

Waas, Bernd

Book

Mitbestimmung des Betriebsrats in Fragen der Ordnung des Betriebs und des Verhaltens der Arbeitnehmer im Betrieb

HSI-Schriftenreihe, No. 33

Provided in Cooperation with:

Hugo Sinzheimer Institute for Labour and Social Security Law (HSI), Hans Böckler Foundation

Suggested Citation: Waas, Bernd (2020) : Mitbestimmung des Betriebsrats in Fragen der Ordnung des Betriebs und des Verhaltens der Arbeitnehmer im Betrieb, HSI-Schriftenreihe, No. 33, ISBN 978-3-7663-7044-0, Bund-Verlag, Frankfurt a. M.

This Version is available at:

<https://hdl.handle.net/10419/303109>

Standard-Nutzungsbedingungen:

Die Dokumente auf EconStor dürfen zu eigenen wissenschaftlichen Zwecken und zum Privatgebrauch gespeichert und kopiert werden.

Sie dürfen die Dokumente nicht für öffentliche oder kommerzielle Zwecke vervielfältigen, öffentlich ausstellen, öffentlich zugänglich machen, vertreiben oder anderweitig nutzen.

Sofern die Verfasser die Dokumente unter Open-Content-Lizenzen (insbesondere CC-Lizenzen) zur Verfügung gestellt haben sollten, gelten abweichend von diesen Nutzungsbedingungen die in der dort genannten Lizenz gewährten Nutzungsrechte.

Terms of use:

Documents in EconStor may be saved and copied for your personal and scholarly purposes.

You are not to copy documents for public or commercial purposes, to exhibit the documents publicly, to make them publicly available on the internet, or to distribute or otherwise use the documents in public.

If the documents have been made available under an Open Content Licence (especially Creative Commons Licences), you may exercise further usage rights as specified in the indicated licence.

HSI-Schriftenreihe

Band 33



Bernd Waas

Mitbestimmung des Betriebsrats in Fragen der Ordnung des Betriebs und des Verhaltens der Arbeitnehmer im Betrieb

Bernd Waas

**Mitbestimmung des Betriebsrats in Fragen der Ordnung des Betriebs
und des Verhaltens der Arbeitnehmer im Betrieb**

HSI-Schriftenreihe
Band 33

Bernd Waas

Mitbestimmung des Betriebsrats in Fragen der Ordnung des Betriebs und des Verhaltens der Arbeitnehmer im Betrieb

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

© 2020 by Bund-Verlag GmbH, Frankfurt am Main

Herstellung: Kerstin Wilke

Umschlaggestaltung: Neil McBeath, Stuttgart

Satz: Reemers Publishing Services GmbH, Krefeld

Druck: CPI books GmbH, Leck

Printed in Germany 2020

ISBN 978-3-7663-7044-0

Alle Rechte vorbehalten,
insbesondere die des öffentlichen Vortrags, der Rundfunksendung
und der Fernsehausstrahlung, der fotomechanischen Wiedergabe,
auch einzelner Teile.

www.bund-verlag.de

Vorwort

Die Mitbestimmung des § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG in Fragen der Ordnung des Betriebs und des Verhaltens der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer im Betrieb hat eine lange Geschichte. Schon 1952 im Gesetz, wurde die Vorschrift 1972 wortgleich wegen ihrer grundlegenden Bedeutung, so der Gesetzgeber, an die Spitze von § 87 gesetzt, eben als Nr. 1. Diese umfassende Bedeutung hat die Vorschrift allerdings in der Praxis nicht erlangt. Das liegt zum Teil auch an Gerichtsentscheidungen, die schwer nachvollziehbar sind. Diese Rechtsprechung, insbesondere die des Bundesarbeitsgerichts, wird im vorliegenden Gutachten ausführlich dargestellt.

Der Autor schlägt eine neue dogmatische Fundierung vor, die gerade in schwierigen Abgrenzungsfragen überzeugt. Was sieht die Mitbestimmung beim Ordnungsverhalten dann gegeben, wenn das Integritätsinteresse der Belegschaft, der Belegschaftsmitglieder oder der Arbeitgeberin betroffen ist. Nicht mitbestimmungspflichtig sind demnach Maßnahmen der Arbeitgeberin, die nur ihr Erfüllungsinteresse betreffen. Sind beide Bereiche betroffen, so zu Recht Waas, besteht ein Mitbestimmungsrecht. Anders als nach der bisherigen Dogmatik des Bundesarbeitsgerichts kommt es dann nicht auf einen – schwer definierbaren – Schwerpunkt der Maßnahme an. Sein Ergebnis veranschaulicht Waas dann anhand vieler praktischer Beispiele.

Wir hoffen, dass dieses neue Verständnis der Vorschrift die Diskussion deutlich beleben wird und wünschen eine anregende Lektüre.



Dr. Johanna Wenckeback
Leiterin des HSI



Prof. Dr. Marlene Schmidt
Leiterin des HSI

Inhaltsübersicht

Vorwort	5
I. Einleitung	11
1. Problematik des § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG	11
2. Gang der Untersuchung	13
II. Entwicklung der Rechtsprechung	15
1. Wichtige Entscheidungen	15
2. Wesentliche Entwicklungslinien	38
a) Die frühere Rechtsprechung zur „arbeitsnotwendigen Maßnahme“	38
b) Unterscheidung von „Arbeitsverhalten“ und „Ordnungsverhalten“	38
c) „Betriebliches Zusammenleben und kollektives Zusammenwirken der Beschäftigten“ als Gegenstand der Mitbestimmung	39
d) Gleichzeitige Betroffenheit von „Arbeitsverhalten“ und „Ordnungsverhalten“	40
e) Anderweitige Maßnahmen	41
f) Rechtliche Unverbindlichkeit der Maßnahme	41
III. Das arbeitsvertragliche Pflichtenprogramm	42
1. Nutzen einer individualarbeitsarbeitsrechtlichen Betrachtung	42
2. Arbeitsvertragliche Pflichten	43
a) Pflicht zum „ordnungsgemäßen Verhalten im Betrieb“	44
b) Bürgerlich-rechtliche Grundlagen weiterer Verhaltenspflichten.....	45
aa) Nebenleistungspflichten nach § 241 Abs. 1 BGB.....	45
bb) Weitere Verhaltenspflichten nach § 241 Abs. 2 BGB	46
c) Weitere Verhaltenspflichten der Arbeitnehmerin bzw. des Arbeitnehmers	48

3.	Weisungsrechte des Arbeitgebers	49
	a) Abgrenzungsprobleme	50
	b) „Belastungswirkung“	51
	c) Wertungsspielraum	52
IV.	Neubestimmung des Tatbestands	54
1.	„Ordnung des Betriebs“ und „Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb“ als teilkongruente Tatbestandselemente	54
	a) Ordnung des Betriebs	54
	b) Verhalten der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer im Betrieb	55
	aa) Ausklammerung des „Arbeitsverhaltens“	55
	(1) Einfachgesetzliche Betrachtung	55
	(2) Grundrechtliche Betrachtung	58
	bb) § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG als (teilweise) einheitlicher Tatbestand der „Gestaltung des Zusammenlebens im Betrieb“	59
	cc) Abgrenzung des „Arbeitsverhaltens“ vom „Ordnungsverhalten“	61
	dd) Maßnahmen mit „Doppelcharakter“	62
	c) Problemfälle	64
	aa) Mangelnde Verbindlichkeit	64
	bb) Individualrechtliche Unzulässigkeit	65
	d) Von § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG nicht erfasste Fälle	66
	aa) Dritte als Adressaten der Maßnahme	66
	bb) Bereich der privaten Lebensführung	67
	cc) Nichtvorliegen eines kollektiven Tatbestands	67
2.	Zusätzliche Bedeutung des Merkmals „Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb“	68
	a) Problematische Fälle in der Rechtsprechung	68
	aa) Tragen von Dienstkleidung	68
	bb) Nachweis nach § 5 Abs. 1 S. 3 EFZG	69
	b) Integritätsinteresse des Arbeitgebers	70
	c) Mitbestimmungspflicht: Rechtliche Gesichtspunkte	71
3.	Abgrenzungsfragen	73
	a) Bürgerlich-rechtliche Betrachtung	74
	b) Arbeitsrechtliche Betrachtung	75
4.	Ergebnis zur Reichweite des Mitbestimmungstatbestands	78

V. Einzelfälle	80
1. Arbeitstechnische Einrichtung und Organisation des Betriebs und des Arbeitsablaufs	80
2. Sachherrschaft des Arbeitgebers.....	82
3. Maßnahmen des Arbeitgebers mit Bezug auf die Arbeitspflicht	83
4. Arbeitsbegleitende Papiere	85
5. Rauch- und Alkoholverbote etc.....	85
6. Einsatz von Detektiven	88
7. Kundenbefragungen und Testkäufe, Whistleblowing	88
8. Ethikrichtlinien	90
9. Torkontrollen	91
10. Benutzungsregeln.....	91
11. Regeln über das Aufräumen des Arbeitsplatzes	92
12. Desk-Sharing.....	93
VI. Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse	94
Literaturverzeichnis	97

I. Einleitung

1. Problematik des § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG

Nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG hat der Betriebsrat ein Mitbestimmungsrecht in „Fragen der Ordnung des Betriebs und des Verhaltens der Arbeitnehmer im Betrieb“. Die Vorschrift wurde bei der Neugestaltung der Betriebsverfassung Bestandteil des Betriebsverfassungsgesetzes 1972. Sie entspricht wortwörtlich der Vorgängerregelung des § 56 Abs. 1 Buchst. f BetrVG 1952. Bei der Reform der Betriebsverfassung wurde sie allerdings wegen ihrer grundlegenden Bedeutung an den Anfang des Katalogs der mitbestimmungspflichtigen Angelegenheiten gerückt.¹ Zugleich wurden einzelne von der Vorgängerregelung erfasste Angelegenheiten speziell geregelt.² Dies gilt namentlich für die Kontrolle des Verhaltens der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer durch technische Einrichtungen (§ 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG).³

Die Wurzeln der Vorschrift reichen weit zurück, was ihre Bedeutung zusätzlich unterstreicht: Nach § 134 Abs. 1 S. 1 des sog. Arbeiterschutzgesetzes vom 1. Juni 1891⁴ war „für jede Fabrik, in welcher in der Regel mindestens zwanzig Arbeiter beschäftigt werden, (...) innerhalb vier Wochen nach Inkrafttreten dieses Gesetzes oder nach der Eröffnung des Betriebes eine Arbeitsordnung zu erlassen“. § 134 b Abs. 1 Nr. 1–5 des Gesetzes enthielt die Regelungsgegenstände, welche in der Arbeitsordnung zwingend erfasst sein mussten. Doch blieb es nach § 134 b Abs. 3 S. 1 „dem Besitzer der Fabrik (...) überlassen, neben den im Absatz 1 unter 1 bis 5 bezeichneten, noch weitere die Ordnung des Betriebes und das Verhalten der Arbeiter im Betriebe betreffende Bestimmungen in die Arbeitsordnung aufzunehmen“. Nach § 134d Abs. 1 war „vor dem Erlass der Arbeitsordnung oder eines Nachtrags zu derselben (...) den in der Fabrik oder in den betreffenden Abtheilungen des Betriebes beschäftigten großjährigen Arbeitern

¹ Vgl. BT-Drucks. VI/1786, S. 48.

² Vgl. nur *Wiese*, GK-BetrVG, 11. Aufl. 2018, § 87 Rn. 171.

³ Vgl. auch hierzu *Wiese*, GK-BetrVG, 11. Aufl. 2018, § 87 Rn. 172.

⁴ Gesetz betreffend Abänderung der Gewerbeordnung vom 1.6.1891, RGBl S. 261: https://www.zaar.uni-muenchen.de/download/doku/historische_gesetze/6_arbeiter_schutzges.pdf.

Gelegenheit zu geben, sich über den Inhalt derselben zu äußern“. § 134 d Abs. 2 bestimmte, dass „für Fabriken, für welche ein ständiger Arbeiterausschuß besteht, (...) dieser Vorschrift durch Anhörung des Ausschusses über den Inhalt der Arbeitsordnung genügt [wird]“.⁵

Dass § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG in einer langen Traditionslinie steht, könnte, ebenso wie die Kürze der Vorschrift und ihre vermeintliche Schlichtheit, glauben machen, dass ihre Anwendung (mittlerweile) keine größeren Probleme aufwerfe. Das Gegenteil ist aber der Fall. Dies zeigt sich bereits daran, dass die Rechtsprechung zum Verständnis der Merkmale „Ordnung des Betriebs“ und „Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb“ über die Jahrzehnte betrachtet schwankend war und auch heute nicht als gefestigt gelten kann. Dabei ist es bislang nicht gelungen, Inhalt und Grenzen des Mitbestimmungstatbestands klar herauszuarbeiten. Als Hauptmanko erweist sich insofern, dass die ratio legis des § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG noch stets in einem gewissen Dunkel liegt. So wird in der Rechtsprechung seit geraumer Zeit immer wieder die Formel bemüht, dass es bei § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG darum gehe, „den Arbeitnehmern eine gleichberechtigte Teilhabe an der Gestaltung des betrieblichen Zusammenlebens zu gewähren“.⁶ Doch sind damit eben nur die Folgen der Bejahung einer Mitbestimmung beschrieben, wohingegen unklar bleibt, wann das „betriebliche Zusammenleben“ betroffen sein soll. Vor diesem Hintergrund kann es denn auch nicht überraschen, dass die Rechtsprechung des BAG in der Literatur zuweilen massiven Bedenken ausgesetzt ist. Kritisiert wird v.a., dass das Gericht den Anwendungsbereich des § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG – auch und gerade im Vergleich zu seiner früheren Rechtsprechung zu § 56 Abs. 1 Buchst. f BetrVG 1952 – ohne Not verengt habe und dass sie weder in der Sache überzeugend noch widerspruchsfrei sei.⁷

Dass bei der Anwendung des § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG allseits anerkannte Maßstäbe fehlen, ist schon für sich genommen problematisch genug. Denn die Liste der (potentiellen) Anwendungsfälle ist denkbar lang; sie reicht von A wie Alkoholverbot bis zu Z wie Zugangskontrolle. Die Vielzahl von Fragestellungen, die dabei aufgeworfen werden und von den Beteiligten beantwortet werden müssen, unterstreicht die immense Bedeutung der Vorschrift für die betriebliche

⁵ Vgl. zum Ganzen auch *Wiese*, GK-BetrVG, 11. Aufl. 2018, § 87 Rn. 174. Dort auch zu den Regelungen des Betriebsrätegesetzes v. 4.2.1920, RGBl. S. 147 und des Gesetzes zur Ordnung der nationalen Arbeit v. 20.1.1934.

⁶ So die st. Rspr. des BAG; vgl. nur BAG v. 24.3.1981, AP BetrVG 1972 § 87 Arbeitssicherheit Nr. 2 (u. II. 1c); ebenso etwa *Wiese*, GK-BetrVG, 11. Aufl. 2018, § 87 Rn. 175.

⁷ So insbes. *DKW/Klebe*, § 87 Rn. 55.

Praxis. Dabei kommt noch hinzu, dass die Bedeutung des § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG im Zuge der sich wandelnden, rechtlichen und technischen Gegebenheiten eher zu- als abzunehmen scheint. Äußerst illustrativ für den Stellenwert des § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG ist dabei etwa die Problematik der sog. Compliance, die in mehrfacher Hinsicht auf Regeln über das Verhalten der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer setzt;⁸ zu nennen sind dabei etwa Ethik- oder Verhaltensrichtlinien (*codes of conduct*)⁹ oder Anforderungen zum sog. Whistleblowing.¹⁰ Für weitere Unsicherheit sorgt die zunehmende Digitalisierung des Arbeitslebens. Die damit aufgeworfenen Probleme reichen von der Einführung eines „bring your own device“, also der Nutzung von privaten Smartphones etc. im Arbeitsverhältnis (und der spiegelbildlichen Problematik der privaten Nutzung von dienstlichen Kommunikationsmitteln), über Verhaltensregeln bei der Nutzung sozialer Netzwerke¹¹ bis zur Einführung moderner Arbeitsmethoden.¹² All dies wirft auch Fragen mit Blick auf die Reichweite des Mitbestimmungsrechts nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG auf.

2. Gang der Untersuchung

Die vorliegende Studie hat zum Ziel, die Anwendungsvoraussetzungen des § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG gründlicher herauszuarbeiten als dies bislang gelungen ist. Dabei wird sich zeigen, dass der Mitbestimmungstatbestand teilweise neu bestimmt werden muss.

⁸ Vgl. insoweit etwa die Nachw. bei *Wiese*, GK-BetrVG, 11. Aufl. 2018, § 87 Rn. 236.

⁹ Vgl. hierzu zuletzt etwa *Steffen/Stöhr*, RdA 2017, 43 (47 f.); *Reinhard*, NZA 2016, 1233.

¹⁰ Vgl. zu letzteren etwa *Wiese*, GK-BetrVG, 11. Aufl. 2018, § 87 Rn. 236 m. w. N. Dabei werden in der Literatur z.B. folgende Maßnahmen als nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG mitbestimmungspflichtig charakterisiert: die Anordnung des Arbeitgebers, dass Arbeitnehmer ihm jeglichen Verstoß gegen Ethikrichtlinien entweder über den Vorgesetzten, über eine anonyme Telefonhotline oder über ein „Ethikbüro“ mitzuteilen; die Regelung des Arbeitgebers, dass Arbeitnehmer von Lieferanten keine Geschenke und Zuwendungen entgegen nehmen dürfen; das Gebot, jegliche Belästigung von Arbeitnehmern zu unterlassen; die Festlegung einer Betriebsbuße im Verhaltenskodex; eine Anzeigepflicht für Ehrenämter; Regelungen zum Thema „Mobbing“ sowie die Anordnung bestimmter Ermittlungs- und Überwachungsmaßnahmen; so *Kempter/Steinat*, NZA 2017, 1505 (1508).

¹¹ Vgl. auch hierzu die Nachw. bei *Wiese*, GK-BetrVG, 11. Aufl. 2018, § 87 Rn. 236.

¹² Vgl. zur Bedeutung des § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG für sog. interne Ermittlungen demgegenüber etwa *Wybitul/Böhm*, RdA 2011, 362 (364); zuletzt auch *Stück*, GmbHR 2019, 156 (166); speziell zu internal investigations bei evtl. Kartellrechtsverstößen *Galle*, BB 2018, 564 (568).

Den Ausgangspunkt der Untersuchung bildet eine Darstellung der Rechtsprechung und zwar aus naheliegenden Gründen vornehmlich der des BAG (II.). An diese wird sich eine kurze Betrachtung der individualrechtlichen Grundlagen der Mitbestimmungsproblematik anschließen (III.) Erst dann gilt es, in die Diskussion der Kernfrage nach Sinn und Gehalt des § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG einzutreten (IV.). Dabei soll zunächst gezeigt werden, dass es sich bei der „Ordnung des Betriebs“ und dem „Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb“ in der Tat um größtenteils kongruente Gegenstände handelt und die beiden Merkmale somit in weitem Umfang „zwei Seiten einer Medaille“ sind (1). Doch ist im Anschluss eben auch zu zeigen, dass dem Merkmal „Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb“ eine Bedeutung zukommt, die von der des Merkmals „Ordnung des Betriebs“ unabhängig ist und eine Mitbestimmungspflicht somit selbständig begründen kann (2). Auf der Grundlage dessen soll dann in der gebotenen Kürze eine Reihe wichtiger Fälle diskutiert werden, da sich an deren Lösung die zur Reichweite der Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG gefundenen Ergebnisse zu bewähren haben (V.). Die Untersuchung endet mit einer zusammenfassenden Darstellung der Ergebnisse (VI.).

II. Entwicklung der Rechtsprechung

Zunächst soll aber, wie gesagt, ein Überblick über die Rechtsprechung zum Anwendungsbereich des § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG gegeben werden. Dabei wird die enorme Bandbreite der sich insoweit stellenden Probleme deutlich. Doch zielt die Darstellung selbstverständlich in erster Linie darauf ab, die in der Rechtsprechung gefundenen Antworten auf die Fragen nach der Reichweite des § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG zu verdeutlichen. Die Skizze konzentriert sich auf die Entscheidungen zu § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG, die Aufnahme in die Sammlung „Arbeitsrechtliche Praxis“ gefunden haben und somit in diesem Bereich als *leading cases* gelten können.

1. Wichtige Entscheidungen

Die ersten dort veröffentlichten Entscheidungen betreffen § 56 Abs. 1 Buchst. f BetrVG 1952, die Vorgängerregelung des § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG. Zur Grenzziehung zwischen mitbestimmungsfreier und mitbestimmungspflichtiger Regelung äußerte sich das BAG in einer Entscheidung vom 15. Dezember 1961 folgendermaßen: „Handelt es sich um eine arbeitstechnische Maßnahme von solcher Wichtigkeit, dass der einzelne Arbeitnehmer seine Arbeitspflicht ohne die Beachtung der Anordnung nicht ordnungsmäßig erbringen kann (arbeitsnotwendige Maßnahme‘), dann ist der Arbeitgeber mangels besonderer arbeitsvertraglicher Regelung kraft seines Weisungsrechts befugt, durch die erforderlichen Anordnungen die Arbeitspflicht zu konkretisieren. Kann dagegen die geschuldete Arbeitsleistung auch ohne die bestimmte Regelung erbracht werden, dann unterliegen Anordnungen über die Ordnung des Betriebes und über das Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb der Mitbestimmung durch den Betriebsrat.“ Auch eine an sich arbeitsnotwendige Maßnahme könne allerdings mitbestimmungspflichtig werden, „wenn der Arbeitgeber eine einmal gegebene Weisung nicht konsequent durchführt, indem er Abweichungen entweder in der Art zulässt, dass bestimmte Arbeitnehmer trotz Arbeitsnotwendigkeit von der Regelung befreit werden, oder indem er verlangt, dass bestimmte andere

Arbeitnehmer sich an die Weisung halten, obwohl es für deren Arbeitsverrichtung nicht notwendig ist“.¹³

In dem der Entscheidung des LAG Baden-Württemberg vom 1. Juni 1976 zugrundeliegenden Fall ging es um eine Betriebsordnung, welche u.a. Regelungen über das „Betreten und Verlassen des Betriebes“ und den „Aufenthalt am Arbeitsplatz“ enthielt.¹⁴ Dass diese dem Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG unterfielen, bedurfte für das Gericht keiner Begründung. Von Bedeutung war in dem Rechtsstreit nur die Frage, ob die Regelung wirksam auf Betriebsratsmitglieder erstreckt werden konnte (was das Gericht verneinte).¹⁵

In seiner Entscheidung vom 9. Dezember 1980 führte das BAG aus, die Einführung von Arbeitszeit- und Tätigkeitsberichten zum Nachweis geleisteter Mehrarbeit sei keine Frage der Ordnung des Betriebes und des Verhaltens der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer im Betrieb i.S.d. § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG.¹⁶ Zur Begründung stützte sich das Gericht auf seine Rechtsprechung zur Vorgängervorschrift des § 56 Abs. 1 Buchst. f BetrVG 1952.¹⁷ Danach umfasse die betriebliche Ordnung „nur allgemeingültige, für die Arbeitnehmer oder doch für Gruppen von ihnen verbindliche Verhaltensregeln zur Sicherung des ungestörten Arbeitsablaufs und des reibungslosen Zusammenlebens und Zusammenwirkens der Arbeitnehmer im Betrieb“. Soweit § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG auf das Verhalten der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer Bezug nehme, gehe es „hierbei nur um das Verhalten in Bezug auf die betriebliche Ordnung“.¹⁸ Die Einführung von Zeitberichtsformularen falle hierunter aber nicht, da diese Maßnahme keine Regelungen enthalte, „die ein geordnetes Zusammenleben und Zusammenwirken im Betrieb und damit ein reibungsloses Funktionieren des Betriebes gewährleisten sollen“.¹⁹

¹³ BAG v. 15.12.1961, AP BetrVG § 56 Ordnung des Betriebes Nr. 3.

¹⁴ LAG Baden-Württemberg v. 1.6.1976, AP BetrVG 1972 § 87 Ordnung des Betriebes Nr. 1 m. Anm. *Halberstadt*.

¹⁵ LAG Baden-Württemberg v. 1.6.1976, AP BetrVG 1972 § 87 Ordnung des Betriebes Nr. 1 (u. 3.3).

¹⁶ BAG v. 9.12.1980, AP BetrVG 1972 § 87 Ordnung des Betriebes Nr. 2 m. krit. Anm. *Pfarr*.

¹⁷ BAG v. 27.5.1960, AP BetrVG § 56 Ordnung des Betriebes Nr. 1.

¹⁸ So in Anknüpfung an BAG v. 18.7.1978 – 1 ABR 80/75 (u. II. 2.), unveröffentlicht. Anders sei es beispielsweise, wenn der Arbeitgeber „zur Pünktlichkeitskontrolle“ Anwesenheitslisten führe.

¹⁹ BAG v. 9.12.1980, AP BetrVG 1972 § 87 Ordnung des Betriebes Nr. 2 (u. B.I.2.). Dabei hebt das Gericht nicht zuletzt auch darauf ab, dass keine Pflicht zur Ausfüllung der eingeführten Zeitberichtsformulare begründet wurde, sondern den Arbeitnehmern insoweit nur Beweisschwierigkeiten drohten.

In seiner Entscheidung vom 24. März 1981²⁰ stellt das BAG dann fest, dass das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG weiter reiche als nach der Vorgängervorschrift des § 56 Abs. 1 Buchst. f BetrVG 1952: Schon der Wortlaut des § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG Nr. 1 BetrVG ergebe, „dass das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates Fragen der Ordnung des Betriebes *und* Fragen des Verhaltens der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer im Betrieb in gleicher Weise als mitbestimmungspflichtige Angelegenheiten“ nenne. Wären Fragen des Verhaltens der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer im Betrieb nur solche der Schaffung einer verbindlichen betrieblichen Ordnung, hätte es deren gesonderter Nennung nicht bedurft. Die Gestaltung der verbindlichen betrieblichen Ordnung würde das so verstandene Verhalten der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer im Betrieb mit umfassen. Schon daraus folge, „dass mitbestimmungspflichtig auch solche Maßnahmen des Arbeitgebers sind, die das Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb betreffen oder berühren, selbst wenn sie nicht verbindliche Normen für das Verhalten der Arbeitnehmer zum Inhalt haben“. Es genüge danach, „wenn die Maßnahme darauf gerichtet ist, die vorgegebene Ordnung des Betriebes zu gewährleisten oder aufrechtzuerhalten“.²¹ Zugleich meinte das Gericht, damit würde der Mitbestimmungsstatbestand keinesfalls „unüberblickbar und gegen mitbestimmungsfreie Anordnungen des Arbeitgebers nicht mehr abgrenzbar“. Das Gesetz unterstelle die Fragen der Ordnung des Betriebes und die Fragen des Verhaltens der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer im Betrieb in gleicher Weise dem Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates. Gegenstand der Mitbestimmung sei daher die Gestaltung des Zusammenlebens und Zusammenwirkens der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer im Betrieb. Nur ein Verhalten der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, durch das dieses Zusammenleben und Zusammenwirken berührt werde, sei daher Gegenstand von Maßnahmen, die dem Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates unterlägen. Es müsse sich um ein Verhalten in Bezug auf die betriebliche Ordnung handeln: Damit, so das BAG, „scheiden alle Maßnahmen des Arbeitgebers aus, die das Verhalten des Arbeitnehmers betreffen, das einen solchen Bezug zur betrieblichen Ordnung nicht hat, sei es, dass es sich auf die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers bezieht oder dass es in sonstiger Weise lediglich das Verhältnis Arbeitnehmer/Arbeitgeber betrifft“.²²

²⁰ BAG v. 24.3.1981, AP BetrVG 1972 § 87 Arbeitssicherheit Nr. 2 m. Anm. *Wiese/Stark*.

²¹ BAG v. 24.3.1981, AP BetrVG 1972 § 87 Arbeitssicherheit Nr. 2 (u. II.1a u. b).

²² BAG v. 24.3.1981, AP BetrVG 1972 § 87 Arbeitssicherheit Nr. 2 (u. II.1c).

In seiner Entscheidung vom 24. November 1981 bewertete das BAG es nicht als mitbestimmungspflichtige Maßnahme nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG, wenn der Arbeitgeber zu Kalkulationszwecken vorgedruckte Erfassungsbögen einführe, in die die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer die für jedes laufende Arbeitsprojekt aufgewendeten Arbeitsstunden einzutragen hatten.²³ Dabei führte das Gericht unter Verweis auf seine frühere Rechtsprechung aus, dass im Zusammenhang mit § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG alle Maßnahmen des Arbeitgebers ausscheiden, die „zwar das Verhalten der Arbeitnehmer betreffen, aber keinen Bezug zur betrieblichen Ordnung, d.h. zum Zusammenleben und Zusammenwirken der Arbeitnehmer im Betrieb, haben“. Das sei „etwa der Fall bei Anordnungen des Arbeitgebers, die ein Verhalten der Arbeitnehmer zum Gegenstand haben, das sich nur auf ihre Arbeitsleistung bezieht oder das in sonstiger Weise lediglich das Verhältnis Arbeitnehmer/Arbeitgeber betrifft“. Derartige Anordnungen regelten „das Verhalten des Arbeitnehmers bei der Erbringung seiner Arbeitsleistung, also sein Arbeits- und Leistungsverhalten, nicht aber sein das Zusammenleben und Zusammenwirken der Arbeitnehmer im Betrieb berührendes Ordnungsverhalten“.²⁴ Dabei schließt sich das Gericht der Bewertung der Vorinstanz an, wonach es dem Arbeitgeber „schwerpunktmäßig“ um die von ihm angegebenen „unternehmerisch-arbeitstechnischen Zwecke“ gegangen sei. Seien aber (schwerpunktmäßig) diese Zwecke berührt, dann gehe es um die „Erbringung der vertraglichen geschuldeten Leistung der Arbeitnehmer“, ohne dass ein „Bezug zur betrieblichen Ordnung“ gegeben sei.²⁵ Dass die von den Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern verlangten Aufzeichnungen zur Erfassung der für die einzelnen Arbeitsprojekte aufgewendeten Arbeitszeit auch eine Kontrolle der Leistung der/des einzelnen Arbeitnehmerin/Arbeitnehmers ermöglichten, bewertete das Gericht ausdrücklich als unerheblich: „Nicht jede Maßnahme, die auch eine Kontrolle der Arbeitnehmer ermöglicht, [gehört] deswegen notwendig schon zur Ordnung des Betriebes.“²⁶

²³ BAG v. 24.11.1981, AP BetrVG 1972 § 87 Ordnung des Betriebes Nr. 3 m. zust. Anm. *Herschel*.

²⁴ BAG v. 24.11.1981, AP BetrVG 1972 § 87 Ordnung des Betriebes Nr. 3 (u. B.1.). Das Gericht nimmt dabei auf BAG v. 24.3.1981, AP BetrVG 1972 § 87 Arbeitssicherheit Nr. 2 Bezug.

²⁵ BAG v. 24.11.1981, AP BetrVG 1972 § 87 Ordnung des Betriebes Nr. 3 (u. B.1.).

²⁶ Die „Überwachung der Arbeitnehmer“ sei kein Tatbestandsmerkmal der Nr. 1, sondern ein solches der Nr. 6; a.a.O. (u. B.1.). Kritisch insoweit in seiner – grundsätzlich zustimmenden – Anm. zur Entscheidung *Herschel*: „Anstößig ist es freilich, wenn der Beschluss das Erstreben des angegebenen Zweckes 'schwerpunktmäßig' genügen lässt. Das Wort räumt der Phantasie eine zu große Bewe-

In seinem Urteil vom 8. Dezember 1981²⁷ knüpfte das BAG dann an die Entscheidungen vom 24. März und 24. November 1981 explizit an: Allein eine „scharfe Trennung zwischen dem Ordnungs- und Arbeitsverhalten des Arbeitnehmers“ ermögliche es, „solche das Verhalten des Arbeitnehmers in irgendeiner Weise berührende Maßnahmen des Arbeitgebers zu erfassen und der Mitbestimmung des Betriebsrates zu unterwerfen, die einen Bezug auf die Ordnung des Betriebes haben“. Nur hinsichtlich solcher Maßnahmen gewähre § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG dem Betriebsrat ein Mitbestimmungsrecht. Wären Gegenstand dieses Mitbestimmungsrechts „überhaupt alle Maßnahmen des Arbeitgebers, die ein irgendwie geartetes Verhalten des Arbeitnehmers zum Ziel haben oder dieses Verhalten betreffen, hätte es der anderen Mitbestimmungstatbestände in § 87 Abs. 1 BetrVG nicht bedurft“.²⁸

In seiner Entscheidung vom 5. Februar 1982²⁹ verneinte das BAG ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG hinsichtlich einer Vertragsstrafe bei Lizenzspielern, da diese „in erster Linie der Sicherung der vertraglichen Arbeitsleistungen des Arbeitnehmers im ganzen“ diene;³⁰ ein „darüber hinaus-

ungsfreiheit ein. Es macht nicht einmal deutlich, ob es subjektiv (nach der gewollten Stoßrichtung) oder objektiv (nach dem Erfolg), oder ob es quantitativ (nach der Häufigkeit) oder qualitativ (nach der Gewichtung des Falles) verstanden werden soll. Wie auch immer, selbst wo das Ausfüllen der Formblätter nicht ‚schwerpunktmäßig‘ erfolgt, gehört es zur Erbringung der geschuldeten Arbeitsverrichtung und nicht zur Ordnung des Betriebes. Es unterfällt daher nicht der Nr. 1 des § 87 BetrVG“.

²⁷ BAG v. 8.12.1981, AP BetrVG 1972 § 87 Lohngestaltung Nr. 6 m. zust. Anm. *Kraft*.

²⁸ BAG v. 8.12.1981, AP BetrVG 1972 § 87 Lohngestaltung Nr. 6 (u. B. II. 2. U. 3.). In seiner Anm. zur Entscheidung weist *Kraft* auf Abgrenzungsschwierigkeiten hin: „Zu überlegen bleibt, ob die vom BAG gebrauchte Abgrenzungsformel auch in den bisher besonders strittigen Fällen der Anordnungen hinsichtlich der im Betrieb (meist zusammen mit anderen) zu erfüllenden Arbeitspflicht zu klaren Lösungen führt. Dies dürfte der Fall sein, wenn man klar unterscheidet, ob und inwieweit eine Anordnung oder Regelung des Arbeitgebers *nur* die Erfüllung seiner arbeitsvertraglichen Pflichten betrifft oder ob bzw. inwieweit ein Verhalten angeordnet wird, das zumindest auch dem geordneten Betriebsablauf, der Einheitlichkeit des Verhaltens der Arbeitnehmer im Betrieb und damit der Ordnung des Betriebes dienen soll. Wenn etwa in einem Betrieb aus hygienischen Gründen Mützen zu tragen sind, so bezieht sich die Anordnung des Arbeitgebers, dies zu tun, ausschließlich auf die Erfüllung der individuellen Arbeitspflicht. Will der Arbeitgeber aber erreichen, dass nur einheitlich Mützen getragen werden, so geht es ihm dabei um die Einheitlichkeit des Verhaltens der Arbeitnehmer im Betrieb und damit zumindest auch um die Ordnung des Betriebes“.

²⁹ BAG v. 5.2.1986, AP BGB § 339 Nr. 12 m. Anm. *Löwisch*.

³⁰ BAG v. 5.2.1986, AP BGB § 339 Nr. 12 (u. B.I.3.).

gehendes Ordnungsverhalten (...), das, unabhängig von diesen Leistungspunkten, auf ein problemloses Zusammenleben der Spieler abzielt“, werde dabei nicht geregelt.³¹

In einer Entscheidung vom 17. August 1982³² meinte das BAG, dass die Anordnung des Arbeitgebers gegenüber seinen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern oder einer Gruppe von ihnen, sich zur Aufdeckung eines Diebstahls im Betriebe einer Kontrolluntersuchung zu unterziehen, eine nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG mitbestimmungspflichtige Maßnahme darstellen könne, wenn sie als Ausübung des Direktionsrechts zu verstehen sei.³³

In seiner Entscheidung vom 23. Juni 1983³⁴ zu einer Abmeldepflicht für Betriebsratsmitglieder führte das BAG aus, Inhalt der in § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG getroffenen Regelung sei es u.a., „individualrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten des Arbeitgebers, insbesondere sein im Rahmen des Arbeitsverhältnisses bestehendes Direktionsrecht in den Angelegenheiten des § 87 Abs. 1 Nr. 1 durch die Mitbestimmung des Betriebsrats zu begrenzen“.³⁵

In seiner Entscheidung vom 10. April 1984³⁶ knüpfte das BAG an seine Unterscheidung von Arbeitsverhalten einerseits und Ordnungsverhalten andererseits an und bewertete die Installation eines Zugangssicherungssystems nach den zugrundeliegenden Maßstäben als nicht mitbestimmungspflichtig, da es nicht die Ordnung des Betriebs betreffe.³⁷

³¹ BAG v. 5.2.1986, AP BGB § 339 Nr. 12 (u. B.I.5b).

³² BAG v. 17.8.1982, AP BetrVG 1972 § 87 Ordnung des Betriebes Nr. 5.

³³ Eine derartige Anordnung hielt das Gericht für vergleichbar mit der Anordnung einer Torkontrolle, die nach ganz h. M. eine nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG mitbestimmungspflichtige Maßnahme der Ordnung des Betriebes und des Verhaltens der Arbeitnehmer im Betrieb sei. Anders liege es dann, wenn es sich lediglich um die „Weitergabe“ der Anordnung eines Polizeibeamten handele; vgl. BAG v. 17.8.1982, AP BetrVG 1972 § 87 Ordnung des Betriebes Nr. 5 (u. B.II.2.).

³⁴ BAG v. 23.6.1983, AP § 37 BetrVG Nr. 45 m. Anm. *Löwisch/Reimann*.

³⁵ Dementsprechend scheidet ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats jedenfalls dann aus, wenn sich die Anordnung des Arbeitgebers nur auf die Amtsführung des Betriebsrats und seiner Mitglieder beziehe; so BAG v. 23.6.1983, AP BetrVG 1972 § 37 Nr. 45 (u. B.II.3.).

³⁶ BAG v. 10.4.1984, AP BetrVG 1972 § 87 Ordnung des Betriebes Nr. 7.

³⁷ Weder werde damit geregelt, „wer wann durch welchen Eingang das Betriebsgebäude betritt oder verlässt“ noch werde „registriert und ausgewertet, wer wann durch welche Tür das Betriebsgebäude betritt oder verlässt“; vgl. BAG v. 10.4.1984, AP BetrVG 1972 § 87 Ordnung des Betriebes Nr. 7 (u. 3.). Auch sei das geplante Zugangssicherungssystem mit Regelungen über das Betreten und Verlassen des Werksgeländes,

In seiner Entscheidung vom 23. Oktober 1984³⁸ wies das BAG sog. Führungsrichtlinien zu der Frage, „in welcher Weise Mitarbeiter allgemein ihre Arbeitsaufgaben und Führungskräfte ihre Führungsaufgaben zu erledigen haben“, ausschließlich dem Arbeitsverhalten der Mitarbeiter zu und verneinte demzufolge ebenfalls ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats. Dabei setzte sich das Gericht auch mit kritischen Stimmen in der Literatur auseinander. Dem Einwand, der dem BetrVG zugrundeliegende Zweck des Schutzes des Persönlichkeitsrechts der/des Arbeitnehmerin/Arbeitnehmers stehe einer Unterscheidung in Ordnungsverhalten und Arbeitsverhalten entgegen und mache ein Eingreifen des Mitbestimmungsrechts bei jeder das Verhalten der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer reglementierenden, dem Arbeitgeber Leistungskontrollmöglichkeiten einräumenden Maßnahme erforderlich,³⁹ begegnet das BAG mit einem Hinweis auf § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG: „Wäre jede das Verhalten der Arbeitnehmer – auch ihr Arbeitsverhalten – reglementierende Maßnahme, die dem Arbeitgeber eine Kontrolle oder Überwachung ermöglicht, schon nach dieser Vorschrift mitbestimmungspflichtig, hätte es der besonderen Vorschrift des § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG nicht bedurft“. Den Einwand, dass es § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG nach seinem Wortlaut nicht zulasse, das Verhalten der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer auf die Ordnung des Betriebes zu beziehen,⁴⁰ setzt das BAG v.a. den Hinweis darauf entgegen, dass der Gesetzgeber bei der Neufassung des Mitbestimmungsrechts die Ausübung des Direktionsrechts erkennbar „nicht generell“ der Mitbestimmung des Betriebsrates habe unterwerfen wollen.⁴¹

Torkontrollen, der Einführung von Passierscheinen und Werksausweisen nicht vergleichbar, da mit ihm keinerlei Regelungen einhergingen (ebda. u. 4).

³⁸ BAG v. 23.10.1984, AP BetrVG 1972 § 87 Ordnung des Betriebes Nr. 8 m. Anm. v. *Hoyningen-Huene*.

³⁹ So *Weiss*, Anm. zu BAG v. 24.11.1981, EzA § 87 BetrVG 1972 Betriebliche Ordnung Nr. 7.

⁴⁰ So *Pfarr*, Anm. zu BAG v. 9.12.1980, AP BetrVG 1972 § 87 Ordnung des Betriebes Nr. 2.

⁴¹ BAG v. 23.10.1984, AP BetrVG 1972 § 87 Ordnung des Betriebes Nr. 8. (u. B.II.1b): „§ 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG entspricht wörtlich § 56 Abs. 1 Buchst. f) BetrVG 1952. Schon zu dieser Vorschrift hat die Rspr. des Senats arbeitsnotwendige Anordnungen von der Mitbestimmung des Betriebsrates ausgenommen (...). Der Gesetzgeber hat trotz der Kritik an dieser Rspr. die Vorschrift nicht geändert. Richtig ist, dass die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates in § 87 BetrVG erweitert worden sind. Es trifft auch zu, dass die hier geregelten Mitbestimmungsrechte vielfach der Beschränkung des Direktionsrechtes des Arbeitgebers und der Wahrung der Interessen der Arbeitnehmer in dem Bereich dienen sollen, in dem der Arbeitgeber sonst allein entscheidet. Der Gesetzgeber hat jedoch einzelne Mitbestimmungstatbestände geschaffen und nicht generell die Ausübung des Direktionsrechtes der Mitbestim-

In seiner Entscheidung vom 14. Januar 1986⁴² stufte das BAG das Verbot, Radio zu hören, als nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG mitbestimmungspflichtig ein. Dabei äußerte sich das Gericht auch näher dazu, wie im Einzelfall ein Arbeitsverhalten zu bestimmen sei. Für dieses sei charakteristisch, dass „der Arbeitgeber in Ausübung seiner Organisations- und Leitungsmacht näher bestimmt, welche Arbeiten in welcher Weise auszuführen sind“. Das Arbeitsverhalten betrafen „Anordnungen des Arbeitgebers, die dieser in Ausübung seines Direktionsrechts trifft, d.h. des Rechtes, die Arbeitspflichten des Arbeitnehmers zu konkretisieren“. Hierzu zähle das Verbot, Radio zu hören, nicht.⁴³ Allerdings seien Fälle denkbar, „in denen die Anordnung, während der Arbeit kein Radio zu hören, auch die Art und Weise betrifft, wie die Arbeit zu verrichten ist“. So könne z.B. „zur Kundenberatung oder -bedienung gehören, dass dabei nicht Radio gehört

mung des Betriebsrates unterworfen. Es ist noch sinnvoll, den Arbeitnehmern eine gleichberechtigte Teilhabe an der Gestaltung des betrieblichen Zusammenlebens zu gewähren, dem Arbeitgeber aber mitbestimmungsfreie Weisungen bezüglich der Arbeitsleistung zu belassen. Die Grenzziehung zwischen Arbeitsverhalten und Ordnungsverhalten mag im Einzelfalle schwierig sein, die grundsätzliche Trennung der beiden Bereiche bleibt jedoch erforderlich. Der Senat hält daher an seiner Rspr. fest“.

⁴² BAG v. 14.1.1986 – 1 ABR 75/83, AP BetrVG 1972 § 87 Ordnung des Betriebes Nr. 10 m. Anm. v. *Hoyningen-Huene*.

⁴³ Vgl. BAG v. 14.1.1986, AP BetrVG 1972 § 87 Ordnung des Betriebes Nr. 10 (u. 2c): „Der Arbeitnehmer ist schon aufgrund seines Arbeitsvertrags verpflichtet, die übertragene Arbeit unter Anspannung der ihm möglichen Fähigkeiten ordnungsgemäß zu verrichten, d.h. konzentriert und sorgfältig zu arbeiten und die Arbeit nicht zu unterbrechen, um privaten Interessen nachzugehen. Der Arbeitnehmer, der seine Arbeit konzentriert, zügig und fehlerfrei verrichtet, erfüllt seine Arbeitspflicht, auch wenn er daneben Radio hört. Arbeitet er ohne die erforderliche Konzentration und deshalb fehlerhaft, verstößt er gegen seine arbeitsvertraglichen Pflichten. Die Feststellung einer solchen Pflichtverletzung ist nicht davon abhängig, ob das fehlerhafte Arbeiten auf das Radiohören zurückzuführen ist. Es bedarf daher keiner im Direktionsrecht des Arbeitgebers begründeten Weisung an den Arbeitnehmer, konzentriert, zügig und sorgfältig zu arbeiten, um eine entsprechende Pflicht des Arbeitnehmers zu begründen. Auf diese Pflicht kann der Arbeitgeber bei Beanstandung der Arbeit hinweisen, er kann aufgrund seines Direktionsrechts dem Arbeitnehmer aber nicht verbindliche Weisungen des Inhalts erteilen, wie der Arbeitnehmer die Ursachen seiner schlechten Leistung zu beseitigen hat. Wäre der Arbeitgeber dazu befugt, könnte er einen Arbeitnehmer, der übermüdet zur Arbeit kommt und deswegen seine Arbeitspflicht nicht vertragsgemäß erfüllt, auch anweisen, früher schlafen zu gehen. Die Anordnung, während der Arbeit kein Radio zu hören, betrifft daher jedenfalls nicht deswegen das Arbeitsverhalten des Arbeitnehmers, weil damit ein konzentriertes, zügiges und fehlerfreies Arbeiten ermöglicht werden soll“; abl. v. *Hoyningen-Huene*, Anm (u. II.3.).

wird, weil dies unmittelbar die zu erbringende Dienstleistung, deren Form und Inhalt der Arbeitgeber zu bestimmen hat, berührt“.⁴⁴

In seiner Entscheidung vom 23. September 1986 sah das BAG ein absolutes Alkoholverbot als die Frage der Ordnung des Betriebs betreffend und somit als mitbestimmungspflichtig an.⁴⁵

In seiner Entscheidung vom 16. Dezember 1986⁴⁶ meinte das BAG zwar, dass „die Einführung, Ausgestaltung und Nutzung eines Werksausweises“ nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG der Mitbestimmung des Betriebsrates unterliege. Nicht mitbestimmungspflichtig sei dagegen eine zusätzliche Kennzeichnung (zur Unterscheidung der nicht ausgesperrten von den ausgesperrten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern in einem Arbeitskampf).⁴⁷

In seiner Entscheidung vom 26. Mai 1988 nahm das BAG an, dass eine „stichprobenartige Taschen- und Behälterkontrolle von Arbeitnehmern beim Betreten des Werksgeländes“ der Anordnung einer allgemeinen Torkontrolle vergleichbar sei und somit eine nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG mitbestimmungspflichtige Angelegenheit darstelle.⁴⁸

In seiner Entscheidung vom 8. August 1989⁴⁹ meinte das BAG, dass die Ausgestaltung der Dienstbekleidung im konkreten Fall das Ordnungsverhalten der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer betreffe und deshalb mitbestimmungspflichtig sei. Dabei deutete es an, dass es anders liegen könne, wenn der Arbeitgeber vortrage, dass die von ihm gewünschte Dienstbekleidung zur Ausführung bestimmter Arbeiten erforderlich sei. Doch spreche „gerade seine Argumentation, die Dienstbekleidung weise den Arbeitnehmer als Repräsentanten

⁴⁴ BAG v. 14.1.1986, AP BetrVG 1972 § 87 Ordnung des Betriebes Nr. 10 (u. 2d).

⁴⁵ BAG v. 23.9.1986, AP BPersVG § 75 Nr. 20 (u. II. 5b) und dabei auch darauf hingewiesen, dass ein derartiges Verbot „einer vorbeugenden Gefahrenabwehr und damit der Verhütung von Dienst- und Arbeitsunfälle“ diene.

⁴⁶ BAG v. 16.12.1986, AP BetrVG 1972 § 87 Ordnung des Betriebes Nr. 13 m. Anm. *Rüthers/Henssler*.

⁴⁷ BAG v. 16.12.1986, AP BetrVG 1972 § 87 Ordnung des Betriebes Nr. 13 (u. II.3.) mit ablehnender Anm. *Rüthers/Henssler*, wonach „eine der beiden Folgerungen (...) unzutreffend sein“ müsse: „Entweder führt das Mitbestimmungsrecht in Fragen der betrieblichen Ordnung nicht stets zu einem Beteiligungsrecht bei der äußeren Gestaltung (...) oder aber die das äußere Erscheinungsbild verändernde Kennzeichnung der Ausweise berührt doch die Ordnung des Betriebes i. S. von §87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG.“

⁴⁸ BAG v. 26.5.1988, AP BetrVG 1972 § 87 Ordnung des Betriebes Nr. 14.

⁴⁹ BAG v. 8.8.1989, AP BetrVG 1972 § 87 Ordnung des Betriebes Nr. 15.

des Unternehmens aus und erlaube damit auch eine Aussage über Image, Stil und Trend des Unternehmens“, dafür, dass sich die Anordnung einer bestimmten Dienstbekleidung auf das Ordnungsverhalten beziehe.⁵⁰ In der Begründung seiner Entscheidung setzte sich das Gericht auch eingehend mit der zur Vorgängerregelung des § 56 Abs. 1 Buchst. f BetrVG 1952 eingenommenen Sichtweise auseinander, wonach es darauf ankomme, ob es sich um eine „arbeitsnotwendige Maßnahme“ handele. Von dieser setzte sich das Gericht unter Hinweis auf seine Entscheidung vom 24. März 1981⁵¹ ausdrücklich ab. Dabei machte es sich auch die Begründung der seinerzeitigen Entscheidung explizit zu Eigen.⁵²

In seiner Entscheidung vom 17. Oktober 1989 stellte das BAG fest, dass Betriebsbußen nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG mitbestimmungspflichtig seien.⁵³ Dabei machte es klar, dass die betriebliche Ordnung, bei deren Gestaltung der Betriebsrat mitzubestimmen habe, nicht zuletzt „durch die in ihr enthaltenen allgemeingültigen verbindlichen Verhaltensregeln für eben dieses Ordnungsverhalten der Arbeitnehmer“ bestimmt werde. Doch sei das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates nicht auf die bloße Normierung derartiger Regeln beschränkt. Inhalt des auf die betriebliche Ordnung bezogenen Regelwerkes könnten vielmehr auch Regeln sein, „die der Durchsetzung und Bewahrung dieser betrieblichen Ordnung dienen, sei es, dass sie besondere Anreize zur Beachtung der betrieblichen Ordnung schaffen (...), sei es, dass sie die Überwachung der Einhaltung dieser betrieblichen Ordnung regeln (...)“. Das Regelwerk könne aber auch Vorschriften darüber enthalten, „wie Verstöße gegen diese betriebliche Ordnung zu sanktionieren sind, und das Verfahren regeln, in dem solche Sanktionen verhängt werden“.⁵⁴

In einer Entscheidung vom 12. August 1990 stuft das BAG Taschenkontrollen innerhalb einer Gruppe von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern als i.S.d. § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG mitbestimmungspflichtig ein.⁵⁵ Derartige Kontrollen seien mit allgemeinen Torkontrollen vergleichbar. Obwohl der Zweck der Überprüfung darin bestehe festzustellen, ob die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer sich im Zusammenhang mit ihrer Arbeitsleistung so verhalten, wie es ihnen ihre arbeitsvertragliche Nebenpflicht, das Eigentum des Arbeitgebers

⁵⁰ BAG v. 8.8.1989, AP BetrVG 1972 § 87 Ordnung des Betriebes Nr. 15 (u. B.I.3.).

⁵¹ BAG v. 24.3.1981, AP BetrVG 1972 § 87 Arbeitssicherheit Nr. 2.

⁵² BAG v. 17.10.1989, AP BetrVG 1972 § 87 Betriebsbuße Nr. 12.

⁵³ BAG v. 17.10.1989, AP BetrVG 1972 § 87 Betriebsbuße Nr. 12 m. Anm. Brox.

⁵⁴ BAG v. 17.10.1989, AP BetrVG 1972 § 87 Betriebsbuße Nr. 12 (u. II.2a).

⁵⁵ BAG v. 12.8.1999, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 28.

zu wahren, ohnehin gebiete, berührten die Kontrollen nicht nur das Verhältnis der/des einzelnen Arbeitnehmerin/Arbeitnehmers zum Arbeitgeber. Vielmehr reichten sie (anders als die bloße Überwachung einzelner bestimmter Beschäftigter durch Detektive) über dieses hinaus.⁵⁶

In einer Entscheidung vom 21. August 1990 stellte das BAG fest, dass eine Regelung, durch die den Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern verboten werde, während der gesetzlich vorgeschriebenen halbstündigen Mittagspause den Betrieb zu verlassen, der Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG unterfalle.⁵⁷ Zweck dieses Mitbestimmungsrechts sei die gleichberechtigte Teilhabe an der Gestaltung der Ordnung für das Zusammenleben und Zusammenwirken der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer im Betrieb. Dieses Zusammenleben erfordere „im Interesse der Arbeitnehmer und auch des Betriebes ein bestimmtes aufeinander abgestimmtes Verhalten der Arbeitnehmer, die Beachtung von Regeln und Ordnungen, das unabhängig von der Verpflichtung des einzelnen Arbeitnehmers zur Leistung der versprochenen Arbeit besteht und diese ergänzt“. Vom Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats gedeckt sei daher die Gestaltung der Ordnung des Betriebs auch durch die Schaffung verbindlicher Verhaltensregeln für die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer. Zu dieser Ordnung des Betriebs gehörten auch Regeln über das Betreten und das Verlassen des Betriebs.⁵⁸

Demgegenüber stufte das BAG in einer Entscheidung vom 26. März 1991 den Einsatz von Privatdetektiven zur Überwachung von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern bei der Erfüllung ihrer Arbeitspflicht als nicht nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG mitbestimmungspflichtig ein.⁵⁹ Die Überwachung, gleichgültig ob durch Detektive oder Vorgesetzte, habe keinen Bezug zum sog. Ordnungsverhalten, sondern betreffe ausschließlich das Arbeitsverhalten. Eine Überwachung der Arbeitsleistung sei nur dann mitbestimmungspflichtig, wenn sie mit Hilfe technischer Einrichtungen erfolge.⁶⁰

⁵⁶ BAG v. 12.8.1999, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 28 (u. II.2c bb).

⁵⁷ BAG v. 21.8.1990, AP BetrVG 1972 § 87 Ordnung des Betriebes Nr. 17.

⁵⁸ BAG v. 21.8.1990, AP BetrVG 1972 § 87 Ordnung des Betriebes Nr. 17 (u. II.1a).

⁵⁹ BAG v. 26.3.1991, AP BetrVG 1972 § 87 Überwachung Nr. 21.

⁶⁰ BAG v. 26.3.1991, AP BetrVG 1972 § 87 Überwachung Nr. 21 (u. II.1b) u. Hinweis auf BAG v. 23. 10. 1984, AP BetrVG 1972 § 87 Ordnung des Betriebes Nr. 8: „Der von jeder Überwachung ausgehende Überwachungsdruck mag beim Einsatz von Detektiven stärker sein als bei einer Überwachung durch Vorgesetzte und Mitarbeiter. Er mag auch stärker sein, als beim Einsatz technischer Überwachungseinrichtungen. Das rechtfertigt jedoch nicht, die Überwachung des Arbeitsverhaltens der Arbeitnehmer dem Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG zu unterwerfen“.

In einer Entscheidung vom 9. Juli 1991⁶¹ ließ es das BAG dahingestellt, ob Sicherheitsüberprüfungen mit dem Ziel, von den zuständigen Behörden Auskunft darüber zu erhalten, ob gegen die Beschäftigung einer Bewerberin bzw. eines Bewerbers oder die Weiterbeschäftigung einer/eines schon im Betrieb tätigen Arbeitnehmerin/Arbeitnehmers sicherheitsrelevante Bedenken bestünden, der körperlichen Überprüfung anlässlich des Betretens und Verlassens des Betriebes gleichzustellen seien und damit, ebenso wie diese,⁶² nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG der Mitbestimmung unterlägen.⁶³

In einer Entscheidung vom 11. Juni 1992 führte das OLG Köln aus, dass eine „Parkplatzordnung“ wohl in Form einer Betriebsvereinbarung begründet werden konnte; auf § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG geht das Gericht dabei aber nicht ein.⁶⁴ In einer Entscheidung vom 5. November 1992 bewertete der VGH Hessen die Einschränkung einer vorhandenen Parkmöglichkeit auf dem Gelände einer Dienststelle zugunsten bestimmter Bediensteter als Regelung der Ordnung und des Verhaltens der Beschäftigten.⁶⁵

Mit Urteil vom 1. Dezember 1992⁶⁶ entschied das BAG, dass der Betriebsrat bei der Einführung einer einheitlichen Arbeitskleidung nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG mitzubestimmen habe. Die Festlegung einer Kleiderordnung ziele auf die „Art und Weise der Verrichtung der Arbeit“ und sei damit eine „Maßnahme, die Fragen der Ordnung des Betriebes betrifft und deshalb gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG der Mitbestimmung des Betriebsrats unterliegt“.⁶⁷

Mit Entscheidung vom 8. November 1994⁶⁸ bewertete das BAG die Einführung formalisierter Krankengespräche zur Aufklärung eines überdurchschnittlichen Krankenstandes mit einer nach abstrakten Kriterien ermittelten Mehrzahl von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern als nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG mitbestimmungspflichtig. Dabei meinte das Gericht, es könne „offenbleiben, ob sich eine Maßnahme, die das sog. Krankheitsverhalten der Arbeitnehmer beeinflussen soll, schon allein wegen dieses Ziels generell dem Ordnungsverhalten

⁶¹ BAG v. 9.7.1991, AP BetrVG 1972 § 87 Ordnung des Betriebes Nr. 19.

⁶² Vgl. BAG v. 26.5.1988, AP BetrVG 1972 § 87 Ordnung des Betriebes Nr. 14.

⁶³ BAG v. 9.7.1991, AP BetrVG 1972 § 87 Ordnung des Betriebes Nr. 19 (u. II.1a).

⁶⁴ OLG Köln v. 11.6.1992, AP BGB § 611 Parkplatz Nr. 6.

⁶⁵ VGH Hessen v. 5.11.1992, AP LPVG Hessen § 74 Nr. 1.

⁶⁶ BAG v. 1.12.1992, AP BetrVG 1972 § 87 Ordnung des Betriebes Nr. 20.

⁶⁷ BAG v. 1.12.1992, AP BetrVG 1972 § 87 Ordnung des Betriebes Nr. 20 (u. I.1.). Dabei könnten die Betriebspartner allerdings nicht regeln, dass die Arbeitnehmer einen Teil der Kosten für die Gestellung der Arbeitskleidung zu tragen haben; ebda. (u. II.).

⁶⁸ BAG v. 8.11.1994, AP BetrVG 1972 § 87 Ordnung des Betriebes Nr. 24 m. Anm. Raab.

oder dem mitbestimmungsfreien Arbeitsverhalten zurechnen lässt“. Die Mitbestimmungspflichtigkeit der hier zu beurteilenden Gespräche ergebe sich nämlich „unabhängig von den Fernzielen“, die der Arbeitgeber dabei verfolge, jedenfalls aus der Art ihrer Durchführung. Regelungsgegenstand sei nämlich nicht das „Krankheitsverhalten“, sondern das Verhalten der Arbeitnehmer bzw. des Arbeitnehmers bei der Führung der Gespräche selbst. Dieses gehöre aber nicht unmittelbar zur Erbringung der Arbeitsleistung. Dabei stellte das Gericht auch ein die Beteiligung des Betriebsrates erforderlich machendes Schutzbedürfnis heraus, wobei es auf die Berührung der Privatsphäre und den Schutz des Persönlichkeitsrechts der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer abhob.⁶⁹ Ganz abgesehen davon enthält die Entscheidung Formulierungen, welche auf eine eher restriktive Sicht des „Arbeitsverhaltens“ hindeuten.⁷⁰ Dies gilt insbesondere für eine Passage der Urteilsbegründung, in der von einem „reinen Arbeitsverhalten“ die Rede ist.⁷¹

Mit einer weiteren Entscheidung vom 8. November 1994 stellte das BAG fest, dass eine Arbeitszeitmessung durch manuelle Betätigung einer Stoppuhr nicht nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG mitbestimmungspflichtig sei.⁷² Dies ergebe sich schon daraus, dass mit der Messung der für bestimmte Arbeitsschritte benötigten Zeit lediglich das „Normalverhalten“ der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer erfasst werden solle. Demgegenüber sollten die Arbeitsablaufstudien das Verhalten nicht beeinflussen.⁷³

⁶⁹ BAG v. 8.11.1994, AP BetrVG 1972 § 87 Ordnung des Betriebes Nr. 24 (u. B.II.2b) m. krit. Anm. *Raab*: „Natürlich ist der Zweck des Mitbestimmungsrechts, dem Arbeitnehmer durch die Beteiligung des Betriebsrates Schutz vor Nachteilen durch Anordnungen des Arbeitgebers zu gewähren, bei der Auslegung des Mitbestimmungstatbestandes zu berücksichtigen. Dies darf aber nicht dazu führen, durch eine Überhöhung des Schutzzweckes diesen quasi zur alleinigen Tatbestandsvoraussetzung zu machen und dadurch die gesetzl. Mitbestimmungstatbestände aufzulösen.“

⁷⁰ Vgl. insoweit auch *DKW/Klebe*, § 87 Rn. 54.

⁷¹ BAG v. 8.11.1994, AP BetrVG 1972 § 87 Ordnung des Betriebes Nr. 24 (u. II.1.): „Von dem mitbestimmungspflichtigen Ordnungsverhalten ist das reine Arbeitsverhalten zu unterscheiden. Dieses betreffen alle Regeln und Weisungen, die bei der unmittelbaren Erbringung der Arbeitsleistung selbst zu beachten sind. Das Arbeitsverhalten wird berührt, wenn der Arbeitgeber kraft seiner Organisations- und Leitungsmacht näher bestimmt, welche Arbeiten in welcher Weise auszuführen sind. Nicht mitbestimmungspflichtig sind danach Anordnungen, mit denen die Arbeitspflicht unmittelbar konkretisiert wird.“

⁷² BAG v. 8.11.1994, AP BetrVG 1972 § 87 Überwachung Nr. 27.

⁷³ BAG v. 8.11.1994, AP BetrVG 1972 § 87 Überwachung Nr. 27 (u. II.).

Als nicht nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG mitbestimmungspflichtig sah das BAG in einer Entscheidung vom 23. Juli 1996 auch die Anordnung einer außerplanmäßigen Dienstreise durch den Arbeitgeber an, wobei es zur Begründung anführte, dass sich derartige Anordnungen unmittelbar auf die Arbeitsleistung bezögen und nicht etwa das betriebliche Zusammenleben gestalteten.⁷⁴

Mit einer Entscheidung vom 21. Januar 1997 stufte das BAG die Einführung eines Formulars als nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG mitbestimmungspflichtig ein, auf dem die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer die Notwendigkeit eines Arztbesuchs während der Arbeitszeit von der Ärztin bzw. vom Arzt bescheinigen lassen sollten.⁷⁵ Dabei widersprach es der Vorinstanz, welche angenommen hatte, die Begründung einer Pflicht zur Verwendung des umstrittenen Formulars betreffe ausschließlich das individuelle Vertragsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmerin bzw. Arbeitnehmer, da es nur um den Nachweis einer unvermeidbaren Arbeitsverhinderung gehe. Für entscheidend hielt das BAG, dass der Arbeitgeber den Nachweis „einheitlich von allen Arbeitnehmern in einer bestimmten Form verlangt und damit eine Regel aufstellt, die für alle – unabhängig von der konkreten Arbeitsleistung – zu beachten ist“. Damit wolle der Arbeitgeber „kraft seines Direktionsrechts ein regelgerechtes Verhalten erzwingen“. Auch begnüge er sich dabei „gerade nicht mit der schuldrechtlichen Lage, wonach es den einzelnen Arbeitnehmern freisteht, in welcher Weise sie den ihnen obliegenden Nachweis führen“. Die vom Arbeitgeber als notwendig erachtete Aufstellung allgemeiner Verfahrensregeln verdeutliche, „dass es ihm um eine Frage geht, die nicht individuell zu lösen ist, also um ein Ordnungsproblem“.⁷⁶

In einer Entscheidung vom 13. Mai 1997 setzte sich das BAG mit der Verpflichtung von Betriebsratsmitgliedern zu Abmeldung vom und zur Rückmeldung am Arbeitsplatz auseinander.⁷⁷ Dabei stufte das Gericht die Bestimmung der möglichen Adressaten derartiger Meldungen als nicht nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG mitbestimmungspflichtig ein. Vielmehr mache der Arbeitgeber „hier nur von der Befugnis Gebrauch, sich selbst zu organisieren und zu bestimmen, welche natürlichen Personen für sie im Verhältnis zu den Arbeitnehmern Rechte wahrzunehmen und Pflichten zu erfüllen haben“.⁷⁸

⁷⁴ BAG v. 23.7.1996, AP BetrVG 1972 § 87 Ordnung des Betriebes Nr. 26 (u. II.2a bb).

⁷⁵ BAG v. 21.1.1997, AP BetrVG 1972 § 87 Ordnung des Betriebes Nr. 27.

⁷⁶ BAG v. 21.1.1997, AP BetrVG 1972 § 87 Ordnung des Betriebes Nr. 27 (u. B.II.2.).

⁷⁷ BAG v. 13.5.1997, AP BetrVG 1972 § 37 Nr. 119.

⁷⁸ BAG v. 13.5.1997, AP BetrVG 1972 § 37 Nr. 119 (u. B.II.2b).

In einer Entscheidung vom 19. Mai 1998 ließ das BAG erkennen, dass es eine „Kleiderordnung“ als nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG mitbestimmungspflichtig bewerte.⁷⁹

Mit Entscheidung vom 19. Januar 1999 stufte das BAG auch ein betriebliches Rauchverbot als nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG mitbestimmungspflichtig ein.⁸⁰ Zum mitbestimmungspflichtigen Ordnungsverhalten gehöre grundsätzlich auch die Frage, ob während der Arbeitszeit und im Betrieb geraucht werden dürfe. Dies gelte jedenfalls dann, „wenn nicht schon die Arbeitsleistung selbst durch das Rauchen beeinträchtigt wird, so dass mitbestimmungsfreies Arbeitsverhalten berührt ist“.⁸¹

Die Anweisung an Sachbearbeiter, in Geschäftsbriefen auch ihre Vornamen anzugeben, stufte das BAG demgegenüber in einer Entscheidung vom 8. Juni 1999⁸² als allein das Arbeitsverhalten betreffend und daher nicht nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG mitbestimmungspflichtig ein. Dies folge zwar nicht schon daraus, dass § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG, wie vom Arbeitgeber angeführt, ausschließlich das innerbetriebliche Verhalten der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer betreffe, ergebe sich aber daraus, dass die Anweisung „auf die Gestaltung eines Arbeitsprodukts“ ziele und dabei die Arbeitspflicht in einer bestimmten Weise konkretisiere.⁸³

Mit Urteil vom 25. Januar 2000 entschied das BAG, die Anweisung des Arbeitgebers, Zeiten der Arbeitsunfähigkeit unabhängig von deren Dauer generell durch eine vor Ablauf des dritten Kalendertages nach Beginn der Arbeitsunfähigkeit vorzulegende Bescheinigung nachzuweisen, betreffe eine Frage der

⁷⁹ BAG v. 19.5.1998, AP BGB § 670 Nr. 31.

⁸⁰ BAG v. 19.1.1999, AP BetrVG 1972 § 87 Ordnung des Betriebes Nr. 28 m. Anm. v. *Hoyningen-Huene*.

⁸¹ BAG v. 19.1.1999, AP BetrVG 1972 § 87 Ordnung des Betriebes Nr. 28 (u. A.II.2.).

⁸² BAG v. 8.6.1999, AP BetrVG 1972 § 87 Ordnung des Betriebes Nr. 31.

⁸³ BAG v. 8.6.1999, AP BetrVG 1972 § 87 Ordnung des Betriebes Nr. 31 (u. I.2.). Dabei geht das Gericht auch auf das Vorbringen des Arbeitgebers ein, wonach die Nennung des vollständigen Namens der Bearbeiter „Offenheit signalisieren und dadurch die Kommunikation mit den Kunden fördern ([solle]“. Dieser Zweck betreffe, so das Gericht, die Leistung der geschuldeten Arbeit. Zwischen der bloßen Nennung des Nachnamens, die auch von den Antragstellern als mitbestimmungsfreie Vorgabe des Arbeitgebers akzeptiert werde, und der zusätzlichen Bezeichnung der Bearbeiter mit dem Vornamen sei insoweit kein Unterschied zu erkennen. Weder das eine noch das andere betreffe das betriebliche Zusammenwirken und Zusammenleben der Arbeitnehmer.

betrieblichen Ordnung i.S.v. § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG.⁸⁴ Dabei führte das Gericht aus, dass sich eine derartige Maßnahme auf das betriebliche Ordnungsverhalten richte und nicht etwa eine Konkretisierung der Arbeitspflicht sei. Der Arbeitgeber verlange nämlich unabhängig von einer Arbeitsleistung den Nachweis jeglicher Arbeitsunfähigkeit in einer bestimmten Form und stelle damit eine Regel auf, die von allen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern unabhängig von der Arbeitsleistung zu beachten sein solle. Es gehe daher „nicht um eine individuelle Fragestellung, sondern um ein allgemeines Ordnungsproblem“.⁸⁵

In einer Entscheidung vom 18. April 2000 verneinte das BAG demgegenüber eine Mitbestimmungspflicht nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG in einem Fall, in dem eine Bank ohne Kenntnis der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer durch ein anderes Unternehmen Tests zur Überprüfung der Beratungsqualität an zufällig ausgewählten Schaltern hatte durchführen lassen.⁸⁶ Zur Begründung führte das Gericht an, dass der Arbeitgeber mit den von ihm veranlassten Schaltertests keine Maßnahme getroffen habe, die geeignet gewesen sei, das Verhalten der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in Bezug auf die Ordnung des Betriebs zu beeinflussen und zu koordinieren. Vielmehr sei es ihm nur um eine Bestandsaufnahme aus der Sicht der Kunden gegangen. Unabhängig davon scheitere ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG aber auch daran, „dass durch die Schaltertests die Service- und Beratungsqualität der Arbeitgeberin geprüft werden sollte, also im Vordergrund der Maßnahme die Arbeitsleistung der beratenden Angestellten – somit deren Arbeitsverhalten – stand“. Dabei zählte aus Sicht des BAG auch das Tragen eines Namensschilds zur Arbeitsleistung. Denn „zur Präsentation des Arbeitsprodukts ‚Beratung‘ gehöre auch, ob den Kunden die Möglichkeit gegeben wird, den Berater persönlich mit Namen anzusprechen“. Auch soweit das Erscheinungsbild der Mitarbeiter Gegenstand der Schaltertests war, gehöre „dieses im weitesten Sinne zur Arbeitsleistung, weil der Kunde – und damit auch der Arbeitgeber – gerade von einem Bankmitarbeiter eine äußere Erscheinung erwartet, die Seriosität ausdrückt“.⁸⁷

In dem der Entscheidung das VGH Mannheim vom 9. Mai 2000 zugrundeliegenden Fall ging es um die Führung von Mitarbeitergesprächen mit Zielvereinbarung. Dabei ging das Gericht von einer Regelung der Ordnung in der Dienst-

⁸⁴ BAG v. 25.1.2000, AP BetrVG 1972 § 87 Ordnung des Betriebes Nr. 34 m. Anm. *Worzalla*.

⁸⁵ BAG v. 25.1.2000, AP BetrVG 1972 § 87 Ordnung des Betriebes Nr. 34 (u. B.I.2a bb).

⁸⁶ BAG v. 18.4.2000, AP BetrVG 1972 § 87 Überwachung Nr. 33.

⁸⁷ BAG v. 18.4.2000, AP BetrVG 1972 § 87 Überwachung Nr. 33 (u. B.II.1b).

stelle und des Verhaltens der Beschäftigten aus.⁸⁸ Insoweit stufte das Gericht die (mit § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG weitgehend übereinstimmende) Vorschrift des § 79 Abs. 1 Nr. 12 LPVG Baden-Württemberg⁸⁹ als einen „einheitlichen Tatbestand“ ein, „der nicht in zwei unterschiedliche Begriffe auseinandergerissen werden kann“. Zur Begründung führte es an, dass „das enge Zusammenleben und Zusammenwirken in der Dienststelle (...) gewisse Verhaltensregeln [erfordert], die das Miteinander der Beschäftigten und den Gebrauch der ihnen zur Verfügung gestellten Sachen zum Gegenstand haben“. Deshalb schaffe jede Regelung des Verhaltens der Beschäftigten eine bestimmte Ordnung in der Dienststelle wie umgekehrt jede Regelung der Ordnung in der Dienststelle ein bestimmtes Verhalten der Beschäftigten verlange.⁹⁰

In einer Entscheidung vom 29. Mai 2001⁹¹ hatte sich das BAG mit einer Regelung über den Erwerb und Besitz von Aktien durch Redakteure einer Wirtschaftszeitung zu befassen. Dabei qualifizierte es eine derartige Regelung als nicht nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG mitbestimmungspflichtig. Einen Bezug zur „Ordnung des Betriebs“ sah es nicht: „Inhalt und Ziel der Maßnahmen ist es vielmehr insgesamt, die Arbeit der Redakteure von jedwedem Anschein eigener Interessenverfolgung freizuhalten und hierzu jegliche Nähe zu privatem eigenen Aktienengagement nach Möglichkeit zu unterbinden. Dies hat mit der Gestaltung des Zusammenwirkens und Zusammenlebens der Beschäftigten im Rahmen betrieblicher Ordnung nichts zu tun, sondern bezieht sich vielmehr in der Zielrichtung auf die Art und Weise der Erbringung der redaktionellen Dienstleistung als im jeweiligen Themenbereich weitestgehend unabhängiger und unvoreingenommener Berichterstatter bzw. Kommentator“. Daran würde es nach Auffassung des BAG auch nichts ändern, wenn man „jedweden relevanten Bezug zur Arbeitspflicht“ verneinen wollte. Auch in diesem Fall handelte es sich nämlich nicht um „Ordnungsverhalten“, sondern vielmehr „um eine das Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer in sonstiger Weise betreffende Angelegenheit, welche Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG mangels jedweden Bezuges zur betrieblichen Ordnung nicht auszulösen vermag“.⁹²

⁸⁸ VGH Mannheim v. 9.5.2000, AP LPVG Baden-Württemberg § 79 Nr. 10.

⁸⁹ Die Vorschrift bezog sich auf die „Regelung der Ordnung in der Dienststelle und des Verhaltens der Beschäftigten“.

⁹⁰ VGH Mannheim v. 9.5.2000, AP LPVG Baden-Württemberg § 79 Nr. 10.

⁹¹ LAG Düsseldorf v. 29.5.2001, AP BetrVG 1972 § 87 Ordnung des Betriebes Nr. 36.

⁹² LAG Düsseldorf v. 29.5.2001, AP BetrVG 1972 § 87 Ordnung des Betriebes Nr. 36. (u. B.1.). Das Gericht verweist hier auf die Entscheidungen v. 24.3.1981, AP BetrVG 1972 § 87 Arbeitssicherheit Nr. 2 und v. 8.12.1981, AP BetrVG 1972 § 87 Lohngestaltung Nr. 6.

In dem der Entscheidung des BAG vom 11. Juni 2002⁹³ zugrundeliegenden Fall ging es um die Anordnung, Namensschilder auf der Dienstkleidung zu tragen. Dabei knüpfte das Gericht an die Unterscheidung von Arbeitsverhalten einerseits und Ordnungsverhalten andererseits an. Zur Gestaltung der Ordnung des Betriebes zählte es „sowohl verbindliche Verhaltensregeln als auch Maßnahmen, die das Verhalten der Arbeitnehmer in Bezug auf die betriebliche Ordnung betreffen und berühren, ohne Normen für das Verhalten zum Inhalt zu haben“. Dabei sei es ausreichend, „wenn eine solche Maßnahme darauf gerichtet ist, die vorgegebene Ordnung des Betriebes zu gewährleisten und aufrechtzuerhalten“. Davon betroffen sei etwa die Anordnung des Tragens einer einheitlichen Arbeitskleidung, die lediglich dazu diene, das äußere Erscheinungsbild des Unternehmens zu fördern.⁹⁴ Demgegenüber unterwerfe § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG seinem Wortlaut nach jedes Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb der Mitbestimmung, was „auch die Art und Weise der Erbringung der Arbeitsleistung selbst erfassen [würde]“. Doch solle das Arbeitsverhalten nach dem Zweck des Mitbestimmungsrechts von einer Beteiligung des Betriebsrats frei sein. Das mitbestimmungsfreie Arbeitsverhalten betreffe danach „alle Regeln und Weisungen, die bei der Erbringung der Arbeitsleistung selbst zu beachten sind“. Es sei berührt, „wenn der Arbeitgeber kraft seiner Organisations- und Leitungsmacht näher bestimmt, welche Arbeiten auszuführen sind und in welcher Weise das geschehen soll. Mitbestimmungsfrei sind deshalb solche Anordnungen, mit denen die Arbeitspflicht unmittelbar konkretisiert und damit abgefordert wird“. Ob das mitbestimmungsfreie Arbeitsverhalten betroffen sei, soll sich nach Auffassung des Gerichts aber nicht nach den subjektiven Vorstellungen richten, die den Arbeitgeber zu einer Maßnahme bewogen haben. Entscheidend sei vielmehr der jeweilige objektive Regelungsgehalt. Dieser bestimme sich „nach dem Inhalt der Maßnahme sowie nach der Art des zu beeinflussenden betrieblichen Geschehens“. Wirke sich eine Maßnahme zugleich auf das Ordnungs- und das Arbeitsverhalten aus, so komme es darauf an, welcher Regelungszweck überwiege.⁹⁵ Nach diesen Maßstäben bewertet das Gericht die Anordnung zum Tragen eines Namensschildes nicht als (mitbestimmungsfreies) Arbeitsverhalten. Nach ihrem objektiven Regelungsgehalt sei die Maßnahme nicht darauf gerichtet, das Arbeitsverhalten der Fahrer zu konkretisieren. Sie diene vielmehr dazu,

⁹³ BAG v. 11.6.2002, AP BetrVG 1972 § 87 Ordnung des Betriebes Nr. 38.

⁹⁴ BAG v. 11.6.2002, AP BetrVG 1972 § 87 Ordnung des Betriebes Nr. 38 (u. I.) u. Hinw. auf BAG v. 1.12.1992, AP BetrVG 1972 § 87 Ordnung des Betriebes Nr. 20 sowie BAG v. 8.8.1989, AP BetrVG 1972 § 87 Ordnung des Betriebes Nr. 15.

⁹⁵ BAG v. 11.6.2002, AP BetrVG 1972 § 87 Ordnung des Betriebes Nr. 38 (u. I.).

„dass die Kunden auch aus dem durch das Namensschild geprägten äußeren Erscheinungsbild der Fahrer positive Rückschlüsse auf die Dienstleistungsbereitschaft des Unternehmens ziehen“. Das Namensschild und die damit bezweckte Aufhebung der Anonymität der Fahrer Dritten gegenüber seien „für die Erbringung ihrer arbeitsvertraglich geschuldeten Leistung nahezu ohne jede Bedeutung“. Dass das BAG insoweit zu einem anderen Ergebnis kommt als in vorangegangenen Entscheidungen zu ähnlichen Sachverhalten, erklärt das Gericht damit, dass vorliegend – im Gegensatz zu der schriftlichen Kommunikation zwischen Kunden und Sachbearbeitern in Geschäftsbriefen⁹⁶ oder der Kundenberatung durch die Mitarbeiter eines Geldinstituts⁹⁷ – nur ein „Randbereich der arbeitsvertraglich geschuldeten Leistung der Fahrer und nicht das eigentliche Arbeitsprodukt“ berührt sei.“⁹⁸

In dem der Entscheidung des BAG vom 28. Mai 2002⁹⁹ zugrundeliegenden Sachverhalt ging es um die Einführung eines Formulars, in dem Redakteure einer Wirtschaftszeitung auf Grund einer vertraglichen Nebenabrede den Besitz bestimmter Wertpapiere dem Arbeitgeber anzeigen sollten. Dabei ließ das Gericht ausdrücklich offen, ob die geplante Maßnahme auf das nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG mitbestimmungsfreie Arbeitsverhalten ziele,¹⁰⁰ stellte aber explizit fest, dass sie jedenfalls nicht das außerbetriebliche Verhalten der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer betreffe, welches der Regelungskompetenz der Betriebsparteien entzogen sei.¹⁰¹

In einer Entscheidung vom 27. Januar 2004,¹⁰² in dem es um die Mitbestimmungspflichtigkeit von Zugangskontrollen in einem Kundenbetrieb ging, stellt das BAG unter Zugrundelegung seiner Unterscheidung zwischen Arbeitsverhalten und Ordnungsverhalten fest, dass das außerbetriebliche Verhalten der Regelungskompetenz der Betriebsparteien entzogen sei. Allerdings sei der Begriff des „Betriebs“ i.S.d. § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG nicht auf die Betriebsstätte beschränkt. Nach dem Sinn und Zweck des Mitbestimmungsrechts sei er funk-

⁹⁶ Vgl. BAG v. 19.5.1998, AP BGB § 670 Nr. 31.

⁹⁷ Vgl. BAG v. 18.4.2000, AP BetrVG 1972 § 87 Überwachung Nr. 33.

⁹⁸ BAG v. 11.6.2002, AP BetrVG 1972 § 87 Ordnung des Betriebes Nr. 38 (u. II.).

⁹⁹ BAG v. 28.5.2002, AP BetrVG 1972 § 87 Ordnung des Betriebes Nr. 39.

¹⁰⁰ BAG v. 28.5.2002, AP BetrVG 1972 § 87 Ordnung des Betriebes Nr. 39 (u. B.I.2d). Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats war nach Auffassung des Gerichts jedenfalls nach § 118 Abs. 1 S. 1 BetrVG ausgeschlossen.

¹⁰¹ BAG v. 28.5.2002, AP BetrVG 1972 § 87 Ordnung des Betriebes Nr. 39 (u. B.I.2c).

¹⁰² BAG v. 27.1.2004, AP BetrVG 1972 § 87 Überwachung Nr. 40 m. Anm. *Edenfeld*, der insoweit u. a. auf die „Arbeitsnotwendigkeit“ der Maßnahme abstellt.

tional, nicht räumlich zu verstehen, da er „nicht die Organisation der dem Arbeitgeber zur Verfügung stehenden Sachmittel, sondern das Zusammenwirken der Arbeitnehmer“ betreffe. Demzufolge sei das „betriebliche“ Verhalten auch dann tangiert, wenn der Arbeitgeber das mit ihrer Tätigkeit verbundene Verhalten der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer außerhalb der Betriebsstätte regeln wolle.¹⁰³ Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG sei auch nicht dadurch ausgeschlossen, dass sich die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer zur Verrichtung ihrer arbeitsvertraglichen Tätigkeit auf Anweisung des Arbeitgebers in den Betrieb eines anderen Arbeitgebers begäben.¹⁰⁴ Um das nach dieser Vorschrift mitbestimmungspflichtige Ordnungsverhalten gehe es auch dann, wenn der Vertragsarbeitgeber dazu anweise, sich nach den in einem Kundenbetrieb bestehenden Regeln zu verhalten. Der Arbeitgeber übernehme in einem solchen Fall die Verhaltensregelungen des Dritten und gebe sie seinen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern vor.¹⁰⁵

In einer Entscheidung vom 13. Februar 2007 stellte das BAG fest, die Anordnung des Arbeitgebers, während des Dienstes eine bestimmte Kleidung zu tragen, falle jedenfalls dann unter das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG, wenn dadurch für ein einheitliches Erscheinungsbild gesorgt werden solle. Dabei stellte es, sofern sich eine Maßnahme zugleich auf das Ordnungs- und das Arbeitsverhalten auswirke, wie schon in vorangegangenen Entscheidungen,¹⁰⁶ darauf ab, welcher Regelungszweck überwiege.¹⁰⁷

In einer Entscheidung vom 10. März 2009 hatte das BAG über die Mitbestimmungspflichtigkeit eines Ersuchens des Arbeitgebers um die vertragliche Begründung einer Schweigepflicht zu entscheiden. Ob insoweit das Ordnungs- oder das Arbeitsverhalten berührt sei, hänge, so das BAG, „vom Gegenstand ab, über den diese Stillschweigen bewahren sollen“. Dagegen berühre nicht schon

¹⁰³ BAG v. 27.1.2004, AP BetrVG 1972 § 87 Überwachung Nr. 40 (u. B.II.1a bb). Das Gericht verweist insoweit auf BAG v. 11.6.2002, AP BetrVG 1972 § 87 Ordnung des Betriebes Nr. 38 (Einführung von Namensschildern für das außerhalb der Betriebsstätte tätig werdende Fahrpersonal) und BAG v. 28.5. 2002, AP BetrVG 1972 § 87 Ordnung des Betriebes Nr. 39 (Einführung von Ethikregeln über den Privatbesitz von Wertpapieren und die Ausübung von Nebentätigkeiten bei Redakteuren einer Wirtschaftszeitung).

¹⁰⁴ BAG v. 27.1.2004, AP BetrVG 1972 § 87 Überwachung Nr. 40 (u. B.II.1a bb).

¹⁰⁵ BAG v. 27.1.2004, AP BetrVG 1972 § 87 Überwachung Nr. 40 (u. B.II.1a cc).

¹⁰⁶ Das Gericht verweist insoweit u. a. auf BAG v. 11.6.2002, AP BetrVG 1972 § 87 Ordnung des Betriebes Nr. 38.

¹⁰⁷ BAG v. 13.2.2007, AP BetrVG 1972 § 87 Ordnung des Betriebes Nr. 40.

das Ersuchen als solches die betriebliche Ordnung und das Verhalten der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer im Betrieb. Die Abgabe von Vertragserklärungen durch die Parteien des Arbeitsvertrages betreffe, „nicht per se das betriebliche Zusammenleben und kollektive Zusammenwirken der Beschäftigten“.¹⁰⁸

Auch in dem der Entscheidung vom 17. Januar 2012 zugrundeliegenden Sachverhalt ging es um die Regelung einer einheitlichen Dienstkleidung.¹⁰⁹ Dabei unterstrich das Gericht seinen in vorangegangenen Entscheidungen geäußerten Standpunkt zur Maßgeblichkeit des überwiegenden Regelungszwecks (bei sich auf das Ordnungs- und das Arbeitsverhalten gleichermaßen auswirkenden Maßnahmen), und zur Notwendigkeit, diesen „nach dem Inhalt der Maßnahme sowie nach der Art des zu beeinflussenden betrieblichen Geschehens“ und somit „objektiv“ zu bestimmen. Nach diesen Maßstäben bejahte das Gericht ein Eingreifen des § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG, da es dem Arbeitgeber (einer Fluggesellschaft) darum gehe, die Mitarbeiter gegenüber Fluggästen kenntlich zu machen.¹¹⁰

In einer Entscheidung vom 7. Februar 2012¹¹¹ bewertete das BAG die Festlegung der Nutzungsbedingungen von Parkplätzen, die der Arbeitgeber den Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern für das Abstellen ihrer Privat-Pkw zur Verfügung stelle, als nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG mitbestimmungspflichtig. Die Nutzung der Parkplätze durch die Belegschaft betreffe nicht das mitbestimmungsfreie Arbeits-, sondern das mitbestimmungspflichtige Ordnungsverhalten. Die Art und Weise der Arbeitsleistung werde von der Maßnahme des Arbeitgebers nicht berührt. Die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer erbrächten bis zum Abstellen ihrer Privat-Pkw keine Arbeitsleistung.¹¹²

Demgegenüber bewertete das BAG in einer Entscheidung vom 25. September 2012¹¹³ die Verwendung von Laufzetteln, auf denen der Erhalt von Arbeitsmitteln und Zutrittsberechtigungen einschließlich erforderlicher Belehrungen vermerkt waren, als nicht i.S.d. § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG mitbestimmungspflichtig. Zur Begründung führte das Gericht an, dass die in die Laufzettel aufgenommenen Angaben in einem untrennbaren Zusammenhang mit der Erbringung der Arbeitsleistung stünden. Diese seien Voraussetzung für deren ordnungsgemäße

¹⁰⁸ BAG v. 10.3.2009, AP BetrVG 1972 § 87 Nr. 16.

¹⁰⁹ BAG v. 17.1.2012, AP BetrVG 1972 § 87 Ordnung des Betriebes Nr. 41.

¹¹⁰ BAG v. 17.1.2012, AP BetrVG 1972 § 87 Ordnung des Betriebes Nr. 41 (u. Rn. 22f.).

¹¹¹ BAG v. 7.2.2012, AP BetrVG 1972 § 87 Ordnung des Betriebes Nr. 42.

¹¹² BAG v. 7.2.2012, AP BetrVG 1972 § 87 Ordnung des Betriebes Nr. 42 (u. Rn. 20).

¹¹³ BAG v. 25.9.2012, AP BetrVG 1972 § 87 Ordnung des Betriebes Nr. 43.

Erbringung. Das verwendete Formular diene damit der Regelung des Arbeitsverhaltens und nicht der Koordinierung des Zusammenlebens und Zusammenwirkens der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer. Die „bloße Standardisierung des Arbeitsverhaltens“ bewirke „keine Zuordnung zum Ordnungsverhalten“¹¹⁴

In einer Entscheidung vom 15. April 2014 stellte das BAG fest, dass kein Mitbestimmungsrecht nach (dem inhaltlich § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG entsprechenden) § 77 Abs. 1 Nr. 1 TV-PV bestehe, wenn der Arbeitgeber im Betrieb in regelmäßigen Abständen Informationsveranstaltungen durchführe, in denen er Hintergrundwissen über das Unternehmen vermitteln, wirtschaftliche Zusammenhänge aufzeigen und unternehmerische Entscheidungen transparent machen wolle. Die Informationsveranstaltungen beträfen weder das Arbeitsverhalten noch das Ordnungsverhalten. Vielmehr handele es sich um eine „allgemeine Informationsveranstaltung“ des Arbeitgebers.¹¹⁵

In dem der Entscheidung des BAG vom 23. August 2016¹¹⁶ zugrundeliegenden Sachverhalt ging es wieder um eine Regelung zur Dienstkleidung. Dabei stellte das BAG fest, dass durch eine derartige Regelung das Ordnungsverhalten der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer im Betrieb berührt sei und damit das Mitbestimmungsrecht des § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG ausgelöst werde, wenn diese dazu diene, das äußere Erscheinungsbild des Unternehmens zu fördern.¹¹⁷

In einer Entscheidung vom 23. August 2016¹¹⁸ stellte das BAG fest, dass eine Regelung zu Nachweispflichten von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern bei krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit der Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG unterliege. Verlange der Arbeitgeber unabhängig von einer Arbeitsleistung in einer bestimmten Form und innerhalb einer bestimmten Frist den Nachweis jeglicher Arbeitsunfähigkeit, betreffe „dieses regelhafte Verlangen nach der Rechtsprechung des Senats grundsätzlich das betriebliche Ordnungsverhalten“.¹¹⁹

¹¹⁴ BAG v. 25.9.2012, AP BetrVG 1972 § 87 Ordnung des Betriebes Nr. 43 (u. Rn. 16).

¹¹⁵ BAG v. 15.4.2014, AP BetrVG 1972 § 87 Ordnung des Betriebes Nr. 45 (u. Rn. 27).

¹¹⁶ BAG v. 15.4.2014, AP BetrVG 1972 § 87 Ordnung des Betriebes Nr. 46 m. Anm. *Otto*.

¹¹⁷ BAG v. 15.4.2014, AP BetrVG 1972 § 87 Ordnung des Betriebes Nr. 46 (u. Rn. 14). Das Gericht nimmt insoweit auf BAG v. 13.2.2007, AP BetrVG 1972 § 87 Ordnung des Betriebes Nr. 40 Bezug.

¹¹⁸ BAG v. 23.8.2016 AP BetrVG 1972 § 87 Ordnung des Betriebes Nr. 48.

¹¹⁹ BAG v. 23.8.2016 AP BetrVG 1972 § 87 Ordnung des Betriebes Nr. 48 (u. Rn. 16). Das Gericht nimmt dabei auf BAG v. 25.1.2000, AP BetrVG 1972 § 87 Ordnung des Betriebes Nr. 34 Bezug.

Dabei habe der Betriebsrat sowohl über das „Ob“ als auch über das „Wie“ (hier: der Nachweispflicht des § 5 Abs. 1 EFZG) mitzubestimmen.¹²⁰

In dem der Entscheidung des BAG vom 22. August 2017¹²¹ zugrundeliegenden Sachverhalt ging es um eine Selbstverpflichtung des Arbeitgebers, wonach mobile Arbeitsmittel nicht in der Freizeit zu dienstlichen Zwecken genutzt werden sollten. Insoweit meinte das Gericht, § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG berechti­ge die Betriebsparteien nicht, in die private Lebensführung einzugreifen, und begründe insoweit auch kein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats. Allerdings sei der Begriff des Betriebs nicht räumlich, sondern funktional zu verstehen. Daher könne ein Mitbestimmungsrecht auch dann bestehen, wenn es um das Verhalten der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer außerhalb der Betriebsstätte, etwa gegenüber Kunden und Lieferanten, gehe. Es setze weiterhin nicht voraus, dass die entsprechenden Vorgaben des Arbeitgebers verbindlich seien. Ausreichend sei vielmehr, wenn die Maßnahme darauf gerichtet sei, das betriebliche Verhalten zu steuern oder die Ordnung des Betriebs zu gewährleisten. Unter Zugrundelegung dieser Grundsätze zielte die Maßnahme des Arbeitgebers aber nach Auffassung des Gerichts nicht auf das Ordnungsverhalten. Vielmehr bringe sie lediglich zum Ausdruck, dass mit der Ausgabe mobiler Arbeitsmittel keine stillschweigende Erwartung verbunden sei, diese auch außerhalb der betrieblichen Arbeitszeit in der Freizeit zu dienstlichen Zwecken zu nutzen. Eine damit einhergehende Konkretisierung des Weisungsrechts betreffe das Arbeitsverhalten und nicht das betriebliche Verhalten der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer untereinander.¹²²

In dem Sachverhalt, welcher der Entscheidung des BAG vom 23. August 2018¹²³ zugrunde lag, ging es um ein vom Arbeitgeber ausgesprochenes Verbot, während der Arbeitszeit auf dem Betriebsgelände Pfandgegenstände zu privaten Zwecken zu sammeln. Insoweit verneinte das Gericht ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG. Dabei wies das Gericht ausdrücklich darauf hin, dass dem Arbeitgeber nach § 106 S. 2 GewO ein Weisungsrecht auch „hinsichtlich der Ordnung und des Verhaltens der Arbeitnehmer im Betrieb“ zukommt. Das Weisungsrecht könne sich daher grundsätzlich „sowohl auf die Konkretisierung der Hauptleistungspflicht als auch auf den kollektiven Bereich beziehen, in dem es um diejenigen Regelungsbedürfnisse geht, die durch das Zu-

¹²⁰ BAG v. 23.8.2016, AP BetrVG 1972 § 87 Ordnung des Betriebes Nr. 48 (u. Rn. 16).

¹²¹ BAG v. 22.8.2017, AP BetrVG 1972 § 87 Ordnung des Betriebes Nr. 49.

¹²² BAG v. 22.8.2017, AP BetrVG 1972 § 87 Ordnung des Betriebes Nr. 49 (u. Rn. 25 f.).

¹²³ BAG v. 23.8.2018, AP BCG § 626 Nr. 272.

sammenwirken mehrerer Arbeitnehmer im Betrieb entstehen“.¹²⁴ Nach Auffassung des Gerichts betraf das Verbot aber das (mitbestimmungsfreie) Arbeitsverhalten. Zwar habe es auch darauf gezielt, das äußere Erscheinungsbild des Arbeitgebers gegenüber dem Auftraggeber zu fördern. Gegenstand der Maßnahme sei aber die Festlegung gewesen, welche Arbeiten die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in welcher Weise während ihrer Arbeitszeit auszuführen bzw. nicht auszuführen hätten.¹²⁵

2. Wesentliche Entwicklungslinien

a) Die frühere Rechtsprechung zur „arbeitsnotwendigen Maßnahme“

Betrachtet man die geschilderte Rechtsprechung im Zusammenhang, dann ergibt sich folgendes Bild: Zur Vorgängerregelung des § 56 Abs. 1 Buchst. f BetrVG 1952 stellte das BAG noch darauf ab, ob eine arbeitstechnische Maßnahme von solcher Wichtigkeit sei, dass die/der einzelne Arbeitnehmer/in ihre/seine Arbeitspflicht ohne die Beachtung der Anordnung nicht ordnungsmäßig erbringen könne. Insoweit sollte es sich dann um eine sog. arbeitsnotwendige Maßnahme handeln, welche nicht der Mitbestimmung unterliege. Könne dagegen die geschuldete Arbeitsleistung auch ohne die bestimmte Regelung erbracht werden, dann liege eine Anordnung über die Ordnung des Betriebes und über das Verhalten der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer im Betrieb vor, welche der Mitbestimmung durch den Betriebsrat unterfalle.¹²⁶

b) Unterscheidung von „Arbeitsverhalten“ und „Ordnungsverhalten“

An diese Unterscheidung knüpfte das BAG indes in seiner Rechtsprechung zu § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG nicht mehr an. Nach einiger Zeit distanzierte es sich sogar ausdrücklich von der Sichtweise, die es zu § 56 Abs. 1 Buchst. f BetrVG 1952 eingenommen hatte.¹²⁷ Statt darauf abzustellen, ob eine „arbeitsnotwendi-

¹²⁴ BAG v. 23.8.2018, AP BGB § 626 Nr. 272 (u. Rn. 19).

¹²⁵ BAG v. 23.8.2018, AP BGB § 626 Nr. 272 (u. Rn. 28).

¹²⁶ So insbes. BAG v. 15.12.1961, AP BetrVG § 56 Ordnung des Betriebes Nr. 3; vgl. aber auch *Wiese*, GK-BetrVG, 11. Aufl. 2018, vor § 87 Rn. 202f. (m.w.N.).

¹²⁷ BAG v. 8.8.1989, AP BetrVG 1972 § 87 Ordnung des Betriebes Nr. 15.

ge Maßnahme“ vorliegt, soll es demnach allein darauf ankommen, ob sich eine Maßnahme auf das sog. „Arbeitsverhalten“ oder auf das sog. „Ordnungsverhalten“ bezieht. Dabei geht es nach Auffassung des BAG, soweit in § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG vom „Verhalten der Arbeitnehmer“ die Rede ist, nur um das Verhalten in Bezug auf die betriebliche Ordnung, so dass alle Maßnahmen des Arbeitgebers ausscheiden, die zwar das Verhalten der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer betreffen, aber keinen Bezug zur betrieblichen Ordnung haben. Zu bejahen ist eine Mitbestimmungspflicht danach dann, wenn die Maßnahme das „Zusammenleben und Zusammenwirken der Arbeitnehmer im Betrieb“ betrifft. Geht es dagegen um Anordnungen des Arbeitgebers, „die ein Verhalten der Arbeitnehmer zum Gegenstand haben, das sich nur auf ihre Arbeitsleistung bezieht oder das in sonstiger Weise lediglich das Verhältnis Arbeitnehmer/Arbeitgeber betrifft“, so handelt es sich um Regelungen des „Verhalten(s) des Arbeitnehmers bei der Erbringung seiner Arbeitsleistung, also sein Arbeits- und Leistungsverhalten“, nicht aber sein Zusammenleben und Zusammenwirken der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer im Betrieb berührendes Ordnungsverhalten.¹²⁸ An der Unterscheidung zwischen „Arbeitsverhalten“ und „Ordnungsverhalten“ hält das Gericht seitdem in ständiger Rechtsprechung fest.¹²⁹

c) „Betriebliches Zusammenleben und kollektives Zusammenwirken der Beschäftigten“ als Gegenstand der Mitbestimmung

In Entscheidungen aus jüngerer Zeit hat das Gericht zu konkretisieren versucht, was es unter „Ordnungsverhalten“ sowie „Arbeitsverhalten“ versteht. Dabei geht das Gericht davon aus, dass Gegenstand des Mitbestimmungsrechts nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG „das betriebliche Zusammenleben und kollektive Zusammenwirken der Beschäftigten“ sei. Dieses Mitbestimmungsrecht beruhe darauf, „dass die Beschäftigten ihre vertraglich geschuldete Leistung innerhalb einer vom Arbeitgeber vorgegebenen Arbeitsorganisation erbringen und deshalb dessen Weisungsrecht unterliegen“. Das berechtige den Arbeitgeber dazu, „Regelungen vorzugeben, die das Verhalten der Beschäftigten im Betrieb beeinflussen und koordinieren sollen“. Solche Maßnahmen bedürften der Zustimmung des Betriebsrats. Dies solle gewährleisten, „dass die Beschäftigten gleichberechtigt in die Gestaltung des betrieblichen Zusammenlebens einbezogen

¹²⁸ BAG v. 24.3.1981 – 1 ABR 32/78, AP BetrVG 1972 Arbeitssicherheit (u. B.II.1c).

¹²⁹ Vgl. die Nachw. bei *Wiese*, GK-BetrVG, 11. Aufl. 2018, vor § 87 Rn. 204.

werden“. Dazu schränke das Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG „die auf die betriebliche Ordnung bezogene Regelungsmacht des Arbeitgebers ein“. Dies ermögliche dem Betriebsrat „zum Schutz der betroffenen Arbeitnehmer eine Einflussnahme auf die Anordnungen des Arbeitgebers, die sich auf die Belegschaft oder Teile von ihr konkret nachteilig auswirken können“.¹³⁰ Demgegenüber besteht nach Auffassung des BAG kein Beteiligungsrecht, soweit Regeln und Weisungen des Arbeitgebers das Arbeitsverhalten betreffen. Dies sei der Fall, „wenn der Arbeitgeber näher bestimmt, welche Arbeiten auszuführen sind und in welcher Weise das geschehen soll“. Danach unterlägen nur solche Weisungen nicht der Mitbestimmung, mit denen die Arbeitspflicht „unmittelbar konkretisiert“ werde. Mitzubestimmen habe der Betriebsrat demgegenüber bei Maßnahmen, die das sog. Ordnungsverhalten der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer im Betrieb betreffen. Dies gelte für „Anordnungen, die dazu dienen, das sonstige Verhalten der Arbeitnehmer zu koordinieren“. Hierzu zählten „sowohl verbindliche Verhaltensregeln als auch Maßnahmen, die das Verhalten der Arbeitnehmer in Bezug auf die betriebliche Ordnung betreffen und berühren, ohne Normen für das Arbeitsverhalten zum Inhalt zu haben“. Ausreichend sei es, „wenn eine solche Maßnahme darauf gerichtet ist, die vorgegebene Ordnung des Betriebes zu gewährleisten und aufrechtzuerhalten“.¹³¹

d) Gleichzeitige Betroffenheit von „Arbeitsverhalten“ und „Ordnungsverhalten“

Zwar ist dem BAG die Bedeutung einer „scharfe(n) Trennung zwischen dem Ordnungs- und Arbeitsverhalten des Arbeitnehmers“ durchaus bewusst.¹³² Doch stellt sich diese in der Rechtsprechung nur bedingt ein. Dies liegt v.a. auch daran, dass das Gericht erkennbar einen nicht unerheblichen Überschneidungsbereich zwischen beiden annimmt. Dementsprechend sieht es sich nicht selten mit der Problematik konfrontiert, dass von ein- und derselben Maßnahme des Arbeitgebers sowohl das Arbeitsverhalten als auch das Ordnungsverhalten

¹³⁰ So etwa BAG v. 7.2.2012, AP BetrVG 1972 § 87 Ordnung des Betriebes Nr. 42 (u. Rn. 16); vgl. auch LAG Köln v. 24.8.2018, NZA-RR 2018, 659 (u. Rn. 15), wonach das Ordnungsverhalten berührt sei, „wenn die Maßnahme auf die Gestaltung des kollektiven Miteinander oder die Gewährleistung und Aufrechterhaltung der vorgegebenen Ordnung des Betriebs zielt“. Dass Gericht verneint dies für die Ausübung von Gewerkschaftsrechten im Betrieb.

¹³¹ So etwa BAG v. 7.2.2012, AP BetrVG 1972 § 87 Ordnung des Betriebes Nr. 42 (u. Rn. 17).

¹³² BAG v. 8.12.1981, AP BetrVG 1972 § 87 Lohngestaltung Nr. 6 (u. B.II.2).

betroffen ist. In einem derartigen Fall soll es dann nach Auffassung des BAG nicht auf die subjektiven Vorstellungen ankommen, die den Arbeitgeber zu einer Maßnahme bewogen haben. Entscheidend soll vielmehr der jeweilige objektive Regelungszweck sein, welcher sich „nach dem Inhalt der Maßnahme sowie nach der Art des zu beeinflussenden betrieblichen Geschehens“ bestimme. Wirke sich eine Maßnahme zugleich auf das Ordnungs- und das Arbeitsverhalten aus, so kommt es nach Auffassung des BAG darauf an, „welcher Regelungszweck überwiegt“.¹³³

e) **Anderweitige Maßnahmen**

Zuletzt hat das BAG betont, dass es Bereiche gebe, in denen von einer Maßnahme des Arbeitgebers weder das Arbeitsverhalten noch das Ordnungsverhalten betroffen sei. In diese „dritte Kategorie“ hat es etwa eine Maßnahme des Arbeitgebers eingeordnet, welche die Durchführung von Informationsveranstaltungen betraf.¹³⁴ Diese zielte nach Auffassung des Gerichts nur einen „Randbereich der arbeitsvertraglich geschuldeten Leistung“, was für die „Begründung eines unmittelbaren Bezugs zur Arbeitsleistung“ nicht genüge.¹³⁵ Doch sei auch das Ordnungsverhalten nicht betroffen, da die Veranstaltung nicht dazu diene, „das Verhalten der Arbeitnehmer in Bezug auf die betriebliche Ordnung und das betriebliche Zusammenleben der Arbeitnehmer zu koordinieren und zu beeinflussen“.¹³⁶

f) **Rechtliche Unverbindlichkeit der Maßnahme**

Keine Bedeutung hat es für das BAG schließlich, ob die Maßnahme des Arbeitgebers für die/den Arbeitnehmer/in rechtlich bindend ist. Demzufolge kann der Mitbestimmungstatbestand auch gegenüber Maßnahmen eingreifen, welche „nicht verbindliche Normen für das Verhalten der Arbeitnehmer zum Inhalt haben“.¹³⁷

¹³³ BAG v. 11.6.2002, AP BetrVG 1972 § 87 Ordnung des Betriebes Nr. 38 (u. I.). So aber auch BAG v. 17.1.2012, AP BetrVG 1972 § 87 Ordnung des Betriebes Nr. 41 (u. Rn. 22); BAG v. 17.9.2013, AP BetrVG 1972 § 87 Ordnung des Betriebes Nr. 47 (u. Rn. 20); vgl. zuletzt BAG v. 23.8.2018, AP BGB § 626 Nr. 272 (u. Rn. 27); vgl. hierzu auch *Wiese*, GK-BetrVG, 11. Aufl. 2018, § 87 Rn. 206 m.w.N.

¹³⁴ BAG v. 15.4.2014, AP BetrVG 1972 § 87 Ordnung des Betriebes Nr. 45 (u. Rn. 25 ff.).

¹³⁵ BAG v. 15.4.2014, AP BetrVG 1972 § 87 Ordnung des Betriebes Nr. 45 (u. Rn. 25).

¹³⁶ BAG v. 15.4.2014, AP BetrVG 1972 § 87 Ordnung des Betriebes Nr. 45 (u. Rn. 26.).

¹³⁷ BAG v. 24.3.1981, AP BetrVG 1972 § 87 Arbeitssicherheit Nr. 2.

III. Das arbeitsvertragliche Pflichtenprogramm

Nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG hat der Betriebsrat bei „Fragen der Ordnung des Betriebs und des Verhaltens der Arbeitnehmer im Betrieb“ mitzubestimmen. Geht man zunächst davon aus, dass Gegenstand der Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG in der Tat, wie das BAG meint, das „das betriebliche Zusammenleben und kollektive Zusammenwirken der Beschäftigten“ ist und orientiert man sich überdies vorerst an der für die Rechtsprechung nach wie vor zentralen Unterscheidung zwischen „Arbeitsverhalten“ und „Ordnungsverhalten“, dann drängt sich die Aufgabe auf, zunächst die arbeitsvertraglichen Grundlagen aufzuhellen, bevor man sich mit den Feinheiten befasst, welche eine Klärung der Voraussetzungen des Mitbestimmungstatbestands selbst mit sich bringt.

1. Nutzen einer individualarbeitsrechtlichen Betrachtung

Dabei sprechen konkret drei Gründe dafür, der Diskussion des § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG eine gründliche individualarbeitsrechtliche Analyse voranzustellen: Der erste Grund ergibt sich daraus, dass § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG, ganz unabhängig davon, wie man den Tatbestand im Einzelnen beurteilt, zumindest auch an das „Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb“ anknüpft. Dabei kann an dieser Stelle offenbleiben, ob es sich bei § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG tatsächlich, wie in der Rechtsprechung angenommen,¹³⁸ um einen einheitlichen Tatbestand in dem Sinne handelt, dass „Ordnung des Betriebs“ und „Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb“ unauflöslich miteinander verknüpft sind.¹³⁹ Denn in jedem Fall spielen Fragen des „Verhaltens der Arbeitnehmer im Betrieb“ bei der Anwendung der Vorschrift eine maßgebliche Rolle, so dass es schon aus diesem Grund nahe liegt, sich mit der Frage danach zu befassen, wie ein denkbares Verhalten des Schuldners vertragsrechtlich erfasst und eingeordnet wird.

¹³⁸ So dezidiert VGH Mannheim v. 9.5.2000, AP LPVG Baden-Württemberg § 79 Nr. 10.

¹³⁹ Vgl. hierzu nur *Wiese*, GK-BetrVG, 11. Aufl. 2018, § 87 Rn. 178 (m.w.N.).

Hinzu kommt, dass für die Anwendung des § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG das individualarbeitsrechtliche Direktionsrecht von maßgeblicher Bedeutung ist. Dabei ist nicht entscheidend, ob wirklich alle nach dieser Vorschrift in Betracht kommenden Maßnahmen des Arbeitgebers im Direktionsrecht wurzeln (was z.B. nicht der Fall wäre, wenn es, wie das BAG in der Tat annimmt, für den Mitbestimmungstatbestand ausreicht, dass der Arbeitgeber Maßnahmen ergreift, welche „nicht verbindliche Normen für das Verhalten der Arbeitnehmer zum Inhalt haben“).¹⁴⁰ Denn selbst wenn dies nicht zuträfe, bliebe es doch dabei, dass § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG, wie überhaupt die gesamte Mitbestimmung,¹⁴¹ jedenfalls ganz wesentlich auf eine Beschränkung des arbeitgeberseitigen Weisungsrechts zielt. Demzufolge führt kein Weg daran vorbei, sich mit der Frage auseinanderzusetzen, wozu genau die/der Arbeitnehmer/in gegenüber dem Arbeitgeber verpflichtet ist bzw. – nach Maßgabe des Direktionsrechts des Arbeitgebers – verpflichtet sein kann, bevor man sich die Frage nach der Reichweite der Mitbestimmung stellt.

Es gibt aber noch einen weiteren Grund dafür, der Betrachtung des § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG erst nach einer individualarbeitsrechtlichen Analyse näher zu treten. Dieser hängt wieder mit der vom BAG für maßgeblich gehaltenen Unterscheidung zwischen „Arbeitsverhalten“ und „Ordnungsverhalten“ zusammen. Denn wenn das Gericht die Anwendung des § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG davon abhängig macht, welches Verhalten in einem konkreten Fall von einer Arbeitgebermaßnahme berührt ist, dann sollte man zuvor klären, ob sich evtl. schon bei einer vertragsrechtlichen Betrachtung Kategorien von Pflichten herauskristallisieren, an die mitbestimmungsrechtlich für die Differenzierung zwischen „Arbeitsverhalten“ und „Ordnungsverhalten“ anzuknüpfen sein könnte. Auch aus diesem Grund spricht somit viel dafür, der mitbestimmungsrechtlichen Diskussion eine individualarbeitsrechtliche Betrachtung voranzustellen.

2. Arbeitsvertragliche Pflichten

Hinsichtlich des Pflichtenprogramms der Arbeitnehmerin bzw. des Arbeitnehmers steht nun ersichtlich die Arbeitspflicht im Mittelpunkt, da die Verpflichtung zur Leistung der versprochenen Dienste die arbeitnehmerseitige Hauptleistungspflicht aus dem Arbeitsvertrag darstellt. Ebenso deutlich ist aber, dass

¹⁴⁰ BAG v. 24.3.1981, AP BetrVG 1972 § 87 Arbeitssicherheit Nr. 2 (u. II.1a u. b).

¹⁴¹ Vgl. hierzu nur *Wiese*, GK-BetrVG, 11. Aufl. 2018, vor § 87 Rn. 4 ff. (m.w.N.).

man hierbei nicht stehen bleiben kann, wenn die vertragliche Reichweite von Verhaltensanforderungen bezüglich des „Zusammenlebens und Zusammenwirkens der Arbeitnehmer“ geklärt werden soll: Da insoweit die Arbeitspflicht, wenn überhaupt, dann nur am Rande angesprochen ist, muss man die Frage stellen, ob sich aus dem Arbeitsvertrag weitere Pflichten ergeben, welche dem Gesichtspunkt des „Zusammenlebens und Zusammenwirkens der Arbeitnehmer“ näher stehen.

a) Pflicht zum „ordnungsgemäßen Verhalten im Betrieb“

In der Tat wird in der Literatur eine Verpflichtung der Arbeitnehmerin bzw. des Arbeitnehmers bejaht, „sich innerhalb des Betriebs ordnungsgemäß zu verhalten“,¹⁴² wobei auf zwei alternative Grundlagen verwiesen wird: Soweit die Erfüllung der „versprochenen Dienste“ betroffen ist, soll sich eine derartige Verpflichtung unmittelbar aus der Arbeitspflicht ergeben, wohingegen es sich hinsichtlich des sonstigen Verhaltens im Betrieb um Ausprägungen der Rücksichts- bzw. Schutzpflichten nach § 241 Abs. 2 BGB handeln soll.¹⁴³ Was den Inhalt dieses „Ordnungsverhaltens“¹⁴⁴ anbelangt, so wird in der Literatur, neben dem Schutz des Eigentums des Arbeitgebers, zuweilen ausdrücklich auch auf das „Verhalten am Arbeitsplatz und das Zusammenwirken und -leben der Arbeitnehmer im Betrieb“ verwiesen.¹⁴⁵ Zugrunde liegt dem erkennbar die Annahme, dass die/der Arbeitnehmer/in nicht nur zur sorgfältigen Behandlung der Arbeits- und Betriebsmittel des Arbeitgebers, sondern grundsätzlich auch zu einem „sozialverträglichen“ Verhalten gegenüber ihren/seinen Arbeitskolleginnen und Arbeitskollegen verpflichtet ist.¹⁴⁶

¹⁴² So *Reichold*, in: Kiel/Lunk/Oetker (Hg.), Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. 1: Individualarbeitsrecht I, 4. Auflage 2018, § 55 Rn. 14.

¹⁴³ Vgl. auch insoweit *Reichold*, in: Kiel/Lunk/Oetker (Hg.), Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. 1: Individualarbeitsrecht I, 4. Auflage 2018, § 55 Rn. 14.

¹⁴⁴ So wieder *Reichold*, in: Kiel/Lunk/Oetker (Hg.), Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. 1: Individualarbeitsrecht I, 4. Auflage 2018, § 55 Rn. 14.

¹⁴⁵ So *Reichold*, in: Kiel/Lunk/Oetker (Hg.), Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. 1: Individualarbeitsrecht I, 4. Auflage 2018, § 55 Rn. 15.

¹⁴⁶ So wiederum *Reichold*, in: Kiel/Lunk/Oetker (Hg.), Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. 1: Individualarbeitsrecht I, 4. Auflage 2018, § 55 Rn. 15 (u. Hinweis auf § 7 Abs. 3 AGG); vgl. auch ebda. Rn. 42: „Jeder Arbeitnehmer ist kraft Arbeitsvertrags gem. §§ 611, 241 Abs. 2 BGB zu kooperativem Arbeits- und Ordnungsverhalten verpflichtet, das auch die Rücksichtnahme auf die Kollegen beinhaltet. Er hat Störungen des Betriebsfriedens und Schädigungen des Arbeitgebers generell zu unterlassen“.

b) Bürgerlich-rechtliche Grundlagen weiterer Verhaltenspflichten

So plausibel dies auf den ersten Blick ist, so notwendig erscheint es doch, sich vor einer arbeitsrechtlichen Bewertung zunächst der bürgerlich-rechtlichen Grundlagen der Problematik zu versichern. Dies gilt nicht allein deshalb, weil sich die genannte Pflicht aus § 241 BGB (und damit aus einer Regelung des allgemeinen Schuldrechts) ergeben soll, sondern auch deshalb, weil Versuche einer arbeitsrechtsspezifischen Begründung von weiteren Verhaltenspflichten mittlerweile als Irrweg erkannt sind und heute zurecht nicht mehr als eine historische Reminiszenz bilden. Um es klarer zu sagen: Während früher nach Maßgabe der – im Postulat des sog. „personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnisses wurzelnden“¹⁴⁷ – „Treuepflicht“ vom Bestehen einer selbstständig neben der Arbeitspflicht stehenden, von dieser also unabhängigen Verhaltenspflicht auszugehen war, „alles zu unterlassen“ sei, „was dem Arbeitgeber oder dem Betrieb abträglich ist“,¹⁴⁸ wird eine derartige Sichtweise heute (zurecht) fast einhellig abgelehnt.¹⁴⁹ Die damit gebotene „Rückkehr zum BGB“ sollte man dann aber auch ernst nehmen, so dass an dieser Stelle zu fragen ist, inwieweit § 241 BGB ganz allgemein eine ausreichende Grundlage für weitere Verhaltenspflichten bildet und damit auch als Grundlage für die behauptete Pflicht der Arbeitnehmerin bzw. des Arbeitnehmers zu „sozialverträglichem Verhalten“ taugt.

aa) Nebenleistungspflichten nach § 241 Abs. 1 BGB

Wendet man sich zunächst § 241 Abs. 1 BGB zu – und damit dem Bereich, in dem sich gewisse Verhaltenspflichten unmittelbar aus der Leistungspflicht ergeben –, so wird rasch deutlich, dass in der allgemeinen zivilrechtlichen Diskussion der Vorschrift erhebliche Unsicherheiten herrschen. Zwar besteht Eignigkeit, dass den Schuldner nach §§ 241 Abs. 1, 242 BGB auch gewisse Nebenleistungspflichten treffen, die, im Unterschied zur Hauptleistungspflicht, nicht

¹⁴⁷ Vgl. v. Gierke, Deutsches Privatrecht Band III, 1917, S. 609; vgl. auch *Fischinger*, in: Kiel/Lunk/Oetker (Hg.), Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. 1: Individualarbeitsrecht I, 4. Auflage 2018, § 3 Rn. 14 f.; *Reichold*, ebda., § 53 Rn. 4 ff.

¹⁴⁸ Vgl. insoweit die Nachw. bei *Reichold*, in: Kiel/Lunk/Oetker (Hg.), Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. 1: Individualarbeitsrecht I, 4. Auflage 2018, § 53 Rn. 2 (u. Fußn. 4).

¹⁴⁹ Vgl. nur die Nachw. bei *Reichold*, in: Kiel/Lunk/Oetker (Hg.), Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. 1: Individualarbeitsrecht I, 4. Auflage 2018, § 53 Rn. 2 (u. Fußn. 5).

vertragstypusbestimmend, sondern eher dienender Natur sind¹⁵⁰ und letztlich dem Umstand Rechnung tragen, dass die Leistung nach § 242 BGB „so zu bewirken [ist], wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern“.¹⁵¹ Was den Umfang und Inhalt derartiger Pflichten anbelangt, so besteht aber nach wie vor wenig Klarheit. Dabei geht es weniger darum, dass kein Katalog derartiger Pflichten besteht – eine vollständige Erfassung dürfte angesichts der Vielgestaltigkeit der in Frage kommenden Verhaltensanforderungen von vornherein illusorisch sein –, als vielmehr darum, dass schon deren Gegenstand kaum eingrenzbar ist, weshalb bislang auch nicht mehr als eine allenfalls grobe Systematisierung gelungen ist.¹⁵²

Weitaus bedeutsamer als der – wohl von vornherein zum Scheitern verurteilte – Versuch einer (abschließenden) Fallgruppenbildung dürfte aber zumindest im vorliegenden Zusammenhang ohnehin die Aufhellung der Grundlagen der Nebenleistungspflichten sein. Insoweit gilt, dass diese selbstverständlich sowohl (ausdrücklich) vereinbart sein als sich auch unmittelbar aus dem Gesetz ergeben können.¹⁵³ Selbst wenn aber weder das eine noch das andere der Fall sein sollte, sind Nebenleistungspflichten denkbar, wobei diese dann überwiegend auf eine ergänzende Vertragsauslegung nach §§ 157, 242 BGB gestützt werden.¹⁵⁴

bb) Weitere Verhaltenspflichten nach § 241 Abs. 2 BGB

Weitgehende Unsicherheiten herrschen indes auch hinsichtlich des § 241 Abs. 2 BGB, wonach das „Schuldverhältnis (...) nach seinem Inhalt jeden Teil zur Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils verpflichten [kann]“. Insoweit ist zunächst – ganz allgemein – festzustellen, dass es dabei in

¹⁵⁰ So MünchKomm/Bachmann, 8. Aufl. 2019, § 241 BGB Rn. 29.

¹⁵¹ Reichold, in: Kiel/Lunk/Oetker (Hg.), Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. 1: Individualarbeitsrecht I, 4. Auflage 2018, § 53 Rn. 12 spricht insoweit von einer „Konkretisierungsfunktion“, die dem Grundsatz von Treu und Glauben zukomme.

¹⁵² Vgl. insoweit etwa Staudinger/Olzen, 2015, § 241 BGB Rn. 167 mit folgender Einteilung: „zusätzliche Sachleistungen“ (z.B. Aushändigung von Wagenpapieren oder sonstigen Urkunden), „Sicherungsvorkehrungen“ (Verpackung, Verwahrung, etc.), und „sonstige Aktivitäten“, zu denen er z.B. Auskunftserteilung, Rechenschaftslegung oder Unterweisung in die vertragsgemäße Nutzung einer Sache zählt.

¹⁵³ Vgl. nur Staudinger/Olzen, 2015, § 241 BGB Rn. 163 ff.

¹⁵⁴ MünchKomm/Bachmann, 8. Aufl. 2019, § 241 BGB Rn. 32. Ähnlich Staudinger/Olzen, 2015, § 241 BGB Rn. 166: „Vertragliche Nebenleistungspflichten verfolgen prinzipiell dieselbe Zielrichtung wie gesetzliche Nebenleistungspflichten, ergeben sich jedoch aus einer ausdrücklichen oder konkludenten Parteiabrede. Oft stellt sie erst der Richter im Wege der erweiternden oder ergänzenden Auslegung fest“.

weitem Umfang um Ausformungen des deliktsrechtlichen „*neminem-laedere*“-Prinzips geht: Sofern § 241 Abs. 2 BGB auf „Rechte“ und „Rechtsgüter“ abhebt, wird der Vertrag zur Grundlage eines entsprechenden Schutzes, der neben den des Deliktsrechts tritt.¹⁵⁵ Weitaus weniger deutlich stellt sich die Lage aber dar, wenn der Schutz bloßer „Interessen“ ins Spiel kommt¹⁵⁶ und damit der Gesichtspunkt, der vorliegend in erster Linie interessieren dürfte. Insoweit finden sich nämlich in der Literatur zuweilen fast resignativ anmutende Stellungnahmen wie etwa die, dass die „Vielfalt und Unterschiedlichkeit der Verhaltenspflichten“ eine „übergreifende Dogmatik“ erschwere.¹⁵⁷ Angesichts der Unsicherheiten hinsichtlich des Umfangs der nach § 241 Abs. 1 u. 2 BGB geschuldeten Verhaltensanforderungen kann es dann auch nicht mehr überraschen, dass die Abgrenzung zwischen den selbständigen Nebenpflichten (§ 241 Abs. 2 BGB) und den Nebenleistungspflichten (§ 241 Abs. 1 BGB) höchst unsicher ist¹⁵⁸ bzw. die Literatur insoweit einen nicht unerheblichen Überschneidungsbereich konstatiert.¹⁵⁹ Dies gilt insbesondere hinsichtlich der (§ 241 Abs. 1 BGB zuzuordnenden) Nebenleistungspflichten auf der einen und den sog. leistungssichernden Nebenpflichten, bei welchen die Zuordnung zu § 241 Abs. 2 BGB durchaus umstr. ist (und nicht selten auch eine Einordnung in den Bereich des § 241 Abs. 1 BGB befürwortet wird).¹⁶⁰

Ganz abgesehen davon, dass die damit angesprochene Problematik im Rahmen dieser Untersuchung nicht geklärt werden kann, gilt aber auch hier, dass vorliegend v.a. die wertungsmäßige Grundlage für das Bestehen weiterer Verhaltens-

¹⁵⁵ Reichold, in: Kiel/Lunk/Oetker (Hg.), Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. 1: Individualarbeitsrecht I, 4. Aufl. 2018, § 53 Rn. 14; vgl. auch Mansel, in: Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, 17. Aufl. 2018, § 242 BGB Rn. 25: „Im Schuldverhältnis muss sich eine Partei häufig in den Gefahrenbereich der anderen begeben oder ihr ihre Rechtsgüter anvertrauen; dem entspricht eine Steigerung der Pflichtenstellung des Schuldners („*alteram partem non laedere*“) im Vergleich zu der eines Dritten („*neminem laedere*“).“

¹⁵⁶ Vgl. insoweit nur MünchKomm/Bachmann, 8. Aufl. 2019, § 241 BGB Rn. 50 mit dem zutreffenden Hinweis darauf, dass die Rücksichtnahmepflicht nach § 241 Abs. 2 BGB nicht mit der nach § 823 BGB gegenüber jedermann bestehenden Pflicht identisch ist, sondern über diese hinausgeht; vgl. auch Staudinger/Olzen, 2015, § 241 BGB Rn. 423: „Die Einfügung des allgemeinen Begriffs 'Interessen' sollte (...) verdeutlichen, dass Vermögensinteressen und andere Interessen, wie z.B. die Entscheidungsfreiheit, vom Schutzbereich des Gesetzes erfasst werden“.

¹⁵⁷ So Reichold, in: Kiel/Lunk/Oetker (Hg.), Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. 1: Individualarbeitsrecht I, 4. Aufl. 2018, § 53 Rn. 15.

¹⁵⁸ Allg. hierzu etwa MünchKomm/Bachmann, 8. Aufl. 2019, § 241 BGB Rn. 60 (m.w.N.).

¹⁵⁹ Vgl. insoweit nur Reichold, in: Kiel/Lunk/Oetker (Hg.), Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. 1: Individualarbeitsrecht I, 4. Aufl. 2018, § 53 Rn. 15.

¹⁶⁰ Vgl. hierzu nur MünchKomm/Bachmann, 8. Aufl. 2019, § 241 BGB Rn. 60.

pflichten interessiert. Diese liegt aber historisch wiederum im Grundsatz von Treu und Glauben: Weil das Schuldverhältnis von diesem Grundsatz beherrscht wird, bildet es nicht nur ein Austauschverhältnis, sondern stellt eine auf Vertrauen basierende „Sonderbeziehung“ dar, aus der die Pflicht erwächst, sich „jeder schädigenden Einwirkung zu enthalten“.¹⁶¹ Auch wenn die Normierung der weiteren Verhaltenspflichten in § 241 Abs. 2 BGB im Zuge der Schuldrechtsreform im Jahre 2002 die Frage nach der dogmatischen Grundlage dieser Pflichten offen gelassen hat und zahlreiche Autoren die Frage bis heute nicht beantwortet, wird man aber kaum daran vorbei kommen, dass dem Grundsatz von Treu und Glauben auch im Zusammenhang der in § 241 Abs. 2 BGB angesprochenen Pflichten erhebliche Bedeutung zukommt.¹⁶²

c) Weitere Verhaltenspflichten der Arbeitnehmerin bzw. des Arbeitnehmers

Für die arbeitsrechtliche Betrachtung bedeutet all dies, dass sich weitere Verhaltenspflichten selbstverständlich auch für die Arbeitnehmerin bzw. den Arbeitnehmer ergeben können, dass aber die Frage nach deren Ausmaß schon nach allgemein bürgerlich-rechtlichen Maßstäben mit gehörigen Unsicherheiten behaftet ist. Ganz unabhängig davon sind aber gewisse arbeitsrechtliche Besonderheiten zu beachten. So ist z.B. anerkannt, dass das Arbeitsverhältnis, wenn nicht eine „besonders enge persönliche Bindung der Vertragspartner“, so doch einen intensiveren Kontakt mit den Interessen und Rechtsgütern des Vertragspartners vermittelt, was sich ggf. auch in einer „intensivere(n) Pflicht zur Rücksichtnahme“ niederschlagen kann.¹⁶³ Hinzu kommt noch, dass dieser Kontakt eben gerade nicht nur mit dem Vertragspartner, sondern (v.a.) auch mit den Arbeitskolleginnen und Arbeitskollegen besteht. Dies bedeutet, dass es im vorliegenden Zusammenhang in den meisten Fällen weniger um die Rücksichtnahme gegenüber Interessen des Arbeitgebers als gegenüber denen der anderen Belegschaftsangehörigen gehen dürfte, so dass man entsprechende Verhal-

¹⁶¹ So *Stoll* AcP 136 (1932), 257 (288); vgl. auch *MünchKomm/Bachmann*, 8. Aufl. 2019, § 241 BGB Rn. 48.

¹⁶² Vgl. zum Ganzen nur *Staudinger/Olzen*, 2915, § 241 BGB Rn. 393 (m.w.N.).

¹⁶³ So jedenfalls *Reichold*, in: *Kiel/Lunk/Oetker* (Hg.), *Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht*, Bd. 1: Individualarbeitsrecht I, 4. Aufl. 2018, § 53 Rn. 14 (unter Hinweis auf die unterschiedlichen Pflichten i.H.a. das Gebot der Nichtdiskriminierung im AGG).

tensanforderungen aus Vertragspflichten gegenüber dem Arbeitgeber ableiten und diesen zugleich einen drittschützenden Charakter beimessen muss.¹⁶⁴

Ganz abgesehen von alledem ist aber aus der Betrachtung der zivilrechtlichen Diskussion um Neben- und Nebenleistungspflichten als Ergebnis festzuhalten, dass deren Abgrenzung vielfach problematisch ist. Bedenkt man, dass das Verständnis des § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG durch das BAG ganz wesentlich von der Unterscheidung zwischen „Arbeitsverhalten“ und „Ordnungsverhalten“ geprägt ist, dann stellt sich bereits an dieser Stelle der Verdacht ein, dass die insoweit bestehenden Abgrenzungsschwierigkeiten individualarbeitsrechtlich geradezu vorprogrammiert sein könnten. Hierauf wird später noch zurückzukommen sein.¹⁶⁵

3. Weisungsrechte des Arbeitgebers

Zu den eben angesprochenen Besonderheiten des Arbeitsvertrags zählt ersichtlich auch das Weisungsrecht des Arbeitgebers. Insoweit ist gleich zu Beginn auf § 106 S. 2 GewO hinzuweisen. Dieser zeigt nämlich, dass der Arbeitgeber keinesfalls nur, wie in § 106 S. 1 GewO normiert, „Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung nach billigem Ermessen näher bestimmen (kann)“, sondern dass sich dieses Recht auch auf Fragen der „Ordnung und des Verhaltens der Arbeitnehmer im Betrieb“ erstreckt.¹⁶⁶ Dabei macht ein Blick in die Gesetzesmaterialien deutlich, dass dem Gesetzgeber etwa die Erteilung von Rauchverboten, die Durchführung von Eingangskontrollen oder die Weisung, Schutzkleidung zu tragen, vorschwebten¹⁶⁷ und somit allesamt Gegenstände, welche man geneigt ist, ohne Weiteres dem Bereich der „Ordnung des Betriebs“ zuzuschlagen.

¹⁶⁴ Vgl. insoweit *Reichold*, in: Kiel/Lunk/Oetker (Hg.), Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. 1: Individualarbeitsrecht I, 4. Aufl. 2018, § 55 Rn. 14, der insoweit – im Anschluss an *Blomeyer*, ZfA 1972, 85 – eine „eigenständige Verhaltenspflicht des Arbeitnehmers gegenüber den Arbeitskollegen“ ablehnt, zugleich aber annimmt, dass sie sich „reflexartig aus der Verpflichtung [ergibt], auf die betrieblichen Interessen des Arbeitgebers Rücksicht zu nehmen“.

¹⁶⁵ Vgl. unten (IV.1b cc).

¹⁶⁶ Vgl. hierzu auch *Borgman/Faas*, NZA 2004, 241 (243) mit der Erwägung, „dass der Arbeitgeber die arbeitsteilige Kooperation im Betrieb organisiert und deshalb auch berechtigt ist, die notwendigen Verhaltensregeln zur Sicherung des ungestörten Arbeitsablaufs und des reibungslosen Zusammenlebens und Zusammenwirkens der Arbeitnehmer im Betrieb aufzustellen“.

¹⁶⁷ Vgl. Entwurf eines Dritten Gesetzes zur Änderung der Gewerbeordnung und sonstiger gewerberechtl. Vorschriften, BT-Drs. 14/8796 v. 14.4.2002, S. 24; vgl. auch

In der Literatur ist insoweit zuweilen etwa von einer Pflicht zur „Befolgung jener Arbeitgeberweisungen“ die Rede, „welche die Ordnung des Betriebs und das Verhalten des Arbeitnehmers im Betrieb betreffen“ und zwar mit dem zusätzlichen Hinweis, dass dabei nicht die Arbeitspflicht als solche Gegenstand der Weisung sei, sondern diese auf „die sie ermöglichenden betrieblichen Umstände“ ziele.¹⁶⁸ Das BAG hat den Regelungsgehalt des § 106 GewO so beschrieben, dass sich das Weisungsrecht sowohl auf die Konkretisierung der Hauptleistungspflicht als auch auf den kollektiven Bereich beziehen könne, „in dem es um diejenigen Regelungsbedürfnisse geht, die durch das Zusammenwirken mehrerer Arbeitnehmer im Betrieb entstehen“.¹⁶⁹

a) Abgrenzungsprobleme

Bemerkenswert ist bei alledem zunächst, dass in der Literatur nicht selten Abgrenzungsprobleme konstatiert werden und zwar zwischen dem „einseitigen Leistungsbestimmungsrecht“ des § 106 S. 1 GewO auf der einen und der entsprechenden Befugnis hinsichtlich der Ordnung und des Verhaltens der Arbeitnehmer“ (§ 106 S. 2 GewO) auf der anderen Seite.¹⁷⁰ Zwar bereiten diese Probleme, individualrechtlich gesehen, wenig Kopfzerbrechen, da § 106 GewO nun einmal beide gleichermaßen erfasst.¹⁷¹ Für eine mitbestimmungsrechtliche Betrachtung, welche maßgeblich auf die Unterscheidung zwischen Arbeitsverhalten und Ordnungsverhalten setzt, geben sie aber durchaus Grund zur Sorge.

die Bsp. bei *Tilmanns*, in: Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching (Hg.), BeckOK Arbeitsrecht, 54. Edition 2020, § 106 GewO Rn. 32; vgl. auch die Beispiele bei *Peters*, Das Weisungsrecht der Arbeitgeber, 2019, Rn. 519 ff.

¹⁶⁸ *Reichold*, in: Kiel/Lunk/Oetker (Hg.), Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. 1: Individualarbeitsrecht I, 4. Aufl. 2018, § 53 Rn. 13, der die entsprechende Pflicht den „Interessenwahrungspflichten nach §§ 241 Abs. 1, 242 BGB“ zuschlägt, wobei er ihr Charakteristikum darin sieht, dass „nicht die Arbeitspflicht als solche Gegenstand der Weisung [ist], sondern die sie ermöglichenden betrieblichen Umstände“. Von „Weisungen zum arbeitsbegleitenden Verhalten“ spricht insofern *Hromadka*, DB 1995, 2601.

¹⁶⁹ BAG v. 23.8.2018, AP BGB § 626 Nr. 272 (u. Rn. 19).

¹⁷⁰ Vgl. nur *Tilmanns*, in: BeckOK Arbeitsrecht, Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching (Hg.), 54. Edition 2020, § 106 GewO Rn. 31.

¹⁷¹ So zu Recht *Tilmanns*, in: BeckOK Arbeitsrecht, Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching (Hg.), 54. Edition 2020, § 106 GewO Rn. 31.

b) „Belastungswirkung“

Noch bedeutsamer erscheint aber ein Blick auf die Konsequenzen, welche das weitreichende, über die eigentliche Leistungsbestimmung deutlich hinausgehende Weisungsrecht für das potentielle „Sekundärpflichtenprogramm“ im Arbeitsverhältnis hat: Während Nebenpflichten in anderen Vertragsverhältnissen „situativ“ entstehen,¹⁷² wenn Treu und Glauben es erfordern, sieht sich die Arbeitnehmerin bzw. der Arbeitnehmer einem Vertragspartner gegenüber, der entsprechende Verhaltensforderungen aufgrund seines Weisungsrechts einseitig fixieren kann. Gerade hieran zeigt sich, dass das Weisungsrecht als Leistungsbestimmungsrecht den Berechtigten „in die Lage versetzt, eine schuldrechtliche Regelung zwischen den Parteien zu schaffen oder zu verändern und so das Schuldverhältnis zu konkretisieren“,¹⁷³ wobei eben auch Schutzpflichten unter eine Leistungsbestimmung gestellt sein können.¹⁷⁴

Dabei kommt ein anderer Umstand noch hinzu: Während die Beschädigung oder Zerstörung einer dem Vertragspartner gehörenden Sache dazu führt, dass der Schuldner (auch vertragsrechtlich) zum Schadensersatz verpflichtet ist (was dann ggf. von einem Gericht ex post festzustellen ist), können sich auf der Grundlage des § 106 S. 2 GewO für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer Verhaltensanforderungen bereits dann ergeben, wenn eine derartige Verletzung nur abstrakt droht.¹⁷⁵ So haftet der Entleiher eines Buches dem Verleiher auf Schadensersatz, wenn er es beschädigt zurückgibt, wohingegen die Arbeitnehmerin bzw. der Arbeitnehmer – man denke etwa an das Verbot, am Arbeitsplatz zu essen – bereits „im Vorfeld“ zur Rücksichtnahme auf Sachen des Vertragspartners verpflichtet sein kann. Und während etwa die arbeitgeberseitige Anordnung von äußerlichen Überprüfungen der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer und der von ihnen mitgeführten Gegenstände zum Schutz vor Diebstählen allgemein als grundsätzlich unbedenklich gilt,¹⁷⁶ käme wohl niemand

¹⁷² MünchKomm/Bachmann, 8. Aufl. 2019, § 241 BGB Rn. 62 [Hervorhebungen im Original].

¹⁷³ So Staudinger/Rieble, 2015, § 315 BGB Rn. 84; vgl. auch *ders.* ebda. Rn. 103: Leistungsbestimmung als „echte (privatrechtliche) Delegation“.

¹⁷⁴ Vgl. auch hierzu Staudinger/Rieble, 2015, § 315 BGB Rn. 128.

¹⁷⁵ Insoweit verleiht § 106 S. 2 GewO dem Arbeitgeber die Befugnis, den vom Arbeitnehmer geschuldeten Schutz zu konkretisieren; grundsätzl. skeptisch gegenüber der Konkretisierung von Schutzpflichten allerdings Staudinger/Rieble, 2015, § 315 BGB Rn. 129.

¹⁷⁶ Vgl. nur Reichold, in: Kiel/Lunk/Oetker (Hg.), Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. 1: Individualarbeitsrecht I, 4. Aufl. 2018; § 55 Rdn. 31; auch Fischinger, ebda., § 11 Rn. 12: „Um das Ordnungsverhalten geht es z.B. bei einer Regelung der Kleiderablage, bei der Sicherung der von den Arbeitnehmern mitgebrachten Sachen,

auf den Gedanken, Kaufinteressentinnen und Kaufinteressenten vergleichbare Duldungspflichten anzusetzen. Man kann es auch anders wenden: Während arbeitsrechtlich unzweifelhaft ist, dass der Arbeitgeber Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer zur Erfüllung ihrer/seiner Nebenpflichten anhalten kann, ist, allgemein zivilrechtlich gesehen, beispielsweise höchst unsicher, ob Schutzpflichten, die weder gesetzlich noch vertraglich fixiert sind, mit einem Erfüllungsanspruch des Gläubigers einhergehen. Eine verbreitete Auffassung bestreitet dies, weil derartige Pflichten „typischerweise“ nicht auf Erfüllung gerichtet seien, und will dementsprechend einen Erfüllungsanspruch nur dann in Betracht ziehen, wenn der Gläubiger an der Durchsetzung ein „schutzwürdiges Interesse“ habe.¹⁷⁷ Ähnliches gilt aber auch für den Bereich der sog. leistungssichernden Nebenpflichten. Auch insoweit ist lebhaft umstr., ob auch solche selbständig erfüllbar sind.¹⁷⁸

Dabei bringt es der Charakter des Arbeitsverhältnisses als Dauerschuldverhältnis mit sich, dass die Belastungen auch zeitlich gesehen weitaus stärker sind als in anderen Vertragsverhältnissen. Während Verhaltenspflichten häufig eher „punktuell“ zu erfüllen sind, sieht sich die Arbeitnehmerin bzw. der Arbeitnehmer den entsprechenden Anforderungen ggf. werktäglich gegenüber. Führt man sich dies alles vor Augen, dann kommt man nicht an der Erkenntnis vorbei, dass Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer unter dem Gesichtspunkt weiterer Verhaltenspflichten regelmäßig weitaus stärker belastet werden als das bei anderen Schuldnern der Fall ist.

c) Wertungsspielraum

Nun könnte man sich allerdings damit beruhigen, dass die Befugnis zur einseitigen Fixierung von Verhaltensanforderungen durch den Arbeitgeber Grenzen hat, da das arbeitgeberseitige Weisungsrecht eben ganz allgemein Schranken unterliegt und zwar insbesondere der, dass die Weisung „nach billigem Ermessen“ erfolgen muss; diese in § 106 S. 1 GewO angesprochene Grenze gilt auch für Weisungen i.S.d. § 106 S. 2 GewO. Doch setzt der Arbeitgeber für die entsprechende rechtliche Überprüfung selbst ein wesentliches Datum, wenn die Ausübung der Weisungsbefugnis auf einer unternehmerischen Entscheidung beruht. Denn insoweit ist in der Rechtsprechung ausdrücklich anerkannt, dass

der Ordnung des Arbeitsplatzes, Torkontrollen, Leibesvisitation sowie Rauch- und Alkoholverboten“.

¹⁷⁷ Vgl. zum Ganzen nur MünchKomm/Bachmann, 8. Aufl. 2019, § 241 BGB Rn. 120.

¹⁷⁸ Vgl. auch insoweit MünchKomm/Bachmann, 8. Aufl. 2019, § 241 BGB Rn. 69.

diese „mit einem erheblichen Gewicht“ in die Abwägung einbezogen werden muss, sofern sie nicht als missbräuchlich oder willkürlich zu betrachten ist.¹⁷⁹

Dies wäre etwa zu bedenken, wenn es um die Anordnung von Torkontrollen geht. Zwar wird insoweit vertreten, dass eine entsprechende arbeitgeberseitige Anordnung den Maßstäben der Erforderlichkeit und Angemessenheit genügen muss, wobei sich Erstere z.B. aus der Häufigkeit von Diebstählen ergeben kann, und mit Blick auf die Letztere zu beachten ist, dass sie „den Arbeitnehmer nicht übermäßig nach Zeitdauer und Intensität persönlich involviert und zum Objekt degradiert“.¹⁸⁰ Doch wird diese Prüfung um eine solche der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne zu ergänzen sein, womit auch das Unternehmensinteresse in die Abwägung einzustellen ist. Und dass der Arbeitgeber bei dieser Abwägung gewisse Spielräume hat, versteht sich geradezu von selbst.

¹⁷⁹ So BAG v. 19.1.2011, AP GewO § 106 Nr. 15 (u. Rn. 31); vgl. dazu etwa auch ErfK/Preis, 20. Aufl. 2020, § 106 GewO Rn. 11 (m. w. N.).

¹⁸⁰ So Reichold, in: Kiel/Lunk/Oetker (Hg.), Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. 1: Individualarbeitsrecht I, 4. Aufl. 2018, § 55 Rn. 31.

IV. Neubestimmung des Tatbestands

Auf dieser Grundlage kann man sich nun der Problematik des § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG zuwenden.

1. „Ordnung des Betriebs“ und „Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb“ als teilkongruente Tatbestandselemente

Dabei geraten die beiden Elemente in den Blick, auf welche die Vorschrift für das Eingreifen der Mitbestimmung abstellt: die „Ordnung des Betriebs“ und das „Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb“.

a) Ordnung des Betriebs

Setzt man zunächst beim Merkmal der „Ordnung des Betriebs“ an, so wird immerhin gleich so viel deutlich, dass diese „Ordnung“ jedenfalls nicht, wie etwa in der Biologie oder Mathematik, im Sinne einer „Sortierung“ oder „Einteilung“ (in aus mehreren verwandten Tier- oder Pflanzenfamilien bestehende größere Einheiten bzw. in einer bestimmten Weise gegliederten mathematischen Größen) zu verstehen ist. Und noch viel weniger kann der Begriff der „Ordnung“ im vorliegenden Zusammenhang als „Aufgeräumtheit“ verstanden werden, da § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG ersichtlich nicht auf Maßnahmen zielt, mit denen der Arbeitgeber etwas „in Ordnung bringen“ will, sondern allenfalls Maßnahmen gemeint sein können, mit denen „geordnete Verhältnisse“ geschaffen werden sollen. Orientiert man sich insoweit am Begriff der „Rechtsordnung“ (als Gesamtheit des gültigen objektiven Rechts in dessen Anwendungsbereich) und beachtet man zugleich, dass der Mitbestimmungstatbestand auf den Betrieb zielt, dann wird man die „Ordnung“ i.S.d. § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG als „Gesamtheit der im Betrieb geltenden Regeln“ definieren können. In dieselbe Richtung weist übrigens ein Blick auf den Begriff der „öffentlichen Ordnung“, welche das BVerfG als „Gesamtheit der ungeschriebenen Regeln, deren

Befolgung nach den jeweils herrschenden sozialen und ethischen Anschauungen als unerlässliche Voraussetzung eines geordneten menschlichen Zusammenlebens innerhalb eines bestimmten Gebiets“ definiert.¹⁸¹ Dabei ist nun geradezu offenkundig, dass insoweit nur Regeln in Betracht kommen, welche an die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer (und allenfalls noch an den Arbeitgeber) adressiert sind, was etwa den Bereich der sachenrechtlichen Zuordnung von Betriebsmitteln ausschließt. Demzufolge geht es beim Merkmal „Ordnung“, präziser formuliert, um die „Gesamtheit der im Betrieb geltenden Verhaltensregeln“.

b) Verhalten der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer im Betrieb

Damit rückt das, wie sich zeigen wird, ungleich schwierigere Problem in den Mittelpunkt, was unter dem in § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG gleichfalls in Bezug genommenen „Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb“ zu verstehen ist. Insofern bietet es sich an, die Frage zunächst negativ zu formulieren, also zu fragen, was unter einem derartigen Verhalten *nicht* zu verstehen ist. Denn das BAG geht in seiner Rechtsprechung, wie oben geschildert, davon aus, dass es ein „Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb“ gibt, welches als sog. „Arbeitsverhalten“ gerade keine Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG auslöst. Erwies sich diese Sichtweise aber als zutreffend, dann wäre bereits ein wichtiger, wenn nicht gar der entscheidende Schritt zur Konturierung des Merkmals „Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb“ getan.

aa) Ausklammerung des „Arbeitsverhaltens“

Dabei zeigt sich, dass die Auffassung des BAG in der Tat Zustimmung verdient.

(1) Einfachgesetzliche Betrachtung

In diese Richtung weist bereits das erste Argument, welches das Gericht für seine Auffassung anführt, nämlich das, dass der Mitbestimmungstatbestand andernfalls „unüberblickbar und gegen mitbestimmungsfreie Anordnungen des Arbeitgebers nicht mehr abgrenzbar“ würde.¹⁸² Zwar ist gegenüber der Erwähnung drohender Abgrenzungsschwierigkeiten Zurückhaltung geboten. Denn

¹⁸¹ So BVerfGE 69, 315 (352) – Brokdorf-Beschluss.

¹⁸² BAG v. 24.3.1981 – 1 ABR 32/78, AP BetrVG 1972 Arbeitssicherheit (u. B.II.1c).

diese stellen sich ja umgekehrt gerade dann ein, wenn man den Anwendungsbereich der Norm, wie das BAG dies tut, einschränkt. Umso schwerer wiegt aber der Hinweis darauf, dass der Mitbestimmungstatbestand andernfalls „unüberblickbar“ würde, womit das Gericht erkennbar zum Ausdruck bringen will, dass § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG eine „uferlose Ausdehnung“ drohe. Zwar kann man selbstverständlich niemals von vornherein ausschließen, dass der Gesetzgeber in einem konkreten Fall eine Regelung mit einem extensiven Anwendungsbereich treffen wollte. Im vorliegenden Zusammenhang führt aber kein Weg daran vorbei, dass § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG bei einer Einbeziehung des „Arbeitsverhaltens“ nicht nur weit, sondern „denkbar weit“ zu verstehen wäre, so dass der Gedanke einer Begrenzung hier in der Tat sehr nahe liegt. Hiervon sollte man sich übrigens auch nicht dadurch abhalten lassen, dass die „Erfindung“ des Arbeitsverhaltens in der Entscheidung vom 24. März 1981 im Zusammenhang mit einer Erstreckung des § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG auf „nicht verbindliche Normen für das Verhalten der Arbeitnehmer“ steht.¹⁸³ Denn zwar wirkt die „Herausnahme“ des Arbeitsverhaltens damit fast wie ein Zugeständnis, durch welche die Öffnung des Mitbestimmungstatbestands für unverbindliche Maßnahmen teilweise kompensiert bzw. abgemildert werden soll. Doch wirkt es eben unabhängig davon unplausibel, dass das Gesetz wirklich jedes Verhalten von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern in den Mitbestimmungstatbestand einbezogen sehen wollte, und dementsprechend bleibt es dabei, dass der Hinweis auf einen andernfalls „unüberblickbaren“ Mitbestimmungstatbestand ein starkes Argument für die Notwendigkeit einer Restriktion des Merkmals „Verhalten der Arbeitnehmer“ liefert.

Noch mehr Gewicht hat allerdings eine andere Überlegung des BAG, nämlich die, dass § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG „die Fragen der Ordnung des Betriebes und die Fragen des Verhaltens der Arbeitnehmer im Betrieb in gleicher Weise dem Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates [unterstellt]“ habe, weshalb Gegenstand der Mitbestimmung „die Gestaltung des Zusammenlebens und Zusammenwirkens der Arbeitnehmer im Betrieb“ sei und die Vorschrift somit „nur ein Verhalten der Arbeitnehmer in Bezug auf die betriebliche Ordnung“, also ein Ordnungsverhalten und eben nicht auch das Arbeitsverhalten erfasse. Zwar ist es wiederum wenig hilfreich, wenn das Gericht davon spricht, die Fragen der Ordnung des Betriebes und die Fragen des Verhaltens der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer im Betrieb seien in § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG „in gleicher Weise“ dem Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates unterstellt. Denn dies

¹⁸³ BAG v. 24.3.1981, AP BetrVG 1972 § 87 Arbeitssicherheit Nr. 2.

drückt nicht mehr als den offenkundigen Befund aus, dass in der Vorschrift beide Merkmale genannt werden. Was das BAG zum Ausdruck bringen will, ist aber wohl, dass auch das Merkmal des „Verhaltens der Arbeitnehmer im Betrieb“ letztlich auf nichts anderes als auf „die Gestaltung des Zusammenlebens und Zusammenwirkens der Arbeitnehmer im Betrieb“ hinausläuft, dass also mit anderen Worten beide Merkmale nicht separat zu betrachten sind, sondern beim Verständnis des Merkmals des „Verhaltens der Arbeitnehmer im Betrieb“ auf das vorgehende Merkmal der „Ordnung des Betriebs“ Rücksicht zu nehmen ist. So verstanden verdient die Aussage des Gerichts aber volle Zustimmung, da in der Tat kaum erklärbar wäre, weshalb der Gesetzgeber eine zunächst an Maßnahmen der betrieblichen „Ordnung“ orientierte Vorschrift „plötzlich“ gegenüber jedweden an die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer adressierten Maßnahmen geöffnet haben sollte.

Dieses Ergebnis überzeugt nun aber – und dies ist der entscheidende Punkt – auch wertungsmäßig. Denn wenn § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG in Fragen der „Ordnung des Betriebs“ und dem „Verhalten der Arbeitnehmer“ im Betrieb ein Mitbestimmungsrecht statuiert, dann offenkundig deshalb, weil es dabei (v.a.) Maßnahmen im Auge hat, welche das einzelne Arbeitsverhältnis übersteigen. In derartigen Fällen ist der Betriebsrat aber zur Mitentscheidung geradezu prädestiniert, da es bei den damit aufgeworfenen Fragen des Zusammenlebens der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer regelmäßig nicht nur um einen Ausgleich von Arbeitgeber- und Arbeitnehmerinteressen, sondern v.a. auch um einen solchen der Interessen der Belegschaftsangehörigen untereinander (!) geht. Sind demgegenüber Drittinteressen gar nicht berührt, wie dies bei auf das Arbeitsverhalten zielenden Maßnahmen der Fall ist, spricht „zunächst einmal“ wenig dafür, dem Betriebsrat ein Mitbestimmungsrecht einzuräumen.¹⁸⁴ Dass die Aufgabe des Betriebsrats im vorliegenden Zusammenhang nicht zuletzt im Ausgleich der Arbeitnehmerinteressen untereinander besteht (und die Einräumung eines Mitbestimmungsrechts gerade auch unter diesem Gesichtspunkt gesehen werden muss), lässt sich etwa anhand der Problematik der Anordnung eines Rauchverbots im Betrieb illustrieren: Insoweit hat der Betriebsrat nämlich nicht nur über den Schutz der Nichtraucherinnen und Nichtraucher, sondern eben auch darüber zu wachen, dass Raucherinnen und Raucher nicht übermä-

¹⁸⁴ Dementsprechend ist es denn auch zutreffend, wenn die Rechtsprechung des BAG zur Ausklammerung des „Arbeitsverhaltens aus dem Mitbestimmungstatbestand des § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG als teleologische Reduktion der Vorschrift qualifiziert wird; so Fitting, § 87 BetrVG, 30. Aufl. 2020, Rn. 65; ausdrücklich zustimmend etwa Brose/Greiner/Preis, NZA 2011, 369 (372).

ßig in ihrer Handlungsfreiheit eingeschränkt werden. In die Kategorien des Verfassungsrechts übersetzt, besteht die Aufgabe somit darin, aufgrund einer umfassenden Güterabwägung eine „praktische Konkordanz“ zu bewirken, also einen angemessenen Ausgleich zwischen den beteiligten Schutzgütern herzustellen.¹⁸⁵ Dass dem Betriebsrat hierbei eine zentrale Rolle zufällt, liegt nun aber geradezu auf der Hand.

(2) Grundrechtliche Betrachtung

Eine gewisse Bestätigung findet dieses Ergebnis bei einer zusätzlichen grundrechtlichen Betrachtung, die hier allerdings nur angedeutet werden kann. Für diese bildet den Ausgangspunkt, dass das Weisungsrecht des Arbeitgebers, das in den allermeisten Fällen den Gegenstand des Mitbestimmungsrechts darstellen dürfte, nicht nur das für den Arbeitsvertrag charakteristische Recht darstellt, sondern im Kern auch grundrechtlichen Schutz genießt. Denn die nach Art. 12 Abs. 1 GG garantierte Unternehmerfreiheit beinhaltet nicht nur die Freiheit, ein Unternehmen zu gründen, zu führen [und ggf. zu liquidieren] sowie die Freiheit, über den Einsatz von Betriebs- und Investitionsmitteln zu entscheiden, sondern eben auch die „freie Disposition über die Art und Weise, in der auf den Unternehmenserfolg hingearbeitet werden soll“;¹⁸⁶ Letzteres schließt aber ersichtlich auch die Dispositionen mit ein, welche sich, arbeitsrechtlich gesehen, als Ausübung des Weisungsrechts des Arbeitgebers darstellen. Rein praktisch gesehen, zeigt sich dieser grundrechtliche Schutz etwa an der Zurückhaltung der Gerichte gegenüber Interventionen in den durch das Weisungsrecht bezeichneten Bereich. So hat das BAG in seiner Entscheidung zu der Frage der Bindungswirkung einer unbilligen Weisung¹⁸⁷ die Möglichkeit einer gerichtlichen Ersatzleistungsbestimmung nach § 315 Abs. 3 S. 2 BGB gerade deshalb ausgeschlossen, weil es sich bei einem derartigen Gestaltungsurteil „um einen unzulässigen Eingriff in die Organisationshoheit des Arbeitgebers handeln (würde)“.¹⁸⁸ All dies schließt zwar nicht von vornherein aus, dass der Gesetzgeber der Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG auch diesen Bereich ge-

¹⁸⁵ So explizit v. *Hoymingen-Huene*, Anm. zu BAG v. 14.1.1986, AP BetrVG 1972 § 87 Ordnung des Betriebes Nr. 10 (u. III.3.).

¹⁸⁶ Maunz/Dürig/*di Fabio*, Art. 2 GG Rn. 126; kritisch zur Bedeutung dieser Freiheit speziell im Kündigungsschutzrecht allerdings *Däubler*, Die Unternehmerfreiheit im Arbeitsrecht – eine unantastbare Größe?, 2012.

¹⁸⁷ BAG, NZA 2017, 1452.

¹⁸⁸ BAG, NZA 2017, 1452 (u. Rn. 77 unter Hinweise auf BAG, NZA 2015, 679 u. Rn. 27f.).

öffnet haben könne. Bedenkt man jedoch, dass es im Rahmen der Betriebsverfassung insgesamt darum geht, die „Beteiligungsrechte des Betriebsrats mit der verfassungsrechtlich garantierten Unternehmerfreiheit auszutarieren“,¹⁸⁹ dann spricht umgekehrt wenig dafür anzunehmen, das Mitbestimmungsrecht auch in den Bereich zu erstrecken, der auf die nähere Bestimmung des Arbeitsverhaltens gerichtet ist.

bb) § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG als (teilweise) einheitlicher Tatbestand der „Gestaltung des Zusammenlebens im Betrieb“

In dogmatischer Hinsicht bleibt nach dem oben Gesagten festzuhalten, dass es sich bei § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG, wie vom BAG und auch der h.M. angenommen,¹⁹⁰ in der Tat weithin um einen einheitlichen Tatbestand handelt und die Merkmale „Ordnung des Betriebs“ und „Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb“ somit, plastisch ausgedrückt, gewissermaßen zwei Seiten einer Medaille sind: Während das erstgenannte Merkmal auf ein „Regelwerk“ (bzw. auf die Beachtung dieser Regeln) verweist, wird mit dem letztgenannten Merkmal auf deren Adressaten Bezug genommen. Damit unterscheiden sich aber beide Merkmale nur hinsichtlich der Perspektive aus denen der Gegenstand betrachtet wird, da einerseits die Regeln, aus denen die „Ordnung des Betriebs“ besteht, erkennbar an die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer gerichtet sind und andererseits das „Verhalten der Arbeitnehmer“ gerade den Ausschnitt ihres Verhaltens betrifft, welcher der Wahrung dieser Ordnung dient; bei dem letzteren Merkmal geht es eben nicht um jedwede Aktivität der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, sondern um ihr (betriebliches) *Sozial-Verhalten*¹⁹¹. Insoweit verhält es sich bei der „Ordnung des Betriebs“ und dem „Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb“ in § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG nicht anders als bei den „Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“ i.S.d. Art. 9 Abs. 3 GG: Auch diese werden weit überwiegend nicht als selbständige Merkmale, sondern als Elemente einer „funktionale(n) Einheit“ verstanden, „mit der die Gesamtheit der

¹⁸⁹ So *Böhm*, RdA 2013, 193 (202) mit der zusätzlichen Feststellung, bei § 87 Abs. 1 BetrVG gehe es „um die Festlegung kollektiver Rahmenbedingungen, unter denen der einzelne Arbeitnehmer seine vertraglich geschuldete Arbeitsleistung zu erbringen hat“.

¹⁹⁰ Vgl. nur die Nachw. bei *Wiese*, GK-BetrVG, 11. Aufl. 2018, § 87 Rn. 179. Dezidiert a. A. etwa *Pfarr*, Anm. zu BAG v. 9.12.1980, AP BetrVG 1972 § 87 Ordnung des Betriebes Nr. 2.

¹⁹¹ Anders *DKW/Klebe*, § 87 Rn. 56: „Verhalten kann genauso gut als ‚Verhalten bei der Arbeit‘ im Gegensatz zu privatem Verhalten interpretiert werden“.

Bedingungen gemeint [ist], unter denen abhängige Arbeit geleistet und eine sinnvolle Ordnung des Arbeitslebens ermöglicht wird“;¹⁹² das Grundrecht liefert damit zugleich ein Beispiel dafür, dass sich Wörter oder Wortgruppen, die durch das Wörtchen „und“ verbunden sind, in der Tat „sowohl auf unterschiedliche Sachverhalte als auch auf andere Komponenten desselben Sachverhalts beziehen (können)“.¹⁹³

Vor diesem Hintergrund ist es denn auch zu sehen, wenn sich das BAG in seiner Rechtsprechung regelmäßig von den genannten Merkmalen löst und davon spricht, dass Gegenstand der Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG insgesamt „die Gestaltung des Zusammenlebens und Zusammenwirkens der Arbeitnehmer im Betrieb“ sei,¹⁹⁴ womit die beiden Merkmale „praktisch zu einem Tatbestand (verschmelzen)“.¹⁹⁵ Allerdings geht das Gericht in dem verständlichen Bemühen um eine „Einheitsformel“ zu weit. Denn auch wenn die Abgrenzung von „Arbeitsverhalten“ und „Ordnungsverhalten“ erst später diskutiert werden soll, so ist doch bereits an dieser Stelle deutlich, dass das erstere gerade auch durch solche Maßnahmen des Arbeitgebers beeinflusst wird, mit denen dieser Arbeitsleistungen verschiedener Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer *koordinieren* will. Dementsprechend ist nur das Wort „Zusammenleben“ geeignet, eine Klammer für die Merkmale „Ordnung des Betriebs“ und „Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb“ zu bilden, wohingegen das Wort „Zusammenwirken“ einen (wichtigen) Bereich des Arbeitsverhaltens betrifft und daher nicht in den Bereich des Mitbestimmungstatbestands zu zählen ist.

¹⁹² So etwa ErfKomm/*Linsenmaier*, 20. Aufl. 2020, Art. 9 GG Rn. 29 (m.w.N.).

¹⁹³ Zutreffend *Wiese*, GK-BetrVG, 11. Aufl. 2018, § 87 Rn. 179 (m.w.N.).

¹⁹⁴ So z. B. BAG v. 24.11.1981, AP BetrVG 1972 § 87 Ordnung des Betriebes Nr. 3 (u. B.1.). Weniger glücklich ist es demgegenüber, wenn das BAG, wie dies gelegentlich geschieht, zugleich darauf abstellt, § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG ziele auf die „Sicherung des ungestörten Arbeitsablaufs“; vgl. nur BAG v. 9.12.1980, AP BetrVG 1972 § 87 Ordnung des Betriebes Nr. 2 (u. B.I.2.). Dies ist einerseits zu eng und andererseits zu weit: Zu eng, weil es bei § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG keineswegs nur um „Störungen“ geht. Und zu weit, weil gerade Regelungen des „Arbeitsablaufs“ der Mitbestimmung in weitem Umfang entzogen sind.

¹⁹⁵ So zu Recht DKKW/*Klebe*, 16. Aufl. 2018, § 87 BetrVG Rn. 53.

cc) Abgrenzung des „Arbeitsverhaltens“ vom „Ordnungsverhalten“

Besteht somit auch Klarheit darüber, dass das Arbeitsverhalten aus dem Tatbestand des § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG ausgeklammert werden muss, so bleibt doch noch immer die Frage, was genau unter einem derartigen Verhalten zu verstehen und wie dieses insbesondere vom „Ordnungsverhalten“ abzugrenzen ist.

Knüpft man dabei an die vom BAG entwickelte Formel an, wonach es im Zusammenhang des § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG letztlich darum geht, „das betriebliche Zusammenleben und kollektive Zusammenwirken der Beschäftigten“ zu sichern – und diese Formel verdient, wie oben gezeigt worden ist, ja grundsätzlich durchaus Zustimmung (wenn man das Wort „Zusammenwirken“ nicht auf die Goldwaage legt) –, dann wird deutlich, dass mit dem „Ordnungsverhalten“ nur ein Verhalten gemeint sei kann, welches Interessen Dritter, genauer das Integritätsinteresse der Arbeitskolleginnen und Arbeitskollegen, berührt und entsprechende Maßnahmen des Arbeitgebers nur solche sein können, welche zum Schutz dieser Interessen ergriffen werden. Demgegenüber steht beim „Arbeitsverhalten“ ausschließlich das Interesse des Arbeitgebers im Raum und zwar sein Interesse an einer vertragsgemäßen Leistung, mithin sein Erfüllungsinteresse. Zur Unterscheidung beider wird in der Literatur vielfach vom Schutz des status quo (Integritätsinteresse) gesprochen, welchem dann der Schutz des status ad quem (Erfüllungsinteresse) gegenübergestellt wird. Wenig überraschend hat dies gerade für die Unterscheidung zwischen Rücksichtspflichten und Leistungspflichten Bedeutung: „Die Rücksichtspflichten haben (...) die Bewahrung der gegenwärtigen Güterlage („status quo“) jedes am Schuldverhältnis Beteiligten, also den Schutz des Integritätsinteresses, zum Ziel. Leistungspflichten hingegen sind auf die Veränderung der Güterlage des Gläubigers gerichtet. Indem sie der Erreichung des konkreten Zweckes eines Schuldverhältnisses dienen, sollen sie den ‚status ad quem‘ fördern“.¹⁹⁶

¹⁹⁶ So Staudinger/Olzen, § 241 BGB 161; vgl auch Beckmann in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl., 2020, § 324 BGB Rn. 7: „Im Gegensatz zu Leistungspflichten, die grundsätzlich auf eine Veränderung der Güterlage des Gläubigers abzielen (status ad quem), dienen Rücksichtnahmepflichten, insbesondere Schutzpflichten dazu, die gegenwärtige Güterlage jedes an dem Schuldverhältnis Beteiligten vor rechtswidrigen Beeinträchtigungen zu bewahren (Erhaltung des status quo)“.

dd) Maßnahmen mit „Doppelcharakter“

Allerdings besteht nun arbeitsrechtlich gesehen die Besonderheit, dass hierbei eben nicht allein die Interessen der Vertragspartner, sondern auch die Dritter in Rede stehen. Damit verbindet sich aber fast unweigerlich die Erkenntnis, dass Maßnahmen des Arbeitgebers nicht selten sowohl dem eigenen Erfüllungsinteresse als auch dem Integritätsinteresse der Belegschaft (bzw. der Belegschaftsangehörigen) dienen und damit sowohl das „Arbeitsverhalten“ als auch das „Ordnungsverhalten“ der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer tangieren werden. Ein einfaches Beispiel mag das verdeutlichen: Spricht der Arbeitgeber ein Verbot aus, bei der Arbeit Radio zu hören, dann geht es ihm erkennbar darum sicherzustellen, dass die Arbeit nicht unter vermeidbaren Konzentrationsmängeln leidet. Betroffen ist somit die Arbeitspflicht bzw. das Interesse an einer „ordentlichen“ Erfüllung derselben. Zugleich geht es ihm aber auch um den Schutz der Arbeitskolleginnen und Arbeitskollegen, die ungestört arbeiten wollen, so dass auch deren Integritätsinteresse berührt ist. Dementsprechend dürfte es keine Seltenheit sein, wenn eine Maßnahme des Arbeitgebers einen „Doppelcharakter“ aufweist,¹⁹⁷ so dass man die Frage beantworten muss, wie mit derartigen Maßnahmen zu verfahren ist.

Das BAG will bei gleichzeitiger Betroffenheit von „Arbeitsverhalten“ und „Ordnungsverhalten“, wie gesehen, grundsätzlich danach entscheiden, welcher Regelungszweck bei der entsprechenden Maßnahme des Arbeitgebers objektiv überwiegt.¹⁹⁸ So sehr dem BAG darin zuzustimmen ist, dass im Einzelfall „Arbeitsverhalten“ und „Ordnungsverhalten“ betroffen sein können, bei entsprechenden Maßnahmen des Arbeitgebers also gewissermaßen eine Konkurrenz gegeben sein kann, so wenig Zustimmung verdient nun aber das Gericht hinsichtlich seines Standpunkts zu deren Auflösung. Denn wer darauf abstellen will, welcher Regelungszweck überwiegt, der muss auch Maßstäbe für die entsprechende Bemessung angeben. Dies ist dem BAG aber bislang nicht gelungen und kann wohl auch gar nicht gelingen, weil sich nämlich nicht begründen lässt, weshalb ein Zweck mehr Gewicht haben sollte als ein anderer. Das eben

¹⁹⁷ So LAG Berlin-Brandenburg v. 12.7.2016, BeckRS 2016, 72780 (u. Rn. 22).

¹⁹⁸ So jedenfalls BAG v. 11.6.2002, AP BetrVG 1972 § 87 Ordnung des Betriebes Nr. 38 (u. I.). So aber auch BAG v. 17.1.2012, AP BetrVG 1972 § 87 Ordnung des Betriebes Nr. 41 (u. Rn. 22); BAG v. 17.9.2013, AP BetrVG 1972 § 87 Ordnung des Betriebes Nr. 47 (u. Rn. 20); vgl. zuletzt BAG v. 23.8.2018, AP BGB § 626 Nr. 272 (u. Rn. 27); vgl. hierzu auch *Wiese*, GK-BetrVG, 11. Aufl. 2018, § 87 Rn. 206 (m. w. N.); auch *DKW/Klebe*, § 87 Rn. 55 mit der an das BAG gerichteten Forderung, seine Rspr. „an dieser Stelle klar[z]ustellen und[z]u harmonisieren“.

gebildete Beispiel mag dies verdeutlichen: Zwar ist gar nicht zu bestreiten, dass bei einem Radioverbot sowohl eigene Interessen des Arbeitgebers als auch Drittinteressen eine Rolle spielen. Doch lässt sich eben nicht sinnvoll entscheiden, welches Interesse überwiegt, solange es an Maßstäben dafür fehlt, wie diese zu gewichten sind. Dabei erweist sich das gewählte Beispiel sogar als besonders schlagend. Denn auch dort, wo das Verbot darauf zielt, Störungen der Arbeitskolleginnen und Arbeitskollegen zu vermeiden, geht es dem Arbeitgeber letztlich um nichts anderes als darum sicherzustellen, dass die Arbeitsleistung mit ausreichender Konzentration erfolgt.

Damit bleibt indes nur die Alternative, in derartigen Fällen die Mitbestimmung entweder zu bejahen oder sie ausnahmslos zu verneinen. Für beides finden sich Befürworter in der Literatur.¹⁹⁹ Die besseren Gründe sprechen für die erstgenannte Alternative. Denn die „Herausnahme“ des Arbeitsverhaltens aus dem Mitbestimmungstatbestand ist nach dem oben Gesagten wertungsmäßig dann, aber eben auch nur dann gerechtfertigt, wenn die Maßnahme des Arbeitgebers nicht zugleich das Integritätsinteresse Dritter berührt. Ist dies aber der Fall, dann kommt ein Ausschluss des Mitbestimmungsrechts nicht in Betracht. Daran ändert auch die oben angestellte grundrechtliche Betrachtung am Maßstab der Gewährleistung der Unternehmerfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG nichts. Denn diese hat nur gezeigt, dass eine auf das Arbeitsverhalten bezogene Maßnahme nicht der Mitbestimmung zu unterwerfen ist, wohingegen es hier um die ganz andere Frage geht, ob ein Mitbestimmungsrecht bereits dann ausgeschlossen sein soll, wenn die Maßnahme, neben dem Ordnungsverhalten, auch das Arbeitsverhalten betrifft. In derartigen Fällen kann die Anwendung des § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG daher nur dann ausgeschlossen sein, wenn ein Mitbestimmungsrecht „unter keinen Umständen“ in den Bereich der Sicherung des Erfüllungsinteresses „hinüberwirken“ dürfte: Genau dies lässt sich aber nicht begründen.

¹⁹⁹ Vgl. einerseits DKKW/*Klebe* § 87 BetrVG Rn. 55, 29. Aufl. 2018, wonach in den umstrittenen Fällen „eben nicht allein die Arbeitspflicht konkretisiert (wird)“; in dieselbe Richtung wohl Fitting, 30. Aufl. 2020, § 87 BetrVG Rn. 65, wonach Maßnahmen nicht von der Mitbestimmung ausgenommen sein sollen, die „nur geringe Berührungspunkte zur Arbeitsleistung“ aufweisen; vgl. andererseits etwa *Hunold*, NZA 2004, 1206 (1207), wonach ein Mitbestimmungsrecht nur besteht, „wenn die fragliche Maßnahme ausschließliche und unmittelbar das Ordnungsverhalten berührt, also keinen Bezug zur Erfüllung der Haupt- und Nebenpflichten des Mitarbeiters aus dem Arbeitsverhältnis hat“.

c) Problemfälle

Damit bleiben zwei Fragen, nämlich einmal die, ob es für das Eingreifen der Mitbestimmung auf deren rechtliche Verbindlichkeit ankommt, und zum anderen die, ob man insoweit auch zu berücksichtigen hat, ob sie individualrechtlich zulässig ist. Beide Fragen sind richtigerweise zu verneinen.

aa) Mangelnde Verbindlichkeit

Was die erste Frage betrifft, so ist in Erinnerung zu rufen, dass das BAG Maßnahmen mit unverbindlichem Charakter als (potentiell) mitbestimmungspflichtig einstuft.²⁰⁰ So hat das Gericht z.B. ausgeführt, dass in den Mitbestimmungstatbestand nicht nur „verbindliche Verhaltensregeln“ zählten, sondern auch „unterschiedliche Maßnahmen, die geeignet sind, das Verhalten der Arbeitnehmer zu beeinflussen und zu regeln“.²⁰¹ Und noch deutlicher hat es festgestellt, das Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG setze nicht voraus, „dass die entsprechenden Vorgaben des Arbeitgebers verbindlich sind“. Vielmehr sei es ausreichend, dass „die Maßnahme darauf gerichtet ist, das betriebliche Verhalten der Arbeitnehmer zu steuern oder die Ordnung des Betriebs zu gewährleisten“.²⁰²

Dass dies Zustimmung verdient, ergibt sich daraus, dass eine „Ordnung“ auch dann bewirkt werden kann, wenn die entsprechenden Anforderungen unverbindlich sind (man denke nur an die Verhaltenssteuerung durch sog. „soft

²⁰⁰ Vgl. insoweit nur die Nachweise bei *Wiese*, GK-BetrVG, 11. Aufl. 2018, § 87 Rn. 185. Die von ihm bemühte Parallele zu anderen Mitbestimmungstatbeständen wie z.B. dem des § 87 Abs. 1 Nr. 7 (ebda. Rn. 186), ist allerdings nur sehr bedingt tragfähig, da für § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG ja nicht notwendig dasselbe gelten muss wie für jene.

²⁰¹ BAG v. 18.4.2000, AP BetrVG 1972 § 87 Überwachung Nr. 33 (u. II.1a).

²⁰² BAG v. 22.8.2017, AP BetrVG 1972 § 87 Ordnung des Betriebes Nr. 49 (u. Rn. 25); vgl. auch BAG v. 7.2.2012, AP BetrVG 1972 § 87 Ordnung des Betriebes Nr. 42, wo das Gericht zum Ordnungsverhalten folgendes ausführte: „Dies sind Anordnungen, die dazu dienen, das sonstige Verhalten der Arbeitnehmer zu koordinieren. Hierzu zählen sowohl verbindliche Verhaltensregeln als auch Maßnahmen, die das Verhalten der Arbeitnehmer in Bezug auf die betriebliche Ordnung betreffen und berühren, ohne Normen für das Arbeitsverhalten zum Inhalt zu haben“; vgl. neuerdings auch BAG v. 11.12.2018, AP BetrVG 1972 § 87 Überwachung Nr. 51, wo das Gericht die Modifikation eines Fragebogens im Zusammenhang mit einer elektronisch durchgeführten Mitarbeiterbefragung als nicht mitbestimmungspflichtig qualifiziert und dies u.a. mit der Freiwilligkeit der Teilnahme begründet.

law“),²⁰³ bzw. daraus, dass eine Beeinflussung des „Verhaltens“ nicht notwendig Verbindlichkeit voraussetzt. Entscheidend muss vielmehr sein, ob der Arbeitgeber das Verhalten der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer überhaupt in eine bestimmte Richtung lenken will (was aber durchaus auch dadurch geschehen kann, dass er bestimmte Anreize setzt oder, umgekehrt, bei nicht „regelgerechtem“ Verhalten faktisch Nachteile drohen). Ist dies der Fall, greift § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG ein.²⁰⁴ Demgegenüber bleibt die Vorschrift außer Betracht, wenn es um Maßnahmen geht, die von vornherein keinen „verhaltenssteuernden“ Charakter haben, es also dem Arbeitgeber, anders gewendet, (objektiv gesehen) gar nicht darum geht, die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer zu einem bestimmten Verhalten zu bewegen.²⁰⁵

bb) Individualrechtliche Unzulässigkeit

Was dagegen die Frage nach der (individualrechtlichen) Zulässigkeit einer Maßnahme betrifft, so kann die Antwort nur lauten, dass diese für das Eingreifen der Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG keine Rolle spielt, da es sich insoweit um zwei völlig unterschiedliche Fragen handelt. Dementsprechend ist z.B. eine Regelung nicht allein deshalb mitbestimmungsfrei, weil der mit ihr verbundene Eingriff in das Persönlichkeitsrecht der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer ohnehin unzulässig wäre. Eine andere Lösung wäre auch geradezu kontraproduktiv, da es dem Betriebsrat damit gerade dann verwehrt wäre, sein Mitbestimmungsrecht zur Geltung zu bringen, wenn den Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern durch die Maßnahme des Arbeitgebers besonders ernste Gefahren drohen.²⁰⁶

²⁰³ Dies übersieht BAG v. 24.3.1981, AP BetrVG 1972 § 87 Arbeitssicherheit Nr. 2 (u. II.b), wo das Gericht „verbindliche betriebliche Ordnung“ und „betriebliche Ordnung“ fälschlich gleichsetzt.

²⁰⁴ So auch *Pfarr*, Anm. zu BAG v. 9.12.1980, AP BetrVG 1972 § 87 Ordnung des Betriebes Nr. 2, die dabei die letztgenannten Fälle im Auge hat.

²⁰⁵ In diesen Zusammenhang dürfte richtigerweise der Fall des zentralen Abspielens von Musik einzuordnen sein, wo es dem Arbeitgeber erkennbar nicht um eine Verhaltenssteuerung, jedenfalls aber nicht um eine Steuerung des Arbeitsverhaltens geht. Dementsprechend besteht keine Mitbestimmungspflicht. Auf einem anderen Blatt steht die Frage nach der Zulässigkeit eines derartigen Vorgehens unter dem Gesichtspunkt des Schutzes des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts der Arbeitnehmer. Für „in der Regel“ unzulässig wird dies gar bewertet von *Wiese*, ZfA 1971, 273 (304); vgl. zum Ganzen auch *ders.*, GK-BetrVG, 11. Aufl. 2018, § 87 Rn. 182 m. w. N.

²⁰⁶ So auch BAG v. 22.7.2008 – 1 ABR 40/07 (u. Rn. 63) zur Mitbestimmung des Betriebsrats bei einer sog. Ethik-Richtlinie: „Die Regelung ist nicht deshalb mitbe-

d) Von § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG nicht erfasste Fälle

Die oben angestellten Überlegungen zum Verständnis des Merkmals „Ordnung des Betriebs“ einerseits und „Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb“ andererseits ermöglichen nun auch Aussagen dazu, wann der Mitbestimmungsstatbestand des § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG *nicht* eingreift.

aa) Dritte als Adressaten der Maßnahme

Keine Mitbestimmungspflicht löst es aus, wenn Maßnahmen des Arbeitgebers nicht auf die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, sondern auf Dritte abzielen. In den Merkmalen des § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG kommt dies dadurch zum Ausdruck, dass es einerseits um die Ordnung „des Betriebs“ und andererseits um das Verhalten der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer „im Betrieb“ geht. Da aber unter Zugrundelegung des „klassischen Betriebsbegriffs“ – wonach es sich dabei um die „organisatorische Einheit“ handelt, „innerhalb derer ein Arbeitgeber allein oder mit seinen Arbeitnehmern durch Einsatz technischer und immaterieller Mittel bestimmte arbeitstechnische Zwecke fortgesetzt verfolgt, die sich nicht in der Befriedigung von Eigenbedarf erschöpfen“²⁰⁷ – Dritte dem Betrieb nicht angehören, bleiben Maßnahmen des Arbeitgebers, welche auf diese gerichtet sind, mitbestimmungsrechtlich von vornherein außer Betracht. Zielt der Arbeitgeber also mit einer Maßnahme z.B. auf Zulieferer oder Kunden, scheidet eine Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG aus, sofern damit nicht zugleich eine Verhaltenssteuerung auf Seiten der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer bewirkt werden soll.

stimmungsfrei, weil der mit ihr verbundene Eingriff in das Persönlichkeitsrecht der Arbeitnehmer ohnehin unzulässig und daher kein Raum für eine Mitbestimmung wäre (...). Insbesondere schließt die Unzulässigkeit einer konkret vom Arbeitgeber geplanten Regelung nicht die Mitbestimmung des Betriebsrats an dem Regelungsgegenstand aus. Der Betriebsrat soll vielmehr im Rahmen der Mitbestimmung gerade darauf achten, dass durch die Regelung Persönlichkeitsrechte der Arbeitnehmer nicht verletzt werden“; vgl. auch *Brose/Greiner/Preis*, NZA 2011, 369 (371) sowie *DKW/Klebe*, § 87 Rn. 59 (m.w.N.).

²⁰⁷ Vgl. hierzu nur *Richter*, in: *Kiel/Lunk/Oetker* (Hg.), *Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht*, Band 1, Individualarbeitsrecht I, 4. Aufl. 2018, Rn. 5 (m.w.N.).

bb) Bereich der privaten Lebensführung

Auch greift der Mitbestimmungstatbestand des § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG dann nicht ein, wenn die Maßnahme die private Lebensführung betrifft.²⁰⁸ Mit Blick auf das Merkmal „Ordnung“ ergibt sich dies daraus, dass es dem Arbeitgeber zwar um eine „Ordnung“ gehen mag, diese aber nicht auf die Verhältnisse im Betrieb bezogen, also keine „Ordnung des Betriebs“ intendiert ist. Und mit Blick auf das Merkmal „Verhalten“ ergibt sich dies daraus, dass die/der Beschäftigte bei der Maßnahme nicht „als Arbeitnehmer“ bzw. als „Arbeitnehmer im Betrieb“ adressiert wird. Anders ausgedrückt: Auf die private Lebensführung zielende Maßnahmen betreffen die Adressatin bzw. den Adressaten nicht in ihrem/seinem „betrieblichen Sozialverhalten“. Demzufolge hat das BAG z.B. die Anordnung eines Rauchverbots zu Recht von vornherein auf den Bereich des Betriebs bzw. des Betriebsgeländes beschränkt.²⁰⁹

cc) Nichtvorliegen eines kollektiven Tatbestands

Deutlich ist schließlich auch, dass sich die Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG auf kollektive Tatbestände bezieht,²¹⁰ so dass der Arbeitgeber z.B. weiterhin frei ist, einzelnen Arbeitnehmerinnen oder Arbeitnehmern Weisungen bezüglich ihres „Ordnungsverhaltens“ zu erteilen.²¹¹ Doch muss man hierzu gar nicht auf die grundsätzliche Unterscheidung von mitbestimmungsbedürftigen generellen Tatbeständen und mitbestimmungsfreien Individualmaßnahmen rekurren, wie dies verschiedentlich geschieht.²¹² Die Einschränkung der Mitbestimmung ergibt sich insofern nämlich bereits daraus, dass das Merkmal der „Ordnung“ auf eine „Regelgebung“ verweist, welche definitionsgemäß abstrakt-generell wirkt, während konkret-individuelle Maßnahmen ausgeschlossen sind.

²⁰⁸ Vgl. insoweit nur *Wiese*, GK-BetrVG, 11. Aufl. 2018, § 87 Rn. 176 (m.w.N.).

²⁰⁹ BAG v. 19.1.1999, AP BetrVG 1972 § 87 Ordnung des Betriebes Nr. 28.

²¹⁰ Vgl. hierzu nur BAG v. 7.2.2012 – 1 ABR 63/10, AP BetrVG 1972 § 87 Ordnung des Betriebes Nr. 42: „Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei Maßnahmen, die das Ordnungsverhalten der im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer betreffen, beschränkt sich allerdings auf kollektive Tatbestände. Ein solcher liegt vor, wenn sich eine Regelungsfrage stellt, die über eine ausschließlich einzelfallbezogene Rechtsausübung hinausgeht und kollektive Interessen der Arbeitnehmer des Betriebs berührt“; vgl. etwa auch *Wiese*, GK-BetrVG, 11. Aufl. 2018, § 87 Rn. 187 (m.w.N.).

²¹¹ So auch *Wiese*, GK-BetrVG, 11. Aufl. 2018, § 87 Rn. 187 unter Hinw. auf BAG v. 27.5.1960, AP BetrVG § 56 Ordnung des Betriebes Nr. 1.

²¹² So aber *Wiese*, GK-BetrVG, 11. Aufl. 2018, § 87 Rn. 187.

Um es an dieser Stelle zusammenzufassen: Keine Mitbestimmung kommt nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG in Betracht, wenn „Maßnahmen“ des Arbeitgebers gegenüber Dritten in Rede stehen, wenn sie zwar an die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer adressiert sind, aber den Bereich von deren privater Lebensführung betreffen, und wenn die Maßnahmen keinen kollektiven Charakter haben.

2. Zusätzliche Bedeutung des Merkmals „Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb“

Ergebnis der oben angestellten Überlegungen zum Merkmal „Verhalten der Arbeitnehmer“ im Betrieb war es, dass unter diesem nicht jedes Verhalten verstanden werden kann. Vielmehr hat sich bei einer Interpretation im Lichte des Merkmals „Ordnung des Betriebs“ ergeben, dass das sog. Arbeitsverhalten aus dem Merkmal „Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb“ auszuscheiden ist. Dabei wurde zugleich deutlich, dass beide Merkmale einen erheblichen Überschneidungsbereich aufweisen, mehr noch, dass es bei § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG in weitem Umfang um denselben Regelungsgegenstand geht. Indes wäre es ein Missverständnis, daraus abzuleiten, dass es sich bei der „Ordnung des Betriebs“ und dem „Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb“ letztlich um ein und denselben Tatbestand handelt. Dies ist nicht der Fall, wie nunmehr gezeigt werden soll.

a) Problematische Fälle in der Rechtsprechung

Dass das „Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb“ möglicherweise mehr bezeichnet als die „Ordnung im Betrieb“, legt schon der Blick auf einige Gestaltungen nahe, mit welchen sich die Rechtsprechung in der Vergangenheit auseinandersetzen hatte.

aa) Tragen von Dienstkleidung

Dies gilt etwa für die Problematik der Anordnung des Tragens einer Dienstkleidung. Insoweit ist in Erinnerung zu rufen, dass das BAG jedenfalls dann von der Betroffenheit des Ordnungsverhaltens und dementsprechend vom Eingreifen des § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG ausgeht, wenn die Kleidung zur Ausführung bestimmter Arbeiten nicht erforderlich sei, sondern diese als „Aussage über

Image, Stil und Trend des Unternehmens“ verstanden werden müsse.²¹³ Ganz auf dieser Linie hat es eine Verpflichtung zum Tragen von Namensschildern ebenfalls dem Ordnungsverhalten zugeschlagen und zwar mit der Begründung, dass dieses nur einen „Randbereich der arbeitsvertraglich geschuldeten Leistung der Fahrer und nicht das eigentliche Arbeitsprodukt“ berühre und es dem Arbeitgeber in einem derartigen Fall v.a. darum gehe, „dass die Kunden auch aus dem durch das Namensschild geprägten äußeren Erscheinungsbild der Fahrer positive Rückschlüsse auf die Dienstleistungsbereitschaft des Unternehmens ziehen“.²¹⁴

So sehr es im Ergebnis einleuchtet, wenn das Gericht in einem derartigen Fall nicht nur das „Arbeitsverhalten“ berührt sieht, so wenig überzeugend erscheint nun allerdings die Begründung für das Eingreifen des Mitbestimmungsrechts nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG. Denn für dieses kommt es ja weniger darauf an, dass eine Maßnahme das „Arbeitsverhalten“ nur am Rande berührt. Entscheidend ist vielmehr, ob hiervon positiv das Ordnungsverhalten betroffen ist. Gerade dies lässt sich aber – jedenfalls unter Heranziehung der bislang zugrunde gelegten Maßstäbe – gerade nicht sagen, weil Vorgaben hinsichtlich der Dienstkleidung keinen oder allenfalls einen marginalen Einfluss auf das „betriebliche Zusammenleben und kollektive Zusammenwirken der Beschäftigten“ haben. Dementsprechend wenden sich die vom BAG gegen die Betroffenheit des Arbeitsverhaltens ins Feld geführten Gesichtspunkte gegen das Gericht selbst: Gerade der Umstand, dass es dem Arbeitgeber in den genannten Fällen um eine „Aussage über Image, Stil und Trend des Unternehmens“ bzw. darum ging, den Kundinnen und Kunden „positive Rückschlüsse auf die Dienstleistungsbereitschaft des Unternehmens“ zu ermöglichen, macht deutlich, dass die entsprechenden Maßnahmen nicht auf die betrieblichen Verhältnisse, sondern auf das „Außenverhältnis“ gegenüber Kundinnen und Kunden (oder ganz allgemein der Öffentlichkeit) gerichtet sind.

bb) Nachweis nach § 5 Abs. 1 S. 3 EFZG

Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang aber auch eine andere Problematik, welche das BAG in der Vergangenheit beschäftigt hat,²¹⁵ nämlich die der Mitbestimmung im Bereich von Regelungen der Anzeige- und Nachweispflich-

²¹³ BAG v. 8.8.1989, AP BetrVG 1972 § 87 Ordnung des Betriebes Nr. 15 (u. B I.3.).

²¹⁴ BAG v. 11.6.2002, AP BetrVG 1972 § 87 Ordnung des Betriebes Nr. 38 (u. II.).

²¹⁵ Vgl. insbes. BAG v. 23.8.2016 AP BetrVG 1972 § 87 Ordnung des Betriebes Nr. 48; vgl. neuerdings auch LAG München v. 13.12.2018, NZA-RR 2019, 351.

ten nach § 5 EFZG. Insoweit geht das BAG davon aus, dass ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG bestehe, wenn der Arbeitgeber die Anweisung treffe, Zeiten der Arbeitsunfähigkeit unabhängig von deren Dauer generell durch eine vor Ablauf des dritten Kalendertags nach Beginn der Arbeitsunfähigkeit vorzulegende Bescheinigung nachzuweisen, was nach § 5 Abs. 1 S. 3 EFZG bekanntlich grundsätzlich möglich ist.²¹⁶

Wieder mag das Ergebnis einleuchten. Doch trägt die vom BAG hierfür gegebene Begründung erneut nicht: Dass eine derartige Anweisung „keine Konkretisierung der Arbeitspflicht“ enthält, trifft zwar zu. Doch macht dieser Umstand die Anweisung noch nicht zu einer Maßnahme, welche sich „auf das betriebliche Ordnungsverhalten“ richtet. Und auch davon, dass es sich insoweit um ein „allgemeines Ordnungsproblem“ handele,²¹⁷ kann man jedenfalls dann nicht sprechen, wenn man hierunter, wie das BAG dies nun einmal tut, Regeln über das „betriebliche Zusammenleben und kollektive Zusammenwirken der Beschäftigten“ versteht.

Sowohl die Rechtsprechung zur Dienstkleidung als auch die zu § 5 EFZG krankt demzufolge daran, dass es zwar nachvollziehbar erscheint, wenn das Gericht insoweit eine Betroffenheit des „Arbeitsverhaltens“ ablehnt, zugleich aber nicht recht erkennbar ist, wie sich in diesen Fällen eine Betroffenheit des „Ordnungsverhaltens“ sollte begründen lassen. Dieser Befund lässt aber nur zwei Möglichkeiten: Entweder ist die Rechtsprechung des BAG zu Dienstkleidung und § 5 EFZG abzulehnen (obwohl die Ergebnisse, zu denen das Gericht kommt, um es noch einmal zu sagen, durchaus plausibel erscheinen). Oder man muss nach einem Gesichtspunkt suchen, welcher die entsprechenden Entscheidungen rechtlich tragen kann.

b) Integritätsinteresse des Arbeitgebers

Dieser Gesichtspunkt wird nun in der Tat in seinen Umrissen erkennbar, wenn man sich noch einmal klar macht, in welchem Umfang die Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG nach den bisher getroffenen Feststellungen eingreift: Sie greift dann ein, wenn Maßnahmen des Arbeitgebers in Rede stehen, welche dem Schutz des Integritätsinteresses der Belegschaft (bzw. der Belegschaftsangehörigen) dienen, wohingegen der Mitbestimmungstatbestand außer Betracht bleibt, wenn die Maßnahme des Arbeitgebers nur mit seinem Erfüllungsinteres-

²¹⁶ Vgl. hierzu insbes. auch BAG v. 14.11.2012, NZA 2013, 322.

²¹⁷ BAG v. 25.1.2000, AP BetrVG 1972 § 87 Ordnung des Betriebes Nr. 34 (u. B.I.2a bb).

se, also mit seinem Interesse an der vertragsgemäßen Arbeitsleistung im Zusammenhang steht. Diese Einteilung lässt nämlich eine dritte Gruppe von Fällen unberücksichtigt, und zwar die, bei denen es um Maßnahmen geht, bei denen nichts anderes als das Integritätsinteresse des Arbeitgebers (!) in Rede steht.

Genau dieser Fallgruppe sind aber die genannten Fälle zuzuordnen: Was die Problematik der Dienstkleidung betrifft, so dürfte unbestritten sein, dass eine entsprechende Pflicht dem Bereich der Nebenpflichten zuzurechnen ist²¹⁸ (sofern es sich nicht um eine „berufsadäquate“ Kleidung handelt, welche Teil der primären Leistungspflicht der Arbeitnehmerin bzw. des Arbeitnehmers ist).²¹⁹ Genauer gesagt, ist die Verpflichtung zum Tragen einer Dienstkleidung insoweit ein Beispiel für eine Schutz- und Rücksichtnahmepflicht nach § 241 Abs. 2 BGB.²²⁰ Und was die Problematik des § 5 EFZG betrifft, so ist ersichtlich ebenfalls das Integritätsinteresse des Arbeitgebers betroffen, da die Vorschrift nach allgemeiner Auffassung darauf gerichtet ist, Missbrauch im Bereich der Entgeltfortzahlung entgegenzuwirken,²²¹ und mit dieser Zielsetzung erkennbar die Vermögensinteressen des Arbeitgebers im Auge hat, der vor einer ungerechtfertigten Inanspruchnahme durch den eine Krankheit nur Vortäuschenden geschützt werden soll.

c) Mitbestimmungspflicht: Rechtliche Gesichtspunkte

Damit ist allerdings für die Lösung der Problematik nur der erste Schritt getan. Denn dass Maßnahmen des Arbeitgebers in den genannten Fällen dem Schutz seines Integritätsinteresses dienen (und nicht dem Schutz des Integritätsinteresses von Angehörigen der Belegschaft), besagt ja noch nicht, dass diese der Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG unterfallen.

²¹⁸ Vgl. nur MünchKomm/v. *Hoyningen-Huene*, 4. Aufl. 2016, § 59 HGB Rn. 258 (i. H. a. Handlungsgehilfen); *Grager*, in: Moll (Hg.), Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, 4. Aufl. 2017, § 15 Rn. 5.

²¹⁹ Vgl. nur *Fischer*, NZA-RR 2015, 169 (171), der folgerichtig ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG dann bejaht, wenn „der Arbeitgeber die allgemeine Erwartungshaltung für seine spezifischen Bedürfnisse und Anforderungen konkretisiert und diese Konkretisierung über Selbstverständlichkeiten hinausgeht“.

²²⁰ Vgl. *Reichold*, in: Kiel/Lunk/Oetker (Hg.), Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. 1: Individualarbeitsrecht I, 4. Aufl. 2018, § 53 Rn. 15 u. § 55 Rn. 19.

²²¹ Vgl. nur *ErfKomm/Reinhard*, 20. Aufl. 2020, § 5 EFZG Rn. 2.

Dass in derartigen Fällen ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG zu bejahen ist, ergibt sich nun aber aus den Feststellungen, welche oben zu den Charakteristika von weiteren Verhaltenspflichten im Bereich von Arbeitsverhältnissen getroffen wurden.²²² Diese liegen, um dies noch einmal in Erinnerung zu rufen, zum einen darin, dass von derartigen Pflichten der Arbeitnehmerin bzw. des Arbeitnehmers eine im Vergleich zu anderen Schuldnern weit überproportionale „Belastungswirkung“ ausgeht, weil der Arbeitgeber den Schutz seiner Interessen aufgrund seines Weisungsrechts nach § 106 S. 2 BGB durch einseitige Fixierung von Verhaltensanforderungen „in das Vorfeld“ aktueller Schädigungen verlegen kann. Und sie liegen zum anderen auch darin, dass sich mit Blick auf entsprechende Maßnahmen des Arbeitgebers äußerst diffizile Wertungsfragen stellen, da es nicht nur die beiderseitigen Interessen sorgfältig abzuwägen gilt (und zwar, wie man zugleich hinzufügen sollte, nicht selten in hochgradig grundrechtsrelevanten Bereichen), sondern sich stets auch die Frage nach der Verhältnismäßigkeit dieser Maßnahmen stellt, welche dem Rechtsanwender „naturgemäß“ erhebliche Wertungsspielräume lässt. Beides weist nun aber in die Richtung einer Bejahung eines Mitbestimmungsrechts des Betriebsrats: die Schwierigkeit der rechtlichen Bewertung der Zulässigkeit der Maßnahme, weil es sachgerecht erscheint, den Betriebsrat in diese Aufgabe einzuschalten, und die potentiell erheblichen Belastungen für die Arbeitnehmerseite, weil es unter diesem Gesichtspunkt außerordentlich nahe liegt, deren Eintritt von einer zusätzlichen „Sicherung“ durch die Mitbestimmung des Betriebsrats abhängig zu machen. Den letztgenannten Gesichtspunkt kann man auch anders ausdrücken: Dem Arbeitgeber auch „hinsichtlich der Ordnung und des Verhaltens der Arbeitnehmer im Betrieb“ ein Weisungsrecht einzuräumen, wie § 106 S. 2 GewO dies tut, erscheint durchaus angemessen. Das Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG stellt insoweit aber ein wichtiges Korrektiv dar.

Zusätzlich verstärkt wird diese ein Mitbestimmungsrecht bejahende Sichtweise dadurch, dass in den Fällen des § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG sehr häufig Persönlichkeitsrechte „auf dem Spiel stehen“. Dies gilt etwa für die eben angesprochene Problematik der Anordnung des Tragens von Dienstkleidung, wo der Schutz des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer überragende Bedeutung hat:²²³ Auch wenn man vielleicht nicht so weit

²²² Vgl. oben (III.3b u. c).

²²³ Wobei man von einem „Recht des Arbeitnehmers auf Gestaltung seines Äußeren“ (so *Wiese*, UFITA 192, 145 (172 f.)) als Ausprägung des Allgemeinen Persönlichkeits-

gehen will anzunehmen, dass „Kleider Leute machen“, berührt die Verpflichtung, eine Dienstkleidung zu tragen, das Persönlichkeitsrecht in erheblicher Weise, weil das Tragen bestimmter Kleider (und Accessoires) unzweifelhaft eine wichtige Form des Ausdrucks der Persönlichkeit darstellt. Dementsprechend stellt sich in diesen Fällen in der Tat die Aufgabe, „eine vernünftige Balance zwischen den betrieblichen Ansprüchen und der Individualität der Arbeitnehmer“ zu finden.²²⁴ Und dass in diese Aufgabe der Betriebsrat eingeschaltet werden muss, ergibt sich ganz einfach daraus, dass andernfalls ein eklatanter Wertungswiderspruch zu § 75 Abs. 2 BetrVG droht, wonach „Arbeitgeber und Betriebsrat (...) die freie Entfaltung der Persönlichkeit der im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer zu schützen und zu fördern (haben)“. Denn mit der Statuierung einer gemeinsamen Verantwortung der Betriebspartner für den Schutz des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer wäre es schlicht nicht zu vereinbaren, wenn dem Betriebsrat ein Mitbestimmungsrecht gerade dann vorenthalten würde, wenn es um Maßnahmen zur Steuerung von Verhalten geht, obwohl gerade das Verhalten einer Person der Ausdruck ihrer Persönlichkeit ist.²²⁵ Dementsprechend greift ein Mitbestimmungsrecht bei der Anordnung des Tragens von Dienstkleidung ebenso ein wie z.B. dann, wenn der Arbeitgeber die Verwendung bestimmter Begrüßungs- oder Verabschiedungsformeln vorschreibt.²²⁶

3. Abgrenzungsfragen

Damit steht man nun allerdings, nach der Abgrenzung des „Arbeitsverhaltens“ vom „Ordnungsverhalten“, vor einer weiteren Abgrenzungsaufgabe und zwar einer solchen, die ungleich schwieriger ist als jene. Denn während sich das „Ordnungsverhalten“ verhältnismäßig leicht fassen lässt, weil es stets dann zu bejahen ist, wenn das Integritätsinteresse Dritter berührt ist, bleibt das das In-

rechts sprechen mag; vgl. hierzu auch *Kreutz/Jacobs*, GK-BetrVG, 11. Aufl. 2018, § 75 Rn. 129.

²²⁴ So *Fischer*, NZA-RR 2015, 169 (171); ähnlich *Brose/Greiner/Preis*, NZA 2011, 369 (370): „Geboten ist im Sinne einer praktischen Konkordanz (...) stets eine Abwägung zwischen dem Arbeitgeberinteresse an der Verhaltensregel und dem Interesse des Arbeitnehmers am Schutz seiner Persönlichkeit“.

²²⁵ Zu unterstreichen ist insoweit, dass § 75 Abs. 2 BetrVG nach allg. Auffassung nicht nur gegenüber gemeinsamen Maßnahmen von Arbeitgeber und Betriebsrat, sondern (gerade) auch gegenüber Einzelmaßnahmen der jeweils anderen Seite eingreift; vgl. nur *Kreutz/Jacobs*, GK-BetrVG, 11. Aufl. 2018, § 75 Rn. 106 m.w.N.

²²⁶ Zutreffend *DKKW/Klebe*, § 87 Rn. 62 (mit dem Bsp. des Einzelhandels).

tegritätsinteresse des Arbeitgebers während Verhalten der Arbeitnehmerin bzw. des Arbeitnehmers, ebenso wie ihr/sein „Arbeitsverhalten“, dem Verhältnis von Arbeitgeber und Arbeitnehmerin bzw. Arbeitnehmer verhaftet, so dass die personale Zuordnung des Interesses als Abgrenzungskriterium von vornherein ausscheidet. Demzufolge kommt man nicht umhin, Erfüllungs- und Integritätsinteresse inhaltlich abzugrenzen und genau diese Aufgabe kann sich im Einzelfall als durchaus schwierig erweisen.

a) **Bürgerlich-rechtliche Betrachtung**

Dabei empfiehlt sich erneut ein Blick auf das allgemeine Zivilrecht. Denn mit der Frage der Abgrenzung von Erfüllungsinteresse und Integritätsinteresse des Arbeitgebers ist im Grunde kein anderes Problem aufgeworfen als das, wie sich die Rücksichtspflichten nach § 241 Abs. 2 BGB von den Nebenleistungspflichten nach § 241 Abs. 1 BGB unterscheiden lassen. Diese Diskussion kann an dieser Stelle nicht aufgerollt (und noch viel weniger entschieden werden). Ein Seitenblick auf die Auseinandersetzung erscheint indes durchaus lohnend und zwar zum einen deshalb, weil er eben in der Tat geeignet ist, die grundsätzliche Natur der Problematik zu verdeutlichen, und zum anderen und v.a. auch deshalb, weil er Hinweise darauf liefert, wie die Abgrenzung zwischen Erfüllungs- und Integritätsinteresse auch für die Zwecke dieser Untersuchung vorgenommen werden sollte. Was den erstgenannten Gesichtspunkt betrifft, so ist darauf hinzuweisen, dass die Frage der Abgrenzung von Leistungs- und Rücksichtspflichten die Zivilrechtswissenschaft seit langem beschäftigt, ohne dass die Abgrenzungsfrage bislang einer allseits befriedigenden Lösung hätte zugeführt werden können. Vielmehr ist man sich weithin einig, dass die Grenzen zwischen den beiden Pflichten(kreisen) „fließend und deshalb oft schwer zu bestimmen (sind)“.²²⁷ Was den letztgenannten Gesichtspunkt anbelangt, so zeigt sich, dass Versuchen, eine Unterscheidung etwa nach dem Merkmal der selbständigen Klagbarkeit oder nach dem Zeitpunkt der Fixierung der jeweiligen Pflicht bis heute ohne breite Akzeptanz geblieben sind.²²⁸ Vielmehr besteht im Schrifttum ein gewisser Konsens darüber, dass die jeweilige Zielsetzung der Pflicht jedenfalls das „wichtigste Unterscheidungskriterium“ darstellt²²⁹ und „interessengerechte Lösungen“ nur aufgrund einer „wertende[n] Einzelfallbetrachtung“ zu

²²⁷ So Staudinger/Olzen, 2015, § 241 BGB Rn. 162.

²²⁸ Vgl. nur Staudinger/Olzen, 2015, § 241 BGB Rn. 158 ff. (m.w.N.).

²²⁹ So Staudinger/Olzen, 2015, § 241 BGB Rn. 161.

gewinnen sind, bei der man fragt, „ob die jeweils betroffene Pflicht das Leistungs- oder das Integritätsinteresse schützt“.²³⁰

Im Übrigen ist aber eine Betrachtung der allgemeinen zivilrechtlichen Diskussion der Abgrenzungsproblematik aus arbeitsrechtlicher Sicht (oder besser: aus mitbestimmungsrechtlicher Sicht) eher ernüchternd. Dies gilt zunächst für die Entscheidung der Abgrenzungsfrage selbst. Denn wenn dabei auch darauf abgestellt wird, ob die jeweils eintretenden Rechtsfolgen „passen“,²³¹ dann mag das vertragsrechtlich betrachtet legitim sein, erscheint aber aus mitbestimmungsrechtlicher Sicht höchst unbefriedigend. Und wenn insoweit zusätzlich die „Testfrage“ ins Spiel gebracht wird, „ob die in Rede stehende Pflicht anfänglich konkret fixiert (tendenziell Leistungspflicht) oder situativ im Laufe der Sonderbeziehung aktualisiert wird (tendenziell Nebenpflicht),²³² dann ist für die hier in Rede stehende Problematik wieder nichts gewonnen, weil es dabei stets um Fälle geht, in denen das entsprechende Verhalten gerade nicht anfänglich konkret fixiert war, sondern erst später durch eine Anordnung des Arbeitgeber „situativ aktualisiert“ wird. Bei alledem sticht zugleich die besondere Bedeutung der Abgrenzungsfrage für den Bereich des Arbeitsrechts ins Auge: Während diese im allgemeinen Zivilrecht als überschaubar gilt,²³³ ist sie im vorliegenden Zusammenhang gar nicht hoch genug einzuschätzen, da sich eben genau an dieser Frage entscheiden muss, ob hinsichtlich einer bestimmten Maßnahme des Arbeitgebers ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats eingreift oder nicht.

b) Arbeitsrechtliche Betrachtung

Dementsprechend dringlich ist denn auch die Aufgabe, Maßstäbe für die Abgrenzung von Erfüllungs- und Integritätsinteresse des Arbeitgebers zu finden. Dabei mag es hilfreich sein, die Problematik an einem Beispiel zu verdeutlichen, welches einer der oben vorgestellten Entscheidungen des BAG entnommen ist.

²³⁰ So Staudinger/Olzen, 2015, § 241 BGB Rn. 162; ähnlich *Sutschet*, in; Bamberger/Roth/Hau/Poseck, BeckOK BGB, 52. Edition 2020, § 241 BGB Rn. 42. MünchKomm/Bachmann, 8. Aufl. 2019, § 241 BGB Rn. 62 bezeichnet die Abgrenzung anhand des berührten Interesses immerhin als „zielführender“.

²³¹ So MünchKomm/Bachmann, 8. Aufl. 2019, § 241 BGB Rn. 63; vgl. auch ebda. Rn. 64: „Für die Einordnung (...) sollte daher im Zweifelsfall nicht der Leistungscharakter einer Pflicht entscheidend sein, sondern der *Blick auf die Rechtsfolge*“ [Hervorhebung im Original].

²³² MünchKomm/Bachmann, 8. Aufl. 2019, § 241 BGB Rn. 62 [Hervorhebungen im Original].

²³³ Vgl. nur MünchKomm/Bachmann, 8. Aufl. 2019, § 241 BGB Rn. 63 (m.w.N.).

In dieser Entscheidung ging es um die Anordnung eines Arbeitgebers gegenüber Sachbearbeitern, in Geschäftsbriefen zukünftig auch ihre Vornamen anzugeben.²³⁴ Ob man in einem derartigen Fall ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG bejaht, hängt ersichtlich davon ab, wie man das den Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern abverlangte Verhalten einordnet: Sieht man hierin einen (potentiellen) Teil der von ihnen geschuldeten Arbeitsleistung, ist die Anordnung mitbestimmungsfrei. Qualifiziert man es demgegenüber als über die Erfüllung der Arbeitspflicht hinausgehendes, weiteren Interessen des Arbeitgebers dienendes Verhalten, stellt sich die Anordnung als mitbestimmungspflichtig dar, sofern man dabei auch den Bereich der Nebenleistungspflichten i.S.d. § 241 Abs. 1 BGB verlässt. Dass Anordnungen des Arbeitgebers, die sich auf diese richten, nicht anders behandelt werden können als Weisungen bezüglich der Arbeitspflicht, ergibt sich allein schon daraus, dass das „leistungsbezogene Verhalten“ (als Gegenstand der Nebenleistungspflichten) ebenso wie das „Leistungsverhalten“ im Zusammenhang mit dem Erfüllungsinteresse des Arbeitgebers stehen (und beide letztlich ihre Grundlage in einer, ggf. ergänzenden oder erweiternden, Auslegung des Leistungsversprechens finden).

Was nun aber die Abgrenzung zwischen Erfüllungsinteresse und Integritätsinteresse besonders schwierig macht, ist der Umstand, dass zu den Nebenpflichten des § 241 Abs. 2 BGB eben nicht nur die Pflicht zur Rücksichtnahme auf Rechte und Rechtsgüter, sondern auch die Pflicht zur Rücksichtnahme auf dessen Interessen zählt.²³⁵ Damit ergibt sich nämlich in Fällen wie dem gerade angesprochenen das Problem, dass man entscheiden muss, ob ein bestimmtes Verhalten bereits als Arbeitsverhalten geschuldet wird, oder ob es nur geschuldet wird, weil die Arbeitnehmerin bzw. der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber „leistungsunabhängig“ zur Rücksicht auf seine Unternehmensziele verpflichtet ist,²³⁶ wobei über die eine wie die andere Frage letztlich nach den Maßstäben von Treu und Glauben zu entscheiden ist.²³⁷

²³⁴ BAG v. 8.6.1999, AP BetrVG 1972 § 87 Ordnung des Betriebes Nr. 31.

²³⁵ Dabei ist das Wörtchen „kann“ im Zusammenhang mit § 241 Abs. 2 BGB so zu verstehen, dass die Existenz derartiger Pflichten vom jeweiligen Inhalt des Schuldverhältnisses abhängt und somit in jedem Einzelfall „begründungsbedürftig“, also nicht zwingend vorgegeben ist; vgl. Staudinger/Olzen, 2015, § 241 BGB Rn. 419.

²³⁶ Näher zu den sog. „leistungsunabhängigen Treuepflichten“ Staudinger/Olzen, 2015, § 241 BGB Rn. 513 ff.

²³⁷ Vgl. oben unter III. 2b) aa) bzw. III. 2b) bb).

Wendet man diese Maßstäbe auf den vom BAG entschiedenen Fall an, dann zeigt sich allerdings, dass das Gericht eine Mitbestimmungspflicht zurecht verneint hat. Dies ergibt sich allein schon daraus, dass eine Anordnung zur vollen Namensnennung eine bloße Modalität der Arbeitsleistung betrifft, da es geradezu absurd wäre, wenn man im Zusatz des Vornamens eine eigenständige Leistung der Arbeitnehmerin bzw. des Arbeitnehmers sehen wollte.²³⁸ Insoweit kann man zusätzlich auch darauf abstellen, dass das BAG, wenn auch in einem anderen rechtlichen Zusammenhang einen einheitlichen Arbeitsvorgang bejaht, wenn „Arbeitsleistungen (einschließlich Zusammenhangsarbeiten) ... bezogen auf den Aufgabenkreis des Angestellten, zu einem bei natürlicher Betrachtung abgrenzbaren Arbeitsergebnis führen“.²³⁹ In jedem Fall ist aber der Zusammenhang mit der Arbeitsleistung so eng, dass ein Mitbestimmungsrecht verneint werden muss, da dieses nach dem eben Gesagten nur dann besteht, wenn das Verlangen des Arbeitgebers die Verpflichtung zur Arbeitsleistung geradezu sprengen würde. Um es anders zu wenden: Die volle Namensnennung ist von der Leistungserwartung eines billig und gerecht denkenden Arbeitgebers gedeckt. Den Gedanken, dass die Arbeitnehmerin bzw. der Arbeitnehmer in ihrem/seinem Verhalten in gewissem Umfang auch das Unternehmensinteresse zu berücksichtigen hat, muss man insoweit nicht strapazieren, weshalb die entsprechende Anordnung des Arbeitgebers erkennbar nur die Erfüllung des Leistungsversprechens sichert (Erfüllungsinteresse bzw. status ad quem) und in keinem Zusammenhang mit seinem Integritätsinteresse (status quo) steht.

Letzte Zweifel, die an diesem Ergebnis bestehen mögen, dürften damit zu tun haben, dass eine Gestaltung wie diese ersichtlich eine persönlichkeitsrechtliche Dimension aufweist. Denn die Anordnung zur vollen Namensnennung berührt die Interessen der betroffenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer weniger deshalb, weil ihnen damit eine zusätzliche Leistung abverlangt würde, sondern vielmehr deshalb, weil sie dem Interesse an einer gewissen Anonymität entgegensteht. Indes reicht es für ein Eingreifen der Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG eben nicht aus, dass eine Maßnahme Persönlichkeitsrechte be-

²³⁸ Vgl. insoweit etwa auch BAG v. 28.2.2018 (u. Rn. 24), BAGE 161, 81. „Zur Tätigkeit rechnen dabei auch die Zusammenhangstätigkeiten. Das sind solche, die aufgrund ihres engen Zusammenhangs mit bestimmten Aufgaben einer/s Beschäftigten bei der tariflichen Bewertung zwecks Vermeidung tarifwidriger ‚Atomisierung‘ der Arbeitseinheiten nicht abgetrennt werden dürfen, sondern diesen zuzurechnen sind“.

²³⁹ So BAG v. 9.7.1997, AP BAT-O § 22, 23 Nr. 7; vgl. insoweit auch *Treber*, in: Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 18. Aufl. 2019, § 64 Rn. 44.

rührt,²⁴⁰ und dementsprechend muss es dabei bleiben, dass insoweit eine Mitbestimmungspflicht nicht besteht. Ob die Anordnung individualrechtlich zulässig ist, steht ohnehin auf einem anderen Blatt.

4. Ergebnis zur Reichweite des Mitbestimmungs- tatbestands

Fasst man das Gesagte an dieser Stelle zusammen, dann ergibt sich, dass ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG in zwei Fällen zu bejahen ist, nämlich zum einen dann, wenn eine Maßnahme des Arbeitgebers auf das „Ordnungsverhalten“ der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer bzw. den Schutz ihres Integritätsinteresses zielt, und zum anderen dann, wenn die Maßnahme ein Verhalten der Arbeitnehmerin bzw. des Arbeitnehmers zum Gegenstand hat, welches diesem ein bestimmtes Verhalten zum Schutz des Integritätsinteresses des Arbeitgebers abverlangt. Mitbestimmungsfrei sind demgegenüber Maßnahmen bezüglich des „Arbeitsverhaltens“, welche ausschließlich durch das Leistungsinteresse des Arbeitgebers bestimmt werden. Dabei ergibt sich ein Gleichklang zwischen § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG und dem fast wortgleichen § 106 S. 2 GewO: Nach der letztgenannten Bestimmung hat der Arbeitgeber ein Weisungsrecht (auch) hinsichtlich „der Ordnung und des Verhaltens der Arbeitnehmer im Betrieb“; nach der erstgenannten Bestimmung hat er dabei aber eben stets das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats zu beachten.²⁴¹

Dass das Merkmal „Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb“ eine eigenständige Bedeutung hat, welche über die Gestaltung des Zusammenlebens der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer im Betrieb hinausgeht, hat nun übrigens die Konsequenz, dass es unzutreffend ist, wenn man, wie das BAG dies tut,²⁴² ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG ausschließt, wenn von einer Maßnahme nur das Verhältnis von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer

²⁴⁰ Tendenzuell anders demgegenüber DKW/Klebe, § 87 Rn. 57.

²⁴¹ Vgl. insoweit auch Staudinger/Rieble, 2015, § 315 BGB Rn. 813 mit der Folgerung, dass der Arbeitgeber hier „kraft Weisung dasjenige festlegen (...) kann, wozu er sonst nach § 87 Abs 1 Nr 1 BetrVG den Betriebsrat braucht“.

²⁴² Vgl. nur BAG v. 24.3.1981, AP BetrVG 1972 § 87 Arbeitssicherheit Nr. 2 (u. II.1c), wonach aus dem Mitbestimmungstatbestand alle Maßnahmen ausscheiden, „die das Verhalten des Arbeitnehmers betreffen, das einen solchen Bezug zur betrieblichen Ordnung nicht hat, sei es, dass es sich auf die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers bezieht oder dass es in sonstiger Weise lediglich das Verhältnis Arbeitnehmer/Arbeitgeber betrifft“.

und Arbeitgeber berührt ist. In Wirklichkeit kommt ein Mitbestimmungsrecht auch in diesen Fällen in Betracht, soweit nämlich die Maßnahme dem Integritätsinteresse des Arbeitgebers dient und auf weitere Verhaltenspflichten (i.S.d. § 241 Abs. 2 BGB) zielt.

V. Einzelfälle

Im Folgenden ist zu untersuchen, welche Auswirkungen die oben vorgenommene Neubestimmung des Mitbestimmungstatbestands nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG hat. Dabei wird sich zugleich zeigen müssen, ob sich diese angesichts der in der Praxis auftretenden Fälle bewährt.

1. Arbeitstechnische Einrichtung und Organisation des Betriebs und des Arbeitsablaufs

Weitgehende Übereinstimmung herrscht hinsichtlich der Frage, ob § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG auch die „arbeitstechnische Einrichtung und Organisation des Betriebs und des Arbeitsablaufs“²⁴³ erfasst. Die Frage wird im Schrifttum fast allgemein verneint²⁴⁴ und auch das BAG hat sich in diesem Sinne geäußert. So hat das Gericht etwa ein Mitbestimmungsrecht hinsichtlich der Frage, wo der Arbeitgeber eine Beschwerdestelle nach § 13 Abs. 1 S. 1, 12 Abs. 5 S. 1 AGG errichtet, dezidiert verneint und zwar mit der Begründung, dass es sich insoweit nicht um eine Frage der Ordnung des Betriebs oder des Verhaltens der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer im Betrieb, sondern um eine „mitbestimmungsfreie organisatorische Entscheidung des Arbeitgeber“ handele.²⁴⁵

Dies verdient Zustimmung. Denn Voraussetzung für ein Eingreifen des § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG ist nach dem oben Gesagten,²⁴⁶ dass der Arbeitgeber eine Steuerung des Arbeitnehmerverhaltens bezweckt.²⁴⁷ Dies ist aber bei rein organisatorischen Maßnahmen von vornherein nicht der Fall:²⁴⁸ Dass diese bestimm-

²⁴³ So *Wiese*, GK-BetrVG, 11. Aufl. 2018, § 87 Rn. 180.

²⁴⁴ Vgl. nur die Nachw. bei *Wiese*, GK-BetrVG, 11. Aufl. 2018, § 87 Rn. 180.

²⁴⁵ BAG v. 21.7.2009, AP AGG § 13 Nr. 1.

²⁴⁶ Vgl. unter IV. 1c) aa).

²⁴⁷ Zutreffend daher BAG v. 21.7.2009, AP AGG § 13 Nr. 1 (u. Rn. 23) wo das Gericht auf Regelungen abhebt, „die das Verhalten der Belegschaft im Betrieb beeinflussen und koordinieren sollen“.

²⁴⁸ A. A. *DKW/Klebe*, § 87 Rn. 63. Noch viel weniger kann aber ein Mitbestimmungsrecht eingreifen, wenn es um die personelle Besetzung einer Beschwerdestelle geht. Auch insoweit verdient die Entscheidung des BAG v. 21.7.2009 daher volle Zu-

te Auswirkungen haben mögen,²⁴⁹ bedeutet nicht, dass sie objektiv ein bestimmtes Verhalten bezwecken. Dementsprechend besteht z.B. auch bei der Einrichtung eines Werkschutzes und der Entscheidung über dessen Aufgabenbereich kein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats.²⁵⁰ Anders zu entscheiden ist aber selbstverständlich, soweit es nicht nur um die Entscheidung über die Einrichtung eines Werkschutzes, sondern um die Begründung konkreter Befugnisse der Werkschutzangehörigen gegenüber der Belegschaft geht.²⁵¹ Denn diesen Befugnissen entsprechen, vertragsrechtlich gesehen, Duldungspflichten, wenn nicht gar Mitwirkungspflichten der Betriebsangehörigen (z.B. die Pflicht zum Vorzeigen von Ausweisen) und diese lassen sich nur unter Beachtung des Mitbestimmungsrechts nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG wirksam begründen.

Dass die Maßnahme des Arbeitgebers auf eine Verhaltenssteuerung gerichtet sein muss, wenn sie der Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG unterworfen sein soll, wird auch in anderen Zusammenhängen vielfach übersehen. So ist etwa die Entscheidung, ob der Zutritt zum Betrieb uneingeschränkt erfolgen oder nur mit Hilfe eines Schlüssels oder einer codierten Ausweiskarte möglich sein soll, mitbestimmungsfrei.²⁵² Denn zwar mag das Letztere deutlich lästiger sein als das Erstere. Doch ist allein entscheidend, ob der Arbeitgeber die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer mit seiner Maßnahme zu einem gewissen Verhalten veranlassen will. Dies ist aber vorliegend nicht der Fall, da der Arbeitgeber hier weder „Vorschriften macht“, noch Anreize für ein bestimmtes Verhalten setzt, sondern schlicht Fakten schafft, wozu er als Eigentümer bzw. Inhaber auch ohne Weiteres berechtigt ist.

stimmung; vgl. BAG v. 21.7.2009, AP AGG § 13 Nr. 1 (u. Rn. 27). Dass organisatorische Maßnahmen den (schwächeren) Mitbestimmungsrechten der §§ 90, 91 BetrVG unterfallen, wie das BAG zu Recht sagt (BAG, ebda. u. Rn. 23), steht auf einem anderen Blatt.

²⁴⁹ Etwa mit Blick auf die „Effektivität des Verfahrens“, so DKW/Klebe, § 87 Rn. 63.

²⁵⁰ So auch bei *Wiese*, GK-BetrVG, 11. Aufl. 2018, § 87 Rn. 198 (m.w.N.), allerdings mit unzutreffender Zuordnung derartiger Maßnahmen zur Problematik der „Sachherrschaft“.

²⁵¹ Missverständlich daher *Wiese*, GK-BetrVG, 11. Aufl. 2018, § 87 Rn. 198, der allerdings ein Mitbestimmungsrecht letztlich zurecht bejaht; ebda. Rn. 199. Zutreffend DKW/Klebe, § 87 Rn. 68.

²⁵² Vgl. nur *Wiese*, GK-BetrVG, 11. Aufl. 2018, § 87 Rn. 181 (m.w.N.).

2. Sachherrschaft des Arbeitgebers²⁵³

Kein Mitbestimmungsrecht besteht auch dann, wenn der Arbeitgeber „lediglich Ansprüche aus seiner Sachherrschaft an den Betriebsmitteln geltend macht“.²⁵⁴ Für die Fälle, in denen der Arbeitgeber nicht mehr verlangt, als die in seinem Eigentum stehenden Betriebsmittel nicht zu beschädigen oder zu zerstören, scheidet eine Mitbestimmungspflicht allein schon deshalb aus, weil der Arbeitgeber damit weder eine eigenständige Verpflichtung begründet noch einen Anreiz setzt, der nicht schon im bestehenden Recht angelegt wäre. Man kann sogar noch einen Schritt weiter gehen: Da der Arbeitgeber insoweit nur die Verpflichtung der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in Bezug nimmt, sein Eigentum oder Besitzrecht zu respektieren, weist er diese nur auf deren rechtlichen Schutz hin, sodass es von vornherein „gar nichts mitzubestimmen gibt“.

Allerdings dürfte es in der Praxis eher selten sein, dass sich der Arbeitgeber damit begnügt, seinen Beschäftigten die Rechtslage abstrakt aufzuzeigen. Verlangt der Arbeitgeber aber z.B., „alles zu unterlassen, was zu einem Brand führen könnte“, oder spricht er das Verbot aus, „Schuhe mit Pfennigabsätzen zu tragen“, so zielt dies auf die Begründung eigenständiger Pflichten zum Schutz seines Integritätsinteresses, sodass der Betriebsrat nach dem oben Gesagten mitzubestimmen hat.²⁵⁵

Kein Mitbestimmungsrecht besteht demgegenüber dann, wenn der Arbeitgeber die Arbeitnehmerin bzw. den Arbeitnehmer als Eigentümer oder rechtmäßiger Besitzer einer Sache von deren Gebrauch ausschließt. Zu denken ist insoweit z.B. daran, dass der Arbeitgeber Diensttelefone für den privaten Gebrauch sperrt oder die Nutzung des betrieblichen Internet-Zugangs für andere als dienstliche Zwecke verbietet. Zwar richten sich derartige Maßnahmen des Arbeitgebers auf ein Unterlassen. Doch verpflichten sie die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer damit zu nichts, zu dem sie nicht ohnehin schon verpflichtet wären.²⁵⁶ Gestattet der Arbeitgeber demgegenüber die private Nutzung z.B.

²⁵³ So die Überschrift bei *Wiese*, GK-BetrVG, 11. Aufl. 2018, Rn. 192 ff.

²⁵⁴ So *Wiese*, GK-BetrVG, 11. Aufl. 2018, § 87 Rn. 192.

²⁵⁵ Beide Bsp. bei *Wiese*, GK-BetrVG, 11. Aufl. 2018, § 87 Rn. 193.

²⁵⁶ Insoweit ist nur daran zu erinnern, dass zu den Eigentumsverletzungen i.S. von § 823 Abs. 1 BGB anerkanntermaßen auch Störungen im Besitz gelten; vgl. nur *Larenz/Canaris*, Schuldrecht II/2, 13. Aufl. 1994, § 76 II 3b). Dementsprechend ist der maßgebliche Gesichtspunkt, dass der Eigentümer nach § 903 S. 1 BGB „andere von jeder Einwirkung ausschließen (kann)“; schiefe daher *Wiese*, GK-BetrVG, 11. Aufl. 2018, § 87 Rn. 195, der darauf abhebt, dass der Arbeitnehmer „keinen Anspruch“ auf Nutzung habe.

eines Diensttelefons und regelt dabei zugleich die Modalitäten dieser Nutzung, so tritt insoweit nach h.M. eine Mitbestimmungspflicht ein.²⁵⁷ Dies ist auch zutreffend und ergibt sich bei Zugrundelegung des hier vertretenen Standpunkts zwanglos daraus, dass der Arbeitgeber mit derartigen Regelungen sein Recht an der freien Nutzung und Verwendung der Telefone und damit sein Integritätsinteresse wahren will. Vom Boden der h.M. lässt sich dieses Ergebnis demgegenüber nur schwer begründen, da eine derartige Maßnahme weder auf das Arbeits- noch auf das Ordnungsverhalten zielt. Ebenso wie für Regelungen über die Nutzung von Diensttelefonen ist auch zu entscheiden, wenn der Arbeitgeber eine private Internetnutzung erlaubt, aber deren Modalitäten regelt. Dies schließt soziale Medien mit ein.²⁵⁸

Von vornherein anders zu beurteilen ist der Fall, dass der Arbeitgeber einen Unterlassungsanspruch nach § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB geltend macht. Ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats besteht hier nicht. Dies ergibt sich einerseits daraus, dass sich ein derartiges Verlangen „definitionsgemäß“ an eine bestimmte Person richtet und somit kein kollektiver Tatbestand gegeben ist (wie ihn § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG aber voraussetzt). Und dies ergibt sich andererseits auch daraus, dass auch hier weder von der Begründung einer (selbständigen) Verpflichtung noch vom Setzen eines Anreizes ernstlich die Rede sein kann.

3. Maßnahmen des Arbeitgebers mit Bezug auf die Arbeitspflicht

Was Maßnahmen des Arbeitgebers mit Bezug auf die Arbeitspflicht betrifft, so ist daran zu erinnern, dass das BAG in seiner Rechtsprechung zum BetrVG 1952 eine Mitbestimmung grundsätzlich nur im Umfang sog. „arbeitsnotwendiger Maßnahmen“ verneint hat; von einer solchen ging es aus, wenn „der einzelne Arbeitnehmer seine Arbeitspflicht ohne die Beachtung der Anordnung nicht ordnungsmäßig erbringen kann“. Diese Formel hat das Gericht in seiner Rechtsprechung zu § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG nicht mehr aufgegriffen und nach einiger Zeit sogar ausdrücklich vom Abstellen auf die „arbeitsnotwendige Maßnahmen“ Abstand genommen.²⁵⁹ Dabei wird in der einschlägigen Entscheidung zwar die Kritik in der Literatur erwähnt, wonach der „Abgrenzungsversuch“

²⁵⁷ Vgl. *Wiese*, GK-BetrVG, 11. Aufl. 2018, § 87 Rn. 197 (m.w.N.), der die Mitbestimmungspflicht daraus ableiten will, dass insoweit ein „Regelungsspielraum“ bestehe.

²⁵⁸ Ebenso *DKW/Klebe* § 87 BetrVG Rn. 67.

²⁵⁹ BAG v. 8.8.1989, AP BetrVG 1972 § 87 Ordnung des Betriebes Nr. 15.

deshalb missglückt sei, „weil er weder eine eindeutige Abgrenzung ermögli- che noch sachgerecht sei.“ Doch scheint der Rechtsprechungswandel weniger hie- rauf als vielmehr auf dem Umstand zu beruhen, dass die Unterscheidung zu einer Einschränkung des Mitbestimmungsrechts des Betriebsrats führt, „wenn arbeitsnotwendige Maßnahmen, die zugleich auf die Ordnung des Betriebs bezogen sind, generell geregelt werden“.²⁶⁰

Indes dürfte der entscheidende Einwand gegen die seinerzeitige Abgrenzung sein, dass das Kriterium der „Arbeitsnotwendigkeit“ schlicht nicht handhabbar ist, ja geradezu in eine Aporie führt. Denn über die „Ordnungsmäßigkeit“ (und d.h. ja wohl: die „Vertragsmäßigkeit“) entscheidet im Umfang des Weisungs- rechts niemand anderes als der Arbeitgeber selbst, so dass man dessen Anord- nung, entgegen der Forderung des BAG („ohne die Beachtung der Anord- nung“) schlicht nicht hinwegdenken kann. Ganz abgesehen davon krankt der früher vom BAG eingenommene Standpunkt aber daran, dass der maßgebliche Wertungsgesichtspunkt offen bleibt. Dieser liegt aber, wie gesehen, darin, dass Maßnahmen mitbestimmungsfrei bleiben, welche ausschließlich das Erfüllungs- interesse des Arbeitgebers widerspiegeln.²⁶¹

Nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG mitbestimmungsfrei sind demnach rein arbeits- technische Anordnungen sowie bloße Konkretisierungen der Arbeitspflicht im Hinblick auf Ort, Zeit, Reihenfolge sowie Art und Weise der Arbeit.²⁶² Das gilt unzweifelhaft für Einzelweisungen, da die Mitbestimmung nur auf kollektive Tatbestände zielt.²⁶³ Doch gilt für generelle Anordnungen nichts anderes. Inso- weit dürfte in der Literatur auch weitgehend Einigkeit herrschen und zwar im Grundsatz zurecht, da der Arbeitgeber bei entsprechenden Maßnahmen eben nur sein Interesse an der Erbringung der Arbeitsleistung im Auge hat und somit in der Tat nur das „Arbeitsverhalten“ betroffen ist.

²⁶⁰ BAG v. 8.8.1989, AP BetrVG 1972 § 87 Ordnung des Betriebes Nr. 15 (u. B.I.1.) unter Hinweis auf *Wiese*.

²⁶¹ Auf die ältere Rechtsprechung des BAG soll an diese Stelle nicht weiter eingegangen werden. Doch ist – speziell zu den vom BAG seinerzeit angenommen Ausnahmen – immerhin so viel zu sagen, dass nicht einzusehen ist, wie eine an sich arbeitsnot- wendige Maßnahme später mitbestimmungspflichtig werden soll.

²⁶² Vgl. nur *Wiese*, GK-BetrVG, 11. Aufl. 2018, § 87 Rn. 207 (m.w.N.).

²⁶³ *Wiese*, GK-BetrVG, 11. Aufl. 2018, § 87 Rn. 205 (m.w.N.).

4. Arbeitsbegleitende Papiere

Lebhaft umstr. ist die Frage nach dem Bestehen eines Mitbestimmungsrechts, wenn der Arbeitgeber anordnet, dass Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer die ordnungsgemäße Ausführung der Arbeit durch arbeitsbegleitende Papiere belegen, sei es, dass sie Arbeitszeitbelege führen, sei es, dass sie die für ein bestimmtes Projekt aufgewendeten Arbeitsstunden eintragen.²⁶⁴ Während ein Eingreifen des § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG vom BAG unter dem Zuspruch der h.M. verneint wird, gehen manche Autoren vom Bestehen eines Mitbestimmungsrechts aus.²⁶⁵ In Wirklichkeit besteht nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG weder im einen noch im anderen Fall eine Mitbestimmungspflicht (was selbstverständlich auch für deren „digitale Entsprechungen“ zu gelten hat²⁶⁶): Für den erstgenannten Fall ergibt sich dies daraus, dass die Anordnung zur Führung von Arbeitszeitbelegen Ausdruck des Arbeitgeberinteresses an einer (vollständigen) Leistung ist und somit allein seinem Erfüllungsinteresse dient. Für den letztgenannten Fall ergibt sich dies daraus, dass es sich insoweit um einen fast klassischen Fall einer Nebenleistungspflicht (i.S.d. § 241 Abs. 1 BGB) handelt. Denn wenn der Arbeitgeber die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer zur Erfassung der für ein bestimmtes Projekt aufgewendeten Arbeitsstunden anhält, dann deshalb, weil ihm andernfalls die Abrechnung mit der Kundin oder dem Kunden unmöglich wäre oder doch jedenfalls außerordentlich schwerfiele. Damit dient die Anordnung aber nichts anderem als der „Erfüllung und Sicherung des Leistungsinteresses“ und aktualisiert lediglich die Verpflichtung des Schuldners, „positiv alles tun, damit der Eintritt des Leistungserfolgs und die Verwirklichung des Vertragszwecks nicht gefährdet oder beeinträchtigt werden“, so dass sie sich als bloße Konkretisierung einer Nebenleistungspflicht i.S.d. § 241 Abs. 1 BGB darstellt.²⁶⁷

5. Rauch- und Alkoholverbote etc.

Grundsätzlich mitbestimmungspflichtig sind Maßnahmen, die dem Schutz von Interessen der Angehörigen der Belegschaft dienen. Diese Maßnahmen bilden sogar den Kernbereich der Mitbestimmung des § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG, da

²⁶⁴ Vgl. insoweit etwa *Wiese*, GK-BetrVG, 11. Aufl. 2018, § 87 Rn. 212 (mit weiteren Beispielen).

²⁶⁵ Vgl. *Wiese*, GK-BetrVG, 11. Aufl. 2018, § 87 Rn. 212 (m. w. N.).

²⁶⁶ § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG bleibt hier außer Betracht.

²⁶⁷ So MünchKomm/*Bachmann*, 8. Aufl. 2019, § 241 BGB Rn. 95.

insoweit erkennbar das Miteinander der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer bzw. ihr Sozialverhalten angesprochen wird, so dass diese, in den Worten des BAG gesprochen, in der Tat auf das „Zusammenleben der Arbeitnehmer“ zielen. Dass der Betriebsrat insoweit mitzubestimmen hat, ergibt sich v.a. daraus, dass er in besonderer Weise qualifiziert ist, den notwendigen Ausgleich der Arbeitnehmerinteressen herbeizuführen.

Dabei drängt sich hier eine Parallele zum Nachbarrecht geradezu auf: So wie sich aus dem „nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnis“ gewisse Rücksichtnahmepflichten ergeben können,²⁶⁸ so stellt sich auch im Betrieb nicht selten die Aufgabe, widerstreitende Interessen der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer zum Ausgleich zu bringen.²⁶⁹ Paradigmatisch sind insofern z.B. Rauchverbote, welche in der Tat eine umfassende „Abwägung der Belange des Betriebes sowie der Raucher und der Nichtraucher“²⁷⁰ verlangen und somit grundsätzlich der Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG unterliegen;²⁷¹ Grenzen der Mitbestimmung ergeben sich insofern allerdings dort, wo Rechtsvorschriften bereits eine abschließende Regelung treffen. Auch mit Blick auf Alkoholverbote ist ein Eingreifen des § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG grundsätzlich zu bejahen. Zwar wird bei derartigen Verboten das Interesse des Arbeitgebers an einer mangelfreien Leistung ein wesentlicher Gesichtspunkt sein. Doch dienen derartige Verbote eben auch dem Schutz der körperlichen Unversehrtheit Dritter, wie nicht zuletzt ein Blick auf 38 Abs. 1 Unfallverhütungsvorschrift „Allgemeine Vorschriften“ (VBG 1) zeigt, wonach sich „Versicherte (...) durch Alkoholgenuß nicht in einen Zustand versetzen (dürfen), durch den sie sich selbst oder andere gefährden können“.²⁷²

²⁶⁸ Vgl. nur MünchKomm/Schubert, 8. Aufl., 2019, § 242 BGB Rn. 216 (m.w.N.).

²⁶⁹ Wobei es selbstverständlich im letztgenannten Fall nicht um die grundsätzlich gleichrangigen Nutzungsinteressen verschiedener Grundstückseigentümer, v.a. aber nicht um unmittelbare Rechtsbeziehungen zwischen den Belegschaftsangehörigen geht.

²⁷⁰ Vgl. BAG v. 19.1.1999, AP BetrVG 1972 § 87 Ordnung des Betriebes Nr. 28 (u. A.II.4d aa); „Erforderlich ist dabei eine umfassende Abwägung der betroffenen Belange. Das Ergebnis hängt im vorliegenden Zusammenhang weitgehend von den Gegebenheiten des Betriebes und seiner Belegschaft ab. Diese zu beurteilen und zu gestalten, ist in erster Linie Sache von Arbeitgeber und Betriebsrat, wie schon § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG deutlich macht“.

²⁷¹ Sofern sie nicht zwingend gesetzlich vorgegeben sind, vgl. hierzu zuletzt etwa LAG Rheinland-Pfalz v. 21.9.2018, BeckRS 2018, 29537.

²⁷² Vgl. dazu auch *Bengelsdorf*, NZA 1999, 1304 (1305); *Reichold*, in: Kiel/Lunk/Oetker (Hg.), Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. 1: Individualarbeitsrecht I, 4. Auflage 2018, § 55 Rn. 21 (u. Fußn. 91).

Nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG mitbestimmungspflichtig ist grundsätzlich auch das Verbot des Radiohörens²⁷³ oder das Verbot, bei der Arbeit zu singen.²⁷⁴ Zwar mag es sein, dass eine entsprechende Abstinenz bereits unter dem Gesichtspunkt der Gewährleistung einer vertragsgemäßen Leistung gefordert ist, weil diese ausreichende Konzentration voraussetzt. Doch dienen entsprechende Verbote regelmäßig zugleich dem Schutz der Arbeitskolleginnen und Arbeitskollegen, so dass ein Mitbestimmungsrecht eingreift, weil für dieses eine „Auch-Betroffenheit“ von Drittinteressen ausreicht.²⁷⁵ Ähnlich liegt es hinsichtlich des Verbots, bei der Arbeit einen Walkman zu tragen, eine Konstellation, welche sich allerdings überlebt haben dürfte. Zwar sind Störungen von Arbeitskolleginnen und Arbeitskollegen insoweit nur bei übermäßiger Lautstärke zu besorgen. Doch ergibt sich ein Mitbestimmungsrecht jedenfalls unter dem Gesichtspunkt der Vermeidung von Unfällen (inkl. einer evtl. Selbstschädigung der Arbeitnehmerin bzw. des Arbeitnehmers).²⁷⁶

Mitbestimmungspflichtig ist auch ein Verbot, am Arbeitsplatz zu essen.²⁷⁷ Dass dieses auch Ausdruck der Verpflichtung zur vertragsgemäßen Leistung ist,²⁷⁸ da die Arbeitnehmerin bzw. der Arbeitnehmer nun einmal „arbeiten und nicht essen soll“, ist ebenso deutlich wie unschädlich, weil das Verbot eben zugleich Sachen des Arbeitgebers vor Verunreinigung schützen (und ggf. auch Arbeitskolleginnen und Arbeitskollegen vor Störungen bewahren) soll.²⁷⁹

²⁷³ So auch BAG v. 14.1.1986, AP BetrVG 1972 § 87 Ordnung des Betriebes Nr. 10.

²⁷⁴ Vgl. zu Singverböten auch *Wiese*, GK-BetrVG, 11. Aufl. 2018, § 87 Rn. 226 (allerdings mit einer unzulässigen Gleichsetzung von Verbot und „Geltendmachung einer Vertragspflicht“).

²⁷⁵ Ähnlich *Wiese*, GK-BetrVG, 11. Aufl. 2018, § 87 Rn. 227; vgl. insoweit auch ArbG München v. 18.11.2015, BeckRS 2015, 73302, das sich insoweit auf BAG v. 14.1.1986, AP BetrVG 1972 § 87 Ordnung des Betriebes Nr. 10 beruft. In der Entscheidung wurde die Mitbestimmungspflichtigkeit eines generellen Verbots der privaten Handynutzung bejaht und zwar mit der Begründung, dass ein derartiges Verbot „in jedem Fall [bedeutet], dass auch Nutzungen untersagt werden, die das BAG ausdrücklich als Fragen der betrieblichen Ordnung angesehen hat“ (ebda. (u. II. 1b aa)).

²⁷⁶ Vgl. auch ArbG Berlin v. 19.11.1990, EZA § 87 BetrVG 1972 Betriebliche Ordnung Nr. 17, wo ein Mitbestimmungsrecht gleichfalls bejaht wurde.

²⁷⁷ So auch LAG Berlin-Brandenburg v. 12.7.2016, BeckRS 2016, 72780 (einstweilige Verfügung).

²⁷⁸ Anders LAG Berlin-Brandenburg v. 12.7.2016, BeckRS 2016, 72780 (u. Rn. 21).

²⁷⁹ A.A. *Bieder*, NZA-RR 2017, 225 (229) mit der Einschätzung, dass ein derartiges Verbot „mit der gleichberechtigten Gestaltung des Zusammenlebens und Zusammenwirkens der Belegschaftsmitglieder durch den Betriebsrat (...) nichts zu tun hat“, und dem Vorwurf einer „pauschalen, überschießenden Regelungstechnik“.

6. Einsatz von Detektiven

Probleme bereitet häufig auch die Anordnung des Einsatzes von Detektiven. Das BAG hat eine entsprechende Anordnung für mitbestimmungsfrei gehalten und zwar mit der Begründung, dass insoweit „überhaupt kein Verhalten der Arbeitnehmer geregelt, ihnen kein bestimmtes Verhalten aufgegeben“ werde. Der Zweck des Einsatzes von Detektiven sei, wie der jeder Überwachung, „lediglich festzustellen, ob die Arbeitnehmer sich bei ihrer Arbeitsleistung so verhalten, wie sie aufgrund ihres Arbeitsvertrages ohnehin verpflichtet sind.“ Und weiter: „Der Umstand, dass Arbeitnehmer in Kenntnis der Tatsache, dass sie bei ihrer Arbeit hinsichtlich ihres Arbeitsergebnisses überwacht werden, ihren Arbeitspflichten sorgfältiger als vielleicht sonst nachkommen, ihr Arbeitsverhalten vertragsgemäß gestalten, führt nicht dazu, dass eine Überwachung von Arbeitnehmern bei ihrer Arbeitsleistung der Mitbestimmung des Betriebsrats unterliegt“.²⁸⁰

Selbst wenn man einmal davon absieht, dass es widersprüchlich ist, wenn man einerseits annimmt, dass gar kein Verhalten geregelt werde und andererseits offenbar doch das Arbeitsverhalten als berührt ansieht, verdient die Entscheidung keine Zustimmung. Das Gericht verkennt nämlich, dass es dem Arbeitgeber vorliegend nicht um sein Erfüllungsinteresse, sondern um sein Integritätsinteresse ging.²⁸¹ Ob es gerechtfertigt ist, bei dessen Schutz zum Mittel des Einsatzes von Detektiven zu greifen, kann aber nur aufgrund einer umfassenden Interessenbewertung (insbesondere am Maßstab der Verhältnismäßigkeit) entschieden werden und in diese Bewertung ist der Betriebsrat miteinzubeziehen.²⁸²

7. Kundenbefragungen und Testkäufe, Whistleblowing

Lebhaft umstritten ist, ob Kundenbefragungen, welche Aufschlüsse über das Verhalten der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer geben sollen, der Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG unterliegen. Dasselbe gilt für den Ein-

²⁸⁰ BAG v. 26.3.1991, AP BetrVG 1972 § 87 Überwachung Nr. 21 (u. B.II.1b), wo das Gericht allerdings dennoch meint, dass durch die Maßnahme gegenüber den Arbeitnehmern „ausschließlich ihr Arbeitsverhalten“ betroffen sei.

²⁸¹ Nach den Feststellungen des Gerichts bestand der Verdacht, dass ein Prüfer Prüfplaketten an nicht verkehrssichere Fahrzeuge von bestimmten Gebrauchtwagenhändlern gegen Barzahlung erteilt haben könnte.

²⁸² Im Ergebnis ebenso DKKW/Klebe, § 87 Rn. 64.

satz von Testkäuferinnen bzw. Testkäufern²⁸³ oder Bankschaltertests²⁸⁴ mit demselben Ziel.²⁸⁵ Die Beantwortung dieser Frage setzt zunächst voraus, dass man sich noch einmal den Inhalt der Arbeitspflicht in Erinnerung ruft. Insoweit geht das BAG bekanntlich davon aus, dass sich der Inhalt des Leistungsversprechens der Arbeitnehmerin bzw. des Arbeitnehmers nach ihrem bzw. seinem persönlichen, subjektiven Leistungsvermögen richtet: „Der Arbeitnehmer muss tun, was er soll, und zwar so gut, wie er kann“.²⁸⁶ Angesichts dieses Maßstabs dürfte es aber bei Kundenbefragungen, Testkäufen u. dgl. nur selten um die Identifizierung von Schlechtleistungen einzelner Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer und weit häufiger um eine größtmögliche „Leistungsoptimierung“ gehen. Entsprechende Anreize zu setzen, ist zwar nicht a priori unzulässig. Doch ist nach den oben entwickelten Maßstäben der Betriebsrat jedenfalls in die Entscheidung über die einzusetzenden Mittel miteinzubeziehen.²⁸⁷

Anders zu entscheiden ist demgegenüber dann, wenn es dem Arbeitgeber nicht um die Wahrung des Unternehmensinteresses, sondern wirklich „nur“ um die Sicherung einer ordnungsgemäßen Aufgabenerfüllung durch die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer (und somit allein um sein Erfüllungsinteresse) geht. Dementsprechend sind etwa Qualitätskontrollen oder die Anordnung der Überwachung der Arbeit durch Vorgesetzte oder Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter mitbestimmungsfrei.²⁸⁸ Hinsichtlich der Überwachung durch Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter ist allerdings zu beachten, dass Letztere individualarbeitsrechtlich regelmäßig unzulässig sein dürfte, wenn man bedenkt, dass Anzeigepflichten grundsätzlich auf den Bereich der Schadensabwehr im Betrieb beschränkt sind und überdies grundsätzlich auch nur dann in Betracht kommen, wenn die Aufsicht über andere zu den vertraglichen Aufgaben der/des

²⁸³ Vgl. BAG v. 13.3.2001, AP BetrVG 1972 § 99 Einstellung Nr. 34, wo die Frage aber unentschieden blieb.

²⁸⁴ Vgl. BAG v. 18.4.2000, AP BetrVG 1972 § 99 Einstellung Nr. 34. Die Begründung für die Ablehnung eines Mitbestimmungsrechts, dass es dem Arbeitgeber allein um eine „Bestandsaufnahme aus der Sicht der Kunden“ gegangen und eine „auch nur mittelbare Beeinflussung des Verhaltens“ der Arbeitnehmer nicht beabsichtigt gewesen sei (ebda., u. B.II.2b), erscheint wenig plausibel.

²⁸⁵ Vgl. zu sog. Social Engineering Tests *Zimmer/Helle*, BB 2016, 1269 (1273); *Kuhn/Willemsen*, DB 2016, 111 (116).

²⁸⁶ So BAG v. 17.01.2008, NZA 2008, 693 (u. Rn. 15).

²⁸⁷ So auch *DKKW/Klebe* § 87 BetrVG Rn. 67; a. A. *Wiese*, GK-BetrVG, 11. Aufl. 2018, § 87 Rn. 236, der dies mit dem Fehlen einer Regelung begründet, worauf es aber, sofern der Arbeitgeber nur eine Verhaltenssteuerung bezweckt, nicht ankommt.

²⁸⁸ So auch *Wiese*, GK-BetrVG, 11. Aufl. 2018, § 87 Rn. 211. So für das sog. Side-by-Side-Listening auch *Jordan/Bissels/Moritz*, BB 2014, 122 (124).

betreffenden Arbeitnehmerin oder Arbeitnehmers zählt oder ihr/ihm eine besondere Vertrauensstellung zukommt.²⁸⁹

Mitbestimmungspflichtig ist dagegen die Begründung von Meldepflichten im Zusammenhang mit der Einrichtung sog. Whistleblower-Hotlines.²⁹⁰ Dies ergibt sich daraus, dass damit die Sicherstellung gesetzeskonformer Zustände im Unternehmen bzw. die Aufdeckung entsprechender Missstände bezweckt wird. Damit geht es aber um nichts anderes als den Schutz des Integritätsinteresses des Arbeitgebers.²⁹¹

8. Ethikrichtlinien

Regelungen in sog. Ethikrichtlinien, welche private Beziehungen zum Gegenstand haben, begründen schon deshalb kein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats, weil der außerbetriebliche, private Lebensbereich der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer der Regelungsbefugnis der Betriebsparteien entzogen ist und auch § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG die Betriebsparteien nicht dazu berechtigt in die private Lebensführung einzugreifen.²⁹² Zielt die Regelung indes auf private Beziehungen im Betrieb, ist erkennbar das „Zusammenleben der Arbeitnehmer“²⁹³ bzw. das „Verhalten der Arbeitnehmer untereinander“²⁹⁴ betroffen, so dass ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG zu bejahen ist.

²⁸⁹ Vgl. *Reichold*, in: Kiel/Lunk/Oetker (Hg.), Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. 1: Individualarbeitsrecht I, 4. Auflage 2018, § 55 Rn. 10.

²⁹⁰ Ebenso DKW/Klebe, § 87 BetrVG Rn. 62.

²⁹¹ Dementsprechend verdient auch die Entscheidung des LAG Schleswig-Holstein v. 6.8.2019, NZA-RR 2019, 647 uneingeschränkt Zustimmung, wonach die Herausgabe einer Arbeitsanweisung an die Arbeitnehmer, im Falle einer Datenpanne einen bestimmten Meldeweg zur Feststellung und Behebung der Verletzung des Datenschutzes nach der DS-GVO einzuhalten und die Verpflichtung sich während des Prozesses der Feststellung der Datenpanne kurzfristig erreichbar zu halten, der Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG unterliegt.

²⁹² Vgl. BAG v. 22.7.2008, NZA 2008, 1248 (u. Rn. 58).

²⁹³ Vgl. BAG v. 22.7.2008, NZA 2008, 1248 (u. Rn. 62).

²⁹⁴ Vgl. BAG v. 22.8.2017, AP BetrVG 1972 § 87 Ordnung des Betriebes Nr. 49 (u. Rn. 26).

9. Torkontrollen

Die Anordnung einer allgemeinen Torkontrolle stellt nach ganz h.M. eine nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG mitbestimmungspflichtige Maßnahme der Ordnung des Betriebes und des Verhaltens der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer im Betrieb dar.²⁹⁵ Auch das BAG geht insofern von einem Eingreifen des Mitbestimmungstatbestands aus.²⁹⁶ Entsprechendes soll für die stichprobenartige Taschen- und Behälterkontrolle von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern gelten.²⁹⁷ Dass das BAG hierfür keine wirkliche Begründung liefert, mag auch damit zu tun haben, dass Regelungen über Torkontrollen als „klassische“ Fälle einer Betriebsnorm i.S.d. §§ 1 Abs. 1, 3 Abs. 2 TVG gelten,²⁹⁸ was eine Qualifizierung als Bestandteil der „Ordnung des Betriebs“ nahelegen mag. Nach dem hier vertretenen Standpunkt ergibt sich die Mitbestimmungspflicht daraus, dass insoweit Verhaltenspflichten begründet werden, welche erkennbar nichts mit dem „Arbeitsverhalten“ zu tun haben, sondern allein dem Integritätsinteresse des Arbeitgebers sowie der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer dienen, indem sie etwa Diebstähle erschweren bzw. die Gefahr der Begehung von Diebstählen – aufgrund ihrer „generalpräventiven“ Wirkung – verringern (sollen).

Diese Konstellation macht zugleich deutlich, dass es bei entsprechenden Maßnahmen des Arbeitgebers häufig um den Schutz eigener *und* fremder Integritätsinteressen gehen wird bzw., in die Kategorien des Mitbestimmungsrechts übersetzt, das Ordnungsverhalten nicht selten in doppelter Hinsicht betroffen ist.

10. Benutzungsregeln

Auch Regeln über die Benutzung von Wasch- und Umkleieräumen, Parkplätzen²⁹⁹ oder Fahrradstellplätzen sind nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG mitbestimmungspflichtig. Dass diese der Regelung des „Zusammenlebens der Arbeitnehmer“ dienen, bedarf keiner weiteren Begründung, wobei das Bedürfnis, welches in diesem Zusammenhang für „koordinierende“ Regelungen besteht, geradezu ins Auge springt.

²⁹⁵ Vgl. nur die Nachw. bei *Wiese*, GK-BetrVG, 11. Aufl. 2018, § 87 Rn. 222.

²⁹⁶ BAG v. 26.5.1988, AP BetrVG 1972 § 87 Ordnung des Betriebes Nr. 14; vgl. auch BAG v. 17.8.1982, AP BetrVG 1972 § 87 Ordnung des Betriebes Nr. 5.

²⁹⁷ BAG v. 26.5.1988, AP BetrVG 1972 § 87 Ordnung des Betriebes Nr. 14.

²⁹⁸ Vgl. nur ErfK/*Franzen*, 20. Aufl. 2020, § 1 TVG Rn. 46.

²⁹⁹ Vgl. BAG v. 7.2.2012, AP BetrVG 1972 § 87 Ordnung des Betriebes Nr. 42 zu den Nutzungsbedingungen eines Parkplatzes.

Nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG mitbestimmungspflichtig sind auch Regelungen dazu, wie sich die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer bei der Nutzung von BYOD verhalten sollen;³⁰⁰ dies gilt angesichts des vom BAG zu Recht zugrunde gelegten funktionalen Betriebsbegriffs unabhängig davon, ob das Gerät im Betrieb oder außerhalb des Betriebsgeländes genutzt wird. Dass dabei ggf. auch die private Nutzung tangiert ist, ist unerheblich, da eine Schranke der Mitbestimmung nur dann eingreift, wenn der Arbeitgeber ausschließlich private Lebenssachverhalte regelt.³⁰¹

11. Regeln über das Aufräumen des Arbeitsplatzes

Differenzierend zu beantworten ist demgegenüber die Frage, ob Regeln über das Aufräumen des Arbeitsplatzes und die Behandlung der vom Arbeitgeber gestellten Werkzeuge, sonstiger Arbeitsmittel und der Arbeitskleidung der Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG unterliegen. Dies ist richtigerweise zu bejahen, soweit es um den Schutz des Integritätsinteresses des Arbeitgebers geht, was mit Blick auf Werkzeuge etc. unzweifelhaft der Fall ist.³⁰² Demgegenüber handelt es sich beim Aufräumen des Arbeitsplatzes, selbst wenn man insoweit nur das Vorliegen einer „Zusammenhangstätigkeit“ annehmen wollte, um nicht mehr als ein Arbeitsverhalten: Das Interesse, das der Arbeitgeber an dem entsprechenden Verhalten hat, ist das Interesse an einer (ordentlichen) Erfüllung der Arbeitspflicht, nicht ein (weiteres) Unternehmensinteresse.

³⁰⁰ Beispielhaft genannt wird insoweit etwa die Anweisung, dass Arbeitnehmer ihr Smartphone (und damit auch die Daten des Arbeitgebers) mit einem Passwort schützen oder das Gerät bei Kundenterminen lautlos stellen sollen; vgl. *Göpfert/Wilke*, NZA 2012, 765 (770). Im einen wie im anderen Fall geht es um den Schutz des Integritätsinteresses des Arbeitgebers.

³⁰¹ Vgl. *Göpfert/Wilke*, NZA 2012, 765 (770) m.w.N.

³⁰² Anders BAG v. 25.09.2012, AP BetrVG 1972 § 87 Ordnung des Betriebes Nr. 43 (Verwendung von Laufzetteln, auf denen der Erhalt von Arbeitsmitteln vermerkt ist, nicht mitbestimmungspflichtig); a.A. wohl auch *Wiese*, GK-BetrVG, 11. Aufl. 2018, § 87 Rn. 209, der irrtümlich darauf abstellen will, dass der Arbeitnehmer vertraglich zu einem entsprechenden Verhalten verpflichtet sei. Dies trifft zwar zu, ist aber irrelevant, da dieser Umstand das Verhalten eben noch nicht zum „Arbeitsverhalten“ macht. Auch sollte man in diesem Zusammenhang nicht von der „Geltendmachung“ von Ansprüchen durch den Arbeitgeber sprechen, da es bereits an einem kollektiven Tatbestand fehlt, wenn der Arbeitgeber lediglich einen konkreten Anspruch erhebt.

12. Desk-Sharing

Diskutiert wird in der Literatur auch über die mitbestimmungsrechtliche Bewertung des sog. Desk-Sharing bzw. der Nutzung sog. Coworking-Spaces. Dabei soll die Anordnung, den „eigenen“ Schreibtisch zu verlassen und sich am folgenden Arbeitstag einen neuen Arbeitsplatz zu suchen, da „nicht primär auf die Gestaltung des Zusammenlebens und Zusammenwirkens der Arbeitnehmer gerichtet“, § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG nicht unterfallen. Demgegenüber soll bei einer „Clean-Desk-Policy“, also der Weisung, „den geteilten Arbeitsplatz am Ende des jeweiligen Arbeitstags vollständig aufzuräumen“,³⁰³ der Mitbestimmungstatbestand eingreifen, da diese „keine unmittelbare Funktion für die Erbringung der Arbeitsleistung“ habe und „zudem (...) unstreitig auch einen Ordnungszweck“ verfolge.³⁰⁴ Indes wirkt die Aufspaltung einer ersichtlich insgesamt der „Rotation“ sowie der „schonenden Nutzung“ von Büroraum dienenden Regelung hochgradig künstlich: Richtigerweise greift die Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG weder im einen noch im anderen Fall ein,³⁰⁵ was sich vom hier vertretenen Standpunkt daraus ergibt, dass die Arbeitnehmerin bzw. der Arbeitnehmer keinen Anspruch auf einen bestimmten Arbeitsplatz (bzw. dessen Beibehaltung) hat, so dass hierauf gerichtete Weisungen ihr bzw. sein Integritätsinteresse von vornherein nicht verletzen können.

³⁰³ *Oltmanns/Fuhlrott*, NZA 2018, 1225 (1228).

³⁰⁴ So jedenfalls *Oltmanns/Fuhlrott*, NZA 2018, 1225 (1228).

³⁰⁵ A.A. LAG Düsseldorf, NZA-RR 2018, 368, wo das Gericht den Erlass einer einstweiligen Verfügung mit der Begründung ablehnte, es spreche einiges dafür, „dass die Grundsatzentscheidung einer nicht mehr individuellen Zuordnung der Arbeitsplätze und die Anordnung, sich in der Teamzone einen freien Arbeitsplatz zu suchen oder bei vollständiger Belegung durch den Vorgesetzten zuweisen zu lassen, in untrennbarem Zusammenhang mit der Erbringung der Arbeitsleistung steht und Voraussetzung für deren ordnungsgemäße Erbringung ist, so dass sie nicht dem mitbestimmten Ordnungsverhalten zuzuordnen ist (...); anders als hier aber auch DKKW/Klebe, § 87 Rn. 62.

VI. Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse

1. Das in § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG angesprochene Merkmal „Ordnung des Betriebs“ ist im Sinne der „Gesamtheit der im Betrieb geltenden Verhaltensregeln“ zu verstehen. Das in der Vorschrift gleichfalls genannte Merkmal „Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb“ bezeichnet deren betriebliches Sozialverhalten.

2. § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG bildet damit in weitem Umfang einen einheitlichen Tatbestand, bei dem die im Gesetz genannten Merkmale „Ordnung des Betriebs“ und „Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb“ gewissermaßen zwei Seiten einer Medaille sind: Während das erstgenannte Merkmal auf ein „Regelwerk“ (bzw. auf die Beachtung dieser Regeln) verweist, wird mit dem letztgenannten Merkmal auf deren Adressaten Bezug genommen. Damit unterscheiden sich aber beide Merkmale nur hinsichtlich der Perspektive, aus denen der Gegenstand betrachtet wird, da einerseits die Regeln, aus denen die „Ordnung des Betriebs“ besteht, erkennbar an die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer gerichtet sind, und andererseits das „Verhalten der Arbeitnehmer“ gerade den Ausschnitt ihres Verhaltens betrifft, welcher der Wahrung dieser Ordnung dient.

3. Zu den danach mitbestimmungspflichtigen Maßnahmen des Arbeitgebers zählen die Maßnahmen nicht, die sich auf das Arbeitsverhalten der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer beziehen. Dies ergibt sich einfachgesetzlich v.a. daraus, dass die Einräumung eines Mitbestimmungsrechts in erster Linie dem Ziel dient, einen Ausgleich der Interessen innerhalb der Belegschaft herzustellen, und grundrechtlich gesehen daraus, dass das die Arbeitsleistung konkretisierende Direktionsrecht dem Schutz der Unternehmerfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GGG unterfällt.

4. Demgegenüber besteht ein Mitbestimmungsrecht bei auf das Ordnungsverhalten der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer gerichteten Maßnahmen, welche das einzelne Arbeitsverhältnis übersteigen. In derartigen Fällen ist der Betriebsrat zur Mitentscheidung geradezu prädestiniert, da es bei den damit aufgeworfenen Fragen des Zusammenlebens der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer regelmäßig nicht nur um einen Ausgleich von Arbeitgeber- und Arbeitnehmerinteressen, sondern v.a. auch um einen solchen der Interessen der Belegschaftsangehörigen untereinander (!) geht.

5. Bei der Abgrenzung des Arbeitsverhaltens vom Ordnungsverhalten ist darauf abzustellen, ob die Maßnahme am Erfüllungsinteresse des Arbeitgebers (dann Arbeitsverhalten) oder am Integritätsinteresse der Belegschaft bzw. der Belegschaftsmitglieder (dann Ordnungsverhalten) orientiert ist.

6. Maßnahmen, die sowohl auf das Arbeitsverhalten als auch auf das Ordnungsverhalten zielen, unterliegen der Mitbestimmung. Die Auffassung des BAG, wonach auf den überwiegenden Zweck der Maßnahme abzustellen sein soll, ist abzulehnen, da sich die danach gebotene Feststellung, welcher Regelungszweck im Einzelfall überwiegt, angesichts des Fehlens entsprechender Maßstäbe nicht sinnvoll treffen lässt. Dass in derartigen Fällen richtigerweise ein Mitbestimmungsrecht bejaht werden muss, ergibt sich daraus, dass die „Herausnahme“ des Arbeitsverhaltens aus dem Mitbestimmungstatbestand wertungsmäßig dann, aber eben auch nur dann gerechtfertigt ist, wenn die Maßnahme des Arbeitgebers nicht zugleich das Integritätsinteresse Dritter berührt.

7. Mitbestimmungspflichtig sind darüber hinaus auch die Maßnahmen, die sich auf weitere Verhaltenspflichten der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer beziehen und dem Schutz des Integritätsinteresses des Arbeitgebers dienen. Die Auffassung des BAG, wonach eine Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG ausscheidet, wenn sich eine Maßnahme allein auf das Verhältnis von Arbeitgeber und Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer bezieht, ist daher unzutreffend.

8. Dass in diesem Zusammenhang ein Mitbestimmungsrecht zu bejahen ist, steht mit zwei Gegebenheiten im Zusammenhang: Zum einen kann der Arbeitgeber den Schutz seiner Interessen aufgrund seines Weisungsrechts nach § 106 S. 2 BGB durch einseitige Fixierung von Verhaltensanforderungen „in das Vorfeld“ aktueller Schädigungen verlegen. Zum anderen stellen sich hinsichtlich der Begründung derartiger Verhaltensanforderungen regelmäßig äußerst diffizile Wertungsfragen. Beides weist in die Richtung einer Bejahung eines Mitbestimmungsrechts des Betriebsrats: die Schwierigkeit der rechtlichen Bewertung der Zulässigkeit der Maßnahme, weil es sachgerecht erscheint, den Betriebsrat in diese Aufgabe einzuschalten, und die potentiell erheblichen Belastungen für die Arbeitnehmerseite, weil es unter diesem Gesichtspunkt außerordentlich nahe liegt, deren Eintritt von einer zusätzlichen „Sicherung“ durch die Mitbestimmung des Betriebsrats abhängig zu machen. Das Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG stellt damit ein wichtiges Korrektiv zum Weisungsrecht nach § 106 S. 2 GewO dar.

9. In Fällen, in denen Anordnungen des Arbeitgebers Persönlichkeitsrechte der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer berühren, ergibt sich aus § 75 Abs. 2 BetrVG ein zusätzliches Argument für die Bejahung eines Mitbestimmungsrechts. Denn mit der Statuierung einer gemeinsamen Verantwortung der Betriebspartner für den Schutz des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer wäre es nicht zu vereinbaren, wenn dem Betriebsrat ein Mitbestimmungsrecht gerade dann vorenthalten bliebe, wenn es um Maßnahmen zur Verhaltenssteuerung geht, obwohl gerade das Verhalten einer Person Ausdruck ihrer Persönlichkeit ist.

10. Für die Abgrenzung derartiger Maßnahmen von auf das Arbeitsverhalten zielenden Maßnahmen ist darauf abzustellen, ob ein bestimmtes Verhalten bereits als Arbeitsverhalten geschuldet wird, oder ob es nur deshalb geschuldet wird, weil die Arbeitnehmerin bzw. der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber „leistungsunabhängig“ zur Rücksicht auf seine Unternehmensziele verpflichtet ist. Zwar bleiben danach nicht unerhebliche Unsicherheiten. Doch spiegeln sich hierin nur die Schwierigkeiten wider, welche im Vertragsrecht die Unterscheidung zwischen (Neben-) Leistungspflichten und weiteren Verhaltenspflichten kennzeichnen.

Von § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG ausgenommen sind somit Maßnahmen des Arbeitgebers, die sich auf das Arbeitsverhalten richten. Demgegenüber ist die Mitbestimmung eröffnet, wenn es um Maßnahmen geht, welche auf das Integritätsinteresse der Belegschaft bzw. der Belegschaftsangehörigen zielen (und eine entsprechende Koordinierung der unterschiedlichen Interessen erforderlich machen). Ein Mitbestimmungsrecht besteht auch dann, wenn der Arbeitgeber Maßnahmen zum Schutz seines Integritätsinteresses ergreift. Zwar ist er aufgrund seines Weisungsrechts grundsätzlich befugt, entsprechende Verpflichtungen der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer zu begründen. Doch ist dem Betriebsrat in diesen Fällen – als Korrektiv – ein Recht zur Mitbestimmung einzuräumen.

Literaturverzeichnis

- Bamberger, Heinz Georg/Roth, Herbert/Hau, Wolfgang/Poseck, Roman:* BeckOK BGB, 52. Edition 2020.
- Bengelsdorf, Peter:* Alkohol im Betrieb – Die Aufgaben des Vorgesetzten, NZA 1999, 1304.
- Bieder, Marcus:* Die Entwicklung der betrieblichen Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten (§ 87 Abs. 1 BetrVG), NZA-RR 2017, 225.
- Blomeyer, Wolfgang:* Die rechtliche Bewertung des Betriebsfriedens im Individualarbeits- und Betriebsverfassungsrecht, ZfA 1972, 85.
- Ders.:* 60 Jahre Betriebsverfassungsgesetz – Rückblick und Ausblick anhand der Zentralbegriffe Betrieb und Arbeitnehmer, RdA 2013, 193.
- Borgman, Bernd/Faas, Thomas:* Das Weisungsrecht zur betrieblichen Ordnung nach § 106 S. 2 GewO, NZA 2004, 241.
- Brose, Wiebke/Greiner, Stefan/Preis, Ulrich:* Kleidung im Arbeitsverhältnis – Persönlichkeitsrechtliche Schranken arbeitsrechtlicher Regelungen, NZA 2011, 369.
- Däubler, Wolfgang/Klebe, Thomas/Wedde, Peter:* Betriebsverfassungsgesetz, 17. Aufl. 2020.
- Däubler, Wolfgang:* Die Unternehmerfreiheit im Arbeitsrecht – eine unantastbare Größe?, 2012.
- Fischer, Ulrich:* Mitbestimmung bei der Dienstbekleidung, NZA-RR 2015, 169.
- Fitting, Karl,* Betriebsverfassungsgesetz – Kommentar, 30. Aufl. 2020.
- Galle, René:* Internal Investigations bei Kartellrechtsverstößen unter Einbeziehung der Mitarbeiter, BB 2018, 564.
- Gierke, Otto:* Deutsches Privatrecht Band III, 1917.
- Göpfert, Burkard/Wilke, Elena:* Nutzung privater Smartphones für dienstliche Zwecke, NZA 2012, 765.
- Herberger, Maximilian/Martinek, Michael/Rüßmann, Helmut/Weth, Stephan/Würdinger, Markus:* jurisPK-BGB, 9. Aufl., 2020.
- Hromadka, Wolfgang:* Das allgemeine Weisungsrecht, DB 1995, 2601.
- Jordan, Christopher/Bissels, Alexander/Moritz, Pauline:* Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats beim Side-by-Side Listening, BB 2014, 122.
- Kempter, Michael/Steinat, Björn:* Compliance – arbeitsrechtliche Gestaltungsinstrumente und Auswirkungen in der Praxis, NZA 2017, 1505.
- Kiel, Heinrich/Lunk, Stefan/Oetker, Hartmut (Hg.):* Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, 4. Auflage 2018.
- Kuhn, Jörn/Willemsen, Alexander:* Arbeitsrechtliche Aspekte von Social Engineering Audits, DB 2016, 111.
- Maunz, Theodor/Dürig, Günter (Hg.):* Grundgesetz – Kommentar, 2019.
- Moll, Wilhelm (Hg.):* Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, 4. Aufl. 2017.

- Oltmanns, Sönke/Fuhlrott, Michael*: Desk-Sharing & Coworking-Spaces: Arbeitsrechtliche Besonderheiten zweier „moderner Arbeitsformen“, NZA 2018, 1225.
- Peters, Dietlinde-Bettina*: Das Weisungsrecht der Arbeitgeber, 2019.
- Reinhard, André*: Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats bei der Implementierung von Unternehmens-, insbesondere Verhaltensrichtlinien, NZA 2016, 1233.
- Rolfs, Christian/Giesen, Richard/Kreikebohm, Ralf/Udsching, Peter* (Hg): BeckOK Arbeitsrecht, 54. Edition 2020.
- Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limperg, Bettina*: Münchener Kommentar zum BGB, 2018.
- Schaub, Günter*: Arbeitsrechts-Handbuch, 18. Aufl. 2019.
- Staudinger*: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2015.
- Steffen, Markus/Stöhr, Alexander*: Die Umsetzung von Compliance-Maßnahmen im Arbeitsrecht, RdA 2017, 43.
- Stoll, Heinrich*: Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung, AcP 136 (1932), 257.
- Stück, Volker*: Unternehmensinterne Untersuchungen im Spannungsfeld von Arbeitsrecht, Compliance, Datenschutz, Haftungsrecht und Strafrecht, GmbHR 2019, 156.
- Stürmer, Rolf* (Hg.), Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, 17. Aufl. 2018.
- Wiese, Günther/Kreutz, Peter/Oetker, Hartmut/Raab, Thomas/Weber, Christoph/Franzen, Martin/Gutzeit, Martin/Jacobs, Matthias* (Hg.): Gemeinschaftskommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, 11. Aufl. 2018.
- Wiese, Günther*: Der Persönlichkeitsschutz des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber, ZfA 1971, 273.
- Ders.*: Freiheit und Bindung des Arbeitgebers bei der Gestaltung seines Äußeren, UFITA 192, 145.
- Wybitul, Tim/Böhm, Wolf-Tassilo*: Beteiligung des Betriebsrats bei Ermittlungen durch Unternehmen, RdA 2011, 362.
- Zimmer, Mark/Helle, Alicia*: Tests mit Tücke – Arbeitsrechtliche Anforderungen an Social Engineering Tests, BB 2016, 1269 (1273).

In der Schriftenreihe des Hugo Sinzheimer Instituts für Arbeitsrecht sind zuletzt erschienen:

- Band 32** Daniel Ulber
Vorgaben des EuGH zur Arbeitszeiterfassung
ISBN 978-3-7663-7041-9
- Band 31** Ulrich Preis/Katharina Schwarz
Dienstreisen als Rechtsproblem
ISBN 978-3-7663-7031-0
- Band 30** Olaf Deinert/Elena Maksimek/Amélie Sutterer-Kipping
Die Rechtspolitik des Arbeits- und Sozialrechts
ISBN 978-3-7663-6932-1
- Band 29** Daniel Klocke
Das BetrVG und der Arbeitskampf im Betrieb
ISBN 978-3-7663-6935-2
- Band 28** Marita Körner
Die Auswirkungen der Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) in der betrieblichen Praxis
ISBN 978-3-7663-6928-4
- Band 27** Martin Franzen
Stärkung der Tarifautonomie durch Anreize zum Verbandsbeitritt
ISBN 978-3-7663-6855-3
- Band 26** Frank Bayreuther
Sicherung der Leistungsbedingungen von (Solo-)Selbständigen, Crowdworkern und anderen Plattformbeschäftigten
ISBN 978-3-7663-6850-8
- Band 25** Stefan Greiner
Das arbeitskampfrechtliche Verhältnismäßigkeitsprinzip
ISBN 978-3-7663-6829-4
- Band 24** Daniel Ulber/Karoline Wiegandt
Die Bindung von Arbeitnehmervereinigungen an die europäischen Grundfreiheiten
ISBN 978-3-7663-6761-7
- Band 23** Claudia Schubert
Betriebliche Mitbestimmung in Unternehmen und Konzernen mit Matrixorganisation
ISBN 978-3-7663-6713-6

Weitere Informationen zur Schriftenreihe: www.hugo-sinzheimer-institut.de

