

# Kollektives Arbeitsrecht II, Arbeitsgerichtsverfahren

5. Auflage 2022  
ISBN 978-3-406-75394-7  
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei  
[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) für sein

umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

**oder zusätzlichen Kontrollrechte** zugesprochen werden.<sup>91</sup> Der Betriebsrat ist auf seine allgemeine Überwachungsaufgabe nach § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG beschränkt (→ § 314 Rn. 8 ff.).

Der Betriebsrat hat jedoch einen **gerichtlich durchsetzbaren Anspruch** darauf, dass der Arbeitgeber eine Betriebsvereinbarung so, wie sie abgeschlossen worden ist, auch durchführt.<sup>92</sup> Gleiches gilt für eine Regelungsabrede, wenn diese auch die Verpflichtung des Arbeitgebers enthält, entsprechend zu verfahren. Soweit die Betriebsvereinbarung den Arbeitnehmern selbst Ansprüche einräumt, kann der Betriebsrat diese Individualansprüche jedoch nicht zur „Durchführung der Betriebsvereinbarung“ im eigenen Namen gerichtlich geltend machen.<sup>93</sup>

#### 4. Missbrauch von Mitbestimmungsrechten

Kommt es nicht zu einer Einigung der Betriebsparteien, so kann in den Angelegenheiten der erzwingbaren Mitbestimmung jede Seite die Einigungsstelle anrufen, § 87 Abs. 2 BetrVG. Darauf, aus welchen Gründen Arbeitgeber oder Betriebsrat eine Einigung ablehnen, kommt es nicht an.

Wenn die für die Ablehnung vorgebrachten Gründe zu den Aufgaben des Betriebsrats und dem Zweck des jeweiligen Mitbestimmungsrechtes keinerlei Bezug haben, kann die Verweigerung der Zustimmung durch den Betriebsrat rechtsmissbräuchlich sein. Knüpft der Betriebsrat seine Zustimmung an Bedingungen, deren Erfüllung er mit seinem Mitbestimmungsrecht nicht durchsetzen kann, kann seine Zustimmung als erteilt und das Mitbestimmungsverfahren als abgeschlossen gelten.<sup>94</sup> Entscheidend sind – wie stets bei der Bewertung eines Rechtsmissbrauchs – die Umstände des Einzelfalls. In der Regel wird die Rechtsfolge einer als erteilt geltenden Zustimmung nur selten anzuerkennen sein. Gleichwohl ist es dem Betriebsrat bei einer rechtsmissbräuchlichen Verweigerung der Zustimmung verwehrt, aus der fehlenden Mitbestimmung Rechtsfolgen herzuleiten. So hatte sich das BAG im Rahmen eines Unterlassungsanspruchs damit auseinanderzusetzen, ob und mit welchen Rechtsfolgen eine fehlende Mitwirkung des Betriebsrats bei der Mitbestimmung nach § 87 BetrVG als reine Blockade rechtsmissbräuchlich ist. Beide Betriebsparteien und damit auch der Betriebsrat sind verpflichtet, mit dem ernstesten Willen zu einer Einigung zu verhandeln und hierbei Regelungsvorschläge zum Zwecke der Herbeiführung einer Einigung zu unterbreiten.<sup>95</sup> Kommt der Betriebsrat dem nicht nach, ist ein Berufen auf eine fehlende Mitbestimmung rechtsmissbräuchlich.<sup>96</sup> Allerdings führt dies lediglich dazu, eine Berufung des Betriebsrats auf die nicht ausgeübte Mitbestimmung mit der Folge als rechtsmissbräuchlich zu bewerten, dass ein Unterlassungsanspruch gegen den Arbeitgeber nicht besteht. Eine Einigung zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat ist gleichwohl zum Verbrauch des Mitbestimmungsrechts herbeizuführen.

Begehrt der Betriebsrat im Wege eines Koppelungsgeschäfts einen (nicht mitbestimmungsrechtlich erzwingbaren) Ausgleich für eine der Mitbestimmung unterliegende Regelung, wird in der Regel kein rechtsmissbräuchliches Verhalten gegeben sein.<sup>97</sup> Der Betriebsrat macht bei einem solchen Koppelungsgeschäft eine belastende Regelung von einer Kompensation abhängig, die mit der arbeitgeberseitigen Maßnahme **unmittelbar verbunden** ist. Da der Arbeitgeber keinen Anspruch auf die Zustimmung des Betriebsrats hat, ist ihm der Weg über die Einigungsstelle, wie er im Gesetz vorgegeben ist, zumutbar.

<sup>91</sup> BAG 6. 12. 1983 – 1 ABR 43/81, AP BetrVG 1972 § 87 Überwachung Nr. 7 = NZA 1984, 47.

<sup>92</sup> BAG 10. 11. 1987 – 1 ABR 55/86, AP BetrVG 1972 § 77 Nr. 24 = NZA 1988, 255 (255); 28. 9. 1988 – 1 ABR 53/86, AP BetrVG 1972 § 87 Arbeitszeit Nr. 27 = NZA 1988, 249 (250).

<sup>93</sup> BAG 17. 10. 1989 – 1 ABR 75/88, AP BetrVG 1972 § 112 Nr. 53 = NZA 1990, 441 (442).

<sup>94</sup> Hanau NZA-Beil. 2/1985, 9; Jahnke ZfA 1984, 106; Heinze DB-Beil. 23/1982, 12; Kappes DB 1997, 277 (277f.).

<sup>95</sup> BAG 12. 3. 2019 – 1 ABR 42/17 – NZA 2019, 843 (848).

<sup>96</sup> BAG 12. 3. 2019 – 1 ABR 42/17 – NZA 2019, 843 (848).

<sup>97</sup> Vgl. BAG 8. 3. 1977 – 1 ABR 33/75, AP BetrVG 1972 § 87 Auszahlung Nr. 1.

- 57 Besteht hingegen kein Zusammenhang in Gestalt einer unmittelbar kompensatorischen Begleitregelung, bewirkt die Koppelung eine sachwidrige Inanspruchnahme einer im Gesetz **nicht vorgesehenen Regelungszuständigkeit**, etwa bei Koppelung der Zustimmung zu einem Arbeitszeitsystem an einen Verzicht auf betriebsbedingte Kündigungen. Tatsächlich verfolgt der Betriebsrat in einer solchen Konstellation keine aus der mitzubestimmenden Angelegenheit unmittelbar folgenden Regelungszusammenhänge. Er begehrt vielmehr eine Regelung zu einer Angelegenheit, bei der er kein betriebsverfassungsrechtliches Beteiligungsrecht hat. Die Versagung einer Zustimmung ausschließlich zur Begründung eines im Gesetz nicht vorgesehenen Beteiligungsrechtes in einer anderen Angelegenheit stellt ein das Mitbestimmungsrecht missbrauchendes Verhalten dar.
- 58 In der Praxis wird es in der Regel dem Arbeitgeber nur selten gelingen, diese ausschließlich missbräuchliche Verweigerung einer Zustimmung darzulegen. Bestehen gleichzeitig Meinungsverschiedenheiten der Betriebsparteien über eine angemessene Regelung der mitbestimmungspflichtigen Angelegenheit, kommt eine Unbeachtlichkeit der fehlenden Zustimmung zu einer mitbestimmungspflichtigen Regelung kaum in Betracht.



beck-shop.de  
DIE FACHBUCHHANDLUNG

## § 320 Mitbestimmung bei der Ordnung des Betriebes

### Schrifttum:

*Bachner*, Die Mitbestimmung des Betriebsrats nach § 87 BetrVG bei der Gestaltung von Formulararbeitsverträgen, NZA 2007, 536; *Borgmann/Fass*, Das Weisungsrecht zur betrieblichen Ordnung nach § 106 S. 2 GewO, NZA 2004, 241; *Deckers/Deckers*, Die Beteiligungsrechte des Betriebsrats beim Testkauf, NZA 2004, 139; *Dickmann*, Inhaltliche Ausgestaltung von Regelungen zur privaten Internetnutzung im Betrieb, NZA 2003, 1009; *Ehler*, Mitbestimmung des Betriebsrats bei sogenannten Krankengesprächen BB 1992, 1926; *Gaumann*, Anordnung der vorzeitigen Vorlage einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung nach § 5 Abs. 1 Satz 3 EFZG – ein mitbestimmungspflichtiger Tatbestand?, FA 2001, 72; *Heinze*, Zur Abgrenzung von Betriebsbuße und Abmahnung, NZA 1990, 169; *Hoß*, Betriebsvereinbarung über Internet-Nutzung, ArbRB 2002, 315; *Hoyningen-Huene, von*, Die Abmahnung im Arbeitsrecht, RdA 1990, 193; *Hunold*, Fotohandys im Betrieb und die Reichweite von § 87 I BetrVG, NZA 2004, 1206; *Kraft*, Sanktionen im Arbeitsverhältnis, NZA 1989, 777; *Leßmann*, Betriebsbuße statt Kündigung, DB 1989, 1769; *Kraushaar*, Krankenrückkehrgespräche und Betriebsrat, NZA 2005, *Lindemann/Simona*, Betriebsvereinbarungen zur E-Mail-, Internet- und Intranetnutzung, BB 2001, 1950; *Mauer/Schiffler*, Mitbestimmungsrechte bei Krankmeldung, FA 2000, 211; *Mengel*, Kontrolle der Telekommunikation am Arbeitsplatz, BB 2004, 1445; *Raab*, Mitbestimmung des Betriebsrats bei der Einführung und Ausgestaltung von Krankengesprächen, NZA 1993, 193; *Rheinfeld*, Arbeitnehmer-Nebenflichten und Betriebsvereinbarungen, AuA 1994, 41; *Schmechel*, Die Rolle des Betriebsrats bei der Einführung und Durchführung von Telearbeit, NZA 2004, 237; *Wisskirchen/Jordan/Bissels*, Arbeitsrechtliche Probleme bei der Einführung internationaler Verhaltens- und Ethikrichtlinien (Codes of Conduct/Codes of Ethics), DB 2005, 2190; *Wisskirchen/Jordan/Bissels*, „Whistleblowing“ und „Ethikhotlines“, BB 2006, 1567.

### Übersicht

	Rn.
I. Ordnung des Betriebs und Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb .....	1
1. Ordnungs- und Arbeitsverhalten .....	1
2. Abgrenzung zur technischen Betriebsorganisation .....	6
3. Abgrenzung zu Unterlassungsansprüchen aus Eigentums- oder Besitzrechten .....	8
4. Abgrenzung zum Arbeitsverhalten .....	10
5. Abgrenzung zum außerbetrieblichen Verhalten .....	20
6. Mitbestimmungspflichtiges Ordnungsverhalten .....	22
7. Grenzen der mitbestimmten Regelung .....	32
II. Betriebsbußen .....	35
1. Reaktionen auf Vertragsverletzungen .....	36
2. Die Betriebsbuße .....	39
III. Die Ausübung des Mitbestimmungsrechtes .....	48

## I. Ordnung des Betriebs und Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb

### 1. Ordnungs- und Arbeitsverhalten

Nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG hat der Betriebsrat mitzubestimmen bei Fragen der Ordnung des Betriebes und des Verhaltens der Arbeitnehmer im Betrieb. Diesbezügliche Regelungen unterliegen gem. § 106 S. 2 GewO grundsätzlich der einseitigen Ausübung des Direktionsrechtes des Arbeitgebers. **Zweck des Mitbestimmungsrechts** ist die gleichberechtigte Teilhabe der Arbeitnehmer an der Gestaltung der betrieblichen Ordnung und der Verhaltensregelungen für das Zusammenwirken der Arbeitnehmer im Betrieb.<sup>1</sup> Dieses Zusammenwirken erfordert im Interesse der Arbeitnehmer und auch des Betriebes ein bestimmtes aufeinander abgestimmtes Verhalten der Arbeitnehmer, das unabhängig von der Verpflichtung des einzelnen Arbeitnehmers zur Leistung der versprochenen Arbeit besteht und diese ergänzt. Die Mitbestimmung des Betriebsrats soll hierbei die Berücksichtigung der Interessen der Arbeitnehmer bei Ausübung des arbeitgeberseitigen Direktions- und

<sup>1</sup> BAG 11.6.2002 – 1 ABR 2/83, AP BetrVG 1972 § 87 Ordnung des Betriebes Nr. 8, 20, 38; 18.4.2000 – 1 ABR 22/99, AP BetrVG 1972 § 87 Überwachung Nr. 33; *Fitting* BetrVG § 87 Rn. 63.

Organisationsrechtes außerhalb der Bestimmung der eigentlichen Arbeitspflicht sicherstellen.<sup>2</sup>

- 2 Der Mitbestimmung des Betriebsrats unterliegt deshalb nicht die Erbringung der Arbeitspflicht selbst.<sup>3</sup> Maßnahmen, die das **Arbeitsverhalten** der Arbeitnehmer in Abgrenzung zum **Ordnungsverhalten** betreffen, sind deshalb nicht mitbestimmungspflichtig nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG.<sup>4</sup> Das Mitbestimmungsrecht bezweckt keine Begrenzung der originären Befugnis des Arbeitgebers, die Arbeitsleistung abzurufen und zu kontrollieren.<sup>5</sup> Das BAG hat dabei das mitbestimmungsfreie Arbeitsverhalten der Arbeitnehmer dahin umschrieben, dass es alle Verpflichtungen umfasst, die bei der Erbringung der Arbeitsleistung selbst zu beachten sind oder die in sonstiger Weise nur das individuelle Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer betreffen.<sup>6</sup>
- 3 Die Notwendigkeit und teilweise praktische Schwierigkeit der Abgrenzung mitbestimmungsfreien Arbeitsverhaltens vom mitbestimmungspflichtigen Ordnungsverhalten ist teilweise auf Kritik gestoßen.<sup>7</sup> Der Normzweck des Mitbestimmungstatbestandes erfordert aber diese Abgrenzung mitbestimmungspflichtigen Ordnungsverhaltens von einem mitbestimmungsfreien Arbeitsverhalten. Die der Mitbestimmung unterliegende betriebliche Ordnung und das Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb umfassen nicht die arbeitsvertragliche Leistungsbeziehung.
- 4 Das Arbeitsverhalten zu regeln und zu bestimmen, obliegt deshalb allein dem Arbeitgeber, in der Regel kraft seines **Direktionsrechtes** wie aber auch durch etwaige **individualarbeitsvertragliche Regelungen**. Hinsichtlich der auf die Arbeitsleistung bezogenen Weisungen des Arbeitgebers wie solcher individualarbeitsvertraglicher Regelungen besteht daher kein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats.<sup>8</sup> Hingegen unterliegt die Regelung des gesamten Ordnungsverhaltens der Arbeitnehmer der Mitbestimmung des Betriebsrats. Un-erheblich ist, ob der Arbeitgeber hierfür von einem Direktionsrecht gem. § 106 GewO Gebrauch macht oder eine individualarbeitsvertragliche Regelung trifft. Insbesondere schließt ein Einvernehmen mit dem Arbeitnehmer im Falle einer individualarbeitsvertraglichen Regelung das Mitbestimmungsrecht nicht aus.<sup>9</sup>
- 5 Dazu gehört nicht nur die Gestaltung der Ordnung des Betriebes durch die Schaffung verbindlicher Verhaltensregeln selbst, sondern auch die Aufstellung von Normen, durch die diese Ordnung bewahrt und ihre **Beachtung gesichert** werden soll.<sup>10</sup> Dass dabei jeweils verbindliche Verhaltenspflichten begründet werden, ist nicht erforderlich.<sup>11</sup> Es genügt, wenn Anreize zur Befolgung der Ordnung gegeben oder Sanktionen für Verstöße gegen diese Ordnung angedroht oder ergriffen werden sollen. So berührt ein Sicherheitswettbewerb, der zu einem sicherheitsbewussten Verhalten anregen soll und der für die Verringerung der Unfallzahlen Prämien aussetzt, das Ordnungsverhalten der Arbeitnehmer im

<sup>2</sup> BAG 13.2.2007 – 1 ABR 18/06, AP BetrVG 1972 § 87 Ordnung des Betriebes Nr. 40; GK-BetrVG/Wiese § 87 Rn. 175; *Fitting* BetrVG § 87 Rn. 63.

<sup>3</sup> BAG 11.6.2002 – 1 ABR 2/83, AP BetrVG 1972 § 87 Ordnung des Betriebes Nr. 8; *Fitting* BetrVG § 87 Rn. 65; GK-BetrVG/Wiese § 87 Rn. 207; Richardi BetrVG/Richardi § 87 Rn. 180.

<sup>4</sup> BAG 11.6.2002 – 1 ABR 2/83, AP BetrVG 1972 § 87 Ordnung des Betriebes Nr. 8; 25.9.2012 – 1 ABR 50/11, AP BetrVG 1972 § 87 Ordnung des Betriebes Nr. 43 = NZA 2013, 467 (468); GK-BetrVG/Wiese § 87 Rn. 206; Richardi BetrVG/Richardi § 87 Rn. 180; *Fitting* BetrVG § 87 Rn. 65.

<sup>5</sup> Richardi BetrVG/Richardi § 87 Rn. 181.

<sup>6</sup> BAG 25.9.2012 – 1 ABR 50/11, AP BetrVG 1972 § 87 Ordnung des Betriebes Nr. 43 = NZA 2013, 467 (468); 24.3.1981 – 1 ABR 32/78, AP BetrVG 1972 § 87 Arbeitssicherheit Nr. 2; 24.11.1981 – 1 ABR 108/79, AP BetrVG 1972 § 87 Ordnung des Betriebes Nr. 3; 8.12.1981 – 1 ABR 91/79, AP BetrVG 1972 § 87 Lohngestaltung Nr. 6; 10.4.1984 – 1 ABR 69/82, AP BetrVG 1972 § 87 Ordnung des Betriebes Nr. 7; 14.1.1986 – 1 ABR 75/83, AP BetrVG 1972 § 87 Ordnung des Betriebes Nr. 10 = NZA 1986, 435 (435); *Erfk/Kania* BetrVG § 87 Rn. 21; zustimmend Richardi BetrVG/Richardi § 87 Rn. 180; *Fitting* BetrVG § 87 Rn. 65.

<sup>7</sup> *Pfarr* Anm. AP BetrVG 1972 § 87 Ordnung des Betriebes Nr. 2; *DKKW/Klebe* BetrVG § 87 Rn. 58 f.

<sup>8</sup> BAG 24.11.1981 – 1 ABR 108/79, AP BetrVG 1972 § 87 Ordnung des Betriebes Nr. 3.

<sup>9</sup> *Bormann/Fass* NZA 2004, 241 (243).

<sup>10</sup> BAG 24.3.1981 – 1 ABR 32/78, AP BetrVG 1972 § 87 Arbeitssicherheit Nr. 2.

<sup>11</sup> GK-BetrVG/Wiese § 87 Rn. 185.

Betrieb und ist daher mitbestimmungspflichtig.<sup>12</sup> Ähnliches gilt bei der Einführung und Änderung von Verhaltens- und Ethikrichtlinien (Code of Conduct) in Unternehmen. In seiner „Honeywell“-Entscheidung vom 22.7.2008 hat das BAG klargestellt, dass sich jedoch ein Mitbestimmungsrecht bezüglich der gesamten Richtlinie nicht deshalb ergibt, weil einzelne Klauseln dem Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats unterfallen. Dies bedeutet im Umkehrschluss, dass jede einzelne Klausel für sich selbst auf eine etwaige Mitbestimmungspflicht zu überprüfen ist. Als Mitbestimmungstatbestand steht dabei § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG im Vordergrund.<sup>13</sup> Sämtliche auf das Ordnungsverhalten bezogenen Maßnahmen des Arbeitgebers lösen daher die Mitbestimmung des Betriebsrats gem. § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG aus.<sup>14</sup>

## 2. Abgrenzung zur technischen Betriebsorganisation

Auf der Grundlage der Unterscheidung zwischen Ordnungs- und Arbeitsverhalten der Arbeitnehmer lassen sich diejenigen Maßnahmen und Regeln für die Ordnung des Betriebes und ein Verhalten der Arbeitnehmer bestimmen, die der Mitbestimmung des Betriebsrats unterliegen. Dabei wird diskutiert, ob die Gestaltung der betrieblichen Ordnung einerseits und das (Ordnungs-) Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb andererseits zwei gesonderte Mitbestimmungstatbestände<sup>15</sup> oder einen einheitlichen Regelungsbereich betreffen.<sup>16</sup> Die Befürworter eines einheitlichen Regelungsbereichs begrenzen den Anwendungsbereich der betrieblichen Ordnung auf **Verhaltensregeln etwa in Abgrenzung zur betriebsverfassungsrechtlichen Ordnung** oder zu unternehmerischen Entscheidungen über die arbeitstechnische und arbeitsorganisatorische Ordnung des Betriebes.<sup>17</sup>

Auch seitens der Befürworter einer gesonderten Betrachtung der betrieblichen Ordnung von dem (Ordnungs-) Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb wird indessen anerkannt, dass die der Mitbestimmung unterliegende betriebliche Ordnung auf das soziale Miteinander der Arbeitnehmer im Betrieb bezogen ist und damit die genannten Regelungsbereiche nicht der Mitbestimmung des Betriebsrats aus § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG unterliegen.<sup>18</sup> Mitbestimmungsfrei sind hiernach etwa die Gestaltung der Betriebsanlagen oder die technische Ausstattung von EDV-Arbeitsplätzen<sup>19</sup> (hier kommen aber §§ 90f. BetrVG in Betracht) oder die Wahl der Zutrittswege zum Betrieb<sup>20</sup> (hier können ergänzende Verhaltensregelungen über den Umgang mit Zutrittsanlagen aber das Mitbestimmungsrecht über das Ordnungsverhalten auslösen). Zur Abgrenzung insbesondere des Mitbestimmungsrechtes des Betriebsrats aus §§ 90f. BetrVG sind unabhängig von der Frage eines gesonderten Mitbestimmungstatbestandes der betrieblichen Ordnung innerhalb des § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG daher sämtliche Regelungsfragen nicht von dieser Norm umfasst, die die technische Betriebsorganisation der Arbeitsabläufe und -verfahren, der Arbeitsmittel sowie die Zugangswege zu den Arbeitsmitteln betreffen.<sup>21</sup>

## 3. Abgrenzung zu Unterlassungsansprüchen aus Eigentums- oder Besitzrechten

Die Mitbestimmung des Betriebsrats in sozialen Angelegenheiten betrifft Regelungsfragen. Nicht umfasst von der Mitbestimmung aus § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG unter dem Gesichtspunkt der betrieblichen Ordnung und des Verhaltens der Arbeitnehmer im Betrieb ist daher die Frage, ob dem Arbeitgeber ein Rechtsanspruch aus Eigentums- oder Besitzrechten

<sup>12</sup> BAG 24.3.1981 – 1 ABR 32/78, AP BetrVG 1972 § 87 Arbeitssicherheit Nr. 2.

<sup>13</sup> Reinhard NZA 2016, 1233 (1234).

<sup>14</sup> GK-BetrVG/Wiese § 87 Rn. 185 mwN.

<sup>15</sup> Richardi BetrVG/Richardi § 87 Rn. 179.

<sup>16</sup> GK-BetrVG/Wiese § 87 Rn. 185 mwN.

<sup>17</sup> GK-BetrVG/Wiese § 87 Rn. 185f.

<sup>18</sup> Richardi BetrVG/Richardi § 87 Rn. 179.

<sup>19</sup> LAG Niedersachsen 25.3.1982 – 11 TaBV 7/81, BeckRS 1982, 30708748 = DB 1982, 2039.

<sup>20</sup> GK-BetrVG/Wiese § 87 Rn. 181 mwN.

<sup>21</sup> Ebenso BAG 21.7.2009, EzA BetrVG 2001 § 87 Betriebliche Ordnung Nr. 5; Richardi BetrVG/Richardi § 87 Rn. 178.



an den Betriebsanlagen gegen den Arbeitnehmer zusteht und er einen solchen Anspruch durchsetzt.<sup>22</sup> Der Arbeitgeber kann daher mitbestimmungsfrei vom Arbeitnehmer beanspruchen, dass er die Betriebsanlagen und -einrichtungen nicht gefährdet, wegnimmt oder zerstört (insbes. §§ 280, 823, 985 ff. BGB). Dies gilt auch für die **Widmung von Arbeitsmitteln** unter Ausschluss einer Privatnutzung, so dass ein Verbot der Privatnutzung von Telefon, Mobilgeräten, Internet oder E-Mail nicht der Mitbestimmung unterfällt.<sup>23</sup> Gleiches gilt für Rauchverbote in brandgefährdeten Bereichen oder das Verbot der Nutzung des Stromnetzes, auch wenn hierdurch etwa ein Radiohören am Arbeitsplatz mittelbar erschwert wird.<sup>24</sup> Nichts anderes kann für die Benutzung von Smartphones oder Mobiltelefonen mit Kamerafunktion in Bereichen des Betriebes gelten, in denen ein besonderer Geheimnisschutz besteht und der Arbeitgeber deshalb die Unterlassung der Benutzung von Reproduktionsgeräten beanspruchen kann.<sup>25</sup>

- 9 Stellt der Arbeitgeber aber anlässlich eines ganzen oder teilweisen Verzichtes auf seinen Unterlassungsanspruch Verhaltensregeln auf, kann er damit unter dem Gesichtspunkt des Ordnungsverhaltens das Mitbestimmungsrecht aus § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG auslösen. Mitbestimmungsfrei bleibt die **Reichweite des Verzichtes auf den Unterlassungsanspruch**, so dass etwa das Verbot der Privatnutzung des Telefons mitbestimmungsfrei für eine bestimmte Anzahl von Gesprächen, einen bestimmten Umfang in Minuten, eine Begrenzung auf Telefonate in das inländische Festnetz oder auch auf reine Notfälle aufgehoben werden kann.<sup>26</sup> Mitbestimmungsfrei nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG ist ebenfalls die Frage der Kostentragung für die gestattete Privatnutzung (zur Frage der Mitbestimmung gem. § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG → § 328 Rn. 12). Stellt der Arbeitgeber anlässlich einer solchen Gestattung der Privatnutzung bestimmte Verhaltensregelungen auf, etwa über das Vermerken solcher Gespräche zu Abrechnungszwecken, unterfallen diese aber der Mitbestimmung aus § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG.<sup>27</sup>

#### 4. Abgrenzung zum Arbeitsverhalten

- 10 Zum mitbestimmungsfreien Arbeitsverhalten gehören alle **Anordnungen des Arbeitgebers**, die sich auf die Arbeitspflicht des Arbeitnehmers beziehen. Das gilt in erster Linie für alle Weisungen, wie und wann eine bestimmte Arbeit zu erledigen ist. Diese sind regelmäßig als Weisungen im Einzelfall mit Blick auf die konkrete Arbeitsaufgabe nicht von kollektivem Charakter und bereits aus diesem Grunde nicht vom Mitbestimmungstatbestand umfasst.<sup>28</sup> Aber selbst allgemein gehaltene Weisungen über die Arbeitspflicht, die sich an alle Arbeitnehmer oder an eine bestimmte Gruppe von Arbeitnehmern richten, sind mitbestimmungsfrei.<sup>29</sup> Die **Konkretisierung der vertraglichen Arbeitspflicht** ist mitbestimmungsfrei.
- 11 Die Zuordnung zum mitbestimmungsfreien Arbeitsverhalten folgt demgegenüber nicht generell daraus, dass eine Verhaltenspflicht aus dem Arbeitsvertrag folgt. Nicht die Abgrenzung zwischen rechtlicher Gestaltung durch Ausübung eines Leistungsbestimmungsrechtes gegenüber Rechtsanwendung durch Vollzug des Arbeitsvertrages ist maßgebend. Für die Mitbestimmungspflicht entscheidet in den Grenzen des Gesetzes- und Tarifvorbehaltes des § 87 Abs. 1 BetrVG allein der objektive Regelungsgehalt einer Maßnahme.
- 12 Die **Abgrenzung** von mitbestimmungsfreien Vorgaben über das Arbeitsverhalten gegenüber mitbestimmungspflichtigem Ordnungsverhalten richtet sich nach dem Regelungs-

<sup>22</sup> HWGNRH/Wörzalla BetrVG § 87 Rn. 106; GK-BetrVG/Wiese § 87 Rn. 192.

<sup>23</sup> GK-BetrVG/Wiese § 87 Rn. 195; Richardi BetrVG/Richardi § 87 Rn. 204.

<sup>24</sup> GK-BetrVG/Wiese § 87 Rn. 193, 195.

<sup>25</sup> GK-BetrVG/Wiese § 87 Rn. 195 mwN, Frings/Wahlers BB 2011, 3126 (3126 ff.).

<sup>26</sup> GK-BetrVG/Wiese § 87 Rn. 196 mwN; einschränkend Richardi BetrVG/Richardi § 87 Rn. 202.

<sup>27</sup> GK-BetrVG/Wiese § 87 Rn. 197; Richardi BetrVG/Richardi § 87 Rn. 203, 204.

<sup>28</sup> GK-BetrVG/Wiese § 87 Rn. 205.

<sup>29</sup> BAG 25.9.2012 – 1 ABR 50/11, AP BetrVG 1972 § 87 Ordnung des Betriebes Nr. 43 = NZA 2013, 467 (468); Fitting BetrVG § 87 Rn. 65.



gegenstand der Weisung, wobei sowohl auf den Inhalt der Regelung wie deren Auswirkung auf den betrieblichen Ablauf abzustellen ist.<sup>30</sup> Dabei sind nicht die subjektiven Zielsetzungen des Arbeitgebers von Bedeutung, sondern der aus dem Regelungsgegenstand herzuleitende objektive Regelungszweck.<sup>31</sup>

Bei Maßnahmen mit **Mischcharakter** entscheidet der überwiegende Regelungszweck.<sup>32</sup> Soweit kritische Stimmen<sup>33</sup> bei Maßnahmen mit Mischcharakter ein Mitbestimmungsrecht annehmen, das lediglich hinsichtlich seiner Ausübung zu begrenzen ist, trägt dies dem Recht des Arbeitgebers zum Abruf der Arbeitsleistung nicht Rechnung. Mit § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG besteht keine Rechtsgrundlage, durch eine Mitbestimmung des Betriebsrats den Abruf der Arbeitsleistung einzuschränken. Bis zu einem Abschluss des Mitbestimmungsverfahrens dürfte nach der Gegenauffassung bei nur untergeordneter Berührung auch des Ordnungsverhaltens aber eine Arbeitsleistung nicht abgerufen werden. Dies ist abzulehnen. Untergeordnete Regelungen zur Ordnung des Betriebs im Rahmen des Arbeitsverhaltens bleiben deshalb mit der herrschenden Auffassung mitbestimmungsfrei.

Das Arbeitsverhalten regeln auch sogenannte **Führungsrichtlinien**. Es handelt sich dabei um Anweisungen an Führungskräfte, wie sie ihre Führungsaufgaben wahrnehmen sollen. Sie sind als Bestandteil der auszuübenden Arbeitsleistung einer Führungskraft mitbestimmungsfrei.<sup>34</sup> Mitbestimmungsfrei sind ebenfalls etwa der Arbeitspflicht zuzuordnende Verfahrensanweisungen<sup>35</sup>, Anweisungen über **Arbeitszeitaufzeichnungen** zum Zwecke der Abrechnung gegenüber Kunden oder **Tätigkeitsberichte** als Dokumentationen der Arbeitsleistung<sup>36</sup>, **Zielvereinbarungsgespräche** über Meilensteine für die Arbeitsleistung<sup>37</sup>, Anweisungen über die Angabe des Namens in Geschäftskorrespondenz<sup>38</sup>, Anweisungen zum **Umgang mit Arbeitsmitteln**, **Materialnachweise**<sup>39</sup> oder Anweisungen zur Reinigung des Arbeitsplatzes.<sup>40</sup> Die Vereinbarung eines Arbeitsortes im Home-Office als solche ist wegen ihres Regelungsgegenstandes über den Ort der Erfüllung der Arbeitspflicht ebenfalls nicht nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG mitbestimmungspflichtig. Gleiches gilt für Regelungen über **Dienstreisen**<sup>41</sup> und die Abrechnung von Reisekosten.<sup>42</sup>

Auf die Erfüllung der Arbeitspflicht beziehen sich auch **Regelungen über Auskunftspflichten für die Vertretung** in Krankheits- und Urlaubsfällen, so dass ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG nicht gegeben ist.<sup>43</sup> Lediglich die Anordnung einer konkreten Vertretung kann als Versetzung der Zustimmung des Betriebsrats nach § 99 BetrVG bedürfen.

Ebenso wie die räumliche Zuweisung des Arbeitsplatzes das Arbeitsverhalten betrifft, ist die Einführung eines **desk sharing** nicht nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG mitbestimmungspflichtig.<sup>44</sup> Daran ändert es nichts, dass ggf. Konfliktlösungsmechanismen erforder-

<sup>30</sup> GK-BetrVG/*Wiese* § 87 Rn. 206.

<sup>31</sup> GK-BetrVG/*Wiese* § 87 Rn. 206; Richardi BetrVG/*Richardi* § 87 Rn. 182.

<sup>32</sup> BAG 11.6.2002 – 1 ABR 46/01, AP BetrVG 1972 § 87 Ordnung des Betriebes Nr. 38; GK-BetrVG/*Wiese* § 87 Rn. 206; kritisch *Fitting* BetrVG § 87 Rn. 66; Richardi BetrVG/*Richardi* § 87 Rn. 182.

<sup>33</sup> *Fitting* BetrVG § 87 Rn. 66; Richardi BetrVG/*Richardi* § 87 Rn. 182.

<sup>34</sup> BAG 23.10.1984 – 1 ABR 2/83, AP BetrVG 1972 § 87 Ordnung des Betriebes Nr. 8 = NZA 1985, 224 (225).

<sup>35</sup> *Schmidt/Dobberahn* NZA 1995, 1017 (1018).

<sup>36</sup> GK-BetrVG/*Wiese* § 87 Rn. 212; Richardi BetrVG/*Richardi* § 87 Rn. 183.

<sup>37</sup> *Geffken* NZA 2000, 1033 (1037); GK-BetrVG/*Wiese* § 87 Rn. 208.

<sup>38</sup> GK-BetrVG/*Wiese* § 87 Rn. 208 mwN.

<sup>39</sup> BAG 24.11.1981 – 1 ABR 108/79, AP BetrVG 1972 § 87 Ordnung des Betriebes Nr. 3; 9.12.1980 – 1 ABR 1/78, AP BetrVG 1972 § 87 Ordnung des Betriebes Nr. 2.

<sup>40</sup> GK-BetrVG/*Wiese* § 87 Rn. 209.

<sup>41</sup> BAG 23.7.1996 – 1 ABR 17/96, AP BetrVG 1972 § 87 Ordnung des Betriebes Nr. 26.

<sup>42</sup> BAG 8.12.1981 – 1 ABR 91/79, AP BetrVG 1972 § 87 Lohngestaltung Nr. 6.

<sup>43</sup> GK-BetrVG/*Wiese* § 87 Rn. 208; aA Richardi BetrVG/*Richardi* § 87 Rn. 201.

<sup>44</sup> *ErffK/Kania* BetrVG § 87 Rn. 21, vgl. auch LAG Düsseldorf 9.1.2018 – 3 TaBVGA 6/17, NZA-RR 2018, 368 (372); aA ArbG Frankfurt a. M. 8.1.2003 – 2 BVGA 587/02, BeckRS 2013, 65526.

lich sind, welcher Arbeitnehmer welchen Arbeitsplatz benutzen darf. Das ist ebenso der Zuweisung des Arbeitsplatzes durch den Arbeitgeber zur Erfüllung der Arbeitspflicht immanent und rechtfertigt keine Zuordnung zum betrieblichen Miteinander im Betrieb. Bei einem desk sharing ist es dem Arbeitnehmer darüber hinaus nicht möglich, den Arbeitsplatz individuell zu gestalten. Dieser muss vielmehr in aller Regel bei Arbeitsende täglich vollständig geräumt sein. Da dies aber wiederum den Umgang mit dem Arbeitsplatz als Arbeitsmittel des Arbeitgebers betrifft, ist es dem mitbestimmungsfreien Unterlassungsanspruch des Arbeitgebers aus dem Eigentum (→ Rn. 9) geschuldet, auch diesem Gesichtspunkt keine Mitbestimmungsrelevanz beizumessen.

- 16 Maßnahmen, die in der Regel das Ordnungsverhalten betreffen und daher mitbestimmungspflichtig wären, können im Einzelfall auch mitbestimmungsfreie Anweisungen im Hinblick auf das Ordnungsverhalten sein. Dies trifft insbesondere zu auf Anordnungen, die allgemein als **arbeitsnotwendige Maßnahmen** bezeichnet werden, so etwa die Anweisung, aus Gründen der Hygiene bei einer bestimmten Arbeit einen Mundschutz und Handschuhe zu tragen oder das Haar zu bedecken<sup>45</sup>, in Räumen mit Publikumsverkehr nicht zu rauchen oder Radio zu hören<sup>46</sup> oder ein für die Erfüllung der Arbeitspflicht erforderliches äußeres Erscheinungsbild zu wahren.<sup>47</sup> Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats setzt erst dann ein, wenn über das Arbeitsnotwendige hinaus allgemeine Verhaltensregeln für Arbeitnehmer gegeben werden. Entscheidend ist, ob die konkrete Arbeit ein bestimmtes Verhalten bei dieser Arbeit erfordert, auch wenn das gleiche Verhalten bei anderen Arbeitnehmern dem Ordnungsverhalten zuzurechnen wäre. Kein Ordnungsverhalten ist etwa betroffen bei einem Verbot der Benutzung von privaten Mobiltelefonen während der Arbeitszeit am Arbeitsplatz, wenn die Bedienung des Mobiltelefons die gleichzeitige Erbringung der Arbeitsleistung nicht zulässt.<sup>48</sup>
- 17 Nicht auf die Ordnung des Betriebes und auf das Ordnungsverhalten der Arbeitnehmer beziehen sich **Nebentätigkeitsverbote** oder Regelungen über die Mitnahme von Arbeit nach Hause, so dass ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats unter diesem Gesichtspunkt für Arbeit im Home-Office oder mobiles Arbeiten (hierzu aber § 87 Abs. 1 Nr. 14 BetrVG; → § 330 Rn. 20 ff.) nicht gegeben ist.<sup>49</sup>
- 18 Über die Konkretisierung der vertraglichen Arbeitspflicht hinaus mitbestimmungsfrei sind Anweisungen zur **Kontrolle<sup>50</sup> oder Kalkulation<sup>51</sup> der Arbeitsleistung**, auch wenn sie keine Haupt- sondern **Nebenpflichten** für den Arbeitnehmer auslösen. Erst wenn zur Kontrolle und Überwachung **technische Einrichtungen** eingesetzt werden, greift das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG ein.<sup>52</sup> Auf die mitbestimmungsfreie Kontrolle oder Kalkulation der Arbeitsleistung beziehen sich etwa Ehrlichkeitskontrollen<sup>53</sup>, Schaltertests,<sup>54</sup> Anweisungen und Regelungen über Stunden- und Tätigkeitsnachweise außerhalb von Abrechnungszwecken gegenüber Dritten, einschließlich einer Delegation der gesetzlichen Aufzeichnungspflichten nach § 16 Abs. 2 ArbZG, § 17 MiLoG oder § 17c AÜG. Bei solchen Aufzeichnungen verpflichtet der Arbeitgeber die

<sup>45</sup> BAG 18.4.2000 – 1 ABR 22/99, AP BetrVG 1972 § 87 Überwachung Nr. 33.

<sup>46</sup> BAG 14.1.1986 – 1 ABR 75/83, AP BetrVG 1972 § 87 Ordnung des Betriebes Nr. 10 = NZA 1986, 435 (435).

<sup>47</sup> BAG 17.1.2012 – 1 ABR 45/10, AP BetrVG 1972 § 87 Ordnung des Betriebes Nr. 41 = NZA 2012, 687 (689).

<sup>48</sup> LAG Hessen 16.7.2020 – 5 TaBV 178/19, BeckRS 2020, 34185 nrk.

<sup>49</sup> Wohl ebenso GK-BetrVG/Wiese § 87 Rn. 227; aA *Fitting* BetrVG § 87 Rn. 71.

<sup>50</sup> GK-BetrVG/Wiese § 87 Rn. 210; Richardi BetrVG/Richardi § 87 Rn. 183.

<sup>51</sup> BAG 24.11.1981 – 1 ABR 108/79, AP BetrVG 1972 § 87 Ordnung des Betriebes Nr. 3; GK-BetrVG/Wiese § 87 Rn. 212.

<sup>52</sup> BAG 27.1.2004 – 1 ABR 7/03, AP BetrVG 1972 § 87 Überwachung Nr. 40; Richardi BetrVG/Richardi § 87 Rn. 183; *Herschel* Anm. AP BetrVG 1972 § 87 Ordnung des Betriebes Nr. 3; aA *Fitting* BetrVG § 87 Rn. 69.

<sup>53</sup> *Wybitul/Böhm* RdA 2011, 362 (362f.); *Zimmer/Heymann* BB 2010, 1853 (1853ff.).

<sup>54</sup> BAG 18.4.2000 – 1 ABR 22/99, AP BetrVG 1972 § 87 Überwachung Nr. 33; *Maschmann* NZA 2002, 13 (18ff.).