

Verfall von Urlaub

Rechtsprechung
reformiert Urlaubsrecht S. 8



Die neue elektronische AU-Bescheinigung

Eine kritische Betrachtung S. 14

Umgang mit Low Performern

Von klassischen Missverständnissen S. 24

Hinweisgeberschutzgesetz beschlossen

Interview zur Umsetzung der EU-RL S. 28

Eine arbeitsrechtliche Einordnung mit Handlungsempfehlung

Aktivisten im Betrieb

Der Trend Employee Activism wird durch global wirksame Ereignisse wie die Coronavirus-Pandemie und allgemeine gesellschaftspolitische Entwicklungen wie die Bekämpfung von wahrgenommener und tatsächlicher Ungleichheit oder die Bemühungen um den Klimaschutz verstärkt. Seit einiger Zeit macht der Employee Activism auch in Europa und Deutschland von sich Reden. Unternehmen und Personalverantwortliche sollten daher wissen, was das bedeutet, wie sich das Phänomen rechtlich auf die Arbeitsverhältnisse im Betrieb auswirkt und wie Arbeitgeber damit umgehen können.



DEFINITION UND ARBEITSRECHTLICHER RAHMEN

„An sich ist das doch nur konsequent in der Zeit, in der wir leben“ sagen die einen. „Unnötig, überflüssig und sogar teilweise übergriffig“ sagen die anderen. Es ist die Rede vom Employee Activism oder, etwas sperrig eingedeutscht, die Rede von der „engagierten Belegschaft“. Das Phänomen stammt aus den USA und hat sich dort vor einigen Jahren zu einem konstanten Bestandteil der Arbeitswelt entwickelt. Es beschäftigt Führungskräfte und Personalabteilungen unterschiedlicher Unternehmen und Branchen – von der IT-Industrie über die Textilwirtschaft bis hin zur Nahrungsmittel- und Gaststättenbranche. Dabei ist festzuhalten, beim Employee Activism geht es oft nicht nur um die klassischen Themen der Gewerkschaftsbewegung, wie Entgeltfragen sowie andere Arbeitsbedingungen.

Was also konkret ist Employee Activism oder auch Arbeitnehmer-Aktivismus? Eine praktisch brauchbare Klärung des Begriffs ist wichtig, um die Aktivitäten von anderen, traditionellen Formen der Betätigung und Vertretung der Belegschaften in Unternehmen abzugrenzen. Teilweise wird Employee Activism über eine seiner möglichen Stoßrichtungen definiert, nämlich das Ziel aus ethischen oder politischen Gründen Einfluss auf Geschäftsentscheidungen der Arbeitgeberin ausüben zu wollen (Dzida/Burmeister, ArbRB 2021, S. 19 ff.). Dazu kommen aber weitere, wichtige Aspekte, die beim praktischen Umgang mit Employee Activism zu berücksichtigen sind: Employee Activism richtet sich nicht notwendig nach außen, auf die Geschäftstätigkeit einer Arbeitgeberin. Er kann auch „nur“ zum Ziel haben, ein Unternehmen als interne oder externe Plattform gesellschaftspolitischer Forderungen und Aktionen zu nutzen. Er grenzt sich daher regelmäßig selbst, bewusst oder unbewusst, von den Forderungen traditioneller Arbeitnehmervertretung durch Gewerkschaften und Betriebsräte ab. Andererseits steht Employee Activism, und daher trägt er seinen Namen ganz zu Recht, immer in unmittelbarem Zusammenhang mit den Arbeitsverhältnissen der Aktivisten. Employee Activism könnte daher definiert werden als die

- Aktivitäten von Arbeitnehmern am Arbeitsplatz oder in unmittelbarem Zusammenhang zum Arbeitsverhältnis,
- jenseits der Arbeitnehmervertretung durch Gewerkschaften und Betriebsräte,
- die darauf zielen, das Unternehmen als interne oder externe Plattform gesellschaftspolitischer Forderungen zu nutzen.

Dabei setzt Employee Activism auf Technologie, vor allem soziale Medien, und zwar so sehr, dass es ohne soziale Medien den Employee Activism in seiner heute bekannten Form wohl nicht gäbe.

Arbeitsrechtlich steht solcher Arbeitnehmer-Aktivismus immer im Spannungsfeld der Meinungsfreiheit der aktivistischen Arbeitnehmer und dem Interesse der Arbeitgeberin und der übrigen Belegschaft am Betriebsfrieden: Politische Meinungsäußerungen durch Arbeitnehmer sind grundsätzlich zulässig, denn „der Betrieb ist keine politische Exklave“ (Küttner, Personalbuch 2022, Rn. 13). Dennoch muss ein Unternehmen nicht alles, was gesagt und gemeint wird, dulden, weil die Meinungsfreiheit

nicht schrankenlos gewährleistet wird (Art. 10 Abs. 2 EMRK, Art. 5 Abs. 2 GG). Auf Arbeitgeberseite ist als Schranke insbesondere die Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG zu berücksichtigen, durch die die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit des Arbeitgebers geschützt wird (BAG, Urt. v. 12.1.2006 – 2 AZR 21/05).

Für die Wahl des richtigen Umgangs mit einer unliebsamen oder unangenehmen Äußerung eines Arbeitnehmers, kommt es zunächst darauf an, ob die Äußerung an sich vom Schutzbereich der Meinungsfreiheit erfasst ist (Art. 5 Abs. 1 GG). Ist der Schutzbereich der Meinungsfreiheit einschlägig, erfolgt in einem zweiten Schritt die Prüfung, ob die Äußerung im konkreten Fall hingenommen werden muss oder nur eingeschränkt zulässig war. Dafür ist eine Abwägung der sich im Einzelfall gegenüberstehenden Grundrechtspositionen durchzuführen, bei der die Meinungsfreiheit ggf. hinter den ihr gegenüberstehenden grundrechtlich geschützten Positionen des Arbeitgebers zurücktreten muss (BAG, a. a. O). Nur weil eine Äußerung in den Schutzbereich von Art. 5 Abs. 1 GG fällt, ist diese nicht zwangsläufig uneingeschränkt hinzunehmen. Was eine Arbeitgeberin noch dulden möchte oder bereits als störend empfindet, ist sicherlich abhängig vom Zeitgeist sowie vom Einfluss der eigenen Überzeugungen und der übrigen Mitarbeiter im Betrieb. Die Meinungsfreiheit findet ihre Schranke „in den Vorschriften der allgemeinen Gesetze“ (Art. 5 Abs. 2 GG). Aus diesen folgt die gegenseitige arbeitsvertragliche Rücksichtnahmepflicht des § 241 Abs. 2 BGB. Führt eine Meinungskundgabe zu einer konkreten Störung von Betriebsabläufen und des betrieblichen Zusammenlebens, also einer Störung des Betriebsfriedens, liegt darin eine Verletzung der arbeitsvertraglichen Rücksichtnahmepflicht, die die Arbeitgeberin nicht dulden muss (BAG, Urt. v. 24.6.2004 – 2 AZR 63/03). Somit ist rechtlicher Anknüpfungspunkt für den richtigen Umgang des Arbeitgebers mit Meinungsäußerungen von Arbeitnehmern der Betriebsbezug der Äußerung.

Meinung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 GG ist eine wertende Äußerung, die durch „das Element der Stellungnahme, des Dafürhaltens, des Meinens im Rahmen einer geistigen Auseinandersetzung“ geprägt ist (BVerfG, Beschl. v. 22.6.1982 – 1 BvR 1376/79). Anders als Tatsachen sind Meinungen nicht beweisbar, ihr Wahrheitsgehalt ist nicht überprüfbar (BVerfG, Beschl. v. 13.4.1994 – 1 BvR 23/94). Eine reine Tatsachenbehauptung ist nicht von der Meinungsfreiheit gedeckt. Häufig findet eine Vermischung von Werturteilen und Tatsachen statt (BVerfG, Beschl. v. 22.6.1982 – 1 BvR 1376/19), was die korrekte Einordnung erschwert. Eine Äußerung, die Elemente einer Tatsachenmitteilung oder -behauptung enthält, fällt in den Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 GG, wenn sich ihr tatsächlicher und wertender Gehalt nicht trennen lassen. Entscheidend ist der Sinngehalt der Äußerung, wobei der sprachliche und sachliche Kontext, sowie stets auch alternative Deutungsmöglichkeiten zu berücksichtigen sind (BAG, Urt. v. 31.7.2014 – 2 AZR 505/13). Nicht den Schutz der Meinungsfreiheit genießen bewusst wahrheitswidrige Behauptungen (BVerfG, Beschl. v. 10.11.1998 – 1 BvR 1531/96). Ebenso sind Äußerungen, die die Menschenwürde eines anderen antasten, Formalbeleidigungen und Schmähkritik nicht vom Schutzbereich der Meinungsfreiheit gedeckt (BVerfG, Beschl. v. 2.11.2020 – 1 BvR 2727/19).

Weitere arbeitsrechtliche Grenzen des Employee Activism während der Arbeitszeit und im Betrieb ergeben sich aus dem jeweiligen Arbeitsvertrag. Das Nichteinhalten der vereinbarten Arbeitszeit oder Vernachlässigen der Arbeitspflicht zugunsten engagierter Tätigkeit und auch die nicht gestattete Nutzung von Arbeitsmitteln für private Zwecke stellen Verletzungen der arbeitsvertraglichen Pflichten dar (BAG, Urt. v. 31.5.2007 – 2 AZR 200/06). Aber selbst ein Engagement in der Freizeit kann arbeitsrechtliche Relevanz haben, z. B. Beiträge in den sozialen Medien mit erkennbarem Bezug zum Unternehmen als Kündigungsgrund (LAG Sachsen, Urt. v. 27.2.2018 – 1 Sa 515/17). Und allgemein müssen Arbeitnehmer ihre gesetzlichen und vertraglichen Pflichten zur Wahrung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen einhalten.

ABGRENZUNG ZUR INTERESSENVERTRETUNG

Zusätzlich ist Employee Activism von der verfassungsrechtlich garantierten Koalitionsfreiheit abzugrenzen. Art. 9 Abs. 3 GG ist die Rechtsgrundlage für koalitionspezifische Tätigkeiten im Betrieb, also für das Zugangsrecht von Gewerkschaften, für Gewerkschaftswerbung bis hin zu Arbeitskämpfmaßnahmen. Der Kernschutzbereich hier ist die Tarifautonomie (BVerfG, Beschl. v. 26.6.1991 – 1 BvR 779/85). Die Ziele des Employee Activism sind aber regelmäßig nicht die Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen im Sinne der Tarifautonomie. Es werden regelmäßig gesellschaftspolitische Forderungen aufgestellt, fast immer ohne direkten Bezug zum Arbeitgeberunternehmen (Reitz/Higgins, *Leading in an Age of Employee Activism*, MITSloan Management Review, <https://bit.ly/3EMnUsk>, abgerufen am 28.11.2022). So kann Employee Activism nicht den Schutz des Art. 9 Abs. 3 GG beanspruchen. Neben Gewerkschaften sind Betriebsräte die unabhängige kollektive Interessenvertretung der Arbeitnehmer im Betrieb (§ 2 Abs. 1 BetrVG). Employee Activism bedient sich typischerweise aber nicht der Betriebsratsstrukturen des BetrVG. Wenn das anders wäre, spielte sicher das Verbot parteipolitischer Betätigung eine Rolle. Andererseits hält das BetrVG die Behandlung sozialpolitischer und umweltpolitischer Angelegenheiten im Betrieb für durchaus möglich (§ 74 Abs. 2 Satz 3 BetrVG). Employee Activism ist grundsätzlich also nicht durch Betriebsverfassungsrecht verboten.

WAS IST NEU AM EMPLOYEE ACTIVISM?

Dass Arbeitnehmer ihre Meinung in einer Weise kundtun, die den Betriebsfrieden potenziell gefährden kann, ist nicht neu. In den frühen 1980er-Jahren entschied das BAG, dass die fristlose Kündigung eines Arbeitnehmers, der mit einer auffälligen, auf seinem Arbeitsanzug angehefteten ca. 12–15 cm großen Plakette im Betrieb aufgetaucht war, gerechtfertigt sei. Auf der Plakette befand sich eine Karikatur des damaligen Bayerischen Ministerpräsidenten und Kanzlerkandidaten der CDU/CSU, Franz Josef Strauß, und die Aufschrift „Strauß, nein danke“. Weil hieran ein Teil der Belegschaft erwiesener-

maßen Anstoß nahm, war es zu einer konkreten Störung des Betriebsfriedens gekommen. Gleichzeitig hatte das Tragen der Plakette die Erfüllung der Arbeitspflicht beeinträchtigt, weil die Arbeitgeberin die Arbeitsleistung in dieser störenden Aufmachung als nicht vertragsgemäß hatte ablehnen dürfen (BAG, Urt. v. 9.12.1982 – 2 AZR 620/80).

Eine solche klar parteipolitische Positionierung fehlt dem aktuellen Employee Activism zurzeit. Jetzt geht es vor allem um die Unterstützung von Aktionen zum Klimaschutz bis hin zum Klima-Streik oder auch soziale Bewegungen wie die #MeToo-Proteste oder das Black-Lives-Matter-Movement. Teilweise wird dieser Trend noch verschärft durch den zunehmenden Druck von Investoren, ökologische, soziale und Governance-Ziele (ESG) zu verfolgen (Megan Reitz/John Higgins/Emma Day-Duro, *The Wrong Way to Respond to Employee Activism*, Harvard Business Review, <https://bit.ly/3EC18FW>, abgerufen am 28.11.2022). Dabei lässt sich beobachten, wie Aktivismus zum Teil auch von Unternehmen selbst ausgeht, z. B. wenn aus Vorstand oder Geschäftsführung Meinungen zu sozialen und politischen Themen kundgetan und Mitarbeiter ermutigt werden, sich direkt einzubringen. Ob es sich um eigene Ansichten oder eine Reaktion auf äußere Umstände handelt, ist hier manchmal schwer feststellbar (Tayan, *The Double-Edged Sword of CEO Activism*, Harvard Law School Forum on Corporate Governance, <https://bit.ly/2zs0M1q>, abgerufen am 28.11.2022). Beispiele zeigen die unterschiedlichen Formen des Employee Activism: Während eines sog. „Walkouts“ bei der Internetsuchmaschinen-Betreiberin Google legten mehr als 20.000 Mitarbeiter am 1.11.2018 weltweit die Arbeit nieder, um gegen die Art und Weise zu protestieren, wie das Unternehmen mit Fällen von sexueller Belästigung und angeblichen weiteren Missständen umging (Conger/Wakabayashi, *Google Employees Say They Faced Retaliation After Organizing Walkout*, New York Times v. 22.4.2019, <https://nyti.ms/2Zrr4Mz>, abgerufen am 28.11.2022). Mehr als 5.000 Mitarbeiter des Logistikunternehmens Amazon unterschrieben im Jahr 2019 einen Brief an den Vorstand, in dem sie darauf drängten, einen unternehmensweiten „Klimaplan“ zu entwickeln, der Amazon dazu bringen würde, auf 100 % erneuerbare Energien umzusteigen. Sie forderten auch, das Unternehmen solle nicht mehr für die Öl- und Gasindustrie arbeiten und nicht mehr an Politiker spenden, die gegen Gesetze zur Eindämmung von CO₂-Emissionen aktiv sind (Campbell, *Amazon says it's a leader on fighting climate change. 5,000 employees disagree*, Vox-Media v. 11.4.2019, <https://bit.ly/2Uxtc6P>, abgerufen am 28.11.2022). Und auch im Jahr 2020 legten einige Mitarbeiter des Internet-Unternehmens Facebook virtuell die Arbeit nieder, um gegen die Entscheidung ihrer Arbeitgeberin zu protestieren, nicht auf die umstrittenen Online-Posts des damaligen US-Präsidenten Donald Trump zu reagieren. Die Protestaktion ging mit einer Welle öffentlich ausgetragener Meinungsverschiedenheiten einher, die Facebook-Mitarbeiter im sozialen Medium Twitter austrugen (Yurieff/O'Sullivan, *Facebook employees stage a virtual walkout over Zuckerberg's inaction on Trump posts*, CNN v. 1.6.2020, <https://cnn.it/3VdcSdb>, abgerufen am 28.11.2022). Im gleichen Jahr

formierten sich Mitarbeiter des Autobau-Unternehmens Ford wegen der Tötung des Afroamerikaners George Floyd bei einem Polizeieinsatz und forderten öffentlichkeitswirksam, keine Autos mehr an die Polizei zu liefern (Lee, Ford CEO dismisses employees' call for company to stop making, selling custom police vehicles and products, Insider v. 9.7.2020, <https://bit.ly/3gOdJeF>, abgerufen am 28.11.2022). In diesem Zusammenhang wies die Kaffeehauskette Starbucks ihre Arbeitnehmer zunächst an, nicht mit T-Shirts mit dem solidaritätsbekundenden #BlackLivesMatter-Aufdruck am Arbeitsplatz zu erscheinen, bevor sie ihren Ansatz änderte und ankündigte, die T-Shirts für Mitarbeiter bereitzustellen (Murphy, Starbucks Will Allow Employees to Wear Black Lives Matter Apparel, New York Times v. 12.6.2020, <https://nyti.ms/3ARrkss>, abgerufen am 28.11.2022).

Manchmal geht es dem Arbeitnehmer-Aktivismus aber auch um die Verbesserung von Arbeitsbedingungen. Dies zeigt das Beispiel des Kurier-Unternehmens Gorillas in Berlin, bei dem streikähnliche Proteste während der Arbeitszeit im Oktober 2021 zur außerordentlichen Kündigung mehrerer Mitarbeiter führten. Das ArbG Berlin bestätigte die Kündigungen, weil die Protestaktionen eine rechtswidrige Arbeitsverweigerung darstellten (ArbG Berlin, Urt. v. 6.4.2022 – 20 Ca 10257/21, 20 Ca 10258/21 und 20 Ca 10259/21). Offensichtlich hatte sich keine Gewerkschaft bereitgefunden, die Gorilla-Proteste als Streikmaßnahmen zu übernehmen.

HANDLUNGSMÖGLICHKEITEN UND HANDLUNGSEMPFEHLUNG

In der personalwirtschaftlichen Literatur wurden bisher, gar nicht erstaunlich, drei Handlungsoptionen identifiziert, die Unternehmen beim Auftreten von Employee Activism zur Verfügung stehen (MIT Sloan Management Review, How Leaders Can Respond to Increasing Employee Activism, <https://bit.ly/3ASF32d>, abgerufen am 28.11.2022):

1. Abwehrende Reaktion (Defensive Engagement): Dabei hat das Unternehmen das Ziel, den Aktivismus im Betrieb nicht zuzulassen.
2. Offene Reaktion (Dialogic Engagement): Dabei zeigt sich das Unternehmen grundsätzlich empfänglich für den Aktivismus und beginnt einen ergebnisoffenen Dialog.
3. Unterstützende Reaktion (Activist Engagement): Dabei übernimmt das Unternehmen die Ziele des Employee Activism und bindet diesen aktiv in die Geschäftstätigkeit ein.

Bei einem Defensive Engagement kann sich das Unternehmen auf die arbeitsvertragliche Rücksichtnahmepflicht und den zu wahren Betriebsfrieden berufen. Daneben sind die vertraglich geschuldete Arbeitspflicht, ein Verbot der Privatnutzung von Arbeitsmitteln und das Einhalten von Geheimhaltungspflichten auch beim Employee Activism durchsetzbar – im Zweifel mit arbeitsrechtlichen Sanktionen gegen die Aktivisten. In letzter Zeit sehen wir allerdings statt einer Abwehr eher eine offene Reaktion (Dialogic Engagement). Und

zwar zumindest so lange, wie noch nicht feststeht, wie sich der Employee Activism auf das Unternehmen auswirkt. Bekannte Beispiele sind der Finanzdienstleister Coinbase, der, nach anfänglichem Wohlwollen, intern im September 2020 vor schädlichen Auswirkungen von Employee Activism auf die Unternehmenskultur und den Betriebsfrieden warnte (Brian Armstrong: „while [...] these efforts are well intentioned, they have the potential to destroy a lot of value at most companies“, <https://bit.ly/3ijhyZY>, abgerufen am 28.11.2022). Oder der Softwarehersteller Basecamp, der im April 2021 in einem Mitarbeiter-Memo neue Management-Regeln aufstellte, um dem Aktivismus im Unternehmen Grenzen zu setzen (Jason Fried: „We are not a social impact company.“, <https://bit.ly/3F91R06>, abgerufen am 28.11.2022). Und es gibt auch namhafte Beispiele für Unterstützung (Activist Engagement). So der Nahrungsmittelhersteller Ben & Jerry's Homemade („Climate Just' Ice Now – Gemeinsam für Klimagerechtigkeit“, <https://benjerrys.co/3ENRN56>, abgerufen am 28.11.2022) oder der Outdoor-Bekleider Patagonia („Wir sind im Geschäft, um unseren Heimatplaneten zu retten.“ <https://bit.ly/3OHTJMO>, abgerufen am 28.11.2022).

Gemessen an den drei Handlungsoptionen, das zeigen die Beispiele und auch die praktische Erfahrung, können Unternehmen mit offener oder sogar unterstützender Reaktion auf Employee Activism dann erfolgreich sein, wenn dessen konkrete Ziele zur Unternehmenskultur passen oder mindestens in diese integrierbar sind. Arbeitgeber können im Zweifel in der Praxis den Weg des Dialogic Engagement wählen, indem sie der Belegschaft zu verstehen geben, dass sie die Anliegen zur Kenntnis nehmen aber gleichzeitig darum bitten, den Aktivismus nicht so weit in den Betrieb zu tragen, dass es zu einer Vernachlässigung der Arbeitsleistung oder sogar Störung des Betriebsfriedens kommt. Dabei kann eine umsichtige aktive interne Kommunikation helfen, negativen Employee Activism zu verhindern und Mitarbeiter auch zu binden. Sonst wird häufig nur das Defensive Engagement bleiben.

FAZIT

Ist der Employee Activism gekommen, um zu bleiben? Das muss sich sicher noch zeigen, einiges aber spricht dafür. Denn gesellschaftliche Trends und die Entwicklung der Arbeitswelt stehen nicht ohne Zusammenhang nebeneinander – im Gegenteil, sie verstärken sich wechselseitig. Wichtig ist festzuhalten: der arbeitsrechtliche Rahmen des Employee Activism in den Betrieben und Unternehmen ist klar, die Spielregeln müssen nicht neu erfunden werden. Durch Employee Activism sollte der Betriebsfriede nicht beeinträchtigt werden und Arbeitnehmer dürfen ihre arbeitsvertraglichen Pflichten nicht verletzen. In der Praxis wird fast immer entscheidend sein, ob eine engagierte Belegschaft zur Kultur des Unternehmens und zu den Unternehmenszielen passt. ■



Dr. Jan Tibor Lelley
ist Fachanwalt für Arbeitsrecht
und Partner bei BUSE,
Frankfurt am Main



Dr. Yuanyuan Yin
ist Legal Consultant bei BUSE,
Frankfurt am Main



Vera-Marie Rose
ist Rechtsreferendarin
bei BUSE, Essen