

UNTERLASSUNGSANSPRUCH DES BETRIEBSRATS IN SOZIALEN ANGELEGENHEITEN

Ar. İsmail ERBAY*

A. Einleitung

Die Mitwirkungs- und Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats werden in den §§ 74-113¹ des 4. Teils des Betriebsverfassungsgesetzes 1972 geregelt. Die Entscheidungen und Maßnahmen des Arbeitgebers werden somit mit dieser Regelung von der Mitwirkung des Betriebsrats abhängig, die ursprünglich der Arbeitgeber aufgrund seines Direktionrechts und seiner personellen Dispositionsbefugnisse ursprünglich allein treffen konnte. Hieraus resultiert die Milderung bzw. das Aufheben der Einseitigkeit gegenüber den betreffenden Arbeitnehmern.

Das Kernstück² der betrieblichen Mitwirkungsrechte bildet dabei das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats in sozialen Angelegenheiten nach § 87 I. Maßnahmen, die unter den Katalog des § 87 I Nr. 1-12 fallen, erfordern bei deren Anwendung durch den Arbeitgeber die vorherige Zustimmung des Betriebsrats³. In Rahmen dieser Maßnahmen kommt dem Betriebsrat ein Initiativrecht zu⁴, so daß für den Bereich der sozialen Angelegenheiten nach § 87 dem Betriebsrat eine echte, gleichberechtigte⁵ oder paritätische Beteiligung zukommt⁶.

* A.Ü. Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Araştırma Görevlisi
1 §§ ohne Gesetzangabe sind solche des BetrVG 1972
2 *G/L* § 87 Rn. 1; *H/SIG* § 87 Rn. 1; v. *Hoyningen-Huene* DB 87, 1426 v. *Hoyningen-Huene* DB 87, 1426
3 v. *Hoyningen-Huene* DB 87, 1426
4 Allg. anerkannt, vgl. nur BAG AP Nr. 8 zu § 87 Betr. VG 1972 Arbeitzeit
5 D/R Vor § 87 Rn. 5-7
6 v. *Hoyningen-Huene* DB 87, 1426

In den ersten Jahren nach Inkrafttreten des BetrVG 1972 haben sich Rechtsprechung und Lehre in erster Linie mit den einzelnen Mitbestimmungstatbeständen befaßt⁷. Obwohl eine abschließende Klärung noch nicht erfolgt ist, sind die Rechtsfolgen eines mitbestimmungswidrigen Arbeitgeberverhaltens von großer Interesse geworden⁸. Ersichtlich ist dies an dem Beitrag des BAG zunächst mit seiner Grundsatzentscheidung vom 22 /2 /83⁹ über den Unterlassungsanspruch des Betriebsrats und zuletzt nach einem Schweigen von über einem Jahrzehnt mit neuer Besetzung mit seinem neuen Beschluß vom 3 /5 /94¹⁰.

B. Mitbestimmungswidriges Arbeitgeberverhalten in sozialen Angelegenheiten

I. Übergehen des Betriebsrats

Das mitbestimmungswidrige Arbeitgeberverhalten besteht insbesondere in der einseitigen Anordnung oder Durchführung einer mitbestimmungspflichtigen Maßnahme durch den Arbeitgeber.

Beispiele sind die generelle Anordnung von Überstunden¹¹ bzw. Kurzarbeit¹², die einseitige Einführung der bargeldlosen Lohnzahlung¹³ oder der einseitigen Widerrufs von Zulagen¹⁴ bzw. der einseitigen Änderung der Verteilungsmaßstäbe für Gratifikationen¹⁵ oder der Einführung einer bestimmten Arbeitskleidung¹⁶ sowie der einseitigen Anschaffung und Inbetriebnahme von Produktographen zur Überwachung der Arbeitsleistung durch den Arbeitgeber¹⁷.

II. Durchführung trotz Widerspruchs des Betriebsrats

In einigen Fällen kommt es zur Durchführung einer mitbestimmungspflichtigen Maßnahme durch den Arbeitgeber trotz des

7 Hanau JuS 85, 360, 261

8 Hanau NZA 85. Beilage 2 S

9 AP Nr. 2 zu § 23 Betr. VG 192

10 NJW 95, 1044

11 BAG AP Nr. 3, 6, 7 zu § 87 Betr VG 1972, Arbeitszeit; BAG AP Nr. 2 zu § 23 Betr VG 1972

12 BAG AP Nr. 1, 2 zu § 87 BetrVG 1972 Kurzarbeit

13 BAG AP Nr. 1 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung

14 BAG DB 81, 1045

15 BAG AP Nr. 12 zu § 87 1972 Lohngestaltung

16 LAG Frankfurt BB 78, 810

17 BAG AP Nr. 2 zu § 87 Betr VG 1972 Überwachung

ausdrücklichen Widerspruchs des Betriebsrats. Beispielsweise führte der Arbeitgeber die bargeldlose Lohnzahlung¹⁸ oder eine arbeitskampfbedingte Kurzarbeit¹⁹ ein, obwohl der Betriebsrat diesem widersprochen hat.

C. Rechtsfolgen des mitbestimmungswidrigen Arbeitgeberverhaltens

I. Unterlassungsanspruch aus § 23 III 1 BetrVG

Bei Verletzung der in § 87 geregelten Rechte auf Mitbestimmung wird die in § 23 III geregelte kollektivrechtliche Sanktion herangezogen. Demnach ist der Betriebsrat oder eine im Betrieb vertretene Gewerkschaft in der Lage, bei groben Verstößen des Arbeitgebers gegen seine Verpflichtungen aus dem Betriebsverfassungsgesetz beim Arbeitsgericht die Aufgabe des Arbeitgebers, die Unterlassung einer Handlung, die Duldung einer Vornahme einer Handlung oder die Vornahme einer Handlung zu beantragen. Bei Zuwiderhandlung des Arbeitgebers der ihm durch rechtskräftige gerichtliche Entscheidung auferlegten Verpflichtung, eine Handlung zu unterlassen oder die Vornahme einer Handlung zu dulden und nach vorheriger Androhung zu einem Ordnungsgeld ist er auf Antrag vom Arbeitsgericht zu verurteilen. In diesem Rahmen kann der Arbeitgeber angehalten werden, das mitbestimmungswidrige Verhalten zu unterlassen oder zu beseitigen, z. B. zur Rückgängigmachung von Mehrarbeit, für die die gem. § 87 I Nr. 3 erforderliche Zustimmung des Betriebsrats fehlt.

Da häufig das mitbestimmungswidrige Arbeitgeberverhalten kurzfristige Fälle betrifft, erfordert dies eine rechtzeitige und effektive Sicherung der Mitbestimmungsrechte, wenn sie nicht faktisch außer Kraft gesetzt werden sollen.

Erfährt der Betriebsrat, daß der Arbeitgeber demnächst eine mitbestimmungspflichtige Maßnahme durchführen wird und stellt fest, daß in seinem Betrieb bereits mitbestimmungspflichtige Maßnahmen ohne seine Beteiligung durchgeführt werden, stellt sich dann die Frage, inwieweit der Betriebsrat die Möglichkeit hat, mit Hilfe der einstweiligen Verfügung auf Unterlassung und auf Beseitigung sein ihm zustehendes Mitbestimmungsrecht zu sichern.

18 Vgl. BAG AP Nr. 5 zu § 56 BetrVG Entlohnung

19 BAG AP Nr. 70 zu Art. 9 GG Arbeitskampf

1. Bestehen des Mitbestimmungsrechts auch im Eilfall

In solchen sog. Eilfällen ist eine Überprüfung von Notwendigkeit, ob ein an sich bestehendes Mitbestimmungsrecht möglicherweise entfällt oder bestehen bleibt. Beispielsweise bei Überstunden, die kurzfristig notwendig sind, ist eine derartige Überprüfung besonders wichtig, wenn keine ausreichende Zeit für eine Beteiligung des Betriebsrats verbleibt und wenn die Betriebspartner sich nicht einigen können und die Einigungsstelle angerufen werden muß²⁰. Das BAG ist der Ansicht, wie auch im Schrifttum eine einhellige Meinung vorherrscht, daß das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nicht entfällt, nur weil die Regelung einer mitbestimmungspflichtigen Angelegenheit eilig ist und eine rechtzeitige Herbeiführung einer Einigung der Betriebspartner nicht mehr möglich ist. Vielmehr soll auch in sog. Eilfällen das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 bestehen bleiben²¹, unabhängig von der Tatsache, worauf die Eilbedürftigkeit der Maßnahme zurückzuführen ist. Dies wird in erster Linie damit begründet, daß das Abschätzen, ob und wann ein Erfordernis für eine Regelung einer mitbestimmungspflichtigen Angelegenheit und dementsprechend die rechtzeitige Initiativergreifung²² für eine solche Regelung vorliegt, die Sache des Arbeitgebers als Leiter des Betriebs sei²³.

Würde der Arbeitgeber die fehlende Übereinstimmung mit dem Betriebsrat in eiligen Fällen durch eine alleinige Entscheidung ersetzen können, wäre die Mitbestimmung zum größten Teil ausschaltbar²⁴. Lediglich in sog. Notfällen entfällt nach ganz herrschender Meinung das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats²⁵ und lediglich dann soll Notfall vorliegen, wenn durch das Eintreten einer plötzlich auftretenden, nicht vorhersehbaren Situation die Verhinderung nicht wieder gutzumachender Schäden für die Arbeitnehmer oder den Bestand des Betriebes zu unaufschiebbaren Maßnahmen gezwungen wird. Der Ausbruch eines Brandes, das

20 *Münch Arb-Matthes* § 327, Rn. 20

21 BAG v. 5. 3. 74 BB 74, 931; v. 13. 7. 77 BB 77, 1702; v. 02./03./82 DB 82, 1115; v. 22./02./83, 1724; v. 19.2.91 DB 91, 2043; v. Hoyningen-Huene DB 87, 1426, 1431; DR § Rn. 41; GL § 87 Rn. 22, GK-Wiese § 87 Rn. 113; Simitis/Weiss DB 73, 1243; HSG § 876 Rn. 29

22 BAG, v. 22./03./83, NJW 84, 197; GK-Wiese § 87 Rn. 142; *Münch Arb-Matthes* § 324, Rn. 29; v. Hoyningen-Huene DB 87, 1426, 1431

23 GL § 87 Rn. 22; DKK § 87 Rn. 21

24 DKK § 87 Rn. 21; GL § 87 Rn. 22

25 v. Hoyningen-Huene DB 87; 1426, 1431; DKK § 87 Rn. 23; *Münch Arb-Matthes* § 324 Rn. 30

Auftreten von Überschwemmungen oder Explosionsgefahr werden hierbei als Beispiele angeführt²⁶.

Im Gegensatz hierzu wird im Schrifttum teilweise dem Arbeitgeber für Eilfälle das Recht zugestanden, als Ausnahme einseitig eine vorläufige Regelung zu treffen, wenn dieses im Interesse eines geordneten Betriebsablaufs die Notwendigkeit bestünde und eine Zustimmung des Betriebsrats nicht oder noch nicht erreichbar wäre und der Spruch der Einigungsstelle noch ausstehe²⁷.

Zur Begründung wird eine analoge Anwendung der §§ 100, 115 VII Nr. 4 auf alle Eilfälle auch in sozialen Angelegenheiten erwogen, wonach für personelle und dringende Maßnahmen auf Seeschiffen eine einseitige Regelung möglich ist, wenn gleichzeitig die zur Streitentscheidung berufene Stelle angerufen wird²⁸. Auch habe die bisher hM und Rechtsprechung²⁹ zu § 56 BetrVG 1952 die Möglichkeit vorläufiger Maßnahmen durch den Arbeitgeber bejaht³⁰.

Gegen die Anerkennung einer Berechtigung des Arbeitgebers, in Eilfällen einseitig handeln zu können, spricht, daß der Gesetzgeber trotz seiner Kenntnis über die bisherige Diskussion im Gegensatz zur Regelung in § 69 V, § 72 VI BPresVG 1974 offenbar keine Veranlassung gesehen hat, für Eilfälle eine Ausnahme vom Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats in sozialen Angelegenheiten zuzulassen³¹. Daher liegt keine planwidrige Regelungslücke vor, so daß eine Analogie der §§ 100 und 115 VII Nr. 4 ausscheidet. Ganz im Gegenteil kann aus dem einseitigen Regelungsrecht des Arbeitgebers in den §§ 100 und 115 VII Nr. 4 ein Umkehrschluß gezogen werden (*argumentum a contrario*), daß dieses in anderen dringenden Fällen nicht möglich ist, weil es sich in diesen Vorschriften um ausdrücklich aufgeführte Ausnahmefälle handelt³².

26 v. Hoyningen-Huene DB 87, 1426, 1431; DKK Rn. 23; GL 387 Rn. 25

27 Hanau NZA 93, 817, 819; ders. BB 71, 485, 490; Erdmann/Jürging/Kamman § 87 Rn. 19; Adomeit BB 72, 53, 55; Galperin Leitfaden, S. 104; Zöllner/Loritz ArbR § 47 IV 4.

28 So Erdmann/Jürging/Kamman § 87 Rn. 19; Hanau RdA 73, 281, 292, der neben § 100 auch § 85 II heranziehen will, so daß dem Arbeitgeber bis zu einer Entscheidung über die von ihm zu beantragende einstweilige Verfügung ein einseitiges Vorgehen zugestanden wird

29 Vgl. z. B. BAG v. 15./12./61, AP Nr. 1 zu § 56 BetrVG 1952 Arbeitszeit

30 Erdmann/Jürging/Kamman § 87 Rn. 19; Hanau BB 71, 485, 490

31 Vgl. GK-Wiese § 87 Rn. 141

32 von Hoyningen-Huene DB 87, 1426, 1431; DKK § 87 Rn. 22

Zwar kann dagegen argumentiert werden, daß es der Gesetzgeber generell nicht für nötig gehalten habe, die schon bisher für § 56 BetrVG 1952 von der hM anerkannten allgemeinen Grundsätze der sozialen Mitbestimmung zu kodifizieren, was auch für Eilfälle zu gelten habe³³. Dabei wird jedoch nicht berücksichtigt, daß § 100 nur bei personellen Maßnahmen eine vorläufige, einseitige Durchführung zuläßt. Ansonsten hat nur der Schiffskapitän "im Hinblick auf die besondere Verantwortung des Kapitäns für den Schiffsbetrieb und die Schiffsreise"³⁴ das Recht erhalten, auch in sozialen, der Mitbestimmung unterliegenden Angelegenheiten vorläufige Regelungen zu treffen. Der Gesetzgeber hat dieses Recht des Kapitäns in § 115 VII Nr. 4 gegenüber dem Regierungsentwurf sogar noch auf die Fälle beschränkt "in denen eine vorläufige Anordnung zur Aufrechterhaltung des ordnungsmäßigen Schiffsbetriebs *dringend* erforderlich ist". Diese auf die besonderen Bedürfnisse des Seebetriebs bewußt zugeschnittene Regelung steht einer Verallgemeinerung im Wege der Rechtsauslegung oder lückenschließenden Rechtsfortbildung entgegen³⁵.

Aber gerade im Bereich des § 87 I Nr. 3 wird besonders deutlich, daß in Eilfällen das Mitbestimmungsrecht bestehen muß. Die vorübergehende Verkürzung oder Verlängerung der betriebsüblichen Arbeitszeit wird nämlich in der Regel aus dringenden Gründen kurzfristig angeordnet. Die generelle Zulassung einer einseitigen Regelungsbefugnisse des Arbeitgebers in Eilfällen würde daher die Mitbestimmung des Betriebsrats gerade in diesem Fall unzulässig beeinträchtigen³⁶. Daraus folgt, daß der Gesetzgeber in diesen Fällen die Mitbestimmung des Betriebsrats nicht nur für möglich gehalten, sondern auch beabsichtigt hat³⁷.

2. Allgemeines zur einstweiligen Verfügung

Gem. § 85 II 1 ArbGG ist der Erlaß einstweiliger Verfügungen im Beschlußverfahren zulässig. Gem. § 85 II 2 ArbGG finden die Vorschriften des achten Buches der ZPO mit der Maßgabe Anwen-

33. So *Hanau RdA* 73, 292.

34. Vgl. dazu die Begründung des Regierungsentwurfs und des Bundestagsausschusses für Arbeit, BT-Drucksache VI/2729, S. 56.

35. So auch *Säcker ZfA Sonderheft* S. 41, 60.

36. Vgl. *GK-Wiese* § 87 Rn. 141.

37. BAG v. 13/07/77, AP Nr. 2 zu § 87 BetrVG 1972 Kurzarbeit; *GK-Wiese* § 87 Rn. 141; *Schlegel Mitbestimmung* S. 136; *Säcker ZfA Sonderheft* S. 41, 61.

dung, daß die Entscheidungen durch Beschluß der Kammer erfolgen, erforderliche Zustellungen von Amts wegen zu bewirken sind und ein Anspruch auf Schadensersatz aus § 945 ZPO ausdrücklich ausgeschlossen sind. Auch im Beschlußverfahren sind daher einstweilige Verfügungen im Form der Sicherungsverfügung nach § 935 ZPO, wenn der Anspruch gefährdet ist, der Verfügungsverfügung nach § 940 ZPO, wenn ein streitiges Rechtsverhältnis bei Gefahr der Störung vorläufig geregelt werden soll, zulässig. Diese beiden Verfügungsarten sollen nicht schon zu einer Befriedigung des Antragstellers führen, sondern diese lediglich für einen späteren Zeitraum sichern und dürfen das Hauptverfahren nicht ersetzen³⁸. D.h., daß der Antragsteller noch nicht zugesprochen erhält, was ihm letzten Endes zusteht, aber es wird durch einen vorläufigen Rechtsschutz verhindert, daß sich seine Ausgangslage verschlechtert³⁹.

Weiterhin wurde durch die Rechtspraxis im Wege der Rechtsfortbildung für besondere Fälle die Leistungs- und Befriedigungsverfügung entwickelt, die eine vorübergehende Erfüllungswirkung hat⁴⁰.

Einstweilige Verfügungen sind sofort vollstreckbar und setzen generell Verfügungsanspruch, d. h. einen Anspruch, der einstweilig gesichert werden soll⁴¹ und seltzt Verfügungsgrund⁴² voraus. Grundsätzlich kann als Verfügungsanspruch jede betriebsverfassungsrechtliche Anspruch herangezogen werden⁴³.

Vereinzelt wird neuerdings die Auffassung vertreten, eine einstweilige Verfügung setze nicht immer notwendigerweise einen materiellrechtlichen Verfügungsanspruch voraus, sondern stelle nur auf ein regelungsbedürftiges Rechtsverhältnis ab, aus dem erst Ansprüche erwachsen könnten⁴⁴. Dieser Ansicht ist unter dem Gesichtspunkt zu widersprechen, da sonst das bloße Sicherungsmittel stärker wirken würde als die Entscheidung im Hauptverfahren. Deshalb kann es nicht ausreichen, daß in Eilfällen möglicherweise ein Bedürfnis für eine einstweilige Regelung zur Abwendung von Nachteilen besteht. Neben dem Bestehen eines Verfügunggrundes ist

38 *Stein-Jonas-Grunsky* ZPO, Vorb. § 935 Rn. 31

39 *Olderog* NZA 85, 753, 756

40 *Germelmann/Matthes/Prütting* § 85 Rn. 29

41 *FKHE* nach § 1 Rn. 57

42 *Germelmann/Matthes/Prütting* § 85 Rn. 34

43 *Germelmann/Matthes/Prütting* § 85 Rn. 31

44 *Olderog* NZA 85, 753, 759; *MünchArb-Matthes* § 321 Rn. 28

vielmehr immer auch das Vorliegen eines materiell-rechtlichen Anspruchs, der auch im Hauptverfahren durchgesetzt werden könnte, zu verlangen.

3. § 23 III 1 als Verfügungsanspruch

Zu prüfen ist somit, ob § 23 III 1 als Verfügungsanspruch im Rahmen der einstweiligen Verfügung in Betracht kommt. Dazu muß es sich bei dieser Vorschrift um eine materiellrechtliche Anspruchsgrundlage handeln. Dies ist allerdings umstritten. Ein Teil der Literatur versteht die Funktion des § 23 III und die Möglichkeiten des Betriebsrats, bei mitbestimmungswidrigen Maßnahmen des Arbeitgebers von dieser Unterlassung verlangen zu könne, als besondere betriebsverfassungsrechtliche Vollstreckungsregelung und sieht in § 23 III lediglich eine Norm des Verfahrensrechts⁴⁵. Dagegen, daß § 23 III 1 eine materiellrechtliche Regelung der Ansprüche zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber treffe, spreche die Stellung der Vorschrift im Abschnitt "Arbeitszeit des Betriebsrats" innerhalb des organisatorischen Teils⁴⁶.

Nach ganz herrschender Meinung jedoch gewährt § 23 III 1 dem Betriebsrat einen materiellrechtlichen Anspruch gegen den Arbeitgeber⁴⁷. § 23 III 1 räume einem Berechtigten (Betriebsrat) unmißverständlich unter bestimmten Voraussetzungen (grobe Pflichtverletzung) das selbständig einklagbare Recht ein, von einem Verpflichteten (Arbeitgeber) eine Unterlassung, Duldung oder Handlung zu verlangen. Das sei gerade der typische Inhalt einer Anspruchsgrundlage⁴⁸.

Die herrschende Meinung verdient den Vorzug. Die Formulierung des § 23 III 1 ähnelt dem unstreitig als Anspruchsgrundlage auszulegenden § 1004 I 2 BGB, wonach der Eigentümer auf Unterlassung klagen kann. Daß es sich bei § 23 III 1 um eine materiellrechtliche Anspruchsgrundlage handelt, ergibt sich ferner aus dem Zusammenspiel des Satzes 1 mit den folgenden Sätzen. Nur die Sätze 2 bis 5 sind in der Formulierung an das allgemeine Vollstreckungsrecht angelehnt. Mithin stellt § 23 II 1 eine materiellrechtliche Anspruchsgrundlage dar.

45 *Derleder* AuR 83, 289, 293 f; *ders.* AuR 85, 68; *HSG* § 23 Rn. 70; *Kümpel* AuR 85, 78, 82 f

46 *Kümpel* AuR 85, 78, 82

47 BAG v. 20/8/91 DB 92, 275; BAG v. 17 /03 /87 BB 87, 1878, 11879; *Münch Arb-Matthes* § 321 Rn. 5; *Hanau* JuS 85, 360, 361; *Beuthien* ZfA 88, 1, 26; *Walker* Der einstweilige Rechtsschutz Rn. 774; *Heinze* DB 83 Beilage 9, S. 1.23

48 *Walker* Der einstweilige Rechtsschutz RN. 774; *Heinze* DB 83 Bbeilage 9, S. 1, 4 f, 6 f.

4. Möglichkeit des einstweiligen Rechtsschutzes im Rahmen des § 23 III

Streitig ist aber auch, ob zur Sicherung des Unterlassungsanspruchs aus § 23 III 1 eine einstweilige Verfügung zulässig ist.

Die herrschende Meinung befürwortet⁴⁹ auch im Verfahren nach § 23 III die Zulässigkeit einer einstweiligen Verfügung, wofür die vom Gesetzgeber angestrebte Gleichgewichtigkeit des § 23 III mit dem Verfahren nach § 23 I spricht, in dem nach allgemeiner Meinung einem Betriebsratsmitglied durch eine einstweilige Verfügung zur Untersagung der weiteren Amtsausübung bis zur rechtskräftigen Entscheidung führen könne⁵⁰. Für die Möglichkeit einer einstweiligen Rechtsschutzes spreche zudem, daß § 85 I ArbGG den § 23 III ausdrücklich erwähnt⁵¹. Das Bedürfnis einer einstweiligen Verfügung sei weiterhin deshalb vom Anwendungsbereich des § 23 III unabweisbar, weil bei groben Pflichtverletzungen des Arbeitgebers häufig eine sofortige Entscheidung dringlich geboten sei⁵².

Ein Teil der Literatur hingegen spricht von einer Unzulässigkeit⁵³ einer einstweiligen Verfügung im Rahmen des § 23 III. Einerseits wird aus einer rein prozessualen Auffassung des § 23 III heraus die Statthaftigkeit einer einstweiligen Verfügung abgelehnt⁵⁴, die jedoch nach obigen Erwägungen heraus nicht zu folgen ist. Andererseits könnten die in § 23 III vorgesehenen Ansrühche deshalb nicht im Verfahren auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung geltend gemacht werden, weil die Verurteilung zu einem Ordnungs- oder Zwangsgeld die Rechtskraft der gerichtlichen Entscheidung voraussetze⁵⁵.

Der erstgenannten, herrschenden Meinung ist Folge zu leisten. Die in bestimmte Weise erfolgende Einschränkung der Zwangsvollstreckung im Verfahren nach § 23 III durch § 85 I 3 ArGG spricht zugunsten der Zulässigkeit einer einstweiligen Verfügung, wobei derartige Beschränkungen für den Erlaß einer einstweiligen Verfügung nach § 85 II ArbGG nicht vorgesehen sind.

49 *Heinze* DB 83, Beilage 9, S. 1, 23; *Pahle* NZA 90, 51, 54; *GK-Wiese* § 23 Rn. 178; *Hanau* JuS 85, 360, 361; *DKK* § 23 Rn. 95

50 *GK-Wiese* § 23 Rn. 179

51 *Hanau* JuS 85, 360, 361

52 *GK-Wiese* § 23 Rn. 179

53 *DR* § 23 Rn. 79; *GL* § 23 Rn. 61; *HSG* § 23 Rn. 70; *FKHE* § 23 Rn. 74

54 *HSG* § 23 Rn. 70; *DR* § 23 Rn. 79; *GL* § 23 Rn. 61

55 *FKHE* § 23 Rn. 74

Hieraus resultiert die Möglichkeit der einstweiligen Rechtsschutzes als Konsequenz zu § 23 III 1, der als Verfügungsanspruch im Rahmen einer einstweiligen Verfügung in Betracht kommen kann, so daß § 23 III für die Verletzung des in § 87 geregelten Rechts auf Mitbestimmung durch den Arbeitgeber eine effektive kollektive Sanktion erhält, bei der sich jedoch insoweit um eine eingeschränkte Sanktion handelt, auf die der Betriebsrat nur dann Anspruch erhält, wenn dieser Verstoß "grob" gewesen ist. Somit liegt eine Beschränkung des Unterlassungsanspruchs auch nicht nur auf ganz außergewöhnliche Fälle eines pflichtwidrigen Verhaltens vor, so daß dieser Unterlassungsanspruch nicht schon bei jedem Pflichtverstoß des Arbeitgebers in Betracht kommt⁵⁶, sondern vielmehr ein Verstoß vorliegt, der objektiv erheblich ist, also der besonders schwerwiegend gegen Sinn und Zweck des Gesetzes ist⁵⁷. Es soll jedoch **kein grober Verstoß** vorliegen, wenn "der Arbeitgeber in einer schwierigen und ungeklärten Rechtsfrage eine bestimmte Meinung vertritt und nach dieser handelt"⁵⁸. Diese Einschränkungen verlieren⁵⁹ zunehmend an Bedeutung, da die zu § 87 bestehenden Rechtsfragen durch zahlreiche Entscheidungen des BAG weitgehend geklärt sind.

Trotzdem bleibt die Frage des Anspruchs des Betriebsrats nach einer allgemeinen Unterlassung mit der Sanktion des § 890 ZPO bei jedem Verstoß des Arbeitgebers gegen Mitbestimmungsrechte aus § 87 I neben dem an strenge Voraussetzungen geknüpften § 23 III 1 als einer der umstrittensten Fragen im Betriebsverfassungsrecht.

II. Allgemeiner Unterlassungsanspruch

1. Bisherige Rechtsprechung des BAG und Teil der Lehre

Der 1. Senat des BAG sprach in seiner Entscheidung vom 22. 02. 83 seine Verneinung zu einem allgemeinen, neben § 23 III 1 stehenden Unterlassungsanspruch des Betriebsrats aus. Nur bei Vorlage eines groben Verstoßes des Arbeitgebers gegen seine Pflichten aus dem Betriebsverfassungsgesetz soll der Betriebsrat gem. § 23 III 1 BetrVG die Unterlassung mitbestimmungswidriger

56 *MünchArb-Matthes* § 321 Rn. 8

57 BAG v. 08. 08. 89, AP Nr. 15 zu § 87 BetrVG Ordnung des Betriebes; *GK-Wiese* § 23 Rn. 133.

58 BAG v. 22. 03. 83, AP Nr. 2 zu § 23 BetrVG 1972

59 Vgl. *Hanau* JuS 85, 360, 361

Handlungen des Arbeitgebers verlangen können⁶⁰. Diese Entscheidung vom 22. 02. 83 hat der 1. Senat dann in einer weiteren Entscheidung bestätigt⁶¹, dem ebenfalls ein nicht unerheblicher Teil des Schrifttums angeschlossen⁶² hat und die gleiche Auffassung vertritt. Dieser Rechtsprechung des BAG hat erst durch die theoretische Vor- und Begleitarbeit vor allem von *Heinze* den heutigen Entwicklungsstand erhalten⁶³. Der 1. Senat des BAG stützte mit der ihr folgenden Literatur ihre Ansicht auf folgende Argumente:

a. § 23 III 1 als abschließende Sonderregelung

Zunächst wird angeführt, § 23 III enthalte eine abschließende Regelung der Ansprüche des Betriebsrats gegen eine Verletzung seiner Beteiligungsrechte⁶⁴. Da das Betriebsverfassungsgesetz ausdrücklich einen Unterlassungsanspruch nur dann gewähre, wenn der Arbeitgeber grob gegen seine Pflichten aus dem Betriebsverfassungsgesetz verstößt, und dieser Anspruch vollstreckungsrechtlich besonders ausgestaltet sei, könne diese Vorschrift nicht deswegen beiseite geschoben werden, weil aus allgemeinen Erwägungen hergeleitete Ansprüche zu diesem gesetzlich normierten Anspruch im Widerspruch stünden⁶⁵. Vielmehr stelle das Betriebsverfassungsgesetz eine in sich ausgewogene und abschließende Sonderregelung dar, so daß betriebsverfassungsrechtliche Ansprüche auch nur aus diesem Normenkomplex abgeleitet werden können. Ließe man darüber hinaus allgemein geregelte Ansprüche für den Betriebsrat zu, so wäre die Ausgewogenheit der gesetzgeberischen Entscheidung in Frage gestellt⁶⁶. Daher folge aus § 23 III 1 als materiellrechtliche Anspruchsgrundlage, daß neben diesem ausdrücklich eingeräumten Anspruch dem Betriebsrat nicht noch ein weiterer allgemeiner Anspruch gegen den Arbeitgeber auf Unterlassung zustehen soll⁶⁷.

60 BAG v. 22. 03. 83, AP Nr. 2 zu § 23 BetrVG 1972

61 BAG v. 17. 05. 83, AP Nr. 19 zu § 80 BetrVG

62 *Heinze* DB 83, Beilage 9, S.1, 3, 14, 16; *von Hoyningen-Huene* An. zu BAG AP Nr. 2 zu § 23 BetrVG 1972; *MünchArb-Matthes*, § 321 Rn. 19; *Beuthien* ZfA 88, 1, 24; *HSG* § 23 Rn. 812; *Walker* Der einstweilige Rechtsschutz, S. 560; *ders.* DB 95, 1961, 1963; *Söllner* S. 192; *SW* § 23 Rn. 17 c; *Konzen* FS für Wolf S. 279, 301; *Adomeit* NJW 95, 1004; *Bauer/Diller* ZIP 95, 95

63 *Heinze* DB 83, Beilage 9, S.1, 3, 14, 16

64 BAG 3. 83, AP Nr. 2 zu § 23 BetrVG 1972 (Bl. 3)

65 BAG v. 22. 03. 83, AP Nr. 2 zu § 23 BetrVG 1972 (Bl. 4)

66 v. *Hoyningen-Huene* Anm. zu BAG AP Nr. 2 zu § 23 BetrVG 1972 (Bl. 9)

67 BAG v. 22. 03. 83, AP Nr. 2 zu § 23 BetrVG 1972 (Bl. 3)

Insbesondere lasse sich *auch* für die eigentlichen Mitwirkungstatbestände unmittelbar aus dem Wortlaut des Gesetzes ein Anspruch des Betriebsrats gegen den Arbeitgeber auf Vornahme bestimmter Handlungen oder Unterlassung mitbestimmungswidriger Maßnahmen nicht herleiten. Aus einer Berechtigung des Betriebsrats allein folge noch nicht das als Anspruch i.S.d. § 194 BGB zu verstehende Recht des Betriebsrats, vom Arbeitgeber ein bestimmtes Verhalten zu verlangen⁶⁸. Ein solcher Anspruch bedürfe einer Anspruchsgrundlage. Müsse diese auch nicht stets ausdrücklich normiert sein, so könne sie jedenfalls dann nicht allein aus der eingeräumten Berechtigung hergeleitet werden, wenn ihr eine ausdrücklich normierte Anspruchsgrundlage entgegenstehe. Diese Anspruchsgrundlage aber sei § 23 III 1⁶⁹.

b. Bedeutung des § 23 III 1

Desweiteren wurde vorgebracht, § 23 III wäre -jedenfalls insoweit- **überflüssig**, wenn dem Betriebsrat ohnehin bei jedem, auch leichten Verstoß des Arbeitgebers gegen Mitbestimmungsrechte ein Anspruch auf ein Verhalten des Arbeitgebers zustünde, das die Beachtung dieser Mitbestimmungsrechte sichert⁷⁰.

Ein solcher begrenzter Regelungsgehalt des § 23 III (beschränkt auf die Bedeutung bei Prozeßstandschaften) entspreche weder dem Wortlaut noch der Stellung dieser Vorschrift im Gesetz noch der Absicht des Gesetzgebers⁷¹.

c. Besondere vollstreckungsrechtliche Ausgestaltung

Es wird auch ausgeführt, daß, gäbe es einen allgemeinen Unterlassungsanspruch des Betriebsrats, eine gerichtliche Entscheidung über diesen Anspruch nach § 85 ArbGG i.V.m. § 890 ZPO vollstreckbar wäre. Gegen den Arbeitgeber, der der Unterlassungsverpflichtung zuwiderhandelt; könnte ein Ordnungsgeld bis zu DM 500.000.- festgesetzt werden. Ist dem Arbeitgeber jedoch nach § 23 III im Anschluß an einen groben Verstoß gegen seine gesetzlichen Pflichten ein bestimmtes Verhalten untersagt worden,

68 BAG v. 22. 03. 83, AP Nr. 2 zu § 23 BetrVG 1972 (Bl. 4); *Heinze* DB 83, Beilage 9 S. 1, 14, 16; *Walker*, Der einstweilige Rechtsschutz, Rn. 852; *von Hoyningen-Huene* Anm. zu BAG AP Nr. 2 zu § 23 BetrVG 1972 (Bl. 9)

69 BAG v. 22. 03. 83, AP Nr. 2 zu § 23 BetrVG 1972 (Bl. 4); *Konzen* FS für Wolf, S. 279, 301; so auch *Dobberahn* NJW 95, 1333, 1334

70 BAG v. 22. 03. 83, AP Nr. 2 zu § 23 BetrVG 1972 (Bl. 3)

71 BAG v. 22. 03. 83, AP Nr. 2 zu § 23 BetrVG 1972 (Bl. 4); *Münch Arb-Matthees* § 321 Rn. 19

könnte das Ordnungsgeld im Höchsthalle DM 20.000,- betragen. Schon dieser Widerspruch zeige, daß neben dem Unterlassungsanspruch des Betriebsrats nach § 23 III nicht noch ein weiterer, an weniger strenge Voraussetzungen gebundener allgemeiner Unterlassungsanspruch gegeben sein könne⁷².

d. Detaillierte Regelung der Rechtsfolgen von Verstößen des Arbeitgebers gegen Beteiligungsrechte des Betriebsrats

Für eine abschließende Regelung der Ansprüche des Betriebsrats gegen den Arbeitgeber bei Verstößen gegen seine Beteiligungsrechte spreche ferner, daß das Betriebsverfassungsgesetz die Rechtsfolgen von Verstößen des Arbeitgebers gegen Beteiligungsrechte des Betriebsrats detailliert geregelt habe⁷³. Zunächst seine Maßnahmen des Arbeitgebers, die dieser unter Verstoß gegen Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats nach § 87 vornehme, unwirksam. Außerdem könne der Betriebsrat durch Anrufung der Einigungsstelle eine seinem Mitbestimmungsrecht genügende Regelung erreichen. Angesichts der Detailregelung sei es auch von einem auf vertrauensvoller Zusammenarbeit aufbauenden Verständnisses der Verhältnisse der Betriebspartner zueinander her gerechtfertigt, daß der Betriebsrat erst dann ein bestimmtes Verhalten des Arbeitgebers verlangen können soll, wenn dieser grob gegen seine betriebsverfassungsrechtlichen Pflichten verstößt⁷⁴.

e. Schutz vor Eingriffen in die Leitung des Betriebes

Diese Auffassung wird schließlich darauf gestützt, daß es die Leitung des Betriebes erheblich erschweren würde, wenn der Betriebsrat vom Arbeitgeber in allen möglichen Fällen Unterlassung verlangen könnte⁷⁵. § 77 I 2 überlasse die Führung des Betriebs allein dem Arbeitgeber, auch auf die Gefahr hin, daß dieser dabei Beteiligungsrechte des Betriebsrats mißachtet⁷⁶. Wenn der Betriebsrat aber nicht durch einseitige Handlungen in die Leitung des Betriebes eingreifen dürfe, so könne er das auch nicht mit Hilfe der Gerichte⁷⁷. In der Literatur wird zudem von einigen Vertretern dieser

72 *Münch Arb-Matthes* § 321 Rn. 19; BAG v. 22. 03. 83, AP Nr. 2 zu § 23 BetrVG 1972 (Bl. 3/4)

73 *von Hoyningen-Huene* Anm. zu BAG v. 22. 03. 83, AP Nr. 2 zu § 23 BetrVG 1972 (Bl. 10); *Konzen FS für Wolf*, S. 279, 302 f.

74 BAG v. 22. 03. 83, AP Nr. 2 zu § 23 BetrVG 1972 (Bl. 6)

75 *von Hoyningen-Huene*, Anm. zu BAG v. 22/3/83, AP Nr. 2 zu § 23 BetrVG 1972 (Bl. 10)

76 *MünchArb-Matthes*, § 321 Rn. 16

77 *Söllner*, S. 192/193

Ansicht angeführt, ein allgemeiner Unterlassungsanspruch verletze den mitbestimmungsfreien Kern der Unternehmensautonomie⁷⁸.

2. Die Gegenmeinung und ihre Argumente

Die Entscheidung des 1. Senats des BAG vom 22. 2. 83 ist teilweise auf heftige Kritik gestoßen. Insbesondere hat danach der 6. Senat des BAG in einem obiter dictum ausdrücklich klargestellt, ein allgemeiner Unterlassungsanspruch des Betriebsrats sei gegeben⁷⁹. Auch die Mehrheit der LAG entschied gegen den 1. Senat⁸⁰.

Ferner wird diese erstgenannte Ansicht von einem recht großen Teil des Schrifttums entschieden abgelehnt⁸¹. Der Streit wurde sogar auf die verfassungsrechtliche Ebene gehoben, weil ein allgemeines Recht des Betriebsrats, den Arbeitgeber auf Unterlassung mitbestimmungswidrigen Verhaltens in Anspruch zu nehmen, vereinzelt aus Art. 19 IV GG abgeleitet wird⁸². Der erstgenannten Auffassung werden folgende Gesichtspunkte entgegengehalten:

a. Vereitelung der Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats

Ein Kritikpunkt ist, daß nach der ersten Auffassung zentrale Mitbestimmungsrechte nicht mehr gesichert seien, sondern unterlaufen werden könnten⁸³. Es bestünde die Gefahr, daß das Mitbestimmungsrecht dadurch vereitelt werde, daß der Arbeitgeber *nicht mehr rückgängig zu machende Fakten* geschaffen habe⁸⁴. Die Durchsetzung eines solchen Rechts von einer bestimmten Qualität seiner Verletzung abhängig zu machen, stelle den gesetzlichen Geltungsanspruch des Mitbestimmungsrechts in Frage⁸⁵.

b. Einheit von Recht und Rechtsdurchsetzung

Desweiteren wird der erstgenannten Auffassung der Widerspruch entgegengehalten, daß, was materiellrechtlich

78 *Beuthien*, ZFA 88, S. 1, 24; *von Hoyningen-Huene* DB 87, 1426, 1434

79 BAG v. 18. 4. 85, AP Nr. 5 zu § 23 BetrVG 1972

80 LAG Frankfurt v. 24. 02. 87, BB 87, 1877; LAG Berlin v. 22. 04. 87, DB 88, 4; LAG Düsseldorf v. 23. 08. 83, BB 83 2052; LAG Bremen v. 15. 06. 84, DB 84, 1935; LAG Köln v. 22. 04. 85, 1332

81 LAG Frankfurt v. 24. 02. 87, BB 87, 1877; LAG Berlin v. 22. 04. 87, DB 88, 4; LAG Düsseldorf v. 23. 08. 83, BB 83 2052; LAG Bremen v. 15. 06. 84, DB 84, 1935; LAG Köln v. 22. 04. 85, 1332

82 *Coen* DB 84, 2459

83 *Diitz* DB 84, 115, 118

84 *Grunsky* § 85 Rn. 14

85 *Kümpel* AuR, 85, 78, 88

verboten ist, nämlich vorläufiges Handeln in Eilfällen, prozessual eben doch ermöglicht werde. Ein allgemeiner Unterlassungsanspruch resultiere daher schon aus dem Gesichtspunkt der Einheit von Recht und Rechtsdurchsetzung. Einer ausdrücklichen Normierung des allgemeinen Unterlassungsanspruchs hätte es demnach nur dann bedurft, wenn dieser Grundsatz vom Gesetzgeber ausnahmsweise durchbrochen würde⁸⁶. Also habe der Betriebsrat einen Anspruch darauf, daß seine betriebsverfassungsrechtlichen Rechte nicht leerlaufen würden und in die soziale Wirklichkeit umgesetzt werden können⁸⁷.

c. Ineffizienz der genannten Rechtssicherungsmöglichkeiten

Außerdem wird angeführt, der Verweis auf die Unwirksamkeit mitbestimmungswidriger Maßnahmen sei für die Sicherung der Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats ein untaugliches Mittel. Abgesehen davon, daß sich durch die Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung die Sanktion der Verletzung des kollektiven Rechts auf die individualrechtliche Ebene verlagere, zeige die Praxis, daß die betroffenen Arbeitnehmer aus Unkenntnis, Unsicherheit, Desinteresse oder Furcht vor Sanktionen in der Regel davon absähen, sich auf ihre individualrechtlichen Befugnisse zu berufen⁸⁸. Nicht gefolgt werden könne der erstgenannten Auffassung auch in der Argumentation, daß es wegen des Gebots zur vertrauensvollen Zusammenarbeit in § 2 I gerechtfertigt sei, dem Betriebsrat einen Anspruch auf ein betriebsverfassungsmäßiges Verhalten des Arbeitgebers nur bei groben Pflichtverstößen zu gewähren. Das Gebot der vertrauensvollen Zusammenarbeit verpflichte beide Betriebsparteien sich rechtmäßig zu verhalten sowie in der Art der Ausübung ihrer Rechte auf die berechtigten Interessen des anderen Rücksicht zu nehmen und nicht das rechtswidrige Verhalten des anderen klaglos hinzunehmen⁸⁹. Die Gegenauffassung führe aber dazu, daß die Funktionsfähigkeit der Betriebsverfassung im Bereich der echten Beteiligungsrechte für den von § 23 III nicht erfaßbaren Regelverlauf von der Gutwilligkeit des Arbeitgebers abhängig gemacht werde⁹⁰.

86 Coen DB 84, 2459, 2461

87 Coen DB 84, 2459, 2461

88 Kümpel AuR 85, 78, 87

89 Trittin BB 84, 1169, 1173

90 Dütz DB 84, 115, 118

d. Wertungswiderspruch des geringsten Schutzes für das stärkste Recht des Betriebsrats

Der erstgenannten Ansicht wird ferner entgegengehalten, es sei widersprüchlich, gerade die Mitbestimmungsrechte als die stärksten Beteiligungsrechte des Betriebsrats weniger zu schützen als Ansprüche auf Beratung oder Unterrichtung⁹¹.

Folge man der erstgenannten Auffassung, so wäre jedoch die Kuriosität zu verzeichnen, daß je stärker das Recht des Betriebsrats sei, desto schwächer seien die Durchsetzungsmöglichkeiten für den Betriebsrat⁹².

e. Entstehungsgeschichte und Wortlaut

Zur entstehungsgeschichtlichen und grammatikalischen Abstützung ihrer Auffassung berufen sich die Vertreter dieser Ansicht darauf, der Gesetzgeber hätte in dem jetzigen Wortlaut lediglich das Wort "nur" einfügen müssen, wenn er eine Beschränkung der Unterlassungsansprüche des Betriebsrats auf die Vorschrift des § 23 III gewollt hätte⁹³. Außerdem habe der Vertreter der Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände in der Anhörung am 24. 02. 71 § 23 III unwidersprochen als zusätzliche Sanktion eingestuft⁹⁴. Somit würde man also, sähe man § 23 III als *abschließende Regelung* an, die Rechtsstellung des Betriebsrats -entgegen dem Willen des Gesetzgebers⁹⁵ verschlechtern anstatt sie zu verbessern⁹⁶.

3. Die neue Doktrin des BAG

Der 1. Senat hat nunmehr mit dem Beschluß vom 03. 05. 94⁹⁷ seine Rechtssprechung nach mehr als einem Jahrzehnt aufgegeben und ist zu seiner ursprünglichen Rechtssprechung zurückgekehrt, wonach trotz des § 23 III ein allgemeiner Unterlassungsanspruch des Betriebsrats gegenüber einseitigen, der Mitbestimmung nach §

91 Hanau NZA 85, Beilage 2, I, 12; ders. NZA 96, 842, 844

92 Kümpel AuR 85, 78, 84

93 Derleder AuR 83, 289, 293; Kümpel AuR 85, 78, 81; Vgl. Lieb, S. 234, 726 "Das Gesetz enthält einen solchen Unterlassungsanspruch nur in der sehr allgemeinen Vorschrift des § 23 Abs. 3 S. 1 und das auch nur unter der engen Voraussetzung des Vorliegens eines groben Verstoßes."

94 Kümpel AuR 87, 78, 90; Derleder AuR 85, 65, 67

95 BT-Drucksachen VI/1786, Vorblatt B.

96 Dütz DB 84, 115, 116; Kümpel AuR 85, 78, 89

97 NJW 95, 1044

87 zuwiderlaufenden Maßnahmen des Arbeitgebers bejaht wird⁹⁸. Aus den früheren ergangenen Entscheidungen des BAG ergibt sich, daß der Unterlassungsanspruch ganz allgemein bejaht wurde, ohne daß an irgendeiner Stelle vom BAG geprüft worden wäre, ob ein "grober Verstoß" i.S.d. § 23 III vorgelegen hat⁹⁹.

Die zur Begründung der Entscheidung vom 22. 03. 83 angeführten Argumente werden nun entkräftet. § 23 III sei keine abschließende Regelung mit Ausschlußwirkung. Vielmehr müsse für jeden Mitbestimmungstatbestand gesondert geprüft werden, ob dieser dem Betriebsrat einen Unterlassungsanspruch gibt oder nicht¹⁰⁰. Auch folge bei Bejahung eines allgemeinen Unterlassungsanspruchs nicht, daß die Norm des § 23 III überflüssig wäre. Die Frage des Verhältnisses eines Anspruchs nach § 23 III zu anderen denkbaren Unterlassungsansprüchen lasse sich nicht in dieser Allgemeinheit beantworten. Vielmehr komme es auf die Einzeltatbestände des verletzten Mitbestimmungsrechts und des darauf bezogenen Unterlassungsanspruchs an¹⁰¹.

Es wird weiterhin auf eine Widersprüchlichkeit der bisherigen Rechtsprechung hingewiesen, die sich daraus ergebe, daß ein Unterlassungsanspruch bejaht wird, soweit es um die Unterlassung von Handlungen geht, durch die der Arbeitgeber gegen bestehende Betriebsvereinbarungen verstößt¹⁰². Hier gehe es zwar um die Sicherung der Rechte aus einer übereinstimmend getroffenen Regelung. Es leuchte jedoch nicht ein, daß bei bereits ausgeübter Mitbestimmung dem Betriebsrat ein Unterlassungsanspruch zustehe, ein solcher jedoch nur unter den engen Voraussetzungen des § 23 III bestehen solle, wenn der Arbeitgeber die Ausübung des Mitbestimmungsrechts von vornherein unmöglich mache. Das Schutzbedürfnis des Betriebsrats sei hier nicht erkennbar geringer und die Interessen des Arbeitgebers nicht schutzwürdiger.

III. Stellungnahme

Um die Frage beurteilen zu können, welcher Auffassung den Vorzug zu geben ist, muß abgewogen werden: Für die Praxis ist es

98 So auch BAG v. 6/12/1994, NZA 95, 488

99 Vgl. z.B.: BAG v. 8/6/82, DB 82, 2356; BAG v. 18. 3. 77, AP Nr. 27 zu § 37 BetrVG 1972; BAG v. 22. 12. 80, AP Nr. 70 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf"

100 BAG NJW 95, 1044, 1045

101 BAG NJW 95, 1044, 1045

102 So z. B. BAGE 56, 313

unerheblich, welche Theorie den Vorzug gewinnt, wenn nur die nachteiligen Folgen des mitbestimmungswidrigen Verhaltens des Arbeitgebers im "normalen Verfahren" berücksichtigt werden, denn die Unterschiede beider Auffassungen sind gering bei der den Betriebsräten gem. §§ 2a I Nr. 1, II, 80 ff. ArbGG zustehende Antragsmöglichkeit auf die Feststellung eines streitigen Mitbestimmungsrechts im Beschlußverfahren. Auch wenn ein entsprechender gerichtlicher Feststellungsbeschluß nicht vollstreckbar ist, fällt diese jedoch nicht so sehr ins Gewicht, da der Arbeitgeber bei einer Verletzung eines gerichtlich festgestellten Mitbestimmungsrechts sozialpolitisch schnell ins Abseits gerät und dieses sich nicht erlauben wird und nicht darf¹⁰³.

Betrachtet man das Problem des mitbestimmungswidrigen Verhaltens der Arbeitgeber unter dem Gesichtspunkt der häufig auftretenden Eilfälle bei der die Betriebsräte auf einstweiligen Rechtsschutz angewiesen sind, erhalten sie nach dem neuen Beschlußverfahren keinen einstweiligen Rechtsschutz, was allerdings als ein wichtiger Einwand bei der Abwägung für oder gegen den neuen Beschluß des 1. Senats sehr ins Gewicht fällt¹⁰⁴.

In diesem Fall spielt die Frage des allgemeiner Unterlassungsanspruchs im Rahmen des Verfügungsanspruchs eine entscheidende Rolle.

1. Bedenken gegen die neue Doktrin des BAG

Der neuen Regelung, die einen allgemeinen Unterlassungsanspruch bejaht, spricht dagegen, daß der Arbeitgeber nach ihr auch im Eilfall nicht handeln kann, was die Lahmlegung seines Betriebes bedeuten würde. Der Betriebsrat werde somit in der Lage mit Hilfe eines Unterlassungsanspruchs bei jedem geringen Verstoß durchzugreifen, einseitig Macht gegenüber dem Unternehmen auszuüben und somit nach seinen eigenen Willen für die Dauer des Mitbestimmungsverfahrens zu operieren, d.h. bis zur rechtskräftigen Entscheidung der Einigungsstelle. Da das Gesetz keinerlei Vorschriften über die zeitliche Straffung des Einigungsstellenverfahrens enthält, würde der Betriebsrat die Gelegenheit für einen erheblichen Zeitraum ausnutzen bei betrieblichen Letztens-

103 Vgl. Hanau JuS 85, 360, 362

104 Germelmann/Matthes/Prütting § 85 Rn. 29

cheidungsrecht mitzubestimmen, daß ihm mangels Mitunternehmerschaft gar nicht gebühren würde¹⁰⁵. Die Folge hiervon wäre, daß der Betriebsrat statt dem Mitbestimmungsrecht bei der betreffenden Entscheidung des Arbeitgebers, das ihm in § 87 I eingeräumt wurde, das Alleinbestimmungsrecht erhalten würde.

In diesem Zusammenhang ist es von größter Wichtigkeit zu untersuchen, was das Gesetz unter Mitbestimmung des Betriebsrats versteht. § 87 enthält eine begrenzte Regelung, die ergänzt wird durch § 74 I 2. Arbeitgeber und Betriebsrat haben über strittige Fragen mit dem ernststen Willen zur Einigung zu verhandeln und Vorschläge für die Beilegung von Meinungsverschiedenheiten zu machen. Kommt eine Einigung nicht zustande, so entscheidet die Einigungsstelle, die anrufbar und entscheidungsfähig ist, auch gegen den Willen des Arbeitgebers, § 76 in Verbindung mit § 87 II.

Entgegen man diesen dargestellten Bedenken mit dem Merkmal der "Mitbestimmung", bedeutet dies, daß der Arbeitgeber durch einseitige Anordnungen seinerseits vollendete Tatsachen schafft, die zur Folge haben, daß das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats aus § 87 I unterlaufen wird. So entsteht hier allerdings die Gefahr dem Betriebsrat schon im Vorfeld nicht das Recht zur Mitbestimmung nach § 87 I einzuräumen und das Alleinbestimmungsrecht durch den Arbeitgeber in Anspruch zu geben.

Brisant wird die Angelegenheit im Falle des Dissenzes zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat, bei der der Arbeitgeber einen bisher bestehenden Zustand bzw. eine Regelung ändern will und der Betriebsrat, der dies (so ohne weiteres jedenfalls) nicht akzeptieren möchte. Beide Parteien werden, zunächst einmal, mindestens bis zum klärenden Spruch der Einigungsstelle, womöglich aber einiges länger bis eine Einigung abgeschlossen ist, ihren Willen durchsetzen wollen, so daß ein Machtkampf mindestens für diese Dauer vorprogrammiert ist.

Die Frage, wer bei diesem Machtkampf seinen Willen durchsetzen wird, ist zwar nicht rechtlich aber doch praktisch, zumindest in einem Teil der Fälle in gewissen Umfang vorentscheidend, auch für das mögliche Ergebnis des Einigungsstellenverfahrens¹⁰⁶.

105 So im Ergebnis *Adomeit* NJW 95, 1004; *Beuthien* Zf A 88, 1, 23

106 Vgl. ArbG Düsseldorf v. 22. 6. 83-10BV Ga 10. 83, B 1.9 ff.; ArbG Hamburg v. 31. 8. 83-21 Ga BV 6. 83, Bl. 8; beide Entscheidungen zit. bei *Kümpel* AuR 85, 78, 79 Fn. 7.

Ist z.B. eine neue technische Anlage mit entsprechendem finanziellen Aufwand erst einmal installiert und in Betrieb genommen, tut sich jede Einigungsstellen schwer mit dem Spruch, daß die Maßnahme des Arbeitgebers wieder rückgängig zu machen sei. Ist die ganze Angelegenheit soweit entwickelt, ist der Fortgang von "der Macht der Tatsachen" abhängig; meist handelt es sich nur noch um einzelne Details und gewisse Modifikation der Maßnahme des Arbeitgebers¹⁰⁷.

Die Frage des Unterlassungsanspruchs ist also die Frage danach, ob trotz bestehenden Mitbestimmungsrechts im Streitfall der Arbeitgeber gestützt auf die Überlegenheit, die ihm das Eigentum verleiht, ohne bzw. gegen den Betriebsrat ungehindert einseitig handeln kann.

Diese Frage muß daher unter dem Gesichtspunkt betrachtet und analysiert werden, wie sich eine fehlende Mitbestimmung im o.g. Sinne rechtlich auswirkt.

2. Meinungsstand

a. Theorie vom Regelungsanspruch

Nach der Theorie vom Regelungsanspruch von *Dietz*¹⁰⁸ bzgl. des Volräufer-Paragraphen 56 aus dem Betr VG 1952 kann der Betriebsrat, wenn der Arbeitgeber etwas anordnet oder mit den Arbeitnehmern vereinbart, auch in mitbestimmungspflichtigen Bereich aktuell nichts unternehmen, die Wirksamkeit der Maßnahme bleibt unberührt.

Diese Haltung des Betriebsrats kann auch dem Wortlaut des § 77 I 2 entnommen werden, wonach der Betriebsrat nicht durch einseitige Handlungen in die Leitung des Betriebs eingreifen darf.

Er ist also darauf angewiesen, sofort die Einigungsstelle anzurufen, um für die Zukunft eine Regelung zu erreichen. Erst eine auf diese Weise zustande gekommene Einigung verdrängt danach die bis dahin wirksame Arbeitgebermaßnahme bzw. verpflichtet diesen, seine Anordnungen aufzuheben¹⁰⁹. Für den Betriebsrat gilt danach der Rat: Dulde und rufe an!¹¹⁰.

107 Vgl. *Kümpel* AuR 85, 78, 79

108 *Dietz* Probleme des Mitbestimmungsrechts, 1960, S. 8 ff.; ders. BetrVG 4. Aufl. 1967 § 56 Rn. 37

109 Vgl. *DR* § 87 Rn. 80 ff. m.w. N.

110 *Adomeit* NJW 95, 1004, 1005

b. Theorie der notwendigen Mitbestimmung

Dies war jedoch auf Arbeitnehmerseite unbefriedigend, so daß sich in den 50er Jahren durch *Nipperdey*, *Galperin* und *Siebert* die Theorie der notwendigen Mitbestimmung bzw. der Wirksamkeitsvoraussetzung durchsetzte. Danach ist unter Mitbestimmung die notwendige Beteiligung des Betriebsrats an der Entscheidung über betriebliche Maßnahmen i.S.d § 87 I zu verstehen. Diese Maßnahmen können vom Arbeitgeber und Betriebsrat nur *gemeinsam* geregelt werden¹¹¹.

Dies hat zur Folge, daß ohne die nach § 87 I notwendige Zustimmung des Betriebsrats getroffene arbeitsvertragliche Regelungen, auch wenn sie die beteiligten Arbeitnehmer begünstigen, einseitige Arbeitgeberweisungen im zivilrechtlichen Sinne zwar nicht rechtswidrig sind, aber unwirksam machen¹¹².

Zur Begründung wird im wesentlichen auf den Sinn und Zweck der Mitbestimmung zurückgegriffen. Das Betriebsverfassungsrecht diene in erster Linie dem Schutz der Belegschaft und solle zugleich eine Teilhabe der Arbeitnehmer an den sie essentiell berührenden Entscheidungen im betrieblichen Bereich gewähren. Die Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten sei die stärkste Form dieser betrieblichen Arbeitnehmerbeteiligung.

c. Modifizierte Unwirksamkeitstheorie

Nach der von *Adomeit*¹¹³ entwickelten sog. modifizierten Unwirksamkeitstheorie kann nicht schon der abstrakte, sondern nur der begründete Widerspruch des Betriebsrats die Unwirksamkeit der Maßnahme begründen. Begründet sei der Widerspruch dann, wenn die vorgesehene Maßnahme die Interessen der Arbeitnehmer ohne sachlichen Grund beeinträchtigen würde. Diese Theorie konnte sich jedoch nicht durchsetzen und ist mittlerweile auch von ihrem Begründer aufgegeben worden¹¹⁴.

3. Stellungnahme zu den verschiedenen Theorien

a. Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung

Obwohl sich keine der drei Theorien aus dem Wortlaut des § 87 I allein herleiten läßt¹¹⁵, ist allerdings festzustellen, daß

111 Vgl. *GK-Wiese* § 87 Rn. 54

112 *Hanau JuS* 85, 360, 361

113 *Adomeit BB*, 72, 53

114 Vgl. *Adomeit NJW* 95, 1004, 1005

Mitbestimmung i.S.d § 87 bedeutet, daß eine mitbestimmungspflichtige Angelegenheit nicht ohne die Zustimmung des Betriebsrats geregelt werden soll¹¹⁶, und somit die Sicherstellung der Teilhabschaft der Arbeitnehmer an den sie berührenden Entscheidungen gewährleistet ist¹¹⁷. Folglich beinhaltet das Mitbestimmungsrecht auch die Schutzfunktion des Betriebsrats gegenüber der Belegschaft¹¹⁸ und stellt in allen sozialen Angelegenheiten das Kernstück der Mitbestimmungsregelungen des Betr.VG dar. Aus diesem Grunde ist bei jeglichen Verstößen gegen dieses Mitbestimmungsrecht eine strenge Sanktion angezogen.

Aufgrund dieser Tatsachen besitzt die Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung im Bereich der sozialen Angelegenheit grundsätzlich große Anerkennung, so daß allein hierdurch eine sinnvolle Kontrolle und Begrenzung des Weisungsrechts erzielt wird.

Automatisch stellt diese resultierende Fakt der Kontrolle eine Barriere für eine etwaige Überordnung des Arbeitgebers im Rahmen des Arbeitsverhältnisses dar und braucht aus demselben Grund nicht befürchtet werden.

b. Gegenargumente

Die Gegenargumente sind nicht überzeugend, um an der Richtigkeit der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung zu zweifeln.

aa. Partielle Entmündigung und Bevormundung der Arbeitnehmer

Die hM ist dem Vorwurf der partiellen Entmündigung und Bevormundung der Arbeitnehmer ausgesetzt¹¹⁹. Dem ist zwar insoweit zuzustimmen, daß die Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung jedenfalls faktisch eine Unterordnung abweichenden Individualinteressen einzelner Arbeitnehmer zur Folge hat. Dies ist jedoch auf der anderen Seite zum Schutz des einzelnen Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber unumgänglich. Das wird daraus erkennbar, daß der Arbeitnehmer bei seiner Entscheidung nicht so

115 DR § 87 Rn. 16; Vgl. Lieb, s. 243 757

117 GK Wiese § 87 Rn. 53

118 BAG AP Nr. 8 zu § 56 Entlohnung

119 So Richardi Kollektivgewalt und Individualwille, S. 291 ff.; D/R § 87 Rn. 55, 57

frei und nicht durch besondere Gesetzesgarantien geschützt ist wie der Betriebsrat¹²⁰. Es besteht die Gefahr, daß der Arbeitnehmer anderenfalls zu ungünstigen Einzelvereinbarungen überredet wird.

Aber auch ist die faktische Unterordnung abweichender Individualinteressen einzelner Arbeitnehmer hinzunehmen, damit die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats gesichert werden und nicht ausgehöhlt werden¹²¹. Sie stellt daher den "Presse einer kollektiven Interessenvertretung der Arbeitnehmer durch den Betriebsrat"¹²² dar, welche nun einmal durch den Gesetzgeber geschaffen wurde. Ansonsten würde gerade durch die vielfältigen, undurchschaubaren Beeinflussungsmöglichkeiten und psychologischen Drucksituationen der durch die kollektive Mitbestimmung bezweckte Arbeitnehmerschutz gefährdet werden. Außerdem würde dies wegen der Frage, wann eine Maßnahme mitbestimmungspflichtig ist, eine erhebliche Rechtsunsicherheit verursachen¹²³.

bb. Fall des betriebsratslosen Betriebs

Der hM wird auch vorgeworfen, daß der Fall des betriebsratslosen Betriebs danach ungelöst bleibe¹²⁴. Diesem Argument kann entgegengehalten werden, daß nach dem BetrVG die Wahl eines Betriebsrats und die Wahrnehmung der Mitbestimmungsrechte durch diesen, der Initiative der Arbeitnehmer überlassen worden ist, so daß keine "Zwangsordnung"¹²⁵ gewollt ist. Konsequenz ist, daß solange kein Betriebsrats gewählt worden ist, auch keine Mitbestimmungsrechte ausgeübt werden können¹²⁶ mit der weiteren Konsequenz, daß dann auch kein Verstoß gegen Mitbestimmungsrechte vorliegen kann¹²⁷. Mithin geht dieses Argument ins Leere und steht der Theorie der notwendigen Mitbestimmung nicht entgegen.

cc. Ausdrückliche Regelung in § 102 I 3 BetrVG

Die Regelung des § 102 I 3 ist auch nicht als Argument stichhaltig¹²⁸. Dieses Argument trifft zwar insoweit zu, daß durch

120 Vgl. *späcker* Gruppenautonomie und Übermachtskontrolle, 1972, s. 352

121 BAG AP Nr. 1 zu § 87 Betr VG 1972 Kurzarbeit

122 So *GK-Wiese* § 87 Rn. 66

123 *GK-Wiese*, § 87 Rn. 67

124 So *D/R* § 87 Rn. 45, 51

125 *GK-Wiese* § 87 Rn. 61

126 Vgl. BAG AP Nr. 3 zu § 9 TVAL II

127 Vgl. BAG AP Nr. 84 zu § 611 BGB Urlaubsrecht

128 So aber *HSG* § 87 Rn. 77, 82

§ 102 I 3 die Unwirksamkeit einer Kündigung ausdrücklich geregelt ist, die ohne die Anhörung des Betriebsrats ausgesprochen wurde, wohingegen bei § 87 eine solche Klarstellung gesetzlich nicht geregelt ist. Allerdings hat dieser Unterschied sein Grund sowohl in der Entstehungsgeschichte als in dem Normzweck. Und zwar war das BAG für den Vorgänger des § 102, den § 66 BetrVG 1952 zunächst der Ansicht, daß die ordnungsgemäße Anhörung des Betriebsrats keine Wirksamkeitsvoraussetzung für die Kündigung sei¹²⁹. Durch diese ausdrückliche Normierung wollte der Gesetzgeber daher diese umstrittene Frage im gesetzlich geregelten Sinne festlegen.

Dagegen war es bzgl. des Vorgängerparagraphen 56 BetrVG 1952 des § 87 ganz herrschende Meinung in Rechtsprechung¹³⁰ und Literatur¹³¹, daß die ordnungsgemäße Mitwirkung des Betriebsrats Wirksamkeitsvoraussetzung für die mitbestimmungspflichtigen Maßnahmen ist.

Der Gesetzgeber des BetrVG 1972 kannte diese herrschende Meinung und die auf ihr beruhende höchstrichterliche Rechtsprechung mit der Folge, daß eine ausdrückliche gesetzliche Regelung entbehrlich war¹³². Auch aus Sinn und Zweck des Mitbestimmungsrechts leuchtet die ausdrückliche Anordnung der Unwirksamkeitsfolge in § 102 I 3 ein.

Berücksichtigt man, daß das bei Kündigungen vorgesehene Anhörungsrecht eine schwächere Stufe der Mitwirkungsrechte des Betriebsrats darstellt, wäre naheliegend, eine Unwirksamkeitsfolge bei Verletzung dieses Mitbestimmungsrechts nicht anzunehmen und eine weniger harte Sanktion in Betracht zu ziehen. Die ausdrückliche Regelung war daher erforderlich, um dies zu unterbinden. Daraus folgt, daß die ausdrückliche Normierung der Unwirksamkeitsfolge in § 102 I 3 nicht im Wege des Umkehrschlusses gegen die Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung bei § 87 I ausschlaggebend ist.

129 Vgl. BAG AP Nr. 1, 4, 10, 16, 27, 28 zu § 66 BetrVG; BAG AP Nr. 13 zu § 123 BGB; BAG AP Nr. 57 zu § 626 BGB

130 Vgl. BAG AP Nr. 1, 2, 4, 6, 22, 27 zu § 56 BetrVG; BAG AP Nr. 1 zu § 56 BetrVG Arbeitszeit; BAG AP Nr. 2, 3, 4 zu § 56 BetrVG Entlohnung

131 Nipperdey in: Hueck/Nipperdey II, 6. Aufl. 1957, S. 832; a. A. nur Dietz BetrVG 4. Aufl. 1967 § 56 Rn. 46 ff

132 A.A. HSG § 87 Rn. 12

133 Hanau JuS 85, 360, 361

4. Ergebnis

Die Arbeitnehmer können also noch der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung die Erfüllung des Vertrages wegen der fehlenden Zustimmung des Betriebsrats jederzeit einstellen bzw. sich den Anweisungen des Arbeitgebers widersetzen, wobei sie den vollen Lohnanspruch nach § 615 BGB behalten¹³⁵. Für die Vergangenheit wirkt sich die Unwirksamkeit dieser arbeitsvertraglichen Abrede jedoch nach den Regeln über das faktische Arbeitsverhältnis nicht aus¹³⁴.

Im letzteren Falle können sie somit Selbsthilfe ausüben. Unter diesem Aspekt stellt es allerdings einen Wertungswiderspruch dar, wenn dem Betriebsrat ein klagbarer Anspruch auf Unterlassung versagt wird: Erst wird die Wertung der Rechtsordnung, daß Streitigkeiten grundsätzlich vor den Gerichten und nicht im Wege der Selbsthilfe auszutragen sind, übergangen. Denn Selbsthilfe wäre dann erlaubt, aber eine Klage nicht¹³⁵.

Zudem erscheint es absurd, daß die einzelnen Arbeitnehmer in stärkerem Maße befugt sind, den Verstoß des Arbeitgebers gegen ein Mitbestimmungsrecht gerichtlich geltend zu machen als der Betriebsrat selbst¹³⁶.

Der Hinweis auf den einzelnen Arbeitnehmer, der dann die Unwirksamkeit der Maßnahme des Arbeitgebers geltend zu machen habe, würde auch die "Kaltstellung" des Betriebsrats als das Organ der Gesamtbelegschaft bedeuten¹³⁷.

Auch trennt die Betriebsverfassung bewußt die beiden Ebenen der kollektiven und individuellen Interessenvertretung. Die Wahrnehmung der Rechte des Betriebsrats ist niemals Sache des einzelnen Arbeitnehmers. Dies kann auch nie seine Sache sein, da seine Interessen nicht zwangsläufig mit denen der Gesamtbelegschaft deckungsgleich sind.

Entscheidendes Kriterium ist jedoch, daß das Mitbestimmungsrecht zwei Varianten enthält, nämlich das Initiativrecht, was eventuell durch Anrufung einer Einigungsstelle entsprochen werden

134 *Hanau* JuS 85 360, 361

135 So auch *Hanau* NZA 85, Beilage 2, S.1 ff.

136 *Hanau* JuS 85, 360, 361

137 *Trittin* BB 84, 1169, 1171

kann, und das Zustimmungsrecht. Letzteres kann einzig und allein durch die Anerkennung eines Unterlassungs- bzw. Beseitigungsanspruchs gesichert werden¹³⁸. Verstößt nämlich der Arbeitgeber dagegen, entsteht eine betriebsverfassungswidrige Lage, die wie oben dargestellt, die Unwirksamkeit der Maßnahme zur Folge hat. "Daß der Gesetzgeber diese auch nur zeitweise dulden und einen Unterlassungsanspruch ausschließen wollte, ist nicht ersichtlich. Es fehlt nämlich gerade eine § 115 VII Nr. 4 entsprechende Regelung, wonach in Angelegenheiten, die der Mitbestimmung des Seebetriebs unterliegen, der Kapitän vor einer Einigung mit dem Betriebsrat eine vorläufige Regelung treffen kann, wenn dies zur Aufrechterhaltung des Schiffsbetriebs dringend erforderlich ist. Daß in Notfällen dem Arbeitgeber ausnahmsweise auch im Rahmen des § 87 die Möglichkeit eingeräumt sein mag, eine Anordnung vorläufig ohne Zustimmung des Betriebsrats wirksam zu treffen, ist damit nicht ausgeschlossen. Wenn man dies zugesteht, unterstreicht das nur, daß in "Normalfällen" ein einseitiges Vorgehen nicht geduldet werden kann"¹³⁹.

Ohne einen solchen Unterlassungsanspruch besäße der Betriebsrat überhaupt keinen Rechtsschutz zur Sicherung seiner Mitbestimmungsbefugnisse, sondern müßte deren Leerlauf hinnehmen und sich mit einer nachträglichen, allenfalls mittelbar wirkenden Sanktion begnügen, z. B. eine Bestrafung herbeiführen¹⁴⁰.

Um endlich auch die Parität im Grundsatz zu gewährleisten, bleibt daher festzustellen, daß die o. g. Argumente der Ansicht, die einen allgemeinen Unterlassungsanspruch bejahen, überzeugen. Es ist deshalb grundsätzlich ein Anspruch des Betriebsrats auf Unterlassung mitbestimmungswidriger Maßnahmen des Arbeitgebers -unabhängig von der Sondervorschrift des § 23 III- anzuerkennen.

5. Kollisionsfragen

Den Kritikern dieser Meinung ist jedoch zuzugeben, daß ein strikter allgemeiner Unterlassungsanspruch des Betriebsrats gegen sämtliche betriebsverfassungswidrige Geschäftsführungsmaßnahmen des Unternehmens doch zu einseitig wäre und unter Berücksichtigung eines mitbestimmungsfreien

138 So auch *Pahle* NZA 90, 51, 53

139 BAG NJW 95, 1044, 1046

140 *Dütz* DB 84, 115, 119

Kernbereichs der Unternehmensautonomie zu unbefriedigenden Ergebnissen führen kann. Um dies zu verhindern, erscheinen daher gewisse Einschränkungen für geboten. Insoweit läßt auch die neue Entscheidung des BAG Wege offen.

a. Abhängigkeit des Unterlassungsanspruchs von den jeweiligen Mitbestimmungstatbeständen

Danach kann das Bestehen eines Unterlassungsanspruchs von den jeweiligen Einzelstatbeständen des verletzten Mitbestimmungsrechts abhängig gemacht werden¹⁴¹. Nicht jede Verletzung von Rechten des Betriebsrats führt ohne weiteres zu einem Unterlassungsanspruch. "Vielmehr kommt es auf die einzelnen Mitbestimmungstatbestände, deren konkrete gesetzliche Ausgestaltung und die Art der Rechtsverletzung an"¹⁴².

Es ist daher mit *Richardi* davon auszugehen, daß die Abwehrbefugnis auf die Sicherung des Mitbestimmungsrechts beschränkt ist mit der Konsequenz, daß bei den einzelnen Mitbestimmungstatbeständen zu prüfen ist, worin die dem Betriebsrat zugewiesene Rechtsposition liegt, bei deren Beeinträchtigung durch den Arbeitgeber in Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch des Betriebsrats besteht¹⁴³.

b. Beschränkungen des allgemeinen Unterlassungsanspruchs auf die Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten

Auch eine Ausdehnung des allgemeinen Unterlassungsanspruchs über § 87 I hinaus, insbesondere bei Verstößen gegen die Mitbestimmung bei personellen Einzelmaßnahmen oder in wirtschaftlichen Angelegenheiten sollte unterbleiben¹⁴⁴. Die Entscheidung des 1. Senats vom 03. 05. 1994 neigt auch dieser Ansicht, läßt die Frage aber ausdrücklich genauso offen, wie in dem Beschluß vom 06. 12. 1994 dies der Fall ist¹⁴⁵. Jedenfalls stellt das Betriebsverfassungsgesetz zum Schutz von diesen Mitbestimmungsrechten besondere Verfahren zur Verfügung, die als abschließende Regelung angesehen werden müssen. Denn die §§ 100 und 101 enthalten spezielle Regelungen für den Fall, daß personelle Einzelmaßnahmen ohne ordnungsgemäße Beteiligung

141 BAG NJW 95, 1044, 1045

142 BAG NJW 95, 1044, 1046

143 *Richardi* NZA 95, 8, 11

144 So *Dobberahn* NJW 95, 1333, 1334

145 NZA 95, 488

des Betriebsrats gem. § 99 durchgeführt werden. Auch für die Regelung der §§ 111, 112 besteht bei Pflichtverletzungen des Arbeitgebers die abschließende Sanktionsregelung des § 113, die durch einen allgemeinen übergesetzlichen Unterlassungsanspruch nicht unterlaufen werden darf.

c. Anforderungen an den Verfügungsgrund im Rahmen der einstweiligen Verfügung

In dem hier insbesondere zurundegelegten summarischen Eilverfahren kann eine Lösung für die Praxis bei den Anforderungen des Verfügungsgrundes gesehen werden. Der Verfügungsgrund setzt die Besorgnis voraus, daß die Verwirklichung materieller Rechtspositionen des Antragstellers, sei es im Rahmen einer einzelnen Anspruchsbeziehung oder eines komplexeren Rechtsverhältnisses, ohne eine alsbaldige einstweilige Regelung vereitelt oder wesentlich erschwert werden¹⁴⁶.

Bei einstweiligen Verfügungen zur Sicherung von Beteiligungsrechten des Betriebsrats wird regelmäßig die Gefahr bestehen, daß deren Wahrnehmung ohne eine Unterlassungs- bzw. Beseitigungsverfügung vereitelt wird¹⁴⁷. Fraglich erscheint, ob das allein einen ausreichenden Verfügungsgrund darstellt.

Bei einer Leistungs- bzw. Befriedigungsverfügung wird im Rahmen des Verfügungsgrundes grundsätzlich vorausgesetzt, daß sie auf Grund einer Abwägung der beiderseitigen Interessen aus besonderen Gründen zum Schutz von Rechtspositionen des Antragstellers erforderlich ist¹⁴⁸. Bei der Sicherungsverfügung ist das Erfordernis einer Interessenabwägung umstritten, da der Wortlaut des § 935 ZPO dafür keine Anhaltspunkte gibt. Es wird daher vertreten, daß sich der Verfügungsgrund bereits aus der erfolgten bzw. drohenden Verletzung des Mitbestimmungsrechts des Betriebsrats ergibt¹⁴⁹.

Dagegen spricht jedoch, daß in der summarischen Prüfung einer einstweiligen Verfügung sich regelmäßig nicht zufriedenstellend entscheiden läßt, ob und welche Pflichten sich im konkreten Fall aus dem Betriebsverfassungsgesetz - vor allem den

146 *Germelmann/Matthes/Prütting § 85 Rn. 35*

147 *Germelmann/Matthes/Prütting § 85 Rn. 37*

148 *Dütz DB 84, 115, 122; Pahle NZA 90, 51, 54*

149 *So Pahle NZA 90, 51, 54*

zum Teil komplizierten Tatbeständen des § 87 I - ergeben. Damit ist auch die Gefahr verbunden, daß bei Meinungsverschiedenheiten über den Umfang eines Mitbestimmungsrechts erforderliche Maßnahmen verzögert oder zu Unrecht verhindert werden. Um auch zu verhindern, daß der Betriebsrat mit Hilfe des Unterlassungsanspruchs eine "Blockadepolitik" treibt und so ihn mißbraucht, ist davon auszugehen, daß auch bei der Sicherungsverfügung eine Interessenabwägung vorzunehmen ist, wobei die Bedeutung einer Maßnahme des Arbeitgebers bei umstrittenem Umfang des Mitbestimmungsrechts den Verfügungsgrund entfallen lassen kann¹⁵⁰. "Bei den Anforderungen, die an den Verfügungsgrund zu stellen sind, können das Gewicht des drohenden Verstoßes und die Bedeutung der umstrittenen Maßnahme einerseits für den Arbeitgeber und andererseits für die Belegschaft angemessen berücksichtigt werden"¹⁵¹.

Mithin sind Kollisionsfragen durch Heranziehung derjenigen Grundsätze einer Interessen- und Güterabwägung zu lösen, die auch sonst bei Kollisionen prinzipiell gleichrangiger Rechtspositionen angewendet werden müssen.

6. Die dogmatischen Grundlagen des Unterlassungsanspruchs des Betriebsrats

Der Betriebsrat hat somit -unabhängig von der Sondervorschrift des § 23 III- einen Anspruch auf Unterlassung mitbestimmungswidriger Maßnahmen des Arbeitgebers, um einen effektiven vorbeugenden Rechtsschutz zu gewährleisten. Es stellt sich daher die Frage, wie man einen solchen Anspruch i.S. von § 194 BGB auf ein bestimmtes Verhalten des Arbeitgebers herleiten kann.

In seinem Beschluß vom 22. 02. 83 war der 1. Senat des BAG der Auffassung, daß eine Anspruchsgrundlage zwar nicht ausdrücklich normiert sein müsse, aber nicht allein aus Mitbestimmungs- und Mitwirkungsrechten hergeleitet werden könne, wenn sie zu einer ausdrücklich normierten Anspruchsgrundlage, wie hier § 23 III, in Widerspruch trete¹⁵².

150 So auch *Dobberahn* NJW 95, 1333, 1334; *Derleder* ArbUR 95, 13, 15

151 BAG NJW 95, 1044, 1047

152 BAG AP Nr. 2 zu § BetrVG 1972 (unter II 2b)

Dem kann zwar insoweit zugestimmt werden, daß § 23 III die Mitbestimmung des Betriebsrats in künftigen Fällen sichert und einen Unterlassungsanspruch enthält. Er macht ihn aber davon abhängig, daß ein grober Verstoß des Arbeitgebers gegen seine Pflicht zur Beteiligung des Betriebsrats vorliegt oder unmittelbar bevorsteht und gibt keinen Anspruch auf Rückgängigmachung einer ohne Beteiligung des Betriebsrats durchgeführten Maßnahme. Die dort vorgesehene Sanktionsanordnung ist nämlich nur dann einschlägig, wenn der Arbeitgeber der ihm durch rechtskräftige gerichtliche Entscheidung auferlegten Verpflichtung zuwiderhandelt, vgl. § 23 III 2. Auch ist die Rechtsfolge dieser Vorschrift durch die Begrenzung des Ordnungsgeldes und des Zwangsgeldes stärker eingeschränkt als dieses bei der Vollstreckung nach §§ 888 ff. ZPO der Fall ist.

In rechtsdogmatischer Hinsicht ist diese Anspruchsgrundlage weder eine Sonderregelung negatorischer Haftung des Arbeitgebers gegenüber dem Betriebsrat bei Verletzung von dessen Beteiligungsrechten, noch steht sie im Widerspruch zu einem hier anerkannten allgemeinen Unterlassungsanspruch des Betriebsrats, der auf Unterlassung drohender Verstöße und Beseitigung andauernder Verletzungen gerichtet ist¹⁵³. Der Anwendungsbereich des § 23 III ist also nicht identisch mit dem des allgemeinen Unterlassungsanspruchs mit der Folge, daß mit der Anerkennung des allgemeinen Unterlassungsanspruchs § 23 III auch nicht überflüssig wäre, wie dies von der Gegenansicht behauptet wird¹⁵⁴.

Soweit sich das BAG damals auf die durch § 77 I 2 gesicherte Betriebsleitungsbefugnis des Arbeitgebers berufen hatte, wonach der Betriebsrat nicht durch einseitige Handlungen in die Leitung des Betriebs eingreifen darf¹⁵⁵, so ist dem zwar insoweit zu folgen, daß diese Norm ein Verbot der Eigenmacht statuiert, soweit der Arbeitgeber mitbestimmungspflichtige Maßnahmen trifft. Aus der Norm kann jedoch nicht abgeleitet werden, daß für die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats ein negatorischer Rechtsschutz zu verneinen ist¹⁵⁶.

153 So auch *Richardi* NZA 95, 8, 9

154 Vgl. *Trittin* BB 84, 1169, 1170

155 BAG P Nr. 2 zu § 23 BetrVG 1972 (unter II 2 c)

156 So auch *Richardi* NZA 95, 8, 10

a. Unterlassungsanspruch nach allgemeinen Regeln

aa. §§ 1004 i.V.m. 823 I BGB

Als allgemeiner Unterlassungsanspruch außerhalb des Betriebsverfassungsgesetzes ist an §§ 823 I i.V.M. 1004 BGB zu denken.

Der Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch existiert ausdrücklich bei Beeinträchtigungen des Eigentums gem. § 1004 BGB, des Namensrechts nach § 12 BGB¹⁵⁷, wobei bei sonstigen absoluten Rechten i.S. von § 823 I genauso ein Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch bejaht wird, ohne daß dies ausdrücklich geregelt ist. Der Anspruch auf Unterlassung schützt nicht nur die absoluten Rechtsgüter wie Leben, Körper, Gesundheit und Freiheit im Sinne des § 823 I BGB, sondern auch z. B. Kredit, Erwerb und Fortkommen im Sinne des § 824 BGB¹⁵⁸.

Es ist gewohnheitsrechtlich anerkannt, daß entsprechend § 1004 I 2 BGB jede mit einem deliktischen Schadensersatzanspruch sanktionierte Pflichtverletzung mittels einer vorbeugenden Unterlassungsklage im voraus verhindert werden kann¹⁵⁹. Dabei muß es sich bei der geschützten Rechtssphäre keinesfalls um ein absolutes Recht handeln, vielmehr genügt ein Handlungsverbot, das der Sicherung schutzwürdiger Interessen dient¹⁶⁰. Betriebsverfassungsrechtliche Mitbestimmungsbefugnisse sind bislang nicht als absolute Rechte im Sinne von § 823 I BGB anerkannt¹⁶¹.

Es gilt jedoch der allgemeine Rechtssatz, daß gegenüber jedem rechtswidrigen Eingriff in ein fremdes Recht oder die Rechtssphäre eines anderen ein vorbeugender Rechtsschutz zu gewähren ist¹⁶². Aufgrund dieser erheblichen Erweiterung negatorischer und quasi-negatorischer Ansprüche erscheint es naheliegend, auch die nach dem BetrVG geregelte und geschützte Rechtsposition des Betriebsrats in den durch §§ 1004, i.V.m. 823 I BGB geschützten Bereich einzubeziehen¹⁶³.

157 Vgl. *Medicus* BürgR Rn. 440 ff.

158 Vgl. *Medicus* BürgR Rn. 628 f.

159 *Erman/Drews* vor § 823 Rn. 86 ff.

160 Vgl. *BGB-RGRK-Steffen* vor § 823 Rn. 122 ff; *Hohloch*, Die negatorischen Ansprüche, S. 41 ff.

161 Vgl. *Heinze* DB 83, Beil. 9, S. 16 Fn. 209; *Däubler* AuR 1982, 6, 10 f.

162 *Münch Komm-Mertens* 823 Rn. 48.

163 *Kümpe* AIB 83, 132, 135; LAG Hamm DB 81, 1336

Negatorischer Rechtsschutz für den Betriebsrat folgt aus der Zuweisung des Rechts, das der Betriebsrat durch das Mitbestimmungsrecht gegenüber Entscheidungen des Arbeitgebers erhält¹⁶⁴. Bei der Durchführung einer mitbestimmungspflichtigen Maßnahme durch den Arbeitgeber ohne die erforderliche Beteiligung des Betriebsrats liegt ein Eingriff in ein fremdes Recht insoweit vor, als Beteiligungsrechte subjektives Recht sind, die dem Betriebsrat als Repräsentanten der Belegschaft zustünden. Die Rechtsbeeinträchtigung ergibt sich daraus, daß der Arbeitgeber eine Maßnahme nur mit Zustimmung des Betriebsrats treffen kann¹⁶⁵.

Soweit gegen die Gleichsetzung der Rechtsposition des Betriebsrats mit den durch §§ 1004, 823 I BGB geschützten Rechtsgütern Bedenken erhoben werden, daß es sich hierbei um Rechte und Pflichten mit Ausstrahlungswirkung gegenüber beliebigen Dritten gehe, nicht jedoch um bloße negative Rechte¹⁶⁶, wird übersehen, daß das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats keineswegs ein bloßes relatives Recht darstellt. Über § 78 S. 1 ist die Rechtsstellung des Betriebsrats gegenüber jedermann geschützt¹⁶⁷. Nicht zu übersehen ist auch, daß die Mitbestimmung wegen des Sozialstaatsprinzips dem institutionellem Verfassungsschutz unterliegt, der den Gesetzgeber zur Schaffung eines Systems verpflichtet, das die Verwirklichung des Selbstbestimmungsrechts der Arbeitnehmer ermöglicht¹⁶⁸.

bb. §§ 1004, 823 II BGB i.V.m. § 78 S.1

Unterlassungsansprüche werden auch gewährt, wenn diejenigen Interessen gefährdet werden, denen die Schutzgesetze des von § 823 II dienen¹⁶⁹. Als Schutzgesetz im Rahmen des § 823 II BGB ist § 78 S. 1 in Betracht zu ziehen, der es verbietet, Betriebsverfassungsorgane in der Ausübung ihrer Tätigkeit zu stören oder zu behindern¹⁷⁰. Der generelle Charakter von § 78 S. 1 als Schutzgesetz ist anerkannt¹⁷¹. Der Schutz umfaßt auch nicht nur die einzelnen Mitglieder der genannten Arbeitnehmervertretungen, sondern auch

164 *Richardi* NZA 95, 8, 10

165 *Richardi* NZA 95, 8, 10

166 Vgl. z.B. *Derleder* AuR 83, 289, 299

167 Vgl. *Trittin* BB 84, 1169, 1174

168 *D/R* § 1 Rn. 22

169 *Medicus* BürgR Rn. 628

170 So *Dütz* DB 84, 115, 118

171 *GL* vor § 1 Rn. 36; *FKHE* § 1 Rn. 51; ArbG Berlin DB 84, 404; so schon zu § 53 BetrVG 1952; *Hueck-Nipperdey* Lehrbuch des Arbeitszusamerechts, Bd. II 2, 7. Aufl. 1970, § 56 B I, S. 1166 f.; a. A. *Heinze* DB-Beilage 09. 83 zu Heft 15; *Derleder* AuR 83, 289, 300, der eine Aufwertung des § 78 zur Generalklausel befürchtet

das jeweilige Organ selbst und damit auch die Funktionsfähigkeit des Betriebsrats¹⁷². Dabei ist der Verbotstatbestand des § 78 I erfüllt, wenn der Unternehmer sich der Mitbestimmung dadurch entzieht, daß er die Rechte des Betriebsrats übergeht und insbesondere im Bereich der zwingenden Mitbestimmung des Betriebsrats z. B. aus § 87 I einseitige Maßnahmen trifft¹⁷³. Denn eine Verhinderung durch völliges Übergehen des Betriebsrats übertrifft eine Störung oder Behinderung anderer Art an Intensität¹⁷⁴. Zudem ist es ein grundlegendes Prinzip jedes negatorischen Schutzes, daß kein Betroffener es zu dulden braucht, daß zu seinem Schutz bestehende Normen zunächst einmal übertreten werden¹⁷⁵.

b. Unterlassungsansprüche aus dem Betriebsverfassungsgesetz
aa. § 78 I

Ein überwiegender Teil des Schrifttums leitet einen selbständigen Unterlassungsanspruch über eine direkte Anwendung von § 78 I her, der in seiner Schutzfunktion dem eines oben erläuterten vorbeugenden Unterlassungsanspruch allgemeins-privatrechtlicher Art entspricht¹⁷⁶.

Unterlassungsansprüche gem. § 241 S. 2 BGB müssen nach allgemeinem Interpretationsverständnis nicht ausdrücklich in der Formulierung einer Norm zum Ausdruck kommen¹⁷⁷. Derartige sog. "reine" Unterlassungsansprüche sind gerichtet auf einklagbare Unterlassungspflichten als primären Leistungsinhalt¹⁷⁸. Aus § 78 I folgt, daß derjenige, der nach dem Inhalt dieser Norm nichts tun darf, von demjenigen, zu dessen Schutz das Verbot besteht, auf eine Unterlassung von Zuwiderhandlungen in Anspruch genommen werden kann¹⁷⁹. Unter dem Gesichtspunkt, daß es die allgemeine Funktion von Unterlassungsansprüchen ist, materiellrechtlichen Verboten Geltung zu verschaffen¹⁸⁰, kann § 78 I unmittelbar Rechtsgrundlage eines Unterlassungsanspruchs sein.

172 *D/R BetrVG* 6. Aufl. 1982, § 78 Rn. 8; *GK-Thiele* § 78 Rn. 7 u. 11; *G/L* § 78 Rn. 8

173 *FKHE* 13. A. 81 § 78 Rn. 4; *G/L* § 119 Rn. 13; s. auch *LAG Hamm*, DB 81, 1336, 1337 f.; *Dütz* DB 84, 115, 118; *Trittin* BB 84, 1169, 1174

174 *Dütz* DB 84, 115, 118; a. A. *Richardl* NZA 95, 8, 10, der von einer *petito principii* ausgeht

175 Vgl. *Dütz* DB 84, 115, 119

176 *Trittin* BB 84, 1169, 1173; *Dütz* DB 84, 115, 1120; *G/L* § 78 Rn. 10, 11; *GK-Thiele* § 78 Rn. 17, *D/R* § 78 Rn. 15; a. A. *Heinze* DB 83, Beil. 9 S.15; *Richardl* NZA 95, 8, 10

177 *Trittin* BB 84, 1169, 1173

178 *Staudinger-Schmidt* 12. A. § 241 Rn. 85

179 *Trittin* BB 84, 1169, 1173; *Dütz* DB 84, 115, 1120

180 *Zeuner* FS-Döle, Bd. 1, S. 295, 304

bb. § 87 I i.V.m. § 2

Der Senat leitet den Unterlassungsanspruch des Betriebsrats jetzt in seiner neuen Entscheidung aus einer sachgerechten Auslegung des § 87 I im Sinne des § 2. Es handele sich um einen selbständigen einklagbaren Nebenleistungsanspruch, der auch ohne gesetzliche Normierung bestehen könne. § 2 enthalte eine dem Grundsatz von Treu und Glauben i.S.d. § 242 BGB vergleichbare Konkretisierung des Gebots partnerschaftlicher Zusammenarbeit. Auch wenn sich aus dieser Vorschrift kein Mitwirkungs- und Mitbestimmungsrecht ableiten lasse, das im Gesetz nicht vorgesehen sei, müsse § 2 bei der Auslegung der einzelnen Tatbestände des BetrVG berücksichtigt werden. Bei der Wertung der im Gesetz vorgesehenen Rechte könne daher aus dem allgemeinen Gebot der vertrauensvollen Zusammenarbeit als Nebenpflicht grundsätzlich auch das Gebot abgeleitet werden, alles zu unterlassen, was der Wahrnehmung des konkreten Mitbestimmungsrechts entgegenstehe¹⁸¹.

Auch dieser Ansicht ist zuzustimmen. Vor der Entscheidung des 1. Senats vom 03. 05. 83 hatte das BAG sogar unmittelbar § 87 I als Rechtsgrundlage herangezogen¹⁸².

Mit der Wahl des Betriebsrats verbunden ist die Entstehung eines gesetzlichen Schuldverhältnisses. Auf diesen finden die Regeln des vertraglichen Schuldverhältnisses Anwendung, soweit im Betriebsverfassungsgesetz keine besonderen Bestimmungen existieren¹⁸³. Dieses gesetzliche Schuldverhältnis eröffnet nicht nur einklagbare Hauptansprüche, sondern auch einklagbare Nebenansprüche¹⁸⁴. In Frage kommen insbesondere Nebenpflichten aus den bei den verschiedenen Regelungsgegenständen jeweils eingerichteten Verfahren der Mitwirkung und Mitbestimmung, die nicht auf ein bestimmtes Ergebnis des Verfahrens, sondern nur auf dessen Einhaltung gerichtet sind. Seine Einhaltung kann aber nur dann hinreichend gesichert werden, wenn nicht erst nachträglich Beseitigungs- und Ersatzansprüche, sondern einklagbare Nebenleistungspflichten zur Sicherung der Verfahrensloyalität existieren¹⁸⁵. Im Bereich der sozialen Angelegenheiten steht dem

181 BAG NJW 95, 1044 unter B III 1

182 BAG BD 81, 321, 325; BAG DB 82, 2356, 2357

183 *Derleder* ArbuR 85, 65, 76

184 Vgl. *Trituin* BB 84, 1169, 1172

185 *Derleder* ArbuR 85, 65, 76

Betriebsrat vor allem der Anspruch auf die Durchführung eines Einigungsstellenverfahrens gem. § 87 II und auf das Zustandekommen einer Betriebsvereinbarung oder bei fehlender Einigung eines für beide Seiten verbindlichen Spruchs der Einigungsstelle. Die Verwirklichung dieses Anspruchs hängt jedoch davon ab, daß der Arbeitgeber vor dem Abschluß des Verfahrens einseitige, mitbestimmungswidrige Maßnahmen unterläßt¹⁸⁶.

Denn der Betriebsrat wäre ohne eine des Einigungsverfahrens im Normalfall absichernde Nebenleistungspflicht auf Unterlassung einseitiger Maßnahmen bis zum ordnungsgemäßen Abschluß eines Einigungsstellenverfahrens meistens mit der abgeschlossenen Durchführung einer (möglicherweise kurzfristige oder durch rechtsverbindliche Verträge mit Dritten realisierten) Maßnahme oder mit irreversiblen Zuständen konfrontiert, ohne wirklich die Chance zu einer effektiven Ausübung seines Mitbestimmungsrechts gehabt zu haben¹⁸⁷.

Mithin ergibt sich aus § 87 die Nebenverpflichtung des Arbeitgebers, einseitige Maßnahmen zu unterlassen, die dieses zwingend erforderliche Verfahren "unterlaufen"¹⁸⁸. Es ist anerkannt, daß sekundäre Unterlassungsansprüche selbständig einklagbar sind, wenn die Möglichkeit eines Unterlassungsanspruchs aus schutzwürdigen Interessen eines Gläubigers geboten erscheint¹⁸⁹. Es geht nicht an, einerseits auch in Eilfällen dem Betriebsrat materiell ein Mitbestimmungsrecht zu geben, ihm dieses andererseits verfahrensrechtlich wieder zu nehmen. Die Anerkennung eines verfahrenssichernden Nebenleistungsanspruchs auf Unterlassung gegenüber einseitigen mitbestimmungswidrigen Maßnahmen des Arbeitgebers bedeutet jedoch nicht, daß in jedem Fall eine einstweilige Verfügung gegen den Arbeitgeber zur Durchsetzung des Unterlassungsanspruchs, möglich wäre, da bei der Prüfung des Verfügungsgrundes, wie oben geprüft, eine Abwägung der beiderseitigen Interessen erforderlich ist.

Dieser Nebenleistungsanspruch kann mit dem Gebot der vertrauensvollen Zusammenarbeit zwischen Arbeitgeber und Betri-

186 Vgl. *Trittin* BB 84, 1169, 1172

187 Vgl. *Derleder* ArbUR 85, 65, 76

188 *Trittin* BB 84, 1169, 1172

189 *BGB-RGRK-Alf* § 241 Rn. 7; *Medicus* BürgR Rn. 207 f

ebsrat gem. § 2 I untermauert werden, wenn man es als Konkretisierung des allgemeinen Grundsatzes von Treu und Glauben gem. § 242 BGB für den Bereich der Betriebsverfassung ansieht. Genauso wie sich aus § 242 Nebenpflichten für das vertragliche Schuldverhältnis abgeleitet werden¹⁹⁰, ergeben sich für das gesetzliche Schuldverhältnis zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber aus dem Gebot der vertrauensvollen Zusammenarbeit gem. § 2 I beiderseitige Nebenpflichten, insbesondere auch die Pflicht zur gegenseitigen Rücksichtnahme¹⁹¹. Ein Verstoß gegen diese Verpflichtung liegt vor, wenn der Arbeitgeber einseitig Maßnahmen durch Übergehen der Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats anordnet¹⁹².

c. Eigene Meinung

Der allgemeine Unterlassungsanspruch kann somit mit einer Vielzahl von Anspruchsgrundlagen begründet werden. Letztlich erkennt das allgemeine Privatrecht grundsätzlich auch ohne entsprechende gesetzliche Grundlage Unterlassungsansprüche an, die der Sicherung einer lediglich gemeinsamen Handlungskompetenz mehreren Personen dienen. Dann muß dies für den Bereich der zwingenden Mitbestimmung des Betriebsverfassungsrechts mindestens in gleicher Weise gelten¹⁹³.

D. Zusammenfassung

1. Dem Betriebsrat stehen gegen mitbestimmungswidrige Maßnahmen des Arbeitgebers Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche zu, die durch die Vorschrift des § 23 III weder eingeeignet noch gar ausgeschlossen werden.

2. Diese Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche können im Wege der einstweiligen Verfügung geltend gemacht werden.

3. Auch im Rahmen des § 23 III ist eine einstweilige Verfügung zulässig.

4. Der Verfügungsgrund ergibt sich nicht bereits aus der erfolgten bzw. drohenden Verletzung des Mitbestimmungsrechtes des Betriebsrats, sondern es ist eine umfassende Interessenabwägung erforderlich.

190 Vgl. *Medicus* BürgR Rn. 208

191 Vgl. nur *Trittin* BB 84, 1169, 1172

192 Vgl. BAG NJW 95, 1044 unter B III 1 m.w. N

193 So auch LAGE § 23 BetrVG 1972 Nr. 8; *Pahle* NZA 90, 51; ähnlich auch *Richardi* NZA 95, 8, 10

5. Der allgemeine Unterlassungsanspruch des Betriebsrats wird teils aus dem Mitbestimmungsrecht des § 87 selbst, aus § 1004 BGB, aus §§ 1004, 823 II BGB i.V.m. § 78 S. 1 oder einer sich aus § 2 I ergebenden Unterlassungspflicht hergeleitet bzw. auf das zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat bestehende gesetzliche Schuldverhältnis gestützt.

LITERATURVERZEICHNIS

- Adomeit, Klaus* : Der Betriebsrat - ein Volkstribun?
NJW 95, 1004
- ders.* : Thesen zur betrieblichen Mitbestimmung nach dem
neuen Betriebsverfassungsgesetz
BB 1972, 53 ff.
- Bauer, Jobst-Hubertus* : Der allgemeine Unterlassungsanspruch des Betriebsrats-
Richtungskorrektur oder Revolution?
- Diller, Martin* : ZIP 1998, 1 ff.
- Coen, Martin* : Grundrechtsverwirklichung durch Verfahren vor den Ar-
beitsgerichten
DB 84, 24 59 ff.
- Däubler, Wolfgang* : Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz
- Kitmer, Michael* : 5. Auflage
- Klebe, Thomas* : Köln 1996
(zit.: DKK)
- Däubler, Wolfgang* : Verschlechterung der Arbeitsbedingungen durch
Betriebsvereinbarung?
AuR 1982, 6-10 f.
- Derleder, Peter* : Betriebliche Mitbestimmung ohne vorbeugenden Rechts-
schutz?
AuR 1983, 289
- ders.* : Einstweiliger Rechtsschutz und Selbsthilfe im
Betriebsverfassungsrechts
AuR 1985, 65
- ders.* : Die Wiederkehr des Unterlassungsanspruchs AuR 95, 13
- Dietz, Rolf* : Betriebsverfassungsgesetz 1952
4. Auflage
München, Berlin 1967
- ders.* : Probleme des Mitbestimmungsrechts
Berlin 1960
- ders.*
- Richardi, Reinhard* : Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz
Band 1: §§ 1-73. 6. Auflage München 1981
Band 2: §§ 74-Schluß
6. Auflage München 1982
(zit: DR)
- Dobberahn, Peter* : Unterlassungsanspruch des Betriebsrats
NJW 1995, 1333

- Dütz, Wilhelm* : Erzwingbare Verpflichtungen des Arbeitgebers gegenüber dem Betriebsrat
DB 1984, 115
- Erdmann, Ernst-Gerhard* : Betriebsverfassungsgesetz
Jürging, Claus : Neuwied-Berlin 1972
Kamman, Karl-Udo
Erman, Walter : Handkommentar zum BGB
1. Band §§ 1-853; ProdHaftG, VerbKrG; HausTWG; AGBG; 9. Auflage, Münster 1993
(zit.: *Erman*- Bearbeiter)
- Fabricius, Fritz* : Gemeinschaftskommentar zum Betriebsverfassungsgesetz
Kraft, Alfons : Band I: §§ 1-73
Wiese, Günther : 5. Auflage, Neuwied-Darmstadt 1994
Kreutz, Peter : Band II: §§ 74-132
4. Auflage, Neuwied 1995
(zit.: GK-Bearbeiter)
- Fitting, Karl* : Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz
Kaiser, Heinrich : 18. Auflage
Heiter, Friedrich : München 1996
Engels, Gerd : (zit.: FKHE)
Galperin, Hans : Das Betriebsverfassungsgesetz 1972, Leitfaden für die Praxis Heidelberg 1972 (zit.: *Galperin* Leitfaden)
- Galperin, Hans* : Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz
Löwisch, Manfred : Band I: §§ 1-73
6. Auflage Heidelberg 1982 Band II: §§ 74-132
6. Auflage Heidelberg 1982
(zit.: *GL*).
- Germelmann, Class-Hinrich* : Kommentar zum Arbeitsgerichtsgesetz
Matthes, Hans-Christoph : 2. Auflage
Prütting, Hanns : München 1995
Grunsky, Wolfgang : Kommentar zum Arbeitsgerichtsgesetz
7. Auflage München 1995
- Hanau, Peter* : Rechtsfolgen mitbestimmungswidrigen Arbeitgeberverhaltens-BAGE 42, 11
JuS 1985, 360 ff
- ders.* : Probleme der Ausübung des Mitbestimmungsrechts des Betriebsrats
NZA 1985, Beilage 2, S. 1 ff.
- ders.* : Allgemeine Grundsätze der betrieblichen Mitbestimmung
RdA 1973, 281
- Heinze, Meinhard* : Die betriebsverfassungsrechtlichen Ansprüche des Betriebsrats gegenüber dem Arbeitgeber
DB 1983, Beilage 9, S. 1 ff.
- Hess, Harald* : Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz
Schlochauer, Ursula : 4. Auflage

- Glaubitz, Werner* : Neuwied-Kriftel-Berlin 1993
(zit.: HSG)
- von Hoyningen-Huene, Gerrick* : Die fehlerhafte Beteiligung des Betriebsrats in sozialen
Angelegenheiten-Rechtsfolgen und
Handlungsmöglichkeiten des Betriebsrats
DB 1987, 1426 ff.
- ders.* : Anm. zu BAG v.
AP Nr. 2 zu § 23 BetrVG 1972
- Hueck, Alfred* : Lehrbuch des Arbeitsrechts, 2. Band
Nipperdey, Hans Carl : 6. Auflage
Berlin, Frankfurt 1957
- Konzen, Horst* : Privatrechtssystem und Betriebsverfassungs- festschrift
für Ernst Wolf, S. 279 ff.
Köln-Berlin-Bonn-München 1985
(zit.: *Konzen* FS für Wolf)
- Kümpel, Winfried* : Instanzgerichte kontra BAG zum Unterlassungsanspruch
des Betriebsrats
AuR 1985, 78 ff.
- ders.* : BAG zum Unterlassungsanspruch: AiB 83 132 ff.
- Lieb, Manfred* : Arbeitsrecht
6. Auflage, Heidelberg 1997
- Medicus, Dieter* : Bürgerliches Recht
17. Auflage
Köln etc. 1996
(zit.: *Medicus* BürgR)
- Münchener Kommentar* : Band 3: Schuldrecht Besonderer Teil
im Bürgerlichen Gesetzbuch 1. Halbband (§§ 433-651 k)
2. Auflage München 1986
(zit.: MünchKomm-Bearbeiter)
- Münchener Handbuch* : Arbeitsrecht
Band 1: Individualarbeitsrecht I
München 1992
Band 2: Individualarbeitsrecht II 1993
Band 3: Kollektives Arbeitsrecht 1993
(zit.: MünchArb-Bearbeiter)
- Olderog, Hans-Hermann* : Probleme des einstweiligen Rechtsschutzes im Bereich
der sozialen Mitbestimmung
NZA 1985, 753 ff.
- Pahle, Wolfgang* : Der vorläufige Rechtsschutz des Betriebsrats gegen mit-
bestimmungswidrige Maßnahmen des Arbeitgebers
NZA 1990, 51 ff.
- RGRK Kommentar* : Band II 1: §§ 241-413 12. Auflage Berlin 1976
Band II 5: §§ 812-831 Berlin 1989
(zit.: RGRK-Bearbeiter)
- Richardt, Reinhard* : Kehrtwende des BAG zum
betriebsverfassungsrechtlichen Unterlassungsanspruch
des Betriebsrats
NZA 95, 8
- ders.* : Kollektivgewalt und Individualwille bei der Gestaltung
des Arbeitsverhältnisses
München 1968

- (zit.: *Richardi Kollektivgewalt*)
- Säcker*, Franz-Jürgen : Gruppenautonomie und Überwachungskontrolle im
Arbeitsrecht Berlin 1972 (zit.: *Säcker*
Gruppenautonomie)
- ders.* : Die Regelung sozialer Angelegenheiten im Spannung-
sfeld zwischen tariflicher und betriebsvereinbarungsrech-
tlicher Normsetzungsbefugnis
ZfA 1972 Sonderheft, S. 41
- Schaub*, Günter : Arbeitsrechtshandbuch 8. Auflage
München 1996
(zit.: *Schaub*)
- Schlegel*, Uwe : Die Mitbestimmung des Betriebsrats bei Überstunden
nach § 87 Nr. 1. 3 BetrVG
Frankfurt a. M.-Berlin-Bern-New York-Paris-Wien 1993
- Simitis*, Spiros : Zur Mitbestimmung des Betriebsrats bei Kurzarbeit
Weiss, Manfred : DB 1973, 1240
Söllner, Alfred : Grundriß des Arbeitsrechts
10. Auflage, Vahlen 1990
(zit.: *Söllner S.*)
- Stein/Jonas/Grunsky* : Kommentar zur Zivilprozeßordnung
21. Aufl. Band 7/1 Tübingen 1995 (zit.: *Stein/Jonas/
Grunsky*)
- Stegel*, Dieter : Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz
Weinspach, Friedrich-Karl : 7. Auflage Köln 1994 (zit.: *SW*)
Staudinger, Julius von : Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
12. Auflage
Band II: Recht der Schuldverhältnisse §§ 611-619
Berlin 1993
Band II: §§ 241-242 Rn. 85 Berlin 1983
(zit.: *Staud-Bearbeiter*)
- Trittin*, Wolfgang : Betriebsräte ohne vorbeugenden Rechtsschutz?
BB 84, 1169 ff.
- Walker*, Wolf Dietrich : Der einstweilige Rechtsschutz im Zivilprozeß und im ar-
beitsgerichtlichen Verfahren
Tübingen 1993
(zit.: *Walker Der einstweilige Rechtsschutz*)
- Wiese*, Günther : Buchbesprechung
ZfA 1989, 645
- Zeuner*, Abrecht : Gedanken zur Unterlassungs- und negativen
Feststellungsklage
in: Festschrift für Hans Dölle:
Vom Deutschen zum Europäischen Recht
Band I: Deutsches Privat- und Zivilprozeßrecht,
Rechtsvergleichung, S. 295 ff.
Tübingen 1963
(zit.: *Zeuner FS-Dölle Bd.1*)
- Zöllner*, Wolfgang : Arbeitsrecht
Loritz, Karl-Georg : 4. Auflage München 1992
(zit.: *Zöllner/Loritz ArbR*)