

Julian Köster-Eiserfunke

Ehrverletzungen durch den Arbeitnehmer
unter besonderer Berücksichtigung
sozialer Netzwerke



**Studien zum
deutschen und europäischen Arbeitsrecht**

Herausgegeben von

Prof. Dr. Martin Henssler, Universität zu Köln

Prof. Dr. Martin Franzen, Ludwig-Maximilians-Universität München

Prof. Dr. Felix Hartmann, LL.M. (Harvard), Freie Universität Berlin

Prof. Dr. Clemens Höpfner,
Westfälische Wilhelms-Universität Münster

Prof. Dr. Abbo Junker, Ludwig-Maximilians-Universität München

Prof. Dr. Peter Schüren, Westfälische Wilhelms-Universität Münster

Prof. Dr. Katharina Uffmann, Ruhr-Universität Bochum

Band 88

Julian Köster-Eiserfunke

Ehrverletzungen durch den Arbeitnehmer
unter besonderer Berücksichtigung
sozialer Netzwerke



Nomos



Onlineversion
Nomos eLibrary

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Köln, Univ., Diss., 2020

ISBN 978-3-8487-8047-1 (Print)

ISBN 978-3-7489-2436-4 (ePDF)

1. Auflage 2021

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2021. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit ist im Sommersemester 2020 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln als Dissertation angenommen worden. Rechtsprechung und Literatur konnten bis September 2019 berücksichtigt werden.

Mein besonderer Dank gilt meinen Doktorvater, Herrn Prof. Dr. *Martin Henssler*. Dies insbesondere für die stets uneingeschränkte Unterstützung des Promotionsvorhabens von der Themenwahl bis hin zur Veröffentlichung, ohne die diese Arbeit nicht möglich gewesen wäre. Des Weiteren für die Anregung der Veröffentlichung in der Schriftenreihe „Studien zum deutschen und europäischen Arbeitsrecht“ sowie für die fachlich und persönlich bereichernde Zeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Arbeits- und Wirtschaftsrecht der Universität zu Köln. Weiter herzlich bedanken möchte ich mich bei Frau Prof. Dr. Dr. h.c. *Barbara Dauner-Lieb* für die Übernahme des Korreferats und die umgehende Erstellung des Zweitgutachtens. Weiterhin danke ich der Herausgeberin und den Herausgebern für die Aufnahme in die Schriftenreihe.

Danken möchte ich auch den Kolleginnen und Kollegen aus der gemeinsamen Zeit am Institut. Stellvertretend für alle, die mir mit kleineren und größeren Ratschlägen, Hilfen und Anregungen zur Seite gestanden haben, danke ich Herrn Dr. *Christian Deckenbrock*.

Ganz besonders danken möchte ich meinem Vater, *Josef Köster-Eiserfunke*, für das mühsame, gründliche und hilfreiche Korrekturlesen der Arbeit.

Köln, im Oktober 2020

Julian Köster-Eiserfunke

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	13
Einleitung und Gang der Untersuchung	15
§ 1: Ehrverletzungen im Arbeitsverhältnis	19
A. Die Art und Weise der Ehrverletzung	19
I. Zulässiger Bereich freier Meinungsäußerung	19
1. Historische Entwicklung der Meinungsfreiheit im Arbeitsrecht	19
2. Bedeutung der Bestimmung des Schutzbereichs	21
3. Schutzbereich der Meinungsfreiheit	22
a) Meinung im Sinne eines Werturteils	22
aa) BAG, Urt. v. 18.12.2014 – 2 AZR 265/14	24
bb) BAG, Urt. v. 07.07.2011 – 2 AZR 355/10	24
cc) BVerfG, Beschl. v. 29.06.2016 – 1 BvR 2646/15	25
b) Tatsachenbehauptungen	27
4. Meinungsfreiheit und Auslegung	27
a) BAG, Urt. v. 18.12.2014 – 2 AZR 265/14	28
b) LAG Hessen, Urt. v. 07.11.1996 – 3 Sa 1915/95	28
II. Unzulässiger Bereich	29
1. Beleidigung	29
a) Verbale Beleidigung	30
aa) NS-Vergleiche	30
bb) Formalbeleidigung	31
b) Nonverbale Beleidigung	32
aa) Nichterwidern des Grußes	32
bb) Herabsetzende Gesten	33
cc) Tätlichkeiten	33
2. Üble Nachrede	34
3. Verleumdung	34
B. Die Ehrverletzung als Pflichtverletzung im Arbeitsverhältnis	35
I. Gesetzliche Grundlage der Pflichtverletzung	35
1. Ausdrückliche Regelung in § 123 Abs. 1 Nr. 5 GewO a.F.	35

2. Fehlen einer Regelung bis zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz	37
3. Normierung der Nebenpflichten	38
II. Begründung der Pflichtverletzung	40
1. Beeinträchtigte Arbeitgeberinteressen	41
a) Berufsfreiheit des Arbeitgebers	41
aa) Autorität des Arbeitgebers	42
(1) Autorität in hierarchischen Organisationsstrukturen	43
(2) Autorität in sog. „flachen Hierarchien“	46
bb) Der ordnungsgemäße Betriebsablauf in Form von kollegialer Zusammenarbeit	51
cc) Negative wirtschaftliche Folgen für den Betrieb	55
(1) Beleidigung gegen Externe	56
(a) Bestehen von Geschäftsbeziehungen	56
(b) Kein Bestehen von Geschäftsbeziehungen	58
(2) Beleidigung gegen den Arbeitgeber	59
b) Allgemeines Persönlichkeitsrecht des Arbeitgebers	60
aa) Relevanz der strafrechtlichen Würdigung	63
bb) Zumutbarkeit weiterer Zusammenarbeit	65
(1) Kleinbetriebe	67
(2) Großbetriebe	69
(a) Basisvertrauen	69
(b) Vertrauensinvestition als „riskante Vorleistung“	71
(c) Selbstwiderspruch des Arbeitnehmers	72
cc) Unterlassungsansprüche	74
c) Eigentumsgarantie des Arbeitgebers	75
aa) Geschäftsbeziehungen bzw. Kundenstamm	75
bb) Ruf des Unternehmens	76
2. Mögliche Adressaten der Ehrverletzung	77
a) Arbeitgeber	77
b) Repräsentanten des Arbeitgebers	79
c) Gesellschafter des Arbeitgebers	80
d) Arbeitskollegen	84
e) Kunden bzw. anvertraute Personen	85
f) Verwandte bzw. Freunde der genannten Personengruppen	86
g) Zusammenfassung: Ausrichtung an der Berufsfreiheit	88

3. Der Vertraulichkeitseinwand	88
a) Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zum Vertraulichkeitseinwand	88
b) Die Rechtfertigung des Vertraulichkeitseinwands	90
aa) Das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers als Grundlage des Vertraulichkeitseinwands	90
bb) Übertragbarkeit des Vertraulichkeitseinwands auf das Arbeitsverhältnis	95
(1) Ausgeschlossene Rechtsfolgen in Straf- und Arbeitsrecht	95
(2) Reichweite des Vertraulichkeitseinwands	96
(a) Vergleich zwischen Straf- und Arbeitsrecht	97
(b) Eigene Ansätze zur Ausweitung des Vertraulichkeitseinwands	99
α) Erbetene Vertraulichkeit	100
β) Tatsächliche Vermutung bei kleinen Kollegenkreisen	101
(c) Zusammenfassung	104
(3) Die Grundrechte des Arbeitgebers im Falle vertraulicher Ehrverletzungen	105
(a) Berufsfreiheit	105
α) Autorität des Arbeitgebers	106
β) Ordnungsgemäßer Betriebsablauf in Form kollegialer Zusammenarbeit	107
γ) Negative wirtschaftliche Folgen für den Betrieb	108
δ) Zusammenfassung	109
(b) Allgemeines Persönlichkeitsrecht	109
(c) Eigentumsgarantie	110
(4) Weitere Ansätze zur Rechtfertigung des Vertraulichkeitseinwands im Arbeitsverhältnis	111
(a) Datenschutz vs. Indiskretionen	111
(b) „Privacy“	113
(5) Dogmatische Verortung des Vertraulichkeitseinwands im Arbeitsrecht	114
C. Milderungsgründe für die Ehrverletzung	119
I. Berufsausbildungsverhältnis	120

II. Affekt	122
III. Provokation	124
IV. Nachtatverhalten	125
§ 2: Die Bedeutung sozialer Netzwerke	127
A. Einführung in soziale Netzwerke	127
I. Begriff und Wesen sozialer Netzwerke	127
II. Entwicklung und Bedeutung sozialer Netzwerke	129
III. Für die Untersuchung relevante Netzwerke	131
B. Die Ehrverletzungsproblematik in sozialen Netzwerken	133
I. Die Art und Weise der Ehrverletzung	134
1. Das Profil	135
2. Die Chronik	137
a) Eigene Chronik	137
aa) Eigene Ehrverletzungen	137
bb) Fremde Ehrverletzungen	141
b) Fremde Chronik	144
3. „Gefällt mir“-Klick und Emoticons	144
a) Darstellung	144
b) Rechtliche Einordnung	145
aa) Aussagegehalt und Schwere des „Gefällt mir“-Klicks	146
bb) Die Facebook-Emoticons – Eine Prognose	150
4. Gruppen	152
5. Accountmissbrauch	154
a) Beweisschwierigkeiten	155
b) Zurechnung des Verhaltens Dritter	158
II. Der Vertraulichkeitseinwand	162
1. Facebook-Datenrichtlinie	163
2. Private Nachrichten / Chats	165
3. Gruppen	168
a) Offene Gruppen	169
b) Geschlossene Gruppen	171
c) Geheime Gruppen	173
4. Profil und Chronik	174
a) Eigenes Profil bzw. eigene Chronik	174
aa) Lockere Privatsphäre-Einstellungen	175
bb) Strenge Privatsphäre-Einstellungen	177
(1) Sichtbarkeit für „Freunde“	177

(2) Benutzerdefinierte Einstellungen	182
b) Fremdes Profil bzw. fremde Chronik	183
5. Snapchat	185
6. Bedeutung der Perpetuierung	188
III. Milderungsgründe	189
§ 3: Rechtsfolgen der Ehrverletzung	193
A. Die Rechtsfolgen für das Arbeitsverhältnis	193
I. Außerordentliche Kündigung	193
II. Ordentliche Kündigung	196
III. Abmahnung	198
IV. Verdachtskündigung	204
V. Auflösung des Arbeitsverhältnisses durch Gerichtsurteil	205
B. Weitere Rechtsfolgen	208
I. Beseitigung, Widerruf und Unterlassung der Ehrverletzung	208
II. Schadensersatz und Geldentschädigung	211
C. Prozessuale Fragen	213
§ 4: Prävention	217
A. Inhalte einer Social Media Guideline	220
B. Mitbestimmung des Betriebsrats bei Social Media Guidelines	223
I. Von vornherein mitbestimmungsfreie Konstellationen	224
II. Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG	225
III. Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG	226
IV. Umfang der Mitbestimmung	230
§ 5: Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	232
Literaturverzeichnis	241

Abkürzungsverzeichnis

Hinsichtlich aller verwendeten Abkürzungen wird auf *Hildebert Kirchner*, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 9. Auflage, Berlin 2018, verwiesen.

Einleitung und Gang der Untersuchung

„Das Tolle am Internet ist, dass endlich jeder der ganzen Welt seine Meinung mitteilen kann – das Furchtbare ist, dass das auch jeder tut.“¹

Dieser Ausruf, entnommen aus einem bekannten Roman der jüngeren Populärliteratur, zeigt in besonders prägnanter Weise die Vorzüge und die Schattenseiten auf, die sich aus der immensen Verlagerung von Kommunikation hinein in den virtuellen Bereich ergeben.

Denkt man lediglich 20 Jahre zurück, so steckte das für jedermann zugängliche Internet noch in den Kinderschuhen. Denkt man nur zehn Jahre zurück, so stand die massenhafte Verbreitung sozialer Netzwerke gerade erst am Anfang. Und vor fünf Jahren schaltete der Großteil der Nutzer sozialer Netzwerke immerhin noch den PC oder Laptop ein, um zu kommentieren, während heutzutage ein Griff in die Hosentasche ausreicht. Hierbei handelt es sich wohlgerne um Faktoren, die heute bei weiten Teilen der Bevölkerung in beinahe jeden Lebensbereich einstrahlen und einwirken. Ob am Arbeitsplatz, bei der Freizeitgestaltung oder schlicht der gewöhnlichen Kommunikation hat es in der jüngeren Vergangenheit massive Verschiebungen der Gewohnheiten gegeben.²

Insbesondere der Aspekt der Kommunikation ist der zentrale Gegenstand der vorliegenden Arbeit. Hierbei soll jedoch nicht auf halber Strecke stehen geblieben werden, oder präziser ausgedrückt, es soll nicht nur die zweite Hälfte des Weges beschritten werden: Denn die rechtliche Behandlung von Ehrverletzungen in sozialen Netzwerken baut auf der Behandlung von Ehrverletzungen aus der „realen Welt“ auf. Bei der rechtlichen Durchdringung der Letztgenannten ist allerdings vieles unausgereift. Oftmals fehlt es an präziser dogmatischer Begründung, häufig fehlt es aber auch an Leitlinien, die die in alle Richtungen wuchernde Rechtsprechung verlässlicher und vorhersehbarer machen. Welche Interessen des Arbeitgebers sind es eigentlich, die diesen berechtigen, auf Ehrverletzungen mit arbeitsrechtlichen Sanktionen zu reagieren, obwohl das Arbeitsprodukt selbst ja zumeist unmittelbar gar nicht betroffen ist? Bei der Beleidigung

1 *Kling*, Die Känguru-Chroniken, S. 108.

2 Für Statistiken zur Entwicklung der Nutzung sozialer Netzwerke, s.u. unter § 2, A. II.

welcher Personen muss der Arbeitnehmer mit Sanktionen rechnen? Und bei wie vielen (bzw. vielmehr wenigen) Anwesenden ist eine Beleidigung eigentlich vertraulich? Dies ist nur eine kleine Auswahl der Fragen, die sich in diesem Zusammenhang stellen. Zu ihrer Klärung will die vorliegende Arbeit einen Beitrag leisten. Es sollen zum einen dogmatisch fruchtbare Denkanstöße, zum anderen aber auch praktisch hilfreiche Lösungsansätze erarbeitet werden.

In diesem Sinne geht es im ersten Teil zunächst grundlegend um die Art und Weise der Ehrverletzung. Es wird ganz generell abgesteckt, wie weit die Meinungsäußerungsfreiheit reicht und an welchem Punkt der unzulässige Bereich beginnt. Danach folgt der zentrale Abschnitt des ersten Teils, nämlich die Auseinandersetzung mit der Frage, inwiefern Ehrverletzungen Pflichtverletzungen im Arbeitsverhältnis darstellen können. Ausgehend von der gesetzlichen Grundlage wird als Erstes untersucht, welche Arbeitgeberinteressen hierfür betroffen sein müssen. Mit einbezogen ist die Frage, wer überhaupt Adressat einer Ehrverletzung mit einem Bezug zu einem Arbeitsverhältnis sein kann. Schließlich wird auf Äußerungen eingegangen, die in vertraulichem Rahmen gefallen sind. Es wird zum einen untersucht, ob ein solcher Rahmen besteht, zum anderen, wann und ggf. warum er eine Pflichtverletzung im Arbeitsverhältnis entfallen lässt. Ergänzend wird auf einige Milderungsgründe eingegangen, die speziell in Beleidigungs-Konstellationen relevant sein können.

Auf diesen ausführlichen Überlegungen aufbauend wird dann im zweiten Teil die Brücke zu den sozialen Netzwerken geschlagen. Als der Verfasser dieser Arbeit im Jahre 2012 im Rahmen seines Studiums sein sechswöchiges Rechtspflegepraktikum bei der DGB Rechtsschutz GmbH ableistete, hätte er sich nicht träumen lassen, dass während dieses doch vergleichsweise überschaubaren Zeitraums der Anstoß für das Thema seiner späteren Dissertation gegeben werden sollte. Damals erreichte ein noch recht neues Phänomen die Arbeitsgerichte, nämlich die Sanktionierung von Arbeitnehmern, die in sozialen Netzwerken – zumeist handelte es sich um das Netzwerk Facebook – den eigenen Chef oder Arbeitskollegen beleidigt hatten. Bei allen Beteiligten war insoweit eine gewisse Unsicherheit zu spüren, da man hier – ob tatsächlich oder jedenfalls gefühlt – Neuland betrat. Betrachtet man rückblickend die bisher zu dieser Thematik ergangenen Entscheidungen – auch diejenige, die in die Zeit des genannten Praktikums fiel, wird im Rahmen dieser Arbeit hinreichend gewürdigt –, so bleibt leider die einzige Erkenntnis, dass es bislang kaum gesicherte Erkenntnisse gibt. Nicht nur fehlt es an höchstrichterlicher Rechtspre-

chung³, auch die Instanzgerichte entscheiden durchaus divergierend, so dass verlässliche Prognosen kaum möglich sind. Rechtssicherheit sucht man daher weitgehend vergeblich. Dabei stellen sich auch hier zahlreiche Fragen: Ist Vertraulichkeit in sozialen Netzwerken möglich? Wie ist ein „Gefällt mir“-Klick rechtlich einzuordnen? Und wer muss bei virtuellen Beleidigungen eigentlich was beweisen?

In diesem Sinne ist der zweite Teil der Arbeit (noch) praktischer orientiert als der erste Teil: Es wird versucht, Leitlinien zu entwickeln, mit deren Hilfe sowohl sachgerechte Ergebnisse ermöglicht werden als auch die Vorhersehbarkeit derselben und damit die Rechtssicherheit erhöht wird. Hierbei werden – soweit es sich anbietet – die Ergebnisse aus dem ersten Teil übertragen. Möglichst viele denkbare Konstellationen werden einzeln berücksichtigt.

Nach einer kurzen Einführung in soziale Netzwerke, die auch die Entwicklung und Verbreitung in den letzten Jahren in den Blick nimmt, befasst sich die Arbeit zunächst wiederum mit der Art und Weise der Ehrverletzung. Diesmal wird jedoch nicht wie im ersten Teil der allgemeine Rahmen des Zulässigen abgesteckt, sondern es erfolgt eine Auseinandersetzung mit den zahlreichen Formen, in denen in sozialen Netzwerken Beleidigungen vorkommen können. Auch insoweit ist längst nicht alles so klar, wie es auf den ersten Blick scheint. Danach geht es erneut um das Thema der Vertraulichkeit: Anhand der zuvor behandelten Beleidigungsformen in sozialen Netzwerken wird Schritt für Schritt untersucht, ob – und wenn ja, inwiefern – Äußerungen vertraulich sein können. Schließlich wird noch kurz auf Milderungsgründe eingegangen, die speziell bei Beleidigungen in sozialen Netzwerken eine Rolle spielen können.

Nach diesen beiden Hauptteilen folgen zwei kürzere Abschnitte. Zunächst geht es um die Rechtsfolgen, die durch Ehrverletzungen im Arbeitsverhältnis ausgelöst werden können. Hierbei wird zwischen Rechtsfolgen, die direkt das Arbeitsverhältnis betreffen, und sonstigen Rechtsfolgen differenziert. Weiterhin wird auf Fragen der Beweisverwertung eingegangen. Im letzten Teil geht es um einen präventiven Ansatz. Anstatt im Nachhinein „repressiv“ tätig zu werden, wird vermehrt auf sog. Social Media Guidelines gesetzt. Beleuchtet wird speziell eine Umsetzung im Wege der Betriebsvereinbarung.

3 Die Schwerpunkte von BAG, Urt. v. 31.07.2014 – 2 AZR 505/13 – NZA 2015, 245 (der – soweit ersichtlich – bislang einzigen höchstrichterlichen Entscheidung mit Bezug zu sozialen Netzwerken) lagen bei anderen Rechtsfragen.

Einleitung und Gang der Untersuchung

Eine Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse rundet die Darstellung ab. Spätestens an dieser Stelle sollte – so jedenfalls die Hoffnung beim Verfassen der Arbeit – ein wenig „Licht ins Dunkel“ der zahlreichen klärungsbedürftigen Fragen gebracht worden sein.

§ 1: Ehrverletzungen im Arbeitsverhältnis

A. Die Art und Weise der Ehrverletzung

Im Rahmen der Erarbeitung der notwendigen Grundlagen bedarf es zunächst einer Auseinandersetzung mit der Art und Weise einer Ehrverletzung. Zum einen muss in Abgrenzung zur Ehrverletzung der zulässige Bereich der Meinungsäußerung bestimmt (I.), zum anderen der unzulässige Bereich konkretisiert werden (II.). Betroffen ist, anders gewendet, der sachliche Anwendungsbereich der Ehrverletzungsproblematik.

I. Zulässiger Bereich freier Meinungsäußerung

Das Grundgesetz garantiert in Art. 5 Abs. 1 Satz 1 Hs. 1 jedem das Recht, seine Meinung in Wort, Schrift und Bild frei zu äußern und zu verbreiten.

Konzipiert sind die Grundrechte als Abwehrrechte gegen den Staat. Beschränkte man sie jedoch auf diese Funktion, würde daraus folgen, dass sich bspw. im Arbeitsverhältnis niemand auf die Meinungsfreiheit berufen könnte. Dies vertritt heute niemand mehr.⁴ Historisch lässt sich die Entwicklung der Grundrechtsdogmatik folgendermaßen skizzieren.

1. Historische Entwicklung der Meinungsfreiheit im Arbeitsrecht

Vor Geltung des Grundgesetzes bestand – jedenfalls auf dem Papier⁵ – ein verfassungsrechtliches „Drittwirkungsgebot“⁶, denn Art. 118 Abs. 1 Satz 2 WRV statuierte, an der Meinungsfreiheit dürfe den Grundrechtsträger „kein Arbeits- oder Anstellungsverhältnis hindern“ und niemand dürfe ihn „benachteiligen, wenn er von diesem Rechte Gebrauch macht“. Eine entsprechende Regelung kommt im Grundgesetz zwar nicht vor, dies schließt jedoch die Geltung der Meinungsfreiheit im Arbeitsverhältnis nicht aus.⁷

4 Statt aller ErfK/Schmidt, Art. 5 GG Rn. 28.

5 Näher Söllner, in: Festschrift Herschel 1982, S. 392.

6 Söllner, in: Festschrift Herschel 1982, S. 392.

7 Preis/Stoffels, RdA 1996, 210, 211.

Das Bundesarbeitsgericht nahm zwischenzeitlich gar eine unmittelbare Drittwirkung der Meinungsfreiheit an⁸, hat hiervon allerdings später Abstand genommen.⁹ Die „Lehre von der unmittelbaren Drittwirkung“ geht auf Hans Carl Nipperdey zurück.¹⁰ Für diese Lehre und damit für ein Recht der freien Meinungsäußerung gegenüber dem Arbeitgeber wird das bedenkenswerte Argument angeführt, dieser habe wie der Staat eine soziale Machtstellung inne, aufgrund derer er den unliebsame Meinungen Äußernden mit Sanktionen belegen könne. Die Reduzierung des Grundrechtsschutzes auf das Staat-Bürger-Verhältnis setze eine tendenziell herrschaftsfreie Gesellschaft voraus, die nicht existiere.¹¹ Nicht überzeugend ist in diesem Zusammenhang die Erwiderung, die grundrechtstypische Gefährdungslage bestehe aufgrund der privatautonomen Möglichkeiten des Arbeitnehmers, überhaupt kein Arbeitsverhältnis einzugehen bzw. sich von diesem wieder zu lösen, gar nicht.¹² Anknüpfungspunkt der Gegenauffassung ist ja gerade die Erkenntnis, dass diese Gefährdungslage aufgrund der Angewiesenheit des Arbeitnehmers auf einen Arbeitsplatz eben doch besteht. Letztlich sind dogmatische Überlegungen entscheidend. Sowohl Arbeitnehmer als auch Arbeitgeber sind – wie der Umkehrschluss aus Art. 1 Abs. 3 GG zeigt – Grundrechtsträger (der Arbeitgeber ggf. gemäß Art. 19 Abs. 3 GG), sodass Grundrechte in ihrem Verhältnis zueinander nicht unmittelbar wirken können.¹³

Grundlegend für die heute allgemeine Ansicht von der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte ist das sog. Lüth-Urteil des Bundesverfassungsgerichts, wonach sich im bürgerlichen Recht der Rechtsgehalt der Grundrechte mittelbar durch die privatrechtlichen Vorschriften entfaltet. Insbesondere die Meinungsfreiheit sei für die freiheitlich-demokratische Grundordnung „schlechthin konstituierend“, da sie den ihre Grundlage bildenden Meinungskampf erst ermögliche.¹⁴ Nunmehr nimmt auch das Bundesarbeitsgericht an, aus den Grundrechten würden Privaten keine unmittelbaren Pflichten erwachsen, in ihnen sei jedoch eine Wertentschei-

8 BAG, Urt. v. 03.12.1954 – 1 AZR 150/54 – BAGE 1, 185, 193; BAG, Urt. v. 28.09.1972 – 2 AZR 469/71 – BAGE 24, 438, 441.

9 BAG (GS), Beschl. v. 27.02.1985 – GS 1/84 – BAGE 48, 122.

10 Nipperdey, Grundrechte und Privatrecht.

11 Däubler, Gewerkschaftsrechte im Betrieb, Rn. 561 ff.

12 So aber Manger, Kritik im Arbeitsverhältnis und ihre Grenzen, S. 11.

13 BeckOK InfoMedienR/Kübling, Art. 5 GG Rn. 37.

14 BVerfG, Urt. v. 15.01.1958 – 1 BvR 400/51 – BVerfGE 7, 198 („Lüth“).

derung zu sehen, die für alle Bereiche des Rechts wirke, sodass diese Wertungen auch im Arbeitsrecht zu berücksichtigen seien.¹⁵

2. Bedeutung der Bestimmung des Schutzbereichs

Die Bestimmung des Schutzbereiches des Art. 5 Abs. 1 Satz 1 Hs. 1 GG ist von entscheidender Bedeutung für die Überprüfung der Zulässigkeit einer Äußerung. Ist der Schutzbereich eröffnet, richtet sich dies nach der allgemeinen Grundrechtsdogmatik, namentlich nach den in Art. 5 Abs. 2 GG enthaltenen Einschränkungsmöglichkeiten der allgemeinen Gesetze, den Gesetzen zum Jugendschutz sowie dem Recht der persönlichen Ehre. Allgemeine Gesetze sind dabei solche, die sich nicht gegen eine Meinung als solche richten, sondern die vielmehr dem Schutz eines schlechthin – ohne Rücksicht auf eine bestimmte Meinung – zu schützenden Rechtsguts dienen.¹⁶ Inhaltlich geht es um den Bereich des Ehrenschatzes, wobei die wenigen einschlägigen Vorschriften des Straf- und Deliktsrechts – wie bspw. §§ 185 ff. StGB – den besonderen arbeitsrechtlichen Bereich kaum vollständig erfassen können.¹⁷ Daher findet Art. 5 Abs. 1 Satz 1 Hs. 1 GG seine Schranken in den Grundregeln des Arbeitsverhältnisses, welche sich aus den allgemeinen Gesetzen der §§ 241 Abs. 2, 242 BGB ergeben.¹⁸ Hiernach bestehen als Nebenpflicht aus dem Schuldverhältnis Pflichten zur Rücksichtnahme auf die Interessen des anderen Teils. Um der besonderen Bedeutung der Meinungsfreiheit Rechnung zu tragen, sind diese Schranken allerdings im Lichte des Art. 5 GG restriktiv auszulegen, es findet also eine

15 BAG (GS), Beschl. v. 27.02.1985 – GS 1/84 – BAGE 48, 122, 138f.; *Kissel*, NZA 1988, 145. Auch *Däubler*, Gewerkschaftsrechte im Betrieb, spricht insoweit von einem angemessenen Schutz der Meinungsfreiheit des Arbeitnehmers durch die aktuelle Rechtsprechung. Näher zur Drittwirkung von Grundrechten im Arbeitsverhältnis *Howald*, Das Kommunikationsgrundrecht der Meinungsfreiheit, S. 12 ff.

16 BVerfG, Urt. v. 15.01.1958 – 1 BvR 400/51 – BVerfGE 7, 198, 209f. („Lüth“); *Maunz/Dürig/Grabenwarter*, Art. 5 Abs. 1, 5 Abs. 2 Rn. 122.

17 *ErfK/Schmidt*, Art. 5 GG Rn. 32.

18 BAG, Urt. v. 10.12.2009 – 2 AZR 534/08 – NZA 2010, 698, 699; *KR/Fischermeier*, § 626 BGB Rn. 125; *HWK/Sandmann*, § 626 BGB Rn. 176; a.A. u.a. *Preis/Stoffels*, RdA 1996, 210, 212, die auf die Grundrechte des Arbeitgebers aus Art. 2 Abs. 1, 12 und 14 GG als Schranken abheben. Auf diesen Streit braucht hier nicht näher eingegangen werden.

sog. Wechselwirkung statt.¹⁹ In den meisten von der Rechtsprechung unterschiedenen Fällen geht es um politische Betätigung bzw. entsprechende Äußerungen im Betrieb²⁰ und in der Folge um den umstrittenen Begriff des Betriebsfriedens.²¹

Ergibt die Prüfung, dass die Äußerung zulässig war, liegt konsequenterweise keine Pflichtverletzung vor, sodass bspw. dem Ausspruch einer verhaltensbedingten Kündigung oder der Erteilung einer Abmahnung die Grundlage entzogen ist.

Für diese Arbeit sind lediglich diejenigen Fälle erheblich, in denen entweder der Schutzbereich der Meinungsfreiheit gar nicht erst eröffnet ist oder in denen die o.g. Schranken der Meinungsfreiheit Letztere überwiegen. Es geht also konkret „nur“ um die – unter II.) näher betrachteten – Fälle von Formalbeleidigungen, Schmähungen und Entwürdigungen.²²

3. Schutzbereich der Meinungsfreiheit

In den Schutzbereich der Meinungsfreiheit fallen sowohl Meinungen als auch Tatsachenbehauptungen, soweit diese Voraussetzung für die Bildung von Meinungen sind.²³

a) Meinung im Sinne eines Werturteils

Unter einer Meinung wird zunächst das Werturteil verstanden, also eine durch das Element der Stellungnahme und des Dafürhaltens geprägte Äu-

19 BVerfG, Beschl. v. 16.10.1998 – 1 BvR 1685/92 – EzA BGB § 611 Abmahnung Nr. 40; ErfK/Schmidt, Art. 5 GG Rn. 32; KR/Fischermeier, § 626 BGB Rn. 125.

20 Überblick bei Kissel, NZA 1988, 145, 149.

21 Dazu ErfK/Schmidt, Art. 5 GG Rn. 34; HWK/Sandmann, § 626 BGB Rn. 174 ff.

22 Fuhrrott/Oltmanns, DB 2017, 1840, 1841; Krause, in: Festschrift v. Hoyningen-Huene, S. 223.

23 BVerfG, Beschl. v. 22.06.1982 – 1 BvR 1376/79 – BVerfGE 61, 1, 8; Maunz/Dürig/Grabemwarter, Art. 5 Abs. 1, 5 Abs. 2 Rn. 47 f.

ßerung.²⁴ Ein Beweis der Meinung ist demzufolge nicht möglich.²⁵ Schon hieraus ergibt sich, dass es nicht darauf ankommen kann, ob sie als vernünftig oder gar zutreffend erachtet wird.²⁶ Vielmehr leistet sie einen Beitrag zur geistigen Auseinandersetzung. Im Arbeitsverhältnis ist dies insbesondere von Bedeutung, wenn es um Kritik am Arbeitgeber geht. Da diese in aller Regel auf die Verbesserung der Arbeitsbedingungen, betrieblichen Abläufe, des persönlichen Umgangs o.Ä. abzielt, ist sie im Lichte des Art. 5 Abs. 1 Satz 1 Hs. 1 GG im Grundsatz zulässig. Dies gilt auch und gerade bei unternehmensöffentlichen Äußerungen bzw. im Rahmen öffentlicher Auseinandersetzungen.²⁷ Voraussetzung ist immer die Sachlichkeit der Kritik.²⁸ Diese Ebene der Auseinandersetzung wird in dem Moment verlassen, in dem die Verunglimpfung bzw. Herabwürdigung der „kritisierten“ Person im Vordergrund steht. Es handelt sich dann um sog. „Schmähekritik“.²⁹ Die Abgrenzung fällt zuweilen schwer, da Kritik auch polemisch und zugespitzt formuliert werden kann und dabei die Grenzen zur Herabwürdigung leicht verschwimmen können. Gelöst werden kann diese Problematik nur über eine Einzelfallbetrachtung. Führt diese Betrachtung zu dem Ergebnis, dass es sich um Schmähekritik handelt, ist der Schutzbereich der Meinungsfreiheit schon nicht eröffnet, sodass eine finale Abwägung zwischen ihr und der Ehre des Kritisierten nicht mehr erforderlich ist.³⁰ Entscheidendes Abgrenzungskriterium ist hierbei, ob die Äußerung einen

24 BVerfG, Urt. v. 15.01.1958 – 1 BvR 400/51 – BVerfGE 7, 198, 210 („Lüth“); BVerfG, Beschl. v. 22.06.1982 – 1 BvR 1376/79 – BVerfGE 61, 1, 8; BVerfG, Beschl. v. 13.04.1994 – 1 BvR 23/94 – BVerfGE 90, 241, 247; BVerfG, Beschl. v. 04.11.2009 – 1 BvR 2150/08 – BVerfGE 124, 300, 320; Maunz/Dürig/*Grabenwarter*, Art. 5 Abs. 1, 5 Abs. 2 Rn. 47; BeckOK GG/*Schemmer*, Art. 5 Rn. 4.

25 BVerfG, Beschl. v. 14.03.1972 – 2 BvR 41/71 – BVerfGE 33, 1, 14; BVerfG, Beschl. v. 13.04.1994 – 1 BvR 23/94 – BVerfGE 90, 241, 247; Maunz/Dürig/*Grabenwarter*, Art. 5 Abs. 1, 5 Abs. 2 Rn. 47.

26 BVerfG, Beschl. v. 22.06.1982 – 1 BvR 1376/79 – BVerfGE 61, 1, 7 ff.; ErfK/*Schmidt*, Art. 5 GG Rn. 5.

27 BAG, Urt. v. 12.01.2006 – 2 AZR 21/05 – NZA 2006, 917, 921; KR/*Rachor*, § 1 KSchG Rn. 502; HWK/*Quecke*, § 1 KSchG Rn. 235.

28 BAG, Urt. v. 24.11.2005 – 2 AZR 584/04 – NZA 2006, 650, 651; HWK/*Quecke*, § 1 KSchG Rn. 235.

29 BVerfG, Beschl. v. 26.06.1990 – 1 BvR 1165/89 – BVerfGE 82, 272, 283 f.; BVerfG, Beschl. v. 09.10.1991 – 1 BvR 1555/88 – BVerfGE 85, 1, 16; ErfK/*Schmidt*, Art. 5 GG Rn. 5.

30 BVerfG, Beschl. v. 05.12.2008 – 1 BvR 1318/07 – NJW 2009, 749, 750.

Sachbezug aufweist oder nicht.³¹ Dies soll anhand der Betrachtung vereinzelter Kasuistik verdeutlicht werden.

aa) BAG, Urt. v. 18.12.2014 – 2 AZR 265/14

In diesem vom Bundesarbeitsgericht zu entscheidenden Fall ging es um Äußerungen einer Angestellten in der Landkreisverwaltung, die im Wahlkampf gegen den Amtsinhaber (also einen Repräsentanten ihres Arbeitgebers) kandidierte. In einem Werbeflyer war unter dem Punkt „Transparenz in der Verwaltung“ zu lesen:

„Wie der jüngste Umweltskandal [im Landkreis] und der Subventionsbetrug [...] beweist, deckt der amtierende Landrat sogar die Betrügereien im Kreis. Ich stehe für eine transparente Politik, die Gesetze einhält und die Pflichtaufgaben des Landkreises überprüft.“

Entscheidend für die Wirksamkeit der folgenden außerordentlichen Kündigung war, ob eine derartige Äußerung in den Bereich der Meinungsfreiheit fällt oder nicht. Das Gericht hält zunächst fest, dass die Äußerung nicht schon deswegen privilegiert sei, weil sie aus dem Wahlkampf stammt.³² Allerdings sei bei der Deutung der Kontext zu berücksichtigen.³³ In diesem Zusammenhang wird festgestellt, dass nicht dem Landrat selbst „kriminelle Machenschaften“ unterstellt werden, sondern dass dessen Amtswahrnehmung kritisiert wird, indem ein bereits zuvor in der Öffentlichkeit diskutiertes Thema aufgegriffen wird. Demzufolge stand nicht die persönliche Diffamierung, sondern die politische Frage im Vordergrund³⁴, sodass es sich nicht um Schmähkritik handelte.

bb) BAG, Urt. v. 07.07.2011 – 2 AZR 355/10

Ein Gegenbeispiel liefert der Sachverhalt, der der folgenden Rechtsstreitigkeit zugrunde lag. Ein Arbeitnehmer hatte dem Personalleiter ein Schreiben zugesandt, in dem er mit Bezug auf ein länger zurückliegendes Perso-

31 BAG, Urt. v. 07.07.2011 – 2 AZR 355/10 – NZA 2011, 1412; Schaub/Linck, Arbeitsrechts-Handbuch, § 3 Rn. 30.

32 BAG, Urt. v. 18.12.2014 – 2 AZR 265/14 – NZA 2015, 797, 798 f.

33 BAG, Urt. v. 18.12.2014 – 2 AZR 265/14 – NZA 2015, 797, 799.

34 BAG, Urt. v. 18.12.2014 – 2 AZR 265/14 – NZA 2015, 797, 800.

nalggespräch u.a. äußerte, dessen Aussage, man wolle nur gesunde und voll einsetzbare Mitarbeiter, sei „vergleichbar mit Ansichten und Verfahrensweisen aus dem Dritten Reich“.³⁵ Zwar ist auch bei dieser Auseinandersetzung ein Sachbezug gegeben, nämlich unterschiedlich bewertete Aussagen des Personalleiters im Personalgespräch. Allerdings löst sich der Vergleich mit Verfahrensweisen aus dem Dritten Reich vollständig von der Sachebene, sodass die gewollte Herabwürdigung in den Vordergrund rückt.³⁶ Mangels Sachbezug ist damit an sich die Grenze zur Schmähkritik überschritten.³⁷ Dass jedoch in jüngerer Zeit die angelegten Maßstäbe seitens des Bundesverfassungsgerichts verschoben wurden, zeigt die folgende Entscheidung, die zugleich deutlich macht, in welche Richtung die Abgrenzung im Zweifel zu gehen hat.

cc) BVerfG, Beschl. v. 29.06.2016 – 1 BvR 2646/15

Der Beschluss betrifft zwar keine arbeitsrechtliche Thematik, doch lassen sich die Erwägungen übertragen. Ein Rechtsanwalt hatte sich einige Stunden nach einer heftigen verbalen Auseinandersetzung mit einer Staatsanwältin in einem Telefongespräch mit einem Journalisten über das den Streit auslösende Verfahren geäußert und dabei seine Kontrahentin als „dahergelaufene Staatsanwältin“, „durchgeknallte Staatsanwältin“, „widerwärtige, boshafte, dümmliche Staatsanwältin“ sowie „geistesranke Staatsanwältin“ bezeichnet.³⁸ Das Bundesverfassungsgericht argumentiert zunächst vom Ergebnis her, indem es festhält, dass Schmähkritik bereits deswegen nur ausnahmsweise angenommen werden solle, weil dann ja gerade keine Abwägung zwischen der Meinungsfreiheit des Äußernden und dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Adressaten stattfinde. Darauf aufbauend hält es der Tatsacheninstanz vor, ohne hinreichende Begründung diesen „Sonderfall“ angenommen zu haben. Dieser liege nämlich lediglich dann vor, wenn nicht mehr die Auseinandersetzung in der Sache, sondern – jenseits auch polemischer und überspitzter Kritik³⁹ – die Diffamierung der Person im Vordergrund stehe.⁴⁰ Angewandt auf den konkreten Fall wird

35 BAG, Urt. v. 07.07.2011 – 2 AZR 355/10 – NZA 2011, 1412, 1413.

36 BAG, Urt. v. 07.07.2011 – 2 AZR 355/10 – NZA 2011, 1412, 1414.

37 Die außerordentliche Kündigung war aus anderen Gründen unwirksam.

38 BVerfG, Beschl. v. 29.06.2016 – 1 BvR 2646/15 – NJW 2016, 2870.

39 Beispiel aus dem Bereich der sozialen Medien bei ArbG Iserlohn, Urt. v. 09.03.2010 – 5 Ca 2640/09 – juris Rn. 46.

40 BVerfG, Beschl. v. 29.06.2016 – 1 BvR 2646/15 – NJW 2016, 2870, 2871.

es noch deutlicher: Erforderlich sei, dass sich die Äußerungen von dem Ermittlungsverfahren völlig gelöst hätten oder der Verfahrensbezug nur als mutwillig gesuchter Anlass oder Vorwand genutzt wurde, um die Staatsanwältin als solche zu diffamieren.⁴¹

Dass es sich hierbei um ein äußerst enges Verständnis von Schmähkritik handelt, wird deutlich, wenn man sich vorzustellen versucht, wann denn eine solche überhaupt noch gerichtsfest festgestellt werden könnte: Die danach erforderliche Beleidigung ohne jeden Kontextbezug ist kaum vorstellbar, denn wer beschimpft schon einen anderen völlig ohne Grund?⁴² Nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts gilt jedoch: Solange ein Sachanliegen nicht gänzlich ausgeschlossen werden kann, darf Schmähkritik nicht angenommen werden, denn der Beweis, dass jemand einen anderen ohne jeden Sachgrund herabgesetzt hat, ist kaum zu führen.⁴³

Daher wird es zumeist auf eine Abwägung zwischen Meinungsfreiheit auf der einen Seite und allgemeinem Persönlichkeitsrecht auf der anderen Seite hinauslaufen. Ob dies am Ende zu anderen Resultaten führt, als wenn man den Begriff „Schmähkritik“ in einem weiteren Sinne verstünde, ist damit freilich nicht gesagt.⁴⁴

41 BVerfG, Beschl. v. 29.06.2016 – 1 BvR 2646/15 – NJW 2016, 2870, 2871.

42 *Gostomzyk*, NJW 2016, 2871, 2872. Vgl. aber zu einer der wenigen denkbaren Konstellationen OLG Dresden, Beschl. v. 16.05.2018 – 4 W 305/18 – NJW-RR 2018, 1005, das annimmt, die Äußerung, ein Rechtsanwalt sei „kriminell und korrupt“ und „gehöre weggesperrt“, stelle jedenfalls dann eine unzulässige Schmähkritik dar, wenn mit dem Äußernden zu keinem Zeitpunkt ein Mandatsverhältnis bestand und keine tatsächlichen Anhaltspunkte zur Untermauerung dieser Vorwürfe genannt werden.

43 *Muckel*, JA 2016, 797, 798; vgl. in diesem Sinne auch BVerfG, Beschl. v. 08.02.2017 – 1 BvR 2973/14 – NJW 2017, 1460 („Obergauleiter der SA-Horden“, kritisch dazu *Hufen*, JA 2017, 899, 900 f.) sowie jüngst Beschl. v. 14.06.2019 – 1 BvR 2433/17 – BeckRS 2019, 15126 (Verhandlungsführung einer Richterin wie "einschlägige Gerichtsverfahren vor ehemaligen nationalsozialistischen deutschen Sondergerichten“).

44 In diese Richtung auch BVerfG, Beschl. v. 30.05.2018 – 1 BvR 1149/17 – NZA 2018, 924, in dem zunächst ausführlich das Vorliegen von Schmähkritik verneint wird, um sodann in wenigen knappen Sätzen festzustellen, dass das Abwägungsergebnis, wonach in diesem Fall die Meinungsfreiheit zurückzutreten habe, „vertretbar“ sei.