich im Rahmen eines Unterlassungsanspruchs nach den §§ 1004, 823 BGB weder auf Art. 10 Abs. 1 GG, noch auf § 88 TKG oder § 206 StGB stützen. Eine lediglich sichtende Kenntnisnahme auch privater E-Mails zur Ermöglichung einer Feststellung, welche E-Mails dienstlich sind, beeinträchtige auch das Recht der Klägerin auf informelle Selbstbestimmung nicht in einem verfassungsrechtlich bedenklichen Maße.

23 Gegen das ihr am 6. September 2010 zugestellte Urteil des Arbeitsgerichts hat die Klägerin mit beim Landesarbeitsgericht am 6. Oktober 2010 eingegangenen Schriftsatz Berufung eingelegt und diese nach Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist bis zum 6. Dezember 2010 mit beim Landesarbeitsgericht am 6. Dezember 2010 eingegangenen Schriftsatz begründet.

24 Die Klägerin vertritt unter Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens weiterhin die Auffassung, die Beklagte zu 1) sei „Dienstanbieter“ im Sinne des Telekommunikationsgesetzes. Da die Beklagte zu 1) ihren Mitarbeitern die private Nutzung des dienstlichen E-Mail-Accounts gestatte, erbringe sie geschäftsmäßig Telekommunikationsdienstleistungen iSd. § 3 Nr. 6 TKG und unterfalle damit dem Anwendungsbereich des § 88 TKG. Die Klägerin könne sich auch auf Art. 10 GG berufen. Der Schutzbereich des Fernmeldegeheimnisses ende im Falle der Klägerin nicht mit dem Ende des Übertragungsvorgangs und Eingang der E-Mail, weil die entsprechenden E-Mails auf Grund der krankheitsbedingten Abwesenheit der Klägerin im Unternehmen der Beklagten zu 1) tatsächlich nicht in den Herrschaftsbereich der Klägerin gelangt seien. Der technisch bedingte Mangel an Beherrschbarkeit begründe die besondere Schutzbedürftigkeit durch das Fernmeldegeheimnis. Die Beklagten hätten weiterhin durch den Zugriff auf den dienstlichen E-Mail-Account der Klägerin den Straftatbestand des § 202a StGB sowie den Straftatbestand des § 206 StGB verwirklicht; auch aus diesem Grunde sei der Unterlassungsanspruch der Klägerin gegeben. Entgegen der Ansicht des Arbeitsgerichts hätten die Beklagten mit dem Zugriff auf den dienstlichen E-Mail-Account der Klägerin auch das allgemeine Persönlichkeitsrecht und das hieraus abgeleitete Recht der informationellen Selbstbestimmung der Klägerin verletzt. Die Beklagte hätte die betrieblichen Abläufe anders als durch Zugriff auf den dienstlichen E-Mail-Account der Klägerin sichern können. Kunden der Beklagten hätten über Mitarbeiterportal der Beklagten zu 1) auch die E-Mail-Adressen und Telefonnummern anderer Verkäufer, insbesondere der Beklagten zu 2) und 3) herausfinden können. Es sei auch zu berücksichtigen, dass die Beklagte zu 1) vom 28. November 2008 bis zum 20. Januar 2009, mithin zwei Monate lang, keinerlei Notwendigkeit gesehen habe, Zugriff auf den E-Mail-Account der Klägerin zu nehmen und auch nicht genommen habe.

25 Die Klägerin und Berufungsklägerin beantragt

26 1. Die Beklagten werden unter Abänderung des am 17. August 2010 verkündeten Urteils des Arbeitsgerichts Berlin, Az.: 36 Ca 235/10, bei Meidung von Ordnungsgeld bis zu 250.000,00 EUR für jeden Fall der Zuwiderhandlung – ersatzweise Ordnungshaft – oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten zu verurteilen, es ohne vorherige Einwilligung der Klägerin zu unterlassen, E-Mails, die unter dem E-Mail-Account mit der E-Mail-

Adresse „.....“ oder unter einem anderen hinsichtlich der Person der Klägerin personalisierten Firmen-E-Mail-Account der Beklagten zu 1) empfangen werden oder von der Klägerin versendet werden, zur Kenntnis zu nehmen, zu öffnen, zu lesen, zu speichern, auszudrucken, zu kopieren und/oder weiterzuleiten;

27 2. Die Beklagten werden unter Abänderung des am 17. August 2010 verkündeten Urteils des Arbeitsgerichts Berlin, Az.: 36 Ca 235/10, bei Meidung von Ordnungsgeld bis zu 250.000,00 EUR für jeden Fall der Zuwiderhandlung – ersatzweise Ordnungshaft – oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten zu verurteilen, es zu unterlassen, sich ohne vorherige Einwilligung der Klägerin durch Überwindung der Zugangssicherung in Form eines Passworts Zugang zu dem passwortgeschützten E-Mail-Account der Klägerin mit der E-Mail-Adresse „.....“ oder unter einem anderen hinsichtlich der Person der Klägerin personalisierten Firmen-E-Mail-Account der Beklagten zu 1) zu verschaffen.

28 Die Beklagten und Berufungsbeklagten beantragen,

29 die Berufung zurückzuweisen.

30 Die Beklagten verteidigen das arbeitsgerichtliche Urteil unter Vertiefung ihres Rechtsvorbringens und verweisen darauf, dass im Laufe des Verfahrens deutlich geworden sei, dass die Beklagten keinerlei private E-Mails geöffnet, angesehen oder ausgedruckt haben. Die Beklagten zu 3) verweist zusätzlich darauf, dass sich aus dem Vortrag der Klägerin weiterhin nicht ergebe, dass die Beklagte zu 3) überhaupt Zugriff auf den E-Mail-Account der Klägerin genommen habe.

31 Wegen der Einzelheiten des Parteivorbringens wird auf den vorgetragenen Inhalt der gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

32 Die Berufung hat keinen Erfolg.

33 A. Die gemäß §§ 8 Abs. 2, 64 Abs. 1 und Abs. 2 Ziff. b. statthafte Berufung der Klägerin ist von ihr fristgemäß und formgerecht eingelegt und begründet worden (§§ 519, 520 Abs. 1 und 3 ZPO, § 66 Abs. 1 Satz 1 und 2 ArbGG). Sie ist damit zulässig.

34 B. Die Berufung ist jedoch unbegründet. Zutreffend hat das Arbeitsgericht die Klage abgewiesen.

35 I. Der Anspruch ergibt sich nicht aus § 1004 BGB iVm. § 823 Abs. 2 BGB iVm. § 88 Abs. 2 und Abs. 3 TKG. Weder die Beklagte zu 1) noch die Beklagten zu 2) und 3) haben gegen § 88 Abs. 2 und Abs. 3 TKG verstoßen.

36 1. Die Beklagte zu 1) ist ebenso wenig wie die Beklagten zu 2) und 3) Dienstanbieter iSd. § 88 TKG. Der Arbeitgeber, der lediglich seinen Arbeitnehmern auch die private Nutzung des dienstlichen E-Mail-Accounts gestattet, ist nach herrschender Auffassung, der sich auch Arbeitsgericht angeschlossen hat, kein Dienstanbieter iSd. Telekommunikationsgesetzes (LAG Niedersachsen 31. Mai 2010 – 12 Sa 875/09 – NZA-RR 2010, 406).

37 Nach § 3 Ziff. 6 TKG ist „Dienstanbieter“ jeder, der ganz oder teilweise geschäftsmäßig Telekommunikationsleistungen erbringt oder an der Erbringung solcher Dienste mitwirkt. Die Beklagte zu 1) erbringt weder geschäftsmäßig Telekommunikationsleistungen noch wirkt sie an diesen mit. Das Berufungsgericht folgt

insoweit den zutreffenden Ausführungen des Arbeitsgerichts (S. 6 – 7 des Urteils = Bl. 140 – 141 d. A.) und schließt sich diesen an (§ 69 Abs. 2 ArbGG).

38 2. Aber selbst, wenn man die Auffassung der Klägerin teilte, ein Arbeitgeber werde allein durch die Gestattung privaten E-Mail Verkehrs unter Nutzung des dienstlichen Rechners und des dienstlichen Accounts zum Dienstanbieter iSd. § 3 Ziff. 6 TKG, wäre der Anwendungsbereich des § 88 TKG nicht eröffnet.

39 a. § 88 TKG schützt das Fernmeldegeheimnis iSd. Art. 10 Abs. 1 GG. Das Fernmeldegeheimnis schützt die unkörperliche Übermittlung von Informationen an individuelle Empfänger mit Hilfe des Telekommunikationsverkehrs (BVerfG 3. März 2006 – 2 BvR 2099/04 – BVerfGE 115, 166 (182); BVerfG 27. Februar 2008 – 1 BvR 370/07 und 1 BvR 595/07 – BVerfGE 120, 274 (306 f.)). Der Grundrechtsschutz erstreckt sich nicht auf die außerhalb eines laufenden Kommunikationsvorgangs im Herrschaftsbereich des Kommunikationsteilnehmers gespeicherten Inhalte und Umstände der Kommunikation. Der Schutz des Fernmeldegeheimnisses endet insoweit in dem Moment, in dem die E-Mail beim Empfänger angekommen und der Übertragungsvorgang beendet ist (BVerfG 3. März 2006 – 2 BvR 2099/04 – BVerfGE 115, 166 (183 ff.); BVerfG 27. Februar 2008 – 1 BvR 370/07 und 1 BvR 595/07 – BVerfGE 120, 274 (307 f.)). Nach Abschluss des Übertragungsvorgangs im Herrschaftsbereich des Kommunikationsteilnehmers gespeicherten Verbindungsdaten werden deswegen nicht durch Art 10 Abs. 1 GG geschützt (BVerfG 3. März 2006 – 2 BvR 2099/04 – BVerfGE 115, 166 (183 ff.)).

40 Gestattet wie vorliegend ein Arbeitgeber seinen Mitarbeitern, den Arbeitsplatzrechner auch zum privaten E-Mail-Verkehr zu nutzen und E-Mails, die von den Mitarbeitern nicht unmittelbar nach Eingang oder Versendung gelöscht werden, im Posteingang oder -ausgang zu belassen oder in anderen auf lokalen Rechnern oder zentral gesicherten Verzeichnissen des Systems abzuspeichern, unterliegt der Zugriff des Arbeitgebers oder Dritter auf diese Datenbestände dementsprechend nicht den rechtlichen Beschränkungen des Fernmeldegeheimnisses (LAG Niedersachsen 31. Mai 2010 – 12 Sa 875/09 – NZA-RR 2010, 406; Hessischer VGH 19. Mai 2009 – 6 A 2672/08.Z – NJW 2009, 2470; VG Frankfurt 6. November 2008 – 1 K 628/08.F – WM 2009, 948).

41 b. Soweit die Klägerin die Auffassung vertritt, der Schutzbereich des Art. 10 GG müsse für sie auch auf die auf dem Rechner gespeicherte E-Mail erweitert werden, weil sei auf Grund ihrer krankheitsbedingten Abwesenheit keine Möglichkeit des Zugriffs auf ihren Rechner hatte, folgt dem die Kammer nicht. Art. 10 Abs. 1 GG trägt gerade der Besonderheit Rechnung, dass für den Kommunikationsteilnehmer keine technischen Möglichkeiten vorhanden sind, das Entstehen und die Speicherung von Verbindungsdaten durch den Nachrichtenübermittler zu verhindern oder auch nur zu beeinflussen. Demgegenüber hatte die Klägerin vorliegend im Rahmen auch ihres dienstlichen E-Mail-Accounts die Möglichkeit, grundsätzlich dem Zugriff Dritter auf ihren Account durch Einrichtung von Schutzvorrichtungen zu begegnen. Genau dies hat die Klägerin auch getan: Sie hat ein persönliches Passwort eingerichtet, ohne dessen Kenntnis auch die Beklagte nicht ohne weiteres auf den dienstlichen Account der Klägerin zugreifen konnte. Der E-Mail Account blieb im Übrigen auch während der Erkrankung der Klägerin für diese grundsätzlich beherrschbar. Die Beklagte zu 1) hat mehrmals vergeblich versucht, die Klägerin wegen der fehlenden Zugriffsmöglichkeit zu erreichen. Die Tatsache, dass die Klägerin dies offensichtlich ignorierte und auch sich selbst die Möglichkeit nahm, das

weitere Vorgehen zu beeinflussen, führt nicht zu einer Erweiterung des Schutzbereichs des Art. 10 Abs. 1 GG.

42 Soweit die Klägerin die Versuche einer Kontaktaufnahme durch die Beklagte bestreitet, widerspricht dies zumindest den in Kopie eingereichten E-Mails an die Klägerin, bei denen auch Absendezeit, Absendedatum und Adressat ersichtlich sind (Bl. 61 – 62 d. A.). Insoweit war die Kammer nach dem Gang der mündlichen Verhandlung und dem Akteninhalt überzeugt, dass der Vortrag der Beklagten zu 1), sie habe mehrfach versucht die Klägerin sowohl telefonisch als auch per Mail zu erreichen, zutreffend ist. Eine Befragung der Klägerin hierzu war nicht möglich, da diese trotz Anordnung des persönlichen Erscheinens der mündlichen Verhandlung ferngeblieben war, ohne Entschuldigungsgründe glaubhaft zu machen. Insoweit war die Kammer vielmehr überzeugt, dass die Klägerin mit dem Bestreiten den Anforderungen des § 138 Abs. 1 ZPO nicht genügt hatte.

43 II. Der Anspruch ergibt sich aus den oben dargelegten Gründen auch nicht aus § 1004 BGB iVm. § 823 Abs. 2 BGB iVm. Art. 10 Abs. 1 GG. Der Schutzbereich des Art. 10 GG ist bereits nicht eröffnet.

44 III. Der Anspruch ergibt sich aus den oben dargelegten Gründen auch nicht aus § 1004 BGB iVm. § 823 Abs. 2 BGB iVm. § 206 StGB. Die Beklagten waren weder Inhaber noch Beschäftigte eines Unternehmens, das geschäftsmäßig Post- oder Telekommunikationsdienste erbringt. Insoweit ist der Vorwurf der Klägerin, die Beklagten hätten einen Straftatbestand verwirklicht, nicht zutreffend.

45 IV. Der Anspruch ergibt sich auch nicht aus § 1004 BGB iVm. § 823 Abs. 2 BGB iVm. § 202a StGB. Die Klägerin hat nicht dargelegt und unter Beweis gestellt, dass sich die Beklagten unbefugt Zugang zu Daten, die nicht für sie bestimmt waren, verschafft haben. Vorliegend hat die Beklagte sich zwar Zugriff auf den E-Mail-Account der Klägerin verschafft; es erfolgte aber soweit ersichtlich allein ein Zugriff auf dienstliche E-Mails der Klägerin. Insoweit auch hat das bei der Öffnung des Accounts anwesende Betriebsratsmitglied in seinem schriftlichen Gedächtnisprotokoll (Bl. 69 d. A.) ausdrücklich klargestellt, dass es keine Zweifel gegeben habe, dass private E-Mails weder geöffnet noch ausgedruckt wurden, sondern ausschließlich die eindeutig durch die Kopf- oder Betreffzeile als Geschäftsmail zu identifizierende Mail betroffen waren. Diese E-Mails sind nicht der Klägerin, sondern allein der Beklagten zu 1) zuzuordnen. Die Klägerin hat die entsprechenden E-Mails allein als Arbeitnehmerin der Beklagten zu 1) erhalten; insoweit war die E-Mail aus Sicht des Senders an die Beklagte zu 1) und nicht an die Klägerin als Privatperson gerichtet, es handelte sich damit iSd. § 202a StGB um Daten die für die Beklagte zu 1) bestimmt waren. Soweit die Klägerin bestreitet, die Beklagte habe allein auf dienstliche E-Mails zugegriffen, so ist dies nicht rechtserheblich. Vielmehr ist die Klägerin für die Voraussetzungen des von ihr verfolgten Unterlassungsanspruchs darlegungs- und beweispflichtig. Soweit die Klägerin in der Klageschrift noch positiv behauptet hat, dass auf sämtliche E-Mail also auch privaten angesehen worden sind (Bl. 7 d. A.), hat sie dies nicht aufrechterhalten, sondern hat sich nachfolgend darauf beschränkt mit Nichtwissen zu bestreiten, dass nur dienstliche E-Mails geöffnet wurden (Bl. 119 d. A.).

46 V. Der Anspruch der Klägerin ergibt sich nicht aus § 1004 BGB iVm Art. 1 Abs. 1 und 2 Abs. 1 GG.

47 1. Es erscheint der Kammer bereits nicht unzweifelhaft, ob die Beklagte in den Schutzbereich des Art. 2 Abs. 1 iVm. Art. 1 Abs. 1 GG gewährleisteten Persönlichkeitsrechts eingegriffen hat.

48 Das durch Art. 2 Abs. 1 iVm. Art. 1 Abs. 1 GG gewährleistete allgemeine Persönlichkeitsrecht ist allerdings auch im Privatrechtsverkehr und insbesondere im Arbeitsverhältnis zu beachten (BAG 27. März 2003 - 2 AZR 51/02 - BAGE 105, 356). Das allgemeine Persönlichkeitsrecht schützt den Arbeitnehmer im Arbeitsverhältnis nicht nur vor einer technischen Überwachung am Arbeitsplatz sondern auch vor anderen Eingriffen (BAG 13. Dezember 2007 - 2 AZR 537/06 - EzA § 626 BGB 2002 Nr. 20 = AP Nr. 210 zu § 626 BGB).

49 Vorliegend hat die Beklagte sich zwar Zugriff auf den E-Mail-Account der Klägerin verschafft; es erfolgte soweit ersichtlich allein ein Zugriff auf dienstliche E-Mails der Klägerin.

50 2. Aber auch wenn man ein Eingriff in den Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts mit der Klägerin deswegen bejaht, weil durch die Öffnung des dienstlichen E-Mail-Account angesichts der auch privaten Nutzung der dienstlichen E-Mail-Adresse ein Zugriff auf private E-Mails zumindest potentiell möglich war, wäre der Eingriff nicht rechtswidrig gewesen.

51 a. Das Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers im Arbeitsverhältnis wird nicht schrankenlos gewährleistet. Eingriffe in das Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers können durch Wahrnehmung überwiegend schutzwürdiger Interessen des Arbeitgebers gerechtfertigt sein. Bei einer Kollision des allgemeinen Persönlichkeitsrechts mit den Interessen des Arbeitgebers ist somit durch eine Güterabwägung im Einzelfall zu ermitteln, ob das allgemeine Persönlichkeitsrecht den Vorrang verdient (BVerfG 9. Oktober 2002 - 1 BvR 1611/96 - und - 1 BvR 805/98 - BVerfGE 106, 28; BVerfG 19. Dezember 1991 - 1 BvR 382/85 - AP BGB § 611 Persönlichkeitsrecht Nr. 24 = EzA BGB § 611 Persönlichkeitsrecht Nr. 10; BVerfG 13. Februar 2007 - 1 BvR 421/05 - BVerfGE 117, 202; BAG 15. August 2002 - 2 AZR 214/01 - BAGE 102, 190; BAG 13. Dezember 2007 - 2 AZR 537/06 - EzA § 626 BGB 2002 Nr. 20 = AP Nr. 210 zu § 626 BGB; BAG 18. November 1999 - 2 AZR 743/98 - BAGE 93, 1; BAG 27. März 2003 - 2 AZR 51/02 - BAGE 105, 356).

52 b. Vorliegend überwiegt das durch Art. 14 GG geschützte Interesse der Beklagten zu 1) an der Aufrechterhaltung des ungestörten Arbeitsablauf dem Interesse der Klägerin, dass ein Zugriff auf ihren Account gänzlich unterbleibt.

53 aa. Zu berücksichtigen ist dabei zum einen, dass die Notwendigkeit eines Zugriffs allein durch ein Verhalten der Klägerin entstand. Die Klägerin war arbeitsvertraglich verpflichtet, im Falle ihrer Abwesenheit im Rahmen einer Stellvertreterregelung dafür Sorge zu tragen, dass dienstliche E-Mails auch während ihrer Abwesenheit bearbeitet werden können. Dem ist die Klägerin nicht nachgekommen, sie hat vielmehr eine bestehende Stellvertreterregelung sogar deaktiviert und damit eine ordnungsgemäße Bearbeitung im Rahmen des Geschäftsablaufs zusätzlich erschwert bzw. verhindert.

54 bb. Zur Wiederherstellung eines ordnungsgemäßen Geschäftsablaufs war der Zugriff auf den dienstlichen E-Mail-Account der Klägerin auch erforderlich und verhältnismäßig.

55 (1) Soweit die Klägerin die Auffassung vertritt, ein Zugriff sei bereits deswegen nicht erforderlich, weil die Beklagte zu 1) mit dem Zugriff „zwei Monate“ gewartet habe, so kann dem die Kammer nicht folgen. Unabhängig davon, dass die Beklagte nicht ganze zwei Monate abwartete, ist zu berücksichtigen, dass die zeitliche Verzögerung allein darauf beruhte, dass die Beklagte zuvörderst versuchte, durch Kontaktierung der Klägerin einen ohne Zustimmung der Klägerin notwendigen Zugriff gerade zu verhindern. Nachdem die Klägerin nicht reagierte, hat die Beklagte zu 1) tatsächlich nicht sofort auf den Account zugegriffen, sondern sie hat zuerst den Datenschutzbeauftragten sowie den Betriebsrat eingeschaltet, um eine Kontrolle der Beklagten zu 1) bei dem Zugriff zu gewährleisten. Dass es auf Grund des ersichtlichen Bemühens der Beklagten zu 1), sich in jeder Hinsicht rechtmäßig zu verhalten, zu einer weiteren zeitlichen Verzögerung kam, führt nicht dazu, dass der Zugriff nicht erforderlich gewesen wäre.

56 (2) Soweit die Klägerin meint, ein Zugriff auf ihren dienstlichen Account sei schon deswegen nicht erforderlich, weil jeder Kunde die Beklagte zu 1) auch anderweitig kontaktieren konnte, als durch E-Mail an die Klägerin, kann dem die Kammer ebenfalls nicht folgen. Zutreffend verweisen die Beklagten insoweit darauf, dass durch den Abwesenheitsassistenten eine Abwesenheit der Klägerin nur für eine kurze Zeit übermittelt wurde. Ein Kunde hätte sich vermutlich entsprechend erst nach längerem Abwarten – ggf. weil er keine Antwort erhielt – durchgefragt und möglicherweise verspätete erfahren, dass die Klägerin ihre Mails nicht lesen könne. Gerade dies sollte aber im Rahmen einer ausreichenden Serviceorientierung verhindert werden. Des Weiteren hat die Beklagte zu 3) in der mündlichen Verhandlung auch unbestritten vorgetragen, dass eine Notwendigkeit zum Handeln auch deswegen bestand, weil Kunden eine Änderung der Ausstattung vor Auslieferungen von bestellten KFZ auch per E-Mail durchgeben können. Erlangt die Beklagte keine Kenntnis von diesen Änderungswünschen ist die Ausstattung der KFZ fehlerhaft und die Kunden haben keine Abnahmeverpflichtung. Insoweit drohte der Beklagten zu 1) auch ein nicht unerheblicher finanzieller Schaden.

57 (3) An der Verhältnismäßigkeit es Zugriffs bestehen auch keine Zweifel. Die Beklagte hat vor dem Zugriff zunächst versucht, die Klägerin zu kontaktieren, sie hat weiterhin, nachdem dies nicht erfolgreich war, erst abgewartet, ob die Klägerin gesundet und damit ein Zugriff entbehrlich wird. Erst nachdem ein weiteres Zuwarten nicht mehr vertretbar erschien, hat sich die Beklagte entschlossen, zur Aufrechterhaltung ihres Geschäftsbetriebs zu handeln. Sie hat dabei alle formellen Voraussetzungen gewahrt: Sie hat den Beauftragten für den Datenschutz rechtzeitig zuvor eingeschaltet, sie hat des Weiteren dafür gesorgt, dass bei dem Zugriff auf den Account ua. ein Betriebsratsmitglied anwesend ist. Durch die entsprechende Anwesenheit hat die Beklagte zu 1) ihre eigene Überwachung gewährleistet, gerade um durch die Kontrolle auch durch den Betriebsrat einen Zugriff auf private E-Mail zu verhindern.

58 3. Nach alledem hat die Beklagte zu 1) das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Klägerin nicht verletzt. Gleiches gilt für den Beklagten zu 2). Die Beklagte zu 3) hatte nicht einmal Zugriff auf den dienstlichen E-Mail-Account der Klägerin genommen. Der Anspruch der Klägerin ergibt sich dementsprechend auch nicht aus § 1004 BGB iVm Art. 1 Abs. 1 und 2 Abs. 1 GG.

59 C. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO. Danach hat die Klägerin die Kosten ihres erfolglosen Rechtsmittels zu tragen.

60 D. Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision gemäß § 72 Abs. 2 ArbGG liegen nicht vor. Die Kammer hat bei der Entscheidung die höchstrichterliche Rechtsprechung zugrunde gelegt, dabei waren allein Umstände des Einzelfalles maßgebend.

2.3 BAG: „Kündigung wegen Privatnutzung eines Dienst-Computers“



BAG, 31.05.2007 - 2 AZR 200/06: Kündigung wegen Privatnutzung eines Dienst-Computers

Tenor

1. Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Rheinland-Pfalz vom 8. September 2005 - 6 Sa 311/05 - teilweise aufgehoben, soweit das Landesarbeitsgericht die Klage abgewiesen hat.

2. Der Rechtsstreit wird in diesem Umfang zur neuen Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten der Revision - an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

Tatbestand

1 Die Parteien streiten noch über die Wirksamkeit einer fristgemäßen Kündigung, die die Beklagte auf eine unerlaubte Privatnutzung des Dienst-PC während der Arbeitszeit stützt.

2 Der verheiratete und zwei Kindern zum Unterhalt verpflichtete Kläger war seit dem 1. Januar 1999 bei der Beklagten bzw. deren Rechtsvorgängerin als Bauleiter tätig.

3 Am 4. Dezember 2004 überprüfte die Beklagte den dem Kläger zur Verfügung gestellten Dienst-PC. Auf diesen konnten auch andere Mitarbeiter, zumindest Frau K und Herr E, Zugriff nehmen. Eine betriebliche Regelung über die private Nutzung des Dienst-PC besteht nicht. Bei der Überprüfung sicherte die Beklagte eine Reihe von Bild- und Videodateien mit teilweise erotischem Inhalt und stellte außerdem fest, dass von diesem Dienst-PC im Internet Erotikseiten aufgesucht worden waren. Der Kläger hatte für einige Tage, an denen die genannten Dateien aufgerufen worden waren, Überstunden bei der Beklagten abgerechnet.

4 Die Beklagte kündigte mit Schreiben vom 6. Dezember 2004 das Arbeitsverhältnis des Klägers außerordentlich, hilfsweise ordentlich.

5 Mit seiner Klage hat sich der Kläger gegen diese Kündigung gewandt und seine Weiterbeschäftigung begehrt. Er hat geltend gemacht: Er habe den Dienst-PC während der Arbeitszeit nicht privat genutzt, um sich DVDs oder Videodateien mit erotischem Inhalt anzusehen. Er habe auch keine Internetseiten mit erotischem Inhalt aufgerufen. Er habe an einigen von der Beklagten genannten Tagen gar keinen Zugriff auf den Dienst-PC gehabt. Beispielsweise sei er am Samstag, den 21. Februar 2004 nicht im Betrieb, sondern auf einer Baustelle in G gewesen.

6 Der Kläger hat - soweit dies noch für das Revisionsverfahren von Bedeutung ist - beantragt,

1. festzustellen, dass das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis auch nicht durch die hilfsweise ordentliche Kündigung der Beklagten gemäß Schreiben vom 6. Dezember 2004 aufgelöst worden ist,

2. für den Fall des Obsiegens, die Beklagte zu verurteilen, ihn bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Rechtsstreits zu den bisherigen Arbeits- und Vertragsbedingungen weiterzubeschäftigen.

7 Die Beklagte hat zur Begründung ihres Klageabweisungsantrags ausgeführt: Die ordentliche Kündigung sei aus verhaltensbedingten Gründen sozial gerechtfertigt. Der Kläger habe im Jahr 2004 während der Arbeitszeit sich Erotikbilddateien, die er selbst durch CD oder DVD auf den Dienst-PC geladen bzw. sich aus dem Internet gezogen habe, angesehen. Diese Vertragspflichtverletzung wiege umso schwerer, als er an diesen Tagen jeweils Überstunden zu Unrecht geltend gemacht habe.

8 Das Arbeitsgericht hat festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien weder durch die fristlose Kündigung der Beklagten noch durch die vorsorglich erklärte ordentliche Kündigung aufgelöst worden ist und die Beklagte zur vorläufigen Weiterbeschäftigung des Klägers verurteilt. Auf die Berufung der Beklagten hat das Landesarbeitsgericht die erstinstanzliche Entscheidung teilweise abgeändert. Es hat festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht durch die außerordentliche Kündigung beendet worden ist. Im Übrigen hat es auf die Berufung der Beklagten das arbeitsgerichtliche Urteil abgeändert und die Klage abgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht für den Kläger zugelassenen Revision begehrt er die Wiederherstellung der erstinstanzlichen Entscheidung.

9 A. Das Landesarbeitsgericht hat zur Begründung der Klageabweisung im Wesentlichen ausgeführt: Zwar liege kein wichtiger Grund für eine außerordentliche Kündigung vor, da die Beklagte den Kläger vor dem Ausspruch der außerordentlichen Kündigung nicht abgemahnt habe. Es liege weder eine Benutzungsregelung, gegen die der Kläger verstoßen habe, vor noch habe die Beklagte ihm sonstige Vorgaben gemacht. Da das Handeln des Klägers nicht so verwerflich sei und auch keinen Betrugsversuch darstelle, hätte die Beklagte zur Bejahung eines wichtigen Grundes darlegen müssen, welche Arbeiten des Klägers liegen geblieben und deshalb während dessen Überstunden nachgearbeitet worden seien. Nur auf Grund einer solchen Darlegung könne beurteilt werden, ob ein unredliches, eine außerordentliche Kündigung rechtfertigendes Verhalten vorliege.

10 Das Verhalten des Klägers rechtfertige aber eine ordentliche Kündigung aus verhaltensbedingten Gründen. Das Berufungsgericht sei davon überzeugt, dass der Kläger sich die von der Beklagten bezeichneten Dateien angesehen habe. Seine Einlassungen seien insoweit unerheblich. Er habe seine Pflichtverletzung klar erkennen können. Deshalb sei es an ihm gewesen, darzulegen, zu welchen Zeiten er als Nutzer des PCs ausscheide. Sein Einwand, er sei beispielsweise am 21. Februar 2004 gar nicht im Betrieb anwesend gewesen, sei unerheblich. Die Beklagte brauche es nicht zu dulden, dass durch ein Einloggen in erotische Internetprogramme sie als Nutzer erfasst werde und Gefahr laufe, als „Pornobenutzer“ identifiziert und qualifiziert zu werden. Hinzu komme die Gefahr, andere Betriebsangehörige oder Besucher könnten durch die auf dem Bildschirm erscheinenden Bilder peinlich berührt werden. Deshalb liege auch keine sozial adäquate Situation vor, in der ein Arbeitnehmer in einem Zeitraum, in dem er nichts zu tun habe, sich mit anderen Dingen beschäftigen könne. Das Betrachten von pornografischen Dateien zähle nicht hierzu. Deshalb habe es auch keiner Abmahnung bedurft. Der Kläger habe wissen müssen, dass die Beklagte sein Handeln nicht dulden werde.

11 B. Dem folgt der Senat weder im Ergebnis noch in der Begründung. Zu Unrecht hat das Landesarbeitsgericht einen verhaltensbedingten Kündigungsgrund iSv. § 1 Abs. 2 KSchG angenommen.

12 I. Bei der Frage der Sozialwidrigkeit einer Kündigung gemäß § 1 Abs. 2 KSchG handelt es sich um die Anwendung eines unbestimmten Rechtsbegriffs, die vom Revisionsgericht nur daraufhin überprüft werden kann, ob das Landesarbeitsgericht in dem angefochtenen Urteil den Rechtsbegriff selbst verkannt hat, ob es bei der Unterordnung des Sachverhalts unter die Rechtsnorm des § 1 KSchG Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verletzt hat, ob es bei der gebotenen Interessenabwägung, bei der der Tatrichter einen Beurteilungsspielraum hat, alle wesentlichen Umstände berücksichtigt hat und ob das Urteil in sich widerspruchsfrei ist (st. Rspr. des Senats, beispielsweise 12. Januar 2006 - 2 AZR 21/05 - AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 53 = EzA KSchG § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 67; 10. Oktober 2002 - 2 AZR 472/01 - BAGE 103, 111).

13 II. Diesem eingeschränkten Überprüfungsmaßstab halten die Ausführungen des Landesarbeitsgerichts nicht stand.

14 1. Eine Kündigung aus Gründen im Verhalten des Arbeitnehmers iSv. § 1 Abs. 2 KSchG ist sozial gerechtfertigt, wenn der Arbeitnehmer mit dem ihm vorgeworfenen Verhalten eine Vertragspflicht - in der Regel schuldhaft - erheblich verletzt, das Arbeitsverhältnis konkret beeinträchtigt wird, eine zumutbare Möglichkeit einer anderen Beschäftigung nicht besteht und die Lösung des Arbeitsverhältnisses in Abwägung der Interessen beider Vertragsteile billigenswert und angemessen erscheint (Senat 12. Januar 2006 - 2 AZR 21/05 - AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 53 = EzA KSchG § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 67; 24. Juni 2004 - 2 AZR 63/03 - AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 49 = EzA KSchG § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 63) .

15 Für eine verhaltensbedingte Kündigung gilt dabei das Prognoseprinzip. Der Zweck der Kündigung ist nicht eine Sanktion für eine begangene Vertragspflichtverletzung, sondern die Vermeidung des Risikos weiterer erheblicher Pflichtverletzungen. Die vergangene Pflichtverletzung muss sich deshalb noch in der Zukunft belastend auswirken (Senat 12. Januar 2006 - 2 AZR 179/05 - AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 54 = EzA KSchG § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 68; 21. November 1996 - 2 AZR 357/95 - AP BGB § 626 Nr. 130 = EzA KSchG § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 56) . Eine negative Prognose liegt vor, wenn aus der konkreten Vertragspflichtverletzung und der daraus resultierenden Vertragsstörung geschlossen werden kann, der Arbeitnehmer werde zukünftig den Arbeitsvertrag auch nach einer Kündigungsandrohung erneut in gleicher oder ähnlicher Weise verletzen (ErfK/Ascheid/Oetker 7. Aufl. § 1 KSchG Rn. 297) . Deshalb setzt eine Kündigung wegen einer Vertragspflichtverletzung regelmäßig eine Abmahnung voraus. Diese dient der Objektivierung der negativen Prognose (Staudinger/Preis BGB 13. Aufl. § 626 Rn. 109) . Liegt eine ordnungsgemäße Abmahnung vor und verletzt der Arbeitnehmer erneut seine vertraglichen Pflichten, kann regelmäßig davon ausgegangen werden, es werde auch zukünftig zu weiteren Vertragsstörungen kommen (ErfK/Ascheid/Oetker § 1 KSchG Rn. 300; Staudinger/Preis BGB § 626 Rn. 106) . Die Abmahnung ist insoweit notwendiger Bestandteil bei der Anwendung des Prognoseprinzips.

16 2. In Anwendung dieser Grundsätze erweist sich die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts bereits deshalb als unrichtig, weil es - selbst wenn eine erhebliche Pflichtverletzung seitens des Klägers vorliegen sollte - die notwendige umfassende Interessenabwägung überhaupt nicht vorgenommen hat.

17 3. Auch ist die Begründung des Berufungsurteils in sich widersprüchlich. Warum die außerordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses wegen des Fehlens einer Abmahnung rechtsunwirksam ist, die (hilfsweise erklärte) ordentliche Kündigung hingegen keiner Abmahnung bedarf, hat das Landesarbeitsgericht nicht widerspruchsfrei begründet.

18 4. Die Entscheidung erweist sich zudem als unzutreffend, weil das Landesarbeitsgericht auch eine mögliche erhebliche Pflichtverletzung des Klägers nicht ausreichend konkretisiert und festgestellt hat. Damit hat es den Charakter des verhaltensbedingten Kündigungsgrunds iSv. § 1 Abs. 2 KSchG verkannt.

19 a) Nach der Rechtsprechung des Senats (vgl. insbesondere die Entscheidungen vom 7. Juli 2005 - 2 AZR 581/04 - BAGE 115, 195 und vom 12. Januar 2006 - 2 AZR 179/05 - AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 54 = EzA KSchG § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 68; 27. April 2006 - 2 AZR 386/05 - AP BGB § 626 Nr. 202 = EzA BGB 2002 § 626 Unkündbarkeit Nr. 11) kommt als kündigungsrelevante Verletzung der arbeitsvertraglichen Pflichten bei einer privaten Nutzung des Internets oder des Dienst-PCs ua. in Betracht:

- Das Herunterladen einer erheblichen Menge von Daten aus dem Internet auf betriebliche Datensysteme („unbefugter Download“), insbesondere wenn damit einerseits die Gefahr möglicher Vireninfiltrierungen oder anderer Störungen des - betrieblichen - Systems verbunden sein könne oder andererseits von solchen Daten, bei deren Rückverfolgung es zu möglichen Rufschädigungen des Arbeitgebers kommen kann, beispielsweise, weil strafbare oder pornografische Darstellungen heruntergeladen werden;

- die private Nutzung des vom Arbeitgeber zur Verfügung gestellten Internetanschlusses als solche, weil durch sie dem Arbeitgeber möglicherweise - zusätzliche - Kosten entstehen können und der Arbeitnehmer jedenfalls die Betriebsmittel - unberechtigterweise - in Anspruch genommen hat;

- die private Nutzung des vom Arbeitgeber zur Verfügung gestellten Internets oder anderer Arbeitsmittel w ä h r e n d der Arbeitszeit, weil der Arbeitnehmer während des Surfens im Internet oder einer intensiven Betrachtung von Videofilmen oder -spielen zu privaten Zwecken seine arbeitsvertraglich geschuldete Arbeitsleistung nicht erbringt und dadurch seiner Arbeitspflicht nicht nachkommt und sie verletzt.

20 b) Keine dieser möglichen Pflichtverletzungen hat das Landesarbeitsgericht in hinreichender Weise festgestellt.

21 aa) Es hat nicht festgestellt, in welcher Menge Daten aus dem Internet bzw. auf Grund anderer Medien in das betriebliche Betriebssystem eingebracht wurden und es dadurch ggf. zu welchen - erheblichen - Belastungen oder Störungen der betrieblichen Datensysteme gekommen ist bzw. welche konkrete Störungsgefahr bestanden hat.

22 bb) Es hat nicht festgestellt, ob durch die private Nutzung des Internets durch den Kläger für die Beklagte zusätzliche Kosten konkret entstanden sind.

23 cc) Schließlich hat das Landesarbeitsgericht auch nicht weiter festgestellt, ob und in welchem Umfang der Kläger während der Arbeitszeit unter Vernachlässigung seiner in

diesem Zeitraum zu erfüllenden Arbeitspflichten seine geschuldete Arbeitsleistung nicht erbracht hat.

24 dd) Soweit das Landesarbeitsgericht zur Begründung eines verhaltensbedingten Kündigungsgrunds darauf verweist, „andere Betriebsangehörige oder Besucher“ könnten von den aufgerufenen Bildern „peinlich berührt“ werden, fehlt es an konkreten Feststellungen für eine konkrete Gefährdung. Im Übrigen stellt dieser Aspekt allein - solange durch die Bilder keine Straftat begangen wird - nicht zwingend eine Verletzung der arbeitsvertraglichen Rücksichtnahmepflicht per se dar.

25 Dabei gilt es auch zu beachten, dass das Landesarbeitsgericht lediglich Feststellungen zu „erotischen“ Bildern getroffen hat, es aber in der Entscheidungsbegründung vom Betrachten „pornografischer“ Dateien spricht.

26 C. Auf Grund der unzureichenden tatsächlichen Feststellungen lässt sich nicht abschließend beurteilen, ob ein verhaltensbedingter Kündigungsgrund vorliegt. Deshalb war die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

27 I. Ob der Kläger durch seine - noch konkret zu ermittelnden - Handlungen seine vertraglichen Pflichten erheblich verletzt hat, wird das Landesarbeitsgericht im Einzelnen aufzuklären haben. Es wird der Beklagten Gelegenheit geben müssen, mögliche Vertragspflichtverletzungen näher als bisher vorzutragen.

28 1. Dabei wird es berücksichtigen müssen, dass es sich auch nach dem Vorbringen der Beklagten vorliegend nicht um eine sogenannte exzessive Privatnutzung des Internets handelt (anders als im Fall des Bundesarbeitsgerichts vom 7. Juli 2005 bzw. in der Entscheidung vom 27. April 2006). Nur im Fall einer solchen exzessiven Nutzung des Mediums, die eine schwere Vertragspflichtverletzung darstellen würde, kann - ohne dass der Arbeitgeber vorher irgendwelche Beschränkungen angeordnet hat - davon ausgegangen werden, dass allein die Verletzung der arbeitsvertraglichen Leistungspflichten ohne Abmahnung zu einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses führen kann. Bei einer „schweren Pflichtverletzung“ ist nämlich regelmäßig dem Arbeitnehmer die Rechtswidrigkeit seines Handels ohne Weiteres genauso erkennbar, wie der Umstand, dass eine Hinnahme des Verhaltens durch den Arbeitgeber offensichtlich ausgeschlossen ist (vgl. BAG 10. Februar 1999 - 2 ABR 31/98 - BAGE 91, 30; 12. Januar 2006 - 2 AZR 179/05 - AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 54 = EzA KSchG § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 68) . Nur deshalb kann von dem Erfordernis einer Abmahnung abgesehen werden. Vorliegend fehlen hierzu jedoch jegliche Feststellungen. Dies gilt umso mehr, als für zahlreiche Tage von der Beklagten in den Instanzen überhaupt nur eine „minutenweise“ unerlaubte Nutzung behauptet wurde.

29 2. Das Landesarbeitsgericht wird weiter berücksichtigen müssen, dass ggf. allein aus dem Umstand, dass der Kläger an einigen Tagen, an denen er seinen Dienst-PC zum Betrachten von erotischen DVDs oder CDs bzw. von Internetseiten benutzt haben soll, auch „Überstunden“ abgerechnet hat, noch keine erhebliche Pflichtverletzung folgt. Insoweit fehlt es an Feststellungen, in welchem konkreten Umfang der Kläger während der normalen Arbeitszeit seine Arbeit vernachlässigt und sie deshalb während der Überstunden verrichtet haben soll. Auch fehlt es an Feststellungen, dass an den genannten Tagen eine exzessive Nutzung stattgefunden hat.

30 3. Das Berufungsgericht wird weiter beachten müssen, dass bisher keine hinreichenden Feststellungen vorliegen, an welchen Tagen der Kläger den Dienst-PC privat genutzt hat. Dies gilt umso mehr, als der Kläger eine Nutzung an den von der Beklagten in den Instanzen genannten Tagen bestritten hat. Da der Kläger aber nicht alleine auf den Dienst-PC Zugriff hatte, ist - entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts - sein Bestreiten auch nicht unbeachtlich. Dies gilt umso mehr, als er auch für einige konkrete Tage - insbesondere den 21. Februar 2004 - substantiiert dargelegt hat, dass wegen seiner Abwesenheit eine Privatnutzung nicht erfolgt sein könne. Ein solcher Einwand ist entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts nicht unbeachtlich. Dem Kläger obliegt insoweit nicht die Darlegungs- und Beweislast. Es wäre vielmehr an der Beklagten, einen möglichen erheblichen Rechtfertigungseinwand substantiiert auszuräumen bzw. die zur Kündigung berechtigende Pflichtverletzung im Einzelnen konkretisiert darzulegen (s. BAG 24. November 1983 - 2 AZR 327/82 - AP BGB § 626 Nr. 76 = EzA BGB § 626 nF Nr. 88; 6. August 1987 - 2 AZR 226/87 - AP BGB § 626 Nr. 97 = EzA BGB § 626 nF Nr. 109) .

31 II. Bei seiner abschließenden Wertung wird das Landesarbeitsgericht auch zu berücksichtigen haben, dass es die Unwirksamkeit der außerordentlichen Kündigung damit begründet hat, vor ihrem Ausspruch hätte die Beklagte den Kläger zwingend abmahnen müssen. Warum dies im Gegensatz dazu bei einer ordentlichen, verhaltensbedingten Kündigung nicht der Fall sein soll, wird es im Rahmen der Beurteilung einer möglichen Pflichtverletzung und ihres Gewichts ggf. näher erläutern müssen.

32 III. Schließlich wird das Landesarbeitsgericht - sofern überhaupt eine erhebliche Pflichtverletzung des Klägers gegeben ist - abschließend eine umfassende Interessenabwägung vornehmen müssen.

33 IV. Das Landesarbeitsgericht wird auch über die Kosten - einschließlich der der Revision - erneut zu entscheiden haben.

3 Social Media

3.1 BAG: „Mitbestimmung bei Facebook“



BAG, 13.12.2016 - 1 ABR 7/15: Mitbestimmung bei Einrichtung und Betrieb einer Facebookseite

Tenor:

Auf die Rechtsbeschwerde des Konzernbetriebsrats wird unter deren Zurückweisung im Übrigen der Beschluss des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 12. Januar 2015 - 9 TaBV 51/14 - insoweit aufgehoben, als es die Anträge zu 2. und 3. abgewiesen hat.

Auf die Beschwerde der Arbeitgeberin wird unter deren Zurückweisung im Übrigen der Beschluss des Arbeitsgerichts Düsseldorf vom 27. Juni 2014 - 14 BV 104/13 - abgeändert:

Die Arbeitgeberin wird verpflichtet, es zu unterlassen, den Besuchern (Facebook-Nutzern) der Seite www.facebook.com/d die Nutzung der Funktion „Besucher-Beiträge“ zu ermöglichen, solange nicht die Zustimmung des Konzernbetriebsrats oder ein die Zustimmung ersetzender Beschluss der Einigungsstelle vorliegt.

Gründe

A. Die Beteiligten streiten über ein Mitbestimmungsrecht des Konzernbetriebsrats beim Betreiben einer Facebookseite durch den Konzern.

Die Arbeitgeberin ist das herrschende Unternehmen eines Konzerns, der Blutspendedienste betreibt. In dem Konzern sind etwa 1.300 Arbeitnehmer beschäftigt. Täglich werden durchschnittlich 40 Blutspendetermine durchgeführt. Dafür werden ein Arzt oder mehrere Ärzte sowie drei bis sieben weitere Mitarbeiter eingesetzt.

Im Unternehmen der Arbeitgeberin besteht ein Gesamtbetriebsrat. Dieser sowie die in drei abhängigen Unternehmen bestehenden Betriebsräte haben den antragstellenden Konzernbetriebsrat errichtet. Die Arbeitgeberin und der Konzernbetriebsrat schlossen am 4. März 2009 eine „EDV-Konzern-Rahmenbetriebsvereinbarung“ (EDV-KRBV).

Seit dem 15. April 2013 unterhält die Arbeitgeberin bei Facebook die Seite „www.facebook.com/d“ zur einheitlichen Präsentation des Konzerns. Deren Gestaltung erfolgt mittels einer internetbasierten Software, die von Facebook zur Verfügung gestellt wird. Sie ermöglicht es registrierten Nutzern, „Besucher-Beiträge“ einzustellen (posten), die von allen Besuchern der Seite eingesehen werden können.

Betreut wird die Facebookseite von einer unternehmensübergreifenden Gruppe von etwa zehn Arbeitnehmern. Diese stellen ua. Beiträge ein und sind damit betraut, einzelne Postings gegebenenfalls zu kommentieren oder auch zu löschen. Über die auf der Facebookseite abgebildete Chronik ist ersichtlich, an welchem Tag und zu welcher Uhrzeit dort ein Beitrag oder Kommentar eingestellt oder aktualisiert wurde. Für diese Tätigkeit wurden den dazu berechtigten Arbeitnehmern zunächst individuelle Administratorenkennungen zur Verfügung gestellt. Im Verlauf des vorliegenden Beschlussverfahrens ordnete die Arbeitgeberin die Verwendung einer zentralen Administratorenkennung an.

Am 15. April 2013 stellte ein Nutzer ein Posting auf der Facebookseite ein, in dem er sich über das Setzen der Injektionsnadel für eine Blutspende beschwerte. In einem weiteren Posting wurde einem Arzt vorgeworfen, er habe vor der Blutabnahme keine regelgerechte Untersuchung vorgenommen, woraufhin eine Blutspenderin beinahe kollabiert sei.

Der Konzernbetriebsrat hat geltend gemacht, das Anmelden und Betreiben der Facebookseite erfolge unter Verstoß gegen sein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG. Die Arbeitgeberin könne über eine von Facebook bereitgestellte und demnächst auch auf Deutsch verfügbare Funktion „graph search“ Daten über das Verhalten von Arbeitnehmern zusammenführen. Es existierten zudem weitere Auswertungsmöglichkeiten für Inhaber von Facebook-Konten. Jedenfalls würden die Leistungen der Arbeitnehmer, denen die Pflege der Facebookseite übertragen sei, elektronisch erfasst und gespeichert. Schließlich könnten sich Nutzer durch ihre Besucher-Beiträge gegenüber einem unbegrenzten Personenkreis über Verhalten und Leistung von Beschäftigten äußern. Die Postings würden ohne vorherige Kontrolle durch die Arbeitgeberin allgemein einsehbar eingestellt.

Der Konzernbetriebsrat hat zuletzt beantragt,

1. die Arbeitgeberin zu verpflichten, bei der Internetplattform facebook die Seite www.facebook.com/d abzumelden,

2. hilfsweise, die Arbeitgeberin zu verpflichten, es zu unterlassen, den Nutzern der Internetplattform facebook die Seite www.facebook.com/d zur Übermittlung (Posting) von Informationen zur Verfügung zu stellen, solange nicht die Zustimmung des Konzernbetriebsrats oder ein die Zustimmung ersetzender Beschluss der Einigungsstelle vorliegt,

3. weiter hilfsweise, festzustellen, dass der Arbeitgeber bei der Anmeldung der Internetplattform facebook bei der Eröffnung der Seite www.facebook.com/d ein Mitbestimmungsrecht des Konzernbetriebsrats nach § 87 Abs. 1 Ziffer 6 BetrVG verletzt hat.

Die Arbeitgeberin hat die Abweisung der Anträge beantragt. Daten über Leistungen und Verhalten der Arbeitnehmer würden durch das Betreiben der Facebook-Seite weder erhoben noch verarbeitet. Die Funktion „graph search“ sei für in deutscher Sprache verfasste Facebookseiten nicht verwendbar und verfüge zudem nicht über den behaupteten Rechercheumfang. Aufgrund der Verwendung einer allgemeinen Administratorenkennung sei es auch nicht nachvollziehbar, wer von den die Facebookseite betreuenden Arbeitnehmern welche Informationen zu welchem Zeitpunkt eingestellt habe. Zudem sei der betreffende Arbeitnehmer nicht stets mit demjenigen identisch, der den Beitrag erarbeitet habe. Allerdings bestehe die Möglichkeit, dass sie durch einen Besucher-Beitrag über eine als mangelhaft empfundene Arbeitsleistung informiert werde. Diese Daten erhebe sie aber nicht. Sie würden unaufgefordert von Dritten eingegeben und von ihr weder gesondert technisch aufgezeichnet noch ausgewertet. Schließlich habe der Konzernbetriebsrat ein etwaiges Mitbestimmungsrecht durch Abschluss der EDV-KRBV bereits ausgeübt.

Das Arbeitsgericht hat dem Antrag zu 1. stattgegeben. Auf die Beschwerde der Arbeitgeberin hat das Landesarbeitsgericht die Anträge insgesamt abgewiesen. Mit seiner

Rechtsbeschwerde begehrt der Konzernbetriebsrat die Wiederherstellung der erstinstanzlichen Entscheidung.

B. Die Rechtsbeschwerde des Konzernbetriebsrats hat teilweise Erfolg. Der Antrag zu 1. ist unbegründet, der Antrag zu 2. ist begründet. Der hierzu hilfsweise gestellte Antrag zu 3. fällt daher nicht zur Entscheidung an.

I. Entgegen der Auffassung der Vorinstanzen waren die örtlichen Betriebsräte und der für ein weiteres Unternehmen gebildete Gesamtbetriebsrat nicht nach § 83 Abs. 3 ArbGG zu beteiligen.

1. Nach § 83 Abs. 3 ArbGG haben in einem Beschlussverfahren neben dem Antragsteller diejenigen Stellen ein Recht auf Anhörung, die nach dem Betriebsverfassungsgesetz im einzelnen Fall beteiligt sind. Das ist jede Stelle, die durch die begehrte Entscheidung in ihrer betriebsverfassungsrechtlichen Stellung unmittelbar betroffen ist (BAG 18. November 2014 - 1 ABR 21/13 - Rn. 12 mwN, BAGE 150, 74). Eine unmittelbare Betroffenheit der anderen in einem Konzern bestehenden Arbeitnehmervertretungen scheidet aber aus, wenn es um die Mitbestimmung an einer Entscheidung des Arbeitgebers geht, die denkbare oberhalb der Ebene der einzelnen Betriebe und Unternehmen getroffen wird (ausführlich BAG 28. März 2006 - 1 ABR 59/04 - Rn. 10 ff., BAGE 117, 337).

2. Die vom Konzernbetriebsrat begehrte Entscheidung berührt nach diesen Grundsätzen ersichtlich nicht die betriebsverfassungsrechtliche Stellung der örtlichen Betriebsräte oder des Gesamtbetriebsrats. Die Arbeitgeberin hat - als unternehmerische Vermarktungsentscheidung mitbestimmungsfrei - vorgegeben, eine Facebookseite als konzernweite Maßnahme der Öffentlichkeitsarbeit und des Marketings mit einer einheitlichen Ausgestaltung einzurichten und zu betreiben. Damit handelt es sich gemäß § 58 Abs. 1 BetrVG um eine Maßnahme, die den Konzern betrifft und offensichtlich nicht durch den Gesamtbetriebsrat im Unternehmen der Arbeitgeberin oder durch die Betriebsräte in den jeweiligen Betrieben des Konzerns geregelt werden kann.

II. Der Antrag zu 1. ist zulässig, aber unbegründet.

1. Der Antrag zu 1. ist, wie dessen gebotene Auslegung ergibt, zulässig.

a) Das Landesarbeitsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, mit dem Antrag zu 1. werde eine Unterlassungsverpflichtung der Arbeitgeberin begehrt. Ein Unterlassen iSd. § 890 ZPO liegt auch vor, wenn ein aktives Verhalten erforderlich ist, damit der Schuldner seiner Pflicht, etwas zu unterlassen, gerecht werden kann. Der Konzernbetriebsrat will erreichen, dass die Arbeitgeberin es unterlässt, die Facebookseite weiter zu betreiben, da seiner Ansicht nach die mit der Nutzung dieses Kontos untrennbar einhergehenden Auswertungsmöglichkeiten - jedenfalls aber die Funktion „graph search“ - eine umfassende Überwachung des Verhaltens und der Leistung von Beschäftigten oder zumindest der diese Seite betreuenden Arbeitnehmer erlauben. Nach dem Vorbringen des Konzernbetriebsrats liegen seinem mit dem Antrag zu 1. verfolgten Begehren jene Auswertungsmöglichkeiten zugrunde, die zwingend mit der Einrichtung und dem Betrieb einer Facebookseite einhergehen und nicht durch Einstellungen des Kontoinhabers bei Facebook unterbunden werden können.

b) Diesem Unterlassungsanspruch soll die Arbeitgeberin nachkommen, indem sie „die Anmeldung bei Facebook rückgängig“ macht. Sie soll nicht nur nach den von Facebook

zur Verfügung gestellten technischen Möglichkeiten („Verwaltung deines Kontos“) ihr dort unterhaltenes Konto „deaktivieren“, sondern dauerhaft „löschen“. Dieses Antragsverständnis hat der Konzernbetriebsrat in der Anhörung vor dem Senat bestätigt.

c) Mit diesem Inhalt ist der Antrag hinreichend bestimmt iSd. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. Die Arbeitgeberin kann erkennen, welches Verhalten von ihr verlangt wird.

2. Der Antrag zu 1. ist unbegründet. Der Konzernbetriebsrat kann sich für sein Unterlassungsbegehren nicht auf ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG stützen. Die der Arbeitgeberin zwingend vorgegebenen Funktionen ihrer Facebookseite ermöglichen aufgrund der derzeit zur Verfügung stehenden Auswertungsmöglichkeiten keine Überwachung des Verhaltens und der Leistung von Beschäftigten (unter b). Der Betrieb der Facebookseite führt auch nicht dazu, dass diejenigen Arbeitnehmer, die den Facebookauftritt betreuen, durch eine technische Einrichtung iSd. § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG überwacht werden (unter c).

a) Nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG hat der Betriebsrat ua. mitzubestimmen bei der Anwendung von technischen Einrichtungen, die dazu bestimmt sind, das Verhalten oder die Leistung der Arbeitnehmer zu überwachen. Das Mitbestimmungsrecht ist darauf gerichtet, Arbeitnehmer vor Beeinträchtigungen ihres Persönlichkeitsrechts durch den Einsatz technischer Überwachungseinrichtungen zu bewahren, die nicht durch schutzwürdige Belange des Arbeitgebers gerechtfertigt und unverhältnismäßig sind (BAG 29. Juni 2004 - 1 ABR 21/03 - zu B I 2 d der Gründe mwN, BAGE 111, 173). Die auf technischem Wege erfolgende Ermittlung und Aufzeichnung von Informationen über Arbeitnehmer bei der Erbringung ihrer Arbeitsleistung bergen die Gefahr in sich, dass sie zum Objekt einer Überwachungstechnik gemacht werden, die anonym personen- oder leistungsbezogene Informationen erhebt, speichert, verknüpft und sichtbar macht. Den davon ausgehenden Gefährdungen des Persönlichkeitsrechts von Arbeitnehmern soll das Mitbestimmungsrecht entgegenwirken (BAG 10. Dezember 2013 - 1 ABR 43/12 - Rn. 27).

b) „Überwachung“ im Sinne des Mitbestimmungsrechts ist ein Vorgang, durch den Informationen über das Verhalten oder die Leistung von Arbeitnehmern erhoben und - jedenfalls in der Regel - aufgezeichnet werden, um sie auch späterer Wahrnehmung zugänglich zu machen. Die Informationen müssen auf technische Weise ermittelt und dokumentiert werden, so dass sie zumindest für eine gewisse Dauer verfügbar bleiben und vom Arbeitgeber herangezogen werden können. Die Überwachung muss durch die technische Einrichtung selbst bewirkt werden. Dazu muss diese aufgrund ihrer technischen Natur unmittelbar die Überwachung vornehmen. Das setzt voraus, dass die technische Einrichtung selbst und automatisch die Daten über bestimmte Vorgänge erhebt, speichert und/oder verarbeitet. Ausreichend ist, wenn lediglich ein Teil des Überwachungsvorgangs mittels einer technischen Einrichtung erfolgt. Zur Überwachung „bestimmt“ sind technische Einrichtungen, wenn sie objektiv geeignet sind, Verhaltens- oder Leistungsdaten über den Arbeitnehmer zu erheben und aufzuzeichnen; auf die subjektive Überwachungsabsicht des Arbeitgebers kommt es nicht an (BAG 10. Dezember 2013 - 1 ABR 43/12 - Rn. 20 mwN; 27. Januar 2004 - 1 ABR 7/03 - Rn. 27, BAGE 109, 235). Auch reicht es aus, wenn die leistungs- oder verhaltensbezogenen Daten nicht auf technischem Weg durch die Einrichtung selbst gewonnen werden, sondern manuell eingegeben und von der technischen Einrichtung weiter verwertet werden (BAG 23. April 1985 - 1 ABR 39/81 - zu B II 2 der Gründe mwN).

c) Danach ist eine Facebookseite mit ihren vorgegebenen Funktionen keine technische Einrichtung, die aufgrund ihrer derzeitigen Auswertungsmöglichkeiten dazu bestimmt ist, das Verhalten und die Leistung von Arbeitnehmern zu überwachen.

aa) Es ist nicht erkennbar, dass die von Facebook bereitgestellten Funktionen - „Auswertung von Ergebnissen“ - geeignet sein sollen, das Verhalten und die Leistung einzelner im Konzern beschäftigter Arbeitnehmer im Rahmen ihres Arbeitsverhältnisses zu überwachen. Die Funktion „Seitenstatistiken“ mit den Bereichen „Beiträge“, „Besuche“, „'Gefällt mir'-Angaben“, „Reichweite“ gestattet keine individualisierbaren Auswertungen. Gleiches gilt für die Auswertungsfunktionen „Werbeanzeigenberichte“ und „Offline-Conversions“ (vgl. schon Karg/Thomsen DuD 2012, 729, 731; Unabhängiges Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein Datenschutzrechtliche Bewertung der Reichweitenanalyse durch Facebook 2011 S. 12 ff.).

bb) Soweit der Konzernbetriebsrat ohne nähere Konkretisierung geltend macht, durch „überlegte Suchparameter“ könne man „zu aussagekräftigen Ergebnissen kommen“, fehlt es bereits an einem nachvollziehbaren und nachprüfbar Vorbringen, wie dies seitens der Arbeitgeberin möglich sein soll. Die vom Konzernbetriebsrat noch in den Tatsacheninstanzen angeführte Suchfunktion „graph search“ stand und steht jedenfalls für die deutschsprachige Facebookseite der Arbeitgeberin nicht zur Verfügung. Das wird vom Konzernbetriebsrat auch nicht mehr behauptet.

d) Ein Mitbestimmungsrecht des Konzernbetriebsrats folgt auch nicht aus dem Umstand, dass die arbeitgeberseitigen „Beiträge“ und „Kommentare“ der mit der Pflege der Facebookseite beschäftigten Arbeitnehmer auf dieser mit dem Datum und der Uhrzeit ihrer Einstellung versehen sind.

aa) Durch das Aufzeichnen von Datum und Uhrzeit der Einstellung von „Beiträgen“ und „Kommentaren“ auf der Facebookseite werden zwar entsprechende Leistungsdaten von Arbeitnehmern technisch erfasst und dokumentiert. Die Überwachung durch eine technische Einrichtung iSd. § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG erfordert jedoch, dass die erhobenen Daten einzelnen Arbeitnehmern zugeordnet werden können, sie also individualisierbar sind. Wird lediglich die Gesamtleistung einer Gruppe aufgezeichnet, kommt ein Mitbestimmungsrecht nur in Betracht, wenn der auf die Gruppe ausgeübte Überwachungsdruck auf die einzelnen Gruppenmitglieder durchschlägt (ausf. BAG 26. Juli 1994 - 1 ABR 6/94 - zu B II 2 c aa der Gründe, BAGE 77, 262).

bb) Diese Voraussetzung ist vorliegend nicht gegeben.

(1) Nach den nicht mit zulässigen Verfahrensrügen angegriffenen und den Senat bindenden Feststellungen des Landesarbeitsgerichts ist aufgrund der verwendeten allgemeinen Administratorenkennung eine Identifizierung des jeweiligen Arbeitnehmers, der einen Beitrag oder einen Kommentar verfasst oder auf die Facebookseite der Arbeitgeberin einstellt, auch unter Zuhilfenahme weiterer Erkenntnisquellen, ausgeschlossen. Folgerichtig hat das Landesarbeitsgericht das Fehlen eines Überwachungsdrucks angenommen. Hiergegen wendet sich die Rechtsbeschwerde nicht. Soweit sie nunmehr geltend macht, die Arbeitnehmer würden weisungswidrig bei der Administration der Seite nicht stets die allgemeine Zugangskennung verwenden, handelt es sich um neuen und damit nicht berücksichtigungsfähigen Sachvortrag in der Rechtsbeschwerdeinstanz.

(2) Ein anderes Ergebnis ist auch nicht durch Satz 2 Nr. 5 der Anlage zu § 9 Satz 1 BDSG vorgegeben (so offenbar Brink jurisPR-ArbR 14/2015 Anm. 3). Zwar muss der Arbeitgeber danach gewährleisten, dass nachträglich überprüft werden kann, ob und von wem personenbezogene Daten in Datenverarbeitungssysteme eingegeben, verändert oder entfernt worden sind (Eingabekontrolle). Dies könnte sich auch auf eingestellte Beiträge oder Kommentare beziehen, wenn sie personenbezogene Daten iSd. § 3 Abs. 1 BDSG enthalten. Ob und auf welchem Weg die Arbeitgeberin unter Wahrung der Voraussetzungen der EDV-KRBV ihrer gesetzlichen Verpflichtung nach Satz 2 Nr. 5 der Anlage zu § 9 Satz 1 BDSG nachkommt, betrifft aber nicht das geltend gemachte Mitbestimmungsrecht.

III. Der hilfsweise gestellte, zulässige Antrag zu 2. ist begründet.

1. Der Antrag zu 2. genügt dem Bestimmtheitsgebot des § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO.

a) Dem Wortlaut nach soll es die Arbeitgeberin unterlassen, „den Nutzern ... die Seite ... zur Übermittlung (Posting) von Informationen zur Verfügung zu stellen“. Der Konzernbetriebsrat will mit diesem zukunftsgerichteten Unterlassungsbegehren erreichen, dass die Arbeitgeberin es Nutzern nicht gestattet, „Postings“ auf der Facebookseite einzustellen. Dem - wie der Konzernbetriebsrat in der Anhörung vor dem Senat klargestellt hat - ausschließlich auf die Funktion „Besucher-Beiträge“ bezogenen Unterlassungsbegehren soll die Arbeitgeberin nachkommen, indem sie in den „Einstellungen“ der Facebookseite die Option „Beiträge von anderen Personen auf der Seite deaktivieren“ wählt. Die ebenfalls eröffnete technische Möglichkeit „Kontrolliere Beiträge von anderen Personen, bevor diese auf der Seite veröffentlicht werden“, damit diese zunächst „automatisch verborgen“ und von der Arbeitgeberin individuell freigegeben werden können, entspricht dem Begehren des Konzernbetriebsrats hingegen nicht. Zwischen den Betriebsparteien ist gerade im Streit, ob und nach welchen Kriterien „Besucher-Beiträge“ von Nutzern „freigegeben“ werden sollen, wenn sie das Arbeitsverhalten von Arbeitnehmern betreffen. Nicht deaktivieren kann die Arbeitgeberin die Funktion „Kommentare“. Darin eingestellte Beiträge werden vom Antrag allerdings auch nicht erfasst.

b) Danach verfolgt der Konzernbetriebsrat mit dem Hilfsantrag eine Unterlassungspflicht der Arbeitgeberin, der sie bereits durch eine Änderung ihrer bei Facebook bestehenden „Einstellungen“ nachkommen kann, ohne den Betrieb der Facebookseite insgesamt einzustellen. Dieser ist - anders als der Hauptantrag - nicht darauf gerichtet, die Facebookseite insgesamt „abzumelden“, also das Konto zu löschen.

2. Nach der ständigen Rechtsprechung des Senats steht dem Betriebsrat bei der Verletzung seines Mitbestimmungsrechts aus § 87 BetrVG ein Anspruch auf Unterlassen der mitbestimmungswidrigen Maßnahme zu. Dieser Anspruch setzt keine grobe Pflichtverletzung des Arbeitgebers iSd. § 23 Abs. 3 BetrVG voraus (BAG 25. September 2012 - 1 ABR 49/11 - Rn. 19).

3. Bei der von der Arbeitgeberin betriebenen Facebookseite mit der eröffneten Möglichkeit, Besucher-Beiträge einzustellen, handelt es sich um eine technische Einrichtung iSd. § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG, die zur Überwachung der Leistung und des Verhaltens der bei ihr beschäftigten Arbeitnehmer bestimmt ist. Dieses Mitbestimmungsrecht hat die Arbeitgeberin verletzt.

a) Die Facebookseite der Arbeitgeberin ist eine technische Einrichtung iSd. § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG. Die Arbeitgeberin nutzt mit den bei ihr vorhandenen EDV-Einrichtungen eine von Facebook bereitgestellte webbasierte Software. Durch die Eröffnung und den Betrieb eines Kontos für die Seite „www.facebook.com/d“ hat sie die technische Einrichtung eingeführt und wendet sie an.

b) Die von der Arbeitgeberin eingerichtete Funktion „Besucher-Beiträge“ ermöglicht eine Überwachung des Verhaltens und der Leistung der in ihrem Konzern beschäftigten Arbeitnehmer iSd. § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG.

aa) Die Funktion „Besucher-Beiträge“ erlaubt derzeit den Nutzern von Facebook, Postings zum Verhalten und zur Leistung der bei den konzernzugehörigen Unternehmen beschäftigten Arbeitnehmern auf der Seite der Arbeitgeberin einzustellen. Je nach dem Inhalt dieser Besucher-Beiträge können diese namentlich oder situationsbedingt einem bestimmten Arbeitnehmer zugeordnet werden. Auch die Arbeitgeberin geht davon aus, dass sie auf diesem Weg Kenntnis über Leistung oder Verhalten von Arbeitnehmern, vor allem den bei Blutspendediensten eingesetzten, erlangen kann. Solche Besucher-Beiträge können in das allgemeine Persönlichkeitsrecht der bei der Arbeitgeberin beschäftigten Arbeitnehmer eingreifen. Dieses Recht umfasst die Befugnis des Einzelnen, grundsätzlich selbst zu entscheiden, wann und innerhalb welcher Grenzen persönliche Lebenssachverhalte offenbart werden, und daher grundsätzlich selbst über die Preisgabe und Verwendung persönlicher Daten gegenüber Dritten und der Öffentlichkeit zu bestimmen (BVerfG 23. Februar 2007 - 1 BvR 2368/06 - Rn. 37 mwN). Durch arbeitnehmerbezogene Besucherbeiträge und deren Veröffentlichung auf der Facebookseite der Arbeitgeberin werden deren Arbeitnehmer einem ständigen Überwachungsdruck ausgesetzt. Sie müssen jederzeit damit rechnen, dass Beiträge zu ihrer Leistung oder ihrem Verhalten gepostet werden und damit nicht nur dem Arbeitgeber, sondern einer unbestimmten Anzahl von Personen, die diese Seite aufrufen, offenbart werden (vgl. Greif NZA 2015, 1106, 1107).

bb) Die Facebookseite ist damit auch iSd. § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG zur Überwachung bestimmt. Es ist unerheblich, dass die Seite nicht auf die Überwachung der Leistung und des Verhaltens der bei der Arbeitgeberin beschäftigten Arbeitnehmer ausgerichtet ist oder die Nutzer nicht von ihr aufgefordert werden, „Besucher-Beiträge“ zu dem Verhalten oder der Leistung von Beschäftigten einzustellen. Das gilt unabhängig davon, ob die Arbeitgeberin die erfassten und festgehaltenen Verhaltens- oder Leistungsdaten tatsächlich verarbeiten oder für Reaktionen auf festgestellte Verhaltens- oder Leistungsweisen verwenden will. Überwachung iSd. § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG ist nicht erst das Auswerten oder die weitere Verarbeitung schon vorliegender Informationen, sondern bereits das Sammeln derselben (BAG 14. November 2006 - 1 ABR 4/06 - Rn. 27 mwN, BAGE 120, 146). Nicht erforderlich ist auch, dass der gespeicherte „Besucher-Beitrag“ schon eine vernünftige und abschließende Beurteilung des Verhaltens oder der Leistung des Arbeitnehmers erlaubt. Es genügt, dass ein Posting in Verbindung mit weiteren gewonnenen Erkenntnissen eine Beurteilung ermöglicht.

cc) Schließlich erfolgt diese Überwachung mit Hilfe einer technischen Einrichtung. Entgegen der Auffassung der Arbeitgeberin ist es nicht erforderlich, dass die Daten über das Verhalten oder die Leistung des einzelnen Arbeitnehmers durch die technische Einrichtung zunächst selbst und „automatisch“ erhoben werden (BAG 23. April 1985 - 1 ABR 39/81 - zu B II 2 der Gründe mwN; 14. September 1984 - 1 ABR 23/82 - zu B III

der Gründe, BAGE 46, 367). Daher genügt es, wenn die Informationen durch die Nutzer der Facebookseite aufgrund der dort vorhandenen Funktion „Besucher-Beiträge“ eingegeben und mittels der von Facebook eingesetzten Software einer dauerhaften Speicherung und zeitlich unbegrenzter Zugriffsmöglichkeit zugeführt werden. Zudem sind diese Daten über die Facebookseite dauerhaft öffentlich zugänglich. Sie sind deshalb nicht - wie das Landesarbeitsgericht meint - mit einem an den Arbeitgeber gerichteten Beschwerdebrief vergleichbar.

4. Entgegen der Auffassung der Arbeitgeberin hat der Konzernbetriebsrat das Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG nicht bereits durch den Abschluss der EDV-KRBV ausgeübt. Die Annahme der Arbeitgeberin, über § 1 Abs. 2 iVm. der Anlage 1 EDV-KRBV sei aufgrund der dort in den Buchstaben E und F erwähnten Komponenten „Mail-Systeme“, „PC-Netze, Intranet, Internet, Extranet“ auch die von ihr von Facebook zur Verfügung gestellte webbasierte Software zur Einrichtung und dem Betrieb der Facebookseite erfasst, ist unzutreffend. Die nach § 8 EDV-KRBV geregelte Internetnutzung betrifft den Zugang zum World Wide Web einschließlich der hierzu unmittelbar erforderlichen Software (Webbrowser oder allgemein Browser) zur Darstellung von Webseiten, nicht jedoch eigenständige, webbasierte Softwareprogramme, die durch die Eröffnung eines Kontos bei Facebook durch die Arbeitgeberin zum Einsatz kommen. Solche „EDV-Anwendungssysteme oder Systeme der Informations- und Kommunikationstechnik“ („Anwendungssysteme“) werden nach § 1 Abs. 1, Spiegelstrich 2 iVm. § 1 Abs. 2 EDV-KRBV nur dann vom Geltungsbereich der Konzernbetriebsvereinbarung erfasst, wenn sie in der Anlage 1 zur EDV-KRBV aufgeführt sind. Nach § 1 Abs. 2 Satz 7 EDV-KRBV sind „neu eingesetzte“ Systeme in die Anlage 1 aufzunehmen. Das ist nicht geschehen.

3.2 LAG Rheinland-Pfalz: „Fristlose Kündigung, Volksverhetzung“



LAG Rheinland-Pfalz, 19.12.2016 - 3 Sa 387/16: Fristlose Kündigung, Volksverhetzung

Tenor

1. Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Kaiserslautern vom 19.07.2016, Az.: 8 Ca 316/16 wird kostenpflichtig zurückgewiesen.
2. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand

Die Parteien des vorliegenden Rechtsstreits streiten darüber, ob das zwischen ihnen bestehende Arbeitsverhältnis aufgrund einer außerordentlichen, hilfsweise außerordentlichen Kündigung unter Einhaltung einer sozialen Auslauffrist sein Ende gefunden hat oder aber nicht.

Der 1962 geborene Kläger ist seit 1991 bei der Beklagten beschäftigt. Zunächst war er als Lokführer tätig und dann wegen einer Parkinsonerkrankung und einem Grad der Behinderung von 50 seit 2011 im Lager. Das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis kann nur noch aufgrund wichtigen Grundes beendet werden.

Bei der Beklagten existiert eine Konzernbetriebsvereinbarung "für Gleichbehandlung und kollegiales Miteinander-gegen Fremdenfeindlichkeit und antidemokratische Tendenzen". Diese hat u. a. folgenden Wortlaut:

"Präambel

Der Anstieg rechtsextremer und fremdenfeindlicher Gewalttaten in der Bundesrepublik Deutschland fordert von allen gesellschaftlichen Gruppen aktives Handeln. Diese Taten schaden in erster Linie den Opfern von Gewalttaten, aber auch dem Ansehen der Bundesrepublik Deutschland und der deutschen Unternehmen, auch der Deutschen Bahn AG, im Ausland und gefährden das kollegiale Klima in den Betrieben...Zum anderen soll antidemokratischen und neonazistischen Tendenzen im DB-Konzern vorgebeugt und entgegen gewirkt werde...

§ 3 Grundsätze

(2) Die Grundsätze für Gleichbehandlung und kollegiales Miteinander im DB-Konzern umfassen insbesondere

- das Auftreten gegen Rassismus, Fremdenfeindlichkeit und antidemokratische sowie neonazistische Tendenzen im Betrieb, in Einrichtungen, in denen die DB AG das Hausrecht ausübt und in der Öffentlichkeit".

Der Kläger teilte auf seiner Facebook-Seite im allgemeinen zugänglichen Bereich mehrere Posts. Der Kläger hat sich dort auf der Facebook-Seite als "Lagerist bei der C. und XY und Triebwagenführer bezeichnet (vgl. Bl. 26 d. A.). Die Hinweise auf den Arbeitgeber sind mittlerweile gelöscht.

Der Kläger hat die in Bl. 27 bis 31 d. A. wiedergegebenen Posts im Hinblick auf die Flüchtlingsproblematik und seine Arbeitstätigkeit geteilt. Des Weiteren existiert ein Foto (Bl. 51 d. A.) von Kollegen, das mit "3 Promillos" überschrieben wurde. Ein Bild mit dem Betriebsrat und Begleitung (Bl. 54 d. A.) hat der Kläger mit "und so was wird gewählt, kamerageil"; "Schirmträger und Schleimer" kommentiert. Der Kläger hat außerdem Postings geteilt mit folgendem Spruch (Bl. 55 d. A.): "Unser Chef war ein Wunderkind. Er hatte schon mit 6 Jahren dieselben Fähigkeiten wie heute! Wie wahr". Des Weiteren "Chef meint, ich soll mich bei der Arbeit nicht von jedem Penner ablenken lassen, habe ihn ignoriert" (Bl. 56 d. A.) und "Arschkriechergel im Verbandskasten für jeden Arbeitgeber Pflicht"; unter diesem Foto ist ein Dialog, in dem ein anderer Kollege einen Bezug zu einem Vorgesetzten darstellt (Bl. 57 d. A.).

Die Beklagte wurde per E-Mail von einem Mitarbeiter auf dem Facebook Account aufmerksam gemacht, durchsuchte diesen und speicherte die Einträge. Die Beklagte holte sodann die Zustimmung des Integrationsamts zur Kündigung ein, die am 15.02.2016 (Bl. 58 d. A.) erteilt wurde.

Am 01.02.2016 wurde der Betriebsrat angehört und am 03.02.2016 noch einmal wegen weiterer Postings. Der Betriebsrat ließ die Äußerungsfrist verstreichen.

Mit Schreiben vom 15.02.2016 hat die Beklagte eine außerordentliche Kündigung und hilfsweise eine außerordentliche Kündigung mit sozialer Auslaufzeit erklärt; hinsichtlich des Inhalts des Kündigungsschreibens wird auf Bl. 6 d. A. Bezug genommen.

Der Kläger hat vorgetragen,

er habe die beanstandeten Einträge nicht gepostet, sondern lediglich geteilt. Er habe nicht erkennbar den Einträgen zugestimmt oder sie gebilligt. Das Foto mit der Bemerkung "die 3 Promillos" stamme von einem Kollegen und sei vom Kläger nur geteilt worden. Es handele sich um eine von der Meinungsfreiheit geschützte Äußerung mit schwarzem Humor und Satire. Die Sprüche und Witze über "Chefs" seien allgemein und es sei erkennbar, dass keine bestimmte Person vom Kläger gemeint sei. Insoweit sei eine Abmahnung als milderer Mittel hier ausreichend. Der Kläger habe sich in 24 Jahren nichts zuschulden kommen lassen. Er vermute, dass die Kündigung eine Reaktion auf seinen letzten Prozess mit der Beklagten vor dem Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz sei.

Daneben sei die Betriebsratsanhörung unrichtig, da dort mitgeteilt worden sei, der Kläger habe die Einträge gepostet. Das sei aber tatsächlich nicht zutreffend.

Der Kläger hat beantragt,

1. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung vom 15.02.2016 nicht aufgelöst worden ist, sondern fortbesteht,
2. die Beklagte zu verurteilen, den Kläger weiter zu beschäftigen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte hat vorgetragen, bei ihr seien Mitarbeiter verschiedener Rassen und Nationen beschäftigt. Die Beklagte bemühe sich um Flüchtlinge und deren Integration. Die Äußerung des Klägers auf Facebook sei nicht nur seinem Privatbereich zuzuordnen,

da der Arbeitgeber auf Facebook angegeben gewesen sei. Die Aussagen seien geschäftsschädigend und störten den Betriebsfrieden. Es handele sich nicht um Satire. Der Kläger habe sich auch in den Kommentaren nicht von den geteilten Einträgen distanziert. Was er geteilt habe, sei nicht durch die Meinungsfreiheit geschützt. Daneben habe der Kläger auch noch in einer "Gefällt mir Seite" eine Verbindung zu einer Seite "Die Abzocker Bananenrepublik D". Dort würden fremdenfeindliche Äußerungen verbreitet.

Das Arbeitsgericht Kaiserslautern hat daraufhin durch Urteil vom 19.07.2016 - 8 Ca 316/16 - festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung vom 15.02.2016 nicht aufgelöst worden ist und die Beklagte verurteilt, den Kläger weiterzubeschäftigen. Hinsichtlich des Inhalts von Tatbestand und Entscheidungsgründen wird auf Bl. 85 bis 92 d. A. Bezug genommen.

Gegen das ihr am 25.08.2016 zugestellte Urteil durch am 31.08.2016 beim Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz eingegangenen Schriftsatz hat die Beklagte Berufung eingelegt. Sie hat die Berufung durch am 25.10.2016 beim Landesarbeitsgericht eingegangenen Schriftsatz begründet.

Die Beklagte wiederholt ihr erstinstanzliches Vorbringen und hebt insbesondere hervor, die benannten Beiträge des Klägers seien volksverhetzend und ehrverletzend. Das Arbeitsgericht verwechselt die Begriffe "Likes" und "Teilen von Posts". Es verkenne auch die Wirkungsweise sozialer Medien. Durch den Beitrag "Warum seid ihr feigen Dreckschweine denn ohne sie abgehauen?" habe der Kläger unter Verwendung eines für alle öffentlich zugänglichen Facebookprofils, in dem die Beklagte als Arbeitgeber benannt worden sei, einen volksverhetzenden Kommentar geteilt. Der Kläger habe diesen Beitrag nicht nur "geliked". Wenn man den Button "gefällt mir" drücke, um seine Zustimmung zu einem Beitrag zu äußern, erscheine lediglich auf der Seite des Erstellers des Beitrages, dass dieser dem anderen Nutzer gefällt. Dieser Beitrag sei als Volksverhetzung gemäß § 130 StGB anzusehen und stelle daher eine Straftat dar. Es sei auch keine Kommentierung erfolgt, die darauf hinweise, dass der Kläger den Beitrag inhaltlich nicht gut heiße. Jeder, der diesen Beitrag gelesen habe, habe auf der linken Seite direkt neben dem Beitrag lesen können, dass der Kläger bei der Beklagten tätig sei.

Auch die ehrverletzenden Beiträge "die 3 Promillos" und "Arschkriechergel" stellten einen wichtigen Grund im Sinne des § 626 Abs. 1 BGB dar. Die Bezeichnung als "Promillos" im Zusammenhang mit einem alkoholischen Getränk könne nicht als scherzhafte Anmerkung verstanden werden. Auch der Beitrag "Arschkriechergel" stelle eine Beleidigung des Vorgesetzten Herrn S. dar. Insoweit handele es sich keineswegs nur um allgemeine Vorgesetzten- oder Chefwitze. Die Kommentareinstellung bei Facebook weise zudem einen anderen Charakter auf als eine wörtliche Äußerung. Denn sie stelle eine Verkörperung der Äußerung dar, die für andere, soweit sie nicht gelöscht werde, immer wieder nachlesbar sei und damit nachhaltige Rechte der Betroffenen eingreife.

Zumindest in der Gesamtschau der betreffenden Facebook-Beiträge sein ein wichtiger Grund zu sehen. Einer vorherigen Abmahnung habe es nicht bedurft. Zu berücksichtigen sei auch die Gefahr einer Ruf- oder Geschäftsschädigung, die sich bereits aus der Wirkungsweise des sozialen Mediums Facebook ergebe. Denn es sei nicht objektiv nachprüfbar, ob und wie viele Facebook-Nutzer die Äußerung gelesen, geteilt oder sonst wahrgenommen hätten.

Zumindest sei jedoch die hilfsweise ausgesprochene außerordentliche Kündigung mit sozialer Auslauffrist wirksam.

Zur weiteren Darstellung des Vorbringens der Beklagten wird auf die Berufungsbegründungsschrift vom 25.10.2016 (Bl. 119 bis 125 d. A.) nebst Anlagen (Bl. 126 bis 140 d. A.) Bezug genommen.

Die Beklagte beantragt,

auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Arbeitsgerichts Kaiserslautern vom 19.07.2016, Aktenzeichen 8 Ca 316/16, abgeändert und die Klage abgewiesen.

Der Kläger beantragt,

die Berufung der Beklagten zurückzuweisen.

Der Kläger verteidigt die angefochtene Entscheidung unter Wiederholung seines erstinstanzlichen Vorbringens und hebt insbesondere hervor, den Lesern des Facebook Accounts müsse klar sein, dass nur weil der Kläger bei der XY arbeite, es sich nicht automatisch um eine offizielle Meinung der XY handele. Der Kläger habe Beiträge geteilt, aber nicht geliked. Im Übrigen sei im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung zu berücksichtigen, dass der Kläger die kritischen Beiträge nicht verfasst und sie zum anderen nur von einem eingeschränkten Adressatenkreis eingesehen werden könnten. Auch wenn es objektiv möglich sei, dass jeder darauf Zugriff nehmen könne, widerspreche eine andere Sichtweise der allgemeinen Lebenserfahrung. Was die vermeintliche Beleidigung der Kollegen betreffe, nämlich die Bezeichnung als "Promillos" handele es sich um Satire, nicht mehr und nicht weniger.

Insgesamt sei die Kündigung als unverhältnismäßig anzusehen, zumal der Kläger sofort nach Erhalt der fristlosen Kündigung die Beiträge aus seinem Account gelöscht habe, so dass eine Wiederholungsgefahr nicht bestehe. Eine Abmahnung habe ausgereicht, um eine Verhaltensänderung in Zukunft zu erreichen. Auch dies führe zur Unwirksamkeit der Kündigung.

Hinsichtlich des weiteren Vorbringens des Klägers im Berufungsverfahren wird auf die Berufungserwiderungsschrift vom 15.11.2016 (Bl. 145, 146 d. A.) Bezug genommen.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den vorgetragenen Inhalt der Schriftsätze der Parteien, die Gegenstand der mündlichen Verhandlung waren, sowie die zu den Akten gereichten Schriftstücke verwiesen.

Schließlich wird Bezug genommen auf das Sitzungsprotokoll vom 19.12.2016.

Entscheidungsgründe

I.

Das Rechtsmittel der Berufung ist nach §§ 64 Abs. 1, 2 ArbGG statthaft. Die Berufung ist auch gem. §§ 64 Abs. 6, 66 Abs. 1 ArbGG in Verbindung mit §§ 518, 519 ZPO form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden.

II.

Das Rechtsmittel der Berufung der Beklagten hat jedoch in der Sache keinen Erfolg.

Denn das Arbeitsgericht ist im Ergebnis zu Recht davon ausgegangen, dass das Arbeitsverhältnis weder durch die außerordentliche Kündigung vom 15.02.2016, noch durch die außerordentliche Kündigung mit Auslauffrist vom gleichen Tage, die hilfsweise erklärt worden ist, aufgelöst worden ist. Folglich ist die Beklagte auch verpflichtet, dem Kläger bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzverfahrens weiterzubeschäftigen.

Die außerordentliche Kündigung der Beklagten ist rechtsunwirksam. Denn die gesetzlichen Voraussetzungen des § 626 Abs. 1 BGB sind vorliegend entgegen der Auffassung der Beklagten nicht gegeben.

Ein wichtiger Grund im Sinne der Generalklausel der § 626 Abs. 1 BGB für eine außerordentliche Kündigung liegt dann vor, wenn Tatsachen gegeben sind, aufgrund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles und in der Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der Frist für eine ordentliche Kündigung nicht zugemutet werden kann (vgl. BAG 27.01.2011 EzA § 626 BGB 2002 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 10; 09.06.2011 EzA § 626 BGB 2002 Nr. 35; 07.07.2011 EzA § 626 BGB 2002 Nr. 38; 21.06.2012 EzA § 9 KSchG n. F. Nr. 63 = NZA 2013, 199; 27.09.2012 -2 AZR 646/11- EzA/SD 9/2013 Seite 6 LS). Damit wird der wichtige Grund zunächst durch die objektiv vorliegenden Tatsachen bestimmt, die an sich geeignet sind, die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar zu machen. Kündigungsgrund im Sinne des § 626 Abs. 1 BGB ist deshalb jeder Sachverhalt, der objektiv das Arbeitsverhältnis mit dem Gewicht eines wichtigen Grundes belastet (vgl. BAG 27.01.2011 EzA § 626 BGB 2002 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 10; 09.06.2011 EzA § 626 BGB 2002 Nr. 35; 07.07.2011 EzA § 626 BGB 2002 Nr. 38). Entscheidend ist nicht der subjektive Kenntnisstand des Kündigenden, sondern der objektiv vorliegende Sachverhalt, der objektive Anlass. Berücksichtigt werden können nur die bis zum Ausspruch der Kündigung eingetretenen Umstände bei der Überprüfung der Frage, ob sie als Kündigungsgrund an sich geeignet sind (Ascheid/Preis/Schmidt Großkommentar Kündigungsrecht 4. Auflage 2012 (APS-Dörner/Vossen), § 626 BGB Rz. 42 ff.; Dörner/Luczak/Wildschütz/Baeck/Hoß, Handbuch des Fachanwalts für Arbeitsrecht (DLW-Dörner), 13. Auflage 2016, Kap. 4. Rdnr. 1121 ff.).

Berücksichtigt werden können nur die bis zum Ausspruch der Kündigung eingetretenen Umstände bei der Überprüfung der Frage, ob sie als Kündigungsgrund an sich geeignet sind. Umstände, die erst danach entstanden sind, können die bereits erklärte Kündigung nicht rechtfertigen. Sie können allenfalls als Grundlage für eine weitere Kündigung oder einen Auflösungsantrag nach §§ 9, 10 KSchG dienen. Nachträglich eingetretene Umstände können für die gerichtliche Beurteilung allerdings insoweit von Bedeutung sein, wie sie die Vorgänge, die zur Kündigung geführt haben, in einem neuen Licht erscheinen lassen. Dazu müssen zwischen den neuen Vorgängen und den alten Gründen so enge innere Beziehungen bestehen, dass jene nicht außer Acht gelassen werden können, ohne dass ein einheitlicher Lebensvorgang zerrissen würde. Es darf aber nicht etwa eine ursprünglich unbegründete Kündigung durch eine Berücksichtigung späteren Verhaltens rückwirkend zu einer begründeten werden. Außerdem ist genau zu prüfen, welche konkreten Rückschlüsse auf den Kündigungsgrund späteres Verhalten wirklich erlaubt. Im Hinblick auf prozessuales Vorbringen gilt nichts anderes (BAG 15.12.1955 NJW 1956, 807; 28.10.1971 EzA § 626 BGB n. F. Nr. 9; 3.7.2003 EzA § 626 BGB 202 Verdacht

strafbarer Handlung Nr. 2; 24.11.2005 EzA § 626 BGB 2002 Nr. 12, 484; 10.6.2010 EzA § 626 BGB 2002 Nr. 32).

Die danach zu berücksichtigenden Umstände müssen nach verständigem Ermessen die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht zumutbar erscheinen lassen (BAG AP-Nr. 4 zu § 626 BGB). Bei der Bewertung des Kündigungsgrundes und bei der nachfolgenden Interessenabwägung ist ein objektiver Maßstab anzulegen, so dass subjektive Umstände, die sich aus den Verhältnissen der Beteiligten ergeben, nur aufgrund einer objektiven Betrachtung zu berücksichtigen sind. Dabei ist insbes. nicht auf die subjektive Befindlichkeit des Arbeitgebers abzustellen; vielmehr ist ein objektiver Maßstab („verständiger Arbeitgeber“) entscheidend, also ob der Arbeitgeber aus der Sicht eines objektiven Betrachters weiterhin hinreichendes Vertrauen in den Arbeitnehmer haben müsste, nicht aber, ob er es tatsächlich hat (BAG 10.6.2010 EzA § 626 BGB 2002 Nr. 32). Die danach maßgeblichen Umstände müssen sich konkret nachteilig auf das Arbeitsverhältnis auswirken; da der Kündigungsgrund zukunftsbezogen ist und die Kündigung keine Sanktion für das Verhalten in der Vergangenheit darstellt, kommt es auf seine Auswirkungen auf die Zukunft an, die vergangene Pflichtverletzung muss sich noch in Zukunft belastend auswirken (BAG 9.6.2011 EzA § 626 BGB 2002 Nr. 35; 23.10.2008 EzA § 626 BGB 2002 Nr. 25; 12.1.2006 EzA § 1 KSchG Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 67; 12.1.2006 EzA § 1 KSchG Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 68; LAG BW 25.3.2009 LAGE § 626 BGB 2002 Nr. 20; LAG RhPf 26.2.2010 NZA-RR 2010, 297). Da es um den zukünftigen Bestand des Arbeitsverhältnisses geht, muss dessen Fortsetzung durch objektive Umstände oder die Einstellung oder das Verhalten des Gekündigten im Leistungsbereich, im Bereich der betrieblichen Verbundenheit aller Mitarbeiter, im persönlichen Vertrauensbereich (der Vertragspartner) oder im Unternehmensbereich konkret beeinträchtigt sein.

Das kann dann der Fall sein, wenn auch zukünftige Vertragsverstöße zu besorgen sind, d. h. wenn davon ausgegangen werden muss, der Arbeitnehmer werde auch künftig den Arbeitsvertrag nach einer Kündigungsandrohung erneut in gleicher oder ähnlicher Weise verletzen oder sonst von einer fortwirkenden Belastung des Arbeitsverhältnisses ausgegangen werden muss (LAG BW 25.3.2009 § 626 2002 Nr. 20; LAG RhPf 26.2.2010 NZA-RR 2010, 297).

Die erforderliche Überprüfung gem. § 626 Abs. 1 BGB vollzieht sich folglich zweistufig (vgl. z. B. BAG 24.3.2011 2 AZR 282/10 EzA-SD 16/2011 S. 3 LS. = NZA 2011, 1029; 09.06.2011 EzA § 626 BGB 2002 Nr. 35).

Zum einen muss ein Grund vorliegen, der unter Berücksichtigung der oben skizzierten Kriterien überhaupt an sich geeignet ist, eine außerordentliche Kündigung zu rechtfertigen. Insoweit handelt es sich um einen Negativfilter, d. h., dass bestimmte Kündigungsgründe eine außerordentliche Kündigung von vornherein nicht rechtfertigen können.

Zum anderen muss dieser Grund im Rahmen einer Interessenabwägung unter besonderer Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles, insbesondere auch des Verhältnismäßigkeitsprinzips zum Überwiegen der berechtigten Interessen des Kündigenden an der - in der Regel - vorzeitigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses führen (vgl. ausführlich APS-Dörner/Vossen, § 626 BGB a. a. O.; DLW-Dörner a. a. O.). In einer Gesamtwürdigung ist das Interesse des Arbeitgebers an der sofortigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses gegen das Interesse des Arbeitnehmers an dessen

Fortbestand abzuwägen. Es hat eine Bewertung des Einzelfalls unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu erfolgen (BAG 24.3.2011 - 2 AZR 282/10- EzA-SD 16/2011 S. 3 LS. = NZA 2011, 1029; 27.09.2012 -2 AZR 646/11 - EzA-SD 9/2013, Seite 6 LS).

Entscheidend ist die Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der Frist für eine ordentliche Kündigung bzw. bis zum Ende der vereinbarten Befristung (BAG 9.6.2011 EzA § 626 BGB 2002 Nr. 35 = NZA 2011, 1027; 27.09.2012 - 2 AZR 646/11 - EzA-SD 9/2013, Seite 6 LS; LAG Bl. 5.1.2005 - 17 Sa 1308/04 - EzA-SD 8/05, Seite 12 LS; Dörner/Luczak/Wildschütz/Baeck/Hoß, a. a. O.; APS/Dörner/Vossen).

Bei der Prüfung, ob dem Arbeitgeber eine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers trotz Vorliegen seiner erheblichen Pflichtverletzung zumindest bis zum Ablauf der Kündigungsfrist zumutbar ist, ist in einer Gesamtwürdigung des Interesse des Arbeitgebers an der sofortigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses gegen das Interesse des Arbeitnehmers an dessen - einstweiligen - Fortbestand abzuwägen. Es hat eine Bewertung der Umstände des Einzelfalls unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu erfolgen (BAG 27.09.2012 -2 AZR 646/11- EzA/SD 9/2013, Seite 6 LS).

Nach dem Verhältnismäßigkeitsprinzip ist die außerordentliche Kündigung „Ultima Ratio“, so dass sie dann nicht gerechtfertigt ist, wenn die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist zumutbar ist, weil dann die ordentliche Kündigung ein milderes Mittel als die außerordentliche Kündigung darstellt (BAG 9.6.2011 EzA § 626 BGB 2002 Nr. 35 = NZA 2011, 1027; 27.09.2012 -2 AZR 646/11- EzA/SD 9/2013 Seite 6 LS; krit. Stückmann/Kohlepp RdA 2000, 331 ff.).

Deshalb setzt eine Kündigung wegen einer Vertragspflichtverletzung regelmäßig eine Abmahnung voraus; sie dient der Objektivierung der Prognose (BAG 12.01.2006 EzA § 1 KSchG Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 67: 12.01.2006 EzA § 1 KSchG Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 68). Sie ist nur dann entbehrlich, wenn im Einzelfall besondere Umstände vorgelegen haben, aufgrund derer eine Abmahnung als nicht Erfolg versprechend angesehen werden kann. Das ist insbes. dann anzunehmen, wenn erkennbar ist, dass der Arbeitnehmer nicht gewillt ist, sich vertragsgerecht zu verhalten. Nur besonders schwere Vorwürfe bedürfen keiner Abmahnung, wenn und weil der Arbeitnehmer dann von vornherein nicht mit einer Billigung seines Verhaltens rechnen kann (LAG RhPf 26.02.2010 - 6 Sa 682/09, NZA-RR 2010, 297; LAG Nds. 12.02.2010 - 10 Sa 1977/08, EzA-SD 8/2010 S. 6 LS).

Einer Abmahnung bedarf es danach bei einem steuerbaren Verhalten des Arbeitnehmers in Ansehung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes also nur dann nicht, wenn eine Verhaltensänderung in Zukunft selbst nach Abmahnung nicht zu erwarten steht oder es sich um eine so schwere Pflichtverletzung handelt, dass eine Hinnahme durch den Arbeitgeber offensichtlich - auch für den Arbeitnehmer erkennbar - ausgeschlossen ist (BAG 24.03.2011 - 2 AZR 282/10, EzA-SD 16/2011 S. 3 LS = NZA 2011, 1029; 09.06.2011 EzA § 626 BGB 2002 Nr. 35; 09.06.2011 EzA § 626 BGB 2002 Nr. 36; 19.04.2012 EzA § 626 BGB 2002 Nr. 39 = NZA-RR 2012, 567; 25.10.2012 EzA § 626 BGB 2002 Nr. 41 = NZA 2013, 319; LAG Hessen 27.02.2012 NZA-RR 2012, 471), denn dann ist grds. davon auszugehen, dass das künftige Verhalten des Arbeitnehmers schon durch die Androhung von Folgen für den Bestand des Arbeitsverhältnisses positiv beeinflusst werden kann; die Abmahnung dient insoweit der Objektivierung der negativen Prognose:

Ist der Arbeitnehmer ordnungsgemäß abgemahnt worden und verletzt er dennoch seine arbeitsvertraglichen Pflichten erneut, kann regelmäßig davon ausgegangen werden, es werde auch zukünftig zu weiteren Vertragsstörungen kommen. Das gilt grds. uneingeschränkt selbst bei Störungen des Vertrauensbereichs durch Straftaten gegen Vermögen oder Eigentum des Arbeitgebers (BAG 09.06.2011 EzA § 626 BGB 2002 Nr. 35 = NZA 2011, 1027; LAG Bln.-Bra. 30.03.2012 LAGE § 611 BGB 2002 Abmahnung Nr. 9 = NZA -RR 2012, 353; LAG Köln 20.01.2012 NZA-RR 2012, 356), denn auch in diesem Bereich gibt es keine "absoluten" Kündigungsgründe. Stets ist konkret zu prüfen, ob nicht objektiv die Prognose berechtigt ist, der Arbeitnehmer werde sich jedenfalls nach einer Abmahnung künftig wieder vertragstreu verhalten (BAG 10.06.2010 EzA § 626 BGB 2002 Nr. 32; Preis AuR 2010, 242; Schlachter NZA 2005, 433 ff.; Schrader NJW 2012, 342 ff.; s. LAG Bln.-Bra. 30.03.2012 LAGE § 611 BGB 2002 Abmahnung Nr. 9 = NZA-RR 2012, 353; Arbeitszeitbetrug; LAG Köln 20.01.2012 NZA-RR 2012, 356: vorzeitiges Arbeitsende ohne betriebliche Auswirkungen).

Entscheidender Zeitpunkt für die Beurteilung ist grds. (ebenso wie bei der ordentlichen Kündigung) der Zeitpunkt des Ausspruchs bzw. Zugangs der Kündigung. Die Wirksamkeit einer Kündigung ist grundsätzlich nach den objektiven Verhältnissen im Zeitpunkt ihres Zugangs zu beurteilen. Dieser Zeitpunkt ist im Rahmen von § 626 Abs. 1 BGB sowohl für die Prüfung des Kündigungsgrundes als auch für die Interessenabwägung maßgebend. Umstände, die erst danach entstanden sind, können die bereits erklärte Kündigung nicht rechtfertigen. Sie können allenfalls als Grundlage für eine weitere Kündigung oder einen Auflösungsantrag nach §§ 9, 10 KSchG dienen (BAG 10.6.2010 EzA § 626 BGB 2002 Nr. 32 = NZA 2010, 1227; 28.10.1971 EzA § 626 BGB n. F. Nr. 9; 15.12.1955 BAGE 2, 245).

Nachträglich eingetretene Umstände können für die gerichtliche Beurteilung allerdings insoweit von Bedeutung sein, wie sie die Vorgänge, die zur Kündigung geführt haben, in einem neuen Licht erscheinen lassen (BAG 10.6.2010; a. a. O.; 28.10.1971 a. a. O.). Dazu müssen zwischen den neuen Vorgängen und den alten Gründen so enge innere Beziehungen bestehen, dass jene nicht außer Acht gelassen werden können, ohne dass ein einheitlicher Lebensvorgang zerrissen würde (BAG 10.6.2010 a. a. O.; 15.12.1955 a. a. O.). Es darf aber nicht etwa eine ursprünglich unbegründete Kündigung durch die Berücksichtigung späteren Verhaltens rückwirkend zu einer begründeten werden (BAG 15.12.1955 a. a. O.). Außerdem ist genau zu prüfen, welche konkreten Rückschlüsse auf den Kündigungsgrund späteres Verhalten wirklich erlaubt. Im Hinblick auf prozessuales Vorbringen (BAG 10.6.2010; 19.04.2012 EzA § 626 BGB 202 Nr. 4 a. a. O.; 24.11.2005 EzA § 626 BGB 2002 Nr. 12; 3.7.2003 EzA KSchG § 1 Verdachtskündigung Nr. 2) gilt nichts anderes.

Die in den aufgehobenen gesetzlichen Vorschriften der §§ 123, 124 Gewerbeordnung, 71, 72 HGB nach altem Recht genannten Beispiele für wechselseitige wichtige Gründe (z. B. Arbeitsvertragsbruch, beharrliche Arbeitsverweigerung) sind als wichtige Hinweise für typische Sachverhalte anzuerkennen, die an sich geeignet sind, einen wichtigen Grund zur außerordentlichen Kündigung zu bilden und die Kündigung in der Regel auch zu rechtfertigen, wenn keine besonderen Umstände zugunsten des Gekündigten sprechen (vgl. BAG AP-Nr. 99 zu § 626 BGB). "Absolute Kündigungsgründe", die ohne eine besondere Interessenabwägung eine außerordentliche Kündigung rechtfertigen, bestehen andererseits jedoch nicht (BAG 15.11.1984 EzA § 626 BGB n. F. Nr. 95; 10.6.2010; 19.04.2012 EzA § 626 BGB 2002 Nr. 40 = NZA 2013, 27).

Hinsichtlich der Darlegungs- und Beweislast gilt Folgendes:

Der Kündigende ist darlegungs- und beweispflichtig für die Umstände, die als wichtige Gründe geeignet sein können. Die Bewertung eines Fehlverhaltens als vorsätzlich liegt insoweit im Wesentlichen auf tatsächlichem Gebiet und ist Gegenstand der tatrichterlichen Beweiswürdigung i.S.v. § 286 ZPO (BAG 09.06.2011 EzA § 626 BGB 2002 Nr. 35 = NZA 2011, 1027).

Im Rahmen der ihr obliegenden Darlegungslast trifft jede Prozesspartei eine vollständige Substantiierungspflicht; sie hat sich eingehend und im Einzelnen nach Inhalt, Ort, Zeitpunkt und beteiligten Personen substantiiert zu äußern. Andererseits darf von keiner Prozesspartei von Verfassungswegen etwas Unmögliches verlangt werden. Der Konflikt zwischen diesen beiden Positionen wird gelöst durch das Prinzip der Sachnähe, d. h., je näher eine Prozesspartei an dem fraglichen tatsächlichen Geschehen selbst unmittelbar und persönlich beteiligt ist, desto eingehender hat sie substantiiert vorzutragen. Das kann soweit gehen, dass sie auch verpflichtet sein kann, durch tatsächliches Vorbringen oder Vorlage von Unterlagen die Gegenpartei überhaupt erst in die Lage zu versetzen, der ihr obliegenden Darlegungslast nachzukommen. Schließlich muss das tatsächliche Vorbringen wahrheitsgemäß sein (vgl. BAG 26.06.2008, 23.10.2008 EzA § 23 KSchG Nr. 32, Nr. 33).

Zu den die Kündigung begründenden Tatsachen, die der Kündigende vortragen und ggf. beweisen muss, gehören auch diejenigen, die Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe (z.B. eine vereinbarte Arbeitsbefreiung, die Einwilligung des Arbeitgebers in eine Wettbewerbstätigkeit: eine "Notwehrsituation", vgl. LAG Köln 20.12.2000 ARST 2001, 187) für das Verhalten des gekündigten Arbeitnehmers ausschließen (BAG 06.08.1987 EzA § 626 BGB n.F. Nr. 109; 18.09.2008 - 2 AZR 1039/06, EzA-SD 8/2009 S. i; Notwehr bei tätlicher Auseinandersetzung; 03.11.2011 EzA § 1 KSchG Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 79 = NZA 2012, 607).

Der Umfang der Darlegungs- und Beweislast richtet sich danach, wie substantiiert der Gekündigte sich auf die Kündigungsgründe einlässt. Der Kündigende muss daher nicht von vornherein alle nur denkbare Rechtfertigungsgründe widerlegen.

Es reicht insoweit nicht aus, dass der Gekündigte pauschal und ohne nachprüfbarere Angaben Rechtfertigungsgründe geltend macht. Er muss deshalb unter substantiiertem Angabe der Gründe, die ihn gehindert haben, seine Arbeitsleistung, so wie an sich vorgesehen, zu erbringen, den Sachvortrag des Kündigenden nach Inhalt, Ort, Zeitpunkt und beteiligten Personen bestreiten. Gleiches gilt dann, wenn sich der Gekündigte anders als an sich vorgesehen verhalten hat (s. BAG 18.09.2008 - 2 AZR 1039/06, FA 2009, 221 LS).

Nur dann ist es dem Kündigenden möglich, diese Angaben zu überprüfen und ggf. die erforderlichen Beweise anzutreten (BAG 06.08.1987 EzA § 626 BGB n.F. Nr. 109). Wenn der gekündigte Arbeitnehmer sich allerdings gegen die Kündigung wehrt und i.S.d. § 138 Abs. 2 ZPO ausführlich Tatsachen vorträgt, die einen Rechtfertigungsgrund für sein Handeln darstellen oder sonst das Verhalten in einem milderem Licht erscheinen lassen können, muss der Arbeitgeber seinerseits Tatsachen vorbringen und ggf. beweisen, die die vom Arbeitnehmer vorgetragene Rechtfertigungsgründe erschüttern (LAG Köln 21.04.2004 LAG Report 2005, 64 LS). Will der Arbeitgeber bspw. die außerordentliche Kündigung auf die Behauptung stützen, der Arbeitnehmer habe Beträge aus der Einlösung von Schecks unterschlagen, muss er im Einzelnen diese Unterschlagung darlegen und unter Beweis stellen. Wenn der Arbeitnehmer nachvollziehbar darlegt, wann

und wenn er die Beträge abgeliefert hat, kann sich der Arbeitgeber nicht mit Erfolg auf den Standpunkt stellen, der Arbeitnehmer müsse die Ablieferung der Beträge beweisen (LAG Köln 26.06.2006 - 14 Sa 21/06, EzA-SD 19/06, S. 10 LS).

Die dem kündigenden Arbeitgeber obliegende Beweislast geht auch dann nicht auf den gekündigten Arbeitnehmer über, wenn dieser sich auf eine angeblich mit dem Arbeitgeber persönlich vereinbarte Arbeitsbefreiung beruft und er einer Parteivernehmung des Arbeitgebers zu der streitigen Zusage widerspricht.

In diesem Fall sind allerdings an das Bestreiten einer rechtswidrigen Vertragsverletzung hinsichtlich des Zeitpunkts, des Ortes und des Anlasses der behaupteten Vereinbarung, die das Verhalten des Arbeitnehmers rechtfertigen oder entschuldigen sollen, strenge Anforderungen zu stellen (BAG 24.11.1983 EzA § 626 BGB n.F. Nr. 88; APS/Dörner/Vossen § 626 BGB Rn. 173 ff.).

Gelingt es dem Arbeitgeber nicht, den Kündigungsvorwurf in tatsächlicher Hinsicht zu beweisen, ist die streitgegenständliche Kündigung mangels eines wichtigen Grundes i.S.d. § 626 Abs. 1 BGB unwirksam (LAG RhPf 21.05.2010 NZA-RR 2011, 80).

Für das erforderliche Beweismaß der vollen Überzeugung im Sinne des § 286 Abs. 1 ZPO gelten nachfolgende Grundsätze:

Gemäß § 286 Abs. 1 ZPO hat das Gericht unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlungen und des Ergebnisses einer etwaigen Beweisaufnahme nach freier Überzeugung zu entscheiden, ob eine tatsächliche Behauptung für wahr oder für nicht wahr zu erachten ist. Insofern ist das tatsächliche Vorbringen der Beklagten, dass die Klägerin zulässigerweise bestritten hat, nach Maßgabe der vor dem Arbeitsgericht durchgeführten Beweisaufnahme als wahr anzusehen.

Auf der Basis der abgeschlossenen Beweisaufnahme stellt die richterliche Würdigung einen internen Vorgang in der Person der Richter zur Prüfung der Frage dar, ob ein Beweis gelungen ist. Im Rahmen dieses internen Vorgangs verweist § 286 ZPO ganz bewusst auf das subjektive Kriterium der freien Überzeugung des Richters und schließt damit objektive Kriterien - insbesondere die naturwissenschaftliche Wahrheit als Zielpunkt - aus. Die gesetzliche Regelung befreit den Richter bzw. das richterliche Kollegium von jedem Zwang bei seiner Würdigung und schließt es damit auch aus, dass das Gesetz dem Richter vorschreibt, wie er Beweise einzuschätzen und zu bewerten hat. Dabei ist Bezugspunkt der richterlichen Würdigung nicht nur das Ergebnis der Beweisaufnahme, sondern der gesamte Inhalt der mündlichen Verhandlung (vgl. Münchner Kommentar zur ZPO - Prütting, 4. Auflage 2013, § 286 Rn. 1 ff.).

Hinsichtlich der Anforderungen an die richterliche Überzeugung ist von Folgendem auszugehen: Die richterliche Überzeugung ist nicht gleichzusetzen mit persönlicher Gewissheit. Der Begriff der Gewissheit stellt nämlich absolute Anforderungen an eine Person. Er lässt für - auch nur geringe - Zweifel keinen Raum. Dies wird gesetzlich aber nicht verlangt; die gesetzliche Regelung geht vielmehr davon aus, das Gericht müsse etwas für wahr "erachten". Bei dem Begriff der richterlichen Überzeugung geht es also nicht um ein rein personales Element der subjektiven Gewissheit eines Menschen, sondern darum, dass der Richter in seiner prozessordnungsgemäßen Stellung bzw. das Gericht in seiner Funktion als Streit entscheidendes Kollegialorgan eine prozessual ausreichende Überzeugung durch Würdigung und Abstimmung erzielt. Daraus folgt, dass

es der richterlichen Überzeugung keinesfalls im Weg steht, wenn dem Gericht aufgrund gewisser Umstände Unsicherheiten in der Tatsachengrundlage bewusst sind. Unerheblich für die Beweiswürdigung und die Überzeugungsbildung ist auch die Frage der Beweislast. Richterliche Überzeugung ist vielmehr die prozessordnungsgemäß gewonnene Erkenntnis des einzelnen Richters oder der Mehrheit des Kollegiums, dass die vorhandenen Eigen- und Fremdwahrnehmungen sowie Schlüsse ausreichen, die Erfüllung des vom Gesetz vorgesehenen Beweismaßes zu bejahen. Es darf also weder der besonders leichtgläubige Richter noch der generelle Skeptiker ein rein subjektives Empfinden als Maß der Überzeugung setzen, sondern jeder Richter muss sich bemühen, unter Beachtung der Prozessgesetze, Ausschöpfung der gegebenen Erkenntnisquellen und Würdigung aller Verfahrensergebnisse in gewissenhafter und vernünftigerweise einer Entscheidung nach seiner Lebenserfahrung darüber zu treffen, ob im Urteil von der Wahrheit einer Tatsachenbehauptung auszugehen ist. Dabei muss sich das Gericht allerdings der Gefahren für jede Wahrheitsfindung bewusst sein.

Dabei ist letzten Endes ausschlaggebend, dass das Gesetz eine von allen Zweifeln freie Überzeugung nicht voraussetzt. Vielmehr kommt es auf die eigene Überzeugung des entscheidenden Richters an, auch wenn andere zweifeln oder eine andere Auffassung erlangt haben würden. Der Richter darf und muss sich aber in tatsächlich zweifelhaften Fällen mit einem für das praktische Leben brauchbaren Grad von Gewissheit begnügen, der den Zweifeln Schweigen gebietet, ohne sie völlig auszuschließen (BGHZ 53, 245 = NJW 1970, 946; vgl. Münchner Kommentar zur ZPO - Prütting a. a. O., Rn. 28 ff). Vom Richter wird letztlich verlangt, dass er die volle Überzeugung erlangt, dass er eine streitige Tatsachenbehauptung für wahr erachtet. Diese Überzeugung kann und darf er nicht gewinnen, wenn für die streitige Behauptung nur die überwiegende Wahrscheinlichkeit spricht, vielmehr muss für die behauptete Tatsache eine sehr hohe Wahrscheinlichkeit sprechen, damit der Richter die Tatsache für wahr erachtet.

Bei der Anwendung dieser Grundsätze im konkret zu entscheidenden Einzelfall ist vorliegend zu berücksichtigen, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien aufgrund tarifvertraglicher anzuwendender Vorschrift ordentlich unkündbar ist. Das hat folgende Auswirkungen:

Entscheidend ist die Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der Frist für eine ordentliche Kündigung bzw. bis zum Ende der vereinbarten Befristung (BAG 09.06.2011 EzA § 626 BGB 2002 Nr. 35 = NZA 2011, 1027; 27.09.2012, 2 AZR 646/11 EzA-SD 9/2013, S. 6 LS; LAG Bln. 05.01.2005 - 17 Sa 1308/04, EzA-SD 8/05, S. 12 LS; APS/Dörner/Vossen §626 BGB Rn 34). Bei der Prüfung, ob dem Arbeitgeber eine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers trotz Vorliegens einer erheblichen Pflichtverletzung zumindest bis zum Ablauf der Kündigungsfrist zumutbar ist, ist in einer Gesamtwürdigung das Interesse des Arbeitgebers an der sofortigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses gegen das Interesse des Arbeitnehmers an dessen Fortbestand abzuwägen. Es hat eine Bewertung der Umstände des Einzelfalls unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu erfolgen (BAG 27.09.2012, 2 AZR 646/11 EzA-SD 9/2013, S. 6 LS).

Nach dem Verhältnismäßigkeitsprinzip ist die außerordentliche Kündigung, also "Ultima Ratio", sodass sie dann nicht gerechtfertigt ist, wenn die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist zumutbar ist, weil dann die ordentliche Kündigung ein milderes Mittel als die außerordentliche Kündigung

darstellt (BAG 09.06.2011 EzA § 626 BGB 2002 Nr. 35 = NZA 2011, 1027; 27.09.2012, 2 AZR 646/11 EzA-SD 9/2013, S. 6 LS; krit. Stückmann/Kohlepp RdA 2000, 331 ff.).

Besonderheiten bestehen allerdings in den Fällen, in denen - zumeist aufgrund einer Tarifnorm (s. BAG 23.02.2012 EzA § 4 TVG Metallindustrie Nr. 147 = NZA 2012, 992), aber auch kirchlicher Arbeitsvertragsrichtlinien (s. BAG 22.04.2010 EzA § 611 BGB 2002 Kirchliche Arbeitnehmer Nr. 14) - eine ordentliche Kündigung ausgeschlossen ist (krit. Adam NZA 1999, 846 ff. u. ZTR 2008, 479 ff.); insoweit sind grds. strenge Maßstäbe anzulegen (BAG 18.03.2010 EzA § 626 BGB 2002 Unkündbarkeit Nr. 17; 11.03.1999 EzA § 626 BGB n. F. Nr. 177; LAG Köln 30.10.2006 - 14 Sa 158/06, EzA-SD I/2007 S. 5 LS). Eine derartige außerordentliche Kündigung ist nach überkommenem Rechtsverständnis zum einen nur mit notwendiger - der ordentlichen Kündigungsfrist entsprechender - Auslaufrist unter Umständen möglich. Zum anderen ist der Arbeitgeber in besonderem Maße verpflichtet, die Kündigung durch geeignete andere Maßnahmen zu verhindern (BAG 18.03.2010 EzA § 626 BGB 2002 Unkündbarkeit Nr. 17, BAG 18.03.2010 Nr. 17; vgl. Dörner/Luczak/Wildschütz/Baeck/Hoss, a. a. O., Kap. 4, Rn. 1117 ff.).

Erweist sich danach die Dauer der Vertragsbindung für den Arbeitnehmer als nachteilig, so gebietet es der Zweck der besonderen Sicherung des Arbeitsplatzes, dem Arbeitnehmer auch bei außerordentlicher Kündigung einen Anspruch auf Einhaltung der gesetzlichen oder tariflichen ordentlichen Kündigungsfrist einzuräumen. Denn es würde einen Wertungswiderspruch darstellen, den Arbeitnehmer mit besonderem tariflichen Kündigungsschutz durch eine fristlose Kündigung schlechter zu stellen als den Arbeitnehmer, dem gegenüber eine ordentliche Kündigung zulässig ist und dem aus demselben Kündigungsgrund (z. B. Betriebsstilllegung) nur ordentlich gekündigt werden könnte. Mit einer sozialen Auslaufrist, von der das BAG (28.03.1985 EzA § 626 BGB n. F. Nr. 96) zunächst ausgegangen ist, also einem besonderen sozialen Entgegenkommen des Arbeitgebers, hat dies (BAG 05.02.1998 EzA § 626 Unkündbarkeit Nr. 2; 10.02.1999 EzA § 15 KSchG n. F. Nr. 47; 12.08.1999 EzA § 626 BGB Verdacht strafbarer Handlung Nr. 8; 18.03.2010 EzA § 626 BGB 2002 Unkündbarkeit Nr. 17) freilich nichts zu tun.

Daraus folgt (vgl. BAG 12.08.1999 EzA § 626 BGB Verdacht strafbarer Handlung Nr. 8; 18.10.2000 EzA § 626 BGB Krankheit Nr. 3; 18.01.2001 EzA § 626 BGB Krankheit Nr. 35):

- Fristlos kann einem tariflich unkündbaren Arbeitnehmer nach § 626 BGB nur gekündigt werden, wenn dem Arbeitgeber bei einem vergleichbaren kündbaren Arbeitnehmer dessen Weiterbeschäftigung bis zum Ablauf der einschlägigen ordentlichen Kündigungsfrist unzumutbar wäre.

- Ist danach eine fristlose Kündigung gegenüber einem tariflich unkündbaren Arbeitnehmer ausgeschlossen, so ist in den Fällen, in denen bei einem kündbaren Arbeitnehmer nur eine ordentliche Kündigung in Betracht käme, bei dem tariflich unkündbaren Arbeitnehmer nur eine außerordentliche Kündigung unter Gewährung einer Auslaufrist, die der fiktiven ordentlichen Kündigungsfrist entspricht, möglich (BAG 21.06.2001 EzA § 626 BGB Unkündbarkeit Nr. 7).

Ob an letzterem festgehalten werden kann, ist fraglich; das BAG (21.06.2012 EzA § 15 KSchG n. F. Nr. 71 = NZA 2013, 224) hat inzwischen Bedenken:

"Eine außerordentliche Kündigung gegenüber tariflich nicht ordentlich kündbaren Personen ist zunächst beim Vorliegen betrieblicher Gründe für zulässig erachtet worden, obwohl es dem Arbeitgeber zumutbar gewesen wäre, die ordentliche Kündigungsfrist einzuhalten (vgl. BAG 28.03.1985 - 2 AZR 113/84 - BAGE 48, 220; 05.02.1998 - 2 AZR 227/97 - BAGE 88, 10; 12. August 1999 - 2 AZR 748/98 EzA SchwbG 1986 § 21 Nr. 10). Führt gerade der Ausschluss der ordentlichen Kündigung zu einer unzumutbaren Belastung des Arbeitgebers, weil dieser den Arbeitnehmer zwar nicht mehr beschäftigen kann, aber für lange Zeit zur Zahlung des vereinbarten Entgelts verpflichtet bleibt, kann ausnahmsweise auch eine außerordentliche Kündigung gerechtfertigt sein (BAG 28.03.1985 aaO; 5. Februar 1998 aaO; 12. August 1999 - 2 AZR 748/98 - aaO). In diesem Fall ist zur Vermeidung einer Benachteiligung der durch den Ausschluss der ordentlichen Kündigung gerade besonders geschützten Arbeitnehmer zwingend eine der ordentlichen Kündigungsfrist entsprechende Auslaufzeit einzuhalten (vgl. BAG 28.03.1985 - aaO; 05.02.1998 - 2 AZR 227/97 - aaO; 12.08.1999 - 2 AZR 748/98 - aaO).

Ähnlich ist die Interessenlage bei einer krankheitsbedingten Kündigung. Ist eine ordentliche Kündigung möglich, ist dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist regelmäßig zumutbar; eine außerordentliche Kündigung - mit notwendiger Auslaufzeit - kommt in der Regel nur dann in Betracht, wenn eine ordentliche Kündigung einzel- oder tarifvertraglich ausgeschlossen ist (BAG 18. Oktober 2000 - 2 AZR 627/99 - BAGE 96, 65) .

Anders liegen die Dinge bei einer auf Gründe im Verhalten des Arbeitnehmers gestützten Kündigung. Für die Reaktion auf Pflichtverstöße des Arbeitnehmers besteht kein Regel-Ausnahme-Verhältnis zwischen ordentlicher und außerordentlicher Kündigung. Eine außerordentliche Kündigung aus wichtigem Grund i.S.v. § 626 Abs. 1 BGB ist insoweit nicht etwa grundsätzlich ausgeschlossen. Vielmehr bildet die Schwere der Pflichtverletzung - unter Berücksichtigung aller sonstigen relevanten Einzelfallumstände - den Maßstab für die Prüfung, ob eine ordentliche, eine außerordentliche oder gar keine Kündigung gerechtfertigt ist (vgl. BAG 9. Juni 2011 - 2 AZR 323/10 - EzA BGB 2002 § 626 Nr. 36; 10. Juni 2010 - 2 AZR 541/09 - BAGE 134, 349). Ist die Schwelle zum wichtigen Grund i.S.d. § 626 Abs. 1 BGB überschritten, ist eine außerordentliche - fristlose - Kündigung zulässig, ohne dass es darauf ankäme, ob die ordentliche Kündigung ausgeschlossen ist oder nicht. Ist die Schwelle zum wichtigen Grund nicht erreicht, kann eine ordentliche Kündigung gerechtfertigt sein. Gegenüber einem ordentlich nicht kündbaren Arbeitnehmer ist diese aber ausgeschlossen. Pflichtverletzungen, die nicht zur sofortigen Auflösung des Arbeitsverhältnisses berechtigen, sollen eine (ordentliche) Kündigung gerade nicht rechtfertigen können. Es erscheint deshalb zweifelhaft, ob es mit dem Zweck der ordentlichen Unkündbarkeit zu vereinbaren ist, bei weniger schweren Pflichtverletzungen eine außerordentliche Kündigung mit Auslaufzeit zu ermöglichen, die der ausgeschlossenen ordentlichen Kündigung letztlich gleichkommt"

Das BAG (13.05.2015 EzA § 626 BGB 2002 Nr. 5) nimmt insoweit jedenfalls an, dass ein pflichtwidriges Verhalten, das bei einem Arbeitnehmer ohne tarifvertraglichen Sonderkündigungsschutz nur eine ordentliche Kündigung rechtfertigen würde, in Ausnahmefällen gerade wegen der infolge des Ausschlusses der ordentlichen Kündigung langen Bindungsdauer einen wichtigen Grund zur außerordentlichen Kündigung für den Arbeitgeber i.S.d. § 626 Abs. 1 BGB darstellen kann. Die Pflichtverletzung muss

einerseits so gravierend sein, dass sie im Grundsatz auch eine fristlose Kündigung rechtfertigen könnte. Andererseits müsste es dem Arbeitgeber auf Grund besonderer Umstände des Einzelfalls zumutbar sein, die (fiktive) ordentliche Kündigungsfrist dennoch einzuhalten. Dies kommt etwa dann in Betracht, wenn die Gefahr einer Wiederholung des Pflichtverstoßes zwar für den Lauf der ordentlichen Kündigungsfrist auszuschließen ist, nicht aber darüber hinaus. Zur Vermeidung eines Wertungswiderspruchs muss in einem solchen Fall allerdings zu Gunsten des Arbeitnehmers zwingend eine der fiktiven ordentlichen Kündigungsfrist entsprechende Auslaufrist eingehalten werden (BAG 13.05.2015 EzA § 626 BGB 2002 Nr. 50; abw. LAG BW 25.06.2014 - 4 Sa 35/14 -, LAGE § 626 BGB 2002 Nr. 48).

Des Weiteren ist zu berücksichtigen, dass das von der Beklagten dem Kläger vorgeworfene Fehlverhalten nicht im Rahmen der Erbringung seiner arbeitsvertraglichen Verpflichtungen erfolgt ist, sondern außerhalb dessen. Für außerdienstliche Pflichtverletzungen gilt Folgendes:

Eine außerdienstlich begangene Straftat verstößt danach gegen die Pflicht zur Rücksichtnahme gemäß § 241 Abs. 2 BGB, wenn sie einen Bezug zu den arbeitsvertraglichen Verpflichtungen oder der Tätigkeit des Arbeitnehmers hat und dadurch berechnete Interessen des Arbeitgebers oder anderer Arbeitnehmer verletzt werden. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn es negative Auswirkungen auf den Betrieb oder einen Bezug zum Arbeitsverhältnis hat. Fehlt ein solcher Zusammenhang, scheidet eine Pflichtverletzung regelmäßig aus (BAG 27.01.2011 EzA § 626 BGB 2002 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 10 = NZA 2011, 798). Ein derartiger Bezug zum Arbeitsverhältnis kann etwa dann gegeben sein, wenn ein Arbeitnehmer eine Straftat unter Nutzung von Betriebsmitteln oder betrieblichen Einrichtungen begeht, wenn sich der öffentliche Arbeitgeber staatlichen Ermittlungen ausgesetzt sieht oder wenn er mit der Straftat durch den Arbeitnehmer selbst in Verbindung gebracht wird (BAG 28.10.2010 EzA § 1 KSchG Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 78 = NZA 2011, 112).

In Anwendung dieser Grundsätze wäre eine Berücksichtigung des Fehlverhaltens des Klägers, so wie es ihm von der Beklagten vorgeworfen wird, nicht bereits von vornherein ausgeschlossen. Denn er hat sich in seinem Facebook Account selbst als Mitarbeiter der Beklagten erkenntlich gemacht, so dass damit ohne weiteres der notwendige Bezug zum Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien gegeben ist.

Gleichwohl sind die Voraussetzungen des § 626 Abs. 1 BGB im hier zu entscheidenden konkreten Lebenssachverhalt nicht erfüllt. Denn die von der Beklagten zum Anlass der streitgegenständlichen Kündigung genommenen Äußerungen des Klägers stellen keine Verletzungen der dem Kläger aus dem Arbeitsverhältnis erwachsenden vertraglichen Rücksichtnahmepflicht (§ 241 Abs. 2, 242 BGB) dar, jedenfalls nicht im Licht der in diesem Zusammenhang maßgeblich zu berücksichtigenden und verfassungsrechtlich geschützten Meinungsfreiheit (Artikel 5 Abs. 1 GG). Insoweit gilt:

Tragendes Merkmal des Schutzbereiches der Meinungsfreiheit ist die persönliche Meinung. Kennzeichnend ist ihre Subjektivität: Das Element der Stellungnahme des Dafürhaltens und Meinens im Rahmen einer geistigen Auseinandersetzung (Erfk/Schmidt Art. 5 GG Rn. 5). Unerheblich sind die Bedeutsamkeit, die Richtigkeit oder gar die Vernünftigkeit einer Äußerung (BVerfG 04.11.2009, NJW 2010, 47). Geschützt ist auch die Freiheit, die persönliche Wahrnehmung von Ungerechtigkeiten in subjektiver Emotionalität zu äußern (BVerfG 10.03.2016 NVwZ 2016, 761). Selbst polemische und

beleidigende Werturteile oder rechtsextremistische Äußerungen fallen in den Schutzbereich, soweit sie als Teil des Meinungskampfes verstanden werden müssen (BVerfG 08.12.2010 EuGRZ 2011, 88; ErfK/Schmidt Art. 5 GG Rn. 5).

Diese Grenze überschreitet erst die sog. Schmähekritik, die nur noch auf die Verunglimpfung einer Person abzielt, für die also Meinungsbildung - und sei es in noch so polemisch und zugespitzter Form - keine Rolle mehr spielt. Ihr fehlt der Sachbezug. Diese Ausnahme ist eng auszulegen (BVerfG 05.12.2008 - 1 BvR 1318/07, JurioRS 2008, 26691 = NJW 2009, 749; 13.12.2012, 3712; 02.07.2013 - 1 BvR 1751/12, JurionRS 2013, 42027 = NJW 2013, 3021; 28.07.2014 - 1 BvR 482/13; JurionRS 2014, 21977 = NJW 2014, 3357).

Beleidigt ein Arbeitnehmer seinen Arbeitgeber, seinen Vertreter und Repräsentanten, einen Vorgesetzten oder seine Arbeitskollegen grob, d. h. wenn die Beleidigung nach Form und Inhalt eine erhebliche Ehrverletzung für den Betroffenen bedeutet, stellt dies einen erheblichen Verstoß gegen seine vertragliche Pflicht zur Rücksichtnahme (§ 241 Abs. 2 BGB) aus dem Arbeitsverhältnis dar und kann einen wichtigen Grund für eine außerordentliche Kündigung an sich bilden (BAG 18. 12.2014 EzA Art. 5 GG Nr. 29 = NZA 2015. 797; 27. 09 2012 - 2 AZR 646/11 f., JurionRS 2012, 36815 NZA 2013. 808; 17. 07. 2011 EzA § 626 BGB 2002 Nr. 38 = NZA 2011. 1413; 10. 12. 2009 EzA § 626 BGB 2002 Nr. 29; 10.10.2002 EzA § 626 BGB 2002 Unkündbarkeit Nr 1; 06.11.2003 EzA § 1 KSchG Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 60; LAG RhPf 18.08.2011 NZA- RR 2012, 16; LAG SchIH 21.10.2009 LAGE § 626 BGB 2002 Nr. 25; LAG Nds. 12.02.2010 LAGE § 626 BGB 2002 Nr. 28; LAG Düssd.. 04.03.2016 LAGE Art. 5 GG Nr. 10; s.a. VGH München 22.04.2013 - 17 P 12/1862. NZA-RR 2013. 518; »Stinkefinger«: s.a. LAG Saarland 04.05.2016 LAGE § 626 BGB 2002 Nr. 64. NZA-RR 2016 473: Foto beim Toilettengang). Entsprechendes gib für bewusst wahrheitswidrig aufgestellte Tatsachenbehauptungen, etwa und insbesondere dann, wenn sie den Tatbestand der üblen Nachrede erfüllen (BAG 10.12.2009 EzA § 626 BGB 2002 Nr. 29 = NZA 2010, 698; 18.12.2014 EzA Art. 5 GG Nr. 29 = NZA 2015. 797). Allerdings ist bei der kündigungsrechtlichen Bewertung derartiger Entgleisungen stets Art. 5 Abs. 1. 2 GG, also das Grundrecht auf freie Meinungsäußerung zu beachten (BAG 06.11.2003 EzA § 1 KSchG Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 60: s.a. LAG BW 10.02.2010 LAGE Art. 5 GG Nr. 8 zu einem Internetbeitrag); »grob« ist insoweit eine besonders schwere, den Betroffenen kränkende Beleidigung, das heißt eine bewusste und gewollte Ehrkränkung aus gehässigen Motiven Die strafrechtliche Beurteilung ist kündigungsrechtlich nicht ausschlaggebend (BAG 25.11.2010 EzA (§ 626 BGB 2002 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 9; 25.10.2012 - 2 AZR 700/11, JurionRS 2012, 34885 NZA 2013. 371. LAG Nds. 12.02.2010 LAGE § 626 BGB 2002 Nr. 28). Ein Arbeitnehmer verletzt seine vertragliche Pflicht zur Rücksichtnahme (§ 241 Abs. 2 BGB), wenn er über seinen Arbeitgeber, seine Vorgesetzten oder Kollegen bewusst wahrheitswidrige Tatsachenbehauptungen aufstellt, insbesondere wenn sie den Tatbestand der üblen Nachrede erfüllen. Ein solches Verhalten kann je nach den Umständen einen wichtigen Grund zur Kündigung i.S.v. § 626 Abs. 1 BGB bilden (LAG 31.7.2014 EzA § 15 KSchG n.F. Nr 73 = NZA 2015. 245). Ein Arbeitnehmer kann sich für bewusst falsche Tatsachenbehauptungen nicht auf sein Recht auf freie Meinungsäußerung aus Art. 5 Abs. 1 GG berufen. Solche Behauptungen sind vom Schutzbereich des Grundrechts nicht umfasst. Anderes gilt für Äußerungen, die nicht Tatsachenbehauptungen, sondern ein Werturteil enthalten. Sie fallen in den Schutzbereich des Rechts auf Meinungsfreiheit. Dasselbe gilt für Äußerungen, in denen sich Tatsachen und Meinungen vermengen, sofern sie durch die Elemente der

Stellungnahme, des Dafürhaltens oder Meinens geprägt sind (BAG 18.12.2014 EzA Art 5 GG Nr. 29 = NZA 2015. 797). Zu den allgemeinen, das Grundrecht auf Meinungsfreiheit beschränkenden Gesetzen i.S.v. Art 5 Abs. 2 GG gehört auch § 241 Abs. 2 BGB. Meinungsfreiheit und beschränkendes Gesetz beeinflussen sich gegenseitig. Die Reichweite der Pflicht zur vertraglichen Rücksichtnahme muss unter Beachtung der Bedeutung des Grundrechts bestimmt, der Meinungsfreiheit muss dabei also die ihr gebührende Beachtung geschenkt werden und umgekehrt. Ob eine Äußerung ihrem Schwerpunkt nach als Meinungsäußerung oder als Tatsachenbehauptung anzusehen ist, beurteilt sich nach dem Gesamtkontext, in dem sie steht. Eine Trennung der tatsächlichen und der wertenden Bestandteile einer Äußerung ist nur zulässig, wenn dadurch ihr Sinn nicht verfälscht wird. Wo dies der Fall wäre, muss die Äußerung im Interesse eines wirksamen Grundrechtsschutzes insgesamt als Meinungsäußerung angesehen werden. Gilt für Meinungsäußerungen insbesondere im öffentlichen Meinungskampf - bei der Abwägung zwischen der Meinungsfreiheit und dem Rechtsgut, in dessen Interesse sie durch ein allgemeines Gesetz eingeschränkt werden kann, eine Vermutung zugunsten der freien Rede, gilt dies für Tatsachenbehauptungen nicht in gleicher Weise (BAG 18.12.2014 EzA Art. 5 GG Nr. 29 = NZA 2015. 707: s.a. LAG Düsseld.. 04.03.2016 LAGE Art. 5 GG Nr 10; EGMR 17.09.2015 NZA 2017, 237: Art. 10 EMRK).

Gleiches gilt für eine bewusste und gewollte Geschäftsschädigung. die geeignet ist, bei Geschäftspartnern Misstrauen in die Zuverlässigkeit des Arbeitgebers hervorzurufen. **Auch im Zusammenhang mit einer geplanten Betriebsratswahl darf ein Arbeitnehmer nicht wissentlich falsche, geschäftsschädigende Tatsachenbehauptungen über die betrieblichen Verhältnisse aufstellen und über digitale Medien verbreiten oder verbreiten lassen** (BAG 31.07.2014 EzA § 15 KSchG n.F. Nr. 73 = NZA 2015. 245) **Sachbezogene Kritik an den betrieblichen Gegebenheiten kann jedoch von der Meinungsäußerungsfreiheit des Arbeitnehmers gedeckt sein. Für die Grenzziehung kommt es auf den Inhalt und den Kontext der Äußerungen an. Um der Meinungsfreiheit gerecht zu werden, dürfen Gerichte einer Äußerung keine Bedeutung beilegen, die sie objektiv nicht hat. Bei Mehrdeutigkeit dürfen Äußerungen wegen eines möglichen Inhalts nicht Grundlage für nachteilige Folgen sein, ohne dass eine Deutung, die zu einem von der Meinungsfreiheit gedeckten Ergebnis führen würde, mit überzeugenden Gründen ausgeschlossen worden ist** (BAG 31.07.2014 EzA § 15 KSchG n.F. Nr. 73 = NZA 2015. 245; LAG Düsseld. 04.03.2016 LAGE Art 5 GG Nr. 10).

Werturteile sind über Art 5 Abs. 1 GG in weiterem Umfang geschützt als (unrichtige) Tatsachenbehauptungen. Sie sind nicht schon dann unzulässig, wenn es sich um überzogene, ungerechte oder ausfällige Kritik handelt, sondern erst dann, wenn sie den Charakter einer Schmähung annehmen. Das ist der Fall, wenn bei einer Äußerung nicht mehr die Auseinandersetzung in der Sache, sondern die Herabsetzung der Person im Vordergrund steht, die jenseits polemischer und zugespitzter Kritik diffamiert und gleichsam an den Pranger gestellt werden soll (LAG Düsseld. 04.03 2016 LAGE Art' 5 GG Nr 10; s a LAG Berlin-Brandenburg 02.10 2014, NZA-RR 2015 s. 125).

Der insoweit auch verfassungsrechtlich gesteckte Rahmen ist vorliegend möglicherweise teilweise überschritten. Das gilt zum einen für die "Witze" über Vorgesetzte, bei denen die Kammer entgegen der Auffassung des Arbeitsgerichts einen konkreten Bezug zum Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien für gegeben hält und damit zu konkreten Vorgesetzten des konkreten Arbeitnehmer Kläger. Das folgt schon daraus, dass

hinsichtlich des "Arschkriechergels" ein personalisierter Bezug ohne weiteres von einem kommentierenden Arbeitskollegen hergestellt werden konnte. Im Übrigen hat der Kläger selbst durch sein Posieren in gut kenntlicher Dienstbekleidung mit dem Firmenlogo der Beklagten und auch darüber hinaus sich eindeutig als Arbeitnehmer der Beklagten zu erkennen gegeben. Dass Vorgesetzte des Klägers damit in ihrer Ehre herabgewürdigt werden, bedarf nach Auffassung der Kammer keiner weiteren Erörterung. Ob dies letztlich durch die zuvor dargestellten Grundsätze zur Meinungsfreiheit ("Satire") im Einzelfall noch gedeckt ist, bedarf aber keiner abschließenden Entscheidung. Denn insoweit ist maßgeblich, dass eine Abmahnung als milderer Mittel im Hinblick auf das Prognoseprinzip ausgereicht hätte, eine ordnungsgemäße Vertragsdurchführung in Zukunft sicherzustellen. Zu berücksichtigen ist auch, dass es einem Arbeitnehmer ohne weiteres gestattet ist, Betriebsratsmitglieder zu kritisieren; insoweit gelten die gleichen Grundsätze. Dafür, dass eine Abmahnung als ausreichend anzusehen ist, spricht zum einen, dass der Eintrag "3 Promillos" keine Auswirkungen auf den Betriebsfrieden tatsächlich hatte; von etwaigen Strafanzeigen gegen den Kläger in diesem Zusammenhang lässt sich dem Akteninhalt und dem schriftsätzlichen Vorbringen der Parteien in beiden Rechtszügen nichts entnehmen. Zum anderen genügt es, die Verbindung zwischen dem Kläger und der Beklagten bei Facebook auszuschließen, um sicherzustellen, dass eine Verbindung zu bestimmten Vorgesetzten nicht mehr möglich ist. Insoweit ist vorliegend davon auszugehen, dass der Kläger dem nach Ausspruch einer Abmahnung nachgekommen wäre, zumal er die Verbindung zu seinem Arbeitgeber nach Zugang der streitgegenständlichen Kündigung tatsächlich gelöscht hat.

Hinsichtlich der Einträge in Bezug auf die "Flüchtlingsproblematik" sind die Voraussetzungen des § 130 Satz 1 Nr. 1 StGB nach Auffassung der Kammer ersichtlich nicht gegeben. Denn Voraussetzung dafür wäre ein Aufstacheln zum Hass oder zu Gewalt- oder Willkürmaßnahmen (Fischer, StGB 59. Auflage, § 130, Rn. 8). Folglich hat es dabei zu verbleiben, dass selbst polemische und beleidigende Werturteile oder rechtsextremistische Äußerungen in den Schutzbereich des Artikel 5 Abs. 1 GG fallen, soweit sie - trotz aller Niveaulosigkeit - als Teil des Meinungskampfes verstanden werden müssen. So gesehen bedeutet Meinungsfreiheit eben in erster Linie stets die Freiheit der anders Denkenden.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus einer Zusammenschau der Kündigungsgründe, ebenso wenig aus der Konzernbetriebsvereinbarung für Gleichbehandlung und kollegiales Miteinander - gegen Fremdenfeindlichkeit und antidemokratische Tendenzen. Denn unabhängig davon, wie derartige kollektive betriebsinterne Regelungen arbeitsrechtlich zu qualifizieren sind, an der hier zuvor dargestellten Pflichtenlage zwischen den Parteien vermögen sie nichts zu ändern. Zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang auch, dass der Kläger aufgrund seiner arbeitsvertraglich geschuldeten Tätigkeit keinen Kundenkontakt hat, so dass die Belange der Beklagten auch insoweit nicht beeinträchtigt sind. Dass es im Arbeitsverhältnis insoweit zu Auseinandersetzungen mit Arbeitskollegen anderer Nationalitäten, Herkunft, Rasse gekommen ist, hat die Beklagte selbst nicht behauptet. Nach alledem erweist sich die außerordentliche Kündigung also als unverhältnismäßig und damit rechtsunwirksam, weil eine Abmahnung das verhältnismäßigere Mittel gewesen wäre. Damit hätte unabhängig davon, ob überhaupt eine Arbeitspflichtverletzung gegeben ist, den berechtigten Belange der Beklagten hinreichend Rechnung getragen werden können. Allein durch die Löschung der Verknüpfung des Auftritts des Klägers bei Facebook mit der Identität des Arbeitgebers

wären nachteilige Auswirkungen des außerdienstlichen Verhaltens des Klägers auf das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis auszuschließen gewesen.

Aus den gleichen Gründen erweist sich auch die außerordentliche Kündigung mit Auslauffrist als unwirksam. Denn Voraussetzung dafür wäre, wie dargelegt, dass eine Pflichtverletzung gegeben ist, die im Grundsatz auch eine fristlose Kündigung rechtfertigen könnte. Daran fehlt es, wie dargelegt. Insoweit sind die vom BAG (13.05.2015, EzA § 626 BGB 2002 Nr. 50) aufgestellten Voraussetzungen ersichtlich nicht erfüllt.

Folglich hat der Kläger bis zum rechtskräftigen Abschluss des streitgegenständlichen Verfahrens Anspruch darauf, tatsächlich weiterbeschäftigt zu werden.

Nach alledem war die Berufung der Beklagten zurückzuweisen.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO.

Für eine Zulassung der Revision war nach Maßgabe der gesetzlichen Kriterien des § 72 ArbGG keine Veranlassung gegeben.

3.3 BGH: „Freunde finden“



BGH, 14.01.2016 - I ZR 65/14: Freunde finden

Leitsatz

1. *Einladungs-E-Mails, die der Anbieter eines sozialen Netzwerks im Internet an Empfänger sendet, die nicht Mitglieder des sozialen Netzwerks sind und in den Erhalt der E-Mails nicht ausdrücklich eingewilligt haben, stellen eine unzumutbare Belästigung im Sinne des § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG dar. (Rn.29)*

2. *Der Anspruchsinhaber muss sich im Rahmen der Verjährung das geschäftlich erlangte Wissen einer Person, die er mit der Erledigung bestimmter Angelegenheiten, insbesondere mit der Betreuung und Verfolgung des in Frage stehenden Anspruchs in eigener Verantwortung betraut hat (sog. Wissensvertreter), in analoger Anwendung des § 166 Abs. 1 BGB zurechnen lassen. (Rn.61)*

3. *Die Zurechnung privater Kenntnisse des Wissensvertreters findet nicht statt, sofern nicht ausnahmsweise der Anspruchsinhaber aus Gründen des Verkehrsschutzes zur Organisation eines innerbetrieblichen Informationsaustauschs verpflichtet ist, der auch privat erlangtes Wissen umfasst. (Rn.61)*

4. *Einem Verbraucherverband im Sinne des § 8 Abs. 3 Nr. 3 UWG ist das privat erlangte Wissen seiner Mitarbeiter über Wettbewerbsverstöße Dritter nicht analog § 166 Abs. 1 BGB zuzurechnen. (Rn.62)*

5. *Täuscht der Anbieter eines sozialen Netzwerks im Internet die Nutzer im Rahmen des Registrierungsvorgangs über Art und Umfang der mit dem Import von Kontaktdaten verbundenen Datennutzung, so handelt es sich um eine im Sinne des § 5 Abs. 1 Satz 1 UWG wettbewerbslich relevante Irreführung. (Rn.75) zuletzt Arbeitsleistung für die Beklagte. Seither befindet sich der Kläger in Kurzarbeit.*

Tatbestand

1 *Der Kläger ist der Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände. Die Beklagte betreibt in Europa die Internetplattform Facebook. Auf dieser Plattform bietet die Beklagte Nutzern die Möglichkeit, eine Profilseite einzurichten, auf der sie sich vorstellen und in die sie Fotos und Videos einstellen können. Darüber hinaus können über Facebook für alle Nutzer sichtbare oder persönliche Nachrichten ausgetauscht werden. Die Plattform ist über eine Programmierschnittstelle für die Anwendungen von dritten Anbietern geöffnet. Einnahmen erzielt die Beklagte vor allem über das Werbegeschäft.*

2 *Am 21. April 2010 erhielt die beim Kläger angestellte Frau T. eine an ihre Adresse "t.de" gerichtete E-Mail eines Bekannten, der sich bei "Facebook" hatte registrieren lassen. Mit dieser E-Mail wurde sie eingeladen, sich bei "Facebook" anzumelden. Eine Einwilligung in den Erhalt dieser E-Mail hatte die Mitarbeiterin des Klägers nicht erteilt. Am 8. Mai 2010 erhielt sie eine Erinnerungs-E-Mail. Zu diesem Zeitpunkt war die Funktion "Freunde finden" so gestaltet, dass der Nutzer jeden Kontakt der ihm angezeigten Adressenliste selbst markieren musste. Der Prozessbevollmächtigte des*

Klägers erhielt am 2. November 2010 ebenfalls eine Einladungs-E-Mail, ohne hierin eingewilligt zu haben.

3 Im November 2010 stellte die Beklagte Nutzern bei der Registrierung eine Anwendungsoption "Freunde finden" zur Verfügung, mit der der Nutzer unter Angabe seiner E-Mail-Adresse, seines E-Mail-Passwortes und nach Betätigung des Buttons "Freunde finden" das Durchsuchen seines E-Mail-Kontos und das Importieren von E-Mail-Adressen veranlassen konnte. Unterhalb des Buttons "Freunde finden" befand sich der Hinweis "Dein Passwort wird von Facebook nicht gespeichert". Dieser Hinweis war als Link ausgestaltet. Betätigte der Nutzer diesen Link, so erschien ein Fenster mit folgender Information:

Wir können die E-Mail-Adressen, die du mithilfe des Importeurs hochgeladen hast, dazu benutzen, um dir bei der Vernetzung mit deinen Freunden zu helfen. Dies beinhaltet auch das Generieren von Freundschaftsvorschlägen für dich und deine Kontakte auf Facebook.

4 Nach Betätigen des Buttons "Freunde finden" wurden zunächst die E-Mail-Adressen von Kontakten des Nutzers angeführt, die bereits Mitglieder von "Facebook" waren. Sodann wurden die E-Mail-Adressen von Kontakten des Nutzers, die nicht bei "Facebook" registriert waren, importiert und in einer Liste einzeln angeführt. War keine der Kontaktpersonen bereits Mitglied von "Facebook", wurde nur eine Liste angezeigt. Den Kontaktdaten war ein Feld vorangestellt, das ein voreingestelltes Häkchen enthielt, das entfernt werden konnte. Unter diesen Listen befanden sich Buttons mit der Beschriftung "Einladungen verschicken" und "Überspringen".

5 Der Kläger ist der Ansicht, die Einladungs-E-Mails, die an nicht bei Facebook registrierte Personen versandt worden seien, stellten eine belästigende Werbung dar. Die Beklagte informiere Nutzer anlässlich der Registrierung nicht in zutreffender Weise über die Verwendung der Funktion "Freunde finden" und führe die Nutzer und Empfänger in die Irre. Zudem liege ein Verstoß gegen datenschutzrechtliche Bestimmungen vor.

6 Die Beklagte sieht in den Einladungs-E-Mails und der Funktion "Freunde finden" kein wettbewerbsrechtlich unlauteres Verhalten. Sie hat die Einrede der Verjährung erhoben.

7 Der Kläger hat - soweit für die Revisionsinstanz noch von Bedeutung - beantragt, die Beklagte unter Androhung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000 €, ersatzweise Ordnungshaft, oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, letztere zu vollstrecken an ihren Vorständen, zu verurteilen, es zu unterlassen,

im Rahmen geschäftlicher Handlungen gegenüber Verbrauchern mit einem Wohnsitz in der Bundesrepublik Deutschland

1. Mitteilungen wie die aus Anlage Antrag 1 ersichtliche zu versenden und/oder versenden zu lassen, wenn die kontaktierten Verbraucher nicht zuvor eine Einwilligung in die Nutzung der E-Mail-Adresse erteilt haben;

2. Mitteilungen wie die aus Anlage Antrag 2 ersichtliche zu versenden und/oder versenden zu lassen, wenn die kontaktierten Verbraucher nicht zuvor eine Einwilligung in die Nutzung der E-Mail-Adresse erteilt haben;

3. im Rahmen des Registrierungsprozesses auf der Internetseite mit der Adresse www.facebook.de/com dem Verbraucher die Möglichkeit einzuräumen, durch Betätigen eines Textfeldes "Freunde finden" (wie aus dem als Anlage Antrag 3 beigefügten Bildschirmausdruck ersichtlich) Kontaktdaten, insbesondere E-Mail-Adressen, aus einer bestehenden Adressdatei in den Datenbestand bei Facebook zu importieren und im Registrierungsprozess auf die Tatsache, dass mit diesem Import das Generieren von Freundschaftsvorschlägen für die registrierende Person sowie die Kontaktpersonen verbunden ist, nur dadurch hinzuweisen, dass bei Betätigen des Links "Dein Passwort wird von Facebook nicht gespeichert" (ersichtlich aus Anlage Antrag 3) ein Pop-upfenster wie aus dem Bildschirmausdruck der Anlage Antrag 4 ersichtlich geöffnet wird.

8 Das Landgericht hat der Klage stattgegeben (Landgericht Berlin, K&R 2012, 300). Die Berufung der Beklagten war erfolglos (Kammergericht, K&R 2014, 280). Mit der vom Senat zugelassenen Revision, deren Zurückweisung der Kläger beantragt, verfolgt die Beklagte ihren Antrag auf Abweisung der Klage weiter.

Entscheidungsgründe

9 A. Das Berufungsgericht hat die Klage für zulässig und begründet erachtet. Hierzu hat es ausgeführt:

10 Die Klageanträge seien hinreichend bestimmt. Die Anträge 1 und 2 seien begründet, weil die Einladungs- und Erinnerungs-E-Mails als belästigende Werbung anzusehen seien. Eine Einwilligung der Adressaten liege unstreitig nicht vor. Die Beklagte hafte für den Versand der E-Mails als mittelbare Täterin. Sie habe eine entsprechende Funktion bereitgestellt, von der die Nutzer Gebrauch machten, ohne Kenntnis aller hierfür wesentlichen Umstände zu besitzen. Der Unterlassungsanspruch des Klägers sei auch nicht verjährt.

11 Der Klageantrag 3 sei begründet, weil das damit angegriffene Verhalten irreführende Werbung darstelle. Die Beklagte tarne die Einladungs-E-Mails als private E-Mails der im Absender genannten Freunde oder Bekannten, obwohl es sich um Werbung der Beklagten handle. Die Beklagte veranlasse mit der Gestaltung der Funktion "Freunde finden" die Nutzer dazu, ihr E-Mail-Konto der Beklagten zu offenbaren, und täusche darüber, dass anstelle einer Suche nach befreundeten Nutzern eine Werbung für die Beklagte ausgelöst werde. Auch die Empfänger der Einladungs-E-Mails würden getäuscht, weil sie von einer privaten Mitteilung ihres Freundes ausgingen.

12 B. Die gegen diese Beurteilung gerichtete Revision ist unbegründet.

13 I. Die Klage ist zulässig.

14 1. Die internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte, die auch unter Geltung des § 545 Abs. 2 ZPO in der Revisionsinstanz von Amts wegen zu prüfen ist (BGH, Urteil vom 19. März 2015 - I ZR 94/13, GRUR 2015, 1129 Rn. 12 = WRP 2015, 1326 - Hotelbewertungsportal), ergibt sich aus Art. 5 Nr. 3 der Brüssel-I-VO. Nach dieser Bestimmung kann eine Person, die ihren Wohnsitz im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats hat, in einem anderen Mitgliedstaat vor dem Gericht des Ortes, an dem das schädigende Ereignis eingetreten ist oder einzutreten droht, verklagt werden, wenn eine unerlaubte Handlung oder eine Handlung, die einer unerlaubten Handlung gleichgestellt ist, oder wenn Ansprüche aus einer solchen Handlung den Gegenstand des Verfahrens bilden. Gesellschaften haben gemäß Art. 60 Abs. 1 Buchst. a Brüssel-I-VO für die Anwendung

der Verordnung ihren Wohnsitz am Ort ihres satzungsmäßigen Sitzes. Die Beklagte ist in Irland ansässig und hat somit ihren Sitz im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats.

15 Zu den unerlaubten Handlungen gemäß Art. 5 Nr. 3 Brüssel-I-VO zählen auch unerlaubte Wettbewerbshandlungen, wie sie Gegenstand der Klage sind. Die Wendung "Ort, an dem das schädigende Ereignis eingetreten ist", bezeichnet sowohl den Ort des ursächlichen Geschehens als auch den Ort der Verwirklichung des Schadenserfolgs (vgl. EuGH, Urteil vom 19. April 2012 - C-523/10, GRUR 2012, 654 Rn. 19 - Wintersteiger/Products 4U; BGH, Urteil vom 24. September 2014 - I ZR 35/11, GRUR 2015, 264 Rn. 15 = WRP 2015, 347 - Hi Hotel II; Urteil vom 5. November 2015 - I ZR 91/11, GRUR 2016, 490 Rn. 17 = WRP 2016, 596 - Marcel-Breuer-Möbel II). Der Ort der Verwirklichung des Schadenserfolgs liegt nach den für Wettbewerbshandlungen geltenden Grundsätzen im Inland. Die mit den Klageanträgen 1 und 2 beanstandeten Mitteilungen sind den Empfängern im Inland zugegangen. Der mit dem Klageantrag 3 angegriffene Registrierungsverfahren richtet sich ebenfalls an inländische Nutzer.

16 2. Das Berufungsgericht hat die Klageanträge zutreffend als hinreichend bestimmt im Sinne des § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO angesehen.

17 a) Nach § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO darf ein Verbandsantrag nicht derart undeutlich gefasst sein, dass Gegenstand und Umfang der Entscheidungsbefugnis des Gerichts (§ 308 Satz 1 ZPO) nicht erkennbar abgegrenzt sind, sich der Beklagte deshalb nicht erschöpfend verteidigen kann und letztlich die Entscheidung darüber, was dem Beklagten verboten ist, dem Vollstreckungsgericht überlassen bleibt (st. Rspr.; vgl. BGH, Urteil vom 29. April 2010 - I ZR 202/07, GRUR 2010, 749 Rn. 21 = WRP 2010, 1030 - Erinnerungswerbung im Internet; Urteil vom 23. September 2015 - I ZR 78/14, GRUR 2015, 1201 Rn. 41 = WRP 2015, 1487 - Sparkassen-Rot/Santander-Rot).

18 b) Die Klageanträge umschreiben hinreichend konkret die Merkmale der Handlungen, die die Wettbewerbswidrigkeit des vom Kläger beanstandeten Verhaltens begründen sollen. Sie sind auf ein Verbot des beanstandeten Verhaltens gerichtet, wie es in der mit ihnen jeweils in Bezug genommenen konkreten Verletzungsform zum Ausdruck kommt (vgl. BGH, GRUR 2010, 749 Rn. 36 - Erinnerungswerbung im Internet; BGH, Urteil vom 9. Oktober 2014 - I ZR 167/12, GRUR 2014, 1224 Rn. 26 = WRP 2014, 1453 - ENERGY & VODKA).

19 Die in den Anträgen 1 und 2 enthaltene Formulierung "wenn die kontaktierten Verbraucher nicht zuvor eine Einwilligung in die Nutzung der E-Mail-Adresse erteilt haben" unterliegt ebenfalls keinen Zulässigkeitsbedenken, auch wenn sie sich an den Text des § 7 Abs. 2 Nr. 3 Fall 3 UWG anlehnt. Es handelt sich nicht um einen unzulässigen gesetzeswiederholenden Antrag (vgl. BGH, GRUR 2010, 749 Rn. 21 - Erinnerungswerbung im Internet). Die vom Kläger gewählte Formulierung ist gegenüber dem Gesetzeswortlaut dadurch konkretisiert, dass die Klageanträge die fehlende Einwilligung vor dem Versand der konkret bezeichneten Mitteilungen erwähnen (vgl. BGH, Urteil vom 10. Februar 2011 - I ZR 164/09, GRUR 2011, 963 Rn. 19 = WRP 2011, 1153 - Double-opt-in-Verfahren).

20 II. Das Berufungsgericht hat die Klageanträge 1 und 2 zu Recht für begründet erachtet. Die geltend gemachten Ansprüche folgen aus § 8 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 3 Nr. 3, § 7 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 3 Fall 3 UWG.

21 1. Anwendbar ist nach Art. 4 Abs. 1, Art. 6 Abs. 1 der Rom-II-Verordnung das deutsche Wettbewerbsrecht, weil nach Darlegung des Klägers die aus dem beanstandeten Verhalten folgende Beeinträchtigung - die unzumutbare Belästigung der Adressaten einer Mitteilung werblichen Charakters - in Deutschland eintritt.

22 2. Der Kläger hat die geltend gemachten Unterlassungsansprüche auf Wiederholungsgefahr (§ 8 Abs. 1 Satz 1 UWG) gestützt und sich zur Begründung auf die am 21. April 2010 bei seiner Mitarbeiterin T. und auf eine am 2. November 2010 bei seinem Prozessbevollmächtigten eingegangene Einladungs-E-Mail sowie auf eine am 8. Mai 2010 bei der Mitarbeiterin T. eingegangene Erinnerungs-E-Mail gestützt. Die Unterlassungsanträge sind daher nur dann begründet, wenn das beanstandete Verhalten der Beklagten nach dem zur Zeit der Begehung geltenden Recht gegen die Bestimmung des § 7 Abs. 1 und 2 Nr. 3 UWG verstieß. Da der Unterlassungsanspruch in die Zukunft gerichtet ist, muss das beanstandete Verhalten der Beklagten zudem nach dem zur Zeit der Entscheidung geltenden Recht gegen diese Bestimmung verstoßen und wettbewerbswidrig sein (st. Rspr.; vgl. nur BGH, Urteil vom 3. März 2011 - I ZR 167/09, GRUR 2011, 474 Rn. 13 = WRP 2011, 1054 - Kreditkartenübersendung; Urteil vom 6. November 2014 - I ZR 26/13, GRUR 2015, 504 Rn. 8 = WRP 2015, 565 - Kostenlose Zweitbrille, jeweils mwN). Die in der Zeit zwischen dem beanstandeten Verhalten und der Entscheidung durch das Gesetz gegen unseriöse Geschäftspraktiken vom 1. Oktober 2013 (BGBl I, S. 3714, 3716) sowie das Zweite Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vom 2. Dezember 2015 (BGBl I, S. 2158) erfolgten Änderungen haben § 7 Abs. 1 und 2 Nr. 3 sowie § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG nicht betroffen.

23 3. Nach § 7 Abs. 1 Satz 1 UWG ist eine geschäftliche Handlung unzulässig, durch die ein Marktteilnehmer in unzumutbarer Weise belästigt wird. Als Unterfall der belästigenden geschäftlichen Handlung (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG) ist in § 7 Abs. 1 Satz 2 UWG ausdrücklich eine unerwünschte Werbung aufgeführt. Gemäß § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG ist eine unzumutbare Belästigung stets anzunehmen bei Werbung unter Verwendung elektronischer Post, ohne dass eine vorherige ausdrückliche Einwilligung des Adressaten vorliegt.

24 Mit der Vorschrift des § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG hat der deutsche Gesetzgeber die in Art. 13 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58/EG über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation enthaltenen Vorgaben zum Schutz der Privatsphäre des Betroffenen vor unverlangt auf elektronischem Wege zugesandter Werbung umgesetzt (BGH, Urteil vom 16. Juli 2008 - VIII ZR 348/06, BGHZ 177, 253 Rn. 30 - Payback; Urteil vom 17. Juli 2008 - I ZR 75/06, GRUR 2008, 923 Rn. 10 = WRP 2008, 1328 - Faxanfrage im Autohandel). Die in § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG getroffene Regelung ist von dieser Richtlinienvorschrift abgedeckt und steht auch in Einklang mit Nr. 26 Anhang I der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken, der die Anwendung der Vorschriften der Datenschutzrichtlinie ausdrücklich unberührt lässt (Köhler in Köhler/Bornkamm, UWG, 34. Aufl., § 7 Rn. 97 und 182; MünchKomm.UWG/Leible, 2. Aufl., § 7 Rn. 150).

25 a) Nach den vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen haben die Mitarbeiterin des Klägers T. und der Prozessbevollmächtigte des Klägers jeweils eine wie in Anlage Antrag 1 gestaltete E-Mail erhalten. Bei Frau T. ist ferner die in Anlage Antrag 2 wiedergegebene E-Mail eingegangen. Weder Frau T. noch der

Prozessbevollmächtigte des Klägers hatten in den Empfang derartiger E-Mails eingewilligt.

26 b) Ohne Erfolg wendet sich die Revision gegen die Annahme des Berufungsgerichts, die in Anlage Antrag 1 wiedergegebene Einladungs-E-Mail und die in Anlage Antrag 2 wiedergegebene Erinnerungs-E-Mail seien als Werbung der Beklagten im Sinne von § 7 Abs. 1 Satz 2, § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG für die von ihr unter facebook.de und facebook.com angebotene Dienstleistung anzusehen.

27 aa) Nach der Rechtsprechung des Senats umfasst der Begriff der Werbung, der weder im Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb noch in der Richtlinie 2002/58/EG über den Datenschutz in der elektronischen Kommunikation definiert ist, schon nach dem allgemeinen Sprachgebrauch alle Maßnahmen eines Unternehmens, die auf die Förderung des Absatzes seiner Produkte oder Dienstleistungen gerichtet sind. Damit ist außer der unmittelbar produktbezogenen Werbung auch die mittelbare Absatzförderung - beispielsweise in Form der Imagewerbung oder des Sponsoring - erfasst. Werbung ist deshalb in Übereinstimmung mit Art. 2 Buchst. a der Richtlinie 2006/114/EG über irreführende und vergleichende Werbung jede Äußerung bei der Ausübung eines Handels, Gewerbes, Handwerks oder freien Berufs mit dem Ziel, den Absatz von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen zu fördern (BGH, Urteil vom 20. Mai 2009 - I ZR 218/07, GRUR 2009, 980 Rn. 13 = WRP 2009, 1246 - E-Mail-Werbung II; Urteil vom 12. September 2013 - I ZR 208/12, GRUR 2013, 1259 Rn. 17 = WRP 2013, 1579 - Empfehlungs-E-Mail; vgl. auch BGH, GRUR 2008, 923 Rn. 11 ff. - Faxanfrage im Autohandel).

28 Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union erfasst die in Art. 2 Buchst. a der Richtlinie 2006/114/EG über irreführende und vergleichende Werbung niedergelegte besonders weite Definition sehr unterschiedliche Formen von Werbung. Der Begriff der Werbung ist daher in keiner Weise auf die Formen klassischer Werbung beschränkt (EuGH, Urteil vom 11. Juli 2013 - C-657/11, GRUR 2013, 1049 Rn. 35 = WRP 2013, 1161 - Belgian Electronic Sorting Technology NV/Peelaers u.a.).

29 bb) Nach diesen Maßstäben, die auch das Berufungsgericht seiner Entscheidung zugrunde gelegt hat, ist eine Empfehlungs-E-Mail, mit der auf eine Internetplattform eines Unternehmens hingewiesen wird, als Werbung im Sinne von § 7 Abs. 1 Satz 2, § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG anzusehen (vgl. Köhler in Köhler/Bornkamm aaO § 7 Rn. 201).

30 (1) Das Berufungsgericht hat angenommen, die beanstandeten Einladungs-E-Mails zielten aus Sicht der angesprochenen Verkehrskreise darauf, Personen, die noch nicht Mitglieder der von der Beklagten unterhaltenen Internet-Plattform seien, auf diese aufmerksam zu machen und so neue Mitglieder für die Plattform zu gewinnen. Damit werde auch für die von der Beklagten gewerblich angebotene Dienstleistung geworben.

31 (2) Diese Beurteilung ist frei von Rechtsfehlern. Der Adressat einer Einladungs-E-Mail wird nicht nur auf das Profil des einladenden Nutzers und dessen Wunsch aufmerksam gemacht, den Adressaten seinem Freundeskreis hinzuzufügen, sondern zugleich auch auf die Möglichkeit hingewiesen, auf "Facebook" ein eigenes Nutzerprofil zu erstellen. Die Einladungs-E-Mails enthalten zudem einen Link, über den sich der Adressat unmittelbar bei "Facebook" registrieren kann. Mithin dienen sie der Vergrößerung der Nutzergemeinschaft von "Facebook" und damit jedenfalls auch der Förderung des Absatzes von Dienstleistungen von "Facebook".

32 c) Ohne Erfolg wendet sich die Revision ferner gegen die Annahme des Berufungsgerichts, der werbliche Charakter der Einladungs-E-Mails werde nicht dadurch in Frage gestellt, dass ihre Versendung letztlich auf dem Willen des sich bei "Facebook" registrierenden Nutzers beruhe.

33 aa) An einer belästigenden Werbung im Sinne von § 7 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 Nr. 3 UWG kann es allerdings fehlen, wenn bei einer durch einen Dritten ausgesprochenen Empfehlung der private Charakter der Mitteilung im Vordergrund steht, so dass die Mitteilung letztlich als positive Äußerung über das Unternehmen oder die von ihm angebotenen Waren und Dienstleistungen, nicht jedoch als werbende Äußerung des Unternehmens selbst anzusehen ist (vgl. Ohly in Ohly/Sosnitza, UWG, 6. Aufl., § 7 Rn. 67; Deßhilles, K&R 2014, 7, 8; Schirmbacher/Schätzle, WRP 2014, 1143, 1144). Hiervon ist nach der Rechtsprechung des Senats jedoch regelmäßig nicht auszugehen, wenn der Versand der Mitteilung mithilfe einer vom Unternehmer auf der eigenen Internetseite oder Plattform bereitgestellten Empfehlungsfunktion erfolgt. Eine derartige Funktion hat erfahrungsgemäß den Zweck, Dritte auf die eigene Leistung aufmerksam zu machen, so dass der werbliche Charakter einer mit ihrer Hilfe versandten Empfehlungs-E-Mail nicht anders zu beurteilen ist als eine Werbe-E-Mail, die das Unternehmen dem Adressaten selbst übermittelt hat (vgl. BGH, GRUR 2013, 1259 Rn. 19 - Empfehlungs-E-Mail).

34 bb) Das Berufungsgericht ist unter Zugrundelegung dieser Maßstäbe zutreffend davon ausgegangen, dass die Einrichtung der Empfehlungsfunktion vorliegend darauf zielte, die Adressaten einer Einladungs-E-Mail auch auf die Leistungen der Beklagten aufmerksam zu machen.

35 Das über die Plattform der Beklagten bereitgestellte Netzwerk dient seinen Nutzern zwar dazu, Kontakte herzustellen und zu pflegen, so dass der Nutzer selbst ein Interesse daran hat, seinen Freundeskreis bei "Facebook" zu erweitern (Schöler in Harte/Henning, UWG, 3. Aufl., 7 Rn. 335). Die "Freunde finden"-Funktion dient jedoch auch der Förderung des Absatzes der Beklagten. Das Berufungsgericht hat festgestellt, dass diese Funktion dem Nutzer die manuelle Eingabe der E-Mail-Adressen bestimmter Personen abnimmt, die er als mögliche Freunde vor Augen hat, und stattdessen über einen Zugriff auf sein E-Mail-Konto automatisiert eine breite Auswahl an möglichen Adressaten eines Einladungsschreibens zur Verfügung stellt. Zudem enthalten die Einladungs-E-Mails einen Link, über den der Angesprochene zum Registrierungsvorgang bei der Beklagten geleitet wird. Zweck dieser Funktion ist mithin, den Kreis der über den einzelnen Nutzer hinzugewonnenen Mitglieder der Beklagten möglichst weit zu ziehen und damit auch den Werbetreibenden, über die die Beklagte ihre Einnahmen erzielt, ein breites Publikum zur Verfügung zu stellen (vgl. MünchKomm.UWG/Leible aaO § 7 Rn. 170).

36 d) Die mithilfe der "Freunde finden"-Funktion versandten Einladungs-E-Mails stehen in objektivem Zusammenhang mit der Förderung des Absatzes der von der Beklagten angebotenen Dienstleistung. In ihrem Versand ist daher eine der Beklagten zuzurechnende geschäftliche Handlung gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG zu sehen (vgl. Köhler in Köhler/Bornkamm aaO § 2 Rn. 15 und § 7 Rn. 16).

37 e) Die Revision wendet sich ferner ohne Erfolg dagegen, dass das Berufungsgericht auch die Erinnerungs-E-Mails (Anlage Antrag 2) nicht als private Mitteilungen der Nutzer, sondern als Werbung der Beklagten für ihr Unternehmen angesehen hat.

38 *Nach den vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen erscheint die Beklagte aus Sicht der angesprochenen Verkehrskreise nach Inhalt und Gestaltung dieser Erinnerungs-E-Mail unmittelbar als deren Absender. Diese Beurteilung lässt im Hinblick darauf keine Rechtsfehler erkennen, dass die Erinnerungs-E-Mail neben dem Hinweis auf den Wunsch des Einladenden, den Adressaten als Freund auf "Facebook" zu gewinnen, und neben einem Link zum Registrierungsvorgang eine allgemeine Anpreisung der Vorzüge der Plattform enthält, die mit der Aufforderung verbunden ist, sich "noch heute" als Mitglied zu registrieren. Bei dieser Sachlage ist für eine Einordnung der Mitteilung als private Kommunikation zwischen potentiellen "Facebook"-Freunden kein Raum.*

39 *4. Im Ergebnis ohne Erfolg wendet sich die Revision gegen die Annahme des Berufungsgerichts, die Beklagte hafte als Täterin für die belästigende Werbung. Hierbei kommt es allerdings - entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts - nicht darauf an, ob die Beklagte das Geschehen beherrscht, weil sie die Nutzer der "Freunde finden"-Funktion über den Kreis der potentiellen Empfänger und den werblichen Charakter der Einladungs-E-Mails im Unklaren lässt.*

40 *a) Die Frage, ob sich jemand als Täter, Mittäter, Anstifter oder Gehilfe in einer seine zivilrechtliche Haftung begründenden Weise an einer deliktischen Handlung beteiligt hat, beurteilt sich nach den im Strafrecht entwickelten Grundsätzen. Täter ist danach, wer die Zuwiderhandlung selbst oder in mittelbarer Täterschaft begeht (§ 25 Abs. 1 StGB). Mittäterschaft (vgl. § 830 Abs. 1 Satz 1 BGB) erfordert eine gemeinschaftliche Begehung, also ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken (st. Rspr.; vgl. nur BGH, Urteil vom 25. April 2012 - I ZR 105/10, GRUR 2012, 1279 Rn. 38 = WRP 2012, 1517 - DAS GROSSE RÄTSELHEFT; Urteil vom 5. Februar 2015 - I ZR 240/12, GRUR 2015, 485 Rn. 35 = WRP 2015, 577 - Kinderhochstühle III). Als Täter einer unzulässigen geschäftlichen Handlung im Sinne von § 2 Abs. 1 Nr. 1, § 7 Abs. 1 Satz 1 und 2 sowie Abs. 2 Nr. 3 UWG kommt hiernach zunächst derjenige in Betracht, der den objektiven Tatbestand der Norm selbst adäquat kausal verwirklicht hat (vgl. BGH, Urteil vom 10. Februar 2011 - I ZR 183/09, GRUR 2011, 340 Rn. 30 = WRP 2011, 459 - Irische Butter).*

41 *b) Nach der Rechtsprechung des Senats reicht es für einen Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb gemäß § 823 Abs. 1, § 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB durch Zusendung einer E-Mail mit werblichem Inhalt aus, dass das in Anspruch genommene Unternehmen auf seiner Internetseite eine Weiterempfehlungsfunktion vorhält, deren sich Dritte zur Versendung einer Mitteilung bedienen, in der das Unternehmen als Absender ausgewiesen wird. Mit diesem Verhalten hat das Unternehmen gezielt die adäquat kausale Ursache dafür gesetzt, dass der Empfänger eine dem Unternehmen schon aufgrund der äußeren Gestaltung der Mitteilung zurechenbare unerwünschte Werbung erhält; es haftet daher als Täter (vgl. BGH, GRUR 2013, 1259 Rn. 23 - Empfehlungs-E-Mail). Für eine unzulässige Werbung gemäß § 7 Abs. 1 Satz 1 und 2 sowie Abs. 2 Nr. 3 Fall 3 UWG gilt nichts Abweichendes (vgl. Köhler in Köhler/Bornkamm aaO § 7 Rn. 201).*

42 *c) Von einer täterschaftlichen Haftung ist auch das Berufungsgericht ausgegangen. Es hat allerdings angenommen, dass in den beanstandeten Einladungs-E-Mails nicht das werbende Unternehmen, sondern der jeweilige Nutzer als Absender erscheine. Die mit den Einladungs-E-Mails versandte Mitteilung könne der Beklagten lediglich deshalb zugerechnet werden, weil sie das Verhalten der die Mitteilung versendenden "Facebook"-*

Nutzer beeinflusse. Dem kann nicht zugestimmt werden. Es handelt sich hierbei vielmehr erkennbar um der Beklagten zuzurechnende Nachrichten.

43 d) Die im Wesentlichen auf tatrichterlichem Gebiet liegende Feststellung und Beurteilung der Verkehrsauffassung durch das Berufungsgericht, nach der die Adressaten der Einladungs-E-Mails diese als private Mitteilung des Nutzers der Internetplattform der Beklagten auffassen und auch der jeweilige Nutzer der "Freunde-Finden"-Funktion als Absender derselben erscheint, ist im Revisionsverfahren nur daraufhin zu überprüfen, ob das Berufungsgericht bei seiner Würdigung den Tatsachenstoff fehlerfrei ausgeschöpft und seine Beurteilung frei von Widersprüchen mit Denkgesetzen oder Erfahrungssätzen vorgenommen hat (st. Rspr.; vgl. nur BGH, GRUR 2015, 504 Rn. 16 - Kostenlose Zweitbrille; BGH, Urteil vom 12. Februar 2015 - I ZR 36/11, GRUR 2015, 403 Rn. 21 = WRP 2015, 444 - Monsterbacke II).

44 aa) Im Streitfall hat das Berufungsgericht nicht hinreichend berücksichtigt, dass für die Ermittlung des Verkehrsverständnisses auf den Gesamteindruck abzustellen ist, den das beanstandete Schreiben vermittelt (BGH, Urteil vom 18. Januar 2012 - I ZR 104/10, GRUR 2012, 942 Rn. 16 = WRP 2012, 1094 - Neurologisch/Vaskuläres Zentrum; Urteil vom 20. Februar 2013 - I ZR 175/11, GRUR 2013, 1058 Rn. 19 = WRP 2013, 1333 - Kostenvergleich bei Honorarfactoring; Urteil vom 18. September 2013 - I ZR 65/12, GRUR 2014, 494 Rn. 14 = WRP 2014, 559 - Diplomierte Trainerin). Es hat ferner bei seiner Beurteilung nicht dem Erfahrungssatz Rechnung getragen, dass der situationsadäquat aufmerksame Adressat eine ihm zugewandene Nachricht nicht nur ausschnittsweise, sondern in ihrer Gesamtheit zur Kenntnis nimmt (vgl. BGH, GRUR 2014, 1224 Rn. 15 - ENERGY & VODKA). Bei der Beurteilung des Verkehrsverständnisses sind daher nicht nur die Angaben zum Absender der Einladungs-E-Mail und die an den Adressaten gerichtete Mitteilung über die Einrichtung eines "Facebook"-Profils durch den Absender, sondern auch die weiteren Textbestandteile der Nachricht und deren äußere Gestaltung zu berücksichtigen.

45 bb) Für die Annahme des Berufungsgerichts, als Absender der Einladungs-E-Mail sei aus Sicht der Adressaten nicht die Beklagte, sondern der jeweilige Nutzer der "Freunde finden"-Funktion ausgewiesen, spricht zwar, dass im Kopf der E-Mail der Name des jeweiligen "Facebook"-Nutzers erscheint. Hinter dieser Absenderangabe ist jedoch keine private E-Mail-Adresse, sondern ein Funktionspostfach angegeben.

46 Auch der folgende Text der in der Anlage Antrag 1 abgebildeten Einladungs-E-Mail ist nur vordergründig als persönliche Botschaft des als Unterzeichner Angegebenen ausgestaltet (vgl. hierzu BGH, Urteil vom 29. Mai 2008 - I ZR 189/05, GRUR 2008, 1121 Rn. 20 = WRP 2008, 1560 - Freundschaftswerbung im Internet). Dieser lautet:

Betreff: Schau dir meine Fotos auf Facebook an - von dir ist bestimmt auch eins dabei

Ich habe ein Facebook-Profil erstellt, in dem ich meine Bilder, Videos und Veranstaltungen posten kann, und möchte dich als Freundin hinzufügen, damit du diese sehen kannst. Zuerst musst du Facebook beitreten! Sobald du dich registriert hast, kannst du ebenfalls dein eigenes Profil erstellen.

Grüße

Schon der dort enthaltene Hinweis auf die Notwendigkeit des Beitritts weist den Adressaten darauf hin, dass ihm nicht nur eine privat veranlasste Aufforderung

übermittelt wird, sich dem Freundeskreis des Unterzeichners der E-Mail auf "Facebook" anzuschließen, sondern auch eine Aufforderung, die von einem Unternehmen angebotenen Leistungen selbst in Anspruch zu nehmen. Die über die bloße Einladung, den bereits eingerichteten Account des Absenders zu betrachten, hinausgehende Aufforderung, einen eigenen Account einzurichten, ordnet der angesprochene Verkehr schon angesichts des erkennbar vorformulierten Texts nicht dem "Facebook"-Nutzer zu.

47 cc) Der Empfänger der Einladungs-E-Mail wird ferner auch den sich an die Grußformel anschließenden Text zur Kenntnis nehmen, der mehrere elektronische Verweise zu "Facebook"-eigenen Seiten beinhaltet und wie folgt lautet:

Um dich für Facebook zu registrieren, folge dem untenstehenden Link ... Already have an account? Add this email address to your account ... Wenn du diese Art von E-Mails von Facebook in Zukunft nicht mehr erhalten möchtest, klicke bitte auf den Link unten, um sie abzubestellen. ... Die Facebook-Büros befinden sich hier ... Click here to report this email as spam:

48 Der werbliche und unmittelbar auf die Beklagte als Verfasserin der Einladungs-E-Mail hinweisende Charakter dieses Textes relativiert den nur auf den ersten Blick persönlich erscheinenden Eindruck und weist den Adressaten der Einladungs-E-Mail darauf hin, dass diese maßgeblich von der Beklagten gestaltet ist, von der auch die mehrfach ausgesprochene Aufforderung ausgeht, sich als Mitglied bei "Facebook" zu registrieren.

49 dd) In der Gesamtschau wird der Adressat der Einladungs-E-Mail erkennen, dass der Versand der Empfehlungs-E-Mail auf die Beklagte zurückgeht, die mit dieser Mitteilung auf ihre Internet-Plattform und die dort angebotenen Dienstleistungen aufmerksam machen will. Darauf, dass ihr Versand auf die Aktivierung der "Freunde finden"-Funktion durch den Nutzer der Internet-Plattform der Beklagten zurückgeht, und darauf, ob der einzelne Nutzer von der "Freunde finden"-Funktion in Kenntnis des werblichen Charakters der zu versendenden Nachricht und des über bereits bei "Facebook" registrierte hinausgehenden potentiellen Adressatenkreises Gebrauch macht, kommt es nicht entscheidend an (vgl. BGH, GRUR 2013, 1259 Rn. 23 - Empfehlungs-E-Mail).

50 5. Die Beurteilung des Berufungsgerichts, die Beklagte hafte täterschaftlich für den Versand der Erinnerungs-E-Mail, lässt ebenfalls keinen Rechtsfehler erkennen. Das Berufungsgericht ist insoweit vielmehr zu Recht davon ausgegangen, dass die unmittelbar auf die Beklagte als Absenderin hinweisende Erinnerungs-E-Mail nach den mit Urteil des Senats vom 12. September 2013 (GRUR 2013, 1259 Rn. 23 - Empfehlungs-E-Mail) aufgestellten Grundsätzen ohne weiteres als der Beklagten zurechenbare werbliche Mitteilung anzusehen ist.

51 6. Die Übersendung von E-Mails mit werblichem Inhalt an Empfänger, die hierin nicht zuvor ausdrücklich eingewilligt haben, führt gemäß § 7 Abs. 2 UWG stets zu einer unzumutbaren Belästigung, ohne dass es einer Interessenabwägung im Einzelfall bedarf (vgl. [zu § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG 2004] BGH, Beschluss vom 10. Dezember 2009 - I ZR 201/07, CR 2010, 525 Rn. 10; Köhler in Köhler/Bornkamm aaO § 7 Rn. 200; MünchKomm.UWG/Leible aaO § 7 Rn. 95; Ohly in Ohly/Sosnitza aaO § 7 Rn. 34).

52 7. Das Berufungsgericht hat die für den geltend gemachten Unterlassungsanspruch nach § 8 Abs. 1 Satz 1 UWG erforderliche Wiederholungsgefahr zutreffend bejaht. Ist es - wie im Streitfall - zu einem Wettbewerbsverstoß gekommen, streitet eine tatsächliche Vermutung für die Wiederholungsgefahr (st. Rspr.; vgl. nur BGH, Beschluss vom 16. November 1995 - I ZR 229/93, GRUR 1997, 379 - Wegfall der Wiederholungsgefahr II; Urteil vom 25. Oktober 2001 - I ZR 29/99, GRUR 2002, 717, 719 = WRP 2002, 679 - Vertretung der Anwalts-GmbH).

53 Die von der Beklagten vorgetragene Änderungen des Registrierungsverfahrens im Januar 2011, die sich auch auf die "Freunde finden"-Funktion bezogen haben sollen, haben nicht zum Wegfall der Wiederholungsgefahr geführt. Die durch einen bereits begangenen Wettbewerbsverstoß begründete tatsächliche Vermutung für das Vorliegen einer Wiederholungsgefahr kann regelmäßig nur durch die Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung ausgeräumt werden. Sie entfällt nicht schon mit der Einstellung oder Änderung des beanstandeten Verhaltens (vgl. BGH, Urteil vom 30. April 2014 - I ZR 170/10, GRUR 2014, 1120 Rn. 31 = WRP 2014, 1304 - Betriebskrankenkasse II). Somit besteht auch im Streitfall die Wiederholungsgefahr fort.

54 8. Ohne Erfolg wendet sich die Revision ferner gegen die Beurteilung des Berufungsgerichts, der Durchsetzung der mit den Klageanträgen 1 und 2 geltend gemachten Unterlassungsansprüche stehe die von der Beklagten erhobene Einrede der Verjährung nicht entgegen.

55 a) Nach § 11 Abs. 1 UWG verjähren Unterlassungsansprüche aus § 8 UWG in sechs Monaten. Die Verjährungsfrist beginnt gemäß § 11 Abs. 2 UWG, wenn der Anspruch entstanden ist (Nr. 1) und der Gläubiger von den den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen müsste (Nr. 2). Ein - wie hier - auf Wiederholungsgefahr nach § 8 Abs. 1 Satz 1 UWG gestützter Unterlassungsanspruch entsteht mit der Begehung der die Wiederholungsgefahr begründenden Verletzungshandlung (BGH, Urteil vom 14. Mai 2009 - I ZR 82/07, GRUR 2009, 1186 Rn. 13 = WRP 2009, 1505 - Mecklenburger Obstbrände). Begeht der Verletzer - etwa durch den Versand gleichlautender Schreiben - mehrere gleichgelagerte Rechtsverstöße, so setzt jede dieser Handlungen eine eigenständige Verjährungsfrist in Lauf (vgl. BGH, Urteil vom 14. Januar 1999 - I ZR 203/96, GRUR 1999, 751, 754 = WRP 1999, 816 - Güllepumpen, mwN; Köhler in Köhler/Bornkamm aaO § 11 Rn. 1.22; Schulz in Harte/Henning aaO § 11 Rn. 75; Sosnitza in Ohly/Sosnitza aaO § 11 Rn. 20; Fezer/Büscher, UWG, 2. Aufl., § 11 Rn. 25).

56 b) Vorliegend sind die Einladungs-E-Mails, auf die sich der Kläger zur Begründung des auf Wiederholungsgefahr gestützten, mit dem Klageantrag 1 geltend gemachten Unterlassungsanspruchs berufen hat, nach den vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen bei der Mitarbeiterin des Klägers T. am 21. April 2010 und beim Prozessbevollmächtigten des Klägers am 2. November 2010 eingegangen. Die Erinnerungs-E-Mail, auf die der Kläger den mit dem Klageantrag 2 geltend gemachten Unterlassungsanspruch stützt, hat die Mitarbeiterin des Klägers am 8. Mai 2010 erhalten.

57 Die Klage ist am 15. November 2010 bei Gericht eingegangen, wobei die durch die Zustellung der Klage am 6. April 2011 ausgelöste Hemmung der Verjährung (§ 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB) nach der von der Revision nicht angegriffenen Würdigung des Berufungsgerichts gemäß § 167 ZPO auf den Zeitpunkt der Klageeinreichung am 15. November 2010 zurückgewirkt hat. Die Klage ist daher nur dann rechtzeitig erhoben,

wenn der Kläger von den mit der Klage verfolgten Wettbewerbsverstößen erst nach dem 15. Mai 2010 Kenntnis erlangt hat oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen musste. Dies ist zunächst hinsichtlich der Einladungs-E-Mail, die der Prozessbevollmächtigte des Klägers erst am 2. November 2011 erhalten hat, der Fall. Das Berufungsgericht ist ferner im Ergebnis zu Recht davon ausgegangen, dass sich der Kläger auch hinsichtlich der Erinnerungs-E-Mail keine frühere Kenntnis dieses Wettbewerbsverstößes entgegenhalten lassen muss.

58 c) Das Berufungsgericht hat angenommen, für die subjektive Kenntnis von den anspruchsbegründenden Tatsachen komme es nicht auf die Kenntnis der Frau T. , sondern auf diejenige der Sachbearbeiterin Frau E. des Klägers an. Diese habe nach Darstellung des Klägers erst am 23. Juni 2010 von der Erinnerungs-E-Mail erfahren. Eine frühere Kenntnis habe die insoweit darlegungs- und beweisbelastete Beklagte nicht dargelegt. Diese Beurteilung hält der rechtlichen Nachprüfung stand.

59 d) Ohne Erfolg wendet sich die Revision gegen die Annahme des Berufungsgerichts, der Kläger müsse sich die Kenntnis der Frau T. von der am 8. Mai 2010 bei ihr eingegangenen Erinnerungs-E-Mail nicht zurechnen lassen.

60 aa) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist hinsichtlich der subjektiven Voraussetzungen für den Beginn der Verjährungsfrist grundsätzlich auf die Person des Gläubigers abzustellen. Im Fall der gesetzlichen Vertretung muss sich der Vertretene das Wissen seines gesetzlichen Vertreters zurechnen lassen. Demgegenüber ist die Kenntnis eines rechtsgeschäftlichen Vertreters für den Verjährungsbeginn regelmäßig unerheblich. Die Vorschrift des § 166 BGB ist in diesem Bereich wegen des Zwecks der Verjährungsvorschriften nicht anwendbar (BGH, Urteil vom 23. Januar 2014 - III ZR 436/12, NJW 2014, 1294 Rn. 15).

61 Nach Treu und Glauben ist es einem Anspruchsteller allerdings verwehrt, sich auf eigene Unkenntnis zu berufen, wenn er sich eines sogenannten Wissensvertreters bedient, den er mit der Erledigung bestimmter Angelegenheiten, insbesondere mit der Betreuung und Verfolgung des in Frage stehenden Anspruchs in eigener Verantwortung betraut hat. In dieser Konstellation muss sich der Anspruchsteller vielmehr das Wissen des Dritten in analoger Anwendung des § 166 Abs. 1 BGB zurechnen lassen (st. Rspr.; vgl. nur BGH, Urteil vom 23. Januar 2007 - XI ZR 44/06, BGHZ 171, 1 Rn. 35; Urteil vom 23. Januar 2014 - III ZR 436/12, NJW 2014, 1294 Rn. 16). Weil diese Wissenszurechnung auf der Erwägung beruht, dass der Geschäftsherr aus einer geschäftsorganisatorisch bedingten Wissensaufspaltung keine Vorteile ziehen soll, findet zwar eine Zurechnung geschäftlich erlangten Wissens, nicht aber privater Kenntnisse statt, sofern nicht ausnahmsweise der Geschäftsherr aus Gründen des Verkehrsschutzes zur Organisation eines Informationsaustauschs verpflichtet ist, der auch privat erlangtes Wissen umfasst (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juni 2007 - XI ZR 277/05, NJW 2007, 2989 Rn. 14; Palandt/Ellenberger, BGB, 74. Aufl., § 199 Rn. 25; ders. § 166 Rn. 6; Köhler in Köhler/Bornkamm aaO § 11 Rn. 1.27; Staudinger/Schilken, Neubearbeitung 2014, § 166 Rn. 6; MünchKomm.BGB/Schubert, 7. Aufl., § 166 Rn. 57; Buck-Heeb, WM 2008, 281, 282).

62 bb) Danach ist dem Kläger das Wissen der Frau T. über die bei ihr am 8. Mai 2010 eingegangene Erinnerungs-E-Mail nicht zuzurechnen, weil ihr diese Nachricht nicht im Zusammenhang mit ihrer Tätigkeit für den Kläger, sondern privat übermittelt worden ist. Den Kläger trifft im Zusammenhang mit der Verfolgung von Wettbewerbsverstößen

Dritter keine Verpflichtung, seine Mitarbeiter zur Dokumentation und Weiterleitung privat erlangten Wissens anzuhalten.

63 III. Das Berufungsgericht hat den Klageantrag 3 ebenfalls im Ergebnis zu Recht als nach § 8 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 3 Nr. 3, §§ 3, 5 Abs. 1 UWG begründet angesehen. Ob der Klageantrag auch wegen Verstoßes gegen § 4 Nr. 11 UWG in Verbindung mit §§ 4a, 28 Abs. 3 Buchst. a BDSG begründet ist, kann daher offen bleiben.

64 1. Anwendbar ist nach Art. 4 Abs. 1, Art. 6 Abs. 1 der Rom-II-Verordnung deutsches Wettbewerbsrecht (s.o. Rn. 21).

65 2. Der auf Wiederholungsgefahr (§ 8 Abs. 1 Satz 1 UWG) gestützte, in die Zukunft gerichtete Unterlassungsanspruch besteht nur, wenn das beanstandete Verhalten der Beklagten sowohl nach dem zur Zeit der Begehung als auch nach dem zur Zeit der Entscheidung geltenden Recht als Verstoß gegen die Bestimmung des § 5 Abs. 1 UWG anzusehen ist (s.o. Rn. 22). Durch das Zweite Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vom 2. Dezember 2015 (BGBl I, S. 2158) ist § 5 Abs. 1 Satz 1 UWG dahingehend geändert worden, dass die in Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken enthaltene Relevanzklausel in den Wortlaut der Vorschrift aufgenommen worden ist (vgl. Begründung des Regierungsentwurfs zum Zweiten UWG-Änderungsgesetz, BT-Drucks. 18/4535, S. 15). Im Hinblick darauf, dass schon nach bisheriger Rechtslage eine Irreführung im Sinne des § 5 Abs. 1 Satz 1 UWG nur dann angenommen worden ist, wenn eine in diesem Sinne wettbewerbslich relevante Irreführung gegeben war (vgl. BGH, Urteil vom 26. Februar 2009 - I ZR 219/06 GRUR 2009, 888 Rn. 18 = WRP 2009, 1080 - Thermoroll; Köhler in Köhler/Bornkamm aaO § 3 Rn. 8 f.; Bornkamm in Köhler/Bornkamm aaO § 5 Rn. 2.20 f.), ist hiermit keine inhaltliche Änderung verbunden.

66 3. Das Berufungsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass die mit dem Klageantrag angegriffenen, im Rahmen des Registrierungsvorgangs von der Beklagten gemachten Angaben zu Gegenstand und Funktionsweise der "Freunde finden"-Funktion geschäftliche Handlungen im Sinne von § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG darstellen.

67 a) Gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG ist eine "geschäftliche Handlung" jedes Verhalten einer Person zugunsten des eigenen oder fremden Unternehmens vor, bei oder nach einem Geschäftsabschluss, das mit der Förderung des Absatzes oder des Bezugs von Waren oder Dienstleistungen oder mit dem Abschluss oder der Durchführung eines Vertrags über Waren oder Dienstleistungen objektiv zusammenhängt. Der Begriff der geschäftlichen Handlung dient dazu, den Anwendungsbereich des Lauterkeitsrechts gegenüber dem allgemeinen Deliktsrecht abzugrenzen. Das Merkmal des objektiven Zusammenhangs ist daher funktional zu verstehen. Es setzt voraus, dass die Handlung bei objektiver Betrachtung darauf gerichtet ist, durch Beeinflussung der geschäftlichen Entscheidung der Verbraucher oder sonstigen Marktteilnehmer den Absatz oder Bezug von Waren oder Dienstleistungen des eigenen oder eines fremden Unternehmens zu fördern (BGH, Urteil vom 10. Januar 2013 - I ZR 190/11, GRUR 2013, 945 Rn. 17 = WRP 2013, 1183 - Standardisierte Mandatsbearbeitung).

68 b) Danach ist das vom Kläger mit dem Klageantrag 3 beanstandete Verhalten der Beklagten als geschäftliche Handlung im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG anzusehen.

69 Die im Verlauf des Registrierungs Vorgangs gemachten Angaben sind Bestandteil des auf den Absatz ihrer Dienstleistung gerichteten Verhaltens der Beklagten. Die Beklagte bezweckt, den Nutzer im Rahmen der Registrierung dazu zu veranlassen, durch die Nutzung der "Freunde finden"-Funktion von der gesamten Bandbreite ihrer bereitgestellten Leistungen Gebrauch zu machen, zu denen auch die Auswertung des E-Mail-Kontos des Nutzers im Hinblick auf Kontaktdaten zählt. Die Angaben der Beklagten zielen ferner darauf, den Absatz der eigenen Leistungen auch im Verhältnis zu Dritten zu fördern. Aufgrund der Entscheidung des Nutzers, der Beklagten die Auswertung seiner E-Mail-Kontakte und die Versendung von Einladungs-E-Mails zu ermöglichen, wird die Beklagte in die Lage versetzt, Dritten werbliche Nachrichten zukommen zu lassen.

70 4. Das Berufungsgericht hat im Ergebnis zu Recht angenommen, dass das vom Kläger mit dem Klageantrag 3 beanstandete Verhalten eine nach § 5 Abs. 1 Satz 1 und 2 Nr. 1 UWG unlautere Irreführung beinhaltet.

71 a) Eine geschäftliche Handlung ist irreführend, wenn sie geeignet ist, bei einem erheblichen Teil der angesprochenen Verkehrskreise irri ge Vorstellungen hervorzurufen und die zu treffende Marktentschließung in wettbewerblich relevanter Weise zu beeinflussen (st. Rspr.; vgl. nur BGH, GRUR 2012, 942 Rn. 11 - Neurologisch/Vaskuläres Zentrum; BGH, Urteil vom 18. Oktober 2012 - I ZR 137/11, GRUR 2013, 409 Rn. 24 = WRP 2013, 496 - Steuerbüro; Urteil vom 10. April 2014 - I ZR 43/13, GRUR 2014, 1114 Rn. 37 = WRP 2014, 1307 - nickelfrei). Eine Irreführung liegt vor, wenn das Verständnis, das die geschäftliche Handlung bei den angesprochenen Verkehrskreisen erweckt, mit den tatsächlichen Verhältnissen nicht übereinstimmt (BGH, Urteil vom 6. November 2013 - I ZR 104/12, GRUR 2014, 88 Rn. 30 = WRP 2014, 57 - Vermittlung von Netto-Policen; BGH, GRUR 2014, 1114 Rn. 39 - nickelfrei).

72 b) Entgegen den Ausführungen des Berufungsgerichts ist allerdings nicht auf eine Irreführung der Empfänger der Einladungs-E-Mails abzustellen.

73 aa) Das Berufungsgericht hat zu einer Verletzung des in § 5 Abs. 1 Satz 1 und 2 Nr. 1 UWG bestimmten Irreführungsverbots ausgeführt, die Nutzung der vom Kläger beanstandeten "Freunde finden"-Funktion führe zu einer Täuschung der Empfänger der Einladungs-E-Mails, weil die Beklagte die Einladungs-E-Mails als private E-Mails der im Absender genannten Freunde oder Bekannten tarne, obwohl es sich um Werbung der Beklagten handele. Diese Beurteilung ist nicht frei von Rechtsfehlern.

74 bb) Die vom Berufungsgericht angenommene Fehlvorstellung ist vom Klageantrag 3 nicht erfasst. Dieser Klageantrag - dessen Auslegung der Senat ohne Bindung an die Würdigung des Berufungsgerichts in vollem Umfang nachprüfen kann (st. Rspr.; vgl. BGH, Urteil vom 7. Mai 2015 - I ZR 29/14, GRUR 2015, 1244 Rn. 12 = WRP 2016, 44 - Äquipotenzangabe in Fachinformation, mwN) - zielt nicht darauf, der Beklagten eine Irreführung der Empfänger der Einladungs-E-Mails über den werblichen Charakter der Mitteilung zu untersagen. Er ist vielmehr dahin zu verstehen, dass eine Irreführung der Nutzer über Art und Umfang der Nutzung der E-Mail-Adressdaten im Rahmen der "Freunde finden"-Funktion beanstandet wird. Das Begehren des Klägers richtet sich bereits nach dem Wortlaut des Klageantrags 3 darauf, dass der Beklagten untersagt wird, dem potentiellen Nutzer ihrer Internet-Plattform im Rahmen des Registrierungs Vorgangs eine Funktion zum Import seiner E-Mail-Adressdaten in den Datenbestand von "Facebook" zur Verfügung zu stellen, ohne hinreichend auf die zu erwartende Nutzung der Daten hinzuweisen. Auch nach dem zur Begründung des Klageantrags Vorgetragenen

ist davon auszugehen, dass sich der Kläger gegen eine unzureichende Aufklärung des sich registrierenden Nutzers wendet.

75 c) Das Berufungsgericht hat allerdings auch rechtsfehlerfrei festgestellt, dass die beanstandete Gestaltung des Registrierungsvorgangs eine Irreführung des Nutzers über Art und Umfang der Datennutzung im Rahmen der "Freunde finden"-Funktion beinhaltet. Die Beklagte klärt nicht hinreichend darüber auf, dass sie diese Funktion dazu nutzt, noch nicht bei "Facebook" registrierten Personen Einladungs-E-Mails zu senden, mit denen sie für ihr Dienstleistungsangebot wirbt.

76 aa) Das Berufungsgericht hat ausgeführt, die von der Beklagten im Zuge des Registrierungsvorgangs gegebenen Informationen seien darauf angelegt, den Nutzer unter Vortäuschen einer Suche nach befreundeten "Facebook"-Mitgliedern dazu zu veranlassen, seine E-Mail-Kontakte preiszugeben und eine "getarnte" Werbung für die Beklagte auszulösen. Dem Nutzer werde im ersten Schritt des Registrierungsvorgangs suggeriert, dass mithilfe der von ihm zur Verfügung gestellten E-Mail-Adressen nur diejenigen seiner Freunde gesucht würden, die bereits bei "Facebook" registriert seien. Der unter dem Button "Freunde finden" angebrachte elektronische Verweis "Dein Passwort wird von Facebook nicht gespeichert" werde von dem angesprochenen Durchschnittsverbraucher lediglich als Hinweis auf Informationen zur Datensicherheit, nicht aber als Hinweis auf weitere Angaben zu Art und Umfang der Nutzung der E-Mail-Adressdaten verstanden. Gehe der Nutzer dem Verweis zur Speicherung des Passwortes gleichwohl nach, erscheine lediglich ein Hinweis darauf, dass die vom Nutzer offenbarten E-Mail-Adressen dazu genutzt werden könnten, dem Nutzer "bei der Vernetzung mit [seinen] Freunden" zu helfen und dass diese Hilfestellung "auch das Generieren von Freundschaftsvorschlägen für dich und deine Kontakte auf Facebook" umfasse. Diese Hinweise könnten ohne weiteres als allein auf eine Suche nach bereits bei "Facebook" registrierten Freunden bezogen verstanden werden. Tatsächlich würden aber auch die E-Mail-Adressen von noch nicht bei "Facebook" registrierten Personen erfasst. Zwar würden nach Betätigung des "Freunde finden"-Buttons zwei Listen - zunächst diejenige mit schon bei "Facebook" registrierten Personen, dann die Liste mit dort noch nicht registrierten Personen - angezeigt. Jedenfalls dann, wenn in dem E-Mail-Konto des Nutzers keine bereits bei "Facebook" registrierten Personen vorhanden seien, werde jedoch nur eine Liste mit Kontakten angezeigt, der eine hinreichende Aufklärung darüber, dass es sich um nicht bei "Facebook" registrierte Personen handele, nicht zu entnehmen sei. Diese Beurteilung hält der revisionsrechtlichen Überprüfung stand.

77 bb) Die im Wesentlichen auf tatrichterlichem Gebiet liegende Feststellung und Beurteilung der Verkehrsauffassung durch das Berufungsgericht ist im Revisionsverfahren nur daraufhin zu überprüfen, ob das Berufungsgericht bei seiner Würdigung den Tatsachenstoff fehlerfrei ausgeschöpft und seine Beurteilung frei von Widersprüchen mit Denkgesetzen oder Erfahrungssätzen vorgenommen hat (siehe Rn. 43). Solche Rechtsfehler sind dem Berufungsgericht hier nicht unterlaufen. Das Berufungsgericht hat ferner zutreffend geprüft, ob die Angaben, die die Beklagte in verschiedenen vom angesprochenen Verkehr isoliert wahrgenommenen Abschnitten des Registrierungsvorgangs macht, für sich genommen zur Täuschung des Nutzers geeignet sind (vgl. Bornkamm in Köhler/Bornkamm aaO § 5 Rn. 2.90; Sosnitza in Ohly/Sosnitza aaO § 5 Rn. 128).

78 (1) Die Revision rügt ohne Erfolg, das Berufungsgericht habe erfahrungswidrig angenommen, der durchschnittliche Nutzer fasse den im ersten Schritt des

Registrierungsvorgangs (Anlage Antrag 3) eingeblendeten Hinweis mit der Überschrift "Sind deine Freunde schon bei Facebook?" dahin auf, dass die in den Datenbestand von "Facebook" importierten Adressdaten nur nach bereits bei "Facebook" registrierten Freunden ausgewertet würden. Die Annahme des Berufungsgerichts trägt der Gestaltung des Registrierungsvorgangs Rechnung und entspricht der Lebenserfahrung. Die unter der Überschrift "Sind deine Freunde schon bei Facebook?" gegebene Erläuterung

Viele deiner Freunde sind vielleicht schon hier. Das Durchsuchen deines E-Mail-Kontos ist der schnellste Weg, um deine Freunde auf Facebook zu finden,

kann schon ihrem Wortsinn nach nur dahin aufgefasst werden, dass die Durchsuchung der E-Mail-Kontaktdaten dem Auffinden von Freunden dient, die bereits bei "Facebook" registriert sind, nicht aber der vollständigen Auswertung aller Nutzerkontakte auch in Bezug auf dort noch nicht registrierte Personen.

79 (2) Das Berufungsgericht hat weiter rechtsfehlerfrei angenommen, dass die durch den vorgenannten Hinweis hervorgerufene Fehlvorstellung über Art und Umfang der Datennutzung auch durch weitere Angaben im Rahmen des Registrierungsvorgangs nicht ausgeräumt wird. Der Nutzer erwartet nicht, dass sich hinter dem elektronischen Verweis mit der Bezeichnung "Dein Passwort wird von Facebook nicht gespeichert" Hinweise auf Art und Umfang der Datennutzung verbergen. Mithin ist durch diesen elektronischen Verweis nicht sichergestellt, dass der Nutzer die darüber erreichbaren Erläuterungen überhaupt zur Kenntnis nimmt. Nicht zu beanstanden ist auch die Annahme des Berufungsgerichts, eine hinreichende Aufklärung der Nutzer erfolge nicht durch den nach Betätigung dieses elektronischen Verweises erscheinenden Hinweis

Wir können die E-Mail-Adressen, die du mithilfe des Importeurs hochgeladen hast, dazu benutzen, um dir bei der Vernetzung mit Deinen Freunden zu helfen. Dies beinhaltet auch das Generieren von Freundschaftsvorschlägen für dich und deine Kontakte auf Facebook (...)

80 Dieser Erläuterung ist eine Einbeziehung noch nicht registrierter Personen ebenfalls nicht hinreichend deutlich zu entnehmen.

81 (3) Die Revision rügt ohne Erfolg, das Berufungsgericht habe den Vortrag der Beklagten nicht gewürdigt, in Ziffer 2 und 5 ihrer Datenschutzrichtlinien auf den Import von Kontaktdaten noch nicht bei "Facebook" registrierter Dritter hingewiesen zu haben. Die Revision legt schon nicht dar, dass die von ihr in Bezug genommenen Informationen denjenigen entsprechen, die sie im Zeitpunkt der vom Kläger beanstandeten Ausgestaltung des Registrierungsvorgangs vom 2. und 3. November 2010 gegeben hat. Die Beklagte hat mit Schriftsatz vom 20. Juni 2011 auf die als Anlage B 3 vorgelegten Datenschutzrichtlinien mit Stand vom 22. Dezember 2010 Bezug genommen. Diese stimmen mit den vom Kläger als Anlage K 8 vorgelegten und vom Berufungsgericht in Bezug genommenen Datenschutzrichtlinien mit Stand vom 22. April 2010 nicht überein.

82 Das Berufungsgericht ist jedenfalls rechtsfehlerfrei davon ausgegangen, dass der Nutzer die in den Datenschutzrichtlinien und Nutzungsbedingungen der Beklagten an unterschiedlichen Stellen enthaltenen Informationen zur "Freunde finden"-Funktion nicht vor Augen hat, wenn er zu Beginn des Registrierungsvorgangs zur Nutzung der "Freunde finden"-Funktion aufgefordert wird. Es entspricht der Lebenserfahrung, dass dem Nutzer

während des Registrierungsvorgangs diese Hinweise nicht gegenwärtig sind, selbst wenn er sie zuvor tatsächlich zur Kenntnis genommen hat.

83 (4) Rechtsfehlerfrei hat das Berufungsgericht angenommen, dass die nach Betätigung des "Freunde finden"-Buttons erscheinende Listenanzeige jedenfalls dann keine hinreichende Aufklärung enthält, wenn im E-Mail-Konto des Nutzers keine bereits bei "Facebook" registrierten Personen vorhanden waren. Auch diese Würdigung entspricht der Lebenserfahrung. Wird nur eine Liste angezeigt, weil die Kontakte des Nutzers nicht bei "Facebook" registriert sind, vermag diese Liste den durch die zuvor gegebenen Informationen entstandenen Eindruck, es werde ausschließlich nach "Facebook"-Mitgliedern gesucht, nicht zu entkräften. Damit ist nicht sichergestellt, dass der Nutzer vor Abschluss der Registrierung darüber informiert wird, dass externe Personen Einladungs-E-Mails erhalten.

84 d) Das Berufungsgericht ist ferner zutreffend davon ausgegangen, dass die bei den angesprochenen Nutzern hervorgerufene Fehlvorstellung über Art und Umfang der mit der Aktivierung der "Freunde finden"-Funktion verbundenen Nutzung ihrer E-Mail-Adressdaten wettbewerblich relevant ist.

85 Die von der Beklagten hervorgerufene Fehlvorstellung über Art und Umfang der mit dem Import von E-Mail-Adressdaten verbundenen Datennutzung ist geeignet, die von den Nutzern zu treffende Entscheidung darüber, ob sie unter Preisgabe der in ihrem E-Mail-Konto vorgehaltene E-Mail-Adressdaten von der von der Beklagten vorgehaltenen "Freunde finden"-Funktion Gebrauch machen möchten, in wettbewerblich relevanter Weise zu beeinflussen. Art und Umfang der zu erwartenden Nutzung der eigenen Daten und solcher Daten, aus denen Rückschlüsse auf Kontakte zu Dritten geschlossen werden können, stellen ein für die Inanspruchnahme von Leistungen eines Social-Media-Dienstes wie "Facebook" wesentliches Kriterium dar, das für die Entschließung des potentiellen Nutzers, die angebotene Leistung in Anspruch zu nehmen, von erheblicher Bedeutung ist. Nichts anderes gilt für die mögliche Nutzung eigener und fremder Adressdaten zu Werbezwecken.

86 5. Die durch den Wettbewerbsverstoß begründete Wiederholungsgefahr ist durch etwaige Änderungen des Registrierungsvorgangs nicht entfallen (siehe Rn. 53).

87 6. Die Beurteilung des Berufungsgerichts, nach der der Durchsetzung des Unterlassungsanspruchs gemäß Klageantrag 3 die von der Beklagten erhobene Einrede der Verjährung nicht entgegensteht, greift die Revision nicht an. Rechtsfehler sind insoweit auch nicht ersichtlich.

88 IV. Danach ist die Revision der Beklagten mit der Kostenfolge aus § 97 Abs. 1 ZPO zurückzuweisen.

3.4 ArbG Herne: „Volksverhetzende Äußerungen im Internet“



ArbG Herne, 22.03.2016 - 5 Ca 2806/15: Volksverhetzende Äußerungen im Internet

Tenor

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Kosten des Rechtsstreits trägt der Kläger.
3. Der Streitwert wird auf 15.400,00 EUR festgesetzt.

Tatbestand

Die Parteien streiten um die Beendigung ihres Arbeitsverhältnisses sowie um Zahlungsansprüche aus diesem.

Der 48-jährige ledige Kläger ist seit dem 01. September 1983 für die Beklagte zuletzt als Bergmechaniker unter Tage zu einem Bruttomonatsentgelt von 3.850,00 EUR tätig. Auf das Arbeitsverhältnis der Parteien findet kraft beiderseitiger Tarifbindung die Tarifverträge des Rheinisch - Westfälischen Steinkohlebergbaus Anwendung. Anfang Oktober 2015 - der genaue Zeitpunkt ist zwischen den Parteien streitig - erbrachte der Kläger zuletzt Arbeitsleistung für die Beklagte. Seither befindet sich der Kläger in Kurzarbeit.

Der Kläger unterhält privat unter seinem Namen einen Facebook - Account. In seinem freizugänglichen Facebookprofil hat er als Arbeitgeber "Bergwerke Q I bei S AG" angegeben. Bei Aufruf des Profils erscheinen die Angaben zum Arbeitgeber an oberster Stelle. Auf seiner Facebookseite teilte der Kläger eine Vielzahl von Beiträgen, welche sich mit dem Thema Asyl- und Einwanderungspolitik befassen (Blatt 82 ff der Akte). Darüber hinaus kommentierte der Kläger auf anderen Seiten Beiträge anderer Nutzer. Am 05. Oktober 2015 kommentierte der Kläger auf der Facebookseite des Fernsehsenders n-tv einen Beitrag über einen Brand in einer Thüringer Asylunterkunft in der Nacht vom 04. Oktober 2015 mit der Überschrift "Drama in Thüringen: Leiche nach Brand in Asylunterkunft gefunden" mit folgenden Worten:

"hoffe das alle verbrennen,,, die nicht gemeldet sind."

Auf der Facebookseite des Fernsehsenders erschien neben dem Kommentar ein Profilbild sowie der Profilname des Klägers. Sobald Besucher der Webseite, die ihrerseits bei Facebook angemeldet waren, mit der Maus über den Namen oder das Bild fuhren, öffnete sich in einem sogenannten "PopUp-Fenster" die Profilseite des Klägers, an dessen oberster Stelle der Arbeitgeber benannt wurde (Blatt 108 der Akte). Auf den Kommentar des Klägers reagierten andere Besucher der Webseite, so schrieb unter anderem ein Besucher wörtlich:

"E U, du bist ja mal der Oberknaller. Scheint so als wenn du mit "brauner" Kohle zu tun hadt. Screenshots sind doch was feines."

Im weiteren Verlauf der Kommentierung äußerte der Kläger noch:

"wenn mir einer sagt ich bin Nazi ... falsch ... Herr nazi"

"alle raus und geht es gut."

Am 06. Oktober 2015 erhielt die S AG Konzernrevision GmbH von einem externen Dritten einen telefonischen Hinweis auf die Kommentierungen des Klägers auf der Facebookseite des Fernsehsenders n-tv. Die Konzernrevision ging dem Hinweis nach und informierte am 19. Oktober 2015 den Personaldirektor des Bergwerks Q I über das Ergebnis der Ermittlungen. Am 21. Oktober 2015 wurde der Kläger auf dem Bergwerk Q I von Vertreter der Beklagten und des Betriebsrats zu dem Vorfall angehört. Im Rahmen des Gespräches räumte der Kläger die Urheberschaft der Kommentare ein. Weitere Einzelheiten des Gespräches sind zwischen den Parteien streitig.

Mit Schreiben vom 23. Oktober 2015 (Blatt 120 ff der Akte) wurde der Betriebsrat des Bergwerks Q I zu einer beabsichtigten außerordentlichen Kündigung, hilfsweise ordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses des Klägers angehört. Mit Schreiben vom 26. Oktober 2015 (Blatt 9 der Akte), welches dem Kläger noch am selben Tag zuzuging, kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger fristlos, hilfsweise zum 30. Juni 2016.

Mit seiner am 10. November 2015 bei Gericht eingegangenen und später erweiterten Klage wendet sich der Kläger gegen die Beendigung seines Arbeitsverhältnisses und macht Entgeltansprüche für die Monate November und Dezember 2015 geltend.

Der Kläger ist der Ansicht, die Kündigung seines Arbeitsverhältnisses sei unwirksam. Die außerordentliche Kündigung sei unwirksam, weil die Kündigungserklärungsfrist § 626 Abs. 2 BGB nicht eingehalten worden sei. Hierzu behauptet er, am 05. Oktober 2015 die Kommentare auf der Facebookseite des Fernsehsenders veröffentlicht zu haben. Am selben Abend bzw. am anderen Morgen, mithin spätestens am 06. Oktober 2015 sei der Beitrag bereits wieder gelöscht worden. Die Beklagte sei spätestens am 06. Oktober 2015 durch einen anonymen Datenübermittler über den Vorgang in Kenntnis gesetzt worden. Darüber hinaus sei die Kündigung unwirksam, weil der Betriebsrat vor Ausspruch der Kündigung nicht angehört worden sei. Ferner sei die Kündigung nicht gerechtfertigt. Hierzu behauptet er, den Kommentaren vorausgegangen sei am 05. Oktober 2015 seine letzte 8-Stunden-Schicht bei der Beklagten. Dieses sei der Grund gewesen, dass er an diesem Abend mit mehreren Bekannten und Freunden zusammengekommen sei. Er habe dabei reichlich Alkohol zu sich genommen. Zudem habe er zum damaligen Zeitpunkt erhebliche Probleme im Privatbereich aufgewiesen. Er sei kein "Nazi" und habe auch in keiner Weise Aktivitäten dieser Sendung unterstützt. Die Kommentierung auf der Internetseite sei ohne jeglichen Zusammenhang mit seinem Arbeitgeber erfolgt. Nur wenige Leser des Kommentares konnten bei weiteren Recherchen durch einen Link auf seine Facebookseite gelangen.

Der Kläger beantragt,

1. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien weder durch die außerordentliche Kündigung vom 26. Oktober 2015 noch durch die ordentliche Kündigung der Beklagten vom 26. Oktober 2015 beendet wird;

2. die Beklagte zu verurteilen, ihm im Falle des Obsiegens mit dem Antrag zu 1) bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsrechtsstreits zu unveränderten arbeitsvertraglichen Bedingungen als Bergmechaniker Untertage weiter zu beschäftigen;

3. die Beklagte zu verurteilen, an ihn für den Monat November 2015 3.850,00 EUR brutto zu zahlen nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01. Dezember 2015;

4. die Beklagte zu verurteilen, an ihn für den Monat Dezember 2015 3.580,00 EUR brutto zu zahlen nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01. Januar 2016.

Die Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie ist der Ansicht, die Kündigung sei durch einen wichtigen Grund gerechtfertigt. Durch seine Äußerung auf der Facebookseite des Nachrichtensender n-tv habe der Kläger ihren Ruf beschädigt und dadurch in grober Weise gegen seine Verpflichtung aus dem Arbeitsverhältnis verstoßen. Zwar handele es sich bei den Äußerungen des Klägers zunächst um private Äußerungen. Durch das freizugängliche Facebookprofil des Klägers, auf dem sie als Arbeitgeberin benannt wurde, sei sie jedoch selbst mit den Äußerungen des Klägers in Verbindung gebracht worden. Die Reaktion anderer Nutzer der Seite hätten gezeigt, dass dieser Zusammenhang zwischen der Tätigkeit des Klägers und ihr auch hergestellt worden sei. Neben der Rufschädigung sei auch eine nachhaltige Störung des Betriebsfriedens für den Fall der Weiterbeschäftigung des Klägers zu befürchten. Der Kläger konnte auch nicht damit rechnen, dass sie die volksverhetzenden Äußerungen dulden würde. Ferner behauptet die Beklagte, der Betriebsrat sei vor Ausspruch der Kündigung ordnungsgemäß beteiligt worden. Mit seiner Unterschrift auf dem Anhörungsbogen (Blatt 120 der Akte) habe der Betriebsrat unter dem 26. Oktober 2015 dokumentiert, dass er keine Einwände gegen die Kündigung erheben werde.

Bezüglich des weiteren Vorbringens wird auf die wechselseitigen schriftsätzlichen Ausführungen der Parteien einschließlich der Anlagen Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

Die Klage ist unbegründet.

I. Die zulässige und rechtzeitig erhobene Kündigungsschutzklage ist unbegründet.

Das Arbeitsverhältnis der Parteien ist durch die außerordentliche Kündigung der Beklagten vom 26. Oktober 2015 mit deren Zugang beim Kläger am selben Tag beendet worden. Die Kündigung ist durch einen wichtigen Grund im Sinne des § 626 Abs. 1 BGB gerechtfertigt. Die Kündigungserklärungsfrist des § 626 Abs. 2 BGB ist gewahrt. Der Betriebsrat ist vor Ausspruch der Kündigung ordnungsgemäß beteiligt worden.

1. Die außerordentliche Kündigung ist durch einen wichtigen Grund gerechtfertigt.

a) Nach § 626 Abs. 1 BGB kann das Arbeitsverhältnis aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden, wenn Tatsachen vorliegen, aufgrund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses selbst bis zum Ablauf der Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann. Dafür ist zunächst zu prüfen, ob der Sachverhalt ohne seine besonderen Umstände "an sich", das

heißt typischer Weise als wichtiger Grund geeignet ist. Als dann bedarf es der Prüfung, ob dem Kündigenden die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Falles - jedenfalls bis zum Ablauf der Kündigungsfrist - zumutbar ist oder nicht (z.B. BAG, Urteil vom 26. März 2015 - 2 AzR 517/14 - EZA § 626 BGB 2002 Nr. 49; Urteil vom 20. November 2014 - 2 AzR 651/13 - EZA 626 BGB 2002 Nr. 47).

Als wichtiger Grund ist neben der Verletzung vertraglicher Hauptpflichten auch die schuldhafte Verletzung von Nebenpflichten "an sich" geeignet (BAG, Urteil vom 26. März 2015 - 2 AzR 517/14 - a.a.O.; Urteil vom 08. Mai 2014 - 2 AzR 449/13 - EZA § 626 BGB 2002 Nr. 45; Urteil vom 27. Januar 2011 - 2 AzR 825/09 - EZA § 626 BGB 2002 Verdacht strafbare Handlungen Nr. 10). Nach § 241 Abs. 2 BGB ist jede Partei des Arbeitsvertrages zur Rücksichtnahme auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen ihres Vertragspartners verpflichtet. Diese Regelung dient dem Schutz und der Förderung des Vertragszweckes. Der Arbeitnehmer hat seine Arbeitspflichten so zu erfüllen und im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis stehende Interessen des Arbeitgebers so zu wahren, wie dies von ihm unter Berücksichtigung seiner Stellung und Tätigkeit im Betrieb, seiner eigenen Interessen und der Interessen der anderen Arbeitnehmer im Betrieb nach Treu und Glauben verlangt werden kann (BAG, Urteil vom 28. Oktober 2010 - 2 AzR 293/09 - EZA § 1 KSchG Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 78). Er ist auch außerhalb der Arbeitszeit verpflichtet, auf die berechtigten Interessen des Arbeitgebers Rücksicht zu nehmen (BAG, Urteil vom 10. September 2009 - 2 AzR 257/08 - EZA § 1 KSchG Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 77; Urteil vom 23. Oktober 2008 - 2 AzR 483/07 - Juris). Allerdings kann ein außerdienstliches Verhalten des Arbeitnehmers die berechtigten Interessen des Arbeitgebers oder anderer Arbeitnehmer grundsätzlich nur beeinträchtigen, wenn es einen Bezug zu dienstlichen Tätigkeit hat, wenn etwa der Arbeitnehmer die Straftat unter Nutzung von Betriebsmitteln oder betrieblichen Einrichtungen begeht (BAG, Urteil vom 10. September 2009 - 2 AzR 257/08 - a.a.O.). Ein solcher Bezug kann auch dadurch entstehen, dass der Arbeitgeber oder andere Arbeitnehmer in der Öffentlichkeit mit der Straftat in Verbindung gebracht werden (BAG, Urteil vom 28. Oktober 2010 - 2 AzR 293/09 - a.a.O., Urteil vom 27. November 2008 - 2 AzR 98/07 - EZA § 1 KSchG Verdachtskündigung Nr. 4). Fehlt hingegen ein solcher Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis, scheidet eine Verletzung der vertraglichen Pflichten zur Rücksichtnahme auf die Interessen des Arbeitgebers regelmäßig aus (BAG, a.a.O.).

b) Der Kläger hat seine Pflicht zur Rücksichtnahme auf die Interessen der Beklagten verletzt in dem er unter Verwendung eines öffentlich zugänglichen Facebook-Profiles, in dem die Beklagte in identifizierbarer Weise als Arbeitgeber benannt wurde, einen volksverhetzenden Kommentar auf der Facebookseite des Fernsehsenders n-tv veröffentlicht hat.

Durch seine Äußerung "hoffe das alle verbrennen" im unmittelbaren Zusammenhang mit einer Presseveröffentlichung zum Brand in einem Asylbewerberheim, bei dem ein Mensch ums Leben gekommen ist, hat der Kläger die Menschenwürde anderer dadurch angegriffen, dass er Teile der Bevölkerung, nämlich Asylbewerber, böswillig verächtlich gemacht und zum Hass gegen diese aufgestachelt hat. Unabhängig von der strafrechtlichen Beurteilung seiner Äußerung ist diese geeignet, den öffentlichen Frieden zu stören, in dem sie für einen Teil der Bevölkerung das unveräußerliche Recht auf Unversehrtheit des Lebens in Abrede stellt. Das Verhalten des Klägers ist nicht vom

Grundrecht der freien Meinungsäußerung (Artikel 5 GG) gedeckt. Das Grundrecht der Meinungsäußerungsfreiheit findet seine Grenzen in den allgemeinen Gesetzen (Artikel 5 Abs. 2 GG, vergl. BAG, Urteil vom 14. Februar 1996 - 2 AzR 274/95 - EZA § 626 BGB neue Fassung Nr. 160).

Die volksverhetzenden Äußerungen des Klägers hatten auch einen Bezug zum Arbeitsverhältnis zur Beklagten. In seinem öffentlich zugänglichen Facebook-Profil hat der Kläger die Beklagte in identifizierbarer Weise als Arbeitgeber benannt. Aufgrund der Programmierung der Webseiten auf Facebook konnten somit die bei Facebook registrierten Besucher der Seite das Profil des Klägers durch einfache Mausbewegungen aufrufen und somit die Beklagte als Arbeitgeber identifizieren. Damit stellt der Kläger selbst einen Zusammenhang zwischen der Beklagten und seiner volksverhetzenden Äußerung her. Dass diese Verbindung bei den Besuchern der Seite auch tatsächlich hergestellt wurde, zeigt der Kommentar eines Nutzers, der eine Anspielung auf braune Kohle machte.

c) Der Beklagten war die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses auch nur bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist am 30. Juni 2016 unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls nicht zumutbar war.

aa) Bei der Prüfung ob dem Arbeitgeber die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers trotz Vorliegens einer erheblichen Pflichtverletzung jedenfalls bis zum Ablauf der Kündigungsfrist zumutbar ist, ist in einer Gesamtwürdigung das Interesse des Arbeitgebers an der sofortigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses gegen das Interesse des Arbeitnehmers an dessen Fortbestand abzuwägen. Es hat eine Bewertung des Einzelfalles unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu erfolgen (BAG, Urteil vom 08. Mai 2014 - 2 AZR 429/13 - EZA § 626 BGB 2002 Nr. 45; Urteil vom 21. November 2013 - 2 AZR 797/11 - EZA § 1 KSchG Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 5). Dabei lassen sich die Umstände, an Hand derer zu beurteilen ist, ob dem Arbeitgeber die Weiterbeschäftigung zumutbar ist oder nicht, nicht abschließend festlegen. Zu berücksichtigen sind aber regelmäßig das Gewicht und die Auswirkung der in Rede stehenden Pflichtverletzung, der Grad des Verschuldens des Arbeitnehmers, eine mögliche Wiederholungsgefahr sowie die Dauer des Beschäftigungsverhältnisses und dessen störungsfreier Verlauf (BAG, Urteil vom 08. Mai 2014 - 2 AzR 249/13 - a.a.O., Urteil vom 10. Juni 2010 - 2 AzR 541/09 - EZA § 626 BGB 2002 Nr. 32). Eine außerordentliche Kündigung kommt nur in Betracht, wenn es keinen angemessenen Weg gibt, das Arbeitsverhältnis fortzusetzen, weil dem Arbeitgeber sämtliche milderen Reaktionsmöglichkeiten unzumutbar sind (BAG, Urteil vom 16. Dezember 2010 - 2 AzR 485/08 - EZA § 626 BGB 2002 Nr. 33). Eine gegenüber der fristlosen Kündigung in diesem Sinne milderes Mittel sind unter anderem die ordentliche Kündigung oder der Ausspruch einer Abmahnung (BAG, Urteil vom 08. Mai 2014 - 2 AzR 249/13 - a.a.O.; Urteil vom 21. November 2013 - 2 AzR 797/11 a.a.O.).

Beruhet die Pflichtverletzung auf steuerbarem Verhalten des Arbeitnehmers, ist grundsätzlich davon auszugehen, dass ein künftiges Verhalten durch die Androhung von Folgen für den Bestand des Arbeitsverhältnisses positiv beeinflusst werden kann. Ordentliche und außerordentliche Kündigung wegen einer Vertragspflichtverletzung setzen deshalb regelmäßig eine Abmahnung voraus. Einer solchen bedarf es nach Maßgabe des in § 314 Abs. 2 i.V.m. § 323 Abs. 2 BGB zum Ausdruck kommenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes nur dann nicht, wenn bereits ex ante erkennbar ist, dass eine Verhaltensänderung in Zukunft auch nach Abmahnung nicht zu erwarten steht,

oder es sich um eine so schwerwiegende Pflichtverletzung handelt, dass bereits deren erstmalige Hinnahme dem Arbeitgeber nach objektiven Maßstäben unzumutbar und damit offensichtlich - auch für den Arbeitnehmer erkennbar - ausgeschlossen ist (BAG, Urteil vom 20. November 2014 - 2 AzR 651/13 - EZA § 626 BGB 2002 Nr. 47, Urteil vom 25. Oktober 2012 - 2 AzR 495/11 - EZA § 626 BGB 2002 Nr. 41).

bb) Gemessen an diesen Grundsätzen bedurfte es keiner vorherigen Abmahnung des Klägers. Es war auch für den Kläger ohne weiteres erkennbar, dass die Beklagte es auch nicht einmalig hinnehmen würde, mit volksverhetzenden Äußerungen, die strafrechtliche Relevanz haben könnten, in Verbindung gebracht zu werden. So stellt auch der Kläger nicht in Abrede, dass ihm das soziale Engagement der Beklagten für Flüchtlinge bekannt war. Unter Zugrundelegung objektiver Maßstäbe konnte deshalb auch der Kläger nicht ernsthaft annehmen, die Beklagte werde die Aufstachelung von Hass gegen Flüchtlinge auch nur einmalig hinnehmen.

cc) Unter Berücksichtigung der weiteren Umstände des Einzelfalles ist die außerordentliche Beendigung des Arbeitsverhältnisses angemessen. Zwar war insoweit zu Gunsten des Klägers dessen über 32-jährige beanstandungsfreie Betriebszugehörigkeit zu berücksichtigen. Ebenfalls ging die Kammer mangels entgegenstehender Anhaltspunkte davon aus, dass der Kläger bei Abfassung der streitgegenständlichen Kommentare sich der Benennung der Beklagten in seinem Facebook-Profil nicht bewusst war. Zu Gunsten des Klägers war schließlich auch zu berücksichtigen, dass er zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung nicht mehr aktiv von der Beklagten beschäftigt wurde und bei einem gewöhnlichen Lauf der Dinge auch nicht mehr in ein aktives Beschäftigungsverhältnis zurückgekehrt wäre. Unstreitig befand sich der Kläger bereits am 05. Oktober 2015 in struktureller Kurzarbeit und wäre - nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge - anschließend in die so genannte Anpassung gegangen.

Dem gegenüber war jedoch die besondere Schwere der Pflichtverletzung des Klägers zu dessen Lasten zu berücksichtigen. Ferner war zu berücksichtigen, dass sich die Pflichtverletzung des Klägers nicht unmittelbar auf die betrieblichen Abläufe bei der Beklagten auswirkte, sondern außerbetrieblich zu einer Beeinträchtigung des Ansehens der Beklagten geführt hat. Deshalb kommt es im Rahmen der Interessenabwägung weniger darauf an, wie sich die Reaktion der Beklagten innerbetrieblich auswirkt, sondern darauf, wie die Beklagte auch nach außen hin angemessen auf das Fehlverhalten des Klägers reagieren kann. Zur Minimierung des nach außen hin eingetretenen Imageschadens der Beklagten erscheint es deshalb unter Abwägung der widerstreitenden Interessen beider Vertragsteile im vorliegenden Fall angemessen das Arbeitsverhältnis des Klägers mit sofortiger Wirkung zu lösen.

2. Die außerordentliche Kündigung ist innerhalb der Frist des § 626 Abs. 2 BGB erklärt worden.

a) Die Frist des § 626 Abs. 2 Satz 1 BGB beginnt nach Satz 2 der Vorschrift mit dem Zeitpunkt, in dem der Kündigungsberechtigte von dem für die Kündigung maßgeblichen Tatsachen Kenntnis erlangt. Dies ist der Fall, sobald er eine zuverlässige und hinreichende vollständige Kenntnis der einschlägigen Tatsachen hat, die ihm die Entscheidung darüber ermöglicht, ob er das Arbeitsverhältnis fortsetzen soll oder nicht. Selbst eine grob fahrlässige Unkenntnis setzt die Frist nicht in Gang (BAG, Urteil vom 16. Juli 2005 - 2 AzR 85/15 - Juris; Urteil vom 12. Februar 2005 - 6 AzR 815/13 EZA § 22 Berufsbildungsgesetz 2005 Nr. 1; Urteil vom 22. November 2012 - 2 AzR 732/11 - EZA §

626 BGB 2002 Ausschlussfrist Nr. 2). Zu den maßgeblichen Tatsachen gehören sowohl die für als auch die gegen die Kündigung sprechenden Umstände. Der Kündigungsberechtigte, der gewisse Anhaltspunkte für einen Sachverhalt hat, der zur außerordentlichen Kündigung berechtigen könnte, kann nach pflichtgemäßen Ermessen weitere Ermittlungen anstellen und dazu auch den Betroffenen anhören, ohne das die Frist des 626 Abs. 2 BGB zu Laufen begänne. Dies gilt allerdings nur so lange, wie er aus verständigen Gründen und mit der gebotenen Eile Ermittlungen durchführt, die ihm eine umfassende und zuverlässige Kenntnis des Kündigungssachverhaltes verschaffen soll. Soll der Kündigungsgegner angehört werden, muss dies innerhalb einer kurzen Frist erfolgen. Sie darf im Allgemeinen nicht mehr als eine Woche betragen und nur bei Vorliegen besonderer Umstände werden (BAG, Urteil vom 16. Juli 2005 - 2 AzR 85/15 - a.a.O. Urteil vom 20. März 2014 - 2 AzR 1037/12 - EZA § 626 BGB 2002 Ausschlussfrist Nr. 6). Für die übrigen Ermittlungen gibt es keine Regelfrist. Bei ihnen ist Fall bezogen zu beurteilen, ob sie hinreichend zügig betrieben wurden (BAG, Urteil vom 31. März 1993 - 2 AzR 492/92 - EZA § 626 BGB Ausschlussfristen Nr. 5).

b) Zwischen den Parteien steht außer Streit, dass am 06. Oktober 2015 die S AG Konzernrevision GmbH von den Veröffentlichungen des Klägers Kenntnis erlangt hat. Die S AG Konzernrevision GmbH ist nicht Arbeitgeber des Klägers. Dass die S AG Konzernrevision GmbH zur Kündigung des Arbeitsverhältnisses des Klägers berechtigt gewesen wäre, wird auch vom Kläger nicht behauptet.

Nach dem letztlich unbestrittenen Vortrag der Beklagten wurde der Personaldirektor des Bergwerks Q I, der zur Kündigung des Arbeitsverhältnisses des Klägers berechtigt war, erst am 19. Oktober 2015 über die Kündigungssachverhalt informiert. Unabhängig von den weiteren Ermittlungen der Beklagten begann der Lauf der Kündigungserklärungsfrist mithin frühestens am 19. Oktober 2015. Die außerordentliche Kündigung ist dem Kläger mithin noch innerhalb der Zweiwochenfrist am 26. Oktober 2015 zugegangen.

3. Der Betriebsrat ist vor Ausspruch der Kündigung ordnungsgemäß beteiligt worden.

a) Nach § 102 Abs. 1 Satz 1 BetrVG ist der Betriebsrat vor jeder Kündigung anzuhören. Der Arbeitgeber hat ihn gemäß § 102 Abs. 1 Satz 2 BetrVG die Gründe für die Kündigung mitzuteilen. Eine ohne Anhörung des Betriebsrats ausgesprochene Kündigung ist gemäß § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG unwirksam. Will der Betriebsrat gegen eine außerordentliche Kündigung Bedenken erheben, muss dies gemäß § 102 Abs. 2 Satz 3 BetrVG dem Arbeitgeber spätestens innerhalb von drei Tagen schriftlich mitteilen. Eine vor Fristablauf ausgesprochene Kündigung ist gemäß § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG unwirksam, es sei denn, es liegt bereits eine abschließende Stellungnahme des Betriebsrats vor (BAG, Urteil vom 23. Oktober 2014 - 2 AzR 736/13 - EZA § 102 BetrVG 2001 Nr. 31; Urteil vom 13. November 1975 - 2 AzR 610/74 - EZA § 102 BetrVG 1972 Nr. 20).

Eine Verletzung von § 102 Abs. 1 BetrVG mit der Folge der Unwirksamkeit der Kündigung liegt nur vor, wenn dem Arbeitgeber bei dem ihm obliegenden Einleitung des Beteiligungsverfahrens ein Fehler unterläuft. Mängel, die im Verantwortungsbereich des Betriebsrats entstehen, führen grundsätzlich nicht zur Unwirksamkeit der Kündigung wegen fehlende Anhörung, dies gilt selbst dann, wenn der Arbeitgeber im Kündigungszeitpunkt weiß, oder erkennen kann, dass der Betriebsrat die Angelegenheit nicht fehlerfrei behandelt hat (BAG, Urteil vom 24. Juni 2004 - 2 AzR 461/03 - EZA § 102

BetrVG 2001 Nr. 9; Urteil vom 15. November 1995 - 2 AzR 974/94 - EZA § 102 BetrVG 1972 Nr. 89).

Hat der Arbeitnehmer vorgetragen, es bestehe ein Betriebsrat, weswegen vor Ausspruch einer Kündigung dessen Anhörung nach 102 Abs. 1 BetrVG erforderlich sei, so obliegt es dem Arbeitgeber darzulegen, dass die Anhörung des Betriebsrats ordnungsgemäß erfolgt ist. Da es sich um eine Wirksamkeitsvoraussetzung der Kündigung handelt, trifft den Arbeitgeber insoweit Darlegungs- und Beweislast. Auf einen entsprechenden Prozessvortrag des Arbeitgebers darf sich der Arbeitnehmer nicht darauf beschränken, die ordnungsgemäße Betriebsratsanhörung weiter pauschal mit Nichtwissen zu bestreiten, vielmehr hat er nach § 138 Abs. 1 und 2 ZPO vollständig und in einzelnen darzulegen, ob der Betriebsrat entgegen der Behauptungen des Arbeitgebers überhaupt nicht angehört worden sei oder in welchem Punkten er die tatsächlichen Erklärungen des Arbeitgebers über die Betriebsratsanhörung für falsch oder für unvollständig hält (BAG, Urteil vom 24. April 2008 - 8 AzR 268/07 - EZA § 613a BGB 2002 Nr. 92; Urteil vom 18. Mai 2006 - 2 AzR 245/05 - EZA § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung Nr. 148).

b) Gemessen an diesen Grundsätzen wurde der Betriebsrat ordnungsgemäß beteiligt.

Mit Schreiben vom 23. Oktober 2015 ist der auf dem Bergwerk Q I gewählte Betriebsrat über die beabsichtigte Kündigung des Arbeitsverhältnisses des Klägers unter Darlegung der aus Sicht der Beklagten maßgeblichen Kündigungsgründe informiert worden. Diesem Vortrag der Beklagten ist der Kläger nicht konkret entgegengetreten. Nach dem Vortrag der Beklagten hat der Betriebsrat zudem unter dem 26. Oktober 2015 durch Unterschrift auf dem Anhörungsbogen eine abschließende Stellungnahme zur Kündigung abgegeben. Soweit der Kläger pauschal bestreitet, dass die entsprechende Unterschrift durch einen Vertreter des Betriebsrats abgegeben worden ist, ist dieses pauschale Beschreiben nach den oben dargelegten Grundsätzen unbeachtlich. Auch auf konkrete Nachfrage des Gerichtes konnte der Kläger keinerlei Umstände vortragen, die darauf hindeuten, die Erklärung wäre nicht vom Betriebsrat abgegeben worden. Dass die Unterschrift von Vertretern der Beklagten gefälscht worden ist, wird auch vom Kläger nicht behauptet.

Keiner Aufklärung bedarf hier die Frage, ob der Betriebsrat die Anhörung zur Kündigung ordnungsgemäß bearbeitet hat. Wie oben dargelegt, werden etwaige Fehler des Betriebsrats bei der Bearbeitung der Anhörung nicht zur Unwirksamkeit der Kündigung nach § 102 BetrVG führen.

II. Steht mithin fest, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die außerordentliche Kündigung der Beklagten vom 26. Oktober 2015 mit dessen Zugang beim Kläger noch am selben Tag beendet worden ist, so hat der Kläger gegen die Beklagte auch keinen Anspruch auf tatsächliche Weiterbeschäftigung aus § 611 BGB, der hier allein in Betracht kommenden Anspruchsgrundlage.

III. Mangels über den 26. Oktober 2015 hinaus fortbestehenden Arbeitsverhältnis der Parteien hat der Kläger gegen die Beklagte auch keinen Anspruch auf Zahlung von Arbeitsentgelt für die Monate November und Dezember 2015 aus § 611, 615 BGB, der hier allein in Betracht kommenden Anspruchsgrundlage.

IV. Die Kostenentscheidung folgt aus § 91 Abs. 1 ZPO.

Die Streitwertfestsetzung beruht auf § 61 Abs. 1 ArbGG i.V.m. §§ 42 Abs. 3 GKG, 3 ff ZPO.

3.5 LAG Berlin-Brandenburg: „Patientenfotografien auf Facebook“



**LAG Berlin-Brandenburg, 11.04.2014 - 17 Sa 2200/13:
Patientenfotografien auf Facebook**

Tenor

I. Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Berlin vom 29.10.2013 - 57 Ca 8720/13 - wird unter Einschluss des zweitinstanzlichen Auflösungsantrags zurückgewiesen.

II. Die Beklagte hat die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen.

III. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand

1 Die Parteien streiten über die **Wirksamkeit einer außerordentlichen, hilfswise ordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses sowie über einen Auflösungsantrag der Beklagten**. Die Beklagte wirft der Klägerin u.a. vor, zu Unrecht **Fotografien eines Patienten auf ihr privates Facebook-Profil gestellt und kommentiert zu haben**.

2 Die **Beklagte, ein kommunaler Krankenhausbetreiber, beschäftigte die am1984 geborene Klägerin, die keine Unterhaltspflichten hat, seit dem 01.05.2009 als Gesundheits- und Kinderkrankenpflegerin** und setzte sie zuletzt auf der Station der Kinder- und Jugendmedizin im Krankenhaus N. gegen ein monatliches Bruttoentgelt von 2.750,05 EUR ein. Die Klägerin unterzeichnete am 28.04.2009 eine Niederschrift über die Schweigepflicht nach § 9 BAT (Bl. 90 d.A.) sowie eine Niederschrift über die Verpflichtung zur datenschutzrechtlichen Geheimhaltung nach § 5 des Bundesdatenschutzgesetzes (Bl. 93 d.A.); sie erhielt ferner ein "Merkblatt über die Schweigepflicht in der V. GmbH" (Bl. 91 f. d.A.).

3 Die Klägerin **betreute auf der Kinderintensivstation u.a. den am 03.02.2013 geborenen und am 09.05.2013 verstorbenen G. B., dessen Zwillingsschwester kurz nach der Geburt verstorben war und dessen Mutter sich von ihm losgesagt hatte. Sie veröffentlichte auf der Startseite ihres Facebook-Auftritts u.a. eine Fotografie von sich und G. sowie für alle oder einen Teil ihrer so genannten "Facebook-Freunde" aufrufbare weitere Fotografien, auf denen G. allein oder gemeinsam mit ihr zu erkennen war**.

Die weiteren Fotografien waren jedenfalls am 10., 21.04., 09., 20., 21. und 22.05.2013 zu sehen und von der Klägerin teilweise mit "So ist Arbeit doch schön", "Kuschelstunde - ich freue mich" und "Rip kleines engelchen, flieg schön mit deiner schwester durch die wolken und sei ein schutzengel für die ganzen anderen pupsis. Du bist ein tapferer kleiner mann, dicken knutscher" kommentiert worden. Wegen der Einzelheiten der Fotografien wird auf Bl. 94 bis 103 d.A. verwiesen.

4 Die Beklagte teilte der Klägerin durch Schreiben vom 23.05.2013 (Bl. 104 f. d.A.) mit, es bestehe wegen der genannten Fotografien der dringende Verdacht schwerwiegender Vertragspflichtverletzungen und bat sie, zu einer Anhörung zu

erscheinen. Sie stellte die Klägerin mit Schreiben vom 24.05.2013 von ihrer Verpflichtung zur Arbeitsleistung frei.

5 Die Klägerin **entfernte unmittelbar nach Erhalt des Schreibens vom 23.05.2013 die genannten Fotografien von ihrem Facebook-Auftritt**, dessen Namen sie am 28.05.2013 in "Melli Gehtnurmichwasan" änderte. Sie äußerte in der Anhörung vom 29.05.2013 u.a., es sei ihre Privatsache, "was sie auf Facebook posten würde".

6 Die Beklagte kündigte nach Anhörung des Betriebsrats (Bl. 17 ff. d.A.) das Arbeitsverhältnis der Klägerin mit Schreiben vom 03.06.2013, das die Klägerin am 04.06.2013 erhielt, außerordentlich sowie mit weiterem Schreiben vom 07.06.2013 fristgemäß.

7 Mit ihrer der Beklagten am 21.06.2013 zugestellten Klage hat sich die Klägerin gegen die ausgesprochenen Kündigungen gewandt. Die Beklagte ist der Klage entgegengetreten. Von der weiteren Darstellung des erstinstanzlichen Sachverhalts wird gemäß § 69 Abs. 2 ArbGG abgesehen.

8 Das Arbeitsgericht hat durch ein am 29.10.2013 verkündetes Urteil der Klage entsprochen und festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die streitbefangenen Kündigungen nicht aufgelöst worden ist. Die außerordentliche Kündigung sei weder als Tatkündigung noch als Verdachtskündigung gerechtfertigt. Zwar habe die Klägerin durch die Veröffentlichung der genannten Fotografien auf ihrer Facebook-Seite ihre arbeitsvertraglichen Pflichten verletzt, was an sich einen hinreichenden Grund für eine außerordentliche Kündigung darstelle. **Bei einer Würdigung der Umstände des vorliegenden Falles könne von der Beklagten jedoch erwartet werden, der Klägerin eine Abmahnung zu erteilen und von einer Kündigung abzusehen; die hilfsweise erklärte ordentliche Kündigung sei deshalb ebenfalls unwirksam.** Wegen der Einzelheiten der Begründung wird auf die Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils verwiesen.

9 Gegen dieses ihr am 25.11.2013 zugestellte Urteil richtet sich die am 20.12.2013 eingelegte Berufung der Beklagten, die sie innerhalb der verlängerten Berufungsbegründungsfrist begründet hat.

10 Die Beklagte hält die streitbefangene außerordentliche Kündigung unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens weiterhin für rechtswirksam; jedenfalls sei das Arbeitsverhältnis durch die hilfsweise ausgesprochene Kündigung aufgelöst worden. **Die Klägerin habe mit der Veröffentlichung der Bilder in schwerwiegender Weise gegen ihre Schweigepflicht verstoßen und die Persönlichkeitsrechte des Patienten verletzt. So seien die Startseite des Facebook-Auftritts der Klägerin von allen Facebook-Nutzern und die übrigen Seiten der Klägerin mit Bildern des Patienten von ca. 170 "Facebook-Freunden" der Klägerin einsehbar gewesen.** Die eingetretene Rechtsverletzung werde durch die Löschung der Bilder nicht entscheidend abgemildert. Zum einen seien die Fotografien über einen Zeitraum von ca. 1,5 Monaten aufrufbar gewesen; zum anderen habe jeder Besucher des Facebook-Auftritts der Klägerin die Möglichkeit gehabt, die Bilder zu kopieren und weiter zu verbreiten. **Eine Beschränkung des Nutzerkreises sei letztlich nicht möglich, so dass im Grunde alle Facebook-Nutzer die Bilder hätten einsehen können.** Keinesfalls hätten nur Kollegen der Klägerin Zugriff auf die

Bilder gehabt, wie die Einblicke durch eine Mitarbeiterin des Herzzentrums Berlin und eine Cousine der Klägerin zeige. **Es komme hinzu, dass der Patient durch die Veröffentlichung der Bilder bloßgestellt worden sei. So sei er mit einem Inkubator und mit Versorgungsschläuchen aufgenommen und die Tatsache seines Todes mitgeteilt worden; auch sei der Name des Patienten auf einer Fotografie erkennbar gewesen.** Die Schwere der Pflichtverletzung mache eine Auflösung des Arbeitsverhältnisses auch ohne vorherige Abmahnung erforderlich. Der Klägerin sei der Inhalt der Schweigepflicht und des Datengeheimnisses durch die erfolgten schriftlichen Unterrichtungen bekannt gewesen; zudem hätten sie Kollegen auf die Missachtung der Schweigepflicht hingewiesen. Die Klägerin habe vor der Veröffentlichung über deren Zulässigkeit nachgedacht. So habe sie auf ihrem Facebook-Auftritt die Frage, ob es schlimm sei, wenn "Sterneneltern" (Eltern verstorbener Kinder) Bilder ihrer Kinder "posten" würden, verneint. **Die Veröffentlichung der Bilder beruhe daher nicht auf einer bloßen Gedankenlosigkeit.** Die Klägerin habe auch keine Einsicht in ihr Fehlverhalten gezeigt, sondern während der Anhörung in Bezug auf die veröffentlichten Bilder des Patienten geäußert, "es sei ihre Privatsache, was sie auf Facebook poste"; auch die Änderung ihres Facebook-Namens in "Melli Gehnurmichwasan" sowie die Äußerung zu den "Sterneneltern" zeige, dass die Klägerin ihr Verhalten letztlich für zulässig halte. Die Klägerin habe das Vertrauen in ihre Redlichkeit endgültig zerstört, was auch auf – näher geschilderte – unrichtige Einlassungen und Schutzbehauptungen in dem vorliegenden Rechtsstreit zurückzuführen sei. Sie – die Beklagte – müsse bei einer Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses mit weiteren Verstößen gegen die Schweigepflicht rechnen; auch sei ihr **Ruf durch das vorsätzliche und eigennützige Verhalten der Klägerin beschädigt und sie der Gefahr von Schadensersatzansprüchen ausgesetzt worden.** Die Interessen der Klägerin würden bei einer Auflösung des Arbeitsverhältnisses nicht in erheblicher Weise beeinträchtigt. Sie werde vielmehr angesichts ihrer Ausbildung und ihres Alters schnell eine neue Beschäftigung finden.

11 Das Arbeitsverhältnis sei jedenfalls gegen Zahlung einer Abfindung aufzulösen. Eine den Betriebszwecken dienliche weitere Zusammenarbeit der Parteien sei nicht zu erwarten, was sich aus folgenden Umständen ergebe: Die Klägerin habe auf die Fragen, wie sie dazu käme, das in der Anlage B 6 (Bl. 101 d.A.) aufgeführte Bild nebst Kommentar zu veröffentlichen und ob eine Erlaubnis der Eltern vorgelegen habe, entgegnet: **"Die Eltern sind der letzte Dreck und kümmern sich einen Scheiß"**. Nach der erfolgten Freistellung habe die Klägerin im Hinblick auf die von ihren Kollegen an die Beklagte herangetragenen Pflichtverletzungen über Facebook wissen lassen: "Das feige Schwein wird gesucht". Zudem habe die Klägerin am 27.05.2013 Drohungen gegen ihre Vorgesetzte Frau M. F. ausgesprochen; die Beklagte bezieht sich insoweit auf ein Gesprächsprotokoll vom 25.03.2014 der Frau F. (B. 386 d.A.).

12 Die Beklagte beantragt,

13 1. die Klage unter Änderung des Urteils des Arbeitsgerichts Berlin vom 29.10.2013 – 57 Ca 8720/13 – abzuweisen,

14 2. das Arbeitsverhältnis für den Fall, dass es durch die ordentliche Kündigung nicht aufgelöst wurde, gegen Zahlung einer Abfindung aufzulösen, wobei die Höhe der

Abfindung in das Ermessen des Gerichts gestellt wird, jedoch eine Bruttomonatsvergütung nicht übersteigen sollte.

15 Die Klägerin beantragt,

16 die Berufung unter Einschluss des Auflösungsantrags zurückzuweisen.

17 Die Klägerin hält die ausgesprochenen Kündigungen unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens für unwirksam. Es sei ihr nicht bewusst gewesen, dass sie mit der Veröffentlichung der Bilder gegen ihre arbeitsvertraglichen Pflichten verstoßen habe. **Sie habe die Pflegschaft für den Patienten beantragen wollen**, wozu es bereits vorbereitende Gespräche mit einem Oberarzt und mit Mitarbeitern des Jugendamtes gegeben habe. Mit der Veröffentlichung der Bilder habe sie ihr kollegiales Umfeld davon unterrichten wollen, wie ihre Bemühungen voranschritten; **eine Bloßstellung des Patienten habe sie nicht beabsichtigt, sondern sie habe sich auch außerhalb der Arbeitszeit um ihn gekümmert und letztlich zu seinem Wohl gehandelt.**

Sie habe den Zugriff auf die Bilder auf ihre allerengsten Familienangehörige und Arbeitskollegen begrenzt; ihre weiteren "Facebook- Freunde" hätten demgegenüber die Bilder nicht einsehen können. Der Name des Patienten sei auf den Bildern nicht erkennbar gewesen; auch habe sie den Ruf der Beklagten durch die Veröffentlichung der Bilder nicht gefährdet. Sie habe akzeptiert, dass die Beklagte ihr Verhalten nicht dulde und deshalb die Bilder unmittelbar nach Erhalt des Anhörungsschreibens gelöscht. Die Beklagte werfe ihr zu Unrecht eine fehlende Einsicht in ihr Fehlverhalten vor. So habe sich ihre Äußerung, es sei ihre Privatsache, was sie auf Facebook poste, nicht auf die Bilder des Patienten, sondern auf andere – näher geschilderte – Umstände bezogen. Die Änderung ihres Facebook-Namens sei erfolgt, damit ihr Onkel sie nicht auf Facebook finden könne und stehe mit dem Kündigungsgeschehen nicht in Zusammenhang; ihre Äußerung zu "Sterneneltern" sei ohne Belang. Mit einem erneuten Fehlverhalten der vorgeworfenen Art müsse die Beklagte nicht rechnen. Es könne von ihr daher erwartet werden, das Arbeitsverhältnis nach Ausspruch einer Abmahnung fortzusetzen.

18 Den Auflösungsantrag hält die Klägerin für unbegründet. Sie habe sich nicht in der ihr vorgeworfenen Weise geäußert und ihre Vorgesetzte Frau F. auch nicht bedroht.

19 Wegen der Einzelheiten des Vorbringens der Parteien in der Berufungsinstanz wird auf den Inhalt der zwischen ihnen gewechselten Schriftsätze vom 10.02., 14.03., 02.04. und 10.04.2014 nebst Anlagen Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

20 Die Berufung ist unbegründet.

21 Das Arbeitsgericht hat zu Recht festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien weder durch die außerordentliche Kündigung vom 03.06.2013 noch durch die ordentliche Kündigung vom 07.06.2013 aufgelöst worden ist. Der Auflösungsantrag der Beklagten ist unbegründet.

A.

22 *Die außerordentliche Kündigung vom 03.06.2014 ist rechtsunwirksam, weil für sie ein wichtiger Grund im Sinne des § 626 Abs. 1 BGB nicht vorliegt.*

I.

23 *1. Das Arbeitsverhältnis kann gemäß § 626 Abs. 1 BGB aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden, wenn Tatsachen vorliegen, aufgrund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses selbst bis zum Ablauf der Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann. Dafür ist zunächst zu prüfen, ob der Sachverhalt ohne seine besonderen Umstände "an sich", d.h. typischerweise als wichtiger Grund geeignet ist. Alsdann bedarf es der weiteren Prüfung, ob dem Kündigenden die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Falls - jedenfalls bis zum Ablauf der Kündigungsfrist - zumutbar ist oder nicht. Es ist im Rahmen einer Gesamtwürdigung das Interesse des Arbeitgebers an der sofortigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses gegen das Interesse des Arbeitnehmers an dessen Fortbestand abzuwägen. Dabei ist der Einzelfall unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu bewerten, wobei regelmäßig das Gewicht und die Auswirkungen einer Vertragspflichtverletzung, der Grad des Verschuldens des Arbeitnehmers, eine mögliche Wiederholungsgefahr sowie die Dauer des Arbeitsverhältnisses und dessen störungsfreier Verlauf zu berücksichtigen sind. Eine außerordentliche Kündigung kommt nur in Betracht, wenn es keinen angemessenen Weg gibt, das Arbeitsverhältnis fortzusetzen, weil dem Arbeitgeber mildere Reaktionsmöglichkeiten wie insbesondere eine Abmahnung oder eine ordentliche Kündigung unzumutbar sind (vgl. BAG, Urteil vom 25.10.2012 – 2 AZR 495/11 – AP Nr. 239 zu § 626 BGB, m.w.N. in ständiger Rechtsprechung).*

24 *2. Beruht die Vertragspflichtverletzung auf einem steuerbaren Verhalten des Arbeitnehmers, ist grundsätzlich davon auszugehen, dass sein künftiges Verhalten schon durch die Androhung für den Bestand des Arbeitsverhältnisses positiv beeinflusst werden kann. Eine außerordentliche (oder ordentliche) Kündigung wegen einer Vertragspflichtverletzung setzt deshalb regelmäßig eine Abmahnung voraus. Diese ist nur dann nicht erforderlich, wenn bereits von vornherein erkennbar ist, dass eine Verhaltensänderung in Zukunft auch nach Abmahnung nicht zu erwarten steht, oder es sich um eine so schwere Pflichtverletzung handelt, dass selbst deren erstmalige Hinnahme dem Arbeitgeber nach objektiven Umständen unzumutbar und damit offensichtlich – auch für den Arbeitnehmer erkennbar – ausgeschlossen ist (BAG, Urteil vom 11.07.2013 – 2 AZR 994/12 – NZA 2014, 250 ff.; Urteil vom 25.10.2012 – 2 AZR 945/11 – a.a.O., m.w.N.).*

25 *3. Schließlich kann auch der Verdacht einer schwerwiegenden Pflichtverletzung einen wichtigen Grund für eine außerordentliche Kündigung darstellen. Ein solcher Verdacht stellt gegenüber dem Vorwurf, der Arbeitnehmer habe die Pflichtverletzung tatsächlich begangen, einen eigenständigen Kündigungsgrund dar. Eine auf ihn gestützte Kündigung kann gerechtfertigt sein, wenn sich der Verdacht auf objektive Tatsachen*

gründet, die Verdachtsmomente geeignet sind, das für die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses erforderliche Vertrauen zu zerstören und der Arbeitgeber alle zumutbaren Anstrengungen zur Aufklärung des Sachverhalts unternommen, insbesondere dem Arbeitnehmer Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben hat (BAG, Urteil vom 20.06.2013 – 2 AZR 546/12 – NZA 2014, 143 ff., m.w.N. in ständiger Rechtsprechung).

II.

26 Die Beklagte kann ihre außerordentliche Kündigung vom 03.06.2013 bei Anwendung dieser Grundsätze nicht auf einen wichtigen Grund im Sinne des § 626 Abs. 1 BGB stützen.

27 1. Die Klägerin hat mit der Veröffentlichung und der Bilder des Patienten G. B. in ihrem Facebook-Auftritt **ihre Schweigepflicht als medizinische Mitarbeiterin der Beklagten verletzt**. Sie war sowohl arbeitsvertraglich als auch nach § 203 StGB, § 5 BDSG gesetzlich verpflichtet, die Behandlung des Patienten sowie deren nähere Umstände geheim zu halten. Die Klägerin hatte keine Genehmigung zur Veröffentlichung der Bilder; dass sie nach ihrem Vorbringen die Pflegschaft für den Patienten übernehmen wollte, berechtigte sie nicht dazu, Fotografien des Patienten anderen Personen zugänglich zu machen. **Eine ungenehmigte Verbreitung von Patientenbildern in einem sozialen Netzwerk wie Facebook stellt einen erheblichen Verstoß gegen die Schweigepflicht dar**. Durch sie können die Persönlichkeitsrechte des betroffenen Patienten schwerwiegend verletzt werden. Dabei ist zu berücksichtigen, dass letztlich der **Personenkreis, der Zugang zu den unerlaubt veröffentlichten Bildern erhalten kann, nicht zu begrenzen ist. Denn selbst wenn der Zugriff auf die Bilder zunächst nur bestimmten Nutzern erlaubt wird, besteht doch keinerlei Möglichkeit, einer weiteren Verbreitung der Bilder durch diese Nutzer entgegen zu wirken**. Die Persönlichkeitsrechtsverletzung, die bereits in der unberechtigten Weitergabe eines Patientenbildes liegt, kann deshalb bei einer Veröffentlichung auf Facebook im Grunde nicht zuverlässig eingegrenzt werden. Ein derartiges Verhalten ist deshalb "an sich" ohne weiteres geeignet, einen wichtigen Grund für eine außerordentliche Kündigung darzustellen.

28 Soweit die Beklagte demgegenüber geltend macht, sie habe kein Vertrauen mehr in die Klägerin, stellt dies für sich genommen keinen wichtigen Grund im Sinne des § 626 Abs. 1 BGB dar. Entscheidend ist insoweit allein, ob ein – einmal angenommener – Vertrauensverlust aufgrund objektiver Umstände gerechtfertigt ist und ob deshalb dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden kann. Ein fehlendes Vertrauen des Arbeitgebers zu dem Arbeitnehmer kann mit anderen Worten nur dann zu einer außerordentlichen Kündigung führen, wenn Gründe für den Vertrauensverlust vorliegen und diese den Arbeitgeber zur sofortigen Auflösung des Arbeitsverhältnisses berechtigen.

29 2. Das Verhalten der Klägerin stellt angesichts der besonderen Umstände des Falles keinen wichtigen Grund für eine außerordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses

dar. Es ist der Beklagten vielmehr aus folgenden Gründen zuzumuten, der Klägerin wegen der Veröffentlichung der Bilder eine Abmahnung zu erteilen und das Arbeitsverhältnis fortzusetzen:

30 a) Auch wenn die Pflichtverletzung der Klägerin nicht verharmlost werden soll, hat die Veröffentlichung der Bilder des Patienten doch zu keiner schwerwiegenden Persönlichkeitsrechtsverletzung geführt. Die Bilder zeigen ein **Kind in sehr jungem Alter, dessen Gesichtszüge wenig ausgeprägt sind und die sich – wenn der Patient nicht verstorben wäre – sehr bald verändert hätten**. Der Patient war auf den Bildern nicht zu individualisieren, er konnte durch einen Betrachter nur dann erkannt werden, wenn er ihm ohnehin bekannt war. Dass auf einem Bild der Vorname des Patienten zu erkennen war, ändert hieran nichts Wesentliches; denn auch mit dieser Namensnennung war eine nähere Individualisierung nicht möglich. **Der Patient wurde auf den Bildern ferner nicht verächtlich gemacht oder in sonstiger Weise herabgewürdigt. Zwar erfährt der Betrachter, dass der Patient schwer erkrankt war und schließlich gestorben ist. Die Kommentare der Klägerin zu den Bildern waren jedoch geeignet, den Betrachter für den Patienten einzunehmen und Mitleid für ihn zu wecken; keinesfalls konnte sich ein Betrachter durch die Bilder angeregt fühlen, sich über den Patienten lustig zu machen oder sonstige negative Gefühle zu entwickeln**. Auch wenn auch derart positiv besetzte Bilder natürlich nicht ohne Genehmigung veröffentlicht werden dürfen, kann die Art der Aufnahmen bei der Bewertung der Pflichtverletzung der Klägerin nicht außer Betracht bleiben.

31 b) Die Klägerin hat nach der Überzeugung der Berufungskammer mit der Veröffentlichung der Bilder keine unlauteren Ziele verfolgt. Sie hatte – was sich insbesondere aus den Kommentaren zu den Bildern ergibt – ganz offensichtlich eine emotionale Bindung zu dem Patienten aufgebaut, der sie Ausdruck verliehen hat. Ob die Klägerin mit der Veröffentlichung der Bilder darüber hinaus tatsächlich ihr kollegiales Umfeld darüber unterrichten wollte, wie ihre Bemühungen um eine Pflegschaft für den Patienten voranschritten, ist demgegenüber durchaus zweifelhaft. Denn keine der Bilder enthalten einen Bezug zu dieser – einmal unterstellten – Absicht der Klägerin; zudem kam eine Pflegschaft nach dem Tod des Patienten, über den die Betrachter ebenfalls unterrichtet wurden, nicht mehr in Betracht. Die Veröffentlichung der Bilder dürfte daher eher dazu gedient haben, im Allgemeinen über den Kontakt mit dem Patienten zu informieren, ohne dass jedoch eine dies- bezügliche negative Intention der Klägerin festzustellen ist.

32 c) Die Persönlichkeitsrechte des Patienten werden durch den Facebook- Auftritt der Klägerin nicht mehr verletzt, nachdem die Aufnahmen dort nicht mehr enthalten sind; ob und inwieweit der Persönlichkeitsrechtsschutz nach einem Tod des Betroffenen endet, kann dabei dahinstehen. Der Beklagten ist zwar zuzugeben, dass eine weitere Veröffentlichung der Bilder durch Dritte nicht ausgeschlossen ist. Denn jeder Besucher des Facebook-Auftritts der Klägerin konnte bis zum Löschen der Bilder zumindest das auf der Startseite vorhandene Bild des Patienten einsehen, kopieren und weiter verwenden.

Die weiteren Bilder des Patienten waren dem vorgesehenen Nutzerkreis, der – was zugunsten der Beklagten unterstellt werden kann – aus allen ca. 170 Facebook-Freunden der Klägerin bestanden haben mag, zugänglich und konnten insoweit ebenfalls durch Dritte genutzt werden. **Es ist jedoch nach Einschätzung der Berufungskammer wenig wahrscheinlich, dass die Bilder noch weiter verbreitet werden. Die Aufnahmen weisen einen besonderen Bezug zur Klägerin auf und sind für sich genommen wenig aussagekräftig. Mit der Löschung der Bilder war deshalb die wesentliche Gefahr für eine weitere Verletzung der Persönlichkeitsrechte des Patienten beseitigt.**

33 d) Die Beklagte musste aufgrund der Veröffentlichung der Bilder **weder mit einer Rufschädigung noch mit Schadensersatzansprüchen rechnen. Auf den Bildern ist nicht erkennbar, dass der Patient bei der Beklagten behandelt wurde. Auch konnte keiner der Betrachter darauf schließen, dass die Aufnahmen unberechtigt gemacht und veröffentlicht wurden und dass die Beklagte ein derartiges Verhalten billigt.** Schließlich trägt die Beklagte in keiner Weise Verantwortung für die Veröffentlichung der Bilder und kann deshalb insoweit auch nicht haftbar gemacht werden.

34 e) Die Beklagte musste nicht damit rechnen, dass die Klägerin bei einer Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses und nach Erhalt einer Abmahnung erneut zu Unrecht Bilder von Patienten bei Facebook veröffentlichen werde. Die Berufungskammer teilt dabei nicht die Auffassung der Beklagten, die Klägerin halte ihr Verhalten letztlich weiterhin für zulässig und könne durch eine Abmahnung nicht zuverlässig von weiteren Veröffentlichungen abgehalten werden. **Die Klägerin hat die Bilder des Patienten noch vor der Anhörung durch die Beklagte von ihrem Facebook-Auftritt entfernt und damit unmittelbar nach den ersten Vorhaltungen durch die Beklagte das ihr Mögliche getan, um den von ihr verursachten rechtswidrigen Zustand zu beseitigen.** Auch wenn die Klägerin möglicherweise vor der Veröffentlichung der Bilder über die Bedeutung ihrer Schweigepflicht reflektiert und gleichwohl von der Veröffentlichung nicht Abstand genommen hat, bedeutet dies nicht, dass sie nach der Erteilung einer Abmahnung ihre Schweigepflicht zukünftig nicht beachten werde. Denn mit der Abmahnung werden dem Arbeitnehmer die Vertragswidrigkeit seines Handelns und die möglichen Auswirkungen auf den Inhalt oder Bestand des Arbeitsverhältnisses noch einmal deutlich vor Augen geführt. **Dass eine derartige Abmahnung nicht zur Änderung eines steuerbaren Verhaltens wie der erfolgten Veröffentlichung der Bilder führen kann, ist – wie ausgeführt – nur bei Vorliegen besonderer Umstände anzunehmen, die im vorliegenden Fall fehlen.** So kann sich die Beklagte insbesondere nicht darauf berufen, die Klägerin habe bei ihrer Anhörung zum Ausdruck gebracht, "es sei ihre Sache, was sie bei Facebook poste". Selbst wenn sich dieses auf die Bilder des Patienten bezog, rechtfertigte diese Äußerung doch nur die Annahme, **dass die Klägerin während des Anhörungsgesprächs noch nicht von der Unzulässigkeit ihres Verhaltens überzeugt war; dies bedeutet jedoch nicht, dass eine Abmahnung zu keiner Sinnesänderung bei der Klägerin führen konnte.** Gleiches gilt für die Änderung des Facebook-Namens der Klägerin in "Melli Gehnurmichwasan", die vor der Anhörung am 29.05.2013 erfolgte. Auch die Äußerung der Klägerin, es sei nicht schlimm, wenn Eltern die Bilder ihrer verstorbenen Kinder auf Facebook veröffentlichen würden, bedeutet in

keiner Weise, dass sie eine Abmahnung unbeachtet und weiterhin unter Verstoß gegen ihre Schweigepflicht selbst Bilder von Patienten veröffentlichen würde. Denn das zu beanstandende Verhalten der Klägerin ist in keiner Weise mit dem Verhalten der genannten Eltern zu vergleichen. Schließlich ist weder vorgetragen noch ersichtlich, dass die Klägerin bereits vor dem Kündigungsgeschehen ihrer Schweigepflicht nicht genügt hat oder auf sonstige Weise zu erkennen gegeben hat, sie werde sich ohnehin an diese Pflicht nicht halten. Nach alledem geht die Berufungskammer davon aus, **dass es sich bei der streitigen Veröffentlichung der Bilder um einen einmaligen Vorgang handelt, der sich aus der besonderen emotionalen Bindung der Klägerin zu dem Patienten erklärt** und keinen Anlass zu der Annahme bietet, die Klägerin werde ohnehin weiterhin ihre Schweigepflicht verletzen; ihm kann grundsätzlich mit dem Ausspruch einer Abmahnung begegnet werden.

35 f) Eine Abmahnung ist auch nicht wegen der besonderen Schwere der Pflichtverletzung entbehrlich. Es handelt sich nicht um ein Verhalten, bei dem von der Beklagten unter keinen Umständen erwartet werden kann, dass sie es ohne Ausspruch einer Kündigung hinnimmt. Die Veröffentlichung der Bilder erfolgte im Hinblick auf eine besondere Beziehung der Klägerin zu dem Patienten, ohne dass es zu einer schwerwiegenden Verletzung der Persönlichkeitsrechte oder zu einer Beeinträchtigung der Belange der Beklagten gekommen ist. Die Klägerin hat ferner die Bilder unmittelbar nach den ersten Vorhaltungen seitens der Beklagten gelöscht. Bei dieser Sachlage war es nicht offensichtlich und für die Klägerin erkennbar, dass eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses für die Beklagte objektiv ausgeschlossen ist.

36 g) Die außerordentliche Kündigung erweist sich auch nicht deshalb als gerechtfertigt, weil das Arbeitsverhältnis im Zeitpunkt der Kündigung erst ca. vier Jahre bestand und die Klägerin angesichts ihres Alters und ihrer Ausbildung vermutlich wenig Mühe hätte, eine neue Beschäftigung zu finden. Zwar fallen diese Umstände nicht zugunsten der Klägerin ins Gewicht, d.h., die Klägerin kann nicht mit Erfolg geltend machen, sie verliere bei einer Kündigung ein besonders lang bestehendes Arbeitsverhältnis und werde nur unter Schwierigkeiten ein neues Arbeitsverhältnis begründen können. Dies ändert jedoch nichts daran, dass bei der Gesamtwürdigung aller übrigen Umstände von der Beklagten erwartet werden kann, die Veröffentlichung der Bilder nicht zum Anlass für eine außerordentliche Kündigung zu nehmen. Soweit die Beklagte auf widersprüchlichen Sachvortrag der Klägerin im vorliegenden Rechtsstreit hinweist, rechtfertigt dies kein anderes Ergebnis. Unabhängig von der Frage, ob und in welcher Weise ein derartiges prozessuales Verhalten nach Ausspruch der Kündigung im Kündigungsschutzprozess Berücksichtigung finden kann, **ist zu erwarten, dass sowohl das Kündigungsgeschehen als auch das Prozessverhalten der Klägerin bei einer Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zunehmend an Bedeutung verlieren wird; eine außerordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses ist nach alledem nicht geboten.**

37 3. Die Beklagte kann die streitbefangene außerordentliche Kündigung auch nicht mit Erfolg darauf stützen, gegen die Klägerin bestehe ein dringender Verdacht einer

schwerwiegenden Pflichtverletzung. Zum einen ist nicht umstritten, dass die Klägerin für das Kündigungsgeschehen verantwortlich ist, so dass von einem bloßen Verdacht gegen die Klägerin nicht die Rede sein kann. Zum anderen stellt im vorliegenden Fall – wie ausgeführt – selbst der Tatvorwurf keinen wichtigen Grund für eine außerordentliche Kündigung dar; dies gilt erst recht für einen gegen die Klägerin gerichteten Verdacht der Pflichtverletzung. Von der Beklagten kann auch insoweit verlangt werden, von dem Ausspruch der außerordentlichen Kündigung abzusehen und das Arbeitsverhältnis nach Ausspruch einer Abmahnung fortzusetzen.

B.

38 Die ordentliche Kündigung vom 07.06.2013 ist sozial ungerechtfertigt und damit rechtsunwirksam, § 1 Abs. 1, Abs. 2 KSchG. Sie ist nicht durch Gründe bedingt, die in dem Verhalten der Klägerin liegen. Von der Beklagten konnte erwartet werden, das Verhalten bzw. den gegenüber der Klägerin bestehenden Verdacht einer Pflichtverletzung zum Anlass für eine Abmahnung zu nehmen; die gleichwohl ausgesprochene ordentliche Kündigung ist unverhältnismäßig und damit rechtsunwirksam. Wegen der Einzelheiten kann auf die obigen Ausführungen verwiesen werden.

(...)

D.

46 Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO. Die gesetzlichen Voraussetzungen für die Zulassung der Revision lagen nicht vor.

3.6 ArbG Duisburg: „Keine Privilegierung wg. ‚Vertraulichkeit‘“



ArbG Duisburg, 26.09.2012 - 5 Ca 949/12: Keine Privilegierung wg. „Vertraulichkeit“

Tenor

1 1. Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien weder durch die außerordentliche Kündigung noch die hilfsweise ordentliche Kündigung der Beklagten vom 16.4.2012 beendet wird.

2 2. Die Beklagte wird verurteilt, den Kläger bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzverfahrens zu unveränderten arbeitsvertraglichen Bedingungen als Kaufmann im Einzelhandel weiter zu beschäftigen.

3 3. Die Beklagte trägt die Kosten des Rechtsstreits.

4 4. Der Streitwert wird auf 9.720,00 € festgesetzt.

Tatbestand

5 Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer außerordentlichen fristlosen, hilfsweise ordentlichen, fristgerechten Kündigung der Beklagten aus verhaltensbedingten Gründen.

6 Der am 26.04.1983 geborene, ledige Kläger ist seit dem 01.01.2008 bei der Beklagten als Kaufmann im Einzelhandel zu einem Bruttomonatsgehalt von 1.944,00 EUR beschäftigt.

7 Die Beklagte beschäftigt mehr als 10 Arbeitnehmer. Mit Schreiben vom **16.04.2012 kündigte die Beklagte dem Kläger außerordentlich und fristlos, hilfsweise ordentlich** zum nächst möglichen Zeitpunkt. Der Kündigung war folgendes vorausgegangen:

8 Der Kläger war seit dem **27.02.2012 bis einschließlich 13.04.2012 arbeitsunfähig im Zusammenhang mit einer Knieverletzung, die eines operativen Eingriffs bedurfte. Am 20.03.2012 erfuhren die Arbeitnehmerinnen C. von einem Facebook-Eintrag des Klägers auf seiner Facebook-Seite.** Der Eintrag des Klägers hatte folgenden Wortlaut:

9 (...)

10 „Irgendwann mach ich mein mund auf und dann mal gucken wie doof die gucken alle manche arbeitskollegen haben nix zu tun hinter mein rücken zu reden und lästern von bildern die ih hier rein tue bilder von januar nur weil paar kollegen von mir es haben wollten hab ihes drauf gemacht aber ein paar speckrollen die nicht mal jahre lang abnehmen können und manche die überstd brauchen meinen hinter mein rücken zu reden habt ihr keine freunde hattet ihr schlechten sex hat jemand **euch ins gehirn geschissen** oder so habt ihr keine andere hobbys statt zu lästern und **arsch zu kriechen** und auf ein klug scheißer tun als werd ihr besser ihr seit unnötig noch nicht mal irgednwas wert bin seit fünfjahren bzw mehr als fünf jahre nie krankenschein

eingereicht und jetzt wo ich innenminuskriss habe könnt ihr jetzt lästern ihr fische denkt ihr ich bin froh darüber ihr heult doch immer wegen Kleinigkeiten und drückt Attest rein **ihr könnt mich mal kreuzweise** diejenigen wissen wen ich meine die sollen sich nur schämen wartet wenn ih ab Freitag ambulant bin und in zwei Wochen raus komme!!! "

11 Diesen Eintrag des Klägers las eine Vielzahl von Facebooknutzern, wobei der Adressatenkreis der Facebookmeldung des Klägers zwischen den Parteien streitig ist. **Unstreitig ist, dass auch Arbeitskollegen des Klägers sogenannte Facebookfreunde des Klägers sind und somit Zugriff auf seinen Eintrag hatten und diesen auch tatsächlich lasen.**

12 Dem Kommentar des Klägers auf seiner Facebookseite war vorausgegangen, dass er ein **Foto, welches ihn mit Kollegen im Cafe zeigte, auf seiner Facebookseite eingestellt hatte. Ihm war daraufhin zugetragen worden, dass er im Hinblick auf dieses Foto bei seinem Arbeitgeber angeschwärzt worden sei. Dem Arbeitgeber sei gesagt worden, dass er sich während der Arbeitsunfähigkeit in Cafés aufhalte.** In diesem Zusammenhang fiel auch der Name der Kollegin Frau K., welche seit längerem versucht abzunehmen. Die Fotos, die der Kläger auf Facebook einstellte, stammten aus dem Monat Januar 2012, also aus einer Zeit, in welcher er nicht arbeitsunfähig war.

13 Der Kläger kehrte am 16.04.2012 nach Beendigung der Arbeitsunfähigkeit in den Betrieb zurück. An diesem Tag fand ein **Gespräch mit dem Hausleiter Herrn T. sowie zwei Mitgliedern des Betriebsrates statt**, in welchem der Kläger mit den Vorwürfen bezüglich des Facebookeintrags konfrontiert wurde. Der Kläger räumte in diesem Gespräch ein, dass die Äußerung auf Facebook von ihm stamme. Die Beklagte sprach sodann mit Schreiben vom 16.04.2012, welches durch den Hausleiter Herrn T. unterzeichnet wurde, die Kündigung aus.

14 Der Kläger wies mit Schreiben vom 02.05.2012 die Kündigung unter Verweis auf die §§ 174, 180 BGB zurück und rügte gleichzeitig, dass die Unterschrift nicht den Anforderungen der Rechtsprechung genüge. Der Kläger bestreitet das Vorliegen eines wichtigen Grundes nach § 626 Abs. 1 BGB, rügt die Nichteinhaltung der Frist des § 626 Abs. 2 BGB und die soziale Rechtfertigung der hilfsweise ausgesprochenen ordentlichen Kündigung. Er bestreitet zudem die ordnungsgemäße Betriebsanhörung.

15 Der Kläger trägt vor, dass der Eintrag in seinem Facebook-Account **stets nur für seine Freunde und Freundes-Freunde zugänglich gewesen** sei. Eine Veröffentlichung in dem Sinne, dass jeder Nutzer von Facebook die Äußerungen lesen könne, sei zu keiner Zeit erfolgt. Der Kläger verweist des Weiteren auf den Hintergrund der Eintragung und beruft sich darauf, dass er im Affekt gehandelt habe, nach dem er erzürnt darüber gewesen sei, dass ihn Kollegen angeschwärzt hätten. **Er trägt weiter vor, dass mit der Bezeichnung "Speckrolle" keine bestimmte Arbeitnehmerin gemeint gewesen sei.** Es sei auch nicht richtig, dass er in der Besprechung am 16.04.2012 zugegeben habe, dass damit Frau N. gemeint sei. Er habe allein angegeben, dass Frau N. ihm als diejenige Arbeitnehmerin genannt worden sei, die ihn bezüglich der bei Facebook eingestellten Fotos angeschwärzt habe. Der Kläger trägt weiter vor, dass am 16.04.2012 keine Anhörung stattgefunden habe. Vielmehr habe er sich wie bei einem Verhör gefühlt. Man habe versucht, ihn zu einem Aufhebungsvertrag zu drängen. Es sei erheblicher Druck auf ihn ausgeübt worden. Er selbst habe in diesem Gespräch keinesfalls Drohungen ausgesprochen.

16 Der Kläger beantragt,

17 1.festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien weder durch die außerordentliche Kündigung noch die hilfsweise ordentliche Kündigung der Beklagten vom 16.04.2012 beendet wird;

18 2.die Beklagte im Falle des Obsiegens mit dem Antrag zu 1. zu verurteilen, den Kläger bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzverfahrens zu unveränderten arbeitsvertraglichen Bedingungen als Kaufmann im Einzelhandel weiter zu beschäftigen.

19 Die Beklagte beantragt,

20 die Klage abzuweisen.

21 Die Beklagte ist der Auffassung, dass der Kläger **denunzierende Äußerungen auf Facebook** getätigt habe, die zu einer sofortigen fristlosen Kündigung nach § 626 Abs. 1 BGB ohne vorherige Abmahnung. Die Beklagte trägt vor, dass der **Eintrag des Klägers zumindest anfangs als öffentlich gekennzeichnet gewesen** sei. Daher hätten nicht nur die Freunde des Klägers auf Facebook und die sogenannten Freundes-Freunde, sondern jegliche Facebooknutzer den Eintrag lesen können. Die **despektierlichen Äußerungen seien klar der Mitarbeiterin Frau N. zuzuordnen**. Dies habe der Kläger in der Anhörung am 16.04.2012 auch eingestanden. Dort habe er zugegeben, dass Frau N. gemeint sei

22 Die Beklagte trägt weiter vor, dass der Hausleiter Herr T. zum Ausspruch von Kündigungen bevollmächtigt gewesen sei und dass dies durch Aushang am schwarzen Brett den Mitarbeitern bekannt gemacht worden sei. Im Übrigen habe der Kläger die Kündigung nicht unverzüglich im Sinne von § 174 BGB zurückgewiesen.

23 Der Betriebsrat sei am 16.04.2012 schriftlich angehört worden (vgl. Bl. 47-48 der Akten). Darüber hinaus habe Herr T. in der Betriebsratssitzung die Gründe der Kündigung noch mündlich dargelegt. Der Betriebsrat habe der Kündigung nicht widersprochen.

24 Am 16.04.2012 habe eine echte Anhörung des Klägers stattgefunden. Von einem Verhör könne keine Rede sein. Der Kläger habe am Ende des Gesprächs die Drohung "warten sie mal ab, das hat ein Nachspiel" geäußert.

25 Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die von den Parteien zur Akte gereichten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

Gründe

(...)

27 Die Klage ist zulässig und begründet.

(...)

31 Die Klage ist begründet. Das Arbeitsverhältnis wurde weder durch die außerordentliche, fristlose Kündigung noch durch die hilfsweise ordentliche, fristgerechte Kündigung beendet. Auch dem Weiterbeschäftigungsantrag des Klägers war stattzugeben.

(...)

33 Das Arbeitsverhältnis wird nicht fristlos durch die außerordentliche, fristlose Kündigung nach § 626 Abs. 1 BGB beendet. Die außerordentliche Kündigung scheitert bereits daran, dass die Einhaltung der 2-Wochen-Frist des § 626 Abs. 2 BGB nicht dargelegt ist.

34 Gemäß § 626 Abs. 2 BGB kann die Kündigung nur innerhalb von 2 Wochen erfolgen. Die Frist beginnt mit dem Zeitpunkt, in dem der Kündigungsberechtigte von den für die Kündigung maßgebenden Tatsachen Kenntnis erlangt.

35 Die Beklagte hat dargelegt, dass sie am 20.03.2012 erstmals Kenntnis von den Umständen erlangt hat, die aus ihrer Sicht eine außerordentlich, fristlose Kündigung rechtfertigen. Die Beklagte wartete mit einer Anhörung des Klägers bis zum 16.04.2012 ab und sprach erst nach dieser Anhörung am 16.04.2012 die Kündigung aus. Zwar billigt die Rechtsprechung dem Arbeitgeber zu, auch weitere Aufklärungsmaßnahmen zu betreiben, die dann ggf. die 2-Wochen-Frist des § 626 Abs. 2 BGB hemmen. Die Beklagte hat jedoch mit der Durchführung von weiteren Aufklärungsmaßnahmen, zu welcher die Anhörung zu rechnen ist, vor Ablauf der 2-Wochen-Frist nicht einmal begonnen. Die Beklagte kann sich vorliegend auch nicht darauf berufen, dass eine Anhörung des Klägers und weitere Aufklärungsmaßnahmen nicht vor Ablauf der 2-Wochen-Frist möglich gewesen seien, da dieser arbeitsunfähig war. Eine Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers hemmt jedenfalls nicht in jedem Fall die 2-Wochen-Frist des § 626 Abs. 2 BGB (LAG Köln v. 25.1.2001 - 6 Sa 1310/00, BB 2001, 1748; Mennemeyer, Dreytmüller, NZA 2005, 382). Angesichts der Tatsache, dass der Kläger mit einer Knieverletzung im Krankenhaus gelegen hat, ist nicht ersichtlich, warum nicht eine telefonische Anhörung des Klägers oder eine schriftliche Anhörung des Klägers innerhalb der 2-Wochen-Frist erfolgte.

36 Die Beklagte hat auch nicht dargelegt, wie lange der Eintrag des Klägers auf seiner Facebookseite veröffentlicht war. Wenn der Eintrag dort länger eingestellt war, dürfte von einem Dauertatbestand auszugehen sein, **mit der Folge, dass die Frist des § 626 Abs. 2 BGB mit jedem Tag des Eintrags neu zu laufen beginnt**. Darauf hat sich die Beklagte aber nicht berufen. Sie hat lediglich dargelegt, dass der Eintrag am 20.3.2012 gelesen wurde.

(...)

38 Das Arbeitsverhältnis wurde auch nicht durch die hilfsweise erklärte ordentliche, fristgerechte Kündigung beendet. Im Ergebnis fehlt es an einem hinreichenden verhaltensbedingten Kündigungsgrund im Sinne des § 1 KSchG, welcher ohne vorherige Abmahnung zur Kündigung berechtigt.

(...)

40 Eine verhaltensbedingte Kündigung setzt ein vertragswidriges Verhalten des Arbeitnehmers voraus. Erforderlich ist ein Verhalten des Arbeitnehmers, durch welches eine Vertragspflicht erheblich- in der Regel schuldhaft- verletzt, das Arbeitsverhältnis konkret beeinträchtigt wird, eine zumutbare Möglichkeit einer anderen Beschäftigung nicht besteht und die Lösung des Arbeitsverhältnisses in Abwägung der Interessen beider Vertragsparteien billigenswert und angemessen erscheint (BAG vom 10.09.2009 - 2 AZR 257/08, NZA 2010, 220; BAG vom 10.12.2009 - 2 AZR 55/09, NZA - RR 2010, 383; Ascheid/Preis/T., Kündigungsrecht, 4. Auflage 2012, § 1 KSchG, Rn. 265).

Die verhaltensbedingte Kündigung ist **in drei Stufen** zu prüfen. Es muss zunächst ein regelmäßig schuldhaftes vertragswidriges Verhalten des Arbeitnehmers festzustellen sein. Dieses muss zu konkreten Störungen des Arbeitsverhältnisses führen, die auch in Zukunft zu befürchten sind (Prognoseprinzip). In der dritten Stufe ist schließlich eine Interessenabwägung vorzunehmen.

Das Prognoseprinzip ist Ausfluss des Gedankens, dass Zweck der Kündigung nicht die Sanktion einer Vertragspflichtverletzung, sondern die Vermeidung von weiteren Vertragspflichtverletzungen ist. Aufgrund des Prognoseprinzips ist bei Ausspruch einer verhaltensbedingten Kündigung in der Regel erforderlich, dass zuvor eine Abmahnung wegen eines vergleichbaren Verhaltens ausgesprochen wurde.

In diesem Fall kann der Arbeitgeber sich darauf berufen, dass der **Arbeitnehmer trotz bereits erfolgter Abmahnung die Pflichtverletzung erneut begangen hat, woraus die negative Prognose ohne weiteres folgt**. Ausnahmsweise kann aber auch ohne vorherige Abmahnung eine negative Prognose gegeben sein, wenn die Pflichtverletzung an sich derart evident ist, dass auch ohne Abmahnung für den Arbeitnehmer ohne weiteres ersichtlich war, dass der Arbeitgeber ein derartiges Verhalten nicht hinnehmen würde (BAG vom 23.06.2009 - 2 AZR 103/08, AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 59; BAG vom 12.05.2010 - 2 AZR 845/08, NZA 2010, 1348).

In der Rechtsprechung ist es anerkannt, dass eine **grobe Beleidigung des Arbeitgebers oder von Arbeitskollegen, die nach Inhalt und Form zu einer erheblichen Ehrverletzung des Betroffenen führt, eine Kündigung auch ohne vorherige Abmahnung rechtfertigen kann** (BAG vom 10.12.2009 - 2 AZR 534/08, AP BGB § 626 Nr. 226; BAG vom 12.01.2006 - 2 AZR 21/05, NZA 2006, 917; Ascheid/Preis/T.-Dörner/Vossen, Kündigungsrecht, 4. Auflage 2012, § 1 KSchG, Rn. 294, m.w.N.).

Bei der Bewertung von Äußerungen ist allerdings stets das Grundrecht auf freie Meinungsäußerung zu beachten, wobei der Grundrechtsschutz unabhängig davon besteht, ob eine Äußerung rational oder emotional, begründet oder grundlos ist, ob sie von anderen für nützlich oder schädlich, wertvoll oder wertlos gehalten wird (BVerfG vom 16.10.1998 - 1 BvR 2296/96, NZA 1999, 191). Eine polemische oder verletzende Formulierung entzieht einer Äußerung noch nicht den Schutz der Meinungsfreiheit. Formalbeleidigungen und Schmähungen sowie bewusst unwahre Tatsachenbehauptungen fallen allerdings nicht mehr in den Schutzbereich des Artikel 5 Abs. 1 GG, da das Grundrecht der Meinungsfreiheit nicht schrankenlos gewährleistet ist. Die Meinungsfreiheit wird insbesondere durch das Grundrecht der persönlichen Ehre gemäß Artikel 5 Abs. 2 GG beschränkt und muss mit diesem in ein ausgeglichenes Verhältnis gebracht werden (BAG vom 10.12.2009 - 2 AZR 534/08, AP BGB § 626 Nr. 226).

41 Bei der Abwägung der beiderseitigen Interessen ist von der objektiven Sicht eines ruhig und verständig urteilenden Arbeitgebers auszugehen. Nur ein Verhalten, das einen solchen Arbeitgeber zur einer Kündigung bestimmen könnte, kann einen verhaltensbedingten Kündigungsgrund darstellen (BAG vom 02.02.2006 - 2 AZR 222/05, AP KSchG 1969 § 1 verhaltensbedingte Kündigung Nr. 52).

Im Falle von ehrverletzenden Äußerungen sind im Rahmen der Interessenabwägung **auch Kriterien zu berücksichtigen wie z.B. die Frage, ob ein bestimmter Umgangston betriebsüblich ist, der psychische Zustand eines Arbeitnehmers und die Gesprächssituation sowie Ort und Zeitpunkt des Geschehens** (Ascheid/Preiß/T.-Dörner/Vossen, § 1 KSchG, Rn. 296).

(...)

43 Unter Zugrundlegung dieser Grundsätze erscheint die Äußerung des Klägers bei Abwägung aller Umstände nicht geeignet, ohne vorherige Abmahnung eine verhaltensbedingte Kündigung nach § 1 KSchG zu rechtfertigen.

44 Die Äußerungen des Klägers sind **ohne Zweifel despektierlich. Dies gilt insbesondere für die Bezeichnung als "Speckrollen" sowie für die Äußerungen "hattet ihr schlechten Sex" und "hat jemand euch ins Gehirn geschissen". Auch die Vorwürfe "in den Arsch zu kriechen" und "auf ein Klugscheißer tun" sind ehrverletzende Äußerungen, die ihrer Form nach nicht mehr in den grundrechtlich geschützten Anwendungsbereich der Meinungsfreiheit des Artikel 5 Abs. 1 Grundgesetz einzuordnen sind.**

Die Kammer verkennt auch nicht, dass eine Kommentareinstellung bei Facebook einen anderen Charakter aufweist als eine wörtliche Äußerung, die aufgrund ihrer Flüchtigkeit nicht derart einschneidende Wirkungen für die betroffenen Mitarbeiter hat. Die Einstellung bei Facebook stellt eine Verkörperung der beleidigenden Äußerung dar, die für andere, soweit sie nicht gelöscht wird, immer wieder nachlesbar ist und somit nachhaltig in Rechte der Betroffenen eingreift. Dabei ist auch die besondere gesellschaftliche Bedeutung und Verbreitung zu bedenken, die soziale Netzwerke inzwischen genießen. Auch bergen die Einträge bei Facebook das Risiko, dass **Folgeeinträge, beispielsweise in Form von Kommentaren oder durch eigene Einträge erfolgen, die wiederum die betroffene Person erneut oder in anderer Form beleidigen bis hin zur Gefahr des sogenannten Internetmobbings.** Nach Auffassung der Kammer ist aus diesem Grund eine **schriftliche Äußerung bei Facebook, auch wenn sie jederzeit gelöscht werden kann, von der Intensität her nicht mit einer wörtlichen Äußerung unter Arbeitskollegen im privaten Kreis zu vergleichen** (s. auch ArbG Dessau v. 21.03.2012 - 1 Ca 148/11, BeckRS 2012, 69099; ebenfalls zu beleidigenden Äußerungen - hier allerdings eines Auszubildenden - bei Facebook ArbG Bochum v. 29.03.2012 - 3 Ca 1283/11, BeckRS 2012, 70844/LAG Hamm v. 10.10.2012, noch nicht veröffentlicht). Dies gilt auch ungeachtet der Frage, ob die Äußerung des Klägers nur für seine Facebook-Freunde und Freundesfreunde oder für sämtlich Facebook-Nutzer zugänglich war. **Selbst wenn man zugunsten des Klägers unterstellt, dass die Äußerung nur Freunden und Freundesfreunden zugänglich war, stellt dies bereits einen**

großen Empfängerkreis dar, dem auch Arbeitskollegen angehörten. Dieser Empfängerkreis konnte den Eintrag immer wieder lesen.

45 Entscheidend war für die Kammer jedoch im Ergebnis, dass die Äußerungen des Klägers nicht ohne Anlass, sondern **im Affekt** gemacht wurden. Schließlich war auch zugunsten des Klägers zu berücksichtigen, dass sich aus den Einträgen selbst eine Bezugnahme auf eine bestimmte Kollegin, insbesondere Frau N., nicht ergibt. Anlass der Äußerung war, dass der Kläger die Mitteilung erhielt, Kollegen hätten gegenüber seinem Arbeitgeber behauptet, er halte sich während der Arbeitsunfähigkeit in Cafés auf. **Tatsächlich entspricht es nicht den Tatsachen, dass sich der Kläger während der Arbeitsunfähigkeit in Cafés aufhielt.** Die vom Kläger eingestellten Bilder, die ihn mit Kollegen in einem Cafe zeigen, stammen aus dem Monat Januar. Der Kläger hatte also aus seiner Sicht einen begründeten Anlass, auf die Kollegin oder den Kollegen ärgerlich zu sein, die ihn bei der Arbeitgeberin angeschwärzt hatten. Dass dies der Hintergrund für seinen Facebookeintrag war, macht der Eingangssatz des Kommentares deutlich, in dem es unter anderem heißt "...manche arbeitskollegen haben nixs zu tun hinter mein rücken zu reden und lästern von bildern die ih hier rein tue bilder von Januar nur weil paar Kollegen von mir es haben wollten hab ihes drauf gemacht". Die Äußerungen des Klägers erfolgten daher im Affekt, als emotionale Reaktion auf ein Verhalten eines oder mehrerer Kollegen und wurden nicht ohne Rücksicht auf einen konkreten Anlass nur zu Verunglimpfung einer Person gemacht. **Der Eintrag des Klägers ist ohne Zweifel unangemessen, er zeigt aber auch deutlich seine Betroffenheit wegen des erhobenen Vorwurfs, er habe eine Arbeitsunfähigkeit vorgetäuscht bzw. er verhalte sich unangemessen während einer bestehenden Arbeitsunfähigkeit.** Es kann daher ohne vorherige Abmahnung nicht die Prognose aufgestellt werden, dass der Kläger derartige Äußerungen erneut tätigen wird. Zusammenfassend gesagt, stellt das Einstellen des Kommentars auf Facebook durch den Kläger zwar eine arbeitsvertragliche, schuldhafte **Pflichtverletzung dar, die aber durch eine Abmahnung und nicht eine sofortige verhaltensbedingte Kündigung geahndet werden kann**, da aufgrund der Umstände des Eintrags eher von einem Einzelfall auszugehen ist.

46 Auch das Verhalten des Klägers im Personalgespräch am 16.4.2012 stellt keinen verhaltensbedingten Kündigungsgrund dar. Selbst wenn man unterstellt, dass der Kläger in diesem Gespräch gesagt hat, die Angelegenheit habe noch ein Nachspiel, liegt darin keine Bedrohung, die eine verhaltensbedingte Kündigung rechtfertigt. Es kann dem Kläger **nicht unterstellt werden, dass er mit dieser Äußerung rechtswidrige Handlungen androhte. Vielmehr ist zu seinen Gunsten eher davon auszugehen, dass er damit meinte, er werde sich juristischen Rat holen und einen Anwalt kontaktieren, um sich gegen die angedrohte Kündigung zu wehren.** Für eine andere Bewertung hat die Beklagte jedenfalls keine Indizien vorgetragen.

(...)

48 Da die Kündigung das Arbeitsverhältnis nicht beendet hat, hat der Kläger entsprechend des Beschlusses des Großen Senats vom 27.02.1985 (GS 1/84, AP BGB § 611 Beschäftigungspflicht Nr. 14) einen Anspruch auf Weiterbeschäftigung bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzverfahrens.

(...)

50 Die Beklagte trägt, da sie im Rechtsstreit unterlag, die Kosten des Rechtsstreits, §§ 46 Abs. 2 ArbGG, 91 Abs. 1 ZPO. Die Streitwertfestsetzung folgt aus den §§ 61 Abs. 1 ArbGG, 42 Abs. 3 GKG, 3 ff ZPO. Der Kündigungsschutzantrag wurde mit 3, der Weiterbeschäftigungsantrag mit 2 Bruttomonatsgehältern zu je 1.944,00 € bewertet.

3.7 ArbG Bochum: „Menschenschinder und Ausbeuter“



ArbG Bochum 29.03.2012 - 3 Ca 1283/11: „Menschenschinder und Ausbeuter“

1. Es wird festgestellt, dass das Ausbildungsverhältnis der Parteien durch die Kündigung des Beklagten vom 21.06.2011, dem Kläger zugegangen am 22.06.2011, nicht aufgelöst worden ist.

2. Der Beklagte trägt die Kosten des Rechtsstreits.

3. Der Streitwert wird auf 1.290,00 € festgesetzt.

Tatbestand

Die Parteien streiten über die fristlose Kündigung eines Ausbildungsverhältnisses.

Der am 11.12.1984 geborene Kläger befindet sich bei dem Beklagten seit dem 01.09.2010 in einem Ausbildungsverhältnis zum Mediengestalter Digital und Print mit der Fachrichtung Gestaltung und Technik. Seine Ausbildungsvergütung betrug zuletzt 430 € brutto.

Das Tätigkeitsfeld des Beklagten setzt sich aus Internetdienstleistungen zusammen. Unter anderem werden Facebook-Profil für Kunden erstellt. Der Beklagte beschäftigt weniger als 10 Mitarbeiter.

Auf dem privaten Facebook-Profil des Klägers (vgl. BI. 29 bis 31 d.A.) befindet sich unter der Rubrik „Arbeitgeber“ die folgende Eintragung:

Arbeitgeber: menschenschinder & ausbeuter

Leibeigener - Bochum

daemliche scheisse fuer mindestlohn – 20 % erledigen

Mit Schreiben vom 21.06.2011, das dem Kläger am 22.06.2011 zugegangen, kündigte der Beklagte das mit dem Kläger bestehende Ausbildungsverhältnis fristlos, weil er den Beklagten in den Facebook-Profil als „menschenschinder & ausbeuter“ bezeichnet habe, er den Kläger als „Leibeigener“ halte und der Kläger „daemliche scheisse fuer mindestlohn - 20 %“ erledige. Wegen des genauen Inhalts des Kündigungsschreibens wird auf die sich in der Akte befindliche Ablichtung Bezug genommen (vgl. Bl. 10 d.A.)

Mit einem am 12.07.2011 beim Arbeitsgericht Bochum eingegangenen Schriftsatz hat der Kläger die vorliegende Kündigungsschutzklage erhoben.

Der Kläger ist der Auffassung, dass die Kündigung nicht gerechtfertigt sei. Er habe den Beklagten nicht auf sein Facebook-Profil hingewiesen und habe ihn auch nicht beleidigen wollen. Die Äußerung sei nicht auf den Beklagten bezogen gewesen. Außerdem habe er nicht damit rechnen müssen, dass der Beklagte sich sein Facebook-Profil ansehe. **Der Eintrag sei zwar unsachlich, stelle aber keine Formalbeleidigung, Schmähung oder Angriff auf die Menschenwürde des Beklagten dar.** Der Kläger behauptet, dass die Äußerung übertrieben und lustig gemeint gewesen sei und zu keinem Zeitpunkt die Realität darstellen sollte. Auch der übrige Inhalt des Profils belege, dass die Äußerung

des Klägers nicht ernst zu nehmen sei. **Im Übrigen stehe ihm gegenüber seinen Freunden ein Recht auf freie Meinungsäußerung zu.** Von diesem sei auch allgemeine Kritik an den allgemeinen wirtschaftlichen und sozialen Verhältnissen einerseits und am Arbeitgeber und den betrieblichen Verhältnissen andererseits gedeckt, auch wenn sie überspitzt und polemisch ausfalle. Für niemanden sei erkennbar gewesen, dass mit dieser Äußerung der Beklagte gemeint sein könnte.

Der Kläger beantragt,

festzustellen, dass das Ausbildungsverhältnis durch die Kündigung vom 21.06.2011, dem Kläger zugewungen am 22.06.2011, nicht aufgelöst worden ist.

Der Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

(...)

Bei der Eintragung handele es sich auch nicht um eine spontane Unmutsäußerung des Klägers, sondern um die planvolle Gestaltung des Facebook-Profiles. Diese sei **mit konkreter Beleidigungsabsicht gegenüber dem Beklagten erfolgt und als Beleidigung gegenüber dem Beklagten nicht mehr vom Recht auf freie Meinungsäußerung gedeckt.** Der Beklagte meint, dass der Kläger ab dem 16.06.2011 habe damit rechnen müssen, dass er sein Facebook-Profil besuche. Aus diesem Grund habe der Kläger billigend in Kauf genommen, dass der Beklagte von seinen Äußerungen Kenntnis erlange. Dieses Verhalten sei nicht anders zu bewerten, als wenn der Kläger den Beklagten unmittelbar mit den Äußerungen konfrontiere. Der Beklagte habe den Kläger am 20.06.2011 auf den Eintrag angesprochen und ihn vor die Alternativen Aufhebungsvertrag oder fristlose Kündigung gestellt. Der Kläger habe weder bei diesem Gespräch noch später im Laufe des Verfahrens einen Versuch der Entschuldigung gestartet.

Der Beklagte ist der Auffassung, dass die fristlose Kündigung des Klägers das einzige Mittel sei. Bei der Beklagten handele es sich um einen Kleinbetrieb, so dass der Kläger und der Beklagte ständig zusammenarbeiten müssten. Des Weiteren sei zu berücksichtigen, dass der Kläger bereits 27 Jahre alt sei. (...)

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

2. Die Kündigung hält einer Überprüfung an den Maßstäben des § 22 BBiG nicht stand.

Gemäß § 22 Abs. 2 Nr. 1 BBiG kann ein Berufsausbildungsverhältnis nach der Probezeit nur aus einem wichtigen Grund ohne Einhalten einer Kündigungsfrist gekündigt werden.

(...)

b) Eine grobe Beleidigung des Ausbildenden kann grundsätzlich geeignet sein, eine fristlose Kündigung eines Berufsausbildungsverhältnisses zu rechtfertigen (vgl. KR/Weigand, 8. Auflage 2007, § 21, 22 BBiG Rn. 62). Der Kläger hat auf seinem privaten Facebook-Profil unter der Rubrik „Arbeitgeber“ die Eintragung „menschenschinder & ausbeuter, Leibeigener o Bochum, daemliche scheisse fuer mindestlohn –20 % erledigen“ getätigt. **Diese Äußerungen haben gegenüber dem Beklagten als Ausbildenden ohne Zweifel beleidigenden Charakter.** Wobei nach älterer

Rechtsprechung die Beleidigung des Ausbildenden, er sei ein „Ausbeuter erster Klasse“, für eine Kündigung nicht ausreichte (vgl. KR/Weigand, 8. Auflage 2007, § 21, 22 BBiG Rn. 62, m.w.N; Arbeitsgericht Essen, Urteil vom 06.03.1987 - 2 Ca 2756/86 - Juris). Der Kläger hat den Beklagten im vorliegenden Fall zwar nicht direkt angesprochen. **Er kann sich aber nicht darauf zurückziehen, dass es sich um allgemeine Gesellschaftskritik handeln sollte, die von seinem Recht auf Meinungsfreiheit gedeckt wäre. Er hat diese Eintragung auf seinem Facebook-Profil unter der Rubrik „Arbeitgeber“ vorgenommen, so dass sie einen Rückschluss auf den Beklagten zulässt, der als Ausbildender diese Äußerungen durchaus auf sich beziehen durfte. Dieses gilt auch, wenn der Beklagte für Außenstehende mangels Namensnennung nicht identifizierbar war. Denn Kündigungsgrund ist vorliegend der Tatbestand der Beleidigung und nicht der der Verleumdung oder üblen Nachrede.**

c) Jedoch konnte vorliegend nicht angenommen werden, dass der Kläger den Beklagten durch einen Hinweis in einem Gespräch am 16.06.2011 mit Absicht auf sein privates Facebook-Profil gelotst hat, was gegebenenfalls zu einer anderen, schwerwiegenderen Bewertung des Verhaltens des Klägers geführt hätte.

(...)

Der Kläger musste aber zumindest damit rechnen, dass der Beklagte bei Kenntnisnahme der Eintragung unter der Rubrik „Arbeitgeber“ diese auf sich bezieht und sich persönlich angesprochen fühlen könnte, weil er als Ausbildender der Arbeitgeber des Klägers ist. Allerdings hat der Kläger die Äußerungen nicht im Rahmen eines Chats mit Freunden getätigt, so dass die **Äußerungen nicht als vertrauliches Gespräch unter Freunden oder Kollegen gewertet werden konnte**. Denn gerade in der heutigen Zeit findet eine Konversation unter Freunden oft nicht mehr im persönlichen Gespräch, sondern im Rahmen von sozialen Netzwerken statt. Bei der Streitgegenständlichen Äußerung handelt es sich um die Angabe des Arbeitgebers und des Berufs, die regelmäßig zum längeren Verbleib in dem Profil gedacht sind. Der Kläger, der sich im Rahmen seiner Ausbildung als Mediengestalter Digital und Print unter anderem mit der Erstellung von Facebook-Profilen auseinandersetzen hat, müsste um die Gefahren wissen, die von geschriebenen Worten in sozialen Netzwerken ausgehen können. Und aus diesem Grund muss er wissen, dass man genau abwägen sollte, welche Angaben man in für jedermann zugänglichen Facebook-Profilen veröffentlicht. **Auch wenn der Kläger nicht unbedingt damit rechnen musste, dass der Beklagte sein privates Facebook-Profil besucht, kann er sich nicht darauf berufen, dass es für ihn vollkommen unvorhersehbar war, dass der Beklagte von den Äußerungen Kenntnis erlangt und diese auf sich bezieht.**

Dennoch erachtete die Kammer in diesem Fall den Ausspruch einer fristlosen Kündigung nicht für angemessen.

Zwar ist der Kläger bereits 27 Jahre alt und daher für einen Auszubildenden verhältnismäßig alt. Aber auch bei älteren Auszubildenden besteht neben der Pflicht zur fachlichen Ausbildung auch immer die Pflicht zur Förderung der geistigen, charakterlichen und körperlichen Entwicklung (§ 14 Abs. 1 Nr. 5 BBiG), insbesondere wenn der Auszubildende - wie hier - noch nicht über eine abgeschlossene Berufsausbildung verfügt. **Gerade wegen dieser Förderungspflicht hat der Ausbildende nicht jedes dem Auszubildenden vorzuwerfende Fehlverhalten als Kündigungsgrund zu nehmen.**

*Eine Kündigung kommt nur in Betracht, wenn es kein milderes Mittel gibt. So ist, wie bereits dargestellt, eine fristlose Kündigung nur zulässig, wenn dem Auszubildenden unter keinen Umständen eine Fortführung des Ausbildungsverhältnisses mehr zuzumuten ist. Nach Auffassung der Kammer war dem Beklagten hier zumutbar, durch eine Abmahnung oder Kritikgespräche zunächst zu versuchen, eine Änderung des Verhaltens des Klägers und eine entsprechende Einsicht hinsichtlich des Fehlverhaltens herbeizuführen. Auch wenn es sich bei dem Ausbildungsbetrieb des Beklagten um einen sehr kleinen Betrieb handelt und die Parteien täglich eng zusammenarbeiten, obliegt dem Beklagten die Pflicht, den Charakter und die geistige Entwicklung des Klägers zu fördern. Auch in seinem Kleinstbetrieb muss der Beklagte zunächst sämtliche milderen Mittel ausschöpfen und zumindest versuchen, die Situation anderweitig zu lösen. Der Beklagte kann sich hier nicht bereits darauf berufen, dass sich der Kläger in dem Gespräch am 20.06.2011 nicht entschuldigt hätte. Der Beklagte hat vorgetragen, dass er ihn unmittelbar vor die Wahl zwischen Aufhebungsvertrag und fristloser Kündigung gestellt habe. Es war nicht ersichtlich, dass der Beklagte bei der geforderten Entschuldigung des Klägers eine andere Lösung der Situation in Erwägung gezogen hätte. **Des Weiteren hat die Kammer im Rahmen der Interessenabwägung berücksichtigt, dass der Kläger den Beklagten nicht mit persönlich an ihn gerichteten Worten direkt konfrontiert hat.** Im Übrigen war bei der Gesamtbetrachtung des Facebook-Profiles des Klägers - insbesondere unter Berücksichtigung der vom Kläger eingetragenen „Lieblingszitate“ - auffällig, dass viele Eintragungen nicht ernst gemeint sein dürften. Daher ist auch die Eintragung unter der Rubrik „Arbeitgeber“ **unter Berücksichtigung des Gesamteindrucks des gesamten Profils, das eine eher unreife Persönlichkeit des Klägers und ein Mangel an Ernsthaftigkeit widerspiegelt, zu betrachten und zu bewerten.** Der Beklagte hätte hier in Erfüllung seiner Pflichten aus § 14 Abs. 1 Nr. 5 BBiG zunächst versuchen müssen, auf mildere Mittel, wie beispielsweise eine Abmahnung, zurückzugreifen. (...)*

3.8 ArbG Dessau-Roßlau: „Der Fisch stinkt vom Kopf“



ArbG Dessau-Roßlau, 21.03.2012 - 1 Ca 148/11: „Der Fisch stinkt vom Kopf“

In dem Rechtsstreit (...)

hat die 1. Kammer des Arbeitsgerichts Dessau-Roßlau auf die mündliche Verhandlung vom (...) durch (...) für Recht erkannt:

- 1. Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigungen der Beklagten vom 08. Dezember 2011 nicht aufgelöst ist.*
- 2. Die Kosten des Rechtsstreits trägt die Beklagte.*
- 3. Der Wert des Streitgegenstands wird auf 14.059,86 € festgesetzt.*

Tatbestand

Die Parteien streiten über die Beendigung ihres Arbeitsverhältnisses durch fristlose sowie hilfsweise fristgemäß ausgesprochene Kündigungen der Beklagten.

Die am 18. Februar 1969 geborene Klägerin ist seit dem 16. Februar 1987 bei der Beklagten bzw. deren Rechtsvorgängerin als Sparkassenangestellte zu einem Bruttomonatsentgelt von zuletzt durchschnittlich EUR 4.686,62 beschäftigt. In der Zeit vom 01. Januar 1994 bis zum 31. August 2011 war sie als Abteilungsdirektorin Interne Revision eingesetzt. Am 10. Juni 2011 schlossen die Parteien einen Aufhebungsvertrag zur Beendigung ihres Arbeitsverhältnisses zum 30. Juni 2012 gegen Zahlung einer Abfindung von EUR 110.000,00. Seit dem 01. September 2011 waren der Klägerin Sonderaufgaben übertragen. Im Betrieb der Beklagten sind regelmäßig mehr als zehn Arbeitnehmer mit Ausnahme der zu ihrer Berufsbildung Tätigen beschäftigt. Es besteht ein von der Belegschaft ordnungsgemäß gewählter Personalrat.

Mit Schreiben vom 08. Dezember 2011 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis fristlos sowie hilfsweise fristgemäß zum 30. Juni 2012. „Höchstvorsorglich“ kündigte sie das Arbeitsverhältnis im gleichen Schreiben zudem außerordentlich fristlos und hilfsweise ordentlich zum nächst zulässigen Termin im Wege der Verdachtskündigung.

Den Kündigungen liegt im Wesentlichen folgender Sachverhalt zugrunde:

Der Ehemann der Klägerin „postete“ im August 2011 auf seiner Internetseite bei dem sozialen Netzwerk „Facebook“ folgende Eintragungen: „Hab gerade mein Sparkassen-Schwein auf ... getauft“ „Naja, irgendwann stehen alle Schweine vor einem Metzger“. sind die Vornamen der Vorstände der Beklagten. Der Ehemann der Klägerin veröffentlichte auf dieser Seite zudem eine piktographische Fischdarstellung, bei der das Mittelstück des Fisches durch das Sparkassensymbol dargestellt ist. Neben dem Piktogramm befand sich die Anmerkung ***„Unser Fisch stinkt vom Kopf“.*** ***Die Facebook-Seite des Ehemannes der Klägerin war für 155 „Freunde“, u.a. auch zahlreiche Mitarbeiter und Kunden der Beklagten, einsehbar. Unter dem Fischpiktogramm befand sich mit dem Kommentar „gefällt mir“ der Name der Klägerin.***

(...)

Die Klägerin behauptet, den **„Gefällt-mir-Button“ unter dem Fisch-Piktogramm** auf der Facebook-Seite ihres Ehemannes habe nicht sie selbst sondern möglicherweise ihr Ehemann betätigt. Dazu sei er in der Lage, da sie ihren jetzigen alleinigen Account bis April 2011 mit ihrem Ehemann gemeinsam genutzt habe und dieser auch weiterhin über den inzwischen nur noch von der Klägerin genutzten Account Kommentare unter dem Namen der Klägerin bei Facebook abgeben könne. Ihr Ehemann habe sowohl das Fisch-Piktogramm als auch den Eintrag, sein Sparkassenschwein „Ralf-Thomas“ getauft zu haben, **ohne Wissen und Billigung der Klägerin auf seiner Facebook-Seite veröffentlicht**. Die Zuordnung des Doppelvornamens auf die beiden Vorstände der beklagten Sparkasse sei für einen objektiven Dritten allerdings nicht möglich. Das Fisch-Piktogramm stelle nur eine allgemein gehaltene Satire in Bezug auf das bekannte Markenzeichen der Sparkasse ohne nähere Individualisierbarkeit einer konkreten Institution oder einer natürlichen Person dar.

(...)

Die Klägerin beantragt nunmehr,

festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien durch die Kündigungen der Beklagten vom 08. Dezember 2011 nicht aufgelöst ist.

Die Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

(...)

Die Beklagte meint, das Fischpiktogramm stelle einen **Angriff auf das Ansehen der Sparkasse und damit eine Beleidigung der Beklagten dar, welche sich die Klägerin („gefällt mir“) zu eigen gemacht habe**. Durch ihre Stellungnahme vom 02. Dezember 2011 habe die Klägerin die dadurch entstandene erhebliche Erschütterung des Vertrauensverhältnisses gegenüber der Beklagten zudem nicht ausgeräumt sondern noch vertieft, da sie die Äußerungen ihres Ehegatten nicht bedauert sondern mit nicht nachvollziehbaren Auslegungsversuchen bagatellisiert und damit gebilligt habe. Sie habe weder glaubhaft erklärt, die Eintragung „gefällt mir“ nicht selbst vorgenommen zu haben, noch sich eindeutig von den Äußerungen ihres Ehemannes distanziert, so dass sich der Verdacht erhärte, dass sie über die Aktivitäten ihres Ehemannes informiert gewesen sei und diese befürwortet habe. Die Kündigung sei daher hilfsweise als Verdachtskündigung begründet. Eine vertrauensvolle Zusammenarbeit sei – insbesondere im Hinblick auf das besondere Tätigkeitsfeld der Klägerin – nicht mehr möglich. (...)

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

Die zulässige Klage ist begründet. Die Kündigungen der Beklagten vom

08. Dezember 2011 haben das Arbeitsverhältnis der Parteien weder fristlos noch fristgemäß beendet.

(...)

II. Das Arbeitsverhältnis der Parteien ist durch die Kündigungen der Beklagten vom 08. Dezember 2011 nicht fristlos beendet worden. Weder die von der Beklagten ausgesprochene fristlose Tat Kündigung noch die fristlose Verdachtskündigung haben das Arbeitsverhältnis mit sofortiger Wirkung be-endet.

(...)

1. Soweit die Beklagte die fristlose Kündigung vom 08. Dezember 2011 auf die von dem Ehemann der Klägerin bei Facebook „geposteten“ Erklärungen („Unser Fisch stinkt vom Kopf“ und „Ich habe mein Sparkassen-Schwein Ralf-Thomas getauft“) stützt, sind diese **Aktivitäten ihres Ehemannes nicht geeignet, die fristlose Kündigung des Arbeitsverhältnisses der Klägerin zu rechtfertigen, da die Klägerin grundsätzlich keine Verantwortung für von ihrem Ehemann abgegebene Stellungnahmen trägt.** Die Klägerin könnte aus dem Arbeitsverhältnis allenfalls eine Pflicht treffen, auf ihren Ehemann mit der Maßgabe einzuwirken, Äußerungen zu unterlassen, die das Unternehmen ihres Arbeitgebers schädigen. Eine derartige Pflichtverletzung steht vorliegend jedoch nicht in Rede, da die fraglichen Facebook-Einträge, nachdem die Klägerin mit ihnen konfrontiert worden war, unmittelbar von der Internetseite ihres Ehemannes entfernt wurden und zu vermuten ist, dass die Klägerin ihre Löschung veranlasst hat. Eine Pflichtverletzung ist ihr in diesem Zusammenhang nicht zur Last zu legen.

2. Auch der Vorwurf der Beklagten, die Klägerin habe unter dem Fisch-Piktogramm der Beklagten („Unser Fisch stinkt vom Kopf“) auf der Facebook-Seite ihres Ehemannes den „Gefällt-mir“-Button gedrückt, rechtfertigt die fristlose Kündigung des Arbeitsverhältnisses weder als Tat- noch als Verdachtskündigung.

a) Soweit die Beklagte behauptet, nicht ihr Ehemann sondern die Klägerin selbst habe den „Gefällt-mir“-Button betätigt, hat die Beklagte diese von der Klägerin bestrittene Behauptung nicht unter Beweis gestellt. Da sie für das Vorliegen des Kündigungsgrundes die Beweislast trifft, geht das fehlende Beweisangebot zu ihren Lasten, so dass die Beklagte die Tat Kündigung mit diesem Vorwurf nicht begründen kann.

b) Dass die Klägerin den „Gefällt-mir-Button“ möglicherweise selber gedrückt haben könnte, rechtfertigt auch nicht den Ausspruch einer fristlosen Verdachtskündigung. Diese ist grundsätzlich nur gerechtfertigt, wenn sich ein dringender Verdacht aus objektiven, im Zeitpunkt der Kündigung vorliegenden Umständen ergibt und die überwiegende Wahrscheinlichkeit begründet, der Verdächtige habe die Pflichtwidrigkeit begangen. Bloße, auf Vermutungen gestützte Verdächtigungen reichen dafür nicht aus (vgl. BAG, Ur. v. 10.02.2005 – 2 AZR 189/04, zit. nach Juris).

Diesen Anforderungen einer Verdachtskündigung hält der Vortrag der Beklagten nicht stand. Soweit die Beklagte die Verdachtskündigung damit begründet, die Klägerin habe den „Gefällt-mir-Button“ selber betätigt, da er über ihren Account ausgelöst worden sei, hat die Klägerin diesen Verdacht durch die unwidersprochene Darlegung entkräftet, auch ihr Ehemann habe Zugang zu ihrer Facebook-Seite und habe den Button betätigt. Soweit die Beklagte der Klägerin ferner vorwirft, sie habe sich in ihrer Stellungnahme vom 02. Dezember 2011 nicht eindeutig von den Äußerungen ihres Ehemannes distanziert, so dass sich der Verdacht erhärte, dass sie über die Aktivitäten ihres Ehemannes informiert

gewesen sei und diese befürwortet habe, begründet auch dies keinen dringenden Tatverdacht gegenüber der Klägerin, der die Verdachtskündigung rechtfertigen könnte. Denn die Äußerungen der Klägerin in ihrer Stellungnahme bieten keinen hinreichenden Anlass zu der Annahme, sie habe den „Gefällt-mir-Button“ selbst gedrückt. Dass die Klägerin sich nach Auffassung der Beklagten in dieser Stellungnahme verhalten ausdrückt und die (gegen ihren Ehemann erhobenen) Vorwürfe „bagatellisiert“, diene nach dem Vortrag der Klägerin in der mündlichen Verhandlung dem Schutz ihres Ehemannes in Hinblick auf eine von der Beklagten angekündigte Strafverfolgung und ist ihr insoweit nicht vorzuwerfen. Ihre Äußerungen sind nicht geeignet, einen dringenden Tatverdacht zu Lasten der Klägerin zu begründen.

Unabhängig davon wäre es aber auch zweifelhaft, ob die in der Betätigung des „Gefällt-mir-Buttons“ liegende einmalige Pflichtverletzung geeignet wäre, die fristlose Kündigung des seit 25 Jahren bestehenden Arbeitsverhältnisses zu rechtfertigen.

Zwar wäre es als eine Loyalitätspflichtverletzung gegenüber der Beklagten anzusehen, wenn die Klägerin dem von ihrem Ehemann „geposteten“ Fischpiktogramm öffentlich zugestimmt hätte. Die Klägerin durfte nicht darauf vertrauen, dass einem über Facebook verbreiteten Statement der Charakter eines „vertraulichen Gespräches“ unter „Freunden“ oder Arbeitskollegen zukommen würde. Bei einer auf einer Internet-Plattform getätigten Aussage kann nicht von einer vertraulichen Kommunikation die Rede sein. Dabei macht es keinen Unterschied, ob ein „Posting“ über den öffentlichen oder den so genannten privaten Bereich erfolgt. Da ein Facebook-Nutzer immer mit einer „Veröffentlichung“ rechnen muss, auch wenn er über seinen privaten Facebook-Account abwertende Äußerungen verbreitet, und das Recht der freien Meinungsäußerung nach Art. 5 Abs. 1 GG weder Formalbeleidigungen noch bloße Schmähungen schützt, **wäre die öffentlich getätigte Äußerung „Unser Fisch stinkt vom Kopf“ nicht dem Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 GG zuzuordnen** und die öffentlich erklärte Zustimmung der Klägerin damit als Loyalitätspflichtverletzung gegenüber der Beklagten anzusehen.

*Diese Pflichtverletzung wäre – auch wenn die Klägerin den „Gefällt-mir“-Button selbst gedrückt hätte - gleichwohl nicht geeignet, die fristlose Kündigung des seit 25 Jahren unbeanstandet bestehenden Arbeitsverhältnisses zu rechtfertigen. Der in Rede stehende, einmalige Verstoß der Klägerin würde der Beklagten die Fortsetzung des ohnehin zum 30. Juni 2012 endenden Arbeitsverhältnisses nicht unzumutbar machen. Die insoweit erforderliche negative Prognose weiterer Pflichtverletzungen wäre nur dann zu bejahen, wenn aus der konkreten Vertragspflichtverletzung und der daraus resultierenden Vertragsstörung geschlossen werden könnte, dass die Klägerin den Arbeitsvertrag auch zukünftig erneut in gleicher Weise verletzen werde (vgl. BAG, Urt. v. 13.12.2007 - 2 AZR 818/06 Rnr. 37, AP Nr. 64 zu § 4 KSchG 1969). Dafür gibt es vorliegend allerdings keine Anhaltspunkte, da die Klägerin nach Zugang der Anhörung vom 15. November 2011 für die sofortige Löschung des fraglichen Postings auf der Facebook-Seite ihres Ehemannes Sorge getragen und darüber hinaus in ihrer Stellungnahme vom 2. Dezember 2011 ausdrücklich versichert hat, es zukünftig zu unterlassen, Einträge in dieser oder in einer abgewandelten Form in soziale Netzwerke einzustellen. Eine Wiederholungsgefahr wäre damit zum Zeitpunkt des Ausspruchs der fristlosen Kündigung am 08. Dezember 2011 nicht erkennbar gewesen. **Das Betätigen des „Gefällt-mir“-Buttons – wenn es der***

Klägerin nachzuweisen gewesen wäre – hätte damit allenfalls eine Abmahnung gerechtfertigt.

*Dies gilt auch, soweit die Beklagte behauptet, ihr Vertrauen in die Klägerin sei durch die dargestellten Vorgänge tiefgreifend zerstört. Selbst wenn die Klägerin den fraglichen Button selber gedrückt hätte, **wäre zu berücksichtigen, dass die Betätigung dieses Buttons bei Facebook-Nutzern in der Regel eine spontane Reaktion ohne nähere Überlegung darstellt und in ihrem Bedeutungsgehalt nicht zu hoch eingeschätzt werden sollte.** Eine Rufschädigung der Beklagten oder ein Ansehensverlust dürfte durch die „Gefällt mir“-Kommentierung tatsächlich auch nicht eingetreten sein. Ob und inwieweit die möglicherweise kritische Einstellung der Klägerin zu den Vorständen der Beklagten geeignet wäre, die tägliche Arbeit der Klägerin in der noch verbleibenden Zeit bis zum 30. Juni 2012 konkret zu beeinträchtigen, ist den Ausführungen der Beklagten nicht zu entnehmen. Ohne derartige konkrete Gefährdungen oder Beeinträchtigungen ist der von den Vorständen der Beklagten empfundene Vertrauensverlust zur Begründung einer fristlosen Kündigung jedoch nicht geeignet.*

(...)

4 Whistleblowing

4.1 EGMR: „Whistleblowing“



EGMR, 21.07.2011 - 28274/08: Fristlose Kündigung wegen Offenlegung von Pflegemissständen verletzt Meinungsfreiheit

Orientierungssatz

1. Strafanzeigen von Arbeitnehmern gegen ihren Arbeitgeber mit dem Ziel, Missstände in ihren Unternehmen oder Institutionen offenzulegen (whistleblowing), fallen in den Geltungsbereich des Art. 10 MRK.

2. In einer demokratischen Gesellschaft ist das öffentliche Interesse an Informationen über Mängel in der institutionellen Altenpflege in einem staatlichen Unternehmen so wichtig, dass es gegenüber dem Interesse dieses Unternehmens am Schutz seines Rufes und seiner Geschäftsinteressen überwiegt.

3. Die deutschen Gerichte hatten keinen angemessenen Ausgleich herbeigeführt zwischen der Notwendigkeit, den Ruf des Arbeitgebers zu schützen einerseits, und derjenigen, das Recht der Arbeitnehmerin auf Freiheit der Meinungsäußerung zu schützen andererseits (Zuspruch von 10.000 Euro Entschädigung für den erlittenen immateriellen Schaden und von 5.000 Euro für die entstandenen Kosten).

4. Vergleiche dazu auch die vorgehende Entscheidung des Landesarbeitsgerichts Berlin vom 28. März 2006 - 7 Sa 1884/05 = ArbuR 2007, 51-53.

5. Die Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision war zurückgewiesen (Bundesarbeitsgericht vom 6. Juni 2007 - 4 AZN 487/06), die eingelegte Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung angenommen worden (Bundesverfassungsgericht vom 6. Dezember 2007 - 1 BvR 1905/07).

Gründe

VERFAHREN

1. Der Rechtssache lag eine Individualbeschwerde (Nr. 28274/08) gegen die Bundesrepublik Deutschland zugrunde, die eine deutsche Staatsangehörige, Frau H. („die Beschwerdeführerin“), am 9. Juni 2008 nach Artikel 34 der Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten („die Konvention“) beim Gerichtshof eingereicht hatte.

2. Die Beschwerdeführerin wurde von Herrn B. Hopmann, Rechtsanwalt in Berlin, vertreten. Die deutsche Regierung („die Regierung“) wurde durch ihre Verfahrensbevollmächtigte, Frau Ministerialdirigentin A. Wittling-Vogel vom Bundesministerium der Justiz, vertreten.

3. Die Beschwerdeführerin rügte insbesondere, dass die fristlose Kündigung ihrer Beschäftigung als Altenpflegerin, die damit begründet worden sei, dass sie gegen ihre Arbeitgeberin eine Strafanzeige wegen Mängeln in der institutionellen Pflege erstattet habe, und die Weigerung der innerstaatlichen Gerichte in dem anschließenden

Kündigungsschutzverfahren, ihre Weiterbeschäftigung anzuordnen, ihr Recht auf freie Meinungsäußerung verletzt hätten.

4. Am 15. Dezember 2009 entschied der Präsident der Fünften Sektion, der Regierung die Beschwerde zur Kenntnis zu bringen. Es wurde ferner beschlossen, über die Zulässigkeit und die Begründetheit der Beschwerde gleichzeitig zu entscheiden (Artikel 29 Abs. 1).

5. Die Beschwerdeführerin und die Regierung nahmen zur Zulässigkeit und zur Begründetheit der Beschwerde Stellung. Darüber hinaus ging eine Stellungnahme der Drittbeteiligten Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft (ver.di) ein, einer Gewerkschaft, die Angestellte aus dem Dienstleistungssektor, u. a. von Pflegediensten, vertritt und die vom Präsidenten zur Teilnahme am schriftlichen Verfahren ermächtigt worden war (Artikel 36 Abs. 2 der Konvention und Artikel 44 Abs. 3 der Verfahrensordnung); sie wurde von ihrem Vorsitzenden F. Bsirske und ihrem stellvertretenden Vorsitzenden G. Herzberg vertreten. Die Parteien erwiderten auf diese Stellungnahme der Drittbeteiligten (Artikel 44 Abs. 6 der Verfahrensordnung).

SACHVERHALT

I. DIE UMSTÄNDE DER RECHTSSACHE

6. Die 1961 geborene Beschwerdeführerin ist in B. wohnhaft. Sie war vom 16. September 2000 bis zu ihrer Entlassung am 9. Februar 2005 als Altenpflegerin bei der auf Gesundheitspflege, Geriatrie und Altenhilfe spezialisierten Vivantes Netzwerk für Gesundheit GmbH (im Folgenden „Vivantes“) beschäftigt, die sich im Mehrheitsbesitz des Landes Berlin befindet.

A. Die Vorkommnisse, die der Kündigung der Beschwerdeführerin vorausgingen

7. Ab Januar 2002 war die Beschwerdeführerin in einem von Vivantes betriebenen Altenpflegeheim tätig, dessen Bewohner teilweise bettlägerig, desorientiert und insgesamt auf besondere Unterstützung angewiesen waren. 2002 stellte der medizinische Dienst der Krankenkassen (im Folgenden „MDK“) erhebliche, auf die geringe Personalausstattung zurückzuführende Mängel bei der dort geleisteten Pflege fest.

8. Vom 24. Januar 2003 bis zum 19. Oktober 2004 wiesen die Beschwerdeführerin und ihre Kollegen die Geschäftsleitung regelmäßig darauf hin, dass sie aufgrund des Personalmangels überlastet seien und infolgedessen Schwierigkeiten hätten, ihren Pflichten nachzukommen. Sie benannten die konkreten Mängel bei der geleisteten Pflege und erwähnten auch, dass die Leistungen nicht ordnungsgemäß dokumentiert würden. In einer Überlastungsanzeige vom 18. Mai 2003 erwähnte die Beschwerdeführerin darüber hinaus, dass sie nicht mehr in der Lage sei, die Verantwortung für die aus dem Personalmangel resultierenden Pflegemängel zu tragen. Ab dem 19. Mai 2003 erkrankte die Beschwerdeführerin zudem wiederholt und war teilweise arbeitsunfähig. Ausweislich einer ärztlichen Bescheinigung war dies auf Überlastung zurückzuführen.

9. Im November 2003 stellte der MDK nach einer weiteren Prüfung schwerwiegende Mängel bei der geleisteten Pflege fest, und zwar u. a. unzureichende personelle Ausstattung, unzureichende Standards und ungenügende Pflege sowie mangelhafte Dokumentation der Pflege; er drohte deshalb die Kündigung des Versorgungsvertrags mit

der Arbeitgeberin der Beschwerdeführerin an. Anschließend fanden Umstrukturierungen statt.

10. Nach weiteren Hinweisen an ihre Vorgesetzten, insbesondere im Oktober 2004, in denen sie die Situation schilderte, erkrankte die Beschwerdeführerin erneut und wandte sich schließlich an einen Rechtsanwalt.

11. Mit Schreiben vom 9. November 2004 wandte sich der Rechtsanwalt der Beschwerdeführerin an die Geschäftsleitung von Vivantes. Er wies darauf hin, dass aufgrund des Personalmangels eine ausreichende hygienische Grundversorgung nicht mehr gewährleistet werden könne. Er forderte die Geschäftsleitung auch auf darzulegen, wie strafrechtliche Folgen – auch für das Personal – vermieden und eine ausreichende Versorgung der Heimbewohner sichergestellt werden könnten. Er wies die Geschäftsleitung darauf hin, dass nur auf diesem Wege die Einleitung eines staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsverfahrens oder eine öffentliche Diskussion über die Situation mit all ihren negativen Folgen vermieden werden könnten. Er setzte der Geschäftsleitung eine Frist bis zum 22. November 2004, um darauf zu antworten.

12. Am 18. November 2004 führte der MDK eine erneute unangemeldete Prüfung der Einrichtung durch. Später war zwischen den Parteien strittig, ob der MDK tatsächlich festgestellt hatte, dass die Personalsituation zwar angespannt, jedoch nicht kritisch sei.

13. Am 22. November 2004 wies die Geschäftsleitung die Vorwürfe der Beschwerdeführerin zurück.

14. Am 7. Dezember 2004 erstattete der Rechtsanwalt der Beschwerdeführerin wegen besonders schweren Betrugs Strafanzeige gegen Vivantes und forderte die Staatsanwaltschaft dazu auf, die Umstände des Falls unter allen in Betracht kommenden rechtlichen Gesichtspunkten zu prüfen. Er legte dar, dass die Strafanzeige auch das Ziel verfolge, strafrechtliche Folgen für die Beschwerdeführerin zu vermeiden, die Vivantes vielfach auf Missstände aufmerksam gemacht habe, ohne dass dies zu einer Verbesserung der Pflege geführt habe. Er trug vor, dass ihre Arbeitgeberin aufgrund des Personalmangels und der unzureichenden Standards wissentlich nicht die in ihrer Werbung angekündigte qualitativ hochwertige Pflege biete, somit die bezahlten Leistungen nicht erbringe und die Bewohner gefährde. Er behauptete auch, dass Vivantes systematisch versuche, die bestehenden Probleme zu vertuschen, und die Mitarbeiter anhalte, Berichte über die erbrachten Leistungen zu fälschen. In der Anzeige wurde auf den Bericht des MDK im Anschluss an dessen Besuch im Jahr 2003 verwiesen und darauf hingewiesen, dass die Beschwerdeführerin bereit sei, die schlechten Bedingungen in dem Pflegeheim zu bestätigen. Die Anzeige beinhaltete ferner die von der Beschwerdeführerin gestellten Überlastungsanzeigen und verwies auf ein im Rahmen einer Mitarbeiterversammlung erstelltes Protokoll, in dem den Mitarbeitern von Vivantes geraten wurde, mit den Bewohnern und deren Verwandten nicht über Personal- und Zeitmangel zu sprechen, um disziplinarrechtliche Konsequenzen zu vermeiden. Die Strafanzeige beinhaltete außerdem folgende Passage:

„Die Vivantes GmbH, die finanziell angeschlagen ist und um ihren Zustand weiß, hat ... Angehörige ... getäuscht. Den ... aufgebrachtten Kosten steht keine auch nur annähernd adäquate Gegenleistung gegenüber. Die Vivantes GmbH bereichert sich somit ... und nimmt ... die medizinische und hygienische Unterversorgung der Bewohner in Kauf. ... Hieran zeigt sich, ... wie diese systematisch und unter Einschüchterung ihrer Mitarbeiter

versucht, die bestehenden Probleme zu vertuschen. Die Pflegekräfte werden angehalten, Leistungen zu dokumentieren, welche so gar nicht erbracht worden sind. ...auch in anderen Einrichtungen [bestehen] ähnliche Probleme ..., so dass ein Schaden in Millionenhöhe in Rede steht."

15. Am 10. Dezember 2004 wandte sich der Rechtsanwalt der Beschwerdeführerin auch an den Verwaltungsrat ihrer Arbeitgeberin und erklärte, dass in dem Pflegeheim Personalmangel und unzureichende hygienische Verhältnisse herrschten.

16. Am 5. Januar 2005 stellte die Staatsanwaltschaft Berlin das Ermittlungsverfahren gegen Vivantes nach § 170 Abs. 2 StPO (siehe „Einschlägiges innerstaatliches Recht und einschlägige innerstaatliche Praxis“) ein.

17. Mit Schreiben vom 19. Januar 2005 kündigte das Pflegeheim der Beschwerdeführerin aus krankheitsbedingten Gründen mit Wirkung zum 31. März 2005. Dagegen erhob die Beschwerdeführerin Kündigungsschutzklage vor dem Arbeitsgericht Berlin (35 Ca 3077/05).

18. Im Anschluss nahm die Beschwerdeführerin Kontakt zu Freunden und ihrer Gewerkschaft, der Vereinten Dienstleistungsgewerkschaft (ver.di), auf. Am 27. Januar 2005 gaben sie ein Flugblatt mit folgender Überschrift heraus:

„Vivantes will Kollegen/Innen einschüchtern!!

Nicht mit uns!

Sofortige Rücknahme der ... Kündigung der Kollegin B. bei Vivantes Forum für Senioren

Einladung zur Gründung eines überparteilichen Solidaritätskreises"

In dem Flugblatt stand auch, die Beschwerdeführerin habe Strafanzeige erstattet, die jedoch nicht zur Einleitung strafrechtlicher Ermittlungen geführt habe, und dass sie krankheitsbedingt entlassen worden sei. Außerdem stand Folgendes darin:

„Wehren wir uns endlich ... Der Wahnsinn, dass private Betreiber gemeinsam mit dem Berliner SPD/PDS-Senat aus reiner Profitgier unser aller Arbeitskraft zerstören... Vivantes nutzt das soziale Engagement seines Personals schamlos aus. ... [H]ier geht es um weit mehr als um eine Kündigung! Dies ist eine politische Disziplinierung, um [Beschäftigte] ... mundtot zu machen ..."

19. Am 31. Januar 2005 faxte die Beschwerdeführerin ein Flugblatt an die Einrichtung, wo dieses verteilt wurde. Erst zu diesem Zeitpunkt wurde Vivantes auf die Strafanzeige der Beschwerdeführerin aufmerksam.

20. Am 1. Februar 2005 gab die Arbeitgeberin der Beschwerdeführerin Gelegenheit, sich zu dem Flugblatt zu äußern, was sie jedoch ablehnte. Am 4. Februar 2005 setzte Vivantes den Betriebsrat von ihrer Absicht in Kenntnis, der Beschwerdeführerin fristlos zu kündigen. Am 8. Februar 2005 erklärte der Betriebsrat, dass er der Kündigung der Beschwerdeführerin nicht zustimmen werde.

21. Am 9. Februar 2005 kündigte die Arbeitgeberin der Beschwerdeführerin wegen des Verdachts, die Erstellung und Verbreitung des Flugblatts initiiert zu haben, fristlos, hilfsweise zum 31. März 2005.

22. Im Anschluss daran wurde ein neues Flugblatt herausgegeben, in dem über die Kündigung berichtet wurde; außerdem wurde in einer Fernsehsendung sowie in zwei Artikeln, die in verschiedenen Zeitungen erschienen, darüber berichtet.

23. Am 21. Februar 2005 nahm die Staatsanwaltschaft Berlin das Ermittlungsverfahren gegen Vivantes auf Antrag der Beschwerdeführerin wieder auf.

24. Am 25. Februar 2005 reichte die Beschwerdeführerin beim Arbeitsgericht Berlin Klage gegen ihre fristlose Kündigung vom 9. Februar 2005 ein (39 Ca 4775/05).

25. Am 25. April 2005 kündigte die frühere Arbeitgeberin der Beschwerdeführerin erneut. Die Klage der Beschwerdeführerin vom 25. Februar 2005 wurde sodann entsprechend erweitert.

26. Am 12. Mai 2005 wurde die Beschwerdeführerin von der Staatsanwaltschaft als Zeugin in dem Ermittlungsverfahren gegen Vivantes vernommen. Am 26. Mai 2005 wurde das Ermittlungsverfahren erneut nach § 170 Abs. 2 StPO eingestellt.

B. Zivilverfahren nach der fristlosen Kündigung der Beschwerdeführerin

27. Mit Urteil vom 3. August 2005 (39 Ca 4775/05) stellte das Arbeitsgericht Berlin fest, dass das Arbeitsverhältnis nicht durch die Kündigung vom 9. Februar 2005 aufgelöst worden sei, weil sie weder nach § 626 Abs. 1 BGB, noch nach § 1 Abs. 1 KSchG (siehe „Einschlägiges innerstaatliches Recht und einschlägige innerstaatliche Praxis“) gerechtfertigt sei. Es stellte insoweit fest, dass das Flugblatt – dessen Inhalt der Beschwerdeführerin zuzurechnen sei, da sie es ohne weitere Erklärung an ihre Arbeitgeberin übermittelt habe – von ihrem Grundrecht auf Meinungsfreiheit gedeckt sei und ihre arbeitsvertraglichen Pflichten nicht verletze. Es sei zwar polemisch, basiere aber auf objektiven Gründen und der Betriebsfrieden in dem Pflegeheim sei nicht beeinträchtigt worden.

28. Nach einer Verhandlung am 28. März 2006 hob das Landesarbeitsgericht Berlin, mit Urteil vom selben Datum, das Urteil des Arbeitsgerichts auf und stellte fest, dass die Kündigung vom 9. Februar 2005 wirksam gewesen sei, da mit der Strafanzeige der Beschwerdeführerin der erforderliche „wichtige Grund“ für die fristlose Kündigung nach § 626 Abs. 1 BGB vorgelegen habe und eine Fortsetzung des Dienstverhältnisses unzumutbar gewesen sei. Es stellte fest, die Beschwerdeführerin habe ihre Strafanzeige leichtfertig auf Tatsachen gegründet, die sie im Prozess nicht habe darlegen können, weil insbesondere ihre bloße Bezugnahme auf den Personalmangel nicht ausreiche, um einen Abrechnungsbetrug anzuzeigen, und weil die Beschwerdeführerin die behauptete Anweisung zur Fälschung von Berichten ferner nicht konkretisiert habe – was sich auch aus dem Umstand ergebe, dass die Staatsanwaltschaft keinerlei Ermittlungen eingeleitet habe. Das Landesarbeitsgericht stellte ferner fest, dass die Strafanzeige eine unverhältnismäßige Reaktion auf die Weigerung seitens Vivantes darstelle, den von ihr behaupteten Personalmangel als bestehend anzuerkennen, denn die Beschwerdeführerin habe bezüglich des behaupteten Abrechnungsbetrugs eine innerbetriebliche Klärung nie versucht und habe darüber hinaus beabsichtigt, durch das Hervorrufen einer öffentlichen Diskussion unzulässigen Druck auf ihre Arbeitgeberin auszuüben. Es wies auch darauf

hin, dass das Pflegeheim unter der Aufsicht des MDK stehe, der am 18. November 2004, kurz bevor die Beschwerdeführerin Strafanzeige gestellt habe, eine weitere Prüfung in der Einrichtung durchgeführt habe. Sie hätte das Ergebnis dieses Besuchs abwarten können, weshalb ihre Strafanzeige unnötig gewesen sei. Das Gericht nahm auch auf die vom Bundesarbeitsgericht in dessen einschlägiger Rechtsprechung niedergelegten Grundsätze (siehe „Einschlägiges innerstaatliches Recht und einschlägige innerstaatliche Praxis“) Bezug und kam zu dem Schluss, dass die Beschwerdeführerin nicht im Rahmen ihrer Verfassungsrechte gehandelt und ihre Loyalitätspflicht gegenüber ihrer Arbeitgeberin verletzt habe.

29. Am 6. Juni 2007 wies das Bundesarbeitsgericht die Beschwerde der Beschwerdeführerin gegen die Nichtzulassung der Revision zurück.

30. Mit Beschluss vom 6. Dezember 2007, welcher der Beschwerdeführerin am 12. Dezember 2007 zugestellt wurde, lehnte es das Bundesverfassungsgericht ohne Angabe von Gründen ab, ihre Verfassungsbeschwerde zur Entscheidung anzunehmen.

II. EINSCHLÄGIGES INNERSTAATLICHES RECHT UND VÖLKERRECHT SOWIE EINSCHLÄGIGE INNERSTAATLICHE UND VÖLKERRECHTLICHE PRAXIS

A. Einschlägiges innerstaatliches Recht und einschlägige innerstaatliche Praxis

1. Kündigung eines Arbeitnehmers wegen einer Strafanzeige gegen den Arbeitgeber

31. Abgesehen von speziellen Bestimmungen für Beamte bezüglich der Meldung von Korruptionsverdachtsfällen enthält das deutsche Recht keine allgemeinen Bestimmungen für die Offenlegung von Missständen in Unternehmen oder Einrichtungen durch einen Arbeitnehmer (sogenanntes Whistleblowing), beispielsweise bei rechtswidrigem Verhalten seitens des Arbeitgebers, und die Diskussionen über entsprechende Gesetzesentwürfe haben noch nicht zu Ergebnissen geführt.

(a) Die einschlägigen Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs und des Kündigungsschutzgesetzes

32. Da es keine solchen speziellen Bestimmungen gibt, kann die außerordentliche Kündigung eines Arbeitnehmers wegen Erstattung einer Strafanzeige gegen den Arbeitgeber auf § 626 Abs. 1 BGB gegründet werden, der vorsieht, dass ein Dienstverhältnis von jedem Vertragsteil aus „wichtigem Grund“ ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden kann. Hierzu müssen Tatsachen vorliegen, auf Grund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Dienstverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder bis zu der vereinbarten Beendigung des Dienstverhältnisses nicht zugemutet werden kann.

33. Nach § 1 Abs. 1 KSchG ist die Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber rechtsunwirksam, wenn sie sozial ungerechtfertigt ist. Laut § 1 Abs. 2 KSchG ist die Kündigung sozial ungerechtfertigt, wenn sie nicht durch Gründe, die in der Person oder in dem Verhalten des Arbeitnehmers liegen, oder durch dringende betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers in diesem Betrieb entgegenstehen, bedingt ist.

(b) Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesarbeitsgerichts

34. In einer Entscheidung vom 2. Juli 2001 (1 BvR 2049/00) befasste sich das Bundesverfassungsgericht mit einem Fall, bei dem ein Arbeitnehmer auf Anforderung der Staatsanwaltschaft in einem Ermittlungsverfahren, das von Amts wegen gegen seine Arbeitgeberin eingeleitet worden war, als Zeuge aussagte und Unterlagen übergab. Das Bundesverfassungsgericht stellte fest, dass die Ausübung der Staatsbürgerpflicht, in einem Strafverfahren auszusagen, an sich nicht zu zivilrechtlichen Nachteilen führen dürfe. Das Bundesverfassungsgericht wies ferner in einem obiter dictum darauf hin, dass selbst für den Fall, dass ein Arbeitnehmer seinen Arbeitgeber von sich aus bei der Staatsanwaltschaft anzeige, eine solche Ausübung der staatsbürgerlichen Rechte aus rechtsstaatlichen Gründen im Regelfall keine fristlose Kündigung eines Arbeitsverhältnisses rechtfertigen könne, soweit der Angestellte nicht wissentlich oder leichtfertig falsche Angaben gemacht habe.

35. Im Lichte der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ging das Bundesarbeitsgericht in einem Urteil vom 3. Juli 2003 (2 AZR 235/02) näher auf das Verhältnis zwischen der Loyalitätspflicht eines Arbeitnehmers gegenüber seinem Arbeitgeber und der Ausübung seiner verfassungsrechtlich garantierten Rechte ein. Es wies darauf hin, dass ein Arbeitnehmer mit der Erstattung einer Strafanzeige eine nicht nur von der Rechtsordnung erlaubte und gebilligte, sondern auch von Verfassungs wegen geforderte Möglichkeit der Rechtsverfolgung wahrnehme. Ein Arbeitnehmer, der in gutem Glauben von diesem Recht Gebrauch mache, dürfe daher keine Nachteile dadurch erleiden, dass sich seine Behauptung im anschließenden Verfahren als unrichtig oder nicht aufklärbar erweist. Das Gericht vertrat jedoch die Auffassung, dass sich eine von einem Arbeitnehmer erstattete [Straf-]Anzeige unter Berücksichtigung der Loyalitätspflicht des Arbeitnehmers nicht als eine unverhältnismäßige Reaktion auf ein Verhalten des Arbeitgebers darstellen dürfe. Als Indizien für eine unverhältnismäßige Reaktion des anzeigenden Arbeitnehmers könnten sowohl die Berechtigung der Anzeige als auch die Motivation des Anzeigenden oder ein fehlender innerbetrieblicher Hinweis auf die angezeigten Missstände sprechen. In diesem Zusammenhang seien die Gründe, die den Arbeitnehmer dazu bewogen hätten, die Anzeige zu erstatten, von besonderer Bedeutung. Erfolge die Erstattung der Anzeige ausschließlich, um den Arbeitgeber zu schädigen bzw. „fertig zu machen“, könne – unter Berücksichtigung des der Anzeige zugrunde liegenden Vorwurfs – eine unverhältnismäßige Reaktion vorliegen. Was die Möglichkeit einer vorherigen innerbetrieblichen Klärung angehe, müsse nach Ansicht des Gerichts im Einzelfall bestimmt werden, ob dem Arbeitnehmer eine solche Herangehensweise ohne weiteres zumutbar sei. Sie sei unzumutbar, wenn der Arbeitnehmer Kenntnis von Straftaten erhalte, durch deren Nichtanzeige er sich selbst einer Strafverfolgung aussetzen würde, oder die schwerwiegend oder vom Arbeitgeber selbst begangenen seien. Weiter sei eine vorherige innerbetriebliche Klärung auch dann nicht erforderlich, wenn Abhilfe berechtigterweise nicht zu erwarten sei. Falls der Arbeitgeber nicht für Abhilfe Sorge, obwohl der Arbeitnehmer ihn zuvor auf die gesetzeswidrige Praxis im Unternehmen hingewiesen habe, bestehe auch keine weitere vertragliche Loyalitätspflicht mehr.

2. Strafprozessordnung

36. § 170 StPO sieht für den Ausgang des Ermittlungsverfahrens folgende Möglichkeiten vor:

„(1) Bieten die Ermittlungen genügenden Anlass zur Erhebung der öffentlichen Klage, so erhebt die Staatsanwaltschaft sie durch Einreichung einer Anklageschrift bei dem zuständigen Gericht.

(2) Andernfalls stellt die Staatsanwaltschaft das Verfahren ein. Hiervon setzt sie den Beschuldigten in Kenntnis, wenn er als solcher vernommen worden ist oder ein Haftbefehl gegen ihn erlassen war; dasselbe gilt, wenn er um einen Bescheid gebeten hat oder wenn ein besonderes Interesse an der Bekanntgabe ersichtlich ist.“

B. Das einschlägige Völkerrecht und die einschlägige völkerrechtliche Praxis

37. In ihrer EntschlieÙung 1729 (2010) über „den Schutz von Informanten“ unterstrich die Parlamentarische Versammlung des Europarats die Bedeutung des „Whistleblowing“ (bei dem betroffene Personen Alarm schlagen, um ein Fehlverhalten zu beenden, das andere Personen gefährdet) als Möglichkeit zur Stärkung der Verantwortlichkeit und des Kampfes gegen Korruption und Missmanagement im öffentlichen und privaten Sektor. Sie forderte alle Mitgliedstaaten dazu auf, ihre gesetzlichen Bestimmungen über den Schutz von „Whistleblowern“ unter Berücksichtigung der folgenden Grundsätze zu überprüfen:

6.1.1. Die Definition geschützter Enthüllungen umfasst alle in gutem Glauben geäußerten Warnungen vor verschiedenen Arten rechtswidriger Handlungen, u. a. sämtliche schweren Menschenrechtsverletzungen, die das Leben, die Gesundheit, die Freiheit oder sonstige berechnigte Interessen Einzelner als Subjekte der öffentlichen Verwaltung oder als Steuerzahler, Anteilseigner, Arbeitnehmer oder Kunden von Privatunternehmen beeinträchtigen oder bedrohen;

6.1.2. die gesetzlichen Bestimmungen sollten daher für Whistleblower im öffentlichen und im privaten Sektor gelten ..., und

6.1.3. sie sollten relevante Fragen aus folgenden Rechtsbereichen kodifizieren:

6.1.3.1. Arbeitsrecht – insbesondere der Schutz vor ungerechnfertigten Kündigungen und anderen Arten arbeitsbezogener Vergeltungsmaßnahmen; ...

6.2.2. Die gesetzlichen Bestimmungen sollten eine Person, die in gutem Glauben bestehende innerbetriebliche Whistleblowing-Kanäle nutzt, vor Vergeltungsmaßnahmen jeder Art (ungerechnfertigte Kündigung, Schikanie oder andere strafende oder diskriminierende Behandlung) schützen.

6.2.3. Gibt es keine innerbetrieblichen Kanäle, haben diese nicht funktioniert, oder kann, aufgrund der Art des vom Whistleblower aufgeworfenen Problems, nicht vernünftigerweise davon ausgegangen werden, dass sie funktionieren, sollte das externe Whistleblowing, auch über die Medien, ebenfalls geschützt werden.

6.2.4. Es wird bei jedem Whistleblower davon ausgegangen, dass er in gutem Glauben gehandelt hat, soweit er vernünftige Gründe für die Annahme hatte, dass die offengelegten Informationen wahr waren, selbst wenn sich später herausstellt, dass dies nicht der Fall war, und vorausgesetzt, dass er keine rechtswidrigen oder unethischen Ziele verfolgt hat.

Auf die oben genannten Leitlinien wurde auch in der EntschlieÙung 1916 (2010) der Parlamentarischen Versammlung Bezug genommen.

38. Artikel 24 der revidierten Europäischen Sozialcharta lautet wie folgt:

„Um die wirksame Ausübung des Rechts auf Schutz bei Kündigung zu gewährleisten, verpflichten sich die Vertragsparteien: ...

a) das Recht der Arbeitnehmer, nicht ohne einen triftigen Grund gekündigt zu werden, der mit ihrer Fähigkeit oder ihrem Verhalten zusammenhängt oder auf den Erfordernissen der Tätigkeit des Unternehmens, des Betriebs oder des Dienstes beruht;

...

anzuerkennen.“

Im Anhang zu Artikel 24 heißt es:

„3. Für die Zwecke dieses Artikels gelten insbesondere nicht als triftige Gründe für eine Kündigung: ...

c) die Tatsache, dass jemand wegen einer behaupteten Verletzung von Rechtsvorschriften eine Klage gegen den Arbeitgeber einreicht, an einem Verfahren gegen ihn beteiligt ist oder die zuständigen Verwaltungsbehörden anruft; ...“

Artikel 24 der revidierten Europäischen Sozialcharta wurde von 24 Mitgliedstaaten des Europarats ratifiziert. Deutschland hat die revidierte Europäische Sozialcharta unterzeichnet, aber noch nicht ratifiziert.

39. Artikel 5 des Übereinkommens der Internationalen Arbeitsorganisation über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber (IAO-Übereinkommen Nr. 158 vom 22. Juni 1982) sieht vor:

„Für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses gelten insbesondere nicht als triftige Gründe: ...

c) der Umstand, dass jemand wegen einer behaupteten Verletzung von Gesetzesvorschriften gegen den Arbeitgeber eine Klage eingebracht oder sich an einem Verfahren gegen ihn beteiligt oder die zuständigen Verwaltungsbehörden angerufen hat;...“

Deutschland hat das IAO-Übereinkommen Nr. 158 nicht ratifiziert.

40. Eine Reihe anderer völkerrechtlicher Übereinkünfte befassen sich mit dem Schutz von Whistleblowern in bestimmten Situationen, insbesondere im Zusammenhang mit der Bekämpfung von Korruption, z.B. das Strafrechts- und das Zivilrechtsübereinkommen des Europarates über Korruption oder das Übereinkommen der Vereinten Nationen gegen Korruption.

RECHTLICHE WÜRDIGUNG

I. BEHAUPTETE VERLETZUNG VON ARTIKEL 10 DER KONVENTION

41. Die Beschwerdeführerin rügte, dass ihre fristlose Kündigung wegen der Erstattung einer Strafanzeige gegen ihre Arbeitgeberin und die Weigerung der innerstaatlichen Gerichte in dem anschließenden Kündigungsschutzverfahren, ihre Weiterbeschäftigung

anzuordnen, ihr in Artikel 10 der Konvention verankertes Recht auf freie Meinungsäußerung verletzt; dieser lautet wie folgt:

„(1) Jede Person hat das Recht auf freie Meinungsäußerung. Dieses Recht schließt die Meinungsfreiheit und die Freiheit ein, Informationen und Ideen ohne behördliche Eingriffe und ohne Rücksicht auf Staatsgrenzen zu empfangen und weiterzugeben. Dieser Artikel hindert die Staaten nicht, für Hörfunk-, Fernseh- oder Kinounternehmen eine Genehmigung vorzuschreiben.

(2) Die Ausübung dieser Freiheiten ist mit Pflichten und Verantwortung verbunden; sie kann daher Formvorschriften, Bedingungen, Einschränkungen oder Strafdrohungen unterworfen werden, die gesetzlich vorgesehen und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig sind für die nationale Sicherheit, die territoriale Unversehrtheit oder die öffentliche Sicherheit, zur Aufrechterhaltung der Ordnung oder zur Verhütung von Straftaten, zum Schutz der Gesundheit oder der Moral, zum Schutz des guten Rufes oder der Rechte anderer, zur Verhinderung der Verbreitung vertraulicher Informationen oder zur Wahrung der Autorität und der Unparteilichkeit der Rechtsprechung.“

A. Zulässigkeit

42. Der Gerichtshof stellt fest, dass diese Rüge nicht im Sinne von Artikel 35 Abs. 3 Buchstabe a der Konvention offensichtlich unbegründet ist. Sie ist auch nicht aus anderen Gründen unzulässig. Folglich ist sie für zulässig zu erklären.

B. Begründetheit

1. Gab es einen Eingriff?

43. Der Gerichtshof stellt zunächst fest, dass zwischen den Parteien nicht strittig war, dass es sich bei der von der Beschwerdeführerin erstatteten Strafanzeige um Whistleblowing im Hinblick auf das behauptete rechtswidrige Verhalten der Arbeitgeberin handelte, das unter Artikel 10 der Konvention fällt. Es war ferner unstrittig, dass die daraus folgende Kündigung der Beschwerdeführerin und die entsprechenden Entscheidungen der innerstaatlichen Gerichte einen Eingriff in das Recht der Beschwerdeführerin auf freie Meinungsäußerung darstellten.

44. Der Gerichtshof ruft in diesem Zusammenhang in Erinnerung, dass er in mehreren Fällen, bei denen es um die freie Meinungsäußerung von Beamten oder Angestellten des öffentlichen Dienstes ging, festgestellt hat, dass Artikel 10 für das Arbeitsleben allgemein gilt (siehe z.B. Kudeshkina ./.. Russland, Individualbeschwerde Nr. 29492/05, Rdnr. 85, 26. Februar 2009, und V. ./.. Deutschland, 26. September 1995, Rdnr. 53, Serie A Band 323). Er hat ferner befunden, dass Artikel 10 der Konvention auch anwendbar ist, wenn das Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, wie im vorliegenden Fall, privatrechtlich geregelt ist, und dass der Staat auch im Verhältnis von einzelnen Personen untereinander eine positive Verpflichtung zum Schutz des Rechts auf freie Meinungsäußerung hat (siehe Fuentes Bobo ./.. Spanien, Individualbeschwerde Nr. 39293/98, Rdnr. 38, 29. Februar 2000).

45. Der Gerichtshof ist daher der Auffassung, dass die von den deutschen Gerichten bestätigte Kündigung der Beschwerdeführerin aufgrund ihrer Strafanzeige gegen ihre

Arbeitgeberin einen Eingriff in ihr in Artikel 10 Abs. 1 der Konvention garantiertes Recht auf freie Meinungsäußerung darstellte.

46. Ein solcher Eingriff verstößt gegen Artikel 10, wenn er nicht „gesetzlich vorgesehen“ ist, ein legitimes Ziel nach Absatz 2 verfolgt und „in einer demokratischen Gesellschaft“ zur Erreichung dieses Ziels oder dieser Ziele „notwendig“ ist.

2. War der Eingriff „gesetzlich vorgesehen“ und hat er ein legitimes Ziel verfolgt?

47. Die Beschwerdeführerin räumte zwar ein, dass die fristlose Kündigung eines Arbeitsverhältnisses nach § 626 Abs. 1 BGB das legitime Ziel verfolgen könne, das Ansehen oder die Rechte anderer, und somit auch die geschäftliche Reputation und die Interessen von Vivantes, zu schützen, brachte aber vor, dass die genannte Vorschrift keine Kriterien für eine rechtmäßige Entlassung für den Fall vorsehe, dass ein Arbeitnehmer Whistleblowing betreibt. Die diesbezüglichen Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts vom 2. Juli 2001 und des Bundesarbeitsgerichts vom 3. Juli 2003 (siehe „Einschlägiges innerstaatliches Recht und einschlägige innerstaatliche Praxis“) stellten in diesem Zusammenhang keine umfassende und gefestigte Rechtsprechung dar. Die Bedingungen für eine fristlose Kündigung wegen der Erstattung einer Strafanzeige durch den Arbeitnehmer gegen seinen Arbeitgeber seien nicht hinreichend vorhersehbar und der daraus folgende Eingriff in das Recht der Beschwerdeführerin auf freie Meinungsäußerung sei demnach nicht im Sinne von Artikel 10 Abs. 2 „gesetzlich vorgesehen“ gewesen.

48. Der Gerichtshof stellt in diesem Zusammenhang fest, dass § 626 Abs. 1 BGB jedem Vertragsteil die fristlose Kündigung eines Arbeitsvertrags gestattet, wenn dem Kündigenden die Fortsetzung des Dienstverhältnisses aus einem „wichtigen Grund“ nicht zugemutet werden kann. Er stellt ferner fest, dass eine Strafanzeige gegen einen Arbeitgeber laut den Entscheidungen der innerstaatlichen Gerichte in der vorliegenden Rechtssache und laut den von den Parteien angeführten Leitentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesarbeitsgerichts eine Kündigung nach dieser Bestimmung rechtfertigen könne, wenn sie eine „erhebliche Verletzung“ der Loyalitätspflicht des Arbeitnehmers darstellt. Auch wenn die innerstaatlichen Gerichte im Lichte der Umstände eines jeden Einzelfalls prüfen müssen, ob die Loyalitätspflicht eines Arbeitnehmers erheblich verletzt wurde, ist der Gerichtshof der Auffassung, dass es für einen Arbeitnehmer dennoch vorhersehbar ist, dass eine Strafanzeige gegen seinen Arbeitgeber grundsätzlich einen wichtigen Grund für eine Kündigung nach der genannten Bestimmung darstellen kann. Der Gerichtshof weist in diesem Zusammenhang erneut darauf hin, dass von den innerstaatlichen Rechtsvorschriften nicht erwartet werden kann, dass sie jede Eventualität regeln, und die Tatsache, dass es mehr als eine Fallkonstellation für eine Rechtsvorschrift gibt, für sich genommen nicht bedeutet, dass diese das durch den Begriff „gesetzlich vorgesehen“ implizierte Erfordernis nicht erfüllt (siehe V. ./.. Deutschland, 26. September 1995, Rdnr. 48, Serie A Band 323).

49. Der Gerichtshof teilt daher die Auffassung der Regierung, dass der Eingriff in das Recht der Beschwerdeführerin auf freie Meinungsäußerung „gesetzlich vorgesehen“ war. Er stellt ferner fest, dass zwischen den Parteien unstrittig war, dass der Eingriff das legitime Ziel verfolgte, das Ansehen und die Rechte anderer, nämlich das geschäftliche Ansehen und die Interessen von Vivantes, zu schützen (siehe Steel und Morris ./.. Vereinigtes Königreich, Individualbeschwerde Nr. 68416/01, Rdnr. 94, ECHR 2005-II).

50. Der Gerichtshof muss daher prüfen, ob der Eingriff „in einer demokratischen Gesellschaft notwendig“ war, und insbesondere, ob zwischen dem Eingriff und dem verfolgten Ziel ein angemessenes Verhältnis bestand.

3. War der Eingriff in einer demokratischen Gesellschaft notwendig?

(a) Die Stellungnahmen der Parteien

(i) Die Regierung

51. Die Regierung brachte vor, der Eingriff in das Recht der Beschwerdeführerin auf freie Meinungsäußerung in der vorliegenden Rechtssache sei nach Artikel 10 Abs. 2 gerechtfertigt gewesen, da ihre fristlose Kündigung ein notwendiges und angemessenes Mittel gewesen sei, um das Ansehen und die Rechte ihrer Arbeitgeberin zu schützen.

52. Bei ihrer Bewertung der Situation hätten die innerstaatlichen Gerichte unter anderem berücksichtigt, dass die Beschwerdeführerin ihre Behauptung, die Dokumentation der erbrachten Pflegeleistungen sei gefälscht worden, nicht zunächst innerbetrieblich bei ihrer Arbeitgeberin vorgebracht habe. In den Überlastungsanzeigen und in dem Schreiben ihres Anwalts an die Geschäftsleitung von Vivantes vom 9. November 2004 habe sie weder auf eine solche Praxis hingewiesen, noch den Vorwurf des Betrugs gegen ihre Arbeitgeberin erhoben. Die Betrugsvorwürfe habe sie erstmals in ihrer Strafanzeige vom 7. Dezember 2004 erhoben.

53. Zudem seien die innerstaatlichen Gerichte zu dem Ergebnis gekommen, dass die Beschwerdeführerin ihre Strafanzeige leichtfertig auf Tatsachen gegründet habe, die im anschließenden Verfahren nicht hätten dargelegt werden können. Ihrer Strafanzeige hätten hinreichend konkrete Anhaltspunkte gefehlt, die es erlaubt hätten, ihre Behauptungen zu überprüfen, weshalb die zuständige Staatsanwaltschaft das Verfahren mangels Anfangsverdacht eingestellt habe. Als die Staatsanwaltschaft nach der Wiederaufnahme des Ermittlungsverfahrens auf Antrag der Beschwerdeführerin diese als Zeugin vernommen habe, habe sie sich geweigert, ihre Angaben zu konkretisieren oder Zeugen zu benennen. Daraufhin sei das Ermittlungsverfahren erneut eingestellt worden. Auch in dem Kündigungsschutzverfahren vor den Arbeitsgerichten habe die Beschwerdeführerin keine näheren Angaben gemacht, um ihre Behauptung zu belegen, Pflegekräfte seien angehalten worden, Leistungen zu dokumentieren, die so nicht erbracht worden seien. Wegen der Pauschalität des geäußerten Verdachts und der Weigerung der Beschwerdeführerin, ihre Behauptungen zu untermauern, hätten diese letztlich nicht auf ihren Wahrheitsgehalt überprüft werden können und die innerstaatlichen Gerichte hätten die Authentizität der Behauptungen der Beschwerdeführerin demnach ermessensfehlerfrei in Frage stellen können.

54. Die Regierung brachte schließlich vor, dass die Beschwerdeführerin nicht in gutem Glauben und im öffentlichen Interesse an der Aufdeckung einer Straftat gehandelt habe, als sie Strafanzeige gegen ihre Arbeitgeberin erhoben habe. Vielmehr habe sie mit ihrer Strafanzeige den angeblichen Personalmangel anprangern und ihre Arbeitgeberin durch Beteiligung der Öffentlichkeit zusätzlich unter Druck setzen wollen. Der Beschwerdeführerin sei bekannt gewesen, dass Vivantes der Heimaufsicht des Landes Berlin und der Kontrolle durch eine unabhängige Kontrollinstanz, den MDK, unterlegen habe und dass eine Strafanzeige wegen eines angeblichen Personalmangels und daraus folgend einer Beeinträchtigung der Pflegequalität unnötig gewesen sei. Insbesondere

hätte sie vor Erstattung einer Strafanzeige die Ergebnisse der Untersuchung des MDK vom 18. November 2004 abwarten können. Die Beweggründe für ihr Handeln seien auch aus der polemischen Art und Weise ersichtlich, wie die Strafanzeige abgefasst gewesen sei, sowie aus der Tatsache, dass sie nach ihrer Kündigung Flugblätter verteilt habe, in denen sie sich über die angebliche Geldgier ihrer Arbeitgeberin beklagt habe. Auch das Schreiben ihres Bevollmächtigten an die Vivantes-Geschäftsleitung vom 9. November 2004, in dem dieser angekündigt habe, dass eine Strafanzeige und eine „sicher nicht genehme öffentliche Diskussion“ nur vermieden werden könne, wenn die Arbeitgeberin dem Personalmangel abhelfe, deute darauf hin, dass sie Druck auf ihre Arbeitgeberin habe ausüben wollen.

55. Die Regierung stellte fest, dass die innerstaatlichen Gerichte die Umstände der in Rede stehenden Rechtssache geprüft hätten und unter Berücksichtigung der oben genannten Argumente eine gerechte Abwägung zwischen dem Interesse der Allgemeinheit, über Defizite in dem sensiblen Bereich der Altenpflege informiert zu werden, einerseits, und dem Schutz des Vertrauens der Allgemeinheit in derartige Dienstleistungen sowie dem Schutz der wirtschaftlichen Interessen und des Erfolgs der Dienstleistungsunternehmen andererseits vorgenommen hätten und zu dem Schluss gekommen seien, dass Letzterer in der vorliegenden Rechtssache überwiege. Sie brachte ferner vor, die innerstaatlichen Gerichte hätten zwischen der Meinungsfreiheit der Beschwerdeführerin und ihrer Loyalitätspflicht gegenüber ihrer Arbeitgeberin abgewogen und dabei Kriterien angewendet, die denen entsprochen hätten, die der Gerichtshof in der Rechtssache Guja (Guja ./ . Moldau [GK], Individualbeschwerde Nr. 14277/04, Rdnrn. 69-78, ECHR 2008-...) festgelegt habe. Das Ergebnis ihrer Einschätzung sei daher in den Ermessensspielraum gefallen, den Staaten bei Eingriffen in das Recht auf freie Meinungsäußerung genießen würden.

(ii) Die Beschwerdeführerin

56. Die Beschwerdeführerin bestritt das Vorbringen der Regierung, ihre Strafanzeige sei verfrüht gewesen. Sie behauptete, sie habe sich vor Erstattung der Strafanzeige gegen Vivantes über einen Zeitraum von mehr als zwei Jahren kontinuierlich bemüht, die entsprechenden Abteilungen des Unternehmens über die bestehenden Missstände zu informieren. Weil sämtliche Bemühungen ihrerseits, die Geschäftsleitung auf die herrschenden Umstände aufmerksam zu machen, umsonst gewesen seien, habe sie Grund zu der Annahme gehabt, dass weitere innerbetriebliche Beschwerden mit Blick auf die Ermittlung und Beseitigung der Pflegemängel kein wirksames Mittel darstellen würden. Aus diesem Grund sei die Strafanzeige als letzte Möglichkeit für sie in Frage gekommen, nicht zuletzt weil sie selbst einer möglichen strafrechtlichen Verantwortlichkeit habe entgehen wollen. Dies sei auch der Grund gewesen, den ihr Rechtsanwalt in seinem Schreiben an die Vivantes-Geschäftsleitung vom 9. November 2004 über die beabsichtigte Erstattung einer Strafanzeige genannt habe.

57. Darüber hinaus brachte die Beschwerdeführerin vor, ihre Strafanzeige sei weder leichtfertig noch unbegründet gewesen. Im Rahmen ihrer wiederholten Appelle an Vivantes habe sie alle Umstände mitgeteilt, die ihrer darauf folgenden Strafanzeige zugrunde gelegen hätten, und zwar u. a. die Tatsache, dass Mitarbeiter angehalten worden seien, Leistungen zu dokumentieren, die so nicht erbracht worden seien. Die von ihr offenbarten Mängel habe auch der MDK kritisiert, der nach seinen Prüfungen in den Jahren 2002 und 2003 darauf hingewiesen habe, dass Personalmangel zu Pflegemängeln führe. Ihr Anwalt habe diese Tatsachen vom rechtlichen Standpunkt aus bewertet, als er

die Strafanzeige ausgearbeitet und die Tatsachen als Tatbestandsmerkmale des Betrugs eingeordnet habe; ihr persönlich fehle es an der nötigen Kompetenz, um diese Einschätzung in Frage zu stellen. Weiterhin habe sie ihre Anzeige im darauf folgenden Verfahren weitestgehend substantiiert, sei sich aber bewusst gewesen, dass sie mit der Offenlegung weiterer interner Informationen über das Unternehmen Gefahr laufe, sich selbst zu belasten und Vergeltungsmaßnahmen von Vivantes ausgesetzt zu werden.

58. Die Beschwerdeführerin trug vor, der Beweggrund für ihre Anzeige sei die aus den unbefriedigenden Arbeitsbedingungen in dem Pflegeheim resultierende potenzielle Gefährdung der Gesundheit besonders schutzbedürftiger Patienten gewesen; der Frage, ob die Begleitdokumentation fehlerfrei war, habe sie nur untergeordnete Bedeutung beigemessen. Ihrer Meinung nach war die Strafanzeige nicht, wie von der Regierung vorgebracht, angesichts der Prüfungen durch den MDK unnötig; darüber hinaus bestritt sie das Vorbringen, dass der eigentliche Zweck ihrer Anzeige die Ausübung unzulässigen Drucks auf ihre Arbeitgeberin gewesen sei. In diesem Zusammenhang brachte sie vor, die früheren Bemängelungen der Bedingungen im Pflegeheim durch den MDK hätten dort zu keinerlei Änderung der Arbeitsbedingungen geführt, so dass ein weiterer Besuch des MDK ihres Erachtens nach hinsichtlich der Beseitigung der Mängel nicht als wirksame Alternative habe angesehen werden können. Jedenfalls wäre sie nicht berechtigt gewesen, an einer solchen Prüfung beteiligt oder über die Ergebnisse einer solchen Prüfung informiert zu werden.

59. Die Beschwerdeführerin wies weiter darauf hin, ihre fristlose Kündigung sei die härteste in Betracht kommende Sanktion gewesen, die nur zu rechtfertigen sei, wenn keine mildereren Sanktionen zur Verfügung stünden. Sie trug vor, dass bei Vivantes dagegen kein durch die Strafanzeige verursachter konkreter Schaden nachgewiesen worden sei.

60. Die Beschwerdeführerin kam zu dem Schluss, dass ihre fristlose Kündigung zum Schutz des Rufs oder der Rechte von Vivantes nicht notwendig und damit unverhältnismäßig gewesen sei. Die innerstaatlichen Gerichte hätten keine gerechte Abwägung zwischen dem erheblichen Interesse der Allgemeinheit an Informationen über Defizite bei der Altenpflege auf der einen, und den Rechten des Dienstleisters auf der anderen Seite vorgenommen.

(iii) Die Drittbeteiligte

61. Die Gewerkschaft ver.di machte Angaben zur Organisation der institutionellen Altenpflege in Deutschland sowie zu den Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer in diesem Bereich, die häufig von Personalmangel geprägt seien, der eine hohe Arbeitsbelastung und Überstunden für die Arbeitnehmer zur Folge habe. In vielen Pflegeheimen seien den einzelnen Mitarbeitern zu viele Patienten zugeteilt, weshalb diese lediglich die Grundversorgung gewährleisten könnten. Die Kontrolle der Pflegeheime obliege im Wesentlichen dem Medizinischen Dienst der Krankenkassen im Rahmen von jährlichen Prüfungen. Der MDK sei nicht verpflichtet, die Angestellten der Pflegeheime bei solchen Kontrollbesuchen zu befragen. Dabei würden diese als erste auf die unbefriedigenden Pflegebedingungen aufmerksam. Aus diesem Grund sollten Mitarbeiter über wirksame Mittel verfügen können, um auf Pflegemängel aufmerksam zu machen, und sie sollten Verstöße gegen die Rechte der Patienten melden können, ohne Vergeltungsmaßnahmen seitens ihrer Arbeitgeber fürchten zu müssen.

(b) Würdigung durch den Gerichtshof

(i) Die auf diese Rechtssache anwendbaren allgemeinen Grundsätze

62. Die allgemeinen Grundsätze für die Prüfung, ob ein Eingriff in das Recht auf freie Meinungsäußerung verhältnismäßig war, hat der Gerichtshof in seiner Rechtsprechung fest etabliert und wie folgt zusammengefasst (siehe u. a. Steel und Morris ./ Vereinigtes Königreich, Individualbeschwerde Nr. 68416/01, Rdnr. 87, ECHR 2005-II).

„...“

(ii) Das Adjektiv „notwendig“ im Sinne von Artikel 10 Abs. 2 impliziert das Bestehen eines „dringenden sozialen Bedürfnisses“. Die Vertragsstaaten haben einen gewissen Ermessensspielraum bei der Beurteilung der Frage, ob ein solches Bedürfnis besteht; dieser geht jedoch Hand in Hand mit einer europäischen Überwachung, die sich sowohl auf die Gesetzgebung bezieht als auch auf die Entscheidungen, die sie anwenden, auch wenn sie von unabhängigen Gerichten getroffen wurden. Der Gerichtshof ist daher befugt, abschließend darüber zu entscheiden, ob eine „Einschränkung“ mit der durch Artikel 10 geschützten Meinungsfreiheit in Einklang zu bringen ist.

(iii) Aufgabe des Gerichtshofs ist es jedoch nicht, sich bei seiner Überwachung an die Stelle der zuständigen Behörden zu setzen; er hat vielmehr die von ihnen im Rahmen ihres Beurteilungsspielraums getroffenen Entscheidungen nach Artikel 10 EMRK zu überprüfen. Das heißt nicht, dass sich die Überprüfung darauf beschränkt, ob der beschwerdegegnerische Staat seinen Beurteilungsspielraum angemessen, sorgfältig und in gutem Glauben ausgeübt hat; der Gerichtshof muss den gerügten Eingriff unter Berücksichtigung aller Umstände des Falles prüfen und entscheiden, ob er „zu dem verfolgten berechtigten Ziel verhältnismäßig“ war und ob die zu seiner Rechtfertigung von den Behörden angeführten Gründe „stichhaltig und ausreichend“ sind. ... Dabei muss sich der Gerichtshof davon überzeugen, dass die von den Behörden angewendeten Regeln mit den in Artikel 10 enthaltenen Grundsätzen vereinbar sind und dass die Behörden die erheblichen Tatsachen nachvollziehbar bewertet haben. ...“

63. Was die Anwendung von Artikel 10 der Konvention auf das Arbeitsleben angeht, hat der Gerichtshof festgestellt, dass Hinweise auf strafbares oder rechtswidriges Verhalten am Arbeitsplatz durch Beschäftigte des öffentlichen Dienstes unter gewissen Umständen Schutz genießen sollten. Dies gilt insbesondere dann, wenn dem betroffenen Beschäftigten oder Beamten als einziger Person oder als Teil einer kleinen Personengruppe die Umstände am Arbeitsplatz bekannt sind und er deshalb am besten in der Lage ist, im Interesse der Allgemeinheit zu handeln und den Arbeitgeber oder die Öffentlichkeit auf Missstände hinzuweisen (siehe Guja ./ Moldau [GK], Individualbeschwerde Nr. 14277/04, Rdnr. 72, ECHR 2008-...., und Marchenko ./ Ukraine, Individualbeschwerde Nr. 4063/04, Rdnr. 46, 19. Februar 2009).

64. Der Gerichtshof ist sich gleichzeitig bewusst, dass Arbeitnehmer ihrem Arbeitgeber gegenüber eine Pflicht zur Loyalität, Zurückhaltung und Diskretion haben (siehe z.B. Marchenko, a.a.O., Rdnr. 45). Obgleich diese Loyalitätspflicht bei Beamten und Beschäftigten im öffentlichen Dienst im Vergleich zu Arbeitnehmern im Privatrechtsverhältnis stärker ausgeprägt sein mag, ist der Gerichtshof der Auffassung, dass sie zweifelsohne auch ein Merkmal dieser letztgenannten Beschäftigungskategorie darstellt. Er teilt daher die Ansicht der Regierung, dass die Grundsätze und Kriterien, die

der Gerichtshof in seiner Rechtsprechung im Hinblick auf die Abwägung zwischen dem Recht eines Arbeitnehmers auf freie Meinungsäußerung in Form von Hinweisen auf strafbares oder rechtswidriges Verhalten seitens des Arbeitgebers und dem Recht des Arbeitgebers auf Schutz seines Rufes und seiner wirtschaftlichen Interessen auch für den in Rede stehenden Fall gelten. Die Art und der Umfang der Loyalität, die ein Arbeitnehmer seinem Arbeitgeber in einem bestimmten Fall schuldet, wirken sich auf die Abwägung zwischen den Rechten des Arbeitnehmers und den widerstreitenden Interessen des Arbeitgebers aus.

65. Wegen der Pflicht zur Loyalität und zur Diskretion sollten Hinweise daher in erster Linie gegenüber Vorgesetzten oder anderen zuständigen Stellen oder Einrichtungen vorgebracht werden. Nur wenn dies eindeutig unpraktikabel ist, darf als ultima ratio die Öffentlichkeit informiert werden. Für die Beurteilung, ob die Einschränkung der Meinungsfreiheit verhältnismäßig war, muss der Gerichtshof daher berücksichtigen, ob dem Beschwerdeführer andere wirksame Mittel zur Verfügung standen, um etwas gegen den angeprangerten Missstand zu tun (siehe *Guja, a.a.O.*, Rdnr. 73).

66. Bei der Beurteilung der Verhältnismäßigkeit eines Eingriffs in Bezug auf das verfolgte legitime Ziel muss der Gerichtshof eine Reihe weiterer Faktoren berücksichtigen. Vor allem das öffentliche Interesse an der offengelegten Information ist besonders zu berücksichtigen. Der Gerichtshof weist in diesem Zusammenhang erneut darauf hin, dass es nach Artikel 10 Abs. 2 der Konvention wenig Raum für Einschränkungen der öffentlichen Meinungsbildung gibt (siehe u. a. *Stoll ./.* Schweiz [GK], Individualbeschwerde Nr. 69698/01, Rdnr. 106, ECHR 2007-XIV).

67. Der zweite für diese Abwägung relevante Faktor ist die Authentizität der offengelegten Informationen. Es steht den zuständigen staatlichen Behörden offen, Maßnahmen zu ergreifen, um angemessen und verhältnismäßig auf unbegründete oder böswillig gemachte Vorwürfe zu reagieren (siehe *Castells ./.* Spanien, 23. April 1992, § 46, Serie A Band 236). Darüber hinaus ist die Ausübung des Rechts auf freie Meinungsäußerung mit Pflichten und Verantwortung verbunden und jede Person, die Informationen offenlegen will, muss – soweit die Umstände dies erlauben – sorgfältig prüfen, ob die Informationen zutreffend und zuverlässig sind (siehe *Bladet Tromsø und Stensaas ./.* Norwegen [GK], Individualbeschwerde Nr. 21980/93, Rdnr. 65, ECHR 1999-III).

68. Auf der anderen Seite muss der Gerichtshof den Schaden bemessen, der dem Arbeitgeber durch die in Rede stehende Veröffentlichung möglicherweise entstanden ist, und prüfen, ob dieser Schaden das Interesse der Allgemeinheit an der Information überwiegt (siehe *Guja, a.a.O.*, Rdnr. 76).

69. Die Beweggründe des Missstände anzeigenden Arbeitnehmers sind ein weiterer entscheidender Faktor bei der Entscheidung darüber, ob eine bestimmte Offenlegung geschützt sein sollte. Beispielsweise würde eine Handlung, die durch persönlichen Groll, persönliche Feindschaft oder die Erwartung eines persönlichen Vorteils wie eines finanziellen Gewinns motiviert ist, kein besonders hohes Schutzniveau rechtfertigen. Es ist wichtig festzustellen, dass die Person die Offenlegung in gutem Glauben und in der Überzeugung vorgenommen hat, dass die Information wahr war, dass sie im öffentlichen Interesse lag, und dass keine anderen, diskreteren Mittel existierten, um gegen den angeprangerten Missstand vorzugehen (siehe *Guja, a.a.O.*, Rdnr. 77).

70. Schließlich bedarf es im Zusammenhang mit der Beurteilung der Verhältnismäßigkeit eines Eingriffs in Bezug auf das verfolgte legitime Ziel einer sorgfältigen Analyse der gegen den Beschwerdeführer verhängten Strafe und ihrer Folgen (siehe Fuentes Bobo, a.a.O., Rdnr. 49).

(ii) Anwendung der genannten Grundsätze in der vorliegenden Rechtssache

(a) Das öffentliche Interesse an der offengelegten Information

71. Im Hinblick auf die Umstände der vorliegenden Rechtssache stellt der Gerichtshof fest, dass die von der Beschwerdeführerin offengelegte Information unbestreitbar von öffentlichem Interesse war. In Gesellschaften, in denen der Anteil der auf institutionelle Pflege angewiesenen älteren Bevölkerung immer größer wird, ist die Veröffentlichung von Informationen über die Qualität oder die Mängel dieser Pflege für die Vermeidung von Missbrauch von größter Bedeutung, gerade angesichts der besonderen Schutzbedürftigkeit der betroffenen Patienten, die oftmals kaum in der Lage sein dürften, von sich aus auf die Pflegemängel aufmerksam zu machen. Dies trifft umso mehr zu, wenn die institutionelle Pflege von einem staatlichen Unternehmen erbracht wird, da es hierbei um das Vertrauen der Allgemeinheit in die angemessene Erbringung von Leistungen im Rahmen der öffentlichen Daseinsvorsorge durch den Staat geht.

(β) Hätte die Beschwerdeführerin andere Kanäle nutzen können, um die Misstände offenzulegen?

72. Was die Verfügbarkeit anderer Kanäle für die Offenlegung der Misstände und eine innerbetriebliche Klärung der Vorwürfe anbelangt, stellt der Gerichtshof fest, dass die Beschwerdeführerin nicht nur mehrmals zwischen Januar 2003 und Oktober 2004 ihren Vorgesetzten gegenüber äußerte, dass sie überlastet sei, sondern mit dem Schreiben ihres Rechtsanwalts vom 9. November 2004 auch die Geschäftsleitung vor einer möglichen Strafanzeige warnte. Es stimmt zwar, dass die rechtliche Einordnung des Verhaltens der Arbeitgeberin als schwerer Betrug erstmals in der vom Rechtsanwalt der Beschwerdeführerin verfassten Strafanzeige vom 7. Dezember 2004 Erwähnung fand, der Gerichtshof stellt aber fest, dass die Beschwerdeführerin in ihren früheren Beschwerden gegenüber ihrer Arbeitgeberin durchaus auf den Sachverhalt, auf dem ihre anschließende Strafanzeige basierte, und zwar einschließlich der Tatsache, dass Leistungen nicht ordnungsgemäß dokumentiert worden seien, hingewiesen hatte. Er stellt ferner fest, dass sie die Staatsanwaltschaft in der Strafanzeige dazu aufforderte, die in der Strafanzeige dargelegten Umstände des Falls unter allen in Betracht kommenden rechtlichen Gesichtspunkten zu prüfen, und dass diese Prüfung demnach nicht auf Betrug beschränkt war.

73. Der Gerichtshof verweist in diesem Zusammenhang auf die oben genannte Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 3. Juli 2003 (siehe „Einschlägiges innerstaatliches Recht und einschlägige innerstaatliche Praxis“), in der es heißt, dass es einem Arbeitnehmer nicht zumutbar sei, zunächst eine innerbetriebliche Klärung der Vorwürfe anzustreben, wenn er Kenntnis von Straftaten erhalte, durch deren Nichtanzeige er sich selbst einer Strafverfolgung aussetzen würde. Weiter sei eine vorherige innerbetriebliche Klärung auch dann nicht erforderlich, wenn Abhilfe berechtigterweise nicht zu erwarten sei. Falls der Arbeitgeber nicht für Abhilfe Sorge, obwohl der Arbeitnehmer ihn auf die gesetzeswidrige Praxis im Unternehmen hingewiesen habe, bestehe auch keine weitere vertragliche Loyalitätspflicht mehr. Der

Gerichtshof stellt ferner fest, dass die Leitsätze der Parlamentarischen Versammlung über den Schutz von Whistleblowern (siehe „Einschlägiges Völkerrecht und einschlägige völkerrechtliche Praxis“), in denen es heißt, dass in Fällen, in denen nicht vernünftigerweise davon ausgegangen werden könne, dass interne Kanäle funktionieren, auch das externe Whistleblowing geschützt sein sollte, eine ähnliche Argumentation verfolgen.

74. Der Gerichtshof ist der Auffassung, dass diese Überlegungen auch auf den vorliegenden Fall anwendbar sind. Die Beschwerdeführerin war der Meinung, dass keine ihrer früheren Beschwerden gegenüber ihrer Arbeitgeberin zu einer Verbesserung der Beschäftigungs- und der Pflegesituation in dem Pflegeheim geführt hatten. Sie erwähnte ihrer Arbeitgeberin gegenüber auch, eine ihrer Sorgen sei, dass sie sich selbst einer strafrechtlichen Verfolgung aussetze, wenn sie die Pflegemängel nicht anzeige. Der Gerichtshof ist daher der Ansicht, dass ihm nicht genügend Beweise vorgelegt wurden, die das Vorbringen der Beschwerdeführerin widerlegen würden, dass weitere innerbetriebliche Beschwerden mit Blick auf die Ermittlung und Beseitigung der Pflegemängel kein wirksames Mittel dargestellt hätten.

75. Der Gerichtshof stellt auch fest, dass das deutsche Recht keinen speziellen Durchführungsmechanismus für die Untersuchung von Hinweisen eines Whistleblowers und für Forderungen nach entsprechender Abhilfe durch den Arbeitgeber bereithält.

76. Im Lichte der vorstehenden Ausführungen ist der Gerichtshof der Auffassung, dass eine externe Offenlegung von Missständen mittels einer Strafanzeige unter Umständen wie in dem vorliegenden Fall gerechtfertigt sein könnte.

(γ) Die Authentizität der offengelegten Information

77. Ein weiterer für diese Abwägung relevanter Faktor ist die Authentizität der offengelegten Informationen. Der Gerichtshof weist in diesem Zusammenhang erneut darauf hin, dass die Meinungsfreiheit mit Pflichten und Verantwortung verbunden ist und jede Person, die Informationen offenlegen will, soweit die Umstände dies erlauben, sorgfältig prüfen muss, ob die Informationen zutreffend und zuverlässig sind – insbesondere, wenn die Person, wie in der vorliegenden Rechtssache, ihrem Arbeitgeber gegenüber zu Diskretion und Loyalität verpflichtet ist (siehe Handyside ./, Vereinigtes Königreich, 7. Dezember 1976, Rdnr. 49, Serie A Band 24, und Haseldine ./, Vereinigtes Königreich, Individualbeschwerde Nr. 18957/91, Kommissionsentscheidung vom 13. Mai 1992, Entscheidungen und Berichte (DR) 73, S. 225 und 231).

78. Der Gerichtshof stellt in diesem Zusammenhang fest, dass das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung vom 1. Juli 2001 darauf hingewiesen hat, dass die fristlose Kündigung eines Arbeitsverhältnisses aus rechtsstaatlichen Gründen im Regelfall selbst dann nicht gerechtfertigt sei, wenn ein Arbeitnehmer von sich aus bei der Staatsanwaltschaft Anzeige gegen seinen Arbeitgeber erstattet habe, es sei denn, der Arbeitnehmer habe wissentlich oder leichtfertig falsche Angaben gemacht (1 BvR 2049/00). Tatsächlich hat das Landesarbeitsgericht Berlin in der vorliegenden Rechtssache befunden, dass die Beschwerdeführerin ihre Strafanzeige leichtfertig auf Tatsachen gegründet habe, die sie in den darauf folgenden straf- und arbeitsrechtlichen Ermittlungsverfahren nicht habe darlegen können.

79. Der Gerichtshof stellt jedoch fest, dass die von der Beschwerdeführerin in ihrer Strafanzeige offenbarten Mängel nicht nur in ihren vorangegangenen Hinweisen gegenüber ihrer Arbeitgeberin vorgebracht worden waren, sondern auch vom MDK nach dessen Prüfungen in den Jahren 2002 und 2003 kritisiert worden waren, der darauf hingewiesen hatte, dass Personalmangel zu Pflegemängeln führe. Den Vorwürfen der Beschwerdeführerin hat es demnach nicht an einem sachlichen Hintergrund gefehlt und es gibt keine Gründe für die Feststellung, dass sie wissentlich oder leichtfertig falsche Angaben gemacht habe. Die sachlichen Informationen über die Pflegemängel hat die Beschwerdeführerin in ihren schriftlichen Stellungnahmen im Kündigungsschutzverfahren vor den Arbeitsgerichten weiter ergänzt. Darüber hinaus stellt der Gerichtshof in diesem Zusammenhang fest, dass die Beschwerdeführerin gemäß der Sachverhaltsdarstellung im Urteil des Landesarbeitsgerichts vom 28. März 2003 in der Gerichtsverhandlung vom gleichen Tag unter anderem geltend machte, dass sie und andere Mitarbeiter aufgefordert worden seien, die Pflegedokumentation zu ergänzen, obwohl die dokumentierten Leistungen nicht wirklich erbracht worden waren. Sie verwies in diesem Zusammenhang auf die Zeugenaussagen von drei Kollegen.

80. Was das anschließende strafrechtliche Ermittlungsverfahren angeht, stellt der Gerichtshof fest, dass es in erster Linie die Aufgabe der Strafverfolgungsbehörden ist, den Wahrheitsgehalt der Vorwürfe aus einer Strafanzeige zu prüfen, und dass von einer Person, die eine solche Anzeige in gutem Glauben erstattet hat, vernünftigerweise nicht erwartet werden kann, vorherzusehen, ob die Ermittlungen zu einer Anklage oder einer Verfahrenseinstellung führen werden. Der Gerichtshof verweist in diesem Zusammenhang auf die oben genannte Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 3. Juli 2003, in der dieses befunden hatte, dass ein Arbeitnehmer, der in gutem Glauben von seinem verfassungsrechtlich garantierten Recht auf Erstattung von Strafanzeigen Gebrauch mache, keine Nachteile dadurch erleiden dürfe, dass sich seine Behauptung im anschließenden Verfahren als unrichtig oder nicht aufklärbar erweise. Er stellt ferner fest, dass die Leitsätze der Parlamentarischen Versammlung auf ähnlichen Überlegungen beruhen; darin heißt es, es sollte bei jedem Whistleblower davon ausgegangen werden, dass er in gutem Glauben gehandelt hat, soweit er vernünftige Gründe für die Annahme hatte, dass die offengelegten Informationen wahr waren, selbst wenn sich später herausstellt, dass dies nicht der Fall war, und vorausgesetzt, dass er keine rechtswidrigen oder unethischen Ziele verfolgt hat.

81. Das Vorbringen der Regierung, die Authentizität der Behauptungen der Beschwerdeführerin in ihrer Strafanzeige seien in Frage gestellt, weil sie diese im Rahmen der Strafermittlungen gegen Vivantes nicht weiter konkretisiert und auch keine zusätzlichen Zeugen benannt habe, überzeugt den Gerichtshof nicht. Der Gerichtshof stellt fest, dass dieses Verhalten, wie von der Beschwerdeführerin vorgebracht, mit ihrer Angst, sich selbst zu belasten, sowie der Gefahr, Vergeltungsmaßnahmen durch Vivantes ausgesetzt zu werden, sollte sie weitere interne Informationen offenlegen, erklärt werden kann. Jedenfalls ist der Gerichtshof der Auffassung, dass ein Mangel an Beweisen zwar zur Einstellung des Ermittlungsverfahrens führen kann, dies aber nicht unbedingt zu der Schlussfolgerung führt, dass die der Strafanzeige zugrunde liegenden Behauptungen von vornherein einer sachlichen Grundlage entbehrten oder leichtfertig waren.

(δ) Handelte die Beschwerdeführerin in gutem Glauben?

82. Der Gerichtshof stellt ferner fest, dass die Beschwerdeführerin vorbrachte, der hauptsächliche Beweggrund für ihre Anzeige sei die aus den unbefriedigenden Arbeitsbedingungen in dem Pflegeheim resultierende potenzielle Gefährdung der Gesundheit besonders schutzbedürftiger Patienten gewesen; die Regierung wiederum trug vor, die Beschwerdeführerin habe den angeblichen Personalmangel anprangern und ihre Arbeitgeberin durch Beteiligung der Öffentlichkeit zusätzlich unter Druck setzen wollen.

83. Selbst unter der Annahme, eine Verbesserung ihrer eigenen Arbeitsbedingungen könnte ein zusätzlicher Beweggrund für die Beschwerdeführerin gewesen sein, hat der Gerichtshof auf der Grundlage des ihm zur Verfügung stehenden Materials keinen Grund zu bezweifeln, dass die Beschwerdeführerin in gutem Glauben und in der Überzeugung handelte, dass es im Interesse der Allgemeinheit sei, die mutmaßlichen Rechtsverletzungen ihrer Arbeitgeberin bei der Staatsanwaltschaft anzuzeigen, und dass ihr kein diskreteres Mittel zur Verfügung stehe, um etwas gegen die Situation zu unternehmen.

84. Das von der Regierung angeführte Argument, dass die Beschwerdeführerin angesichts der regelmäßigen Prüfungen durch die Heimaufsicht des Landes Berlin sowie durch den MDK hätte wissen müssen, dass eine Strafanzeige unnötig sei, und dass sie vor Erstattung ihrer Strafanzeige erst den Bericht des MDK über dessen Prüfung vom 18. November 2004 hätte abwarten können, überzeugt den Gerichtshof nicht. Der Gerichtshof stellt in diesem Zusammenhang fest, dass die früheren Bemängelungen der Bedingungen im Pflegeheim durch den MDK in der Erfahrung der Beschwerdeführerin zu keinerlei Veränderungen geführt haben und dass sie deshalb der Ansicht war, dass ein weiterer Besuch durch den MDK nicht als wirksames Mittel angesehen werden könne, um die Mängel zu beseitigen und eine eigene strafrechtliche Verantwortlichkeit zu vermeiden. Nach ihren zahlreichen innerbetrieblichen Beschwerden gegenüber Vivantes, die alle erfolglos waren, war sie offenbar der Ansicht, dass eine Strafanzeige das letzte Mittel zur Behebung der Pflegemängel sei. Der Gerichtshof stellt in diesem Zusammenhang fest, dass in einem Bericht über eine 2006 vom MDK durchgeführte Prüfung darauf hingewiesen wurde, dass Pflegemängel, die bereits in den Berichten der Jahre 2002, 2003 und 2004 genannt worden seien, weiterhin vorhanden seien und ein dringendes Handeln erforderten.

85. Was das Vorbringen der Regierung angeht, die Polemik der Strafanzeige beweise, dass der wahre Beweggrund für die Beschwerdeführerin gewesen sei, ihre Arbeitgeberin anzuprangern und Druck auf sie auszuüben, ist der Gerichtshof der Auffassung, dass die Behauptungen der Beschwerdeführerin, selbst wenn sie in gewissem Maße übertrieb und verallgemeinerte, doch nicht gänzlich eines sachlichen Hintergrunds entbehrten (siehe Rdnr. 79) und keinen grundlosen persönlichen Angriff gegen ihre Arbeitgeberin, sondern eine Beschreibung der erheblichen Defizite bei der Funktionsweise des Altenpflegeheims darstellten.

86. Diese Feststellung wird auch dadurch bestätigt, dass die Beschwerdeführerin, nachdem sie zu dem Schluss gekommen war, dass eine externe Offenlegung notwendig sei, sich nicht sofort an die Medien wandte oder Flugblätter verteilte, um eine maximale öffentliche Aufmerksamkeit zu erreichen, sondern sich zunächst an die Strafverfolgungsbehörden wandte, um Ermittlungen zu veranlassen (siehe im Gegensatz dazu, *Balenovic* ./, Kroatien, (Entsch.), Individualbeschwerde Nr. 28369/07, 30.

September 2010). Sie ließ sich von einem Rechtsanwalt beraten und unterstützen, der den von der Beschwerdeführerin vorgebrachten Sachverhalt würdigte und die Strafanzeige dementsprechend verfasste. Die Flugblätter, in denen sie die angebliche Geldgier ihrer Arbeitgeberin beklagte und auf ihre Strafanzeige verwies, verteilte sie erst nach ihrer ordentlichen Kündigung vom 19. Januar 2005.

87. Die vorstehenden Ausführungen sind für den Gerichtshof ausreichend für die Schlussfolgerung, dass die Beschwerdeführerin in gutem Glauben handelte, als sie Strafanzeige gegen ihre Arbeitgeberin erstattete.

(ε) Der Schaden für die Arbeitgeberin

88. Auf der anderen Seite ist der Gerichtshof der Auffassung, dass die in der Strafanzeige aufgeworfenen Behauptungen, insbesondere wenn sie Betrugsvorwürfe enthielten, dem geschäftlichen Ruf und den wirtschaftlichen Interessen von Vivantes mit Sicherheit abträglich waren.

89. Er weist in diesem Zusammenhang erneut darauf hin, dass ein Interesse am wirtschaftlichen Erfolg und der Lebensfähigkeit von Unternehmen nicht nur für Anteilseigner und Angestellte, sondern auch zum allgemeinen wirtschaftlichen Nutzen besteht (siehe *Steel und Morris* ./.. Vereinigtes Königreich, Individualbeschwerde Nr. 68416/01, Rdnr. 94, ECHR 2005-II). Der Gerichtshof hält es für wichtig, in diesem Zusammenhang festzuhalten, dass die Arbeitgeberin in der vorliegenden Rechtssache ein staatliches Unternehmen ist, das unter anderem Dienstleistungen im Bereich der institutionellen Altenpflege erbringt. Der Gerichtshof erkennt zwar an, dass auch staatliche Unternehmen ein Interesse an wirtschaftlicher Lebensfähigkeit haben, weist jedoch darauf hin, dass der Schutz des Vertrauens der Allgemeinheit in die Qualität von Leistungen im Rahmen der Daseinsvorsorge, die von staatlichen oder staatlich geführten Unternehmen erbracht werden, für das Funktionieren und die Wirtschaftlichkeit des gesamten Sektors entscheidend ist. Deshalb hat der staatliche Anteilseigner selbst ein Interesse daran, dass mutmaßliche Mängel in diesem Bereich im Rahmen einer freien öffentlichen Debatte ermittelt und aufgeklärt werden.

90. Angesichts dieser Überlegungen ist der Gerichtshof der Auffassung, dass das Interesse der Allgemeinheit, über Defizite bei der institutionellen Altenpflege in einem staatlichen Unternehmen informiert zu werden, in einer demokratischen Gesellschaft so wichtig ist, dass es das Interesse am Schutz des geschäftlichen Rufs und der Interessen dieses Unternehmens überwiegt.

(ζ) Die Schwere der Sanktion

91. Schließlich stellt der Gerichtshof fest, dass der Beschwerdeführerin die härteste arbeitsrechtlich mögliche Sanktion auferlegt wurde. Diese wirkte sich nicht nur negativ auf den beruflichen Werdegang der Beschwerdeführerin aus, sondern hatte auch eine erhebliche abschreckende Wirkung für die anderen Angestellten von Vivantes, die entmutigt wurden, Mängel der institutionellen Pflege anzuzeigen. Darüber hinaus könnte die Sanktion angesichts der Medienberichte über den Fall der Beschwerdeführerin auch eine abschreckende Wirkung für andere Arbeitnehmer im Pflegesektor haben, nicht nur für die Angestellten von Vivantes. Diese abschreckende Wirkung schadet der Gesellschaft als Ganzes und muss daher bei der Beurteilung der Verhältnismäßigkeit und somit auch der Rechtfertigung der Sanktionen, die der Beschwerdeführerin, die, wie der Gerichtshof

oben festgestellt hat, zur Öffentlichmachung der in Rede stehenden Angelegenheit berechtigt war, auferlegt wurden, berücksichtigt werden (siehe Kudeshkina ./, Russland, Individualbeschwerde Nr. 29492/05, Rdnr. 99, 26. Februar 2009). Dies gilt insbesondere für den Bereich der Altenpflege, bei dem die Patienten oft nicht in der Lage sind, ihre Rechte selbst zu verteidigen, und die Pflegekräfte die ersten sind, denen die unbefriedigenden Pflegebedingungen auffallen, und die deshalb am besten in der Lage sind, im Interesse der Allgemeinheit zu handeln und den Arbeitgeber oder die Öffentlichkeit auf Missstände hinzuweisen.

92. Dementsprechend kommt der Gerichtshof zu der Einschätzung, dass die fristlose Kündigung der Beschwerdeführerin in der vorliegenden Rechtssache eine unverhältnismäßig schwere Sanktion darstellte.

(iii) Schlussfolgerung

93. Der Gerichtshof ist sich der Bedeutung des Rechts auf freie Meinungsäußerung im Zusammenhang mit Fragen von allgemeinem Interesse, des Rechts von Arbeitnehmern, strafbares oder rechtswidriges Verhalten seitens des Arbeitgebers anzuzeigen, der Pflichten und Verantwortlichkeiten von Arbeitnehmern gegenüber ihren Arbeitgebern und des Rechts von Arbeitgebern auf Mitarbeiterführung bewusst und hat die zahlreichen weiteren Interessen, die sich auf die vorliegende Rechtssache auswirken, abgewogen; dabei ist er zu dem Schluss gekommen, dass der Eingriff in das Recht der Beschwerdeführerin auf freie Meinungsäußerung, insbesondere ihr Recht, Informationen weiterzugeben, „in einer demokratischen Gesellschaft“ nicht „notwendig“ war.

94. Der Gerichtshof ist daher der Auffassung, dass die innerstaatlichen Gerichte in der vorliegenden Rechtssache keine gerechte Abwägung zwischen dem erforderlichen Schutz des Rufes und der Rechte des Arbeitgebers einerseits und dem erforderlichen Schutz der Meinungsfreiheit der Beschwerdeführerin andererseits vorgenommen haben.

95. Folglich ist Artikel 10 der Konvention verletzt worden.

II. BEHAUPTETE VERLETZUNG VON ARTIKEL 6 ABS. 1 DER KONVENTION

96. Die Beschwerdeführerin rügte darüber hinaus, das Kündigungsschutzverfahren vor den Arbeitsgerichten sei unfair gewesen. Ihrer Meinung nach hätte die Arbeitgeberin verpflichtet sein müssen, zu beweisen, dass sie ihre Strafanzeige leichtfertig auf unwahre Behauptungen gegründet habe und diese daher einen Grund für eine fristlose Kündigung nach § 626 Abs. 1 BGB darstelle. Das Landesarbeitsgericht habe die diesbezügliche Beweislast jedoch auf die Beschwerdeführerin verlagert. Sie berief sich auf Artikel 6 Abs. 1 der Konvention, der wie folgt lautet:

„Jede Person hat ein Recht darauf, dass über Streitigkeiten in Bezug auf ihre zivilrechtlichen Ansprüche und Verpflichtungen ... von einem ... Gericht in einem fairen Verfahren ... verhandelt wird.“

97. Der Gerichtshof hat wiederholt festgestellt, dass Artikel 6 keine Regeln über die Zulässigkeit von Beweismitteln oder die Beweismittelwürdigung aufstellt. Diese Angelegenheiten sind deshalb vor allem durch innerstaatliches Recht und innerstaatliche Gerichte zu regeln, die einen großen Ermessensspielraum haben (siehe K. ./, Deutschland, Individualbeschwerde Nr. 75204/01, Rdnr. 43, 5. Oktober 2006). Er stellt fest, dass die Beschwerdeführerin in der vorliegenden Sache, die während des gesamten

Verfahrens anwaltlich vertreten wurde, in den Genuss eines kontradiktorischen Verfahrens gekommen ist und in allen Stadien des Verfahrens die Argumente vortragen konnte, die sie als entscheidungserheblich ansah, und dies auch tat. Es gibt keine Gründe für die Feststellung, dass die Bewertung der Rechtssache durch die innerstaatlichen Gerichte willkürlich gewesen sei.

98. Daraus folgt, dass diese Rüge offensichtlich unbegründet und nach Artikel 35 Abs. 3 Buchstabe a und Abs. 4 der Konvention zurückzuweisen ist.

III. ANWENDUNG VON ARTIKEL 41 DER KONVENTION

99. Artikel 41 der Konvention lautet:

„Stellt der Gerichtshof fest, dass diese Konvention oder die Protokolle dazu verletzt worden sind, und gestattet das innerstaatliche Recht der Hohen Vertragspartei nur eine unvollkommene Wiedergutmachung für die Folgen dieser Verletzung, so spricht der Gerichtshof der verletzten Partei eine gerechte Entschädigung zu, wenn dies notwendig ist.“

A. Schaden

100. Die Beschwerdeführerin forderte 38.498,56 EUR für entstandenen materiellen Schaden und weitere 112.135,19 EUR für zukünftigen materiellen Schaden. Was den bereits entstandenen materiellen Schaden angeht, entspreche dem entgangenen Arbeitslohn nach ihrer fristlosen Kündigung vom 9. Februar 2005 ein Betrag in Höhe von 33.730,12 EUR. Da darüber hinaus die Einzahlungen in ihre Betriebsrente für eine volle Erwerbsminderung nach ihrer Kündigung im Februar 2005 eingestellt worden seien, habe sie eine monatliche betriebliche Zusatzrente in Höhe von 194,63 EUR eingebüßt, die ihr ab 1. Juni 2008 zugestanden hätte. Zum Zeitpunkt ihrer Anträge auf gerechte Entschädigung Mitte Juni 2010 habe sich der Schaden aufgrund der eingebüßten monatlichen Leistungen seit 1. Juni 2008 daher auf 4.768,44 EUR belaufen. Sie fügte ferner hinzu, dass sie bis zum Bezug einer regulären Altersrente ab 30. September 2028 Anspruch auf diese monatlichen Leistungen gehabt hätte, woraus sich bis zu diesem Datum ein zukünftiger materieller Schaden in Höhe von 47.861,27 EUR ergebe. Schließlich brachte sie vor, ihre monatliche betriebliche Altersrente ab Juli 2028 hätte 334,76 EUR betragen. Auf der Grundlage einer durchschnittlichen Lebenserwartung von 83 Jahren stelle die Einbüßung ihrer Rentenansprüche für eine Dauer von 16 Jahren (2028 bis 2044) daher einen zukünftigen materiellen Schaden in Höhe von 64.273,92 EUR dar.

Die Beschwerdeführerin forderte darüber hinaus 10.000 EUR für immateriellen Schaden; sie machte geltend, die langen Verfahren vor den innerstaatlichen Gerichten hätten bei ihr zu psychischem Stress geführt und ihre Gesundheit beeinträchtigt.

101. Die Regierung trat diesen Forderungen entgegen. Was die Forderungen der Beschwerdeführerin nach Entschädigung für materiellen Schaden angeht, brachte die Regierung vor, dass es keinen Grund für die Feststellung gebe, dass dieser Schaden durch die angebliche Konventionsverletzung entstanden sei, der die fristlose Kündigung der Beschwerdeführerin vom 9. Februar 2005 zugrunde liege. Die Regierung wies darauf hin, dass der Beschwerdeführerin bereits mit Schreiben vom 19. Januar 2005, also vor ihrer fristlosen Kündigung vom 9. Februar 2005, aus krankheitsbedingten Gründen mit Wirkung zum 31. März 2005 gekündigt worden sei. Aus diesem Grund könne sie einen

Einkommensverlust aufgrund der fristlosen Kündigung nur für den Zeitraum vom 9. Februar bis 31. März 2005, dem Datum, an dem ihre ordentliche Kündigung wirksam geworden sei, geltend machen. Während dieser Zeit habe die Beschwerdeführerin jedoch Krankengeld und anschließend Übergangsgeld erhalten und keinen tatsächlichen materiellen Schaden erlitten. Die Regierung brachte ferner vor, die Berechnung der Beschwerdeführerin hinsichtlich ihres Anspruchs auf entgangene Betriebsrente zeige nicht, wie dieser Anspruch durch ein Ereignis verursacht sein könne, das jüngeren Datums sei als die ordentliche Beendigung ihres Arbeitsverhältnisses mit Wirkung zum 31. März 2005.

102. Was den immateriellen Schaden angeht, stellte die Regierung die Frage zwar in das Ermessen des Gerichtshofs, hielt die von der Beschwerdeführerin geforderte Summe aber für unangemessen hoch.

103. Der Gerichtshof stellt fest, dass zwischen den Parteien nicht strittig ist, dass das Arbeitsverhältnis der Beschwerdeführerin aufgrund ihrer ordentlichen Kündigung mit Wirkung zum 31. März 2005 endete. Er stellt ferner fest, dass die Beschwerdeführerin selbst vorbrachte, dass sie während der Zeit vom 9. Februar bis zum 31. März 2005 Kranken- bzw. Übergangsgeld als Ausgleich für ihr Gehalt erhalten habe. Der Gerichtshof ist daher der Auffassung, dass nicht nachgewiesen wurde, dass die Beschwerdeführerin vom 9. Februar 2005 bis zum 31. März 2005 einen materiellen Schaden erlitt. Ferner kann er keinen Kausalzusammenhang zwischen der festgestellten Verletzung und dem materiellen Schaden erkennen, der in der Zeit nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch ordentliche Kündigung mit Wirkung zum 31. März 2005 entstanden sein soll. Der Gerichtshof weist daher die Forderung der Beschwerdeführerin in Bezug auf den materiellen Schaden zurück.

104. Er ist jedoch der Ansicht, dass die Beschwerdeführerin einen immateriellen Schaden erlitten haben muss. Er entscheidet nach Billigkeit und spricht ihr unter dieser Rubrik 10.000 EUR zu.

B. Kosten und Auslagen

105. Die Beschwerdeführerin verlangte außerdem 6.100 EUR für Kosten und Auslagen vor dem Gerichtshof.

106. Die Regierung brachte vor, dass diese Summe erheblich darüber hinausgehe, was der Gerichtshof normalerweise in Bezug auf Kosten und Auslagen zuspreche.

107. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs hat ein Beschwerdeführer nur insoweit Anspruch auf Ersatz von Kosten und Auslagen, als nachgewiesen wurde, dass diese tatsächlich und notwendigerweise entstanden sind und der Höhe nach angemessen waren. In der vorliegenden Rechtssache hält es der Gerichtshof unter Berücksichtigung der ihm zur Verfügung stehenden Unterlagen und der oben genannten Kriterien für angemessen, für Kosten und Auslagen für das Verfahren vor dem Gerichtshof 5.000 EUR zuzusprechen.

C. Verzugszinsen

108. Der Gerichtshof hält es für angemessen, für die Berechnung der Verzugszinsen den Spitzenrefinanzierungssatz (marginal lending rate) der Europäischen Zentralbank zuzüglich drei Prozentpunkten zugrunde zu legen.

AUS DIESEN GRÜNDEN ENTSCHEIDET DER GERICHTSHOF EINSTIMMIG:

1. Die Rüge nach Artikel 10 der Konvention wird für zulässig und die Individualbeschwerde im Übrigen für unzulässig erklärt;

2. Artikel 10 der Konvention ist verletzt worden;

3. (a) der beschwerdegegnerische Staat hat der Beschwerdeführerin binnen drei Monaten nach dem Tag, an dem das Urteil nach Artikel 44 Abs. 2 der Konvention endgültig wird, folgende Beträge zu zahlen:

(i) 10.000 EUR (zehntausend Euro) für immateriellen Schaden, zuzüglich gegebenenfalls zu berechnender Steuern; und

(ii) 5.000 EUR (fünftausend Euro) für Kosten und Auslagen, zuzüglich gegebenenfalls zu berechnender Steuern;

(b) nach Ablauf der vorgenannten Frist von drei Monaten bis zur Auszahlung fallen für die oben genannten Beträge einfache Zinsen in Höhe eines Zinssatzes an, der dem Spitzenrefinanzierungssatz (marginal lending rate) der Europäischen Zentralbank im Verzugszeitraum zuzüglich drei Prozentpunkten entspricht;

4. im Übrigen wird die Forderung der Beschwerdeführerin nach gerechter Entschädigung zurückgewiesen.

Ausgefertigt in Englisch und schriftlich zugestellt am 21. Juli 2011 nach Artikel 77 Abs. 2 und 3 der Verfahrensordnung des Gerichtshofs.

4.2 BAG: „Mitbestimmung bei Ethikrichtlinien“



BAG, 22.07.2008 - 1 ABR 40/07: Mitbestimmung des Betriebsrats bei Ethik-Richtlinien - Ordnungsverhalten - Mitbestimmung nach § 87 Abs 1 Nr 1 BetrVG - Zuständigkeit des Konzernbetriebsrats

Leitsatz

Der Betriebsrat hat nach § 87 Abs 1 Nr 1 BetrVG mitzubestimmen, wenn der Arbeitgeber in einem Verhaltenskodex das Verhalten der Arbeitnehmer und die betriebliche Ordnung regeln will. Das Mitbestimmungsrecht an einzelnen Regelungen begründet nicht notwendig ein Mitbestimmungsrecht am Gesamtwerk. (Rn.45)

Orientierungssatz

1. Bei einem einheitlichen, auf die Feststellung eines Mitbestimmungsrechts an dem Gesamtwerk des Verhaltenskodexes gerichteten Antrag ist es unschädlich, dass nicht im Einzelnen näher beschrieben ist, an welchen der vielen Regelungen und Passagen des Gesamtwerks der Konzernbetriebsrat aus welchen Gründen ein Mitbestimmungsrecht reklamiert. (Rn.37)

2. Das Mitbestimmungsrecht bei einem "Meldeverfahren" bezüglich bestimmter Tatbestände begründet kein Mitbestimmungsrecht bei den zu meldenden Tatbeständen selbst. Soweit die Meldepflicht sich auf Pflichtenverstöße von Arbeitnehmern in ihrem Arbeitsverhalten bezieht, begründet ein Mitbestimmungsrecht bei der Einführung und Ausgestaltung einer Meldepflicht kein Mitbestimmungsrecht beim Arbeitsverhalten. (Rn.48)

3. § 87 Abs 1 Nr 1 BetrVG berechtigt die Betriebsparteien nicht, in die private Lebensführung einzugreifen (vergleiche BAG vom 28.05.2002 - 1 ABR 32/01 = BAGE 101, 216). Die Vorschrift begründet dementsprechend auch kein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats. Der Begriff des Betriebs ist allerdings nicht räumlich, sondern funktional zu verstehen. Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats soll immer dann ausgeübt werden können, wenn der Arbeitgeber das mit ihrer Tätigkeit verbundene Verhalten der Arbeitnehmer regelt. (Rn.58)

4. Das Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs 1 Nr 1 BetrVG setzt nicht notwendig voraus, dass es sich um verbindliche Verhaltensregeln handelt. § 87 Abs 1 Nr 1 BetrVG greift auch dann ein, wenn es sich um Maßnahmen handelt, die das Verhalten der Arbeitnehmer in Bezug auf die betriebliche Ordnung betreffen, ohne dass sie verbindliche Vorgaben zum Inhalt haben. Ausreichend ist es, wenn die Maßnahme darauf gerichtet ist, das Verhalten der Arbeitnehmer zu steuern oder die Ordnung des Betriebs zu gewährleisten (vergleiche BAG vom 18.04.2000 - 1 ABR 22/99 - AP Nr 33 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung. (Rn.59)

5. Ausländische Vorschriften sind jedenfalls dann keine die Mitbestimmungsrechte nach § 87 Abs 1 Eingangshalbsatz BetrVG ausschließende gesetzliche Regelungen, wenn es an einer wirksamen völkerrechtlichen Transformation in das deutsche Arbeitsrecht fehlt. (Rn.60)

6. Regelungen über private Beziehungen im Betrieb sind nicht von vorneherein der Mitbestimmung entzogen. Der Betriebsrat soll im Rahmen der Mitbestimmung gerade darauf achten, dass durch die Regelung Persönlichkeitsrechte der Arbeitnehmer nicht verletzt werden. Folglich sind Regelungen über im Betrieb stattfindende private Verhaltensweisen der Arbeitnehmer, insbesondere wenn es um das Verhältnis von Vorgesetzten und Untergebenen geht, nicht generell unzulässig. (Rn.63)

7. Das Mitbestimmungsrecht steht dem Konzernbetriebsrat zu, da die von den Arbeitgeberinnen beabsichtigte Einführung des Verhaltenskodexes den gesamten Konzern und nicht lediglich einzelne Konzernunternehmen oder Betriebe betrifft. Durch den Verhaltenskodex soll eine konzernerheitliche "Unternehmensphilosophie" umgesetzt und für ein "ethisch-moralisch einheitliches Erscheinungsbild" und eine konzernweite Identität gesorgt werden. Ein konzernbezogenes identitätsstiftendes "ethisch-moralisches Erscheinungsbild" ist nur einheitlich umsetzbar.

8. Gibt es eine gesetzliche Regelung über den durch den Verhaltenskodex betroffenen Gegenstand (hier regeln die Bestimmungen der §§ 1, 3, 7 und 12 AGG das Verbot "unwillkommener sexueller Zudringlichkeiten oder Körperkontakte, Gesten und Aussagen sexuellen Inhalts" inhaltlich), ist eine Mitbestimmung nach § 87 Abs 1 Eingangshalbs. BetrVG ausgeschlossen. Die Bestimmungen des AGG enthalten insoweit eine abschließende gesetzliche Regelung. (Rn.73)

Tenor

I. Auf die Rechtsbeschwerden der Arbeitgeberinnen wird der Beschluss des Hessischen Landesarbeitsgerichts vom 18. Januar 2007 - 5 TaBV 31/06 - teilweise aufgehoben.

II. Die Beschwerde des Konzernbetriebsrats gegen den Beschluss des Arbeitsgerichts Offenbach am Main vom 24. November 2005 - 3 BV 44/04 - wird zurückgewiesen.

III. Auf die Anschlussbeschwerden der Arbeitgeberinnen wird der Beschluss des Arbeitsgerichts Offenbach am Main vom 24. November 2005 - 3 BV 44/04 - teilweise abgeändert und insgesamt wie folgt neu gefasst:

1. Es wird festgestellt, dass folgende Regelungen des Honeywell Verhaltenskodexes der erzwingbaren Mitbestimmung des Konzernbetriebsrats unterliegen:

a) "Wir werden alle notwendigen Maßnahmen ergreifen, um ungebührliche Vorgesetztenverhältnisse zu vermeiden und Personen, mit denen wir familiäre oder enge persönliche Verbindungen haben, nicht direkt oder indirekt über- oder untergeordnet zu sein.

Sollte ein tatsächlicher oder scheinbarer Interessenkonflikt entstehen, muss der betreffende Mitarbeiter das Problem der Rechtsabteilung oder dem Honeywell-Kontrollbüro ("Integrity and Compliance Office") und einem Mitglied des Führungsteams in dem Geschäftsbereich, in dem der Konflikt entsteht, schriftlich mitteilen, damit der Fall geprüft und ggf. Maßnahmen zur Beseitigung des Interessenkonflikts ergriffen werden können."

b) *"Insbesondere verbietet das Unternehmen das Zeigen oder Verbreiten von Bildern, Karikaturen oder Witzen sexueller Natur.*

Zur Meldung von sexuellen Belästigungen steht den Mitarbeitern ein einschlägiges Beschwerdeverfahren zur Verfügung."

c) *"Mitarbeiter oder Vertreter, die Arbeiten im Namen von Honeywell durchführen, sind bezüglich Ressourcen der Honeywell Information Technology nicht zum Schutz ihrer Privatsphäre berechtigt, außer wenn dies durch die örtlichen Gesetze vorgesehen ist. Alle Computerdaten, die unter Verwendung von Ressourcen der Honeywell Information Technology erstellt, empfangen oder übertragen werden, gelten nicht als private Informationen des Benutzers. Honeywell behält sich das Recht vor, alle Daten aus jedwedem Grund ohne Vorankündigung zu untersuchen, wenn Verstöße gegen diesen Veraltenskodex oder andere Richtlinien von Honeywell vermutet werden. Durch die Verwendung von Ressourcen der Honeywell Information Technology erklären sich Benutzer mit dieser Überwachung einverstanden."*

2. Im Übrigen werden die Anträge abgewiesen.

IV. Die weitergehenden Rechtsbeschwerden der Arbeitgeberinnen werden zurückgewiesen.

Gründe

1 A. *Die Beteiligten streiten über Mitbestimmungsrechte bei der Einführung und Anwendung eines "Code of business conduct" (Verhaltenskodex). Antragsteller ist der bei der Beteiligten zu 2) errichtete Konzernbetriebsrat. Die zu 2) beteiligte Arbeitgeberin ist die Muttergesellschaft der weiteren zu 3) bis 13) beteiligten Arbeitgeberinnen. Beteiligter zu 14) ist der bei der Beteiligten zu 3) gebildete Gesamtbetriebsrat. Dieser ist errichtet von den zu 22) bis 34) beteiligten Betriebsräten der Betriebe der Beteiligten zu 3). Als Beteiligte zu 15) bis 21) sowie 37) und 38) sind die Betriebsräte der Beteiligten zu 4) sowie 6) bis 13) beteiligt. Die Beteiligten zu 39) und 40) sind die in den Betrieben der Beteiligten zu 5) gebildeten Betriebsräte.*

2 *Die Beteiligte zu 2) ist Tochter einer an der New Yorker Börse (NYSE) notierten US-amerikanischen Gesellschaft. US-amerikanische Vorschriften wie Section 406 des Sarbanes Oxley Act 2002 und Section 303A.10 des NYSE listed Company Manual sehen vor, dass börsennotierte Gesellschaften einen "Code of business for directors, officers and employees" aufstellen und veröffentlichen müssen. Dieser soll Regelungen zur Verhinderung von und zum Umgang mit Interessenkonflikten, zur Verschwiegenheitspflicht, zu lauterem und fairem Geschäftsgebaren, zum Schutz von Unternehmenseigentum, zur Verpflichtung der Mitarbeiter zu gesetzeskonformen Verhalten und zur Ermutigung der Mitarbeiter, Gesetzesverstöße und Verstöße gegen den Kodex zu melden, enthalten.*

3 *Die Arbeitgeberinnen gaben seit 1993 mehrere Fassungen von Verhaltenskodexen bekannt. Im Jahr 2004 erstellte die US-amerikanische Muttergesellschaft einen Kodex, der weltweit für alle im Konzern tätigen Unternehmen und die in diesen beschäftigten Arbeitnehmer gelten soll. Dieser "Honeywell Verhaltenskodex - Ihr Leitfaden für korrektes Verhalten im Geschäftsleben" (im Folgenden: Verhaltenskodex) gliedert sich in die Abschnitte "Unsere Beziehungen zum Unternehmen und untereinander", "Unsere Beziehungen zu unseren Kunden", "Unsere Beziehungen zu unseren Lieferanten",*

"Unsere Beziehungen zu anderen" und "Unser Programm zur Einhaltung der Verhaltensregeln und zur Wahrung der Integrität (I&C-Programm)".

4 In dem Abschnitt "Unsere Beziehungen zum Unternehmen und untereinander" finden sich unter der Überschrift "Wir vermeiden Interessenkonflikte" ua. folgende Passagen:

"- Wir werden alle notwendigen Maßnahmen ergreifen, um ungebührliche Vorgesetztenverhältnisse zu vermeiden und Personen, mit denen wir familiäre oder enge persönliche Verbindungen haben, nicht direkt oder indirekt über- oder untergeordnet zu sein.

...

- Sollte ein tatsächlicher oder scheinbarer Interessenkonflikt entstehen, muss der betreffende Mitarbeiter das Problem der Rechtsabteilung oder dem Honeywell-Kontrollbüro ("Integrity and Compliance Office") und einem Mitglied des Führungsteams in dem Geschäftsbereich, in dem der Konflikt entsteht, schriftlich mitteilen, damit der Fall geprüft und gegebenenfalls Maßnahmen zur Beseitigung des Interessenkonflikts ergriffen werden können."

5 Unter der Überschrift "Wir sind für volle Gleichberechtigung und begrüßen Unterschiede" heißt es ua.:

"Honeywell engagiert sich für eine alles umfassende Arbeitskultur. Wir sind der Überzeugung und erkennen an, dass alle Menschen für ihre individuellen Fähigkeiten und Beiträge respektiert werden sollten. Ziel des Unternehmens ist es, allen Mitarbeitern herausfordernde, sinnvolle und lohnende Möglichkeiten zur persönlichen und beruflichen Weiterentwicklung zu bieten, und zwar unabhängig von Geschlecht, Rasse, ethnischer Zugehörigkeit, sexueller Orientierung, körperlicher oder geistiger Behinderung, Alter, Schwangerschaft, Religion, Veteranenstatus, Herkunftsland oder jeglichem anderen gesetzlich geschützten Status."

6 Unter der Überschrift "Wir arbeiten in einem positiven Umfeld" findet sich ua. folgender Abschnitt:

"- Insbesondere verbietet das Unternehmen unwillkommene sexuelle Zudringlichkeiten oder Körperkontakte, Gesten und Aussagen sexuellen Inhalts sowie das Zeigen oder Verbreiten von Bildern, Karikaturen oder Witzen sexueller Natur. Ebenfalls verboten sind Repressalien gegen Mitarbeiter, die sich gewehrt und über sexuelle Belästigungen beschwert haben. Zur Meldung von sexuellen Belästigungen steht den Mitarbeitern ein einschlägiges Beschwerdeverfahren zur Verfügung."

7 Unter der Überschrift "Wir nehmen weder Kinder- noch Zwangsarbeit in Anspruch" heißt es:

"- Honeywell nimmt weder derzeit noch künftig Kinderarbeit in Anspruch. Honeywell definiert ein Kind als eine Person unter 16 Jahren. Wenn örtliche Gesetze strenger sind als die Honeywell-Grundsätze, wird Honeywell diese örtlichen Gesetze befolgen. Sollten örtliche Gesetze Honeywell jedoch gestatten, Menschen im Alter von unter 16 Jahren zu beschäftigen, wird das Unternehmen hiervon absehen.

- Honeywell nimmt weder derzeit noch künftig Zwangsarbeit in Anspruch."

8 Unter der Überschrift "Wir schützen Unternehmenseigentum und Daten" findet sich ua. folgende Passage:

"Mitarbeiter oder Vertreter, die Arbeiten im Namen von Honeywell durchführen, sind bezüglich Ressourcen der Honeywell Information Technology nicht zum Schutz ihrer Privatsphäre berechtigt, außer wenn dies durch die örtlichen Gesetze vorgesehen ist. Alle Computerdaten, die unter Verwendung von Ressourcen der Honeywell Information Technology erstellt, empfangen oder übertragen werden, gelten nicht als private Informationen des Benutzers. Honeywell behält sich das Recht vor, alle Daten aus jedwedem Grund ohne Vorankündigung zu untersuchen, wenn Verstöße gegen diesen Verhaltenskodex oder andere Richtlinien von Honeywell vermutet werden. Durch die Verwendung von Ressourcen der Honeywell Information Technology erklären sich Benutzer mit dieser Überwachung einverstanden."

9 Unter der Überschrift "Wir achten auf hohe Integrität in unseren Geschäftsbüchern, Unterlagen, Berichten und Abschlüssen" wird ua. ausgeführt:

"- Das Unternehmen verbietet falsche und irreführende Eintragungen in seinen Büchern und Unterlagen aus jedwedem Grunde und duldet keine geheimen oder schwarzen Bankkonten oder Vermögenswerte, ungeachtet deren Zwecks.

- ...

- Alle Provisions- und Abschlagszahlungen erfolgen durch einen separaten Unternehmensscheck, per Wechsel an den Zahlungsempfänger oder per elektronischer Überweisung, außer im Fall von Rückerstattungen, bei denen Gutschriften vorzuziehen sind."

10 In dem Abschnitt "Unsere Beziehungen zu unseren Kunden" heißt es unter der Überschrift "Wir befolgen alle Gesetze und Vorschriften":

"Unsere Kundenbeziehungen sind von besonderer Bedeutung für Honeywell. Bei der Erfüllung der Bedürfnisse unserer Kunden verpflichten wir uns, integer vorzugehen und alle anwendbaren Gesetze zu beachten. Produkte müssen so konzipiert, hergestellt, installiert und gewartet werden, dass sie neben internen Normen auch externen Vorschriften, den Normen der zuständigen Zulassungsstellen sowie allen geltenden vertraglichen Verpflichtungen entsprechen."

11 Unter der Überschrift "Wir bieten hochwertige Produkte und Dienstleistungen" finden sich ua. folgende Abschnitte:

"- Wenn zur Bestätigung der Übereinstimmung mit den Spezifikationen des Kunden Kontrollen oder Test durchgeführt werden müssen, darf es keine unrichtige Wiedergabe von Daten und keine Unterlagenfälschung geben.

- Beim Produktentwurf ist darauf zu achten, dass die Produkte allen anwendbaren öffentlichen und behördlichen Normen und Vorschriften entsprechen.

- Produkte oder Systeme, die - abgesehen von normalen Testverfahren vor dem Verkauf - bereits benutzt wurden, dürfen nicht als neue Produkte verkauft werden."

12 Unter der Überschrift "Wir verwenden akkurate Abrechnungsverfahren" wird ausgeführt:

"Im Einklang mit den Unternehmensrichtlinien müssen auf allen Rechnungen, die an Kunden gehen, der Verkaufspreis und die Geschäftsbedingungen für verkaufte Produkte oder geleistete Dienste akkurat wiedergegeben werden. Jeder Mitarbeiter ist dafür verantwortlich, präzise und vollständige Unterlagen zu führen. Es dürfen keine falschen, irreführenden oder vorgetäuschten Eintragungen in Honeywells Büchern und Unterlagen vorgenommen werden."

13 Unter der Überschrift "Wir befolgen die Ausfuhrkontroll- und Einfuhrgesetze" heißt es ua.:

"Honeywell wird alle Ausfuhrkontroll- und Einfuhrgesetze und Vorschriften befolgen, die für den Export und Import von Waren und technischen Daten gelten, einschließlich von Artikeln, die als Muster im Handgepäck oder als Vorführobjekte als Gepäckstück mitgeführt werden. ..."

14 In dem Abschnitt "Unser Programm zur Einhaltung der Verhaltensregeln und zur Wahrung der Integrität (I&C-Programm)" wird unter der Überschrift "Persönliche Verantwortung" ua. ausgeführt:

"Die Einhaltung der Verhaltensregeln ist die erste und wichtigste Aufgabe jedes Mitarbeiters. Jeder leitende Angestellte und Mitarbeiter des Unternehmens ist persönlich dafür verantwortlich, dass er diesen Verhaltenskodex und die anderen Richtlinien des Unternehmens, die für seine Arbeit relevant sind, kennt und versteht."

15 Unter der Überschrift "Alle Mitarbeiter" finden sich ua. folgende Passagen:

"Alle Honeywell-Mitarbeiter müssen den Verhaltenskodex sowie die Grundsätze und Verfahren des Unternehmens genau befolgen und mutmaßliche Verstöße umgehend melden. ..."

-

Mitarbeiter werden dazu angeregt, Verstöße durch ihre normalen Berichterstattungskanäle an den Kontrollbeauftragten ihrer Geschäftseinheit, ein Mitglied des Integrity and Compliance Council oder an die Rechtsabteilung zu melden.

-

Außerdem haben alle Mitarbeiter Zugang zu einer oder mehreren Telefon-Helplines, die rund um die Uhr von einem professionellen, unabhängigen Auftragnehmer besetzt sind.

-

...

-

Um die Umsetzung dieses Verhaltenskodex zu vereinfachen, sind die Mitarbeiter verpflichtet, uneingeschränkt im Rahmen eines Untersuchungsverfahrens des Unternehmens zu kooperieren ...

-

...

-

Die Nichterfüllung jeglicher der in diesem Verhaltenskodex aufgestellten Verpflichtungen kann ein Disziplinarverfahren bis hin zur Kündigung nach sich ziehen. ..."

16 *Unter der Überschrift "ACCESS, unsere Integritäts-Helpline" enthält das hintere Deckblatt des Verhaltenskodexes "internationale Anrufanweisungen" dazu, wie mit dem "Helpline-Sachbearbeiter" telefonisch Kontakt aufgenommen werden kann.*

17 *Nachdem die Arbeitgeberinnen begonnen hatten, die Fassung des Verhaltenskodexes an die Beschäftigten zu verteilen und sich deren Einverständnis mit dem Inhalt schriftlich bestätigen zu lassen, beauftragten die in den Betrieben gebildeten Betriebsräte und der Gesamtbetriebsrat den Konzernbetriebsrat mit der Wahrnehmung ihrer Interessen und der Verhandlungsführung gegenüber den Arbeitgeberinnen. Die Verhandlungen führten zu keinem einvernehmlichen Ergebnis. Unter dem 19. Juli 2004 übersandten die "Geschäftsleitung" und der Konzernbetriebsrat an alle Personalleiter und Betriebsräte ein Schreiben, in dem es heißt:*

"Sehr geehrte Damen und Herren, liebe Kolleginnen und Kollegen,

wie Ihnen bekannt ist, gibt es unterschiedliche Auffassungen zwischen Geschäftsleitung und Konzernbetriebsrat im Hinblick auf Mitbestimmungsrechte bei der Einführung des Codes of Conduct. Der Konzernbetriebsrat hat in dieser Thematik ein Verhandlungs- und Abschlussmandat von allen Betriebsräten erhalten.

Um den Vorgaben des Konzerns zur weltweiten Einführung des Codes zu entsprechen, haben wir uns nach mehreren Gesprächen auf folgende pragmatische Vorgehensweise verständigt:

Der Konzernbetriebsrat toleriert ohne Aufgabe seiner Rechtsposition die Einführung des Codes. Dies beinhaltet die Verteilung der Broschüre, der ein gemeinsam abgestimmtes Vorwort beigefügt wird, sowie die Durchführung von Informationsveranstaltungen über den Inhalt des Codes in der am jeweiligen Standort üblichen Form oder in elektronischer Version. Den Erhalt und das Verständnis der Broschüre kann sich der Arbeitgeber schriftlich bestätigen lassen, eine Verpflichtungserklärung auf den Code erfolgt dadurch nicht.

Diese Vorgehensweise entspricht dem Verfahren bei der Einführung des Codes im Jahr 2002.

Um die Rechtslage im Hinblick auf Mitbestimmungsrechte endgültig zu klären, wird der Konzernbetriebsrat ein arbeitsgerichtliches Beschlussverfahren einleiten. Über den Ausgang dieses Verfahrens werden wir Sie selbstverständlich informieren.

..."

18 *In dem "gemeinsam abgestimmten Vorwort" zum Verhaltenskodex heißt es ua.:*

"Der Honeywell Verhaltenskodex wurde zum Schutz der Arbeitnehmer(innen) und Anteilseigner des Unternehmens erstellt. Es ist beabsichtigt, allen Arbeitnehmer(innen) die ethischen Grundsätze, nach denen das Unternehmen seine Geschäfte durchführt, bewusst zu machen sowie das von ihnen erwartete Verhalten im Geschäftsleben aufzuzeigen.

Honeywell ist davon überzeugt, dass der Kodex in allen Ländern, in denen Geschäfte durchgeführt werden, Anwendung finden kann. Allerdings könnte es Situationen geben, in denen der Kodex nicht mit den lokalen und/oder nationalen Gesetzen übereinstimmt. Falls ein lokales oder nationales Gesetz im Widerspruch zu einer Aussage des Kodexes steht, müssen Unternehmen und Arbeitnehmer(innen) gemäß dem lokalen oder nationalen Gesetz handeln.

Wo darüber hinaus der Kodex nicht mit den vertraglichen Bedingungen eines einzelnen Arbeitsvertrages übereinstimmt, haben die in diesem Vertrag festgesetzten Bedingungen stets Vorrang.

...

Die Beratung zwischen der Arbeitgeberseite und den Arbeitnehmer(innen)vertretern in Deutschland hat folgende gemeinsame Auffassung ergeben:

"Bestimmte Formulierungen im Text stehen im Widerspruch oder in einem Spannungsverhältnis zur Rechtssituation in Deutschland. Insbesondere möchten wir auf folgende Punkte hinweisen:

-

Der Schutz von persönlichen Daten im Rahmen des Bundesdatenschutzgesetzes sowie das Recht auf informationelle Selbstbestimmung;

-

Das Recht auf Aussageverweigerung von Beschuldigten bzw. wenn eine Aussage den Beschuldigten selbst belasten würde;

-

Das im deutschen wie im europäischen Recht verankerte Diskriminierungsverbot, welches hinsichtlich der Behandlung von Familienangehörigen unabdingbare Grundsätze festlegt.

-

Darüber hinaus möchten wir den Punkt betonen, dass für die Gestaltung des Arbeitsverhältnisses maßgebend das deutsche Vertragsrecht, das Arbeitsrecht und in diesem Rahmen der schriftliche Arbeitsvertrag sind. Teil des Arbeitsvertrages sind - soweit vorhanden - maßgebende tarifliche Bestimmungen und Betriebsvereinbarungen.

Diese Punkte verstehen Sie bitte als Konkretisierung der Formulierung im Text des Honeywell Code of Business Conduct, dass nationales und lokales Recht bzw. nationale und lokale Regeln Vorrang vor den Formulierungen des Textes des Honeywell Code of Business Conduct haben.

...“

19 In dem von ihm eingeleiteten Beschlussverfahren hat der Konzernbetriebsrat die Auffassung vertreten, er habe hinsichtlich des Verhaltenskodexes mitzubestimmen. Der Kodex betreffe Fragen der Ordnung des Betriebs und des Verhaltens der Arbeitnehmer iSv. § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG. Soweit in ihm vorgesehen sei, dass die Arbeitgeberinnen alle Computerdaten aus jedwedem Grund ohne Vorankündigung untersuchen könnten, bestehe ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG. Der Kodex sei ein geschlossenes Gesamtkonzept, aus dem einzelne Teile nicht herausgelöst werden könnten. Da zahlreiche und wesentliche Regelungen mitbestimmungspflichtig seien, unterfalle er insgesamt der Mitbestimmung. Der Konzernbetriebsrat sei nach § 58 Abs. 1 BetrVG für die Wahrnehmung der Mitbestimmungsrechte zuständig, da der Verhaltenskodex konzernweit angewandt werden solle.

20 Der Konzernbetriebsrat hat beantragt,

festzustellen, dass die Einführung und Anwendung des Honeywell Code of Business Conduct seiner erzwingbaren Mitbestimmung, hilfsweise derjenigen der einzelnen Betriebsräte/des Gesamtbetriebsrats, unterliegt;

hilfsweise

festzustellen, dass folgende Regelungen des Honeywell Code of Business Conduct seiner erzwingbaren Mitbestimmung, hilfsweise derjenigen der einzelnen Betriebsräte/des Gesamtbetriebsrats, unterliegen:

1. Seite 6: "Wir vermeiden Interessenkonflikte"

"Wir werden alle notwendigen Maßnahmen ergreifen, um ungebührliche Vorgesetztenverhältnisse zu vermeiden und Personen, mit denen wir familiäre oder enge persönliche Verbindungen haben, nicht direkt oder indirekt über- oder untergeordnet zu sein.

Sollte ein tatsächlicher oder scheinbarer Interessenkonflikt entstehen, muss der betreffende Mitarbeiter das Problem der Rechtsabteilung oder dem Honeywell-Kontrollbüro ("Integrity and Compliance Office") und einem Mitglied des Führungsteams in dem Geschäftsbereich, in dem der Konflikt entsteht, schriftlich mitteilen, damit der Fall geprüft und gegebenenfalls Maßnahmen zur Beseitigung des Interessenkonflikts ergriffen werden können."

2. Seite 6: "Wir sind für volle Gleichberechtigung und begrüßen Unterschiede".

"... Wir sind der Überzeugung und erkennen an, dass alle Menschen für ihre individuellen Fähigkeiten und Beiträge respektiert werden sollten. Ziel des Unternehmens ist es, allen Mitarbeitern herausfordernde, sinnvolle und lohnende Möglichkeiten zur persönlichen und beruflichen Weiterentwicklung zu bieten, und zwar unabhängig von Geschlecht, Rasse, ethnischer Zugehörigkeit, sexueller Orientierung, körperlicher oder geistiger Behinderung, Alter, Schwangerschaft, Religion, Veteranenstatus, Herkunftsland oder jeglichem anderen gesetzlich geschützten Status."

3. Seite 7 "Wir arbeiten in einem positiven Umfeld".

"Insbesondere verbietet das Unternehmen unwillkommene sexuelle Zudringlichkeiten oder Körperkontakte, Gesten und Aussagen sexuellen Inhalts sowie das Zeigen oder Verbreiten von Bildern, Karikaturen oder Witzen sexueller Natur. Ebenfalls verboten sind Repressalien gegen Mitarbeiter, die sich gewehrt und über sexuelle Belästigungen beschwert haben. Zur Meldung von sexuellen Belästigungen steht den Mitarbeitern ein einschlägiges Beschwerdeverfahren zur Verfügung."

4. Seite 9 "Wir schützen Unternehmenseigentum und Daten".

"Mitarbeiter oder Vertreter, die Arbeiten im Namen von Honeywell durchführen, sind bezüglich Ressourcen der Honeywell Information Technology nicht zum Schutz ihrer Privatsphäre berechtigt, außer wenn dies durch die örtlichen Gesetze vorgesehen ist. Alle Computerdaten, die unter Verwendung von Ressourcen der Honeywell Information Technology erstellt, empfangen oder übertragen werden, gelten nicht als private Informationen des Benutzers. Honeywell behält sich das Recht vor, alle Daten aus jedwedem Grund ohne Vorankündigung zu untersuchen, wenn Verstöße gegen diesen Verhaltenskodex oder andere Richtlinien von Honeywell vermutet werden. Durch die Verwendung von Ressourcen der Honeywell Information Technology erklären sich Benutzer mit dieser Überwachung einverstanden. ..."

21 *Die Arbeitgeberinnen haben beantragt, die Anträge abzuweisen. Sie haben die Auffassung vertreten, die Anträge seien unzulässig, jedenfalls aber unbegründet. Ein mögliches Mitbestimmungsrecht des Konzernbetriebsrats sei verbraucht. Die unterschiedlichen und voneinander unabhängigen Regelungsbereiche des Verhaltenskodexes stellten auch keine verbindliche Verhaltensordnung dar, sondern enthielten lediglich Leitlinien. Dies zeige auch das Vorwort. Der Kodex habe zum erheblichen Teil Programmcharakter und beschreibe Ziele und Selbstverpflichtungen des Unternehmens.*

22 *Das Arbeitsgericht hat den Hauptantrag abgewiesen, dem Hilfsantrag bezüglich der Nr. 1, 3 und 4 entsprochen und ihn hinsichtlich der Nr. 2 abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat auf die Beschwerde des Konzernbetriebsrats dem Hauptantrag entsprochen und die Anschlussbeschwerden der Arbeitgeberinnen zurückgewiesen. Mit den vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Rechtsbeschwerden begehren die Arbeitgeberinnen weiterhin die Abweisung der Anträge des Konzernbetriebsrats. Der Konzernbetriebsrat, der zu 14) beteiligte Gesamtbetriebsrat und der zu 37) beteiligte Betriebsrat beantragen, die Rechtsbeschwerden zurückzuweisen.*

23 *B. Die Rechtsbeschwerden der Arbeitgeberinnen sind teilweise begründet. Das Landesarbeitsgericht hat dem Hauptantrag des Betriebsrats zu Unrecht stattgegeben. Die Rechtsbeschwerden haben auch hinsichtlich des Hilfsantrags Nr. 3, dem das Arbeitsgericht in vollem Umfang entsprochen hat, teilweise Erfolg; hinsichtlich eines Teils des Hilfsantrags Nr. 3 sowie hinsichtlich der Hilfsanträge Nr. 1 und 4 sind sie unbegründet. Das Arbeitsgericht hat insoweit zu Recht das Bestehen eines Mitbestimmungsrechts des Konzernbetriebsrats an den Regelungen des Verhaltenskodexes festgestellt. Den Hilfsantrag Nr. 2 hat das Arbeitsgericht zu Recht abgewiesen.*

24 I. Die vom Landesarbeitsgericht zugelassenen, form- und fristgerecht ausgeführten Rechtsbeschwerden der Arbeitgeberinnen sind zulässig. Die beschwerdeführenden 12 Arbeitgeberinnen sind sämtlich durch die angefochtene Entscheidung beschwert. Das mit der Entscheidung festgestellte Bestehen eines originären Mitbestimmungsrechts des Konzernbetriebsrats an dem Verhaltenskodex betrifft nicht nur die Beteiligte zu 2), die im Rahmen der originären Zuständigkeit des Konzernbetriebsrats nach § 58 Abs. 1 BetrVG als "Konzernarbeitgeberin" dessen Verhandlungs- und Vertragspartnerin ist (vgl. BAG 12. November 1997 - 7 ABR 78/96 - AP BetrVG 1972 § 58 Nr. 2 = EzA BetrVG 1972 § 58 Nr. 2, zu B 2 b der Gründe; vgl. auch 22. Januar 2002 - 3 AZR 554/00 - AP BetrVG 1972 § 77 Betriebsvereinbarung Nr. 4 = EzA BetrVG 1972 § 77 Ruhestand Nr. 2, zu III der Gründe; Fitting BetrVG 24. Aufl. § 58 Rn. 6 mwN; DKK-Trittin BetrVG 11. Aufl. § 58 Rn. 8; Kreuz GK-BetrVG 8. Aufl. § 58 Rn. 11 ff.; Roloff in Wlotzke/Preis BetrVG 3. Aufl. § 58 Rn. 3) . Durch die Feststellung, der Konzernbetriebsrat habe bei der Einführung und Anwendung des Verhaltenskodexes mitzubestimmen, sind vielmehr auch die beherrschten Konzernunternehmen beschwert. Sie sind, jedenfalls dann, wenn sie - wie hier - am Verfahren beteiligt sind, an eine entsprechende gerichtliche Feststellung gebunden.

25 II. Die Rechtsbeschwerden sind insoweit begründet, als mit ihnen die Abweisung des Hauptantrags des Konzernbetriebsrats begehrt wird. Das Landesarbeitsgericht hat zu Unrecht ein Mitbestimmungsrecht des Konzernbetriebsrats an der Einführung und Anwendung des gesamten Verhaltenskodexes festgestellt.

26 1. An dem Verfahren sind gemäß § 83 Abs. 3 ArbGG sämtliche in den Vorinstanzen gehörten Personen und Stellen beteiligt.

27 a) Beteiligt an einem arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahren ist stets der Antragsteller. Dies ist hier der Konzernbetriebsrat. Keine Antragsteller in diesem Sinne sind der zu 14) beteiligte Gesamtbetriebsrat und der zu 37) beteiligte Betriebsrat. Zwar haben diese im Rechtsbeschwerdeverfahren Anträge gestellt. Dabei handelt es sich jedoch nicht um die das Verfahren einleitenden und dessen prozessualen Gegenstand bestimmenden Anträge.

28 b) Als Arbeitgeber waren nach § 83 Abs. 3 ArbGG sowohl die Beteiligte zu 2) als in Deutschland herrschendes Konzernunternehmen als die von ihm beherrschten Konzernunternehmen, die Beteiligten zu 3) bis 13), zu hören. Wer in einem Konzern "Arbeitgeber" iSv. § 83 Abs. 3 ArbGG ist, regeln weder das Arbeitsgerichtsgesetz noch das Betriebsverfassungsgesetz ausdrücklich. Jedenfalls dann, wenn von dem Gegenstand des Beschlussverfahrens alle Unternehmen des Konzernverbands betroffen sind und die begehrte Entscheidung ihnen gegenüber Wirkung entfalten soll, sind sowohl das herrschende Unternehmen als auch die beherrschten Unternehmen zu hören (vgl. zur Beteiligung auf Arbeitgeberseite im Gemeinschaftsbetrieb mehrerer Unternehmen BAG 29. September 2004 - 1 ABR 39/03 - BAGE 112, 100, zu B I 2 der Gründe; 15. Mai 2007 - 1 ABR 32/06 - Rn. 14 ff., AP BetrVG 1972 § 1 Gemeinsamer Betrieb Nr. 30 = EzA BetrVG 2001 § 1 Nr. 5) .

29 c) Entgegen der Auffassung der Arbeitgeberinnen sind in dem Verfahren auch der zu 14) beteiligte Gesamtbetriebsrat und die zu 15) bis 34) sowie zu 37) bis 40) beteiligten Betriebsräte zu hören.

30 aa) Nach der ständigen Rechtsprechung des Senats richtet sich die Beteiligung in einem arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahren danach, ob eine Person oder Stelle in ihrer betriebsverfassungsrechtlichen oder mitbestimmungsrechtlichen Rechtsstellung unmittelbar betroffen ist. Betroffen ist ein Betriebsverfassungsorgan, wenn es als Inhaber des streitigen Rechts materiellrechtlich ernsthaft in Betracht kommt (28. März 2006 - 1 ABR 59/04 - Rn. 11-14 mwN, BAGE 117, 337) . Reklamiert ein Gesamtbetriebsrat ein Mitbestimmungsrecht, müssen die örtlichen Betriebsräte nur beteiligt werden, wenn Arbeitgeber oder Gesamtbetriebsrat hilfsweise deren Zuständigkeit behaupten oder objektiv zumindest ernsthafte Zweifel bestehen können, ob nicht statt des Gesamtbetriebsrats die örtlichen Betriebsräte Inhaber des streitigen Mitbestimmungsrechts sind (vgl. 28. März 2006 - 1 ABR 59/04 - Rn. 13, aaO) . Gleiches gilt grundsätzlich im Verhältnis des Konzernbetriebsrats zu den Gesamtbetriebs- und den örtlichen Betriebsräten.

31 bb) Hiernach haben die Vorinstanzen den Gesamtbetriebsrat und die Betriebsräte zu Recht gehört. Die originäre Zuständigkeit des Konzernbetriebsrats ist hinsichtlich der Mitbestimmungsrechte bei den streitbefangenen Regelungen des Verhaltenskodexes jedenfalls nicht so offenkundig, dass eine Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrats oder der örtlichen Betriebsräte nicht ernsthaft in Betracht käme. Nach der Rechtsprechung des Senats genügt allein der Wunsch des Arbeitgebers nach einer konzerneinheitlichen Regelung nicht, um die Zuständigkeit des Konzernbetriebsrats zu begründen; vielmehr muss hierfür ein zwingendes Erfordernis bestehen (vgl. etwa 19. Juni 2007 - 1 AZR 454/06 - Rn. 17 ff., AP BetrVG 1972 § 58 Nr. 4 = EzA BetrVG 2001 § 58 Nr. 1) .Dementsprechend hat der Konzernbetriebsrat vorsorglich für den Fall, dass die Gerichte seine originäre Zuständigkeit nach § 58 Abs. 1 BetrVG verneinen sollten, den Antrag gestellt, das Bestehen eines Mitbestimmungsrechts des Gesamtbetriebsrats, hilfsweise der Betriebsräte festzustellen. Die Existenz weiterer Gesamtbetriebsräte oder örtlicher Betriebsräte ist weder festgestellt noch von einem der Beteiligten behauptet.

32 2. Der Hauptantrag ist zulässig.

33 a) Er bedarf in mehrfacher Hinsicht der Auslegung.

34 aa) Mit dem Antrag wird nicht etwa im Wege einer - verdeckten - objektiven Antragshäufung die Feststellung von Mitbestimmungsrechten an einer Vielzahl von Regelungsstatbeständen begehrt. Vielmehr handelt es sich um einen einheitlichen Antrag, mit dem ein Mitbestimmungsrecht an der Einführung und Anwendung des gesamten Verhaltenskodexes festgestellt werden soll. In diesem Sinn haben die Vorinstanzen den Antrag verstanden. Sie haben nicht die einzelnen Regelungen und Passagen des Kodexes auf ihre Mitbestimmungspflichtigkeit hin geprüft, sondern sich damit befasst, ob ein Mitbestimmungsrecht an der Gesamtheit des Verhaltenskodexes besteht. Ein solches Verständnis entspricht erkennbar dem Begehrt des Konzernbetriebsrats. Dieser begründet den Antrag wesentlich mit der Behauptung, der Verhaltenskodex sei ein geschlossenes Gesamtwerk, das sich nicht in einzelne, voneinander unabhängige Regelungen aufspalten lasse. Außerdem hätte der Konzernbetriebsrat, sofern er mit seinem Hauptantrag eine Mehrzahl von Anträgen zur Entscheidung hätte stellen wollen, gemäß § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO die einzelnen Regelungen, hinsichtlich derer sein Mitbestimmungsrecht festgestellt werden soll, konkret bezeichnen und eine darauf bezogene Begründung geben müssen. Für ein einheitliches Antragsverständnis sprechen schließlich auch die Hilfsanträge. Sie wären überflüssig, wenn die mit ihnen beehrte und auf konkrete einzelne Regelungen

bezogene Feststellung eines Mitbestimmungsrechts bereits als selbständiger Teil in dem Hauptantrag enthalten wäre.

35 bb) Die Auslegung des Antrags ergibt ferner, dass er nicht auf zwei gesonderte Feststellungen, einmal die "Einführung" des Verhaltenskodexes, das andere Mal dessen "Anwendung" betreffend gerichtet ist. Der Konzernbetriebsrat reklamiert kein zweifaches Mitbestimmungsrecht. Er will vielmehr festgestellt wissen, dass ihm bei der weiteren Anwendung des Verhaltenskodexes ein Mitbestimmungsrecht zustehe. Ein solches Verständnis ist vor allem auch angesichts des gemeinsamen Schreibens der Beteiligten zu 2) und des Konzernbetriebsrats vom 19. Juli 2004 geboten. Nach diesem "toleriert" der Konzernbetriebsrat "ohne Aufgabe seiner Rechtsposition die Einführung des Kodex" und wird, "um die Rechtslage im Hinblick auf Mitbestimmungsrechte endgültig zu klären, ... ein arbeitsgerichtliches Beschlussverfahren einleiten". Um eben diese Klärung seines Mitbestimmungsrechts bei der weiteren Anwendung des vorläufig tolerierten Verhaltenskodexes geht es dem Konzernbetriebsrat.

36 cc) Außerdem ergibt die Auslegung des Antrags, dass der Konzernbetriebsrat hilfsweise für den Fall, dass das Gericht den Antrag mit der Begründung abweisen sollte, ein mögliches Mitbestimmungsrecht stehe jedenfalls nicht ihm zu, hilfsweise das Bestehen entsprechender Mitbestimmungsrechte der bei den Beteiligten zu 4) bis 13) gebildeten örtlichen Betriebsräte und des bei der Beteiligten zu 3) errichteten Gesamtbetriebsrats, sowie für den Fall von dessen Unzuständigkeit weiter hilfsweise der bei der Beteiligten zu 3) bestehenden örtlichen Betriebsräte festgestellt wissen will. Dies hat der Konzernbetriebsrat in der mündlichen Anhörung vor dem Senat bestätigt.

37 b) Der Antrag ist mit diesem Inhalt hinreichend bestimmt iSv. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. Bei einem einheitlichen, auf die Feststellung eines Mitbestimmungsrechts an dem Gesamtwerk des Verhaltenskodexes gerichteten Antrag ist es unschädlich, dass nicht im Einzelnen näher beschrieben ist, an welchen der vielen Regelungen und Passagen des Gesamtwerks der Konzernbetriebsrat aus welchen Gründen ein Mitbestimmungsrecht reklamiert. Dementsprechend kann dem Antrag nur entweder insgesamt entsprochen oder er muss insgesamt abgewiesen werden. Eine teilweise Stattgabe ist danach nicht möglich.

38 c) Die Voraussetzungen des im arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahren anwendbaren § 256 Abs. 1 ZPO sind erfüllt. Das Bestehen eines betriebsverfassungsrechtlichen Mitbestimmungsrechts eines Betriebsverfassungsorgans bei einem bestimmten Regelungstatbestand ist ein Rechtsverhältnis, das einer gerichtlichen Feststellung zugänglich ist. Nachdem die Arbeitgeberin das vom Konzernbetriebsrat behauptete Mitbestimmungsrecht bestreitet, den Verhaltenskodex aber weiterhin anwenden will, hat der Konzernbetriebsrat ein berechtigtes Interesse an einer alsbaldigen gerichtlichen Feststellung. Dem Feststellungsinteresse steht die Bereitschaft des Konzernbetriebsrats zur vorläufigen Tolerierung des von den Arbeitgeberinnen einseitig aufgestellten Verhaltenskodexes nicht entgegen.

39 d) An der rechtlichen Existenz und der Beteiligtenfähigkeit des antragstellenden Konzernbetriebsrats bestehen keine durchgreifenden Bedenken. Allerdings kann ein Konzernbetriebsrat nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts grundsätzlich nicht errichtet werden, wenn die Konzernobergesellschaft ihren Sitz im Ausland hat (14. Februar 2007 - 7 ABR 26/06 - Rn. 52 bis 64, AP BetrVG 1972 § 54 Nr. 13 = EzA BetrVG 2001 § 54 Nr. 3; 16. Mai 2007 - 7 ABR 63/06 - Rn. 33, AP ArbGG 1979 § 96a Nr. 3) .

Das gilt aber nicht in Fällen des "Konzerns im Konzern", wenn einem im Inland ansässigen abhängigen Unternehmen als inländischer Teilkonzernspitze wesentliche Leitungsaufgaben in personellen, sozialen und wirtschaftlichen Angelegenheiten zur eigenständigen Ausübung gegenüber nachgeordneten Unternehmen verbleiben (vgl. 14. Februar 2007- 7 ABR 26/06 - Rn. 49 aaO; 16. Mai 2007 - 7 ABR 63/06 - Rn. 31, aaO) . Hier hat die Konzernspitze ihren Sitz zwar im Ausland. Bei der Beteiligten zu 2) handelt es sich aber ersichtlich um eine inländische Teilkonzernspitze mit eigenständigen Leitungsbefugnissen gegenüber den ihr nachgeordneten Unternehmen der Beteiligten zu 3) bis 13). Gegen die rechtliche Existenz des Konzernbetriebsrats hat im Übrigen keiner der Beteiligten Einwendungen erhoben.

40 e) Der Konzernbetriebsrat ist antragsbefugt. Soweit er - gestützt auf § 58 Abs. 1 BetrVG - die Feststellung seines Mitbestimmungsrechts begehrt, macht er eigene betriebsverfassungsrechtliche Rechte geltend. Soweit er - gestützt auf ein entsprechendes Mandat - hilfsweise Mitbestimmungsrechte des Gesamtbetriebsrats und/oder der örtlichen Betriebsräte festgestellt wissen will, folgt seine Antragsbefugnis aus § 58 Abs. 2 BetrVG.

41 3. Der Hauptantrag ist entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts insgesamt unbegründet. Der Verhaltenskodex enthält - zahlreiche - Passagen, die nicht der Mitbestimmung unterfallen. Ein Mitbestimmungsrecht an einzelnen Regelungen des Verhaltenskodexes führt nicht zu einem Mitbestimmungsrecht an deren Gesamtheit. Der Kodex stellt kein unauflösbares Gesamtwerk dar. Zu Unrecht hat das Landesarbeitsgericht angenommen, auf Grund einer darin geregelten umfassenden Meldepflicht bei mutmaßlichen Verstößen gegen seine Vorgaben unterliege der gesamte Kodex dem Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG.

42 a) Ein vom Arbeitgeber aufgestellter Verhaltenskodex, der unterschiedliche Regelungen, Verlautbarungen und Vorgaben zum Inhalt hat, unterliegt nicht nur entweder insgesamt oder überhaupt nicht der Mitbestimmung. Der Umstand, dass ein Arbeitgeber Verlautbarungen unterschiedlicher Inhalte in einem Gesamtwerk, wie etwa einem Handbuch oder Katalog zusammenfasst, hat nicht zur Folge, dass das Gesamtwerk mitbestimmungsrechtlich nur einheitlich behandelt werden könnte. Ein solches Gesamtwerk kann sowohl Teile enthalten, die mitbestimmungspflichtig sind, als auch solche, die nicht der Mitbestimmung unterliegen. Entscheidend ist nicht die mehr oder weniger zufällige Zusammenfassung arbeitgeberseitiger Verlautbarungen in einem Werk, sondern der Inhalt der einzelnen Bestimmungen. Das gilt auch für konzernweite Ethik-Richtlinien. Diese sind weder pauschal mitbestimmungspflichtig noch pauschal mitbestimmungsfrei. Vielmehr ist nach dem Inhalt der einzelnen Regelungen zu differenzieren (allgemeine Meinung im Schrifttum, vgl. etwa DKK/Klebe § 87 Rn. 50; Richardi BetrVG 11. Aufl. § 87 Rn. 195; Fitting § 87 Rn. 71; Mengel/Hagemeyer BB 2007, 1386, 1392; Junker BB 2005, 602, 604; Schuster/Darsow NZA 2005, 273, 274; Eisenbeis/Nießen FS Leinemann S. 697, 713; Kolle/Deinert AuR 2006, 177, 182; im Ergebnis ebenso LAG Düsseldorf 14. November 2005 - 10 TaBV 46/05 - DB 2006, 162) . Ebenso wie Arbeitsordnungen können derartige Ethik-Richtlinien mitbestimmungspflichtige und mitbestimmungsfreie Sachverhalte betreffen. Die Darstellung der "Unternehmensphilosophie", allgemeine ethisch-moralische Programmsätze oder Zielvorgaben, Selbstverpflichtungen des Unternehmens oder auch konkrete Regeln, die ausschließlich das Arbeitsverhalten betreffen, sowie Bestimmungen, die lediglich gesetzliche Vorschriften wiederholen, sind mitbestimmungsfrei, während

Regelungen über das sog. Ordnungsverhalten der Mitbestimmung des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG unterfallen. Im Regelfall wird auch nicht angenommen werden können, die einzelnen Verlautbarungen und Vorgaben seien unauflösbar in einer Weise verknüpft, die dazu führe, dass die Mitbestimmungspflicht hinsichtlich einzelner Teile zwangsläufig die Mitbestimmungspflicht hinsichtlich des Gesamtwerks zur Folge habe.

43 b) Der hier streitbefangene Verhaltenskodex unterliegt nicht insgesamt der Mitbestimmung. In ihm finden sich weite Passagen, an denen kein Mitbestimmungsrecht besteht. Er enthält zwar auch Regelungen, die nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG mitbestimmungspflichtig sind. Das führt jedoch nicht zu einem Mitbestimmungsrecht am Gesamtwerk. Dies gilt entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts auch angesichts der im Verhaltenskodex normierten Meldepflicht.

44 aa) Der Verhaltenskodex enthält weite Passagen, die mitbestimmungsfrei sind. Hierzu gehören etwa die unter A der Gründe dargestellten Verlautbarungen im Abschnitt "Unsere Beziehungen zum Unternehmen und untereinander" unter den Überschriften "Wir nehmen weder Kinder-, noch Zwangsarbeit in Anspruch" und "Wir achten auf hohe Integrität in unseren Geschäftsbüchern, Unterlagen, Berichten und Abschlüssen" sowie im Abschnitt "Unsere Beziehungen zu unseren Kunden" unter den Überschriften "Wir befolgen alle Gesetze und Vorschriften", "Wir bieten hochwertige Produkte und Dienstleistungen", "Wir verwenden akkurate Abrechnungsverfahren" und "Wir befolgen die Ausfuhrkontroll- und Einfuhrgesetze". Es handelt sich bei diesen Passagen teils um Zielvorgaben, die sich das Unternehmen setzt, teils um Selbstverpflichtungen, die es sich auferlegt, teils um Bestimmungen, die das Arbeitsverhalten - etwa im Verhältnis zu Kunden - betreffen, teils um den schon wegen des Eingangshalbsatzes des § 87 BetrVG mitbestimmungsfreien Hinweis, dass einschlägige Gesetze zu befolgen sind.

45 bb) Die Mitbestimmungspflichtigkeit einzelner Regelungen des Verhaltenskodexes nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 und 6 BetrVG (vgl. dazu unter B IV 2 der Gründe), führt nicht zu einem Mitbestimmungsrecht an dem Gesamtwerk. Entgegen der Auffassung des Konzernbetriebsrats stehen die einzelnen Teile und Passagen des Kodexes nicht in einem unauflösbaren Gesamtzusammenhang. Sie sind vielmehr auch hinsichtlich eines jeweils bestehenden Mitbestimmungsrechts einer differenzierenden, gesonderten Betrachtung zugänglich.

46 cc) Die Begründung des Landesarbeitsgerichts, "durch die gleichsam ‚vor die Klammer gezogene‘ Meldepflicht" unterliege der gesamte Kodex der Mitbestimmung des Konzernbetriebsrats, ist rechtsfehlerhaft.

47 (1) Zwar stellt die im Abschnitt "Unser Programm zur Einhaltung der Verhaltensregeln und zur Wahrung der Integrität (I&C-Programm)" unter der Überschrift "Alle Mitarbeiter" vorgesehene Meldepflicht - "Alle Honeywell-Mitarbeiter müssen den Verhaltenskodex sowie die Grundsätze und Verfahren des Unternehmens genau befolgen und mutmaßliche Verstöße umgehend melden" - jedenfalls in Verbindung mit der Einrichtung hierfür vorgesehener "Telefon-Helplines" eine Regelung dar, die das Ordnungsverhalten der Arbeitnehmer betrifft und daher gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG mitbestimmungspflichtig ist (vgl. zu einem standardisierten Meldeverfahren beim zivilen Gefolge der US-Stationierungstreitkräfte BAG 27. September 2005 - 1 ABR 32/04 - BAGE 116, 36; vgl. ferner LAG Düsseldorf 14. November 2005 - 10 TaBV 46/05 - DB 2006, 162; Mengel/Hagemeister BB 2007, 1386, 1392; Schuster/Darsow NZA 2005, 273,

276; Kock MDR 2006, 673, 675; DKK-Klebe § 87 Rn. 50; Fitting § 87 Rn. 71; Hako-BetrVG/Kothe § 87 Rn. 35; Eisenbeis/Nießen FS Leinemann S. 697, 715) .

48 (2) Gleichwohl ist deshalb nicht der gesamte Verhaltenskodex mitbestimmungspflichtig. Die Meldepflicht ist entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts keine "Klammer", die ein Mitbestimmungsrecht bei sämtlichen Regelungen des Verhaltenskodexes begründet. Das Mitbestimmungsrecht bei einem Meldeverfahren bezüglich bestimmter Tatbestände begründet kein Mitbestimmungsrecht bei den zu meldenden Tatbeständen selbst. Erhebliche Teile des Verhaltenskodexes regeln keine Verhaltenspflichten der Arbeitnehmer, sondern beschreiben Ziele, Wertvorstellungen und Selbstverpflichtungen des Unternehmens. Insoweit gibt es nichts zu melden. Aber auch soweit die Meldepflicht sich auf Pflichtenverstöße von Arbeitnehmern in ihrem Arbeitsverhalten bezieht, begründet ein Mitbestimmungsrecht bei der Einführung und Ausgestaltung einer Meldepflicht kein Mitbestimmungsrecht beim Arbeitsverhalten.

49 III. Das Hilfsbegehren festzustellen, das Mitbestimmungsrecht stehe dem Gesamtbetriebsrat bzw. den örtlichen Betriebsräten zu, fällt nicht zur Entscheidung an. Es ist nur für den Fall angebracht worden, dass der Senat den Hauptantrag wegen fehlender Zuständigkeit des Konzernbetriebsrats abweisen sollte.

50 IV. Teils begründet, teils unbegründet sind die Rechtsbeschwerden der Arbeitgeberinnen, soweit mit ihnen die Anschlussbeschwerden gegen den Beschluss des Arbeitsgerichts weiterverfolgt werden. Das Arbeitsgericht hat den Hilfsanträgen Nr. 1 und 4 zu Recht, dem Hilfsantrag Nr. 3 teilweise zu Recht, teilweise aber auch zu Unrecht entsprochen.

51 1. Das Landesarbeitsgericht hat die Anschlussbeschwerden der Arbeitgeberinnen mit der Begründung zurückgewiesen, es habe dem weitergehenden Hauptantrag des Konzernbetriebsrats entsprochen. Dies war prozessual nicht korrekt. Das Landesarbeitsgericht hätte vielmehr die den Hilfsanträgen teilweise stattgebende Entscheidung des Arbeitsgerichts von Amts wegen aufheben müssen . Der Beschluss des Arbeitsgerichts stand hinsichtlich der Hilfsanträge unter der auflösenden Bedingung, dass dem Hauptantrag nicht stattgegeben wird (vgl. BGH 19. Januar 2001 - V ZR 437/99 - BGHZ 146, 298, zu III 4 der Gründe) . Dementsprechend bedurfte es auch keiner Entscheidung über die Anschlussbeschwerden. Diese waren nur für den Fall eingelegt, dass die Beschwerde des Konzernbetriebsrats hinsichtlich des Hauptantrags erfolglos bliebe (vgl. BGH 19. Januar 2001 - V ZR 437/99 - aaO) . Gegenstand der Anschlussbeschwerden waren die Hilfsanträge des Konzernbetriebsrats, denen das Arbeitsgericht entsprochen hatte. Diese Hilfsanträge waren auflösend bedingt durch den Erfolg des Hauptantrags. Nachdem das Landesarbeitsgericht dem Hauptantrag entsprochen hat, waren Hilfsanträge und Anschlussbeschwerden gegenstandslos.

52 2. Dagegen musste der Senat über die Anschlussbeschwerden der Arbeitgeberinnen gegen den Beschluss des Arbeitsgerichts befinden und sich demgemäß mit den vom Konzernbetriebsrat gestellten Hilfsanträgen befassen. Da er auf die Rechtsbeschwerden der Arbeitgeberinnen den Beschluss des Landesarbeitsgerichts aufgehoben und die Beschwerde des Konzernbetriebsrats gegen den Beschluss des Arbeitsgerichts zurückgewiesen hat, leben die mit den Rechtsbeschwerden mitgewanderten Hilfsanträge Nr. 1, 3 und 4 wieder auf und fallen zur Entscheidung an. Die Hilfsanträge Nr. 1 und 4 sind begründet; der Hilfsantrag Nr. 3 ist teils begründet, teils unbegründet.

53 a) Der Hilfsantrag Nr. 1 ist in vollem Umfang begründet. Mit ihm werden, wie die Auslegung ergibt, im Wege der objektiven Antragshäufung zwei Feststellungen begehrt. Der Konzernbetriebsrat will sein Mitbestimmungsrecht bei zwei Tatbeständen feststellen lassen. Zum einen geht es um die Pflicht der Arbeitnehmer, "alle notwendigen Maßnahmen (zu) ergreifen, um ungebührliche Vorgesetztenverhältnisse zu vermeiden und Personen, mit denen wir familiäre oder eng persönliche Verbindungen haben, nicht direkt oder indirekt über- oder untergeordnet zu sein". Zum anderen geht es um die näher beschriebene schriftliche Meldepflicht.

54 aa) Der Antrag ist in seinem ersten Teil zulässig und begründet.

55 (1) Der Antrag ist zulässig. Er ist hinreichend bestimmt iSv. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. Es ist klar, an welchem Regelungstatbestand der Konzernbetriebsrat ein Mitbestimmungsrecht beansprucht. Die Voraussetzungen des § 256 Abs. 1 ZPO sind erfüllt. Das Bestehen eines entsprechenden Mitbestimmungsrechts ist ein gegenwärtiges Rechtsverhältnis, an dessen Feststellung der Konzernbetriebsrat angesichts des Bestreitens der Arbeitgeberinnen ein rechtliches Interesse hat. Der Konzernbetriebsrat ist antragsbefugt.

56 (2) Der Antrag ist begründet. Das Mitbestimmungsrecht an der streitbefangenen Bestimmung folgt aus § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG.

57 (a) Gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG hat der Betriebsrat mitzubestimmen in Fragen der Ordnung des Betriebs und des Verhaltens der Arbeitnehmer im Betrieb. Gegenstand des Mitbestimmungsrechts ist das betriebliche Zusammenleben und Zusammenwirken der Arbeitnehmer. Dieses kann der Arbeitgeber kraft seiner Leitungsmacht durch Verhaltensregeln oder sonstige Maßnahmen beeinflussen und koordinieren. Zweck des Mitbestimmungsrechts ist es, die Arbeitnehmer hieran zu beteiligen. Sie sollen an der Gestaltung des betrieblichen Zusammenlebens gleichberechtigt teilnehmen.

58 (aa) Der Betriebsrat hat nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG nur mitzubestimmen bei Maßnahmen, die das sog. Ordnungsverhalten der Arbeitnehmer im Betrieb betreffen. Dagegen sind Maßnahmen, die das sog. Arbeitsverhalten regeln sollen, nicht mitbestimmungspflichtig. Dies sind solche Maßnahmen, mit denen die Arbeitspflicht unmittelbar konkretisiert und abgefordert wird (BAG 27. Januar 2004 - 1 ABR 7/03 - BAGE 109, 235, zu B II 1 a aa der Gründe mwN) . Der außerbetriebliche private Lebensbereich der Arbeitnehmer ist der Regelungsbefugnis der Betriebsparteien entzogen. § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG berechtigt die Betriebsparteien nicht, in die private Lebensführung einzugreifen (BAG 28. Mai 2002 - 1 ABR 32/01 - BAGE 101, 216, zu B I 2 c der Gründe; 12. Dezember 2006 - 1 AZR 96/06 - Rn. 21, BAGE 120, 308) .Die Vorschrift begründet dementsprechend auch kein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats. Der Begriff des Betriebs ist allerdings nicht räumlich, sondern funktional zu verstehen. Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats soll immer dann ausgeübt werden können, wenn der Arbeitgeber das mit ihrer Tätigkeit verbundene Verhalten der Arbeitnehmer regelt. Daher kann es auch dann bestehen, wenn es um das Verhalten der Arbeitnehmer außerhalb der Betriebsstätte, etwa gegenüber Kunden und Lieferanten, geht (BAG 27. Januar 2004 - 1 ABR 7/03 - aaO, zu B II 1 a bb der Gründe) . Dementsprechend hat der Senat die Einführung von Regelungen über den Privatbesitz von Wertpapieren und die Ausübung von Nebentätigkeiten bei Redakteuren einer Wirtschaftszeitung dem betrieblichen und damit grundsätzlich nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG

mitbestimmungspflichtigen Geschehen zugeordnet (28. Mai 2002 - 1 ABR 32/01 - aaO, zu B I 2 c der Gründe) .

59 (bb) Entgegen der Auffassung der Arbeitgeberinnen setzt das Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG nicht notwendig voraus, dass es sich um verbindliche Verhaltensregeln handelt. § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG greift auch dann ein, wenn es sich um Maßnahmen handelt, die das Verhalten der Arbeitnehmer in Bezug auf die betriebliche Ordnung betreffen, ohne dass sie verbindliche Vorgaben zum Inhalt haben. Ausreichend ist es, wenn die Maßnahme darauf gerichtet ist, das Verhalten der Arbeitnehmer zu steuern oder die Ordnung des Betriebs zu gewährleisten (vgl. BAG 18. April 2000 - 1 ABR 22/99 - AP BetrVG 1972 § 87 Überwachung Nr. 33 = EzA BetrVG 1972 § 87 Betriebliche Ordnung Nr. 27, zu B II 1 a der Gründe mwN) .

60 (cc) Die Mitbestimmungsrechte nach dem Betriebsverfassungsgesetz werden nicht dadurch ausgeschlossen oder eingeschränkt, dass ausländische Bestimmungen in Deutschland tätigen Unternehmen bestimmte Pflichten auferlegen. Ausländische Vorschriften sind jedenfalls dann keine die Mitbestimmungsrechte nach § 87 Abs. 1 Eingangshalbs. BetrVG ausschließende gesetzliche Regelungen, wenn es an einer wirksamen völkerrechtlichen Transformation in das deutsche Arbeitsrecht fehlt. Die Mitwirkungsrechte der Arbeitnehmervertretungen in Betrieben, die in Deutschland liegen, richten sich auch dann nach deutschem Recht, wenn der Arbeitgeber seinen Sitz im Ausland hat. Dies entspricht dem im internationalen Arbeitsrecht geltenden Territorialitätsprinzip, nach dem auch für die Arbeitgeber grundsätzlich die nationale Rechtsordnung des Aufnahmestaats gilt (BVerfG 8. Oktober 1996 - 1 BvL 15/91 - BVerfGE 95, 39 = AP ZA-NATO-Truppenstatut Art. 56 Nr. 21 = EzA GG Art. 3 Nr. 60, zu B II 1 b der Gründe; BAG 11. Dezember 2007 - 1 ABR 67/06 - Rn. 41, AP BPersVG § 75 Nr. 86 = EzA BPersVG § 75 Nr. 4) . Hiervon unabhängig ist die Frage, in welcher Weise die Betriebsparteien oder eine Einigungsstelle bei ihren Regelungen Vorgaben in Form des Unternehmens betreffender ausländischer Bestimmungen als betriebliche Belange zu berücksichtigen haben.

61 (b) Hiernach besteht gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG ein Mitbestimmungsrecht an der im Verhaltenskodex vorgesehenen Regelung, wonach - auch - die Arbeitnehmer, "alle notwendigen Maßnahmen (zu) ergreifen (haben), um ungebührliche Vorgesetztenverhältnisse zu vermeiden und Personen, mit denen wir familiäre oder eng persönliche Verbindungen haben, nicht direkt oder indirekt über- oder untergeordnet zu sein".

62 (aa) Die Regelung betrifft das betriebliche Ordnungsverhalten der Arbeitnehmer. Sie sollen sich so verhalten, dass "ungehörliche Vorgesetztenverhältnisse" - gemeint sind ersichtlich insbesondere intime Beziehungen zwischen Vorgesetzten und Untergebenen - vermieden und Verwandte oder Personen mit engen persönlichen Verbindungen nicht Vorgesetzte und Untergebene werden. Damit ist das Verhalten der Arbeitnehmer untereinander betroffen. Dem steht nicht entgegen, dass die Arbeitnehmer häufig nur beschränkten Einfluss darauf haben werden, wem sie vorgesetzt und wem sie untergeben sind. Jedenfalls ist eine entsprechende Einflussnahme - etwa durch Bewerbungen auf bestimmte Arbeitsplätze - nicht ausgeschlossen. Die Regelung betrifft nicht allein das private außerdienstliche Verhalten der Arbeitnehmer. Vielmehr geht es auch um ihr Verhalten im Betrieb.

63 (bb) Die Regelung ist nicht deshalb mitbestimmungsfrei, weil der mit ihr verbundene Eingriff in das Persönlichkeitsrecht der Arbeitnehmer ohnehin unzulässig und daher kein Raum für eine Mitbestimmung wäre (vgl. Fitting § 87 Rn. 71; Bender in Wlotzke/Preis § 87 Rn. 42; aA jedenfalls für "Flirtverbote" LAG Düsseldorf 14. November 2005 - 10 TaBV 46/05 - DB 2006, 162; Schlachter FS Richardi S. 1067, 1071; Kolle/Deinert AuR 2006, 177, 183; Eisenbeis/Nießen FS Leinemann S. 697, 715). Zwar wäre ein generelles Verbot von Liebesbeziehungen im Betrieb wegen des darin liegenden schwerwiegenden Eingriffs in das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Arbeitnehmer regelmäßig unzulässig. Dies bedeutet aber nicht, dass Regelungen über private Beziehungen im Betrieb von vorneherein der Mitbestimmung entzogen wären. Insbesondere schließt die Unzulässigkeit einer konkret vom Arbeitgeber geplanten Regelung nicht die Mitbestimmung des Betriebsrats an dem Regelungsgegenstand aus. Der Betriebsrat soll vielmehr im Rahmen der Mitbestimmung gerade darauf achten, dass durch die Regelung Persönlichkeitsrechte der Arbeitnehmer nicht verletzt werden. Auch sind Regelungen über im Betrieb stattfindende private Verhaltensweisen der Arbeitnehmer, insbesondere wenn es um das Verhältnis von Vorgesetzten und Untergebenen geht, nicht generell unzulässig.

64 (c) Entgegen der Auffassung der Arbeitgeberinnen ist das Mitbestimmungsrecht nicht "verbraucht". Der Umstand, dass der Konzernbetriebsrat sich mit den Arbeitgeberinnen darauf verständigt hat, die vorläufige Einführung des Verhaltenskodexes unter Aufrechterhaltung seines Rechtsstandpunkts zu tolerieren und zur Klärung der streitigen Mitbestimmungsrechte ein Beschlussverfahren einzuleiten, rechtfertigt nicht den Schluss, der Konzernbetriebsrat habe sein Mitbestimmungsrecht hierdurch abschließend ausgeübt.

65 (d) Das Mitbestimmungsrecht steht dem Konzernbetriebsrat zu. Seine Zuständigkeit folgt aus § 58 Abs. 1 BetrVG.

66 (aa) Nach der Kompetenzzuweisung des Betriebsverfassungsgesetzes ist für die Wahrnehmung von Mitbestimmungsrechten in erster Linie der von den Arbeitnehmern unmittelbar durch Wahl legitimierte Betriebsrat zuständig. Er hat die Interessen der Belegschaften der einzelnen Betriebe gegenüber dem Unternehmer wahrzunehmen. Diese Aufgabe weisen § 50 Abs. 1 Satz 1 BetrVG dem Gesamtbetriebsrat und § 58 Abs. 1 Satz 1 BetrVG dem Konzernbetriebsrat nur für den Fall zu, dass die zu regelnde Angelegenheit nicht auf den einzelnen Betrieb oder zumindest das Unternehmen beschränkt ist und deshalb die Interessen der Arbeitnehmer nicht mehr auf der betrieblichen Ebene bzw. der Ebene des Unternehmens gewahrt werden können (BAG 19. Juni 2007 - 1 AZR 454/06 - Rn. 17 mwN, AP BetrVG 1972 § 58 Nr. 4 = EzA BetrVG 2001 § 58 Nr. 1) . Nach § 58 Abs. 1 Satz 1 1. Halbs. BetrVG ist der Konzernbetriebsrat für die Behandlung von Angelegenheiten zuständig, die den Konzern oder mehrere Konzernunternehmen betreffen und nicht durch die einzelnen Gesamtbetriebsräte innerhalb ihrer Unternehmen geregelt werden können. Diese originäre Zuständigkeit des Konzernbetriebsrats ist nach denselben Kriterien zu bestimmen wie die Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrats. Sie kann sich danach aus objektiv zwingenden Gründen oder aus der "subjektiven Unmöglichkeit" einer Regelung auf Betriebs- oder Unternehmensebene ergeben (BAG 19. Juni 2007 - 1 AZR 454/06 - Rn. 18, aaO) . Ein objektiv zwingendes Erfordernis für eine konzerneinheitliche oder eine unternehmensübergreifende Regelung können technische oder rechtliche Umstände begründen. Allein der Wunsch des Konzernarbeitgebers nach einer konzerneinheitlichen oder unternehmensübergreifenden

Regelung, sein Kosten- oder Koordinierungsinteresse sowie reine Zweckmäßigkeit Gesichtspunkte genügen nicht, um die Zuständigkeit des Konzernbetriebsrats zu begründen. Maßgeblich sind stets die konkreten Umstände des Konzerns, seiner Unternehmen und Betriebe (BAG 19. Juni 2007 - 1 AZR 454/06 - Rn. 20, aaO) .

67 (bb) Hier betrifft die von den Arbeitgeberinnen beabsichtigte Einführung des Verhaltenskodexes den gesamten Konzern und nicht lediglich einzelne Konzernunternehmen oder Betriebe. Durch den Verhaltenskodex soll eine konzerneinheitliche "Unternehmensphilosophie" umgesetzt und für ein "ethisch-moralisch einheitliches Erscheinungsbild" und eine konzernweite Identität gesorgt werden. Dies ist im Wege unterschiedlicher Regelungen auf Unternehmens- oder gar auf Betriebsebene nicht möglich. Ein konzernbezogenes identitätsstiftendes "ethisch-moralisches Erscheinungsbild" ist nur einheitlich umsetzbar (vgl. Eisenbeis/Nießen FS Leinemann S. 697, 713) .

68 cc) Der Hilfsantrag Nr. 1 ist auch in seinem zweiten Teil zulässig und begründet. Auch insoweit folgt das Mitbestimmungsrecht des Konzernbetriebsrats aus § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG. Die Regelung betrifft ebenfalls das sog. Ordnungsverhalten der Arbeitnehmer. Sie statuiert eine Meldepflicht der Arbeitnehmer und regelt, wem gegenüber und wie die Meldung zu erfolgen hat. Die Einführung und Ausgestaltung eines solchen - jedenfalls in gewissem Umfang standardisierten - Meldeverfahrens unterliegt der Mitbestimmung (vgl. BAG 27. September 2005 - 1 ABR 32/04 - BAGE 116, 36; vgl. auch BAG 28. Mai 2002 - 1 ABR 32/01 - BAGE 101, 216, zu B I 2 a der Gründe; ferner LAG Düsseldorf 14. November 2005 - 10 TaBV 46/05 - DB 2006, 162; Mengel/Hagemeister BB 2007, 1386, 1392; Kock MDR 2006, 673, 675; DKK-Klebe § 87 Rn. 50; Fitting § 87 Rn. 71; Hako-BetrVG/Kothe 2. Aufl. § 87 Rn. 35; Eisenbeis/Nießen FS Leinemann S. 697, 715) . Die Meldepflicht geht auch über eine lediglich das Arbeitsverhalten betreffende und deshalb mitbestimmungsfreie Schadensmeldepflicht hinaus. Sie betrifft das Verhalten der Arbeitnehmer untereinander. Das Mitbestimmungsrecht ist nicht verbraucht. Es steht nach § 58 Abs. 1 BetrVG dem Konzernbetriebsrat zu.

69 b) Der Hilfsantrag Nr. 3 besteht, wie die gebotene Auslegung ergibt, aus vier Teilen. Der Konzernbetriebsrat begehrt insoweit die Feststellung seines Mitbestimmungsrechts an vier Regelungsgegenständen. Es geht

- um das Verbot "unwillkommener sexueller Zudringlichkeiten oder Körperkontakte, Gesten und Aussagen sexuellen Inhalts",

- um das Verbot des "Zeigens oder Verbreitens von Bildern, Karikaturen oder Witzen sexueller Natur",

- um das Verbot von "Repressalien gegen Mitarbeiter, die sich gewehrt und über sexuelle Belästigungen beschwert haben", sowie

- darum, "zur Meldung von sexuellen Belästigungen ... den Mitarbeitern ein einschlägiges Beschwerdeverfahren zur Verfügung" zu stellen.

70 Damit handelt es sich um die objektive Häufung von vier Anträgen. Diese sind zulässig, aber nur teilweise begründet.

71 aa) Der Hilfsantrag Nr. 3 ist in seinem ersten Teil unbegründet. Der Konzernbetriebsrat hat bei dieser Passage des Verhaltenskodexes nicht mitzubestimmen. Ein Mitbestimmungsrecht folgt insoweit insbesondere nicht aus § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG. Zwar betrifft die Regelung das Ordnungsverhalten der Arbeitnehmer. Eine Mitbestimmung ist aber nach § 87 Abs. 1 Eingangshalbs. BetrVG ausgeschlossen. Die Bestimmungen des AGG enthalten insoweit eine abschließende gesetzliche Regelung.

72 (1) Nach § 87 Abs. 1 Eingangshalbs. BetrVG bestehen Mitbestimmungsrechte nach dieser Bestimmung nur, soweit keine gesetzliche oder tarifliche Regelung besteht. Wenn eine solche Regelung den Mitbestimmungsgegenstand inhaltlich und abschließend regelt, sind die Interessen der Arbeitnehmer hinreichend geschützt und bedürfen keines weiteren Schutzes durch Mitbestimmungsrechte. Auch fehlt es dann, wenn der Arbeitgeber auf Grund einer zwingenden gesetzlichen oder tariflichen Regelung selbst keine Gestaltungsmöglichkeit mehr besitzt, an einem Ansatz für eine eigenständige Regelung durch die Betriebsparteien (BAG 25. Januar 2000 - 1 ABR 3/99 - BAGE 93, 276, zu B I 2 b cc (1) der Gründe) . Verbleibt dagegen trotz der gesetzlichen oder tariflichen Regelung ein Gestaltungsspielraum, so ist insoweit Raum für die Mitbestimmung des Betriebsrats.

73 (2) Hier gibt es eine gesetzliche Regelung über den durch die vorliegende Passage des Verhaltenskodexes betroffenen Gegenstand. Die Bestimmungen der §§ 1, 3, 7 und 12 AGG regeln das Verbot "unwillkommener sexueller Zudringlichkeiten oder Körperkontakte, Gesten und Aussagen sexuellen Inhalts" inhaltlich. Nach § 12 Abs. 1 Satz 1 AGG ist der Arbeitgeber verpflichtet, die erforderlichen Maßnahmen zum Schutz vor Benachteiligungen wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes zu treffen. Nach § 12 Abs. 3 AGG hat er, sofern Beschäftigte gegen das Benachteiligungsverbot des § 7 Abs. 1 AGG verstoßen, Maßnahmen zur Unterbindung der Benachteiligung zu ergreifen. Nach § 7 Abs. 1 AGG dürfen Beschäftigte nicht wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes benachteiligt werden. Nach § 7 Abs. 2 AGG sind Bestimmungen in Vereinbarungen, die gegen das Benachteiligungsverbot des Absatzes 1 verstoßen, unwirksam. Zu den in § 1 AGG genannten Gründen zählt ua. die Benachteiligung wegen des Geschlechts. Nach § 3 Abs. 4 AGG ist eine "sexuelle Belästigung" dann eine - unzulässige - Benachteiligung, wenn "ein unerwünschtes, sexuell bestimmtes Verhalten ... bezweckt oder bewirkt, dass die Würde der betreffenden Person verletzt wird". Hiernach sind die im Verhaltenskodex bezeichneten "unwillkommenen sexuellen Zudringlichkeiten oder Körperkontakte, Gesten und Aussagen sexuellen Inhalts" bereits gesetzlich verboten. Das Verbot hat der Arbeitgeber durchzusetzen. Diese Pflicht können die Betriebsparteien weder abmildern noch relativieren (im Ergebnis ebenso Schlachter FS Richardi S. 1067, 1071; Kollé/Deinert AuR 2006, 177, 183; Eisenbeis/Nießen FS Leinemann S. 697, 716) .

74 bb) Der Hilfsantrag Nr. 3 ist in seinem zweiten Teil begründet. Das Mitbestimmungsrecht folgt insoweit aus § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG. Das Verbot des "Zeigens oder Verbreitens von Bildern, Karikaturen oder Witzen sexueller Natur" betrifft das sog. Ordnungsverhalten der Arbeitnehmer. Insoweit fehlt es an einer abschließenden gesetzlichen Regelung. Die Bestimmungen des AGG regeln diesen Tatbestand nicht vollständig. Zwar gehört nach § 3 Abs. 4 AGG zum "unerwünschten, sexuell bestimmten Verhalten" auch das "unerwünschte Zeigen und sichtbare Anbringen von pornografischen Darstellungen". Die Regelung im Verhaltenskodex geht hierüber aber hinaus. Sie verbietet unabhängig von der Einstellung der Betroffenen nicht nur das unerwünschte, sondern jegliches Zeigen oder Verbreiten von Bildern, Karikaturen oder Witzen sexueller

Natur. Aus den Regelungen des AGG ergibt sich auch nicht etwa im Umkehrschluss, dass ein betriebliches Verbot von Bildern, Karikaturen und Witzen sexueller Natur immer dann ausgeschlossen wäre, wenn die Betroffenen dagegen keine Einwendungen haben. Vielmehr besteht insoweit grundsätzlich ein der Mitbestimmung zugänglicher Gestaltungsspielraum. Das Mitbestimmungsrecht steht gemäß § 58 Abs. 1 BetrVG dem Konzernbetriebsrat zu.

75 cc) Der Hilfsantrag Nr. 3 ist in seinem dritten Teil unbegründet. Dem Konzernbetriebsrat steht hinsichtlich einer Regelung, nach der "Repressalien gegen Mitarbeiter (verboten sind), die sich gewehrt und über sexuelle Belästigungen beschwert haben", kein Mitbestimmungsrecht zu. Ein solches folgt insoweit nicht aus § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG. Zum einen richtet sich die Regelung ohnehin ersichtlich nicht an die Arbeitnehmer, sondern an die Arbeitgeberinnen. Zum anderen gibt sie lediglich das in § 16 Abs. 1 Satz 1 AGG normierte Maßregelungsverbot wieder. Dieses steht nicht zur Disposition der Betriebsparteien.

76 dd) Der Hilfsantrag Nr. 3 ist in seinem vierten Teil begründet. Das Mitbestimmungsrecht folgt insoweit aus § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG. Der Betriebsrat hat bei der Einführung eines Beschwerdeverfahrens zur Meldung von sexuellen Belästigungen mitzubestimmen. Die Einführung und Ausgestaltung eines Beschwerdeverfahrens ist zu unterscheiden von der Errichtung und der personellen Besetzung einer Beschwerdestelle nach § 13 Abs. 1 AGG, hinsichtlich derer ein Mitbestimmungsrecht umstritten ist (vgl. Fitting § 87 Rn. 75 mwN). Die Einführung und Ausgestaltung bestimmter Melde- und Beschwerdeverfahren betrifft die gesetzlich oder tariflich nicht geregelte Ordnung des Betriebs (vgl. BAG 28. Mai 2002 - 1 ABR 32/01 - BAGE 101, 216, zu B III 2 a der Gründe; vgl. auch Mengel/Hagemeister BB 2007, 1386, 1392). Das Mitbestimmungsrecht steht nach § 58 Abs. 1 BetrVG dem Konzernbetriebsrat zu.

77 c) Der Hilfsantrag Nr. 4 ist - anders als die Hilfsanträge Nr. 1 und 3 - ein einheitlicher Antrag und keine - verdeckte - objektive Antragshäufung. Es handelt sich insoweit um eine einheitliche Regelung, bezüglich derer die Feststellung des Mitbestimmungsrechts begehrt wird. Der Antrag ist zulässig und begründet. Das Mitbestimmungsrecht folgt insoweit jedenfalls aus § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG. Es scheidet entgegen der Auffassung der Arbeitgeberinnen nicht etwa deshalb aus, weil die streitbefangenen Regelungen des Verhaltenskodexes ohnehin keine Anwendung fänden.

78 aa) Nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG hat der Betriebsrat mitzubestimmen bei der Einführung und Anwendung von technischen Einrichtungen, die dazu bestimmt sind, das Verhalten oder die Leistung der Arbeitnehmer zu überwachen. Das Mitbestimmungsrecht bezweckt den Schutz der Arbeitnehmer vor den besonderen Gefahren solcher Überwachungsmaßnahmen, die sich für das Persönlichkeitsrecht der Arbeitnehmer aus dem Einsatz technischer Einrichtungen ergeben. Ein datenverarbeitendes System ist zur Überwachung von Verhalten oder Leistung der Arbeitnehmer bestimmt, wenn es individualisierte oder individualisierbare Verhaltens- oder Leistungsdaten selbst erhebt und aufzeichnet, unabhängig davon, ob der Arbeitgeber die erfassten und festgehaltenen Verhaltens- oder Leistungsdaten auch auswerten oder zu Reaktionen auf festgestellte Verhaltens- oder Leistungsweisen verwenden will. Überwachung in diesem Sinne ist sowohl das Sammeln von Informationen als auch das Auswerten bereits vorliegender Informationen (BAG 14. November 2006 - 1 ABR 4/06 - AP BetrVG 1972 § 87 Überwachung Nr. 43 = EzA BetrVG 2001 § 50 Nr. 6, zu B I 1 c bb (2) (b) (aa) der Gründe). Mitbestimmungspflichtig ist nicht nur die Einführung, sondern auch die

Anwendung der Kontrolleinrichtung. Die Anwendung betrifft den Einsatz der Überwachungseinrichtung und der dadurch bewirkten Überwachungsmaßnahmen (BAG 27. Januar 2004 - 1 ABR 7/03 - BAGE 109, 235, zu B II 1 c aa der Gründe) .

79 *bb) Hiernach hat der Konzernbetriebsrat bei der streitbefangenen Regelung mitzubestimmen.*

80 *(1) Der Anwendungsbereich des § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG ist eröffnet. Geregelt wird die Verwertung "aller Computerdaten, die unter Verwendung von Ressourcen der Honeywell Information Technology erstellt, empfangen oder übertragen werden". Es wird festgelegt, wann sowie unter welchen Voraussetzungen die Arbeitgeberinnen ihre Computer und die darin gespeicherten Daten auch zur Verhaltenskontrolle ihrer Mitarbeiter verwenden dürfen. Entgegen der Auffassung der Arbeitgeberinnen ist der Antrag nicht deshalb unbegründet, weil die streitbefangene Passage des Verhaltenskodexes ohnehin keine Geltung beanspruchen würde. Der Umstand, dass in dem "gemeinsam abgestimmten Vorwort" zu dem Verhaltenskodex darauf hingewiesen wird, dass "bestimmte Formulierungen im Text ... im Widerspruch oder in einem Spannungsverhältnis zur Rechtssituation in Deutschland" stehen, und insoweit auf den "Schutz von persönlichen Daten im Rahmen des Bundesdatenschutzgesetzes sowie das Recht auf informationelle Selbstbestimmung" hingewiesen wird, bedeutet nicht, dass die streitbefangene Passage im Verhaltenskodex als Regelung für den Zugriff auf Computerdaten durch die Arbeitgeberinnen offensichtlich und für die Arbeitnehmer erkennbar unbeachtlich wäre. Im Übrigen stellt das Bundesdatenschutzgesetz keine vollständige und abschließende gesetzliche Regelung über den Umgang mit Arbeitnehmerdaten dar, die eine Mitbestimmung des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Eingangshalbs. BetrVG ausschliesse.*

81 *(2) Das Mitbestimmungsrecht steht auch insoweit dem Konzernbetriebsrat zu. Seine Zuständigkeit folgt aus § 58 Abs. 1 BetrVG. Die Voraussetzungen einer originären Zuständigkeit des Konzernbetriebsrats nach § 58 Abs. 1 BetrVG für die Wahrnehmung der Mitbestimmung bei Regelungen über die Anwendung technischer Kontrolleinrichtungen sind erfüllt. Es besteht eine - technische - Notwendigkeit zu einer konzerneinheitlichen oder unternehmensübergreifenden Regelung (vgl. zur Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrats bei der Einführung eines elektronischen Datenverarbeitungssystems aus Gründen technischer Notwendigkeit BAG 14. November 2006 - 1 ABR 4/06 - AP BetrVG 1972 § 87 Überwachung Nr. 43 = EzA BetrVG 2001 § 50 Nr. 6) . Die Zuständigkeit richtet sich nach dem Gegenstand der Mitbestimmung. Dies ist die Anwendung technischer Kontrolleinrichtungen. Die originäre Zuständigkeit des Konzernbetriebsrats folgt daraus, dass nach der vorgesehenen Regelung der Datenzugriff nicht nur betriebs- oder unternehmensbezogen erfolgen, sondern ersichtlich konzernweit möglich sein soll. Dies ergibt sich insbesondere daraus, dass auch die empfangenen und versandten Daten betroffen sind. Damit bedarf es einer betriebs- und unternehmensübergreifenden Regelung. Andernfalls könnte ein mögliches Verbot, auf bestimmte - versandte - Daten zuzugreifen, nicht effektiv vereinbart werden.*

82 *V. Infolge der Aufhebung des Beschlusses des Landesarbeitsgerichts und der Abweisung des Hauptantrags des Konzernbetriebsrats fällt dem Senat auch die Beschwerde des Konzernbetriebsrats gegen den Beschluss des Arbeitsgerichts insoweit an, als dieser sich mit ihr hilfsweise gegen die Abweisung seines Hilfsantrags Nr. 2 wendete. Die Beschwerde des Konzernbetriebsrats ist insoweit unbegründet. Das*

Arbeitsgericht hat diesen Hilfsantrag zu Recht abgewiesen. Der Antrag ist zulässig, aber unbegründet. Die streitige Passage enthält keine Regelungen über die Ordnung des Betriebs oder das Verhalten von Arbeitnehmern, sondern beschreibt Unternehmensziele.

4.3 LAG Düsseldorf: „Mitbestimmung bei Ethikrichtlinien“



LAG Düsseldorf, 14.11.2005 - 10 TaBV 46/05: Mitbestimmung bei Ethikrichtlinie - Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrats

Leitsatz

1. *Ethikrichtlinien einer US-amerikanischen Muttergesellschaft, die über die deutsche Arbeitgeberin in den Betrieben in Deutschland eingeführt werden, unterliegen dann der betrieblichen Mitbestimmung, wenn und soweit Mitbestimmungsrechte nach dem BetrVG berührt sind.*

2. *Führt die deutsche Arbeitgeberin diese Richtlinien deutschlandweit in ihren Betrieben ein, hat der Gesamtbetriebsrat das Mitbestimmungsrecht wahrzunehmen. Nach dem Selbstverständnis des Unternehmens kann die Ethikrichtlinie nur in allen Betrieb einheitlich eingeführt werden.*

3. *Ordnet die Arbeitgeberin an, dass ihr jeglicher Verstoß gegen die Ethikrichtlinie entweder über den Vorgesetzten, über eine anonyme Telefonhotline oder über ein Ethikbüro mitgeteilt werden muss, unterliegt dieses Verfahren der Mitbestimmung nach § 87 Abs 1 Nr 1 BetrVG. Ob der Betriebsrat auch darüber mitbestimmen muss, bei welchen Verstößen eine Unterrichtung zu erfolgen hat, bleibt offen.*

4. *Bestimmt die Arbeitgeberin in der Ethikrichtlinie, dass die Arbeitnehmer von Lieferanten keine Geschenke und Zuwendungen entgegennehmen dürfen, hat der Gesamtbetriebsrat ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs 1 Nr 1 BetrVG, das auch die Frage umfasst, ob auch die gebräuchlichen Gelegenheitsgeschenke wie zB Kugelschreiber, einfacher Kalender, Feuerzeuge ua von diesem Verbot erfasst werden und wie sich der Arbeitnehmer insoweit verhalten soll.*

5. *Verbietet die Arbeitgeberin in der Ethikrichtlinie jegliche Belästigung von Mitarbeitern, ohne dass sich dieses Gebot ausschließlich auf sexuelle Belästigung beschränkt, unterliegt dieses Verbot der Mitbestimmung des Gesamtbetriebsrats. Wird eine sexuelle Belästigung von einem Mitarbeiter nicht erkennbar abgelehnt, hat der Gesamtbetriebsrat jedenfalls bei den vorbeugenden Maßnahmen nach § 2 Abs 1 BeschSchG (Juris BSchG) ein Mitbestimmungsrecht. Es besteht kein Mitbestimmungsrecht des Gesamtbetriebsrats bei der Anordnung der Arbeitgeberin, dass auf ihrem Betriebsgelände oder während der Arbeit ausnahmslos keine Gewalt ausgeübt oder angedroht wird.*

6. *Der Gesamtbetriebsrat hat kein Mitbestimmungsrecht in Hinblick auf die Anweisung in einer Ethikrichtlinie, die Mitarbeiter dürften nicht ohne Zustimmung der Arbeitgeberin Pressemitteilungen abgeben. Es fehlt an dem für die Mitbestimmung notwendigen Regelungsspielraum.*

7. *Regelt die Ethikrichtlinie, dass nur berechtigte Personen Einblick in die Personal- und Krankenakte nehmen dürfen, besteht mangels Regelungsspielraum kein Mitbestimmungsrecht des Gesamtbetriebsrats. Der Gesamtbetriebsrat kann nicht darüber mitentscheiden, wer Einblick nehmen darf.*

8. Eine Ethikrichtlinie, die bestimmt, dass Mitarbeiter nicht mit jemandem ausgehen oder in eine Liebesbeziehung eingehen dürfen, der Einfluss auf die Arbeitsbedingungen nehmen kann oder deren Arbeitsbedingungen von der anderen Person beeinflusst werden können, verstößt gegen das Grundgesetz (Artikel 1 und 2 GG). Sie ist unwirksam.

Tenor

Auf die Beschwerde der Arbeitgeberin wird der Beschluss des Arbeitsgerichts Wuppertal vom 15.06.2005 5 BV 20/05 - unter Zurückweisung im Übrigen dahingehend abgeändert, dass es wie folgt heißt:

1. Der Arbeitgeberin wird aufgegeben, es bei Meidung eines Ordnungsgeldes für jeden Fall der Zuwiderhandlung von bis zu 250.000,00 (in Worten: zweihundertfünfzigtausend EURO) zu unterlassen, den bei ihr beschäftigten Arbeitnehmern i.S.d. § 5 BetrVG aufzugeben oder zu empfehlen, sich nach den nachfolgenden Abschnitten der ethischen Richtlinie des Verhaltenskodexes der Arbeitgeberin zu richten bzw. diese anzuwenden und/oder ein Poster mit einem Auszug oder einer inhaltlichen Zusammenfassung des Kodexes, der die nachfolgenden Abschnitte enthält, in den Räumlichkeiten der Betriebe der Arbeitgeberin auszuhängen oder sonst wie den Arbeitnehmern zugänglich zu machen bzw. die nachfolgenden Abschnitte des Verhaltenskodexes den Arbeitnehmern i.S.d. § 5 BetrVG gegenüber zur Anwendung zu bringen, ohne dass die Zustimmung des Gesamtbetriebsrates hier zu vorliegt oder durch den Spruch der Einigungsstelle ersetzt worden ist:

Abschnitt Verantwortung der Mitarbeiter , Seite 3 des Kodexes, vierter Spiegelstrich von oben (Bl. 16 d.A.)

gesamter Abschnitt Wie Sie ethische Anliegen vorbringen (Seite 5 des Kodexes, Bl. 18 d.A.)

gesamter Abschnitt Geschenke und Zuwendung (Seite 9 des Kodexes, Bl. 22 d.A.)

gesamter Abschnitt Belästigung und unangemessenes Verhalten (Seite 14, 15 des Kodexes, Bl. 27, 28 d.A.) mit Ausnahme des Satzes: Außerdem toleriert X.-N. keine Gewalt und Androhung von Gewalt auf X.-N.-Gelände oder in Ausübung der Tätigkeit bei X.-N.

5. Spiegelstrich des als Anlage AG 1 (Bl. 91 d.A.) zu den Akten gereichten Posters (Geschenke bzw. Gratifikationen dürfen nicht angenommen werden)

Der Absatz Falls Sie Fragen haben...[bis] werden anonym und vertraulich behandelt des als Anlage AG 1 (Bl. 91 d.A.) zu den Akten gereichten Posters.

2. Der Arbeitgeberin wird aufgegeben, es bei Meidung eines Ordnungsgeldes für jeden Fall der Zuwiderhandlung von bis zu 250.000,00 (in Worten: zweihundertfünfzigtausend EURO) zu unterlassen, die Telefonhotline für globale Unternehmensethik (0000-000-0000) zu betreiben, ohne dass die Zustimmung des Gesamtbetriebsrates hierzu vorliegt oder durch den Spruch der Einigungsstelle ersetzt worden ist.

3. Die Rechtsbeschwerde wird für die Arbeitgeberin als auch für den Gesamtbetriebsrat zugelassen.

Gründe

1 A. Die Arbeitgeberin, die Firma X.-N. (nachfolgend: Arbeitgeberin), ist ein Handelsunternehmen mit in Deutschland z.Zt. 74 Filialen mit ca. 10.500 Arbeitnehmern. Der Antragsteller des Beschlussverfahrens ist der dort gebildete Gesamtbetriebsrat (nachfolgend: Gesamtbetriebsrat).

2 Die Firma X.-N. ist ein deutsches Tochterunternehmen der Us-amerikanischen Firma X.-N.-Stores, Inc., die an der New York Stock Exchange gelistet ist. Nach Sec. 303 A Ziff. 10 des New York Stock Exchange s Listed Company Manuals sind die ihr unterfallenden Unternehmen zur Einführung und Veröffentlichung eines Code of business conduct and ethics verpflichtet, der Regelungen zur Verhinderung von und zum Umgang mit Interessenkonflikten, zur Verschwiegenheit, zu lauterem und fairem Geschäftsgebaren, zum Schutz von Unternehmenseigentum, zur Verpflichtung der Mitarbeiter zu gesetzeskonformen Verhalten und zur Ermutigung der Mitarbeiter, Gesetzesverstöße und Verstöße gegen den Kodex zu melden, enthält. Die Us-amerikanische Muttergesellschaft hat daher für alle weltweit bei ihr beschäftigten Mitarbeiter einen Verhaltenskodex erarbeitet, der sodann in die deutsche Sprache übersetzt wurde. Der insgesamt 28-seitige Verhaltenskodex enthält Regelungen über das Verhalten der Mitarbeiter untereinander, Verantwortung gegenüber Unternehmen und Aktionären, Verantwortung gegenüber Lieferanten, Wettbewerbern, Kunden, Gemeinden und Behörden sowie Verantwortung hinsichtlich internationaler Geschäftspraktiken. Diese Ethikrichtlinie wurde von der Arbeitgeberin in die X.-N.-Pipeline und damit ins Internet eingestellt.

3 In diesem Kodex ist, soweit für das Beschwerdeverfahren noch von Bedeutung, u.a. geregelt.

4 Seite 3 vierter Spiegelstrich von oben der Richtlinie:

5 Verantwortung der Mitarbeiter

6 Sie müssen die Möglichkeiten kennen, ethische Bedenken vorzubringen. Sie können sie bei einem X.-N.-Vorgesetzten vorbringen, oder sofern, Sie dies vorziehen, durch eine vertraulich arbeitende, anonyme Hotline oder durch direkten Kontakt mit dem Ethik-Büro.

7 Die Möglichkeiten, Bedenken vorzubringen sind unten detailliert beschrieben. Wenn Sie ethische Bedenken vorbringen, aber das Anliegen nicht gelöst wird, sollten Sie es durch eine andere Stelle erneut vorbringen.

8 Seite 5 der Richtlinie:

9 Wenn Sie ein ethisches Anliegen haben

10 Eine der wichtigsten Aufgaben eines X.-N. Mitarbeiters ist die Verpflichtung, ein Anliegen über eine mögliche Verletzung der X.-N.- Richtlinie oder der Gesetze vorzubringen. Wenn Sie dieses Anliegen nicht vorbringen möchten, sollten Sie bedenken, dass es unserem Unternehmen und den Mitarbeitern schaden könnte, wenn wir Anliegen zur Ethik oder Richtlinien nicht vorbringen. Tatsächlich sind unsere Mitarbeiter verpflichtet, jede bekannte oder vermutete Verletzung der Gesetze, gültigen Bestimmungen, dieser Unternehmensethik oder einer X.-N. Richtlinie mitzuteilen.

11 *Wie Sie ethische Anliegen vorbringen*

12 *Sie können ethische Anliegen oder mögliche Verletzungen dieser Unternehmensethik oder anderer X.-N. Richtlinien gemäß den nachfolgenden Methoden vorbringen:*

13 *Nutzen Sie die Politik der Offenen Tür. Die Offene Tür ist der direkteste Weg, ein Anliegen dem Vorgesetzten zu melden. Wenn Sie denken, Ihr direkter Vorgesetzter ist bei diesem Fehlverhalten beteiligt, bringen Sie das Fehlverhalten der nächst höheren Stelle vor, von der Sie annehmen, dass diese nicht involviert ist oder nutzen Sie einen der unten genannten Kanäle.*

14 *- oder -*

15 *Kontaktieren Sie das Ethik-Büro.*

16 *Telephon. X.-N. hat eine Ethik-Hotline, die es Ihnen ermöglicht, jegliche Verstöße auf einer vertraulichen und anonymen Basis vorzubringen.*

17 *Vereinigte Staaten, Kanada oder Puerto Rico: 0-000-X. ETHIC (0-000-000-0000).*

18 *Andere Länder: kostenlose Nummern, die in jedem Land bekannt gemacht wird.*

19 *E-Mail. Ethics@.*

20 *Postweg. X.-N. Stores, Inc.*

21 *Attn. Ethics Office 000 SW 0 th Street*

22 *C., AR 00000-0000.*

23 *Jeder Angestellter, der in gutem Glauben über eine Missachtung berichtet, braucht für diesen Bereich keinen negativen Konsequenzen zu fürchten.*

24 *Seite 9 der Richtlinie:*

25 *Geschenke und Zuwendungen*

26 *Es ist Ihnen nicht erlaubt, von einem Lieferanten, potentiellen Lieferanten oder einer anderen Person, von der Sie annehmen, dass diese Person dadurch Einfluss auf eine Geschäftsentscheidung oder Transaktion, bei der X.-N. involviert ist, gewinnen möchte, Geschenke und Zuwendungen zu fördern, anzufragen oder anzunehmen. Das gleiche gilt für die Abteilungen. Lieferanten dürfen X.-N. keine Gegenstände schenken, um damit Geldmittel für karitative Zwecke oder gemeinnützige Organisationen zu erhalten. Mitarbeiter dürfen auch keine Geschenke oder Zuwendungen von einem Kunden für Arbeiten annehmen, die der Mitarbeiter in einem Store erledigt hat, es sei denn, die regionale oder Nationale Richtlinie gestattet dies.*

27 *Beispiele für Geschenke oder Zuwendungen sind:*

28 *kostenlose Waren*

29 *Tickets für Sport- oder Unterhaltungsveranstaltungen*

30 *Schmiergelder in Form von Geld oder Ware*

- 31 *abgelaufene oder nicht länger genutzte Muster*
- 32 *vom Lieferanten gezahlte Reisen*
- 33 *Alkohol oder Lebensmittel/Essen*
- 34 *Trinkgelder*
- 35 *Persönliche Dienstleistungen oder Gefallen*
- 36 *Zu BEACHTEN :*
- 37 *Jedes Geschenk oder Zuwendung von einem Lieferanten muss unter Angabe dieser Richtlinie zurückgegeben werden.*
- 38 *Sofern Rückgabe unmöglich ist, geht das Geschenk in das Eigentum von X.-X. über.*
- 39 *Jedes Angebot über ein Geschenk oder eine Zuwendung ist dem Vorgesetzten zu melden.*
- 40 *Seite 13 der Richtlinie:*
- 41 *Pressemitteilungen*
- 42 *Es ist Ihnen ohne vorherige Zustimmung durch die Abteilung Unternehmenskommunikation (und bzgl. Aussagen mit finanziellem Inhalt durch die Finanzabteilung) nicht gestattet, im Namen von X.-N. Aussagen (schriftlich oder mündlich) gegenüber der Presse, Zeitungen oder anderen Quellen zu machen. Für weitere Informationen lesen Sie bitte die Richtlinie X.-N. Publik Relations, CA-10.*
- 43 *ZU BEACHTEN !*
- 44 *Verweisen Sie bei Anfragen nach einer Mitteilung im Namen von X.-N. stets an die Abteilung Unternehmenskommunikation. Machen Sie keine Aussagen zu Anfragen ohne vorherige Zustimmung durch die Abteilung Unternehmenskommunikation.*
- 45 *Seite 14 der Richtlinie:*
- 46 *Belästigung und unangemessenes Verhalten*
- 47 *Belästigung jeder Art gegenüber Kollegen, Lieferanten, Kunden oder jeder anderen Person, die mit X.-N. in Geschäftsbeziehung steht, werden nicht toleriert. Belästigung ist großzügig definiert und schließt Verhalten ein, das eine negative Auswirkung auf die Arbeitsleistung hat, die Würde einer Person herabsetzt oder eine einschüchternde, feindliche oder anderweitig aggressive Arbeitsumgebung schafft.*
- 48 *Verbale Äußerungen, Gesten und Blicke sowie körperliche Handlungen sexueller Natur gehören nicht an den Arbeitsplatz und können rechts widrige sexuelle Belästigung darstellen. Beispiele sind hierfür:*
- 49 *Sexuelle Annäherung, Bitten um sexuelle Gefälligkeiten, Gossensprache, zweideutige Witze, Bemerkungen über den Körper oder die sexuellen Aktivitäten einer Person;*

50 Zur Schaustellung von sexuell suggestiven Bildern oder Dingen, lüsterne oder anzügliche Blicke oder als sexuell deutbare Kommunikation jeder Art; oder

51 Unangemessenes Anfassen.

52 Außerdem toleriert X.-N. keine Gewalt oder Androhung von Gewalt auf X.-N.-Gelände oder in Ausübung der Tätigkeit bei X.-N..

53 ZU BEACHTEN !

54 Machen Sie keine beleidigenden oder beschimpfenden Bemerkungen. Wenn Ihre Kommentare oder Witze jemand anderen beleidigen, kann dies als Belästigung angesehen werden.

55 Wenn Sie durch die Wortwahl einer Person aufgebracht sind, sprechen Sie sie an. Erklären Sie warum die Bemerkung Sie getroffen hat und bitten Sie sie, dies zu unterlassen.

56 Vermeiden Sie Witze oder Kommentare, verwenden Sie keine Spitznamen, wenn Sie nicht sicher sind, ob diese korrekt sind.

57 Keine sexuellen Annäherungen gegenüber einem Kollegen oder einer anderen Person, mit der Sie zusammenarbeiten.

58 Bevorzugen Sie niemanden bei Leistungsbewertungen oder bei sonstigen Handlungen, weil Sie in persönlicher Beziehung zu dieser Person stehen.

59 Geben Sie unverzüglich Bericht über jede Art von Belästigung oder unangemessenes Verhalten.

60 Für weitere Informationen lesen Sie bitte die Richtlinie Belästigung/unangemessenes Verhalten, PD-19, und die Richtlinie Gewalt am Arbeitsplatz, PD 48, oder die entsprechenden nationalen oder regionalen Richtlinien.

61 Seite 16, 17 der Richtlinie:

62 Privatsphäre

63 X.-N. schützt die Privatsphäre von Mitarbeitern gemäß den gültigen Gesetzen. Nur berechnigte Mitarbeiter und solche mit einem betrieblich begründetem Anliegen sind berechnigt, die Personal- und Krankenakten des Unternehmens einzusehen. Personal- und Krankenakten sollten nur Informationen in Bezug auf das Arbeitsverhältnis enthalten. Alle Daten im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis und Kündigung sind vertraulich. Anfragen Dritter sind an die Rechtsabteilung weiterzuleiten.

64 X.-N. schützt auch persönliche Informationen, die wir über einzelne Kunden haben. Sie haben X.-N. Gepflogenheiten und Vorgehensweisen zu beachten, um die Vertraulichkeit der Informationen zu bewahren.

65 Seite 17 der Richtlinie:

66 Private Beziehungen/Liebesbeziehungen

67 Von X.-N.-Mitarbeitern wird ein Verhalten verlangt, das Respekt, Vertrauen, Sicherheit und Effizienz am Arbeitsplatz fördert. Sie dürfen nicht mit Jemanden ausgehen oder in eine Liebesbeziehung mit Jemanden treten, wenn Sie die Arbeitsbedingungen dieser Person beeinflussen können, oder der Mitarbeiter Ihre Arbeitsbedingungen beeinflussen kann.

68 Beispiele für unerlaubtes Verhalten finden Sie in der Richtlinie Private Beziehungen/Liebesbeziehungen, PD-22, oder in der entsprechenden nationalen oder regionalen Richtlinie.

69 Seite 17 der Richtlinie:

70 Alkohol- und Drogenmissbrauch

71 X.-N. setzt sich für eine Drogen- und Alkoholfreie Arbeitsumgebung ein und hat eine strenge Richtlinie zu Alkohol- und Drogenmissbrauch.

72 Sofern gesetzlich erlaubt, verlangt X.-N. von allen Bewerbern für einen Arbeitsplatz als Teil des Einstellungsprozesses einen Drogentest.

73 Jeder Bewerber, der positiv auf Drogen getestet wird, wird nicht angestellt. Sofern gesetzlich zulässig, wird von Ihnen ein Drogentest verlangt, wenn Beförderung in eine Managementposition ansteht, nach Arbeitsunfällen oder sofern ein begründeter Verdacht besteht, dass Sie unter Drogen stehen.

74 ZU BEACHTEN !

75 Suchen Sie professionelle Hilfe, wenn Sie eine Abhängigkeit feststellen, bevor dies negative Auswirkungen auf Ihre persönliche und berufliche Situation hat.

76 Für weitere Informationen lesen Sie bitte die Richtlinie Alkohol- und Drogenmissbrauch, PD-16, oder die entsprechende nationale oder regionale Richtlinie.

77 Mit den Lohnabrechnungen für den Monat Februar 2005 wurde den Arbeitnehmern eine vierseitige Zusammenfassung des moralischen Verhaltens bei X.-N. zugesandt. Zudem erhielten die Store-Manager von der Arbeitgeberin ein Ethikposter, welches am schwarzen Brett sowie im Personalbereich permanent zum Aushang kommt. Dort heißt es auszugsweise:

78 - Alle Mitarbeiter müssen die bestehenden Gesetze beachten.

79 - Mitarbeiter müssen entsprechend ihrer geleisteten Arbeit vergütet werden.

80 - Geschenke bzw. Gratifikationen dürfen nicht angenommen werden.

81 - Unangemessenes Verhalten am Arbeitsplatz wird nicht geduldet.

82 Außerdem richtete die Arbeitgeberin entsprechend der X.-N.-Ethikrichtlinie eine Telefonhotline ein, bei der die Mitarbeiter anonym Verstöße gegen den Verhaltenskodex melden können und sollen. In der den Mitarbeitern ausgehändigten Zusammenfassung und auf dem Poster heißt es:

83 Falls Sie Fragen haben oder einen potenziellen Verstoß gegen die Richtlinie melden möchten:

84 1. Nutzen Sie den Grundsatz der Offenen Tür bzw.

85 2. Rufen Sie die eigens dafür eingerichtete Telefonhotline für Globale Unternehmensethik an.

86 Tel.: 0000-000-0000

87 E-Mail:ethics@.com

88 (alle Angaben werden anonym und vertraulich behandelt)

89 Der Gesamtbetriebsrat hat im ersten Rechtszug die Meinung vertreten, der Verhaltenskodex unterliege insgesamt seinem Mitbestimmungsrecht, jedenfalls habe er bei einer Vielzahl von Einzelregelungen des Verhaltenskodexes ein Mitbestimmungsrecht.

90 Der Gesamtbetriebsrat hat beantragt,

91 1. der Arbeitgeberin aufzugeben, es bei Meidung eines Ordnungsgeldes für jeden Fall der Zuwiderhandlung von bis zu 250.000,00 EUR (i.W. Euro zweihundertfünfzigtausend) zu unter lassen, den Mitarbeitern aufzugeben oder zu empfehlen, sich nach den ethischen Richtlinien des Verhaltenskodexes der Arbeitgeberin zu richten bzw. diese anzuwenden und/oder ein Poster mit einem Auszug oder einer inhaltlichen Zusammenfassung des Kodexes in den Räumlichkeiten der Betriebe der Arbeitgeberin auszuhängen oder sonst wie Mitarbeitern zugänglich zu machen bzw. den Verhaltenskodex den Mitarbeitern gegenüber zur Anwendung zu bringen, ohne dass die Zustimmung des Gesamtbetriebsrats hierzu vorliegt oder durch den Spruch der Einigungsstelle ersetzt worden ist,

92 2. der Arbeitgeberin aufzugeben, es bei Meidung eines Ordnungsgeldes für jeden Fall der Zuwiderhandlung von bis zu 250.000,00 EUR (i.W. Euro zweihundertfünfzigtausend) zu unterlassen, die Telefonhotline für Globale Unternehmensethik (0000-000-0000) zu betreiben, ohne dass die Zustimmung des Gesamtbetriebsrats hierzu vorliegt oder durch den Spruch der Einigungsstelle ersetzt worden ist.

93 Die Arbeitgeberin hat die Zurückweisung der Anträge beantragt und zur Begründung ausgeführt, dass die Unternehmensethik lediglich eine Einführung in Prinzipien und Richtlinien vorgebe, die den Mitarbeitern dabei behilflich sein solle, selbst zu entscheiden, was bei Fragen oder Problemen zu tun sei. Die Mitarbeiter würden ausdrücklich darauf hingewiesen, dass sie letztlich gehalten seien, sich auf ihr eigenes Urteil und Gespür für ethisches Verhalten zu verlassen, um sicherzustellen, dass sie jeweils das Richtige tun. Die Zusammenfassung der Unternehmensethik enthalte daher zunächst nur stark abstrahierte Vorstellungen vom Verhalten der Mitarbeiter. Ein Mitbestimmungsrecht sei nur dann betroffen, wenn verbindliche Verhaltensregeln für die Arbeitnehmer normiert würden. Bei dem Verhaltenskodex fehle es aber an einer ausreichenden Konkretisierung, die die angegriffenen Aussagen überhaupt zu einer verbindlichen Verhaltensregelung machen könnten. Im Übrigen verweise die Unternehmensethik an vielen Stellen ausschließlich auf eine ohnehin bestehende nationale, gesetzliche Regelung. Insofern sei ein Mitbestimmungsrecht ausgeschlossen. Weiterhin weise eine Vielzahl der Klauseln einen konkreten Arbeitsbezug auf. Auch insoweit scheide ein Mitbestimmungsrecht aus.

94 Hinsichtlich der Einrichtung einer Telefonhotline für Globale Unternehmensethik hat die Arbeitgeberin vorgetragen, dass dies eine zulässige Konkretisierung einer dem Arbeitnehmer obliegenden Nebenpflicht zur Schadensabwehr darstelle. Aus dem Gesichtspunkt der arbeitsvertraglichen Treuepflicht werde eine Pflicht des Arbeitnehmers gefolgert, ihm bekannt gewordene Informationen über einen möglichen Schaden an den Arbeitgeber weiterzuleiten.

95 Das Arbeitsgericht Wuppertal hat durch Beschluss vom 15.06.2005 dem Antrag des Gesamtbetriebsrats in insgesamt 10 Punkten stattgegeben und zwar bei den zitierten Abschnitten des Verhaltenskodexes auf den Seiten 3, 5, 9,13, 14, 16, 17 und hinsichtlich des Punktes auf dem Poster Geschenke bzw. Gratifikationen dürfen nicht angenommen werden und dem dortigen Absatz Falls Sie Fragen haben . (bis) werden anonym und vertraulich behandelt . In weiteren 11 Punkten hat das Arbeitsgericht den Antrag des

96 Gesamtbetriebsrates zurückgewiesen. Es hat der Arbeitgeberin aufgegeben, unter Androhung eines Ordnungsgeldes für jeden Fall der Zuwiderhandlung in Höhe von bis zu 250.000 in den 10 Punkten den Verhaltenskodex gegenüber Arbeitnehmern i.S. des § 5 BetrVG ohne Zustimmung des Gesamtbetriebsrats bzw. Spruch der Einigungsstelle auszuhängen oder sonst wie den Arbeitnehmern zugänglich zu machen. Außerdem hat das Erstgericht der Arbeitgeberin unter Androhung von Ordnungsgeld untersagt, die Telefonhotline für globale Unternehmensethik ohne Zustimmung des Gesamtbetriebsrats bzw. der Einigungsstelle zu betreiben.

97 Gegen diesen Beschluss hat sich die Arbeitgeberin mit ihrer Beschwerde gewandt. Sie meint, der Gesamtbetriebsrat sei nicht zuständig. Der Verhaltenskodex unterliege insgesamt nicht der Mitbestimmung. Der Gesamtbetriebsrat verteidigt die angegriffene Entscheidung.

98 Im zweitinstanzlichen Kammertermin hat sich die Arbeitgeberin in einem Teilvergleich verpflichtet, den auf Seite 17 der Richtlinie genannten Punkt Alkohol- und Drogenmissbrauch nur unter Beachtung des Mitbestimmungsrechts des Betriebsrats/Gesamtbetriebsrats einzuführen.

99 B. Die Beschwerde ist, soweit sie nicht bereits durch den zweitinstanzlich angeschlossenen Teilvergleich erledigt wurde, in den Punkten Pressemitteilungen , Privatsphäre und Private Beziehungen/Liebesbeziehungen begründet. Sie ist im Übrigen unbegründet und zurückzuweisen.

100 I. Der Gesamtbetriebsrat ist für die streitigen Regelungsbereiche gemäß § 50 Abs. 1 BetrVG zuständig.

101 1. Die Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrats kann nicht mit der Begründung verneint werden, die Us-amerikanische Muttergesellschaft habe die Ethikrichtlinie herausgegeben; sie sei hierzu nach Us-amerikanischen Recht verpflichtet.

102 Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts richtet sich der räumliche Anwendungsbereich des BetrVG nach dem Territorialitätsprinzip (BAG Urteil vom 22.03.2000 7 ABR 34/98, BAGE 94, 144-154 = AP Nr 8 zu § 14 AÜG = BB 2000, 2098-2100 = = NZA 2000, 1119 = EzA § 14 AÜG Nr 4; BAG Urteil vom 25. 04.I 1978 - 6 ABR 2/77, BAGE 30, 266 = AP Internationales Privatrecht-Arbeitsrecht Nr. 16, zu II 2 a und b der Gründe; BAG Urteil vom 27. 05. 1982 - 6 ABR 28/80, BAGE 39, 108 = AP BetrVG 1972 § 42 Nr. 3, zu B 2 der Gründe; BAG Urteil vom 10. 09. 1985 - 1 ABR 28/83,

AP BetrVG 1972 § 117 Nr. 3 = EzA BetrVG 1972 § 99 Nr. 41, zu B IV 1 a der Gründe; BAG Urteil vom 07. 12.1989 - 2 AZR 228/89, AP Internationales Privatrecht-Arbeitsrecht Nr. 27 = EzA BetrVG 1972 § 102 Nr. 74, zu I 1 der Gründe). Danach gilt unabhängig von der Staatsangehörigkeit des Arbeitgebers und der Arbeitnehmer sowie unabhängig von der für die einzelnen Arbeitsverhältnisse maßgeblichen Rechtsordnung für sämtliche inländischen Betriebe - auch ausländischer Unternehmer - das deutsche BetrVG.

103 Die Arbeitgeberin mag als Tochtergesellschaft des Us-amerikanischen Konzerns X.-N.-Stores Inc. gesellschaftsrechtlich und damit intern verpflichtet sein, die Ethikrichtlinie in ihren Betrieben einzuführen. Da die Arbeitgeberin ihren Sitz und ihre Betriebe im Inland hat, muss sie das deutsche BetrVG anwenden und damit auch bei der Einführung einer ihr von der Muttergesellschaft vorgegebenen Ethikrichtlinie das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bzw. Gesamtbetriebsrats beachten. Dieses wird von der Arbeitgeberin auch nicht in Abrede gestellt.

104 2. Entgegen der Auffassung der Arbeitgeberin ist für die Wahrnehmung der Mitbestimmungsrechte aus der Ethikrichtlinie der Gesamtbetriebsrat zuständig. Es handelt sich nämlich um Angelegenheiten, die das Gesamtunternehmen betreffen und nicht durch die einzelnen Betriebsräte innerhalb ihrer Betriebe geregelt werden können. Dieses hat das Arbeitsgericht zutreffend erkannt.

105 a) Nach der ständigen Rechtsprechung des BAG ist der Gesamtbetriebsrat dann für die Ausübung des Mitbestimmungsrechts zuständig, wenn und soweit objektiv ein zwingendes Erfordernis für eine unternehmenseinheitliche oder betriebsübergreifende Regelung besteht. Ein zwingendes Erfordernis kann sich dabei aus technischen oder rechtlichen Gründen ergeben (BAG Urteil vom 26.04.2005 1 AZR 76/04, AP Nr. 12 zu § 87 BetrVG 1972 = NZA 2005, 892 = EzA § 87 BetrVG 2001 Betriebliche Lohngestaltung Nr. 6; BAG Beschluss vom 09.12. 2003 - 1 ABR 49/02, AP BetrVG 1972 § 50 Nr. 27 = EzA BetrVG 2001 § 50 Nr. 3 zu B II 1 b aa der Gründe m.w.N). Die Zweckmäßigkeit einer unternehmenseinheitlichen Regelung kann ebenso wenig wie ein Kosteninteresse des Arbeitgebers in den Angelegenheiten der zwingenden

106 Mitbestimmung die Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrats begründen (BAG Beschluss vom 15.01.2002 1 ABR 10/01, AP Nr. 23 zu § 50 BetrVG 1972 = NZA 2002, 988 = EzA § 50 BetrVG 1972 Nr. 19; BAG Beschluss vom 11. 12. 2001 - 1 AZR 193/01, BAGE 100, 60-69 =AP Nr. 22 zu § 50 BetrVG 1972 = DB 2002, 1276-1278 = NZA 2002, 688-691 = EzA § 50 BetrVG 1972 Nr. 18; BAG Beschluss vom 14. 12. 1999 - 1 ABR 27/98, BAGE 93, 75; BAG Beschluss vom 11. 11.1998 - 7 ABR 47/97, AP BetrVG 1972 § 50 Nr. 19 = EzA BetrVG 1972 § 50 Nr. 17). Ob ein zwingendes Bedürfnis nach einer betriebsübergreifenden Regelung besteht, bestimmt sich nach dem Mitbestimmungstatbestand, der einer zu regelnden Angelegenheit zugrunde liegt.

107 b) Es ist der Arbeitgeberin einzuräumen, dass im Regelfall der örtliche Betriebsrat für die Regelungen von zwingenden Mitbestimmungstatbeständen z.B. gemäß § 87 Abs. 1 BetrVG zuständig ist. Er kann vor Ort am besten entscheiden, ob z.B. ein Rauchverbot eingeführt werden soll und wie es ausgestaltet wird.

108 So liegt der Fall hier nicht. Denn hier kann bereits faktisch nicht der einzelne Betriebsrat das Mitbestimmungsrecht z.B. gemäß § 87 Abs. 1 BetrVG wahrnehmen. Die Muttergesellschaft der Arbeitgeberin hat die Ethikrichtlinie verbindlich für alle Betriebe weltweit und über die Arbeitgeberin auch in Deutschland eingeführt. Damit will die

Muttergesellschaft und über sie die Arbeitgeberin erreichen, dass alle Mitarbeiter in Deutschland unternehmenseinheitlich nach einheitlichen Wertmaßstäben arbeiten. Die Ethikrichtlinien können wegen dieses der Arbeitgeberin von der Muttergesellschaft vorgegebenen Selbstverständnisses nur einheitlich in allen Betrieben eingeführt werden; der ethische Maßstab, den die Arbeitgeberin bei ihren Mitarbeitern ansetzt, kann nicht unterschiedlich geregelt werden, je nachdem ob ein Mitarbeiter im Betrieb A oder im Betrieb B der Arbeitgeberin arbeitet. Zudem soll die Telefonhotline von allen Mitarbeitern genutzt werden. Gerade wegen des zwingenden Charakters der Ethikrichtlinie für alle Betriebe und Arbeitnehmer kann nur eine unternehmenseinheitliche Regelung und keine Regelung auf Betriebsebene erfolgen (vgl. auch LAG Berlin Beschluss vom 22.04.1987 12 TaBV 1/87, LAGE § 23 BetrVG 1972 Nr. 8 für ein unternehmenseinheitliches Auszeichnungsprogramm).

109 II. Der Gesamtbetriebsrat hat bei den Abschnitten Seite 3 vierter Spiegelstrich von oben der Richtlinie: Verantwortung der Mitarbeiter , (Seite 5) Wie Sie ethische Anliegen vorbringen , dem Verbot der Annahme von Geschenken und Zuwendungen (Seite 9) sowie dem Abschnitt über die Belästigung und unangemessenes Verhalten (Seiten 14, 15) mit Ausnahme des Satzes Außerdem toleriert X.-N. keine Gewalt und Androhung von Gewalt auf X.-N.-Gelände oder in Ausübung der Tätigkeit bei X.-N. ein Mitbestimmungsrecht. Entgegen einer in der Literatur (vgl. Richardi BetrVG 9. Aufl. § 87 Rdnr. 195) vertretenen Auffassung besteht bei der Aufstellung von Ethikrichtlinien nämlich dann ein Mitbestimmungsrecht, wenn in diesen Verhaltensregeln mitbestimmungspflichtige Komplexe aufgenommen sind. Denn allein mit der Bezeichnung Ethikregeln und der damit verfolgten Absicht, den Inhalt des Arbeitsvertrages näher zu regeln, lässt sich ein Mitbestimmungsrecht nicht grundsätzlich verneinen. In den genannten Punkten besteht jedenfalls ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG.

110 1. Gegenstand des Mitbestimmungsrechts nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG ist das betriebliche Zusammenleben und Zusammenwirken der Arbeitnehmer (BAG Beschluss vom 27.01.2004 1 ABR 7/03, BAGE 109, 235 = NZA 2004, 556-559 = EzA § 87 BetrVG 2001 Kontrolleinrichtung Nr. 1, BAG Beschluss vom 08.06.1999 - 1 ABR 67/98, AP BetrVG 1972 § 87 Ordnung des Betriebes Nr. 31 = EzA BetrVG 1972 § 87 Betriebliche Ordnung Nr. 25, zu B I 1 der Gründe; BAG Beschluss vom 28. 05. 2002 - 1 ABR 32/01, BAGE 101, 216, 221 = AP BetrVG 1972 § 87 Ordnung des Betriebes Nr. 39 = EzA BetrVG 1972 § 87 Betriebliche Ordnung Nr. 29, zu B I 2 a der Gründe; BAG Beschluss vom 11. 06. 2002 - 1 ABR 46/01, BAGE 101, 285, 286 = AP BetrVG 1972 § 87 Ordnung des Betriebs Nr. 38 = EzA BetrVG 1972 § 87 Betriebliche Ordnung Nr. 28, zu B I der Gründe). Dieses kann der Arbeitgeber kraft seiner Leitungsmacht durch Verhaltensregeln oder sonstige Maßnahmen beeinflussen und koordinieren (BAG Beschluss vom 11. 06. 2002 - 1 ABR 46/01, a.a.O.). Zweck des Mitbestimmungsrechts ist es, die Arbeitnehmer hieran zu beteiligen. Sie sollen an der Gestaltung des betrieblichen Zusammenlebens gleichberechtigt teilnehmen (BAG Beschluss vom 28. 05. 2002 - 1 ABR 32/01, a.a.O.; BAG Beschluss vom 11. 06. 2002 - 1 ABR 46/01, a.a.O.).

111 Der Betriebsrat hat nur mitzubestimmen bei Maßnahmen, die das sog. Ordnungsverhalten der Arbeitnehmer im Betrieb betreffen (vgl. BAG Beschluss vom 27.01.2004 1 ABR 7/03, a.a.O.; BAG Beschluss vom 28. 05. 2002 - 1 ABR 32/01, BAGE 101, 216, 223 = AP BetrVG 1972 § 87 Ordnung des Betriebes Nr. 39 = EzA BetrVG 1972 § 87 Betriebliche Ordnung Nr. 29, zu B I 2 d der Gründe m.w.N). Nicht nach § 87 Abs. 1

Nr. 1 BetrVG mitbestimmungspflichtig sind dagegen Maßnahmen, die das sog. Arbeitsverhalten regeln sollen. Dies sind solche Maßnahmen, mit denen die Arbeitspflicht unmittelbar konkretisiert und abgefordert wird (BAG Beschluss vom 27.01.2004 1 ABR 7/03, a.a.O.; BAG Beschluss vom 11. 06. 2002 - 1 ABR 46/01, BAGE 101, 285, 287 = AP BetrVG 1972 § 87 Ordnung des Betriebes Nr. 38 = EzA BetrVG 1972 § 87 Betriebliche Ordnung Nr. 28, zu B I der Gründe). Ein Mitbestimmungsrecht besteht allerdings nur, wenn ein Regelungsspielraum besteht; seine Ausfüllung verlangt eine Beteiligung des Betriebsrats (BAG Beschluss vom 25.01.2000 1 ABR 3/99, BAGE 93, 276-288 = AP Nr. 34 zu § 87 BetrVG 1972 Ordnung des Betriebes = NZA 2000, 665 = EzA § 87 BetrVG 1972 Betriebliche Ordnung Nr. 26).

112 2. Ausgehend von dieser Rechtslage sind die unter B II 1. Absatz genannten Abschnitte mitbestimmungspflichtig.

113 Auf Seite 3 vierter Spiegelstrich von oben der Richtlinie: Verantwortung der Mitarbeiter wird den Mitarbeitern die Möglichkeit aufgezeigt, wie sie ethische Bedenken, die sie bezüglich möglicher Verletzungen der Ethikrichtlinie oder anderer X.-N.-Richtlinien oder bezüglich Anträgen oder Handlungen haben, die möglicherweise die Unternehmensethik oder eine X.-N.-Richtlinie verletzen (vgl. Seite 3 dritter Spiegelstrich von oben), vorbringen können. Als Ansprechpartner werden der X.-N.-Vorgesetzte, die anonyme Hotline oder der direkte Kontakt mit dem Ethikbüro genannt. Da auf Seite 5 dieser Richtlinie unter dem Punkt Wenn Sie ein ethisches Anliegen haben die Mitarbeiter verpflichtet werden, ein Anliegen über eine mögliche Verletzung der X.-N.-Richtlinie oder der Gesetze vorzubringen, was in diesem Komplex nochmals mit dem Satz Tatsächlich sind unsere Mitarbeiter verpflichtet, jede bekannte oder vermutete Verletzung der Gesetze, gültigen Bestimmungen, dieser Unternehmensethik oder eine X.-N.-Richtlinie mitzuteilen, bekräftigt wird, kann der Absatz auf Seite 3 vierter Spiegelstrich nur dahin verstanden werden, dass die Mitarbeiter verpflichtet sind, schon bei einem Verstoß gegen die Ethikrichtlinie eine der drei Stellen einzuschalten.

114 aa) Der Arbeitnehmer ist auf Grund seiner Treuepflicht verpflichtet, vom Arbeitgeber sowie von anderen Arbeitnehmern Schäden abzuwenden, soweit dies möglich und zumutbar ist (h.M. vgl. statt aller ErfK-Preis 5. Aufl. 230 BGB 611 Rdnr. 906; Schaub/Linck Arbeitsrechtshandbuch 11. Aufl. § 53 Rdnr. 14). Die Ethikrichtlinie der Arbeitgeberin geht über diese Schadensabwendungspflicht des Arbeitnehmers weit hinaus. Die Mitarbeiter müssen bereits dann die Arbeitgeberin unterrichten, wenn ein Mitarbeiter gegen die Ethikrichtlinie verstoßen hat, indem er z.B. bei der Arbeitgeberin aus Gefälligkeit einige Stunden ohne Bezahlung gearbeitet hat (vgl. Seite 15 Stichwort: Bezahlung), ohne dass ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Indem die Mitarbeiter verpflichtet werden, auch einen solchen Verstoß gegen die Ethikrichtlinie anzuzeigen, kann das Zusammenleben in der Betriebsgemeinschaft und der Betriebsfrieden nachhaltig gestört werden.

115 Zutreffend hat das Arbeitsgericht ausgeführt, dass es sich bei dieser Verhaltensregel um eine sog. Whistleblower-Klausel handelt, mit der Mitarbeiter verpflichtet werden, einen Verstoß u.a. gegen die Ethikrichtlinie mitzuteilen, mithin Arbeitskollegen zu verpfeifen oder Alarm zu schlagen (Sauer DÖD 2005, 121). Zwar wird durch die Aufforderung zur Anzeige von Kollegen, die gegen die betriebsinternen Verhaltensrichtlinien verstoßen oder möglicherweise verstoßen haben, in erster Linie das Verhältnis von Arbeitnehmer und Arbeitgeber und damit das mitbestimmungsfreie Arbeitsverhalten betroffen (so Wisskirchen/Jordan/Bissels DB 2005, 2190, 2191).

Tatsächlich konkretisiert die Arbeitgeberin jedoch nicht bloß die arbeitsvertragliche Treuepflicht des Arbeitnehmers, sondern ermuntert die Mitarbeiter, unabhängig von der arbeitsvertraglichen Treuepflicht jeglichen selbst einen nur möglichen Verstoß gegen die Ethikrichtlinie mitzuteilen, ohne dass ein Schaden eingetreten ist oder einzutreten droht, und damit ihre Arbeitskollegen zu denunzieren. Ob eine solche Bestimmung das mitbestimmungspflichtige Ordnungsverhalten der Arbeitnehmer oder noch deren mitbestimmungsfreies Arbeitsverhalten betrifft, brauchte jedoch letztlich nicht entschieden zu werden. Denn bereits aus anderen Gründen musste der Arbeitgeberin untersagt werden, diese Bestimmungen der Ethikrichtlinie weiterhin anzuwenden.

116 bb) Denn die Arbeitgeberin legt den Arbeitnehmern bestimmte Verhaltenspflichten auf, indem sie vorschreibt, dass der Vorgesetzte zu informieren oder die anonyme Hotline zu nutzen oder der direkte Kontakt des Ethik-Büros zu suchen ist. Die Arbeitgeberin legt mithin ein Verfahren fest, wie die Mitarbeiter auf einen erkannten oder möglichen Verstoß gegen die Ethikrichtlinie reagieren müssen. Damit ist nicht mehr das mitbestimmungsfreie Arbeitsverhalten, sondern das betriebliche Zusammenleben und Zusammenwirken der Arbeitnehmer und damit die betriebliche Ordnung i.S. des § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG betroffen (vgl. Wisskirchen/Jordan/Bissels DB 2005, 2190, 2191; Junker BB 2005, 604 f; Schuster/Darsow NZA 2005, 276). Der mitbestimmungspflichtige Tatbestand liegt in der an alle Arbeitnehmer gerichteten verbindlichen Anordnung, bei einem festgestellten oder als möglich angesehenen Verstoß gegen die Ethikrichtlinie eine von drei Stellen zu unterrichten. Eine solche Verfahrensregelung unterliegt aber der Mitbestimmung (vgl. BAG Beschluss vom 21.01.1997 1 ABR 53/97, AP Nr. 27 zu § 87 BetrVG 1972 Ordnung des Betriebes = NZA 1997, 785 = BB 1997, 1690 = EzA § 87 BetrVG 1972 Betriebliche Ordnung Nr. 23: Anordnung des Arbeitgebers, bei Arztbesuchen eine von ihr vorgegebene Bescheinigung zu benutzen, die bestimmte Angaben verlangt). Da bei den Verfahrensvorschriften in der Ethikrichtlinie das Mitbestimmungsrecht des Gesamtbetriebsrats nicht beachtet wurde und die Arbeitgeberin deshalb dieses Verfahren nicht mehr durchführen darf, war gleichzeitig auszusprechen, dass die Arbeitgeberin ohne Zustimmung des Gesamtbetriebsrats bzw. der Einigungsstelle Seite 3 4. Spiegelstrich von oben und Seite 5 der Richtlinie mit der Überschrift Wenn Sie ein ethisches Anliegen haben nicht mehr anwenden darf.

117 b) Dem Gesamtbetriebsrat steht bei dem Komplex Verbot der Annahme von Geschenken und Zuwendungen ebenfalls ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG zu.

118 aa) Es versteht sich von selbst, dass ein Arbeitnehmer bei der Erfüllung seiner arbeitsvertraglichen Pflichten von Dritten kein Schmiergeld entgegennehmen darf. Denn wer als Arbeitnehmer bei der Ausführung von vertraglichen Aufgaben sich Vorteile versprechen lässt oder entgegennimmt, die dazu bestimmt oder auch nur geeignet sind, ihn in seinem geschäftlichen Verhalten zugunsten Dritter und zum Nachteil seines Arbeitgebers zu beeinflussen, und damit gegen das sog. Schmiergeldverbot verstößt, handelt den Interessen seines Arbeitgebers zuwider und gibt diesem damit regelmäßig sogar einen Grund zur fristlosen Kündigung. Dabei kommt es grundsätzlich nicht darauf an, ob es zu einer den Arbeitgeber schädigenden Handlung gekommen ist. Es reicht vielmehr aus, dass der gewährte Vorteil allgemein die Gefahr begründet, der Annehmende werde nicht mehr allein die Interessen des Geschäftsherrn wahrnehmen. In Fällen dieser Art liegt die eigentliche Ursache dafür, dass ein solches Verhalten sogar die außerordentliche Kündigung rechtfertigt, nicht so sehr in der Verletzung vertraglicher

Pflichten, sondern in der damit zu Tage getretenen Einstellung des Arbeitnehmers, unbedenklich eigene Vorteile bei der Erfüllung von Aufgaben wahrnehmen zu wollen, obwohl er sie allein im Interesse des Arbeitgebers durchzuführen hat. Durch sein gezeigtes Verhalten zerstört er das Vertrauen in seine Zuverlässigkeit und Redlichkeit (vgl. wie hier BAG Urteil vom 21.06.2001 2 AZR 30/00, NZA 2002, 232 = EzA § 626 BGB Unkündbarkeit Nr. 7, BAG Urteil vom 17. 08. 1972 - 2 AZR 415/71, BAGE 24, 401, 408; Münchener Handbuch-Blomeyer 2. Aufl. § 53 Rdnr. 98; ErfK-Preis 5. Aufl. BGB 230 § 611 BGB Rdnr. 884; HZA-Künzl Gruppe 1 Teilbereich 5 Rdnr. 1884). Der Arbeitnehmer muss deshalb Schmiergeld aller Art und Höhe ablehnen.

119 *bb) Die Arbeitgeberin verbietet in ihrer Ethikrichtlinie jedoch nicht bloß die Annahme von Schmiergeldern, sondern die Annahme von allen Geschenken und Zuwendungen wie z.B. Trinkgeldern und kostenlosen Waren von Lieferanten oder potentiellen Lieferanten oder anderen Personen, von denen der Arbeitnehmer annimmt, dass diese Personen Einfluss auf eine Geschäftsentscheidung oder Transaktion, bei der die Arbeitgeberin involviert ist, gewinnen möchten. Erhält der Arbeitnehmer eine solche Zuwendung, muss er sie an den Lieferanten zurückgeben, sie bei Unmöglichkeit der Rückgabe der Arbeitgeberin übereignen und jedes Angebot dem Vorgesetzten melden.*

120 *Die üblichen Werbegeschenke wie Kugelschreiber, einfache Kalender, Feuerzeug usw. sind jedoch keine Schmiergelder (vgl. Staudinger/Richardi 13. Aufl. § 611 BGB Rz. 426 m.w.N.; HZA-Künzl a.a.O. Rdnr. 1085). Denn mit diesen Geschenken ist nicht die Absicht des Schenkenden verbunden, im geschäftlichem Verkehr Vorteile zu erzielen oder gewährt zu erhalten. Sie drücken stattdessen die Wertschätzung des Beschenkten aus.*

121 *Der Gesamtbetriebsrat hat ein Mitbestimmungsrecht bei Einführung der Ethikregelung über Geschenke und Zuwendungen, weil die Arbeitgeberin selbst die üblichen Trinkgelder oder kleinen Geschenke zum Zeichen der Verbundenheit (z.B. anlässlich Weihnachten oder Neujahr) verbietet; sie schreibt zudem den Mitarbeitern vor, wie bei einem Angebot oder der Annahme solcher üblichen Gelegenheitsgeschenke zu verfahren ist. Sie bestimmt in der Ethikrichtlinie, dass die Mitarbeiter diese Geschenke an den Schenkenden zurückgeben oder sie an die Arbeitgeberin übereignen müssen, sollte eine Rückgabe nicht möglich sein, und in jedem Fall den Vorgesetzten unterrichten müssen. Bei diesen in der Wirtschaft üblichen Gelegenheitsgeschenken, mit denen verständlicherweise kein Einfluss auf das Verhalten der Mitarbeiter genommen werden kann, hat der Gesamtbetriebsrat ein Mitbestimmungsrecht, ob und in welchem Wert die Mitarbeiter diese gebräuchlichen Werbegeschenke behalten dürfen, wann sie sie an den Lieferanten zurückgeben, wann sie sie an die Arbeitgeberin herausgeben müssen und schließlich in welchen Fällen der Vorgesetzte informiert werden muss (so Däubler/Klebe BetrVG 9. Aufl., § 87 Rdnr. 55; LAG L. Beschluss vom 20.06.1984 5 TaBV 20/84, DB 1984, 2202; a.A. GK-Wiese BetrVG 7. Aufl. § 87 Rdnr. 227; Hess/Schlochauer/Worzalla/Glock BetrVG. 6. Aufl. § 87 Rdnr. 114). Es geht dabei nicht um die mitbestimmte Abgrenzung, wann Schmiergeld gezahlt wird oder was als übliches Gelegenheitsgeschenk anzusehen ist, sondern um die Frage, in welchen Fällen die Mitarbeiter das Empfangene zurückweisen bzw. abliefern und wann sie den Vorgesetzten informieren müssen. Bei diesem Komplex gibt es einen weiten Regelungsspielraum, der von dem Gesamtbetriebsrat gemeinsam mit der Arbeitgeberin ausgestaltet werden kann.*

122 *Die Arbeitgeberin hat mit ihrer Anweisung in der Ethikrichtlinie das Verhalten der Mitarbeiter dem Unternehmen gegenüber und nicht etwa gegenüber den Lieferanten geregelt, indem sie bestimmte, dass in allen Fällen Geschenke und Zuwendungen*

zurückgewiesen bzw. abgeliefert werden müssen und der Vorgesetzte zu informieren ist. Es kann deshalb nicht der Auffassung gefolgt werden, bei der Regelung über die Annahme von den üblichen Gelegenheitsgeschenken gehe es nicht um Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb gegenüber dem Arbeitgeber, sondern gegenüber außenstehenden Dritten (so aber Schuster/Darsow NZA 2005, 276; Breitfeld/Kleber Personalmagazin 6/2005, 39; Wisskirchen/Jordan/Bissels NZA 2005, 2190,2191).

123 c) Der Gesamtbetriebsrat hat bei den Verhaltensmaßregeln Belästigung und unangemessenes Verhalten (Seite 14, 15 des Kodexes, Bl. 27, 28 d.A.) mit Ausnahme des Satzes: Außerdem toleriert X.-N. keine Gewalt und Androhung von Gewalt auf X.-N.-Gelände oder in Ausübung der Tätigkeit bei X.-N. ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG.

124 aa) Die Arbeitgeberin hat die Arbeitnehmer vor sexueller Belästigung am Arbeitsplatz zu schützen. Dieses Gebot regelt § 2 Abs. 1 BeschSchG. Damit ist aber der Regelungsspielraum des Gesamtbetriebsrats und der Arbeitgeberin im

125 Rahmen des § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG nicht nach § 87 Abs. 1 Einleitungssatz BetrVG so eingeschränkt, dass kein Regelungsspielraum mehr besteht. Denn die Arbeitgeberin muss erst dann eingreifen und geeignete Maßnahmen nach § 4 Abs. 1 BeschSchG ergreifen, wenn ein Betroffener eine sexuelle Belästigung erkennbar ablehnt, § 2 Abs. 2 Nr. 2 BeschSchG. Die Arbeitgeberin kann zwar nach § 2 Abs. 1 Satz 2 BeschSchG vorbeugend tätig werden. In welcher Weise dies geschieht also nicht um das Ob, sondern um das Wie - etwa durch Fortbildungsveranstaltungen, Aufklärung, Hinweise, Einführung betrieblicher Verhaltensregeln oder durch Ausgestaltung der Arbeitsumgebung wie z.B. durch die Vermeiden von Engpässen bei Durchgängen, durch die Beleuchtung von Parkplätzen und Wegen, Sichtblenden an Arbeitstischen u.a. (vgl. ErfK-Schlachter 5.Aufl. 190 BeschSchG § 2 Rdnr. 3) unterliegt der Mitbestimmung des Gesamtbetriebsrats.

126 bb) Zudem geht es bei dem Komplex Belästigung und unangemessenes Verhalten nicht allein um sexuelle Belästigung. Die Arbeitgeberin definiert die Belästigung großzügig und verbietet in ihrer Richtlinie jegliches Verhalten, das negative Auswirkungen auf die Arbeitsleistung hat, die Würde einer Person herabsetzt oder eine einschüchternde, feindliche oder anderweitig aggressive Arbeitsumgebung schafft. Damit werden auch Verhaltensweisen verboten, die noch nicht eine sexuelle Belästigung, wie sie in § 2 Abs. 2 BeschSchG beschrieben werden, darstellen. In der Rubrik ZU BEACHTEN werden als Beispiele beleidigende oder beschimpfende Bemerkungen genannt, ohne dass der Bezug zur sexuellen Belästigung hergestellt sein muss. Damit geht die Arbeitgeberin erheblich über die Regelungen des Beschäftigtenschutzgesetzes hinaus. In dieser Ethikbestimmung wird somit insgesamt das Zusammenleben innerhalb des Betriebes und damit das sog. Ordnungsverhalten der Arbeitnehmer im Betrieb i.S. des § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG geregelt; dieses unterliegt aber dem Mitbestimmungsrecht des Gesamtbetriebsrats.

127 cc) Allerdings besteht kein Mitbestimmungsrecht bei dem Passus: Außerdem toleriert X.-N. keine Gewalt und Androhung von Gewalt auf X.-N.-Gelände oder in Ausübung der Tätigkeit bei X.-N. . Die Arbeitgeberin kann in Wahrnehmung ihres Hausrechts und zur Erhaltung des Betriebsfriedens anordnen, dass auf ihrem Betriebsgelände oder während der Arbeit ausnahmslos keine Gewalt ausgeübt oder

angedroht wird. Insoweit fehlt es an dem für die Ausübung des Mitbestimmungsrechts notwendigen Regelungsspielraum.

128 III. Da die Arbeitgeberin auf den ausgehängten Postern den Mitarbeitern verbietet, Geschenke bzw. Gratifikationen anzunehmen, und sie auffordert, die Telefon-Hotline zu nutzen, in diesen beiden Punkte aber ein Mitbestimmungsrecht des Gesamtbetriebsrats besteht, war der Arbeitgeberin zu untersagen, insoweit das Poster weiterhin zu nutzen. Zudem war der Arbeitgeberin zu verbieten, weiterhin die Telefonhotline für globale Unternehmensethik (0000-000-0000) zu betreiben. Denn bei der Frage, ob bei einem Verstoß gegen die Ethikrichtlinie der Vorgesetzte zu informieren, die Telefonhotline zu nutzen oder das Ethikbüro einzuschalten ist, besteht ein Mitbestimmungsrecht des Gesamtbetriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG. Die Arbeitgeberin darf deshalb die Telefonhotline nicht mehr betreiben, solange die Frage der Reaktion auf Verstöße gegen die Ethikrichtlinie nicht mitbestimmt geregelt wurde. Ob der Gesamtbetriebsrat bei der Nutzung der Telefonhotline ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG hatte, brauchte daher nicht entschieden zu werden.

129 IV. Auf Antrag des Gesamtbetriebsrats musste die Kammer der Arbeitgeberin aufgeben, es bei Meidung eines Ordnungsgeldes für jeden Fall der Zuwiderhandlung von bis zu 250.000,00 (in Worten: zweihundertfünfzigtausend EURO) zu unterlassen, den bei ihr beschäftigten Arbeitnehmern i.S.d. § 5 BetrVG aufzugeben oder zu empfehlen, sich nach den genannten Abschnitten der ethischen Richtlinie des Verhaltenskodexes der Arbeitgeberin zu richten bzw. diese anzuwenden und/oder ein Poster mit einem Auszug oder einer inhaltlichen Zusammenfassung des Kodexes, die die genannten Abschnitte enthält, in den Räumlichkeiten der Betriebe der Arbeitgeberin auszuhängen oder sonst wie den Arbeitnehmern zugänglich zu machen bzw. die genannten Abschnitte des Verhaltenskodexes den Arbeitnehmern i.S.d. § 5 BetrVG gegenüber zur Anwendung zu bringen, ohne dass die Zustimmung des Gesamtbetriebsrates hierzu vorliegt oder durch den Spruch der Einigungsstelle ersetzt worden ist. Denn nach der Rechtsprechung des BAG steht dem Betriebsrat im Falle der Verletzung seiner Mitbestimmungsrechte unabhängig von § 23 Abs. 3 BetrVG ein allgemeiner Unterlassungsanspruch zu (vgl. grundlegend BAG 03. 05. 1994 - 1 ABR 24/93, BAGE 76, 364; vgl. auch Raab ZfA 1997,183; BAG Beschluss vom 26.07.2005 1 ABR 29/04, n.v.). Dieser beruht auf einer sich aus dem Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats i.V.m. § 2 BetrVG ergebenden Nebenpflicht des Arbeitgebers. Zwar führt nicht jede Verletzung von Rechten des Betriebsrats ohne weiteres zu einem Unterlassungsanspruch. Vielmehr kommt es auf die einzelnen Mitbestimmungstatbestände, deren konkrete gesetzliche Ausgestaltung und die Art der Rechtsverletzung an. Es ist aber anerkannt, dass ein Unterlassungsanspruch bei Verstößen gegen § 87 BetrVG besteht (vgl. zuletzt BAG Beschluss vom 26.07.2005 1 ABR 29/04, n.v.) Denn dem Gesamtbetriebsrat steht kein anderer wirksamer Weg zur Durchsetzung dieses Mitbestimmungsrechts zur Verfügung. Dessen Sicherung ist auch nicht auf andere Weise gewährleistet. Dem Arbeitgeber drohen für den Fall der Verletzung des Mitbestimmungsrechts - anders als etwa im Falle des § 102 BetrVG (vgl. § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG) oder des § 111 BetrVG (vgl. § 113 Abs. 3 BetrVG) - keine Sanktionen. Auch gibt es - anders als etwa in den Fällen des § 99 BetrVG (vgl. § 101 BetrVG) - kein eigens für den Fall der Verletzung des Mitbestimmungsrechts vorgesehenes gesetzliches Verfahren. Die Regelung des § 23 Abs. 3 BetrVG steht dem allgemeinen Unterlassungsanspruch nicht entgegen (BAG Beschluss vom 03. 05.1994 - 1 ABR 24/93, BAGE 76, 364). Auch ist das - jedenfalls beim allgemeinen Unterlassungsanspruch bestehende - Erfordernis der Wiederholungsgefahr erfüllt. Für

diese besteht grundsätzlich eine tatsächliche Vermutung, wenn es bereits zu einer Verletzung des Mitbestimmungsrechts gekommen ist (vgl. etwa BAG Beschluss vom 26.07.2005 1 ABR 29/04, n.v.; BAG Beschluss vom 29. 02. 2000 - 1 ABR 4/99, AP BetrVG 1972 § 87 Lohngestaltung Nr. 105 = EzA BetrVG 1972 § 87 Betriebliche Lohngestaltung Nr. 69, zu B II 2 a der Gründe). Dieses ist hier der Fall. Die Arbeitgeberin hat die mitbestimmungspflichtigen Teile der Ethikrichtlinie bereits vor Monaten eingeführt.

130 V. In den übrigen streitigen Komplexen Pressemitteilungen , Privatsphäre und Private Beziehungen/Liebesbeziehungen besteht entgegen der Auffassung des Arbeitsgerichts kein Mitbestimmungsrecht des Gesamtbetriebsrats gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG, so dass insoweit der Beschluss des Erstgerichts abzuändern und der Antrag des Gesamtbetriebsrats zurückzuweisen war. Denn Voraussetzung für ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG ist eine Bestimmung über das Ordnungsverhalten der Arbeitnehmer unterstellt ein Regelungsspielraum, der durch die Mitbestimmung des Gesamtbetriebsrats gemeinsam mit der Arbeitgeberin ausgestaltet werden muss (vgl. unter B II 1. der Gründe). Dieses ist in den 3 genannten Punkten nicht der Fall.

131 1. Dem Gesamtbetriebsrat steht bei der Regelung über Pressemitteilungen kein Mitbestimmungsrecht zu; in diesem Bereich gibt es nichts mitbestimmt zu regeln. Es ist selbstverständlich, dass die Arbeitgeberin ihre Mitarbeiter anweisen kann, nicht in Namen von X.-N. Pressemitteilungen abzugeben. Besteht aber keine Regelungsmöglichkeit, so besteht auch kein Mitbestimmungsrecht.

132 2. Auch bei dem Komplex Privatsphäre hat der Gesamtbetriebsrat kein Mitbestimmungsrecht.

133 Es wird in der Literatur die Auffassung vertreten, der Betriebsrat habe bei den Modalitäten des Einsichtsrechts in die Personalakte ein Mitbestimmungsrecht (vgl. L./Reinicke Personalbuch 12. Aufl. 2005 333 Rdnr. 17; GK-Wiese 7. Aufl. BetrVG Bd. II § 87 Stichwort: Modalitäten des Einsichtsrechts in die Personalakte). Hierum geht es jedoch in der Richtlinie nicht. Es wird nicht geregelt, wann der Mitarbeiter wo in seine Personal- und Krankenakte Einblick nehmen kann und wie die Beteiligung des Betriebsrats erfolgt, § 83 BetrVG. In diesem Komplex wird lediglich bestimmt, dass nur berechnete Mitarbeiter und solche mit einem betrieblich-begründetem Anliegen befugt sind, in die Personal- und Krankenakten des Unternehmens einzusehen.

134 Personal- und Krankenakten dürfen nicht allgemein zugänglich sein, sondern müssen zum Schutz des Persönlichkeitsrechts des Mitarbeiters aus Art. 1 und 2 GG sorgfältig verwahrt werden. Der Arbeitgeber muss bestimmte Informationen vertraulich behandeln oder für die vertrauliche Behandlung durch Sachbearbeiter Sorge tragen. Außerdem muss der Kreis der mit Personalakten befassten Beschäftigten möglichst eng gehalten werden (BAG Urteil vom 04.04.1990 5 AZR 299/89, BAGE 64, 308-315 =AP Nr. 21 zu § 611 BGB Persönlichkeitsrecht = EzA § 611 BGB Persönlichkeitsrecht Nr. 9 m.w.N.) Es ist deshalb anerkannt, dass der Arbeitnehmer vor der Kenntnisnahme seiner Personal- und der Krankenakte durch beliebige Dritte und unzuständige Sachbearbeiter geschützt werden muss (BAG Urteil vom 15.07.1987 5 AZR 215/86, BAGE 54, 365-374 NZA 1988, 53-55 = EzA § 611 BGB Persönlichkeitsrecht Nr. 5). Wenn die Arbeitgeberin bestimmt, dass nur berechnete Mitarbeiter und solche mit einem betrieblich-begründetem Anliegen Einblick in diese Akten nehmen dürfen, entspricht dieses Gebot

der Rechtslage. Der Gesamtbetriebsrat kann mangels Regelungsspielraum nicht regeln, wer berechtigt sein soll, in die Personal- und Krankenakte einzusehen. Es ist selbstverständlich und begründet kein Mitbestimmungsrecht des Gesamtbetriebsrats, dass in der Ethikrichtlinie bestimmt ist, dass Anfragen Dritter an die Rechtsabteilung weiterzuleiten sind.

135 3. Der Regelungskomplex Private Beziehungen/Liebesbeziehungen unterliegt nicht der Mitbestimmung des Gesamtbetriebsrats; er ist wegen Verstoßes gegen Art. 1 und 2 GG grundgesetzwidrig und damit unwirksam.

136 a) Das Grundgesetz hat in seinen Artikeln 1 und 2 die Würde des Menschen und dessen Recht auf freie Entfaltung seiner Persönlichkeit zu zentralen Werten unserer Verfassung erhoben. Es erkennt das Recht des Menschen auf Achtung seiner Würde (Art 1 GG) und das Recht auf freie Entfaltung seiner Persönlichkeit auch als privates, von jedermann zu achtendes Recht an, soweit dieses Recht nicht die Rechte anderer verletzt oder gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt (Art. 2 GG). Zum Persönlichkeitsrecht und zur Persönlichkeitsentfaltung gehört das Recht, selbst zu entscheiden, ob und mit wem eine Person in Beziehungen tritt, sei es in eine freundschaftliche oder in eine Liebesbeziehung.

137 b) Das Leben des Arbeitnehmers wird zu einem ganz wesentlichen Teil durch das Arbeitsverhältnis bestimmt und geprägt. Sein Selbstwertgefühl sowie die Achtung und Wertschätzung, die er in seiner Familie, bei seinen Freunden und Kollegen und überhaupt in seinem Lebenskreis erfährt, werden entscheidend mitbestimmt von der Art, wie er seine Arbeit leistet (BAG Beschluss vom 27. 02. 1985 - GS 1/84, BAGE 48, 122-129 = NZA 1985, 702 = EzA § 611 BGB Beschäftigungspflicht Nr. 9: zum Weiterbeschäftigungsanspruch). Für die Würde des Menschen ist nicht allein entscheidend, dass und wie er seine Arbeit erbringt. Sein Selbstwertgefühl wird auch durch die Tatsache beeinflusst, ob und mit welchem Arbeitskollegen, welcher Arbeitskollegin er sich befreundet oder in eine Liebesbeziehung tritt. Neben der Arbeit stellt der Umgang mit den Arbeitskollegen für den Arbeitnehmer zugleich eine wesentliche Möglichkeit zur Entfaltung seiner geistigen und körperlichen Fähigkeiten und damit zur Entfaltung seiner Persönlichkeit dar. Im persönlichen Kontakt mit seinen Kolleginnen und Kollegen kann er sich beweisen, je nach dem Inhalt seiner Arbeit seine körperlichen, geistigen und seelischen Fähigkeiten messen und damit sein Selbstwertgefühl steigern. Wird dem Arbeitnehmer diese Möglichkeit der Persönlichkeitsentfaltung im Rahmen seines Arbeitsverhältnisses genommen, so berührt dieses seine Würde als Mensch. Wenn dem Arbeitnehmer untersagt wird, in seinem Arbeitsverhältnis mit Kollegen oder Vorgesetzten (auch) in privaten Kontakt zu treten und eine persönliche Beziehung herzustellen, greift dieses Verbot tief in das Persönlichkeitsrecht des Mitarbeiters ein. Er muss annehmen, dass er lediglich zu arbeiten hat und sein Persönlichkeitsrecht sozusagen am Betriebseingang abgeben muss.

138 c) Die Ethikrichtlinie der Arbeitgeberin untersagt nicht generell die Herstellung einer Freundschaft oder einer Liebesbeziehung während der Arbeit. Sie verbietet, dass der Mitarbeiter mit jemandem ausgeht oder in eine Liebesbeziehung mit jemandem eintritt, wenn der Mitarbeiter die Arbeitsbedingungen des jeweils anderen Arbeitnehmers beeinflussen kann. Dabei kommt es nicht darauf an, ob dieser Einfluss tatsächlich gegeben ist. Die Ethikbestimmung untersagt mithin die Eingehung einer Beziehung nur in einem Abhängigkeitsverhältnis, in dem der jeweilige Partner den jeweils anderen in seinen/ihren Arbeitsbedingungen beeinflusst oder möglicherweise beeinflussen kann.

Doch auch mit dieser Einschränkung verstößt die Arbeitgeberin im erheblichen Umfang gegen das Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers und gegen seine Menschenwürde. Es muss das Selbstwertgefühl und damit das Persönlichkeitsrecht des Mitarbeiters bzw. der Mitarbeiterin verletzen, wenn er bzw. sie mit einem ihm unterstellten Mitarbeiter oder einer Mitarbeiterin z.B. nicht zum Essen gehen oder sonst wie gesellschaftlich verkehren darf. Das gleiche gilt, wenn er mit einem Vorgesetzten, den er schätzt, nicht z.B. zu einem Kirmesbesuch oder Schützenfest ausgehen darf. Ob und mit wem ein Mitarbeiter Umgang hat, ist aber grundsätzlich der Regelung durch den Arbeitgeber entzogen.

139 *Wenn auch nicht verkannt werden kann, dass in vielen Betrieben nicht gerne gesehen wird, wenn ein Vorgesetzter bzw. eine Vorgesetzte mit einem oder einer ihm bzw. ihr unterstellten Mitarbeiterin bzw. Mitarbeiter eine Liebesbeziehung eingeht, ist dies letztlich eine Privatangelegenheit der beteiligten Personen und hat zunächst den Arbeitgeber nicht zu interessieren. Erst wenn es auf Grund dieser Beziehung zu Spannungen innerhalb der Betriebsgemeinschaft kommt, kann der Arbeitgeber eingreifen. Es ist dann aber nicht die Partnerschaft oder die Liebesbeziehung, die stört, sondern das Verhalten, mit dem der eine oder der andere Partner oder beide oder außenstehende Dritte den betrieblichen Ablauf beeinträchtigen.*

140 d) *Da der Komplex Private Beziehungen/Liebesbeziehungen wegen Verstoßes gegen das Grundgesetz (Art. 1 und 2 GG) unwirksam ist, hat der Gesamtbetriebsrat kein Mitbestimmungsrecht. Es gibt nichts mitzubestimmen.* Der Gesamtbetriebsrat kann auch nicht von der Arbeitgeberin verlangen, dass sie es unterlässt, diese unwirksame Regelung anzuwenden. Denn der Gesamtbetriebsrat hat nicht einen entsprechenden Unterlassungsanspruch; er kann nicht aus eigenem Recht verlangen, dass die Arbeitgeberin es unterlässt, mit der Ethikrichtlinie die Persönlichkeitsrechte ihrer Beschäftigten zu verletzen. Ein solcher Anspruch folgt weder aus § 75 Abs. 1 noch aus § 75 Abs. 2 BetrVG. Dieses entspricht ganz herrschender Rechtsauffassung (vgl. statt aller BAG Beschluss vom 28.05.2002 1 ABR 32/01, BAGE 101, 216 = AP Nr. 39 zu § 87 BetrVG 1972 Ordnung des Betriebes = NZA 2003, 166 = EzA § 87 BetrVG 1972 Betriebliche Ordnung Nr. 29 m.w.N.). Der Individualrechtsschutz des einzelnen Arbeitnehmers ist ohne ausdrückliche Regelung nicht dem Betriebsrat übertragen.

141 *Das Landesarbeitsgericht hat für den Gesamtbetriebsrat und die Arbeitgeberin die Rechtsbeschwerde an das Bundesarbeitsgericht zugelassen.*