

Kundgabe sachbezogener Kritik im Arbeitsverhältnis erlaubt

BGB §§ 241 II, 242, 256 I, 315 III, 612 a, 1004 I 1; BPersVG §§ 2 I, 6 I, 47 II; TVÖD § 4 ; ZPO § 256 I

1. Übt der Arbeitnehmer erkennbar sachbezogene Kritik an einer bestimmten Anweisung der Amtsleitung seines Arbeitgebers durch eine E-Mail gegenüber diversen Abteilungsleitern und der Amtsleitung (cc.) und bezeichnet er die Anweisung „der Sache nach als sinnwidrig“, bewegt er sich damit noch im Bereich des grundrechtlichen Schutzes der Meinungsäußerung und nicht jenseits der Grenze zur Formalbeleidigung oder Schmähkritik.

2. Auch ein vollumfänglich freigestelltes Personalratsmitglied hat ein Feststellungsinteresse an der Rechtsunwirksamkeit einer Umsetzungsmaßnahme, wenn damit eine Anbindung an ein neues Referat des Arbeitgebers verbunden ist.

3. Eine Umsetzung ist dann rechtsunwirksam, wenn der Arbeitgeber bei deren Inkrafttreten keinerlei Vorstellungen darüber hatte, welche Aufgaben der Arbeitnehmer in der neuen Funktion wahrnehmen sollte. Es mangelt dann nach § 106 GewO am erforderlichen dienstlichen Interesse. (Leitsätze des Einsenders)

ArbG Freiburg, Urt. v. 12.6.2018 – 4 Ca 79/18

Zum Sachverhalt: Die Parteien streiten über die Entfernung einer dem Kl. erteilten Abmahnung aus dessen Personalakte und um die Wirksamkeit einer Umsetzung des Kl. Der 1953 geborene, verheiratete Kl., Volljurist, ist seit dem 1.1.1993 bei der Bekl. beschäftigt, zuletzt als „Entscheider“ in der EG 12. Basis der arbeitsvertraglichen Beziehungen ist ein Arbeitsvertrag vom 10.12.1992, abgeändert durch weiteren Vertrag vom 10.3.1998. Der Kl. ist seit 1993 Personalrat und seit 2002 Mitglied des Gesamtpersonalrats. Bis zum 15.1.2018 war er als Gesamtpersonalrat zu 50 % freigestellt gewesen, spätestens seit dem 22.1.2018 ist er als stellvertretender Vorsitzender des Gesamtpersonalrats vollumfänglich freigestellt.

In einer E-Mail vom 4.12.2017, gerichtet an Referatsleiterinnen und Referatsleiter, führte Herr R, Leiter Geschäftsprozesse Asyl und Integration, aus, wie im Rahmen der „Altverfahrensumverteilung“ umzugehen sei. Diese E-Mail wurde durch Frau H, Referentin Referat 615, mit weiterer E-Mail vom 5.12.2017 an diverse Einzelentscheider weitergeleitet. Auf diese E-Mail meldete sich der Kl. mit E-Mail vom 6.12.2017, 1:55 Uhr. Die E-Mail weist im Wesentlichen denselben Adressatenkreis wie die E-Mail der Frau H auf. Zudem richtet sich die E-Mail an Frau „J, Präsidentin“ und Herrn „R“. In „Cc“ setzte der Kl. zudem „GPR-alle Mitglieder“. Die E-Mail des Kl. hat folgenden Wortlaut:

„Hallo zusammen,

ich stelle fest, dass nun die nicht entscheidungsreifen Akten an den Marktplatz abgegeben werden sollen mit der Folge, dass dort – wie auch immer – Bescheide erstellt werden sollen von Kollegen, die die Anhörungen nicht durchgeführt und persönlich die Glaubwürdigkeit der Ast. nicht beurteilen können. In diesem Zusammenhang stelle ich fest, dass die mangelnde Entscheidungsreife hauptsächlich darauf zurück zu führen ist, dass die italienischen Behörden auf die Inforequest nicht reagieren und dies in der Vergangenheit auch nicht getan haben. Daran wird auch eine Aktenabgabe nichts ändern. Hintergrund dieser Aktion ist mutmaßlich die Tatsache, dass Frau C in der Öffentlichkeit versprochen hat, zum Jahresende die Zahl der offenen Verfahren auf 50.000 Verfahren zu reduzieren. Dieses Ziel soll jetzt mutmaßlich mittels der Abgabe nicht entscheidungsreifer Akten erreicht werden. Zum anderen haben zahlreiche Außenstellen, Entscheidungs- und Anknüpfungszentren offensichtlich noch freie Arbeitskapazitäten, was schon mehrmals Thema von Monatsgesprächen war. Es handelt sich hier auch nicht um lokale Auslastungsprobleme, sondern den Großteil der Außenstellen und Zentren. Vor diesem Hintergrund ist es nicht nachvollziehbar, aus welchen Gründen erneut Entscheider, AVS-Mitarbeiter und Andere mit befristeten Arbeitsverträgen ohne Sachgrund eingestellt werden sollen. Wenn es schon jetzt oder absehbar nicht mehr genügend Arbeit gibt, sind diese neuen befristeten Einstellungen mit den Hausaltungsgrundsätzen nicht vereinbar. Die Anweisung, die Entscheider sol-

len die Akten auf den Marktplatz abgeben, damit andere Entscheider dann – wie auch immer – Bescheide erstellen und diese dann arbeitslosen Entscheider sich dann auf eben diesem Marktplatz Akten besorgen sollen, um dann auf der Grundlage von fremden Anhörungen Bescheide zu erstellen, kann in der Sache nur als sinnwidrig bewertet werden. So wird sichergestellt, dass die geforderte Einheit von Anhörer und Entscheider ohne jeden Sachgrund absichtlich verhindert wird. Eine verantwortungsvolles Verfahren gestaltet sich anders. Die Aussage, die Einheit von Anhörer und Entscheider sei in 70 % der Verfahren gesichert, war und ist falsch. Ich werde dieses Thema im Monatsgespräch ansprechen und Sie informieren. Ich denke, hier ist gegebenenfalls das BMI als Aufsichtsbehörde gefragt.

Viele Grüße M

Mitglied GPR.“

Mit Schreiben vom 11.12.2017 erhielt der Kl. daraufhin eine Abmahnung, verfasst durch Herrn Rechtsanwalt G. Die Abmahnung lautet wie folgt:

„Sehr geehrter Herr M,

unter Übermittlung einer entsprechenden Vollmacht (Anlage) teile ich Ihnen mit, dass uns die Leitung Ihrer Dienststelle, die Präsidentin des Bundesamts für Migration und Flüchtlinge, beauftragt hat, uns in der nachfolgenden Angelegenheit an Sie zu wenden.

A. Sie haben sich am Mittwoch, den 6.12.2017 mit einer E-Mail an mehrere Bedienstete der Außenstelle F. gewandt. Hierbei haben Sie das Vorgehen der Hausleitung bei der Umverteilung der Altverfahren nicht nur kritisiert, sondern Sie haben darüber hinaus Weisungen als nicht nachvollziehbar und als sinnwidrig bezeichnet. Weiter haben Sie unterstellt, dass die Anweisung, Akten auf den Marktplatz zu geben, nicht auf einer sachlichen Grundlage getroffen wurde. Sie sprechen mit Ihrer E-Mail der Amtsleitung nicht nur die fachliche Kompetenz ab, sondern insinuiieren, dass sie sich von sachfremden Erwägungen hat leiten lassen.

B. Wesentliche Grundlage eines jeden Arbeitsverhältnisses ist das gegenseitige Vertrauen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Dieses Vertrauensverhältnis wird durch ihr Handeln empfindlich gestört. Zum einem steht bei Ihrer Kritik eindeutig nicht die sachliche Auseinandersetzung im Vordergrund, sondern die Diffamierung und Herabwürdigung der Hausleitung. Verstärkt wird diese Zielrichtung dadurch, dass Sie Ihre – der Sache nach völlig haltlose – Kritik, mit der Sie der Hausleitung ein nicht nachvollziehbares und von sachfremden Erwägungen getragenes Verhalten unterstellen, nicht in erster Linie gegenüber der Amtsleitung geäußert, sondern gleichzeitig an Ihre Kollegen in der Außenstelle adressiert haben, um die Amtsleitung herabzuwürdigen.

Ihre Äußerungen sind geeignet, Spannungen und Emotionen zwischen den Beschäftigten und der Amtsleitung hervorzurufen und dadurch den Betriebsfrieden nachhaltig zu stören. Es kann dahinstehen, ob Sie dies mit Ihrem Verhalten bezweckt haben. Sie haben damit das Maß und vor allem die Form an Kritik, die selbstverständlich auch Beschäftigten des öffentlichen Dienstes zusteht, deutlich verlassen. Sie bezeichnen die Maßnahmen der Fachvorgesetzten als sinnwidrig und unverantwortlich, der Präsidentin unterstellen Sie falsche Absichten und sogar eine Lüge und drohen mit dem BMI. Diese Ausführungen sind geeignet und dazu bestimmt, Stimmung gegen die Amtsleitung zu machen, Unruhe unter den Mitarbeitern zu stiften und den Eindruck zu erwecken, die Weisungen der Fachvorgesetzten seien falsch. Bei Ihnen steht offensichtlich nicht mehr die Auseinandersetzung in der Sache, sondern die Diffamierung der Leitung des Hauses im Vordergrund. Ich muss Sie deshalb namens und kraft der mir von der Präsidentin des BAMF erteilten Vollmacht wegen dieser groben Verletzung Ihrer Pflicht zur Rücksichtnahme aus dem Arbeitsverhältnis abmahnen. Im Auftrag der Leitung des Bundesamts weise ich darauf hin, dass bei einem erneuten, einschlägigen Fehlverhalten arbeitsrechtliche Konsequenzen, bis hin zur Kündigung, in Betracht kommen.“

Mit weiterem Schreiben vom 12.12.2017 teilte die Regierungsdirektorin *Sch* dem Kl. mit, dass er „aus dienstlichen Gründen mit Wirkung vom 13.12.2017 als Sachbearbeiter Regionalkoordination in das Referat 611 (AS K. 2) umgesetzt“ werde. Die Tätigkeit werde disloziert vom Dienort F. wahrgenommen.“ Mit weiterem Schreiben vom 11.1.2018 teilte Herr *Dr. V* dem Kl. mit, dass die Verfügung vom 12.12.2017 abgeändert werde. Aus dienstlichen Gründen werde er „mit Wirkung vom 13.12.2017 als Sachbearbeiter Regionalkoordination in das Refe-

rat 610 (AS K. 1)“ umgesetzt. Die Tätigkeit werde disloziert vom Dienstort F. wahrgenommen.

Mit seiner beim ArbG eingegangenen Klage wendet sich der Kl. sowohl gegen die Abmahnung als auch gegen die Umsetzung. Er beantragt daher:

1. Der Bekl. wird verurteilt, die dem Kl. unter dem 11.12.2017 erteilte Abmahnung zurückzunehmen und aus der Personalakte zu entfernen.
2. Es wird festgestellt, dass die dem Kl. gegenüber ausgesprochene Umsetzung vom 11.1.2018, mit der der Kläger mit Wirkung ab dem 13.12.2017 als Sachbearbeiter Regionalkoordination das Referat 610 umgesetzt wurde, rechtsunwirksam ist.

Die Bekl. beantragt Klagabweisung. Die Klage sei mit dem Antrag zu 2 mangels eines besonderen Feststellungsinteresses iSv § 256 I ZPO bereits unzulässig. Aufgrund der 100 %igen Freistellung des Kl. zur Wahrnehmung seiner Aufgaben als Mitglied des Gesamtpersonalrats durch ihr Schreiben vom 1.2.2018 mit Wirkung zum 22.1.2018 habe schon bei Erhebung der Klage kein besonderes Feststellungsinteresse mehr vorgelegen. Zwar wäre für die Begründetheit einer Klage auf den Zeitpunkt der Ausübung des Direktionsrechts abzustellen; jedoch sei die Zulässigkeit der Klage als Sachurteilsvoraussetzung in jedem Stadium des Verfahrens von Amts wegen zu überprüfen. Hinsichtlich des Antrags zu 2 sei die Klage darüber hinaus unbegründet. Das Arbeitsverhältnis richte sich nach dem TVÖD. Dieser schränke das in § 106 GewO geregelte Direktionsrecht des Arbeitgebers nicht ein. Danach könne der Arbeitgeber Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung nach billigem Ermessen näher bestimmen. Aus dienstlichen Gründen könnten Beschäftigte versetzt werden. Von diesem Recht habe die Bekl. Gebrauch gemacht. Zu berücksichtigen sei, dass der Kl. in der Außenstelle Freiburg erst seit weniger als zwei Jahren, nämlich seit dem 15.7.2016 tätig gewesen sei. Dort sei er als so genannter Entscheider beschäftigt gewesen. Mit Schreiben vom 11.1.2018 sei er zwar in das Referat 610, das sich in der Außenstelle Karlsruhe 1 befinde, umgesetzt worden, er habe jedoch die Tätigkeit vom Dienstort Freiburg aus wahrzunehmen gehabt. Ein Ortswechsel habe damit nicht stattgefunden. Die Änderung der Art der auszuübenden Tätigkeit habe sich im Rahmen billigen Ermessens bewegt. Insbesondere habe es sich um eine gleichwertige Tätigkeit gehandelt. Im Bereich der Regionalkoordination habe ein erheblicher Personalbedarf bestanden. Neben diesem dienstlichen Interesse habe die Umsetzung des Kl. auch der Vermeidung einer Interessenkollision bzw. eines Loyalitätskonfliktes des Kl. entsprochen und sei damit auch vor dem Hintergrund von § 241 II BGB zu würdigen. Es sei nicht nur anhand dieses Klageverfahrens ersichtlich, dass in der Beurteilung der Sinnhaftigkeit von Weisungen der Bekl. gegenüber den unmittelbar im Anerkennungsverfahren tätigen Beschäftigten, insbesondere also gegenüber so genannten Entscheidern, fundamentale Unterschiede bestünden. In einem solchen Falle sei die Bekl. berechtigt, eine latent konfliktbelastete Situation im Hinblick auf die Bindung des Arbeitnehmers an fachliche Einzelweisungen, die nach seiner Ansicht nicht sinnvoll seien, dadurch zu besänftigen, dass er in einen anderen Arbeitsbereich umgesetzt werde, in dem er aufgrund der dort auszuübenden Tätigkeit diesen fachlichen Weisungen nicht mehr unterliege. Dass bei einer derartigen Maßnahme, die dazu führe, dass ein Arbeitnehmer in dem verbleibenden Teil seiner Arbeitszeit nicht in die Gefahr eines Loyalitäts- oder gar eines Gewissenskonfliktes kommen könne, eine Maßregelung iSv § 612 a BGB vorliegen könne, sei als fernliegend zu bezeichnen. Die Umsetzung habe nicht der Maßregelung, sondern der Befriedigung gedient. Da die Umsetzung ohne Ortswechsel erfolgt sei, sei auch eine Mitwirkung des Personalrats nicht erforderlich gewesen. Eine Ausschreibung und ein Bewerberauswahlverfahren seien nicht erforderlich gewesen, weil die Umsetzung auf einen gleichwertigen Dienstposten erfolgt sei. Die Abmahnung vom 11.12.2017 sei wirksam. Der Kl. habe mit seiner E-Mail vom 6.12.2017 gegen seine sich aus § 241 II BGB ergebende Verpflichtung zur Rücksichtnahme verstoßen. Die Abmahnung sei ein geeignetes, angemessenes und verhältnismäßiges Mittel gewesen, um diesen Verstoß als vertragswidrig zu rügen und künftige Verstöße zu vermeiden. Der Kl. sei Mitglied und stellvertretender Vorsitzender des Gesamtpersonalrats beim Bundesamt für Migration und Flüchtlinge (BAMF). Das BAMF sei Dienststelle iSv § 6 I BPersVG und verfüge insoweit über einen Personalrat. Diesem gehöre der Kl. nicht an. Nach § 6 III BPersVG würden Teile einer Dienststelle, die räumlich weit von dieser entfernt lägen, nur dann als selbstständige Dienststelle gelten, wenn die Mehrheit ihrer wahlberechtigten Beschäftigten dies in geheimer Abstimmung beschließe. Die in

der Außenstelle Freiburg wahlberechtigten Beschäftigten hätten keinen derartigen Beschluss gefasst. Sie würden daher durch den Personalrat des BAMF repräsentiert, dem der Kl., wie ausgeführt, nicht angehöre. Adressaten der E-Mail vom 6.12.2017 indes seien Beschäftigte der Außenstelle Freiburg gewesen, die wie dargelegt, vom Personalrat des BAMF repräsentiert würden. Die E-Mail des Kl. könne nicht dergestalt aufgefasst werden, dass er sie ausschließlich in seiner Eigenschaft als Mitglied des Gesamtpersonalrats verfasst habe. Bei verständiger Würdigung der E-Mail sei diese allenfalls als janusköpflich zu betrachten, denn der Kl. habe sich offensichtlich unmittelbar von einer fachlichen Weisung getroffen gefühlt und habe die E-Mail an ebenfalls unmittelbar betroffene Beschäftigte in der Außenstelle Freiburg gerichtet. Er habe die E-Mail auch nicht etwa als Ergebnis einer Gesamtpersonalratssitzung an sie gerichtet, sondern im Vorfeld, also ohne Legitimation durch einen Beschluss oder zumindest eines Meinungsbildes des Gesamtpersonalrats. Bei einer Erklärung, die offen lasse, in welcher Eigenschaft sie abgegeben werde, sei auch eine arbeitsrechtliche Abmahnung zulässig, wenn hierdurch wie vorliegend die Rücksichtnahmepflicht des § 241 II BGB verletzt werde. Der Kl. habe seine Rücksichtnahmepflicht dadurch verletzt, dass bei seiner E-Mail vom 6.12.2017 eindeutig nicht die sachliche Auseinandersetzung im Vordergrund gestanden habe, sondern die Diffamierung und Herabwürdigung der Hausleitung. In inhaltlicher Hinsicht sei auf den Text der Abmahnung zu verweisen. Schließlich sei darauf hinzuweisen, dass es dem Kl. auch in seiner Eigenschaft als Mitglied des Gesamtpersonalrats verwehrt gewesen sei, sich in dieser Art zu äußern. Denn § 2 I BPersVG bestimme, dass Dienststelle und Personalvertretung vertrauensvoll zum Wohle der Beschäftigten und zur Erfüllung der der Dienststelle obliegenden Aufgaben zusammen arbeiteten.

Die Klage hatte Erfolg.

Aus den Gründen: [24] Der Kl. kann die Entfernung der Abmahnung aus seiner Personalakte verlangen (I.). Es ist festzustellen, dass die Umsetzung vom 11.1.2018 rechtsunwirksam ist (II.).

[25] I. Die Abmahnung vom 11.12.2017 hält einer rechtlichen Überprüfung nicht stand. Sie ist zurückzunehmen und aus der Personalakte des Kl. zu entfernen.

[26] 1. Nach der ständigen Rechtsprechung des BAG, der sich die erkennende *Kammer* anschließt, können Arbeitnehmer in entsprechender Anwendung von §§ 242, 1004 I 1 BGB die Entfernung einer zu Unrecht erteilten Abmahnung aus ihrer Personalakte verlangen. Der Anspruch besteht, wenn die Abmahnung inhaltlich unbestimmt ist, unrichtige Tatsachenbehauptungen enthält, auf einer unzutreffenden rechtlichen Bewertung des Verhaltens des Arbeitnehmers beruht oder den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verletzt. Er besteht auch dann, wenn selbst bei einer zu Recht erteilten Abmahnung kein schutzwürdiges Interesse des Arbeitgebers mehr an deren Verbleib in der Personalakte besteht (vgl. etwa BAG, NZA 2015, 805 = NJW 2015, 2829 = AP TzBfG § 8 Nr. 33 Rn. 31; BAGE 142, 331 = NZA 2013, 91 = NJW 2013, 808 = AP BGB § 611 Abmahnung Nr. 34 Rn. 13).

[27] 2. Diese Voraussetzungen liegen im Streitfall vor.

a) Die Bekl. führt in ihrer Abmahnung aus, dass bei der Kritik des Kl. „eindeutig nicht die sachliche Auseinandersetzung im Vordergrund stehe, sondern die Diffamierung und Herabwürdigung der Hausleitung“. Dieser an den Kl. gerichtete Vorwurf beruht auf einer unzutreffenden Bewertung seines Verhaltens. Maßgeblich für die Deutung einer Äußerung ist weder die subjektive Absicht des sich Äußernden, noch das subjektive Verständnis des von ihr Betroffenen, sondern der Sinn, den sie nach dem Verständnis eines unvoreingenommenen und verständigen Publikums hat (BAG, NZA 2015, 797 = AP BGB § 626 Nr. 250 Rn. 25 mit Verw. auf *BVerfG*, NJW 2013, 217 Rn. 20). Nach diesem Maßstab ist entgegen der Ansicht der Bekl. nicht erkennbar, dass

bei den Äußerungen des Kl. in seiner E-Mail vom 6.12.2017 eindeutig nicht die sachliche Auseinandersetzung im Vordergrund gestanden habe, sondern die Diffamierung und Herabwürdigung der Hausleitung. Dies ergibt sich weder aus einer Gesamtschau seiner Äußerungen, noch aus einzelnen Aussagen. Soweit der Kl. ausgeführt hat, dass „die Anweisung, die Entscheider sollten die Akten auf dem Marktplatz abgeben, damit andere Entscheider dann – wie auch immer, Bescheide erstellen und diese dann arbeitslosen Entscheider sich dann auf eben diesem Marktplatz Akten besorgen sollten, um dann auf der Grundlage von Fremdenanhörungen Bescheide zu erstellen, in der Sache nur als sinnwidrig bewertet werden“ könne, stellt nach dem gebotenen objektiven Betrachtungshorizont keine Diffamierung der Hausleitung dar. Der Kl. führt selbst aus, dass er die Anweisung „der Sache nach“ als sinnwidrig bewerte. Damit bewegt er sich eindeutig auf der Ebene der sachlichen Auseinandersetzung und nicht auf einer rein diffamierenden Ebene. Gleiches gilt für die Aussage, dass „die geforderte Einheit von Anhörer und Entscheider ohne jeden Sachgrund absichtlich verhindert“ werde. Auch wenn in diesen Zeilen deutliche Kritik an der ergangenen Anweisung festzustellen ist, vermag die *Kammer* auch hier nicht zu erkennen, dass nicht die Sache, sondern persönliche Angriffe im Vordergrund stünden. Soweit der Kl. ausführt, dass die „Aussage, die Einheit von Anhörer und Entscheider sei in 70 % der Verfahren gesichert“, falsch gewesen war und sei, ist auch hierin eine Diffamierung der Hausleitung nicht zu sehen. Die Auffassung der Bekl. würde dazu führen, dass es einem Mitarbeiter nicht mehr möglich wäre, auf eine aus seiner Sicht andere Faktenlage hinzuweisen. Denn nach dem Dafürhalten der Bekl. wäre damit immer verbunden, dass der Mitarbeiter den Vorwurf der Lüge erhebe und damit diffamiere. Fehl gehen auch die Ausführungen in der Abmahnung, dass mit dem BMI „gedroht“ werde. Richtig ist zwar, dass der Kl. ausgeführt hat, dass er denke, dass „hier gegebenenfalls das BMI als Aufsichtsbehörde gefragt“ sei. Unter Drohung wird im juristischen Sinne das Inaussichtstellen eines zukünftigen Übels verstanden. Die *Kammer* nimmt nicht an, dass die abmahnende Behörde das in der Tat bestehende Aufsichtsverhältnis durch das BMI als derartiges Übel ansieht. Dann aber liegt auch keine unzulässige Drohung, sondern lediglich ein zutreffender Hinweis auf die Aufsichtsverhältnisse vor.

[28] b) Auch im Übrigen vermag die *Kammer* kein pflichtverletzendes Verhalten des Kl., das die Bekl. zur Abmahnung berechnete, zu erkennen. Die Äußerungen des Kl., sofern sie keine reinen Tatsachenbehauptungen enthalten, fallen nämlich in den Schutzbereich des Rechts auf freie Meinungsäußerung nach Art. 5 I GG. Dasselbe gilt für Äußerungen, in denen sich Tatsachen und Meinungen vermengen, sofern sie durch die Elemente der Stellungnahme, des Dafürhaltens oder Meinens geprägt sind (*BVerfG*, NJW 2013, 217 Rn. 18; NJW 2008, 358 Rn. 21). Darauf kann sich auch ein Arbeitnehmer berufen. Mit der Bedeutung des Grundrechts auf Meinungsfreiheit wäre es unvereinbar, wenn es in der betrieblichen Arbeitswelt nicht oder nur eingeschränkt anwendbar wäre (*BAG*, NZA 2015, 245 Rn. 42). Der Grundrechtsschutz besteht dabei unabhängig davon, welches Medium der Arbeitnehmer für seine Meinungsäußerung nutzt und ob diese rational oder emotional, begründet oder unbegründet ist. Vom Grundrecht der Meinungsfreiheit umfasste Äußerungen verlieren den sich daraus ergebenden Schutz selbst dann nicht, wenn sie scharf oder überzogen geäußert werden (*BVerfG*, NJW 2012, 1273 Rn. 18). Lediglich dann, wenn sich das in einer Äußerung enthaltene Werturteil als Formalbeleidigung oder Schmähkritik erweist, muss die Mei-

nungsfreiheit regelmäßig zurücktreten (*BVerfG*, NJW 2008, 358 Rn. 23). Allerdings macht auch eine überzogene oder gar ausfällige Kritik eine Erklärung für sich genommen noch nicht zur Schmähung. Dafür muss hinzutreten, dass bei der Äußerung nicht mehr die Auseinandersetzung in der Sache, sondern die Diffamierung der Person im Vordergrund steht, die diese jenseits polemischer oder überspitzter Kritik in erster Linie herabsetzen soll (*BVerfG*, NJW 1995, 3303; BAG, NZA 2014, 660 = AP KSchG 1969 § 9 Nr. 70 Rn. 36). Dies ist wie oben gezeigt vorliegend nicht der Fall.

[29] 3. Die Abmahnung könnte darüber hinaus unwirksam sein, wenn der Kl. mit seiner E-Mail vom 6.12.2017 in seiner Funktion als Mitglied des Gesamtpersonalrats tätig geworden wäre. Denn verletzt ein Betriebsratsmitglied ausschließlich betriebsverfassungsrechtliche Amtspflichten, sind nach ständiger Rechtsprechung ... vertragsrechtliche Sanktionen wie der Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung oder einer individualrechtlichen Abmahnung, mit der kündigungsrechtliche Konsequenzen in Aussicht gestellt werden, ausgeschlossen (BAG, NZA 2016, 57 = AP BetrVG 1972 § 78 Nr. 15 Rn. 41). Aufgrund der Rechtswidrigkeit der Abmahnung aus anderen Gründen muss diese Frage nicht abschließend beurteilt werden. Nach Auffassung der *Kammer* spricht allerdings sehr vieles für ein Tätigwerden als Personalrat. Der Kl. hat für die *Kammer* nachvollziehbar geschildert, was ihn veranlasst hat, die E-Mail vom 6.12.2017 zu schreiben. Der E-Mail waren die nicht nur an ihn gerichteten Anweisungen vom 4. und 5.12. vorausgegangen, die sich auf den Umgang mit Altverfahren bezogen hatten. Der Vortrag des Kl., dass er mit der E-Mail das Monatsgespräch vom 6.12.2017 habe vorbereiten wollen, erscheint der *Kammer* schlüssig. Am Monatsgespräch indes nahm der Kl. nicht in seiner Eigenschaft als Arbeitnehmer, sondern in seiner Funktion als Gesamtpersonalrat teil.

[30] Nach alledem ist die Abmahnung zurückzunehmen und aus der Personalakte des Kl. zu entfernen.

[31] II. Die Umsetzung des Kl. vom 11.1.2018 in das Referat 610 (AS K. 1) ist rechtsunwirksam. Die hiergegen gerichtete Klage ist zulässig und begründet.

[32] 1. Der gegen die Umsetzung gerichtete Feststellungsantrag ist zulässig. Er weist insbesondere das gem. § 256 I ZPO erforderliche Feststellungsinteresse auf.

[33] a) Das besondere Feststellungsinteresse ist Prozessvoraussetzung und eine qualifizierte Form des sonst erforderlichen Rechtsschutzbedürfnisses (*Mustielak/Voit*, ZPO, 15. Aufl., § 256 Rn. 7). Demzufolge muss die erstrebte Feststellung geeignet sein, den zwischen den Parteien bestehenden Streit zu beenden um die Rechtsunsicherheit über die Rechtsstellung der klagenden Partei zu beseitigen sowie anderenfalls gegebenenfalls erforderliche Leistungsklagen entbehrlich zu machen. Das besondere Feststellungsinteresse des § 256 I ZPO ist nicht gegeben, wenn durch eine Feststellung des begehrten Inhalts eine sachgemäße oder erschöpfende Streitlösung nicht erzielt würde und die Rechtsunsicherheit weiterhin bestehen bliebe (BAG, NZA 2018, 607 = NJW 2018, 1629 = AP BetrVG 1972 § 77 Nr. 112 Rn. 9).

[34] b) Hieran gemessen liegt das erforderliche Feststellungsinteresse vor. Die erstrebte Feststellung ist geeignet, den zwischen den Parteien bestehenden Streit über die Wirksamkeit der Umsetzung des Kl. zu beseitigen. Der Kl. ist auch bereits gegenwärtig – trotz 100 %iger Freistellung – von der Umsetzung betroffen, da er mit dieser funktionell und organisatorisch an das Referat 610 in Karlsruhe angebunden wird. Darüber hinaus kann die Umsetzung jederzeit aktuell werden, wenn die Freistellung des Kl. enden sollte (s. hierzu BAG, NJOZ 2015, 1061 Rn. 13 u. 14 = NZA 2015, 960 Os. mit dem Hinweis, dass ein besonderes Feststellungsinteresse auch dann vorliegt, wenn ein Konflikt jederzeit entstehen kann).

[35] 2. Die Klage ist auch begründet, weil die Umsetzung aus mehreren Gründen rechtsunwirksam ist.

[36] a) Die Umsetzung ist bereits deshalb unwirksam, weil der Personalrat des BAMF bei der Maßnahme entgegen § 47 II BPersVG nicht beteiligt wurde.

[37] aa) Nach § 47 II Bundespersonalvertretungsgesetz dürfen Mitglieder des Personalrats gegen ihren Willen nur versetzt oder abgeordnet werden, wenn dies auch unter Berücksichtigung der Mitgliedschaft im Personalrat aus wichtigen dienstlichen Gründen unvermeidbar ist. Als Versetzung gilt auch die mit einem Wechsel des Dienstortes verbundene Umsetzung in derselben Dienststelle; das Einzugsgebiet im Sinne des Umzugskostenrechts gehört zum Dienstort. Die Versetzung oder Abordnung von Mitgliedern des Personalrats bedarf der Zustimmung des Personalrates.

[38] bb) Danach wäre die Bekl. gehalten gewesen, den Personalrat bei der Umsetzung des Kl. zu beteiligen.

[39] Zwar liegt keine Versetzung vor, da diese gemäß der Protokollnotiz Nr. 2 zu § 4 TVöD die Zuweisung einer auf Dauer bestimmten Beschäftigung bei einer anderen Dienststelle voraussetzte. Diese Voraussetzung ist vorliegend nicht gegeben; auch zwischen den Parteien war unstreitig, dass es sich beim Bundesamt für Migration und Flüchtlinge im rechtstechnischen Sinne um eine Dienststelle handelt. Für die Bestimmung der Dienststelle kommt es nämlich weder auf den Sprachgebrauch der Vertragsparteien noch auf personalvertretungsrechtliche Vorgaben, sondern auf den organisationsrechtlichen Dienststellenbegriff an. Organisationsrechtlich und im Sinne des Versetzungsbegriffs ist eine Dienststelle gleichbedeutend mit einer Behörde (BAG, NJOZ 2005, 2731 [Os. 2] = NZA 2005, 839 Os.; im gleichen Sinne, wenn auch in anderem Zusammenhang VGH Mannheim, Beschl. v. 23.2.2016 – 4 S 2527/15, BeckRS 2016, 43406 Rn. 7).

[40] Die Beteiligung des Personalrats war vorliegend aber gleichwohl erforderlich, weil es sich um eine Umsetzung mit einem Wechsel des Dienstortes handelt.

[41] Ausweislich des Umsetzungsschreibens vom 11.1.2018 wird der Kl. mit Wirkung vom 13.12.2017 als Sachbearbeiter Regionalkoordination in das Referat 610 (AS K. 1) umgesetzt. Nachdem der Kl. zuvor in der Außenstelle in Freiburg tätig war, ist mit der Umsetzung ein Wechsel des Dienstortes verbunden.

[42] Etwas anderes ergibt sich im konkreten Fall auch nicht daraus, dass die Bekl. in ihr Umsetzungsschreiben aufgenommen hat, dass die „Tätigkeit disloziert vom Dienstort Freiburg wahrgenommen“ werde. Auch wenn die Bekl. im Kammertermin nur sehr spärlich in der Lage war, zu den neuen geplanten Aufgaben des Kl. Stellung zu nehmen, konnte zumindest herausgearbeitet werden, dass mit der neuen Stelle eine umfangreiche Reisetätigkeit für das gesamte Gebiet Baden verbunden wäre, bei der es maximal zu einem Bürotag pro Woche kommen würde. Der zu beurteilende Sachverhalt stellt sich damit so dar, dass der Kl. nach der Umsetzung eine funktionale Anbindung in Karlsruhe hat und von dort aus auch seine entsprechenden Weisungen erhalte, des Weiteren größtenteils in der gesamten Region Baden unterwegs wäre und nur zu einem sehr untergeordneten zeitlichen Anteil in Freiburg hätte tätig werden können. Bei einer derartigen Sachlage verbleibt es dabei, dass mit der Umsetzung des Kl. ein Wechsel des Dienstortes iSd § 47 II 2 BPersVG verbunden ist. Unerheblich ist dabei, dass die Bekl. in die Umsetzungsverfügung aufgenommen hat, dass die Tätigkeit disloziert vom Dienstort Freiburg wahr-

genommen werde, denn tatsächlich wäre der Kl. nur zu einem geringfügigen Zeitanteil in Freiburg tätig geworden.

[43] Die Umsetzung ist damit bereits mangels Beteiligung des Personalrats unwirksam.

[44] b) Die Umsetzung ist darüber hinaus unwirksam, weil sie nicht billigem Ermessens iSd § 106 GewO entspricht.

[45] aa) Die Ausübung des Weisungsrechts muss nach billigem Ermessen erfolgen. Die Wahrung billigen Ermessens setzt voraus, dass die wesentlichen Umstände des Falls abgewogen und die beiderseitigen Interessen angemessen berücksichtigt werden. Ob dies geschehen ist, unterliegt der gerichtlichen Kontrolle (ErfK/Preis, 18. Aufl., § 106 GewO Rn. 10 mit Verw. auf BAG, NZA 1996, 1088).

[46] bb) Diese Voraussetzungen sind vorliegend nicht feststellbar. Nachdem die Bekl. im Kammertermin nicht in der Lage war, das neue Aufgabengebiet des Kl. in seiner konkreten Ausprägung zu benennen, vermag die *Kammer* schon die notwendigen dienstlichen Interessen für die Umsetzung nicht zu erkennen. Es wäre zu erwarten gewesen, dass die Bekl. die konkreten Tätigkeiten des Kl. auch benennen kann, wenn hieran ein dienstliches Interesse bestehen sollte. Das pauschale Vorbringen, dass ein entsprechender Arbeitsbedarf im Referat 610 bestanden habe, ist ersichtlich nicht konkret genug, um einer gerichtlichen Überprüfung zugänglich zu sein. Überdies führt die Bekl. mit ihren Äußerungen zum Feststellungsinteresse selbst aus, dass die Umsetzung aufgrund der 100 %igen Freistellung des Kl. derzeit ohne Wirkungen sei. Ungeachtet dessen, dass dies rechtlich unzutreffend ist, gibt sie mit diesen Ausführungen gleichwohl zu erkennen, dass es aus ihrer Sicht derzeit keinerlei dienstlichen Belange gibt, die ein überwiegendes Interesse der Bekl. an der Umsetzung begründen könnten. Wenn die Umsetzung ohne Auswirkungen bleibt, kann schon denklogisch kein gesteigertes Interesse des Arbeitgebers an der Maßnahme bestehen. Die *Kammer* verkennt bei dieser Argumentation nicht, dass der Kl. zum Zeitpunkt des Ausspruchs der Umsetzung noch nicht zu 100 %, sondern lediglich zu 50 % als Personalrat freigestellt war. Das erkennende *Gericht* vertritt allerdings die Auffassung, dass gerade die von der Bekl. ins Feld geführte Rücksichtnahmepflicht gem. § 241 II BGB auch eine Aktualisierung des im Rahmen des § 106 Gewerbeordnung auszuübenden Ermessens erfordert und den Arbeitgeber gegebenenfalls dazu veranlassen kann, von einer Anweisung wieder abzurücken. Im Übrigen fiele auch bei einer lediglich 50 %igen Freistellung des Kl. die Abwägung zulasten der Bekl. aus. Nach derzeitigem Stand endet das Arbeitsverhältnis des Kl. mit dessen Renteneintritt Ende September 2018. Nimmt man des Weiteren in den Blick, dass der Kl. zu 50 % freigestellt war und mit der neuen Tätigkeit eine umfangreiche Reisetätigkeit verbunden gewesen wäre, überwiegen die Interessen des Kl. am Beibehalt der bisherigen Tätigkeit. Schließlich kann die Berücksichtigung schutzwürdiger Belange des Arbeitnehmers anlässlich der Ausübung des Direktionsrechts eine personelle Auswahlentscheidung des Arbeitgebers erfordern (BAGE 145, 341 = NZA 2013, 1142 = AP GewO § 106 Nr. 24 Rn. 29). Aus den vorgenannten Aspekten heraus wäre damit auch eine Begründung dahingehend erforderlich, warum gerade der Kl. zur Deckung des Personalbedarfs in Karlsruhe herangezogen werden soll.

[47] c) Die *Kammer* sieht in der Umsetzung des Kl. auch eine unzulässige Maßregelung gem. § 612 a BGB. Dass zwischen der Kritik des Kl. am Umgang mit Altverfahren und der Umsetzung eine Kausalität besteht, führt die Bekl. selbst

aus. Sie teilt mit, dass die Umsetzung des Kl. der „Besänftigung“ gedient habe. Da die Bekl. weitere belastbare Umsetzungsgründe nicht hinreichend konkret darlegt (s. o.), hat die *Kammer* davon auszugehen, dass der für den § 612 a BGB erforderliche tragende Beweggrund für die Umsetzung die kritischen Äußerungen des Kl. waren. Da sich diese allerdings nicht als pflichtwidrig erweisen, liegt eine Benachteiligung des Kl. vor, weil er in zulässiger Weise seine Rechte ausgeübt hat. Damit ist der Tatbestand des § 612 a BGB erfüllt.

[48] d) Sollten die Äußerungen des Kl. mit seiner E-Mail vom 6.12. 2017 sowie weitere von der Bekl. in Bezug genommenen Äußerungen des Kl. als solche eines Personalratsmitglieds zu werten sein, wofür nach Auffassung der *Kammer* sehr viel spricht (s. o.), könnte die Umsetzung darüber hinaus unzulässig sein, weil die Bekl. Verhaltensweisen des Kl. als Personalrat zum Anlass von individualrechtlichen Maßnahmen machen würde.

[49] Nach alledem erweist sich die ausgesprochene Umsetzung als unwirksam.

Anmerkung von Rechtsanwalt Olaf Müller*

I. Sachverhalt

Das *ArbG Freiburg* hatte im Kern über eine per Mail geäußerte Kritik eines stellvertretenden Gesamtpersonalratsmitglieds aus dem Dezember 2017 an einer bestimmten Vorgehensweise der Amtsleitung eines Bundesamts zu befinden. Hintergrund der Mail waren wiederum diverse Anfragen einzelner Abteilungsleiter zu einer Anweisung der Amtsleitung, bestimmte Bearbeitungsvorgänge ungeachtet ihrer Bearbeitungsreife auf einem virtuellen Marktplatz abzulegen, um so eine gleichmäßige Auslastung der einzelnen Sachbearbeiter zu gewährleisten. Im Kern hat das Gesamtpersonalratsmitglied die Anweisung „der Sache nach als sinnwidrig“ bezeichnet. Zum Zeitpunkt des Ausspruchs seiner Kritik war der Kläger zu 50 % freigestellt. Es erfolgte daraufhin eine Abmahnung sowie eine Umsetzung von dem bisherigen Dienstort Freiburg nach Karlsruhe. Wenige Tage nach der Umsetzung ist der Kläger vollumfänglich freigestellt worden.

II. Abmahnung

Zutreffend stellte das *ArbG Freiburg* zunächst die Zulässigkeit der sachlich geäußerten Kritik des Klägers fest. Entgegen der Auffassung des beteiligten Bundesamts stand für den Kläger gerade nicht die Herabwürdigung der Amtsleitung im Vordergrund, sondern die Kundgabe sachbezogener Kritik. Dabei, so das *ArbG Freiburg*, komme es maßgeblich auf den Verständnishorizont des verständigen und unvoreingenommenen Publikums an (vgl. *BAG*, NZA 2015, 797 Rn. 25 und *BVerfG*, NJW 2013, 217 Rn. 20).

Der Arbeitnehmer kann sich grundsätzlich auch im Arbeitsverhältnis auf die Meinungsfreiheit als zentrales Grundrecht unserer Verfassung berufen. Obgleich er im Arbeitsverhältnis zur Rücksichtnahme nach § 241 II BGB verpflichtet ist, verweist das *ArbG* zutreffend auf den umfangreichen Schutz von Kritik. Demnach erlaubt es das *BAG* sogar, öffentliche Kritik am Arbeitgeber und den betrieblichen Verhältnissen zu üben und sich dabei auch überspitzt und polemisch zu äußern (*BAG*, NZA 2014, 660 Rn. 36). Die Grenze der Zulässigkeit der Äußerung ist nach Auffassung des *BAG* erst erreicht, wenn bei der Äußerung nicht mehr die Sache selbst, sondern die Diffamierung im Vordergrund steht und daher

* Der Autor ist Fachanwalt für Arbeitsrecht bei der Kanzlei *Endriss und Kollegen* Freiburg i. Br. und war Prozessbeteiligter in der Sache.

als Schmähkritik zu klassifizieren ist (ua *BVerfG*, NJW 1995, 3303; NJW 2008, 358 Rn. 23 mwN; *BAG*, NZA 2011, 1412 Rn. 17). Derartige Beleidigungen erfahren keinen Grundrechtsschutz. Folgerichtig hält das *BAG* beispielsweise den Vorwurf von Verhaltensweisen, die mit dem Dritten Reich verglichen werden, für unzulässig (*BAG*, NZA 2011, 1412). Dabei ist die Abgrenzung zwischen zulässiger Kritik und unzulässiger Diffamierung nicht immer trennscharf. Zur Ermittlung des Aussagegehalts der Äußerung stellt das *ArbG Freiburg* mit dem *BAG* auf den Sinn ab, wie er von einem unvoreingenommenen und verständigen Publikum verstanden wird (*BVerfG*, NJW 2013, 217 Rn. 20 mwN; *BAG*, NZA 2015, 797 Rn. 25). Dabei sind auch der sprachliche Kontext und die sonst erkennbaren Begleitumstände zu berücksichtigen. Schon im Hinblick auf die „*Sinnwidrigkeit der Sache nach*“ erkannte das *ArbG Freiburg* die Sachbezogenheit der Kritik an und entsprach damit dem Entfernungsanspruch des Klägers.

Auch wenn darüber hinaus vieles dafür sprach, dass der Kläger seine Kritik zudem in seiner Eigenschaft als Gesamtpersonalratsmitglied vorbrachte – insbesondere auch ein entsprechender Zusatz unter der E-Mail: „Mitglied GPR“ angebracht wurde –, musste sich das Gericht damit, angesichts der vorbenannten Feststellungen, nicht mehr befassen.

III. Umsetzung

Obgleich der Kläger zum Zeitpunkt des Verfahrens bereits vollumfänglich als GPR-Mitglied freigestellt war, erkannte das *ArbG* dessen Feststellungsinteresse in Bezug auf den Angriff gegen die Umsetzung an, da mit der Umsetzung eine funktionale und organisatorische Neuansbindung an eine neues Referat verbunden werden sollte. Im Übrigen befand das *ArbG* die Umsetzung gleich aus mehreren Gründen als rechtsunwirksam. Es habe zum einen bereits wegen des Dienstortwechsels an einer notwendigen Beteiligung des Personalrats nach § 47 II BPVG gemangelt. Zum anderen befand das Gericht die Umsetzung als ermessenswidrig iSv § 106 GewO. Insbesondere waren die Vertreter des beklagten Amtes in der Kammerverhandlung nicht in der Lage, das neue Aufgabengebiet des Klägers in seinen konkreten Ausprägungen zu benennen, weswegen für die *Kammer* im Rahmen der Interessenabwägung schon ein dienstliches Interesse nicht erkennbar gewesen ist.

Nicht zuletzt erkannte die *Kammer* in der Umsetzung einen Verstoß gegen das Maßregelungsverbot, zumal die Vertreter des beklagten Amtes die Umsetzungsmaßnahme mit einer „Besänftigung“ des Klägers stützen wollten.

Auch in Bezug auf die Umsetzung musste die *Kammer* nicht mehr entscheiden, ob die Umsetzung unzulässig gewesen ist, weil das beklagte Amt Verhaltensweisen des Klägers als Personalratsmitglied zum Anlass von individualrechtlichen Maßnahmen genommen hat.

IV. Bewertung

Auch wenn die Entscheidung des *ArbG* wesentlich einfacher hätte ausfallen können, wenn das Gericht Feststellungen dazu getroffen hätte, dass der Kläger seine sachliche Kritik als Personalratsmitglied geäußert hatte, wofür nach dem Sachverhalt einiges sprach, so setzt es doch in wünschenswerter Klarheit die Linie des *BAG* zu den Äußerungsmöglichkeiten eines Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber fort. Der Grundsatz: „wes Brot ich ess, des Lied ich sing“, erfährt gerade vor dem Hintergrund des Grundrechts der Meinungsäußerung eine beachtliche Einschränkung, die das

ArbG schon im Hinblick auf die ausdrückliche Kenntlichmachung der Sachebene durch den Arbeitnehmer zutreffend erkannt hat.