



*Kann sich die Verkäuferin dagegen wehren, immer wieder die gleichen sprachlichen Floskeln zu verwenden und zwar auch dann, wenn wie beim Einkauf von Bekannten, andere Formulierungen normal wären?*

## Arbeitsrecht konkret

Oder: Die Tätigkeit der Kassiererin K.

**aib**-web.de  
Service für Betriebsräte

*Morgens um acht Uhr öffnet der Supermarkt. Von allen Kassiererinnen wird erwartet, dass sie zehn Minuten früher da sind und überprüfen, ob auch alles klar ist für den Start. Sie erscheinen in einer bestimmten Kleidung, die vom Arbeitgeber gestellt wurde, und tragen ein Namensschild mit Vor- und Zunamen.*

Sobald ein Kunde seine Ware auf das Band gelegt hat, muss man ihn mit »Guten Morgen«, ab 10 Uhr 30 mit »Guten Tag« begrüßen. In Süddeutschland darf man auch »Grüß Gott« sagen, aber »hallo« geht nicht. Auch das plattdeutsche »Moin« ist selbst an der Nordseeküste untersagt. Die Kassiererin muss dann aufstehen und sich über das Band beugen, um die unten am Einkaufswagen angebrachte Nummer zu lesen und sie in die Kasse einzugeben. Nachdem sie den Preis der Waren eingetippt hat, wird sie den Kunden ggf. fragen, ob er bar oder mit EC-Karte bezahlen will. Tut er das letztere, wird durch die Karte sein Familienname deutlich; anschließend hat man diesen samt Titel

zu verwenden (»danke, Herr Dr. Müller«). Dann muss man fragen: »Waren Sie zufrieden?« oder – alternativ – »Haben Sie alles gefunden?«. Dies übrigens auch dann, wenn die fragliche Person nur zwei Pfund Orangen gekauft hat, die direkt am Eingang ausliegen und die selbst ein sehr zerstreuter Mensch beim besten Willen nicht übersehen kann. Abschließend wünscht die Kassiererin einen »Schönen Tag«, ab 16 Uhr einen »Schönen Abend« und verabschiedet den Kunden mit »Auf Wiedersehen«; »tschüss« oder »bis bald« geht nicht, auch wenn es sich um eine Nachbarin handelt, die man am selben Abend mit Sicherheit nochmals trifft.

### Greift hier schon das Arbeitsrecht?

Sind mit diesen Vorgängen arbeitsrechtliche Fragen verbunden? Spontan wird einem möglicherweise einfallen, dass das Tragen einer bestimmten Kleidung und eines Namensschildes die Juristen auf den Plan ruft. Aber kann

der Arbeitgeber auch verlangen, dass sich die Arbeitnehmerin ca. 300 Mal pro Tag über das Band beugt, um die Nummer des Einkaufswagens festzustellen? Natürlich sieht sie bei dieser Gelegenheit, ob der Kunde vielleicht noch was auf der unteren Ebene liegen hat, aber ließe sich das nicht auch durch einen an der Decke angebrachten Spiegel bewerkstelligen? Und wie steht es mit der regelmäßigen Verwendung derselben Formeln und Sätze? Darf das vorgeschrieben werden?

In Fällen dieser Art stellen sich typischerweise zwei Fragen. Die eine gehört ins Arbeitsvertragsrecht und betrifft den Persönlichkeitsschutz. Bewegt sich die Anweisung noch im Rahmen des Direktionsrechts oder überschreitet sie dessen Grenzen, weil sie gegen Grundrechte verstößt oder aus anderen Gründen einen Missbrauch darstellt? Die zweite Frage bezieht sich auf das Betriebsverfassungsrecht und taucht deshalb nur auf, wenn ein Betriebsrat existiert. Unterliegt eine Regelung der Mitbestimmung? Dann ist sie nur wirksam, wenn der Betriebsrat zugestimmt hat. Der Arbeitgeber hat in diesen Fällen zwei »Hürden« zu überwinden. Bei den einzelnen Fragen – und außer den genannten gibt es noch eine ganze Reihe anderer – soll im Folgenden immer erst die arbeitsvertragliche Zulässigkeit geklärt werden; anschließend kommt dann die Mitbestimmung ins Spiel.

## Die Arbeitskleidung

Grundsätzlich ist der Arbeitnehmer verpflichtet, eine übliche Dienst- oder Arbeitskleidung zu tragen. Dies ist im Hotel- und Gaststättengewerbe verbreitet, gilt aber auch für andere Branchen. Das Unternehmen soll so ein »einheitliches Erscheinungsbild« gewinnen.<sup>1</sup> Allerdings gibt es Grenzen: Der Einzelne darf nicht in seiner Würde verletzt, insbesondere der Lächerlichkeit preisgegeben werden. Nach einer Entscheidung des LAG Hamm<sup>2</sup> kann man sich weigern, die vorgeschriebene Firmenkleidung ohne jede Änderung zu tragen, wenn sie einen »in eine ausgesprochen ungünstige Optik« bringen würde. Wer eh schon mit den Pfunden zu kämpfen hat, muss keine Kleidung akzeptieren, deren Querstreifen dies noch zusätzlich betonen; insoweit kann man eine Änderung und Anpassung verlangen.

Dass sich ein Einzelner gegen die Dienstkleidung wehrt, ist in der Praxis eher unwahrscheinlich. Insoweit ist von großer Bedeutung, ob der Betriebsrat ein Mitbestimmungsrecht hat und deshalb mit dem Arbeitgeber über alle Einzel-

fragen verhandeln kann. Als Tatbestand kommt hier nur § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG in Betracht, wonach sich die Mitbestimmung auf »Fragen der Ordnung des Betriebs und des Verhaltens der Arbeitnehmer im Betrieb« bezieht. Ihrem Wortlaut und Sinn nach erstreckt sich diese Formel auf alle Regeln, die der Arbeitnehmer bei der Arbeit zu befolgen hat; lediglich Weisungen im Einzelfall (»Bitte, holen Sie drei Kästen Bier«) sind nicht erfasst.<sup>3</sup>

Das BAG hat die Vorschrift demgegenüber eng interpretiert und alle Anweisungen ausgenommen, die unmittelbar mit der Ausführung der Arbeit verbunden sind.<sup>4</sup> Insoweit wird zwischen mitbestimmungsfreiem »Arbeitsverhalten« und mitbestimmungspflichtigem »Ordnungsverhalten« unterschieden, wobei die Abgrenzung aber alles andere als klar und eindeutig ist.<sup>5</sup> Beim Tragen von Arbeitskleidung kann die Auslegung von § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG allerdings dahinstehen, da insoweit auch das BAG die Mitbestimmung bejaht.<sup>6</sup> Maßgebend hierfür ist letztlich die Erwägung, dass es nicht um die Arbeit als solche, sondern darum geht, dass die Arbeitnehmer nach außen hin einheitlich in Erscheinung treten, also eine bestimmte betriebliche Ordnung praktizieren. Der Betriebsrat darf also über das Ob der einheitlichen Kleidung sowie ihre Ausgestaltung mitentscheiden. Dabei kann auch der Sondersituation einzelner Beschäftigter Rechnung getragen werden. Eine Kostenbeteiligung der Arbeitnehmer darf ebenso wenig wie bei Schutzkleidung vorgesehen werden, da der Arbeitgeber für die »Arbeitsvoraussetzungen« verantwortlich ist, also dafür sorgen muss, dass die von ihm gewünschte Tätigkeit auch effektiv erbracht werden kann.<sup>7</sup>

Trifft er einseitig Anordnungen, ohne den Betriebsrat einzuschalten, sind diese rechtlich unverbindlich. Der Betriebsrat kann verlangen, dass sie wieder zurückgenommen werden, und dies auch im Wege der einstweiligen Verfügung durchsetzen.<sup>8</sup>

## Namensschild

Wird der Einzelne verpflichtet, ein Schild mit Vor- und Zunamen zu tragen, so verstößt dies grundsätzlich nicht gegen seine Menschenwürde oder sein allgemeines Persönlichkeitsrecht. Kunden können so den Namen gebrauchen, bei etwaigen Beschwerden ist die Identifizierung unschwer möglich. Probleme ergeben sich nur, wenn die Gefahr besteht, dass es zu Belästigungen in der Privatsphäre kommt: Der Kunde findet die Kassiererin attraktiv und ruft sie regelmäßig zu Hause an (was diese wenig schätzt). Dies ist ihm unschwer möglich, weil es im lokalen Telefonbuch nur eine »Waltraut Schmitt« gibt. In solchen Fällen überwiegt der Persönlichkeitsschutz der Arbeitnehmerin gegenüber dem Interesse des Arbeitgebers. Künftigen Fällen dieser Art könnte man vorbeugen, indem man den Vornamen auf Wunsch weglässt und evtl. auch die Schreibweise des Namens ein wenig verändert. Bei »Schmidt« wäre ein aufdringlicher Verehrer ersichtlich ziemlich ratlos.

1 BAG v. 1.12.1992 – 1 AZR 260/92, AP Nr. 20 zu § 87 BetrVG 1972 Ordnung des Betriebs = NZA 1993, 711.

2 LAGE § 611 BGB Direktionsrecht Nr. 14.

3 Dazu mit eingehender und überzeugender Begründung DKK-Klebe, 11. Aufl. 2008, § 87 BetrVG Rdnr. 46.

4 Zuletzt etwa BAG v. 13.2.2007 – 1 ABR 18/06, NZA 2007, 640, 641

5 Nachweise bei DKK-Klebe, § 87 BetrVG Rdnr. 42 ff.

6 BAG v. 8.8.1989 – 1 ABR 65/88, DB 1990, 893; BAG v. 1.12.1992 – 1 ABR 260/92, DB 1993, 990; BAG v. 13.2.2007 – 1 ABR 18/06, NZA 2007, 640, 641.

7 Däubler, Das Arbeitsrecht 2, 12. Aufl., Reinbek 2009, Rdnr. 458 m.w.N.

8 Grundlegend BAG v. 3.5.1994 – 1 ABR 24/93, DB 1994, 2450; s. weiter BAG v. 9.12.2003 – 1 ABR 44/02, NZA 2004, 746, 749; BAG v. 24.4.2007 – 1 ABR 47/06, NZA 2007, 818, 819.

Das Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG wirft sehr viel mehr Probleme auf. Die BAG-Rechtsprechung ist nicht von letzter Klarheit – um eine diplomatische Formulierung zu wählen. Muss der Kundenberater einer Bank ein Namensschild tragen, ist dies Teil seiner Arbeitsleistung und deshalb der Mitbestimmung entzogen.<sup>9</sup> Wird dieselbe Pflicht dem Fahrpersonal einer Straßenbahn auferlegt, so greift die Mitbestimmung ein, da die Kommunikation mit den Fahrgästen nur einen Randbereich der Arbeitsleistung betreffe.<sup>10</sup> Legt man diese Differenzierung zugrunde, so wird man bei den Kassiererinnen eher die erste Alternative annehmen müssen und deshalb nicht zu einem Mitbestimmungsrecht kommen. Andererseits ist dieses nicht mit Sicherheit ausgeschlossen. Muss das Arbeitsgericht nach § 98 Abs. 1 ArbGG über die Einsetzung einer Einigungsstelle entscheiden, wird es einem entsprechenden Antrag voraussichtlich stattgeben, weil eine Zurückweisung nur möglich ist, wenn ein Mitbestimmungsrecht »offensichtlich« nicht besteht. Dies ist eine recht hohe Schwelle. Sie ist noch nicht erreicht, wenn zwar eine negative BAG-Rechtsprechung vorliegt, ein Arbeitsgericht aber anders entschieden hat und in der Literatur mit beachtlichen Argumenten auch eine vom BAG abweichende Position vertreten wird.<sup>11</sup> Liegt noch keine höchstrichterliche Entscheidung vor, kann es für die Nicht-Offensichtlichkeit ausreichen, wenn ein Lehrstuhlinhaber für Arbeitsrecht in einem Aufsatz ein Mitbestimmungsrecht bejaht hat.<sup>12</sup>

### Aufstehen und Nummer kontrollieren

Der Bereich bekannter Probleme, die in Rechtsprechung und Literatur behandelt sind, wird verlassen, wenn es um das Aufstehen und Sich-über-das-Band-Beugen geht. Arbeitsformen dieser Art sind aus der traditionellen industriellen Produktion bekannt; am Fließband oder bei der Bedienung von Maschinen gehören sie zum Alltag. Niemand hat deshalb ernsthaft einen Verstoß gegen die Menschenwürde oder das allgemeine Persönlichkeitsrecht behauptet, da dies die Produktionsweise als solche in Frage gestellt hätte.<sup>13</sup> Allerdings besteht im vorliegenden Zusammenhang die Besonderheit, dass in Form der Anbringung von Spiegeln eine »menschengerechtere« Alternative existiert, die in vielen Supermärkten bereits praktiziert wird, die allerdings zusätzliche Kosten verursacht. Vor vielen Jahren ist in der juristischen Literatur die Auffassung vertreten worden, der Arbeitgeber müsse generell die »menschengerechtere« Arbeitsgestaltung wählen, soweit ihm dies wirtschaftlich zumutbar sei.<sup>14</sup> Die Rechtsprechung hat diesen Vorschlag jedoch bislang nicht aufgegriffen.<sup>15</sup> Gleichwohl kann man heute mit Aussicht auf Erfolg den Standpunkt vertreten, das Direktionsrecht sei entgegen § 106 Satz 1 GewO nicht »nach billigem Ermessen« ausgeübt, wenn man auf das Anbringen der Spiegel verzichtet und stattdessen dem Einzelnen das dauernde Auf und Ab zumutet. Schon die Tatsache, dass andere Supermärkte, d.h. Kon-

kurrenten, entsprechend verfahren, macht es für den Arbeitgeber im Regelfall zumutbar, auf eine solche Alternative auszuweichen.

Was die betriebsverfassungsrechtliche Seite angeht, so ist der unmittelbare »Arbeitsbezug« nicht zu leugnen. Auf der Grundlage der BAG-Rechtsprechung lässt sich eine Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG daher nicht begründen. In Betracht kommt jedoch die Vorschrift des § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG. Danach kann der Betriebsrat u.a. mitbestimmen bei »Regelungen über den Gesundheitsschutz im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften«. Zu diesen gehört u.a. § 4 Nr. 1 ArbSchG, wonach die Arbeit so zu gestalten ist, dass »eine Gefährdung für Leben und Gesundheit möglichst vermieden und die verbleibende Gefährdung möglichst gering gehalten wird.« Nach § 3 Abs. 1 ArbSchG muss der Arbeitgeber die erforderlichen Maßnahmen des Arbeitsschutzes treffen und dabei die Umstände berücksichtigen, die die Sicherheit und Gesundheit der Beschäftigten bei der Arbeit beeinflussen. Was unter »Maßnahmen des Arbeitsschutzes« zu verstehen ist, definiert § 2 Abs. 1 ArbSchG: Es geht um Maßnahmen zur Verhütung von Unfällen bei der Arbeit und von arbeitsbedingten Gesundheitsgefahren, wobei Maßnahmen zur menschengerechten Gestaltung der Arbeit eingeschlossen sind. Im Wege der Mitbestimmung lässt sich dieser gesetzliche Rahmen konkretisieren, also insbesondere eine weniger gesundheitsgefährdende Gestaltung wählen. Dies ist hier geboten, zumal es im Gesetz nicht nur um die Abwehr unmittelbar drohender Gesundheitsgefahren, sondern schon um die Reduzierung gesundheitlicher Belastungen geht.<sup>16</sup> Der Betriebsrat kann also verlangen, dass die Spiegel angeschafft werden und so das dauernde »Hinsetzen – Aufstehen« beendet wird.

### Der Gebrauch bestimmter Formeln

Kann sich der Einzelne dagegen wehren, immer dieselben sprachlichen Wendungen benutzen zu müssen, und zwar auch dann, wenn wie beim Einkauf durch alte Bekannte andere Formulierungen »normal« wären? Muss man sich dabei nicht wie ein Papagei vorkommen?

Lösungen lassen sich auch hier nur schwer durch Rückgriff auf Vorüberlegungen in der Literatur oder auf Gerichtsurteile gewinnen. Immerhin existiert eine BAG-Entscheidung, die beim Mithören von Telefongesprächen von Neueinge-

9 BAG 18.4.2000 – 1 ABR 22/99, NZA 2000, 1176, 1177.

10 BAG v. 19.2.2002 – 1 ABR 26/01, NZA 2002, 1300.

11 LAG Saarland v. 14.5.2003 – 2 TaBV 7/03, NZA-RR 2003, 639.

12 ArbG Neumünster v.26.8.1993 – 1d BV 48/92, AiB 1994, 311.

13 Näher dazu Däubler, Arbeitsrecht 2, aaO, Rdnr. 594 ff.

14 Zöllner RdA 1973, 214. Bemerkenswert ist, dass derselbe Autor sonst fast durchweg arbeitgeberfreundliche Positionen vertritt.

15 Dies mag auch damit zusammenhängen, dass Prozessvertreter keine solchen Argumentationslinien zu entwickeln versuchen. Alles was die Arbeitsabläufe betrifft, ist irgendwie »unantastbar«.

16 DKK-Klebe, § 87 BetrVG Rdnr. 181; Wlotzke, FS Wissmann, München 2005, S. 426, 437.

stellten in einem Call Center darauf ab, es gehe nur um Gegenstände wie Fahrplanauskünfte und Flugbuchungen, die »die vom allgemeinen Persönlichkeitsrecht geschützte Eigensphäre des Arbeitnehmers kaum berühren«.<sup>17</sup> Dies setzt voraus, dass »Routinekonversation« anders als ein Gespräch über persönliche Probleme zu sehen ist. Das legt es nahe, insoweit auch eine »Vorprogrammierung« zuzulassen, die weniger eingreifend wirkt als ein nur abstrakt (aber nicht für den konkreten Fall) angekündigtes Mit-hören. Allerdings darf der Einzelne dabei nicht in die Situation gebracht werden, sich über »normale Umgangsformen« hinwegsetzen zu müssen. So wäre es ein unzulässiges Übermaß an Reglementierung, wollte man die beschriebenen Regeln auch gegenüber persönlichen Bekannten sowie dann obligatorisch machen, wenn sie nur Irritationen auslösen. Wendet sich etwa ein Kunde mit einer Frage direkt an die Kassiererin und antwortet diese weisungsgemäß mit »Guten Tag«, so würde dies wie eine sicherlich nicht gewollte Zurechtweisung wirken (»sagen Sie erst mal Guten Tag«). Aus diesem Grund lässt sich eine solche »Sprachregelung« nur dann mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht vereinbaren, wenn sie Ausnahmen zulässt, bei denen die jeweilige Situation berücksichtigt werden kann.

Was das Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG betrifft, so besteht sicherlich ein Zusammenhang mit der Arbeit als solcher, doch könnte diese ersichtlich auch erledigt werden, ohne dass man die fraglichen Formeln verwendet. Diese haben ähnlich wie eine für alle gleiche Bekleidung die Funktion, für ein einheitliches Erscheinungsbild des Unternehmens nach außen hin zu sorgen. Für den Kunden stellt es sich so dar, dass in dem fraglichen Kaufhaus alle Kassiererinnen nicht nur weiße Blusen tragen, sondern auch nach der Zufriedenheit fragen und einen schönen Tag wünschen. Beides ist »Beiwerk«, das zur Identifizierung und zur »Wiedererkennung« des Unternehmens beiträgt. Dies legt es nahe, auch mitbestimmungsrechtlich einheitliche Maßstäbe anzulegen und genau wie bei der Dienstkleidung § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG anzuwenden.

### Das Problem der Testkäufer

Die hier dargestellte Kaufhauskette K. bedient sich zahlreicher Testkäufer, die u.a. darüber berichten, wie sie an der Kasse behandelt wurden. Auch stellen sie fest, ob das Gespräch mit dem vor ihnen stehenden Kunden den Vorgaben gemäß gelaufen ist. Meist werden Mitarbeiter einer Fremdfirma für diese Aufgabe eingesetzt, doch scheint es auch

Personen zu geben, die dies als Nebenerwerb betreiben und dafür eine direkte Vertragsbeziehung zur Firma K. haben. Die einzelnen Filialen werden bewertet, wobei die Berichte der Testkäufer von ausschlaggebender Bedeutung sind. Die fünf am besten bewerteten Einheiten bekommen eine Auszeichnung und außerdem einen Geldbetrag, den der Filialleiter nicht etwa verteilen darf, sondern den er für ein gemeinsames Fest ausgeben muss. Wird das Verhalten einer Mitarbeiterin zwei Mal beanstandet, bringt dies so viele »Minuspunkte«, dass keine Chance mehr besteht, unter die ersten Fünf zu kommen, was zu einem erheblichen sozialen Druck auf die betroffene Kollegin führt. Außerdem erfolgt in solchen Fällen nicht selten eine vierwöchige Versetzung auf einen schlechteren Arbeitsplatz, ohne dass allerdings eine Minderung der Vergütung eintreten würde. Wer immer wieder negativ auffällt, riskiert eine Abmahnung und ggf. eine verhaltensbedingte Kündigung.

### Überwachung durch Menschen – beliebig zulässig?

Der Arbeitgeber hat aufgrund des Arbeitsvertrags das Recht, die Ausführung der Arbeit zu kontrollieren. Dies kann durch einen »Blick über die Schulter«, aber auch dadurch erfolgen, dass er sich Bericht erstatten lässt oder Beschwerden von Arbeitskollegen oder Kunden nachgeht. Werden in diesem Zusammenhang technische Mittel eingesetzt, ändern sich die Maßstäbe: Eine Videokamera kann das Verhalten lückenlos aufzeichnen und deshalb einen sehr viel höheren »Überwachungsdruck« als ein Vorgesetzter schaffen. Die Diskussion hat sich aus diesem Grund seit rund 30 Jahren auf die »Kontrolle durch Technik« konzentriert, wobei das Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG im Vordergrund stand.<sup>18</sup>

Muss man sich als Kassiererin den Einsatz von Testkäufern gefallen lassen? Der Sache nach entsteht hier ähnlich wie beim Einsatz technischer Mittel ein »Überwachungsdruck«, dem sich die einzelne Person nur schwer entziehen kann. Auf der anderen Seite wird die Arbeitgeberseite darauf verweisen, ohne dieses Mittel sei eine effektive Kontrolle überhaupt nicht mehr denkbar. Wolle man die dauernde Überwachung durch Videokameras vermeiden, müsse man jedenfalls den »Einsatz von Menschen« zulassen. Soweit ersichtlich, haben die Gerichte bisher keine prinzipiellen Bedenken im Hinblick auf den Persönlichkeitsschutz des beobachteten Arbeitnehmers angemeldet. In verschiedenen Fällen wurde der Einsatz von Warenhausdetektiven gebilligt<sup>19</sup>, die mit Testkäufern vergleichbar sind. Dem könnte man entgegenhalten, dass verdeckte Ermittlungen zwar überall dort legitim sind, wo der schwere Verdacht von Unregelmäßigkeiten gegenüber einer bestimmten Person besteht, dass es aber gegen die in Westeuropa üblichen und allgemein für richtig gehaltenen Umgangsformen verstößt, das Verhalten anderer durch Personen überprüfen zu lassen, die ihre Funktion nicht zu erkennen geben und die man deshalb als »Geheimagenten« bezeichnen könnte. Würde sich diese zweite

<sup>17</sup> BAG v.30.8.1995 – 1 ABR 4/95, NZA 1996, 218, 221.

<sup>18</sup> S. den Überblick bei Däubler, Das Arbeitsrecht 2, Rdnr. 470 ff.

<sup>19</sup> BAG v. 3.4.1986 – 2 AZR 324/85, DB 1986, 2187 (Warenhausdetektiv stellt eine Arbeitnehmerin, die angeblich einen Lippenstift gestohlen hat); BAG 10.11.1987 – 1 ABR 55/86, DB 1987, 2420 (Überprüfung, ob das Alkoholverbot im Betrieb eingehalten wird); BAG v. 26.3.1991 – 1 ABR 26/90, DB 1991, 1834 (als Kunden getarnte Detektive erscheinen mit nicht verkehrssicheren Autos beim TÜV, wo angeblich zu großzügig verfahren wird)

Auffassung durchsetzen, läge bereits ein Verstoß gegen das allgemeine Persönlichkeitsrecht vor.

Unter den gegebenen Umständen stellt sich in erster Linie das Problem der Mitbestimmung. Das BAG hat entschieden, dass der Betriebsrat nicht mitentscheiden könne, wenn durch Einschaltung einer Drittfirma lediglich die »Dienstleistungsqualität« als solche ermittelt werden solle, wenn dabei jedoch keinerlei personenbezogene oder personenbeziehbare Daten anfallen würden.<sup>20</sup> Ist ein Personenbezug gegeben, so ist im Einzelnen zu differenzieren:

- Steuert der Arbeitgeber selbst den Einsatz der Testkäufer, so stellt ihre Beschäftigung eine Einstellung im Sinne des § 99 BetrVG dar, so dass der Betriebsrat seine Zustimmung erteilen muss, die er allerdings nur aus den in § 99 Abs. 2 genannten Gründen verweigern kann.
- Das »Beobachtungsraster« des Testkäufers lässt sich als Personalfragebogen nach § 94 Abs. 1 BetrVG qualifizieren, da es im Zusammenhang mit dem Persönlichkeitsschutz nicht darauf ankommen kann, ob der Fragebogen dem Arbeitnehmer vorgelegt und von ihm ausgefüllt wird oder ob er sich ausschließlich in den Händen eines Dritten befindet. Letzteres stellt sogar den potentiell weiter gehenden Eingriff dar.<sup>21</sup>
- Soweit die erhobenen Daten, d.h. die Berichte EDV-mäßig gespeichert werden, liegt auch der Tatbestand des § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG vor: Die dort in Bezug genommene Technik muss nicht bereits bei der Datenerhebung eingesetzt werden. Vielmehr reicht es aus, wenn sie die Auswertung manuell erhobener Daten erleichtert.<sup>22</sup>

Werden Daten über Arbeitnehmer erhoben, ohne dass diesen Voraussetzungen Rechnung getragen wäre, so besteht ein Verwertungsverbot. Dies wäre etwa der Fall, wenn eine Kassiererin die vorgeschriebene »Hohlraumkontrolle« nicht vorgenommen hat<sup>23</sup>, der Betriebsrat aber vom Einsatz der Testkäufer vorher nichts erfahren hatte. Der »Fehler« darf nicht für irgendwelche Maßnahmen wie beispielsweise eine Rüge herangezogen werden. Auch bei der unternehmensinternen Bewertung der Filiale ist er als nicht-existent zu behandeln. Anders verhält es sich nach der Rechtsprechung des BAG nur, wenn der Betriebsrat die fragliche Maßnahme nachträglich in vollem Umfang billigt.<sup>24</sup>

### Versetzung auf einen schlechteren Arbeitsplatz

Hat die in legaler Weise ermittelte Pflichtverletzung eines Arbeitnehmers zur Folge, dass die betroffene Person für einige Zeit auf einen schlechteren Arbeitsplatz versetzt wird, so kann darin evtl. eine besondere Geringschätzung liegen, die als unzulässiger Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht zu qualifizieren ist. Dies hängt von den Umständen des Einzelfalls ab. Niemand kann jedoch ernsthaft behaupten, jede Versetzung auf einen weniger guten Arbeitsplatz sei rechtswidrig, auch wenn man sich am bis-

herigen Arbeitsplatz Pflichtverletzungen hat zuschulden kommen lassen. Die Versetzung ist jedoch nur dann mit dem Arbeitsvertrag vereinbar, wenn dieser eine entsprechende Klausel enthält. Nach allgemeinen Grundsätzen des Arbeitsvertragsrechts ist sie sonst nur im Wege der Änderungskündigung möglich.<sup>25</sup> Ein »Versetzungsvorbehalt« ist seinerseits nach der neueren Rechtsprechung des BAG nur zulässig, wenn er nicht ausschließlich das Arbeitgeberinteresse berücksichtigt.<sup>26</sup> Hält sich die Zuweisung des anderen Arbeitsplatzes in diesem Rahmen, hat der Betriebsrat nach § 99 in Verbindung mit § 95 Abs. 3 BetrVG ein Zustimmungsverweigerungsrecht. Daneben könnte man daran denken, dass es sich um eine »Betriebsbuße« handelt, die von vorne herein unzulässig wäre, weil sie eine »Bußordnung« sowie im Einzelfall die Zustimmung des Betriebsrats voraussetzt.<sup>27</sup> Voraussetzung wäre allerdings, dass nicht primär gegen arbeitsvertragliche Pflichten, sondern gegen die »Ordnung im Betrieb« verstoßen wurde, was in aller Regel nicht der Fall sein wird.<sup>28</sup>

### Die schlechte Bewertung des ganzen Betriebs

Ist es zulässig, dem Betrieb als solchem die Anerkennung zu versagen und ihm die Chance zu nehmen, unter die »ersten Fünf« zu kommen, nur weil eine Person ihre Pflichten zwei Mal verletzt hat? Ein wenig erinnert eine solche Regelung an »Sippenhaft«; es geht zwar nicht um Eingriffe in die Freiheit des Einzelnen, wohl aber um den Entzug von geldwerten Vorteilen, die man sonst möglicherweise erhalten hätte. Der Gleichbehandlungsgrundsatz gilt heute unternehmensweit, also über die Grenzen des einzelnen Betriebs hinaus.<sup>29</sup> Dies bedeutet, dass Arbeitnehmer in einem Betrieb nur aus sachlichen Gründen schlechter als die in einem andern Betrieb behandelt werden dürfen. Schließt man nun einen Betrieb schon deshalb aus dem »Qualitätswettbewerb« aus, weil eine Person zwei Mal einen Fehler gemacht hat, ist diese Voraussetzung nicht erfüllt: Für die korrekt Arbeitenden ist es ein sachfremdes Kriterium, wenn sie allein wegen eines »schwarzen Schafes« in ihrer Umgebung nicht mehr berücksichtigt werden. Gleichbehandlung liegt nur dann vor, wenn nach einheitlichen Grundsätzen

20 BAG v. 18.4.1989 – 1 ABR 3/88, AP Nr. 33 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung.  
 21 Vgl. DKK-Klebe, § 94 Rdnr. 3f.  
 22 Grundlegend BAG v. 16.4.2002 – 1 ABR 34/01, AP Nr. 9 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung; BAG 14.11.2006 – 1 ABR 4/06, NZA 2007, 399, 402.  
 23 Dabei werden gekaufte Gegenstände, in denen man andere Waren unterbringen kann, an der Kasse geöffnet, um so das »Hinausschmuggeln« von irgendwelchen Gegenständen zu verhindern.  
 24 BAG v. 27.3.2003 – 2 AZR 51/02, NZA 2003, 1193. Das Verwertungsverbot soll im Übrigen auch nicht für (im Prozess) unstreitige Tatsachen gelten: BAG NZA 2008, 1008. Es empfiehlt sich daher, die Tatsache zu bestreiten und deutlich auf das Verwertungsverbot hinzuweisen.  
 25 BAG v. 11.6.1958 – 4 AZR 514/55, Nr. 2 zu § 611 BGB Direktionsrecht, allgemeine Meinung.  
 26 BAG v. 9.11.2005 – 5 AZR 128/05, NZA 2006, 1149, 1151; BAG v. 13.3.2007 – 9 AZR 362/06 NZA 2007, 145, 147.  
 27 BAG v. 17.10.1989 – 1 ABR 100/88, AP Nr. 1 zu § 87 BetrVG 1972 Betriebsbuße.  
 28 BAG v. 23.10.2002 – 7 ABR 55/01, AP Nr. 18 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung.  
 29 BAG v. 17.11.1998 – 1 AZR 147/98, AP Nr. 162 zu § 242 BGB Gleichbehandlung.

verfahren wird, so dass eine Nachlässigkeit durch zwei Personen nicht anders als ein Doppelfehler durch eine Person behandelt werden darf. Auch hier stellt sich ein Mitbestimmungsproblem. Die Veranstaltung des Festes durch den Filialleiter stellt für den Einzelnen einen geldwerten Vorteil dar, der das Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG auslöst. Dass es sich um eine Sachleistung handelt, ist ohne Bedeutung.<sup>30</sup> Auch die Freiwilligkeit sowie die vermutlich gegebene steuerliche Absetzbarkeit nach § 4 Abs. 5 EStG spielen keine Rolle. Da es sich um eine unternehmenseinheitliche Ordnung handelt, ist der Gesamtbetriebsrat für die Ausübung des Mitbestimmungsrechts zuständig. Er kann am besten dafür sorgen, dass nach gerechten und inhaltlich überzeugenden Kriterien verfahren wird. Unterbleibt seine Einschaltung, ist die »Exzellenzordnung« unwirksam. Welche konkreten Folgen dies hat, scheint bisher nicht geklärt. Vieles spricht dafür, die vorgesehenen Mittel gleichmäßig auf alle Betriebe zu verteilen.

### Der Gang zur Toilette – ein Rechtsproblem?

In der großen Filiale X befindet sich außerhalb des Gebäudes eine Leergutannahme, wo ein einziger Mitarbeiter tätig ist. Muss er zur Toilette, hat er um eine Ablösung zu bitten, da auch eine vorübergehende Nichtbesetzung im Interesse der Kunden ausdrücklich verboten ist. Bis die Ablösung erscheint, können gut und gern zehn Minuten vergehen. Der anschließend zurückzulegende Weg beträgt etwa fünf Minuten; am Ziel besteht nur eine einzige Toilette, die nicht immer frei sein wird. Nach arbeitsschutzrechtlichen Grundsätzen müssen Toiletten leicht erreichbar sein. Dies ist hier ersichtlich nicht gegeben. Der Betriebsrat kann von seinem

Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG Gebrauch machen und eine andere Lösung durchsetzen. Außer der vorübergehenden Schließung und der Besetzung mit zwei Personen kommt die Anschaffung eines transportablen Dixi-Klos in Betracht. Die dadurch verursachten Kosten dürften nicht unverhältnismäßig sein.

### Fazit

Die praktischen Probleme aus dem Einzelhandel, die hier geschildert wurden, haben bisher nur zu einem kleineren Teil die Gerichte beschäftigt.<sup>31</sup> Völlig eindeutige Antworten sind daher nicht immer möglich. Dies hängt auch ein wenig damit zusammen, dass das Nachdenken über arbeitsrechtliche Normen häufig die Vielfalt an Lebenssachverhalten nicht im Auge hat, die es in der betrieblichen Realität gibt. Für den Betriebsrat ist in solchen Fällen § 98 ArbGG von großem Nutzen, da so gut wie nie der Fall auftritt, dass »offensichtlich« kein Mitbestimmungsrecht besteht. Ist aber eine Einigungsstelle einmal zusammengetreten, wird sie sich meist um das Sachproblem und eine einvernehmliche Lösung kümmern. Einen Grundsatzbeschluss über ihre (Un-)Zuständigkeit zu fällen, hätte nur weitere gerichtliche Auseinandersetzungen zur Folge und würde allen Beteiligten Steine statt Brot geben.

**DR. WOLFGANG DÄUBLER** ist Professor für Deutsches und Europäisches Arbeitsrecht, Bürgerliches Recht und Wirtschaftsrecht an der Universität Bremen.



Hierzu finden Sie im Internet:

einen Überblick über die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats

<sup>30</sup> BAG v. 16.6.2005 – 6 AZR 411/04, DB 2005, 2585, 2586.

<sup>31</sup> Zu diesem Thema bietet die dtb Kassel vom 10.11.–12.11.2009 ein Seminar mit Prof. Dr. Wolfgang Däubler an. Infos unter [www.dtb-kassel.de](http://www.dtb-kassel.de) oder 05 61/7 05 75 70.

# Drohung mit betriebsbedingter Kündigung

Nicht Bange machen lassen!

*Deutschland befindet sich unbestreitbar in einer strukturellen, finanziellen und wirtschaftlichen Krise. Berechtig, oftmals aber auch unberechtigt, drohen Arbeitgeber den Beschäftigten und deren Betriebsräten mit personalpolitischen Konsequenzen. Dabei wird verdrängt, dass dies auch in Zeiten der »Hochkonjunktur« schon so war, damals hießen die Begriffe »Standortverlagerung« und »Standortoptimierung« heute heißen die Begriffe »Betriebs- oder Ab-*

*teilungsschließung« oder einfach nur »Personalabbau«. Wer nicht für »Kurzarbeit« und »Sanierungstarifvertrag« ist, der muss sich eben mit »betriebsbedingten Kündigungen« auseinandersetzen. Aber geht das so einfach?*

Nehmen wir den Betrieb A, angesiedelt in der »Mitte Deutschlands«. Der Betrieb ist ein Dienstleistungsunternehmen mit 500 Beschäftigten, gegliedert in 8 Abteilun-