

Aktenzeichen: 5 AZR 74/91

Bundesarbeitsgericht 5. Senat

Urteil vom 13. November 1991
- 5 AZR 74/91 -

I. Arbeitsgericht
Solingen

Urteil vom 18. Juli 1990
- 3 Ca 556/90 -

II. Landesarbeitsgericht
Düsseldorf

Urteil vom 02. November 1990
- 9 Sa 1189/90 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein
Für die Fachpresse : Ja
Für das Bundesarchiv : Nein



Entscheidungsstichwort:

Abmahnung - Gewerkschaftswerbung - Betriebsratsmitglied

Gesetz:

BGB § 611 Abmahnung, § 242; GG Art. 5 Abs. 1, Art. 9 Abs. 3

Leitsatz:

Der Arbeitgeber hat im Rahmen der ihm zustehenden Meinungs-
freiheit zunächst selbst darüber zu entscheiden, ob er ein
Fehlverhalten des Arbeitnehmers abmahnen will oder nicht.
Allerdings hat er den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu
beachten. Ob das abgemahnte Fehlverhalten als Grundlage für
eine Kündigung im Wiederholungsfall ausreicht, kann erst im
Rechtsstreit über die Kündigung und nicht schon vorher ab-
schließend beurteilt werden.



5 AZR 74/91

9 Sa 1189/90 Düsseldorf

Verkündet am
13. November 1991

Klapp,
Reg.-Sekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

U r t e i l

In Sachen

pp.

hat der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts gemäß § 128 Abs. 2 ZPO in der Sitzung vom 13. November 1991 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Thomas, die Richter Dr. Olderog und Dr. Reinecke sowie die ehrenamtlichen Richter Dr. Koffka und Schütters für Recht erkannt:



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

1. Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 2. November 1990 - 8 Sa 1189/90 - aufgehoben.
2. Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Arbeitsgerichts Solingen vom 18. Juli 1990 - 3 Ca 556/90 - abgeändert:

Die Klage wird abgewiesen.

3. Der Kläger hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

V o n R e c h t s w e g e n !

T a t b e s t a n d :

Die Parteien streiten über die Entfernung einer Abmahnung aus der Personalakte des Klägers.

Der Kläger ist seit dem 1. April 1982 bei der Beklagten als gewerblicher Arbeitnehmer tätig. Er war bis zur Neuwahl des Betriebsrats, am 4. April 1990, freigestellter Betriebsratsvorsitzender und wurde erneut in den Betriebsrat gewählt. Er händigte am 15. März 1990 seinem Arbeitskollegen K , der ebenfalls für den Betriebsrat kandidierte, während dessen Arbeitszeit einen sog. "Leistungsausweis" der Gewerkschaft Nahrung-Genuß-Gaststätten (NGG) aus. Es handelt sich dabei um eine Broschüre, in der die Gewerkschaft einen Überblick über ihr Leistungsangebot gibt und der ein Formular "Beitrittserklärung mit Einzugsermächtigung" beigelegt hat. Deswegen hat die Beklagte dem Kläger mit Schreiben vom 27. März 1990 folgendes mitgeteilt:



"Abmahnung

Sehr geehrter Herr S ,

am 15.03.90 haben Sie unserem Mitarbeiter, Herrn K , um 10.30 Uhr während dessen Arbeitszeit ein Informationsheft der NGG übergeben, welches ein Formular einer Beitrittserklärung enthielt. Dabei haben Sie erklärt, Herr K müsse als Betriebsratskandidat über den Inhalt der NGG-Broschüre Bescheid wissen.

Das Herrn K übergebene Heft der NGG betrifft keineswegs allgemeine Informationen über die Funktionen des Betriebsrates, sondern enthält ausschließlich Informationen über die Leistungen der Gewerkschaft für ihre Mitglieder. Durch Übergabe dieses Heftes an Herrn K haben Sie daher unerlaubterweise während der Arbeitszeit innerhalb des Betriebes eine Werbetätigkeit für die Gewerkschaft ausgeübt. Eine derartige Werbetätigkeit ist auch im Rahmen einer Betriebsrats-tätigkeit nicht erlaubt. Sie haben daher gegen Ihre Verpflichtungen aus dem Arbeitsvertrag verstoßen.

Aus diesem Grunde sprechen wir Ihnen hiermit eine Abmahnung aus. Wir machen darauf aufmerksam, daß weitere Vorkommnisse der vorbeschriebenen Art Konsequenzen für das mit Ihnen bestehende Arbeitsverhältnis haben werden."

Der Kläger hat die Ansicht vertreten, die Beklagte müsse dieses Abmahnungsschreiben aus der Personalakte entfernen, denn er habe nicht gegen seine Verpflichtungen aus dem Arbeitsverhältnis verstoßen, sondern die Beklagte beanstande seine Tätigkeit als Betriebsratsmitglied. Deswegen könne er jedoch nicht abgemahnt werden. Außerdem könne ihm eine Werbung für die Gewerkschaft NGG während der Arbeitszeit nicht verboten werden.

Der Kläger hat beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, die Abmahnung vom 27. März 1990 aus seiner Personalakte zu entfernen.



Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt und hat die Ansicht vertreten, die Abmahnung sei zu Recht erfolgt. Der Kläger habe während der Arbeitszeit keine Gewerkschaftswerbung betreiben dürfen. Das habe der Kläger gewußt, weil er früher bereits deswegen vom Personalleiter gerügt worden sei. Damit werfe sie ihm keine Verletzung seiner Pflichten als Betriebsratsmitglied vor.

Das Arbeitsgericht hat die Beklagte zur Entfernung der Abmahnung verurteilt. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung zurückgewiesen. Die Beklagte will mit ihrer Revision die Abweisung der Klage erreichen.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

Die Revision ist begründet und muß zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung sowie zur Abweisung der Klage führen.

I. Nach Auffassung des Landesarbeitsgerichts sei das Schreiben der Beklagten vom 27. März 1990 als Abmahnung anzusehen. Die Beklagte habe damit auch nicht die Betriebsratstätigkeit des Klägers beanstandet, sondern nur klargestellt, daß eine Werbung des Klägers für die Gewerkschaft während der Arbeitszeit auch nicht im Rahmen seiner Betriebsratstätigkeit erlaubt sei. Die Beklagte habe ebenfalls zu Recht den Kläger darauf hingewiesen, daß er mit seiner Werbeaktion gegenüber dem Mitarbeiter K seine arbeitsvertraglichen Pflichten verletzt habe. Er habe versucht, ihn als Mitglied für die Gewerkschaft Nahrung-Genuß-Gaststätten zu



werben. Zwar gehöre es nach Art. 9 Abs. 3 GG zu den verfassungsrechtlich gewährleisteten Betätigungen einer Gewerkschaft, sich auch im Betrieb um den Beitritt neuer Mitglieder zu bemühen. Das sei während der Arbeitszeit aber nur zulässig, soweit solche Werbemaßnahmen für die Erhaltung und Sicherung des Bestandes der Gewerkschaft unerlässlich seien. Das sei hier nicht der Fall, weil der Kläger den Arbeitnehmer K auch außerhalb dessen Arbeitszeit und während der Pausen für die Gewerkschaft werben könne. In diesem Zusammenhang komme es nicht darauf an, ob der Arbeitsablauf tatsächlich in einem nennenswerten Umfang gestört worden sei oder wieviel Zeit dieser Vorgang letztendlich in Anspruch genommen habe.

Gleichwohl habe die Beklagte wegen dieses Vorfalls dem Kläger keine Abmahnung erteilen dürfen, sondern es bei einer Rüge dieser Vertragsverletzung bewenden lassen müssen, weil die Abmahnung "übersetzt" sei, denn die Beklagte hätte im Falle einer Wiederholung eines derartigen Vorgangs nicht ernsthaft an eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit dem Kläger denken können.

II. Das Landesarbeitsgericht stützt seine Klageabweisung zu Unrecht darauf, daß die Beklagte den Kläger wegen des im Abmahnungsschreiben enthaltenen Vorwurfs auch im Wiederholungsfalle nicht hätte entlassen dürfen. Ob die vorgeworfene Pflichtverletzung den Arbeitgeber zur Kündigung berechtigt, kann erst im Rechtsstreit über die Kündigung selbst und nicht schon vorher abschließend beurteilt werden.



Die Wirksamkeit der Kündigung hängt nicht von der Beseitigung einer vorhergehenden Abmahnung ab, sondern im Kündigungsschutzprozeß ist unabhängig davon zu prüfen, ob die in einer Abmahnung enthaltenen Vorwürfe tatsächlich gerechtfertigt waren oder nicht (vgl. BAG Urteil vom 13. März 1987 - 7 AZR 601/85 - AP Nr. 18 zu § 1 KSchG 1969 Verhaltensbedingte Kündigung = DB 1987, 1494).

Allerdings unterliegt eine Abmahnung wegen einer Pflichtverletzung bestimmten Einschränkungen, die aber von der Beklagten beachtet worden sind:

1. Bei Abmahnungen im Arbeitsverhältnis ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu berücksichtigen (vgl. BAG Urteil vom 7. November 1979 - 5 AZR 962/77 - AP Nr. 3 zu § 87 BetrVG 1972 Betriebsbuße, zu II 2 c der Gründe; Senatsurteil vom 23. April 1986 - 5 AZR 340/85 -, n.v., zu VII 2 a der Gründe, m.w.N.). Danach ist die Ausübung eines Rechts unzulässig, wenn sie der Gegenseite unverhältnismäßig große Nachteile zufügt und andere, weniger schwerwiegende Maßnahmen möglich gewesen wären, die den Interessen des Berechtigten ebenso gut Rechnung getragen hätten oder ihm zumindest zumutbar gewesen wären. Dieser Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wird als Übermaßverbot zur Vermeidung von schwerwiegenden Rechtsfolgen bei nur geringfügigen Rechtsverstößen verstanden (BGH Urteil vom 19. Dezember 1979 - VIII ZR 46/79 - WM 1980, 216). Hiernach hat der Arbeitgeber im Rahmen der ihm zustehenden Freiheit der Meinungsäußerung (Art. 5 Abs. 1 GG) zunächst selbst zu entscheiden, ob er ein Fehlverhalten des Arbeitnehmers mißbilligen will und ob er deswegen eine mündliche



oder schriftliche Abmahnung erteilen will (Senatsurteil vom 23. April 1986 - 5 AZR 340/85 -, n.v., zu VII 2 a der Gründe; vgl. hierzu auch Herschel in Anm. zum BAG Urteil vom 22. Februar 1978 - 5 AZR 801/76 - AP Nr. 84 zu § 611 BGB Fürsorgepflicht in AR-Blattei, Stichwort: "Betriebsbußen", Entschdg. Nr. 9).

2. Die schriftliche Abmahnung der Beklagten ist aber nicht unverhältnismäßig im Vergleich zu dem beanstandeten Verhalten. Daß die Beklagte die Abmahnung in die Personalakte des Klägers aufgenommen hat, ist sachgerecht. Es muß ihr überlassen bleiben, ob sie dies aus Beweisgründen für erforderlich hält oder nicht. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit setzt voraus, daß der Gläubiger - hier also die Beklagte - zwischen verschiedenen Reaktionsmöglichkeiten wählen kann (Ausweichprinzip). Es ginge zu weit, der Beklagten die Abmahnung und die Aufnahme eines Vermerks hierüber in die Personalakte zu untersagen, weil man über den erhobenen Vorwurf auch hinwegsehen könnte. Damit würde die Beklagte zwangsläufig zu erkennen geben, sie nehme an der Verletzung der Arbeitsleistungspflicht keinen Anstoß. Es ist sogar ihre Obliegenheit, darauf hinzuweisen, wenn sie später aus einer gleichartigen Verletzung weitere Konsequenzen herleiten will. Der Beklagten ist ferner zuzubilligen, gegenüber anderen Mitarbeitern durch diese Abmahnung deutlich zu machen, daß sie es nicht hinnimmt, wenn die Arbeitnehmer während der Arbeitszeit beschäftigungsfremden Tätigkeiten nachgehen. Das Schreiben selbst verletzt durch seine Form nicht die Ehre des Klägers und verstößt insoweit nicht gegen das Übermaßverbot.



3. Die Beklagte hält dem Kläger zu Recht vor, daß er seine Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis verletzt hat, wie auch die Vorinstanz zutreffend erkannt hat.

Die Abmahnung erweist sich entgegen der Ansicht des Klägers ferner nicht deshalb von vornherein als ungerechtfertigt, weil er in diesem Zeitpunkt freigestellter Betriebsratsvorsitzender war. Auch ein Betriebsratsmitglied hat seine Vertragspflichten zu erfüllen und ist von diesen nur insoweit entbunden, wie die ihm vom Gesetz zugewiesene Aufgabenstellung als Betriebsratsmitglied dies erfordert. Das Landesarbeitsgericht hat zutreffend darauf hingewiesen, daß dem Kläger kein Verstoß gegen seine Pflichten aus dem Betriebsverfassungsgesetz vorgeworfen wird, sondern die Formulierung im Abmahnungsschreiben vom 27. März 1990 soll lediglich klarstellen, daß eine Werbung des Klägers für die Gewerkschaft während der Arbeitszeit auch nicht im Rahmen seiner Betriebsrats-tätigkeit erlaubt sei. Die dem Kläger vorgeworfene Werbetätigkeit für die NGG während der Arbeitszeit hat mit seiner Betriebsrats-tätigkeit nichts zu tun.

Eine Überschneidung der Tätigkeit des Klägers als Betriebsratsmitglied mit seinen Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis und eine damit verbundene verzeihliche Fehleinschätzung liegt nicht vor (wie sie z.B. gegeben sein könnte, wenn ein Betriebsratsmitglied während der Arbeitszeit nach seiner Auffassung Betriebs-ratstätigkeit ausübt). Deswegen ist hier auch nicht zu erörtern, welche Überlegungen in einem solchen Fall zur interessengerechten Abwägung anzustellen sind.



4. Das Landesarbeitsgericht hat zutreffend in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts erkannt, daß die Verteilung gewerkschaftlichen Werbematerials während der Arbeitszeit für die Erhaltung und Sicherung des Bestandes der Gewerkschaft in diesem Fall nicht unerläßlich war, sondern daß der Kläger Gelegenheit hatte, seine Arbeitskollegen in ihrer arbeitsfreien Zeit anzusprechen. Mangels einer gesetzlichen Regelung der Werbe- und Informationstätigkeiten der Gewerkschaft im Betrieb kommt es allein darauf an, ob die Verteilung von Werbe- und Informationsmaterial durch betriebsangehörige Mitglieder an andere Betriebsangehörige während deren Arbeitszeit als unerläßlich für die Erhaltung und Sicherung des Bestandes der Gewerkschaft angesehen werden muß (BAGE 41, 1, 4 = AP Nr. 35 zu Art. 9 GG, zu III 3 der Gründe). Demgegenüber verweist die Revision auf ein Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 30. August 1983 (- 1 AZR 121/81 - AP Nr. 38 zu Art. 9 GG), wonach Plakatwerbung einer Gewerkschaft im Betrieb zulässig sei. Das Bundesarbeitsgericht ist aber in der vorgenannten Entscheidung bei seiner Rechtsprechung im Urteil vom 26. Januar 1982 (BAGE 41, 1, 4 = AP Nr. 35 zu Art. 9 GG) verblieben und brauchte sich mit der Kritik daran nicht auseinanderzusetzen, weil nach seiner Auffassung die Mitgliederwerbung durch Plakate im Betrieb zum Kernbereich der koalitionsspezifischen Betätigung und damit zum Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG gehört. Das Bundesarbeitsgericht hat in ständiger Rechtsprechung an der Abgrenzung durch das Bundesverfassungsgericht im Urteil vom 17. Februar 1981 (AP Nr. 9 zu Art. 140 GG) festgehalten. Danach besagt die nur auf einen Kernbereich beschränkte verfassungsrechtliche Garantie einer koalitionsmäßigen



Betätigung und damit einer Werbe- und Informationstätigkeit einer Gewerkschaft gleichzeitig, daß eine über diesen Kernbereich hinausgehende Betätigung nicht ebenfalls ihre rechtliche Grundlage in Art. 9 Abs. 3 GG finden könne und außerhalb dieses Kernbereiches einer gesetzlichen Regelung bedürfe, an der es insoweit - auch in diesem Rechtsstreit - fehlt.

Dr. Thomas

Dr. Olderog

Dr. Reinecke

Dr. Koffka

Schütters

