

Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht

---

Band 318

**Der Unterlassungsanspruch  
in der deutschen und europäischen  
Betriebs- und Personalverfassung**

Von

**Daniel Klocke**



**Duncker & Humblot · Berlin**

DANIEL KLOCKE

Der Unterlassungsanspruch in der deutschen  
und europäischen Betriebs- und Personalverfassung

# Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht

Herausgegeben von

Prof. Dr. Matthias Jacobs, Hamburg

Prof. Dr. Rüdiger Krause, Göttingen

Prof. Dr. Sebastian Krebber, Freiburg

Prof. Dr. Thomas Lobinger, Heidelberg

Prof. Dr. Markus Stoffels, Heidelberg

Prof. Dr. Raimund Waltermann, Bonn

Band 318

# Der Unterlassungsanspruch in der deutschen und europäischen Betriebs- und Personalverfassung

Von

Daniel Klocke



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische und Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät  
der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg hat diese Arbeit  
im Jahre 2012 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Alle Rechte vorbehalten

© 2013 Duncker & Humblot GmbH, Berlin  
Fremddatenübernahme: L101 Mediengestaltung, Berlin  
Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin  
Printed in Germany

ISSN 0582-0227

ISBN 978-3-428-14148-7 (Print)

ISBN 978-3-428-54148-5 (E-Book)

ISBN 978-3-428-84148-6 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

*Meiner geliebten Familie*



## Vorwort

Zunächst möchte ich meiner geliebten Familie danken. Ihr habt mir in unterschiedlichster Weise geholfen und ohne Euch hätte ich diese Arbeit nicht fertig stellen können. Daher widme ich euch dieses Buch in tiefster Dankbarkeit.

Ich danke auch Herrn Prof. Dr. Wolfhard Kohte für die Erstellung des Erstgutachtens und sein Engagement bei der Veröffentlichung der Arbeit. Herrn Prof. Dr. Wissmann danke ich für die rasche Erstellung des Zweitgutachtens. Zudem möchte ich Herrn Prof. Dr. Armin Höland für die fachliche und menschliche Unterstützung danken. Die Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg kann sich glücklich schätzen, solche Professoren zu haben. Das gleiche gilt für Dr. Josef Molkenbur, dessen Unterstützung mir sehr geholfen hat.

Ich danke auch dem Land Sachsen-Anhalt für die Gewährung des Landes-Graduierten-Stipendiums und der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg für die herausragenden Studien- und Forschungsbedingungen. Zum Schluss ist es mir ein dringendes Anliegen, mich bei all denen zu bedanken, die mir mit den Korrekturarbeiten geholfen haben: Vielen Dank!

Halle/Berlin 2013

*Daniel Matthias Klocke*



# Inhaltsverzeichnis

<b>Einleitung</b> .....	23
-------------------------	----

## *1. Kapitel*

### **Die Unterlassungsansprüche und ihre Durchsetzung** 29

A. Die negatorischen Abwehransprüche .....	29
I. Die Unterlassungsansprüche im Allgemeinen .....	29
II. § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB .....	30
1. Die Rechtsusurpationstheorie .....	30
2. Die herrschende Ansicht .....	31
3. §§ 1004, 12, 862 BGB analog .....	31
4. Die Erstbegehungsgefahr .....	32
III. Das System des Rechtsschutzes .....	33
B. Die Durchsetzung der Unterlassungsansprüche .....	34

## *2. Kapitel*

### **Die Unterlassungsansprüche des Betriebsrats** 36

A. Das Problem .....	36
B. Der Zweck der Mitbestimmung im Betrieb .....	37
C. Unterlassungsansprüche als Elemente der Betriebsverfassung .....	39
I. Die Unterlassungsansprüche im BetrVG .....	39
II. Die Asymmetrie der Unterlassungsansprüche .....	39
III. Die grundlegende Struktur .....	40
D. Das Anterioritätsprinzip .....	40
I. Die Beteiligungslage .....	41
II. Das Vorher der Beteiligung .....	41
1. Die zeitliche Struktur der Beteiligungsrechte .....	42
2. Die Ausnahmen vom Anterioritätsprinzip .....	43
3. Konklusion .....	44
III. Die Gewinnung des Rechtsprinzips .....	44
IV. Die Bedeutung des Anterioritätsprinzips für das System der Beteiligungsrechte .....	45

1. Die Optimierung der ungeschriebenen Betriebsverfassung .....	45
2. Die Konkordanz zu anderen Prinzipien .....	45
E. Der paritätische Unterlassungsanspruch bei § 87 BetrVG .....	46
I. Überblick über die Rechtsprechungsentwicklung .....	46
II. Die unterschiedlichen Begründungsansätze .....	47
1. Die grundsätzlichen Einwände gegen einen allgemeinen Unterlassungsanspruch .....	48
a) Sperrwirkung des § 23 Abs. 3 .....	48
b) Sperrwirkung des § 2 Abs. 1 BetrVG .....	50
c) Die Ausgestaltung des Sanktionssystems im BetrVG .....	51
d) Die Einigung und die Einigungsstelle .....	52
e) Die Realisierung des Beteiligungsrechts über den einstweiligen Rechtsschutz .....	52
f) Zwischenergebnis .....	53
2. Die verschiedenen Begründungsansätze eines paritätischen Unterlassungsanspruchs .....	53
a) Die Schwäche eines unmittelbaren Rekurses auf § 1004 BGB ..	53
aa) Absolute/subjektive Rechte .....	54
(1) Beteiligungsrechte als absolute Rechte .....	54
(2) Beteiligungsrechte als subjektive Rechte .....	55
(a) Die Fassung des Begriffs des subjektiven Rechts ..	56
(b) Ansätze in der Literatur .....	57
(c) Subsumtion mithilfe der Kombinationslehre .....	58
(3) Fazit .....	59
bb) Schutznormen .....	59
cc) Ergebnis .....	61
b) Der Ausbau des § 1004 BGB .....	61
c) Der Unterlassungsanspruch als allgemeines Rechtsprinzip .....	61
d) Der Unterlassungsanspruch als negative Seite des Beteiligungsrechts .....	64
e) Der Unterlassungsanspruch als Produkt einer Nebenpflicht aus § 2 Abs. 1 BetrVG .....	64
f) Prozessuale Begründungen .....	65
g) Die Begründung über § 78 S. 1 BetrVG .....	66
h) Die Ansicht des Bundesarbeitsgerichts .....	67
aa) Der Beschluss vom 3.5.1994 .....	67
bb) Kritik in der Literatur .....	69
cc) Das dogmatische Fundament der Rechtsprechung .....	71
(1) Die Fortbildung der Rechtsprechung des Sechsten Senats und der Literatur .....	71
(2) Die Theorie der notwendigen Mitbestimmung .....	72
(3) Normkonkretisierung .....	73

(4) Das Unterlassen der Maßnahme vor der Parität der Betriebsparteien .....	74
(5) Schlüsse aus § 77 Abs. 1 S. 2 .....	76
(6) Nicht ohne Zustimmung .....	77
(7) Das Licht des § 2 Abs. 1 BetrVG .....	78
(a) Das Prinzip der vertrauensvollen Zusammenarbeit	78
(b) Die Auswirkung auf § 87 BetrVG .....	79
dd) Ergebnis .....	80
ee) Die Bedeutung des Teilhabegedankens .....	81
III. Resümee .....	81
F. Die Rechtsgrundlage des verfahrenssichernden Unterlassungsanspruchs ....	82
I. Die dogmatischen Probleme der Ansicht des Bundesarbeitsgericht. ....	82
II. Würdigung .....	83
III. Eigene Ansicht: § 23 Abs. 3 BetrVG analog .....	84
1. Der präventive Unterlassungsanspruch des § 23 Abs. 3 S. 1 BetrVG .....	84
a) § 23 Abs. 3 BetrVG als Anspruchsgrundlage .....	85
b) Der grobe Verstoß gegen betriebsverfassungsrechtliche Pflichten	85
c) Der präventive Schutz .....	86
aa) Das disziplinarische Verständnis der herrschenden Mei- nung .....	87
bb) Der Wortlaut .....	87
cc) Die systematische und historische Auslegung .....	88
dd) Sinn und Zweck .....	88
ee) Der Vergleich zu § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB .....	89
ff) Ergebnis .....	89
d) § 23 Abs. 3 S. 1 BetrVG als Gegenstand einer einstweiligen Verfügung .....	90
e) Zwischenergebnis .....	90
2. Die Durchführung der Maßnahme und der grobe Verstoß (der Kumulationseffekt) .....	91
3. § 23 Abs. 3 S. 1 BetrVG analog .....	93
a) Die Planwidrigkeit der Regelungslücke .....	94
aa) Der Lückenbegriff .....	94
bb) Der Regelungshorizont des Gesetzgebers .....	95
cc) Vom System des BetrVG zu § 23 Abs. 3 BetrVG .....	97
b) Der Sinn und Zweck des § 23 Abs. 3 BetrVG .....	98
aa) Der Schutz der betriebsverfassungsrechtlichen Ordnung ...	98
bb) Der zusätzliche Schutz .....	100
cc) Der systematisch-teleologische Raum .....	100
c) Das Erfordernis, Gleiches gleich zu behandeln .....	101
aa) Die Inkohärenz des § 23 Abs. 3 S. 1 BetrVG im Hinblick auf die Maßnahme .....	102

(1) Die Widersprüchlichkeit der Verhinderung weiterer Verstöße .....	102
(2) Die Inkohärenz beim groben Verstoß .....	103
(3) Zwischenfazit .....	103
bb) Die gesetzgeberische Missbilligung der Vornahme als Differenzierungskriterium .....	103
(1) Die Bedeutung der Missbilligung .....	104
(2) Die Integritätswertung der Beteiligungsrechte .....	104
(a) Unwirksamkeit als Kriterium? .....	105
(b) Der Sinn von § 98 Abs. 5 S. 4 BetrVG .....	105
(c) Die positive Ausgestaltung des Beteiligungsverfahrens .....	106
(d) Das Anterioritätsprinzip und seine Gewährleistungsfunktion .....	107
(e) Die Wertung aus dem Beteiligungsrecht vor § 2 Abs. 1 BetrVG .....	108
(f) Fazit .....	108
cc) Die gleiche Behandlung der wertungsgemäß gleichgelagerten Fälle .....	109
dd) Die fehlende Rechtfertigung .....	110
(1) Das Mindestmaß an Schutz .....	110
(2) Der Unterschied zwischen einfachen und groben Verstößen .....	111
(3) § 23 Abs. 3 BetrVG als Legitimation für Eingriffe in die Unternehmerfreiheit .....	111
d) Rechtsfortbildung aufgrund des negatorischen Koinzidenzprinzips .....	112
e) Die Grenzen der Rechtsfortbildung .....	113
aa) Grundsätze .....	113
bb) Die Wortlautreduktion und die Zweckentsprechung .....	114
cc) Die „grob“ erfordernden Fälle .....	115
(1) Nicht klagbare Pflichten .....	115
(2) Prozessstandschaft .....	116
4. Konklusion .....	117
IV. Das Nebeneinander von § 23 Abs. 3 S. 2–5 BetrVG und § 890 ZPO ..	118
V. Konsequenzen für den Betriebsrat .....	121
VI. Ergebnis .....	122
G. Der verfahrenssichernde Unterlassungsanspruch in wirtschaftlichen Angelegenheiten .....	122
I. Die Ausgestaltung und das System des Mitwirkungsrechts nach § 111 Abs. 1 BetrVG .....	123
1. Der zugrunde liegende Interessenkonflikt .....	123
2. Das Beteiligungsrecht und die Beteiligungsergebnisse .....	124
3. Die rechtliche Spannungslage .....	125

II.	Die Grundlage des Unterlassungsanspruchs bei den Beteiligungsrechten nach §§ 111 ff. BetrVG .....	126
III.	Ausdrückliche Ablehnung durch den Gesetzgeber? .....	127
IV.	Folgerungen aus der schwächeren Position .....	129
V.	Unternehmerfreiheit contra Beteiligung .....	131
	1. Das Fundament des Verbots des Eingriffs in die Unternehmerfreiheit .....	131
	2. Die Auflösung des Konflikts von Unternehmerfreiheit und Verfahrensloyalität .....	132
	a) Die Unternehmerfreiheit und die Beteiligungsrechte: Grundrechtliche und einfachgesetzliche Spannungslage .....	132
	b) § 113 Abs. 3 BetrVG .....	134
	aa) Die Voraussetzungen der Norm .....	134
	bb) Die Voraussetzungen einer Sperrwirkung .....	135
	cc) Kein verbleibender Anwendungsbereich für § 113 Abs. 3 BetrVG? .....	136
	dd) Die historische Interpretation .....	137
	(1) Der doppelte Zweck des § 113 BetrVG .....	137
	(2) Der historische Zweck der Schaffung des § 113 Abs. 3 BetrVG .....	138
	(3) Zwischenergebnis .....	139
	ee) § 113 Abs. 3 als objektiv abschließende Norm? .....	139
	(1) Die Wechselwirkung von § 113 Abs. 3 BetrVG und Sozialplan .....	139
	(a) Die mögliche Einwirkung auf den Sozialplan .....	140
	(b) Die Harmonisierung der Verfahren durch den Unterlassungsanspruch .....	140
	(c) § 113 Abs. 3 BetrVG als betriebsverfassungsrechtliche ultima ratio .....	142
	(2) Die Trennung von individueller und kollektiver Ebene .....	142
	(3) Das Verschieben der Rechtsmacht .....	144
	(4) Die Bedeutung von § 2 Abs. 2 GKG .....	144
	(5) Konklusion .....	145
	c) Die Freiheit nach Abschluss eines Interessenausgleichs .....	146
	aa) Der Interessenausgleich und seine Realisierung .....	147
	bb) Der Interessenausgleich als „Privileg“ des Unternehmers? .....	147
	cc) Die Auflösung des Widerspruchs .....	148
	d) Exkurs: Der Unterlassungsanspruch bei § 99 BetrVG .....	149
	aa) Die Entwicklung der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts .....	149
	bb) Der weitere Meinungsstand .....	150
	cc) § 100 BetrVG als sperrendes Sonderverfahren? .....	151
	(1) § 100 Abs. 1 BetrVG .....	151

(2) § 100 Abs. 2 und 3 BetrVG .....	152
(a) Der Regelungsgehalt der Vorschrift .....	153
(b) Der Sinn und Zweck der „Privilegierung“ .....	154
(aa) Die zeitliche Koordinierung der Aufklärungspflicht .....	154
(bb) Die aktive Rolle des Arbeitgebers .....	155
(cc) Eigene Kenntnis .....	156
(dd) Probleme beim Aufheben der Maßnahme .....	156
(ee) Konklusion .....	156
dd) § 101 BetrVG als abschließende Norm .....	158
(1) Die Logik der Abwehrrechte .....	158
(2) Kurzzeitige und längere Maßnahmen .....	159
(3) Die Rechtskraft als Tatbestandsmerkmal .....	160
ee) Fazit .....	161
e) Die Verknüpfung von Beteiligungsrecht und Maßnahme .....	161
aa) Das Rechtzeitigkeitserfordernis .....	162
bb) § 122 InsO .....	163
cc) Das Intermezzo mit den Sätzen 2 und 3 .....	163
f) Die rechtliche Bewertung der hypothetischen Beteiligung .....	165
g) Die Letztentscheidungskompetenz .....	166
3. Ergebnis .....	167
VI. Der Unterlassungsanspruch als unzulässiges Druckmittel? .....	167
VII. Kein Schadenersatz nach § 945 ZPO .....	168
VIII. Zwischenergebnis .....	169
IX. Die Auswirkungen der Richtlinie 2002/14/EG .....	170
1. Die Europäisierung der elementaren Fragestellungen .....	170
2. Die Vorgaben der Richtlinie für die Sicherung der Beteiligungsrechte .....	172
a) Die Auslegung europäischen Rechts .....	172
b) Der rechtliche Rahmen .....	173
aa) Die Europäische Betriebsverfassung .....	174
bb) Recht der Arbeitnehmer auf Unterrichtung und Anhörung ..	175
cc) Die Beteiligungsrechte der Richtlinie und die Struktur von Entscheidung und Einflussnahme .....	175
dd) Die von der Richtlinie 2002/14/EG erfassten Rechte .....	177
c) Die Freiheit der Mitgliedstaaten und der effet utile .....	179
d) Die Unterlassungspflicht des Arbeitgebers .....	181
aa) Das Urteil „Junk“ .....	181
bb) Die Begründung .....	182
cc) Die Einordnung der Unterlassungspflicht in die Richtlinie ..	182
dd) Übertragung auf die Richtlinie 2002/14/EG .....	183
(1) Die Übertragbarkeit .....	183

(2) Der Zeitpunkt der Konsultation nach der Richtlinie 2002/14/EG .....	184
(3) Die praktische Wirksamkeit des Dialoges und des Verhandlungsanspruchs .....	185
ee) Eigenständige Begründungslinien der Richtlinie .....	186
(1) Die Rücksichtnahme bei der Rechtsausübung .....	186
(2) Die Ausnahmegvorschrift des Art. 6 Abs. 2 .....	187
ff) Zwischenfazit .....	188
gg) Renault/Vilvoorde .....	188
(1) Tribunal de Grande Instance de Nanterre .....	189
(2) Cour d'appel Versailles .....	190
(3) Konsequenzen .....	190
(a) Der Stellenwert der historischen Auslegung .....	190
(b) Der Einfluss des „Fall Vilvoorde“ auf die Richtliniensetzung .....	191
(c) Die französischen Urteile als Leitbilder effektiven und vorherigen Schutzes .....	193
(4) Exkurs: Ein Blick auf das Vorbildrecht .....	194
(a) Das französische System der Arbeitnehmervertretung .....	195
(aa) Die Systematik der betrieblichen Akteure ...	195
(bb) Information und Konsultation durch das comité d'entreprise .....	196
(b) Das comité d'entreprise als Berechtigter der Richtlinie 2002/14/EG .....	198
(c) Die Durchsetzung der Rechte des comité d'entreprise über das référé-Verfahren .....	199
(d) Überblick über die Kasuistik .....	202
(e) Ein Beispiel: <i>Gaz du France/SUEZ</i> .....	203
(f) Die Implikationen .....	206
e) Die Gewährleistungsfunktion des allgemeinen Rahmens .....	208
aa) Erwägungsgrund 6 und Art. 11 Abs. 1 S. 1 HS. 2 .....	208
bb) Zwei feste Säulen der Durchsetzung: Anteriorität und wirksame Durchsetzung .....	209
cc) Die Unterlassung der Maßnahme als Konsequenz eines fairen Verfahrens .....	210
(1) Die vier Traditionslinien der Richtlinienentwicklung ..	210
(2) Die Unterlassungspflicht als Konsequenz der Entwicklung eines fairen Verfahrens .....	211
dd) Die Vorgaben für die Ausgestaltung zur Gewährleistung der Rechte .....	212
(1) Keine unmittelbaren Durchsetzungsinstrumente auf individualrechtlicher Ebene .....	213

(2) Keine Ex-posteriori-Sicherungsinstrumente in Art. 8 Abs. 1 RL 2002/14/EG .....	214
e) Die Konsequenzen für die Europäische Betriebsverfassung	215
3. Die Regelungen des BetrVG vor dem Hintergrund der Richtlinie 2002/14/EG .....	216
a) Die Geltendmachung des Beteiligungsrechts .....	217
b) § 23 Abs. 3 BetrVG .....	218
c) § 113 BetrVG .....	219
aa) Die fehlende abschreckende Wirkung nach herrschender Auffassung .....	219
bb) § 113 als individualrechtliches Sicherungsmittel a posteriori .....	220
cc) Eine Alternative bei konformer Auslegung? .....	221
dd) Ergebnis .....	221
d) §§ 121, 119 BetrVG .....	222
aa) Die Lücken des strafrechtlichen Schutzes .....	222
bb) Die Vorgaben aus Nokia/Wärdell .....	223
cc) Das Parallelverhältnis strafrechtlicher und zivilrechtlicher Sanktionen .....	224
e) Synergieeffizienz der Normen und Ergebnis .....	225
4. Die richtlinienkonforme Rechtsfortbildung des BetrVG .....	226
a) Umsetzungsfreiheit und Richterrecht .....	226
b) Das methodische Vorgehen .....	228
aa) Die richtlinienkonforme Auslegung und Rechtsfortbildung	228
(1) Die Entwicklung der richtlinienkonformen Rechts- fortbildung .....	229
(2) Die Reichweite der Pflicht zur Rechtsfortbildung .....	231
bb) Die Grenzen der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung .....	232
cc) Die Einschränkung durch die nationalen Wertungen .....	233
(1) Die entscheidende Rolle der Wertentscheidungen .....	233
(2) Die europäischen Richtlinien als Teil des Werte- systems .....	234
c) Artikel 8 der Richtlinie 2002/14/EG .....	235
aa) Die Überschrift .....	235
bb) Art. 8 Abs. 1 S. 1 .....	236
(1) Die Vorgaben des Abs. 1 S. 1 .....	237
(2) Die Durchsetzung im Falle des Verstoßes gegen die Unterlassungspflicht .....	237
cc) Art. 8 Abs. 1 S. 2 .....	238
(1) Das untersagende Gericht .....	239
(a) Die Rolle der gerichtlichen Sicherung für das Europarecht .....	239

(b) Die Rolle der gerichtlichen Sicherung in Deutschland .....	240
(2) Die Auswirkung dieses Leitbildes .....	241
dd) Art. 8 Abs. 2 .....	242
ee) Konklusion.....	243
d) Zwischenergebnis .....	244
e) Das Äquivalenzgebot des EuGH.....	245
f) Die sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer .....	246
5. Richtlinienpezifische Einwände .....	249
a) Allgemeine Bedenken .....	249
b) Kein Mitbestimmungsrecht/Rechtsgrundlage.....	250
c) Richtliniensetzungsprozess .....	252
d) Unzulässigkeit wegen des europarechtlichen Transparenzgebotes.....	253
e) Die Verhältnismäßigkeit des Unterlassungsanspruchs .....	256
6. Die Rückwirkung der europarechtlichen Implikationen auf den Streitstand .....	257
a) Die Ausschließlichkeit des § 113 BetrVG .....	257
b) Stütze für § 23 Abs. 3 BetrVG analog .....	257
c) Kein Unterlassungsanspruch bis zum Feststellen des Scheiterns des Interessenausgleichs .....	258
7. Zwischenergebnis .....	259
8. Keine „gespaltene Rechtsfortbildung“ .....	260
a) Die unmittelbar betroffenen Beteiligungsrechte .....	261
b) Die weiteren Beteiligungsrechte .....	262
X. Ergebnis .....	262
H. Der verfahrenssichernde Unterlassungsanspruch bei § 90 BetrVG.....	263
I. Grundsätzliches .....	263
II. Sperrung durch § 91 BetrVG?.....	264
1. § 91 BetrVG im System des Beteiligungsrechts .....	264
2. Der Unterlassungsanspruch bei § 91 BetrVG .....	264
a) Die besondere Anspruchsgrundlage .....	265
b) Ergebnis .....	266
I. Der verfahrenssichernde Unterlassungsanspruch bei der Berufsbildung .....	267
I. § 97 BetrVG .....	267
II. § 98 BetrVG .....	268
1. § 98 Abs. 1 BetrVG.....	269
2. § 98 Abs. 2 BetrVG.....	269
3. § 98 Abs. 3 BetrVG.....	270
J. Ergebnis .....	271

## 3. Kapitel

**Der Unterlassungsanspruch des Europäischen Betriebsrats** 272

A. Die Auswirkung des Systems des EBRG auf den Unterlassungsanspruch ...	273
B. Zuständigkeiten des Europäischen Betriebsrats .....	274
C. Die Sicherung der Beteiligungsrechte .....	274
I. Die §§ 42 ff. EBRG .....	274
II. Der Meinungsstand zum Unterlassungsanspruch .....	274
1. § 23 Abs. 3 BetrVG .....	275
2. Der allgemeine Unterlassungsanspruch .....	276
III. Die Herleitung des Unterlassungsanspruchs aus § 42 Nr. 2 EBRG ....	278
1. Die axiomatische Einbettung des Beteiligungsrechts .....	278
2. Der Tatbestand des § 42 Nr. 2 EBRG .....	279
a) Der Wortlaut .....	279
b) Das System .....	279
aa) § 42 Nr. 2 EBRG vor dem System der §§ 119, 78 BetrVG	280
(1) Unterschiede zwischen § 119 und § 78 BetrVG .....	280
(2) Notwendige Einschränkungen für § 42 Nr. 2? .....	280
bb) Weitere systematische Argumente im EBRG .....	281
(1) §§ 19, 42 Nr. 2 EBRG .....	281
(2) Strafrechtlicher Schutz .....	282
(3) Das System des EBRG als abschließendes System ....	283
cc) Zwischenergebnis .....	284
c) Die gesetzgeberische Zweckbestimmung .....	284
aa) Die ursprüngliche Zweckbestimmung und unionsrechts- konforme Auslegung .....	284
(1) Die Unterlassungspflicht und Durchsetzungsanfor- derungen der Richtlinie 2009/38/EG .....	285
(a) Die Struktur der Beteiligungsrechte .....	285
(aa) Der Inhalt und die zeitliche Ausgestaltung des Beteiligungsrechts .....	286
(bb) Keine Durchbrechung der Anteriorität .....	287
(cc) Die Bedeutung des Willens zur Verständi- gung .....	288
(dd) Die Beachtung der Rechte bei der Durch- führung der Maßnahme .....	288
(ee) Vermeintliche Absagen an eine Unter- lassungspflicht .....	289
(ff) Nr. 3 Abs. 4 des Anhangs der Richtlinie 2009/38/EG .....	291
(gg) Zwischenergebnis .....	292
(b) Die Effektivität der Rechtsdurchsetzung .....	292

(2) Der institutionelle Ansatz der Richtlinie 2009/38/EG	294
(3) Keine ausdrückliche Übernahme des französischen Systems in der Neufassung	294
(4) Der Unterlassungsanspruch als unzulässige Maximalumsetzung	294
bb) Die historische Auslegung vor dem Hintergrund der Neuregelung in 2011	295
D. Ergebnis	296

*4. Kapitel*

**Der Unterlassungsanspruch des Personalrats** 298

A. Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts	299
I. Darstellung der Rechtsprechungsentwicklung	299
1. Die Ablehnung eines Unterlassungsanspruchs in der älteren Rechtsprechung	299
2. Die Lösung in der neueren Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts	300
II. Die problematischen Fundamente der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts	302
1. Die grundsätzlichen Probleme des Konzepts	302
2. Der Vergleich mit der kirchlichen Mitbestimmung	303
3. Vertrauensvorsprung des öffentlich-rechtlichen Arbeitgebers?	305
III. Die Ansicht des Ersten, Zweiten und Vierten Senats des Bundesarbeitsgerichts	306
IV. Der weitere Meinungsstand	307
B. Die Bezugspunkte des objektiven Verfahrens	308
I. Die These vom Beschlussverfahren als einem objektiven Verfahren	309
II. Die Exklusion der beteiligungspflichtigen Maßnahme	311
1. Das überkommene Gerüst dieses Theorems	311
2. Die Rechtsbeziehungen als untauglicher Einwand	312
3. Der Verfahrensanspruch als untaugliche Beschränkung	312
III. Das richtlinienkonforme Verständnis des BPersVG	313
C. Der Grund für den Verzicht auf ausdrückliche Sicherungsnormen	314
I. Die Dienstaufsichtsbeschwerde	315
II. Die Kritik an einem ausschließlichen Sicherungssystem	315
III. Fazit	317
D. Die Unterlassungsansprüche in den Personalvertretungsgesetzen der Länder	317
I. Länder ohne weitergehenden Schutz	317
II. Länder mit Spezialregelungen	318
III. Insbesondere: Niedersachsen	320
IV. Insbesondere: Nordrhein-Westfalen	320
V. Schlüsse	321

E.	Die Herleitung des personalvertretungsrechtlichen Unterlassungsanspruchs . . .	322
I.	§ 8 BPersVG . . . . .	322
II.	Der Unterlassungsanspruch im öffentlichen Recht . . . . .	323
1.	Grundlagen und Voraussetzungen . . . . .	323
2.	Die Anwendbarkeit auf das Personalvertretungsrecht . . . . .	325
a)	Der allgemeine verfahrenssichernde öffentlich-rechtliche Unterlassungsanspruch . . . . .	325
b)	Die Beteiligungsrechte als subjektive Rechte . . . . .	326
aa)	Innen- und Außenrecht . . . . .	327
bb)	Die Struktur von Innenrecht und Außenrecht im Personalvertretungsrecht . . . . .	328
(1)	Die Funktion der Dienststelle für das Personalvertretungsrecht . . . . .	328
(2)	Die Bedeutung des Rechtsträgers für das Personalvertretungsrecht . . . . .	329
(3)	Das Verhältnis Dienststelle – Dienststellenleiter als Innenrecht . . . . .	330
(4)	Das Verhältnis Dienststelle (Rechtsträger) Personalrat als Außenrecht . . . . .	331
(a)	Die Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts . . . . .	331
(b)	Die partielle Entsprechung des Bundesverwaltungsgerichts . . . . .	332
(c)	Die Rechtsstellung des Personalrats im BPersVG . . . . .	333
(d)	Die Unabhängigkeit des Personalrats . . . . .	334
(aa)	Dienstpflichten und § 28 BPersVG . . . . .	334
(bb)	Pflichten des Personalratsamtes als Amtspflichten? . . . . .	335
(cc)	Ergebnis . . . . .	335
(e)	Das System des BPersVG . . . . .	336
(aa)	Die verschiedenen Zuordnungs- und Zurechnungssubjekte . . . . .	336
(bb)	Die systematische und rechtliche Zweiteilung . . . . .	336
(cc)	Die fehlende demokratische Legitimation als Ausdruck des Außenrechts . . . . .	337
(dd)	Die Parallele zumungsverfahren . . . . .	337
(f)	Der Personalrat ein Organ der Verwaltung? . . . . .	338
(aa)	Der Organbegriff in der Rechtsprechung und Literatur . . . . .	338
(bb)	Die Anwendung des Begriffs auf den Personalrat . . . . .	339
(5)	Zwischenergebnis . . . . .	340
cc)	Die Beteiligungsrechte als subjektiv-öffentliche Rechte . . . . .	340
(1)	Das subjektiv-öffentliche Recht . . . . .	340

(a)	Die Entwicklung des Begriffs des subjektiv-öffentlichen Rechts.....	341
(b)	Subjektive Rechte zwischen öffentlich-rechtlichen Rechtsträgern.....	341
(c)	Die Ermittlung von subjektiven Rechten .....	342
(2)	Die Beteiligungsrechte als subjektive öffentliche Rechte.....	342
(3)	Richtlinienkonformes Verständnis der Beteiligungsrechte.....	344
(4)	Die europäischen Grundrechte .....	346
dd)	Fazit.....	346
c)	Die Beteiligungsrechte als materielles Recht.....	347
3.	Ergebnis.....	347
F.	Das aus den §§ 69 und 72 BPersVG folgende Verbot der Durchführung der Maßnahme .....	347
I.	Die Mitbestimmungsrechte.....	348
II.	Die Mitwirkungsrechte .....	349
1.	Die Anteriorität .....	349
2.	Die besonderen Verfahren des § 72 BPersVG.....	349
3.	Die Grundlage der Unterlassungsverpflichtung .....	350
III.	Konklusion.....	350
G.	Verfassungsrechtliche Einwirkungen auf den Unterlassungsanspruch .....	351
I.	Die Personalverfassung im Grundgesetz.....	351
II.	Demokratieprinzip und Mitbestimmung im öffentlichen Dienst.....	352
1.	Die Verfassungswidrigkeit des § 58 Abs. 3 MBG SH.....	353
2.	Das Demokratieprinzip und die Mitbestimmung.....	354
3.	Das „Dreistufenmodell“.....	355
4.	Das Demokratieprinzip und der Unterlassungsanspruch .....	356
a)	Das Demokratieprinzip als Grenze einer Unterlassungsverfügung .....	356
b)	Das Demokratieprinzip als mittelbarer inhaltsbestimmender Faktor.....	358
III.	Organisations-, Sach-, Personalhoheit und Effizienz der Verwaltung ..	359
IV.	Ergebnis .....	361
H.	Ergebnis .....	362

*5. Kapitel*

<b>Zusammenfassung der Ergebnisse</b>	363
---------------------------------------	-----

<b>Literaturverzeichnis</b>	371
-----------------------------	-----

<b>Sachwortverzeichnis</b>	395
----------------------------	-----

## Abkürzungsverzeichnis

Bezüglich der verwendeten Abkürzungen wird auf *Kircher*, Hildebert; *Pannier*, Dietrich; Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache verwiesen. Des Weiteren sind folgende Abkürzungen maßgeblich:

Art. L	Article, partie législative
CA	Cour d'appel
CC	Cour de Cassation, chambre sociale
c.d.e.	comité d'entreprise
c.e.e.	comité d'entreprise européen
dr. social	droit social
EJIR	European Journal of International Relations
IJLLIR	The International Journal of Comparative Labour and Industrial Relations
RIB	Renault Industrie Belgique
RJS	Revue de jurisprudence sociale
RPDS	Revue pratique de droit social
TGI	Tribunal de Grande Instance

## Einleitung

Seit fast 30 Jahren herrscht Streit hinsichtlich der Frage, inwieweit ein Betriebsrat von einem Arbeitgeber die Unterlassung einer beteiligungspflichtigen Maßnahme verlangen kann, wenn er noch nicht ordnungsgemäß beteiligt wurde. Während die Frage im Bereich der sozialen Angelegenheiten zugunsten des Unterlassungsanspruchs in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts als geklärt gelten kann, setzen sich die Diskussionen in allen anderen beteiligungspflichtigen Bereichen weiterhin fort. Das Zentrum der Streitigkeiten bilden mittlerweile die wirtschaftlichen Angelegenheiten.

Die Faszination und die Attraktivität der Problemstellung resultieren aus den damit zusammenhängenden unterschiedlichen dogmatischen Facetten, die sowohl in der Rechtsgrundlage des Unterlassungsanspruchs als auch in den jeweils unterschiedlich ausgestalteten Beteiligungsrechten wurzeln. Prütting beschrieb demgemäß die Lösung des Problems als eine der wohl schwierigsten Aufgaben der innerbetrieblichen Mitbestimmung.<sup>1</sup> Im Laufe der Zeit haben sich verschiedene Lösungswege herauskristallisiert. Eine endgültige theoretische Lösung des Problems wurde dabei nicht gefunden. So weist Oetker darauf hin, dass es bisher noch nicht gelungen sei, eine schlüssige und allgemein akzeptierte Gesamtkonzeption der betriebsverfassungsrechtlichen Sanktionen zu entwickeln.<sup>2</sup> Richardi konstatiert darüber hinaus, dass dieses theoretische Defizit praktisch von erheblichem Gewicht sei.<sup>3</sup> Gerade in Bezug auf den heiklen Bereich der wirtschaftlichen Beteiligung erweisen sich die Landesarbeitsgerichte in der ganzen Republik als nachhaltig zerstritten. Fauser/Nacken bringen es auf den Punkt: In der Rechtsprechung ist eine Situation entstanden, die eine berechenbare und vorhersehbare Judikatur weitgehend vermissen lässt.<sup>4</sup>

Die Kontroverse um den Unterlassungsanspruch hat sich mittlerweile zu einem Oszillator für betriebsverfassungsrechtliche Veränderungen entwickelt. Beispielhaft ist das Intermezzo mit der Neufassung des § 113 BetrVG durch das Beschäftigungsförderungsgesetz. Als die Norm zugunsten des Arbeitgebers verändert wurde, feierte ein Teil des Schrifttums das Ende

---

<sup>1</sup> Prütting, RdA 1995, 257 (257).

<sup>2</sup> GK-Oetker, § 23 Rn. 122.

<sup>3</sup> Richardi, FS Wlotzke, 407 (407).

<sup>4</sup> Fauser/Nacken, NZA 2006, 1136 (1136).

der Diskussion, um nur zwei Jahre später mittels einer „Schutzschrift“ nach der Rückgängigmachung der Gesetzesänderung ein Ausschwingen der Rechtsprechung zugunsten einstweiliger Verfügungen auf Unterlassung zu verhindern.<sup>5</sup>

In diesem Dilemma erfuhr die Diskussion durch die Richtlinie 2002/14/EG einen starken europarechtlichen Impetus.<sup>6</sup> So hob Kohte hervor, dass die Inkaufnahme von Effizienzdefiziten bei der Rechtsdurchsetzung auf unionsrechtlicher Ebene inakzeptabel sei.<sup>7</sup> Die genauen Auswirkungen sind dabei überwiegend unerforscht. Lobinger etwa führt an, dass Art. 8 der Richtlinie 2002/14/EG im deutschen Betriebsverfassungsrecht in ein Feld höchster Ungeklärtheit ziele, selbst aber nicht die notwendige Klarheit schaffe.<sup>8</sup> Über den Richtlinien text hinaus ist mit der Rechtsprechung des EuGH hinsichtlich der Anforderungen an Sanktionen ein weiterer wesentlicher Impuls für die Auslegung des europäischen wie nationalen Rechts vorhanden. Wißmann hat in diesem Kontext festgestellt, dass die genaue Wirkung der Sanktionsforderungen, „solcher Risiken und Nebenwirkungen arbeitsrechtlicher Richtlinien“, noch wenig erforscht sei.<sup>9</sup> Dabei spricht er insbesondere die mit der Richtlinie einhergehende Pflicht der Gerichte an, das nationale Recht konform mit den europarechtlichen (Sanktions-)Vorgaben zu interpretieren.

Ein Schwerpunkt der vorliegenden Arbeit besteht in der Diskussion, ob sich aus der Richtlinie die Forderung an die deutsche Rechtsprechung ergibt, die deutsche Betriebsverfassung so fortzubilden, dass die Frage nach einem Unterlassungsanspruch einheitlich beantwortet werden kann. Doch darf dabei gerade die Systematik des deutschen Rechts nicht aus dem Blick geraten. In der Diskussion wurde der bejahenden Position immer wieder vorgeworfen, ihre Seite allein auf praktische Erwägungen zu stützen und nicht dogmatisch zu untermauern.<sup>10</sup> Das soll die vorliegende Arbeit entkräften. Beide Aspekte sollen von der Arbeit gleichbedeutend dargestellt und gewichtet werden.

Einen klagbaren Unterlassungsanspruch direkt aus der Richtlinie 2002/14/EG zu gewinnen, ist dabei vor der Vielzahl von unterschiedlich

---

<sup>5</sup> Ehler, BB 2000, 978 (978 ff.); siehe S. 163 f.

<sup>6</sup> Wobei zu betonen ist, dass v. a. die Massenentlassungsrichtlinie 98/59/EG für die Betriebsänderungen i. F. v. Massenentlassungen einschlägig ist, hierzu O. Hinrichs, passim und Mauthner, passim. Ein genereller Ansatz folgt aber nur aus der Rahmenrichtlinie 2002/14/EG.

<sup>7</sup> Kohte, FS Richardi, 601 (613); Weber, FS Konzen, 921 (930).

<sup>8</sup> Lobinger, ZfA 2004, 101 (179).

<sup>9</sup> Wißmann, RdA 1999, 152 (156).

<sup>10</sup> Völksen, RdA 2010, 354 (357 f.).

ausgestalteten Rechtsordnungen und den diese bedingenden Traditionen nicht möglich. Nur in wenigen Bereichen unterscheiden sich die Mitgliedstaaten der EU so sehr wie im kollektiven Arbeitsrecht.<sup>11</sup> Die Anerkennung eines Unterlassungsanspruchs in der Betriebsverfassung kann sich daher nur aus dem Zusammenspiel von deutschem und europäischem Recht ergeben. Damit wird die Anwendung der unionsrechtskonformen Auslegung/Rechtsfortbildung aus dem bloßen Verständnis einer Zweifelsregel oder Einschränkungspflicht hin zu einer positiven, d.h. begründenden Funktion geführt. Insbesondere geht es darum, die Vorgaben des Europäischen Gerichtshofes für die Gewährleistung des Unionsrechts zu ordnen – ein, wie Malmberg feststellt,<sup>12</sup> hoch komplexes Vorhaben. Die Vorgaben des EuGH werden nämlich sowohl für die Ablehnung als auch für die Anerkennung des Unterlassungsanspruchs ins Feld geführt.

Dem Gedanken der Europäisierung eines Rechtsgebiets, welches in den Mitgliedstaaten so unterschiedlich ausgeprägt ist, liegt der Umstand zugrunde, dass die zunehmend transnational organisierten unternehmerischen Tätigkeiten und Entscheidungsprozesse Defizite für die Arbeitnehmer begründen,<sup>13</sup> deren unkoordinierte Lösung in einem europäischen Binnenmarkt zwangsläufig zu Verwerfungen führen muss. Dabei versteht die Kommission der Europäischen Union die Beteiligung von Arbeitnehmern nicht mehr lediglich als Defizitausgleich, sondern als elementar für die Wirtschaftlichkeit sowie Wettbewerbsfähigkeit der Europäischen Union in einer globalisierten Welt. Sie stützt sich auf die Ansicht, dass die Beteiligung von Arbeitnehmern an den sie betreffenden betrieblichen und den Betrieb berührenden Angelegenheiten für die soziale und wirtschaftliche Entwicklung der Unternehmen förderlich ist. Information und Konsultation stärken die Anpassungsfähigkeit der Unternehmen. Die finanzielle Belastung tritt im Vergleich zur Steigerung der Qualifikation, Arbeitsmoral und Identifikation zurück.<sup>14</sup> Beteiligung wird nunmehr als unabdingbar für die Wettbewerbsfähigkeit Europas anerkannt. Gemeinsam mit der Vollendung des Binnenmarkts ist es notwendig, die soziale Dimension zu stärken und das frei werdende Potenzial zu nutzen.

Wie so häufig in der langen Geschichte des Unterlassungsanspruchs muss sich dieser vor den Änderungen der gesetzlichen Parameter positionieren. Mit der Richtlinie 2002/14/EG zur Schaffung eines allgemeinen Rahmens der Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer ist ein Paradigmenwech-

---

<sup>11</sup> *Weiss*, NZA 2003, 177 (177); *Rebhahn*, IJCLLR 2004, 107 (107).

<sup>12</sup> *Malmberg*, EJIR 2004, 219 (220).

<sup>13</sup> Vgl. *Wißmann*, RdA 1999, 152 (158).

<sup>14</sup> KOM (1998) 612 endg. S. 2 f.; Davignon-Bericht S. 2; *Blanpain* Involvement S. XVI; für Deutschland: *Freckmann/Koller-van Delden*, BB 2006, 490 (490).