

Bundesarbeitsgericht  
Erster Senat

Beschluss vom 28. Juli 2020  
- 1 ABR 45/18 -  
ECLI:DE:BAG:2020:280720.B.1ABR45.18.0

I. Arbeitsgericht München

Beschluss vom 18. April 2018  
- 38 BV 332/17 -

II. Landesarbeitsgericht München

Beschluss vom 6. November 2018  
- 9 TaBV 48/18 -

---

Entscheidungsstichworte:

Mitbestimmung des Betriebsrats - Festlegung der Arbeitszeit - Einstellung  
von Leiharbeitnehmern - Umfang der Rechtskraft

# BUNDEARBEITSGERICHT



1 ABR 45/18  
9 TaBV 48/18  
Landesarbeitsgericht  
München

## Im Namen des Volkes!

Verkündet am  
28. Juli 2020

## BESCHLUSS

Metze, Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

In dem Beschlussverfahren mit den Beteiligten

1.

Antragsteller, Beschwerdeführer und Rechtsbeschwerdeführer,

2.

hat der Erste Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der Beratung vom 28. Juli 2020 durch die Präsidentin des Bundesarbeitsgerichts Schmidt, die Richterinnen am Bundesarbeitsgericht K. Schmidt und Dr. Ahrendt sowie die ehrenamtliche Richterin Schwitzer und den ehrenamtlichen Richter Prof. Dr. Rose für Recht erkannt:

Auf die Rechtsbeschwerde des Betriebsrats wird der Beschluss des Landesarbeitsgerichts München vom 6. November 2018 - 9 TaBV 48/18 - aufgehoben.

Auf die Beschwerde des Betriebsrats wird der Beschluss des Arbeitsgerichts München vom 18. April 2018 - 38 BV 332/17 - abgeändert.

Der Arbeitgeberin wird unter Androhung eines Ordnungsgelds iHv. bis zu 10.000,00 Euro für jeden Fall der Zuwiderhandlung untersagt, Leiharbeitnehmer, die nicht in der Funktion eines „Director“ oder eines „Manager MHS“ tätig sind, im Bereich Lager (Warehouse) - mit Ausnahme der Abteilung MHS - zu den in Ziff. IV Nr. 2.1 Buchst. a der „Betriebsvereinbarung Arbeitszeiten“ iVm. in deren Anlage 3 festgelegten Schichtzeiten zu beschäftigen, ohne dass zuvor über die Schichteinteilung zwischen der Arbeitgeberin und dem Betriebsrat eine - ggf. durch die Einigungsstelle ersetzte - Einigung erzielt wurde.

Der weitergehende Antrag auf Androhung eines Ordnungsgelds wird abgewiesen.

## **Von Rechts wegen!**

### **Gründe**

A. Die Beteiligten streiten über einen Unterlassungsanspruch. 1

Die Arbeitgeberin erbringt logistische Dienstleistungen. Zu diesem Zweck unterhält sie in ihrem Betrieb, in dem der antragstellende Betriebsrat gewählt ist, ein Lager (Warehouse). Seit dem 1. April 2016 gilt im Betrieb die „Betriebsvereinbarung Arbeitszeiten“ vom 15./16. Dezember 2015 (BV ArbZ). Diese lautet auszugsweise: 2

#### **„IV. Schichtarbeit**

##### **1. Anwendungsbereich**

Die nachfolgenden Regelungen gelten für alle Mitarbeiter der Betriebsteile Warehouse ... Ausgenommen sind Mitarbeiter, welche die Funktion des „Director“ oder des „Manager MHS“ bekleiden. ...

##### **2. Arbeitszeit/Schichtmodelle**

Die betriebsübliche wöchentliche Arbeitszeit (derzeit 40 Stunden) kann in den Betriebsteilen Warehouse (ohne Bereich MHS) ... wie in den Schichtmodellen jeweils festgelegt verteilt werden.

## **2.1 Schichtmodelle des Betriebsteils Warehouse (ohne Bereich MHS)**

- a) Die Schichtmodelle des Betriebsteils Warehouse (ohne Bereich MHS) ergeben sich aus **Anlage 3** dieser Betriebsvereinbarung.

...“

In der Anlage 3 zur BV ArbZ sind für die Früh-, Tag-, Spät- und Nachtschicht der jeweilige Schichtbeginn und das jeweilige Schichtende sowie die Lage von jeweils drei Pausen festgelegt. Derzeit wird im Lager in drei Schichten (Früh-, Tag-, Spätschicht) gearbeitet, wobei die Arbeitnehmer jeweils kontinuierlich in einer Schicht tätig sind. 3

Die Arbeitgeberin bat den Betriebsrat Anfang September 2017 um Zustimmung zur befristeten Einstellung von Leiharbeitnehmern im Lager. Nachdem der Betriebsrat die Zustimmung verweigert hatte, teilte die Arbeitgeberin mit, sie werde die personellen Maßnahmen ab dem 8. September 2017 vorläufig durchführen. Dementsprechend waren im Zeitraum zwischen dem 8. September und dem 31. Oktober 2017 insgesamt 47 Leiharbeitnehmer im Lager tätig. Ihr Einsatz erfolgte zu den in der Anlage 3 zur BV ArbZ vorgesehenen Schichtzeiten. 4

Das Landesarbeitsgericht München wies mit Beschluss vom 8. Februar 2018 (- 4 TaBVGa 16/17 -) einen auf diesen Sachverhalt gestützten, vom Betriebsrat im einstweiligen Verfügungsverfahren angebrachten Antrag, der Arbeitgeberin bis zur Entscheidung im Hauptsacheverfahren den Einsatz von Leiharbeitnehmern ohne - ggf. durch die Einigungsstelle ersetzte - Zustimmung des Betriebsrats bei der Schichtzuteilung zu untersagen, zurück. Zur Begründung führte es ua. aus, die Arbeitgeberin habe mit den Maßnahmen nicht gegen das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG verstoßen, da dieses bei einer Zuordnung neu eingestellter Arbeitnehmer in ein bestehendes Schichtsystem nicht zur Anwendung komme. 5

Seit November 2017 bittet die Arbeitgeberin den Betriebsrat vor einem Einsatz von Leiharbeitnehmern „vorsorglich - ohne Anerkennung einer Rechtspflicht -“ um Zustimmung zur Einteilung der Leiharbeitnehmer in die in der Anlage 3 zur BV ArbZ vorgesehenen Schichten. 6

Der Betriebsrat hat geltend gemacht, ihm stehe bei der Zuweisung der im Lager eingesetzten Leiharbeitnehmer zu den vereinbarten Schichten ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG zu. 7

Der Betriebsrat hat beantragt, 8

1. der Arbeitgeberin aufzugeben, es zu unterlassen, im Bereich Lager (Warehouse), ohne der Abteilung MHS, Leiharbeitnehmer, mit Ausnahme für die Funktionen „Director“ oder „Manager MHS“, im Rahmen der jeweiligen Schichtpläne nach Ziff. IV Nr. 2.1 iVm Anlage 3 der „Betriebsvereinbarung Arbeitszeiten“ vom 15./16.12.2015 erstmalig zur Arbeitsleistung einzusetzen oder die Erbringung der Arbeitsleistung durch diese zu dulden, ohne dass zuvor über deren Schichteinteilung mit ihm eine Einigung erzielt oder durch den Spruch der Einigungsstelle ersetzt worden ist, es sei denn, es lägen Notfälle vor oder die Anordnung der Arbeitszeiten gegenüber Leiharbeitnehmern wäre durch eine Arbeitsk Kampfmaßnahme bedingt oder es läge ein Sachverhalt vor, der ausschließlich in der Person des Arbeitnehmers liegt und keinen kollektiven Bezug hat;
2. für jeden Fall der Zuwiderhandlung gegen die Verpflichtung aus Ziffer 1 und bezogen auf jeden Tag der Arbeitgeberin ein Ordnungsgeld von bis zu 10.000,00 Euro anzudrohen.

Die Arbeitgeberin hat Antragsabweisung begehrt und geltend gemacht, die Schichteinteilung von Leiharbeitnehmern sei nicht nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG mitbestimmungspflichtig, da sie keinen Schichtplan aufstelle und der Verleiher die Einsatzzeiten der Leiharbeitnehmer vorgebe. Außerdem fehle es an einem kollektiven Tatbestand; die Einstellung der Leiharbeitnehmer berühre weder die Zuordnung der Stammebelegschaft zu den Schichten noch deren Möglichkeit, diese zu ändern. Im Übrigen seien bei einer Einstellung von Arbeitnehmern 9

die Regelungen in §§ 99, 100 BetrVG gegenüber dem Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG vorrangig.

Das Arbeitsgericht hat den Unterlassungsantrag abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Beschwerde des Betriebsrats zurückgewiesen. Mit seiner Rechtsbeschwerde verfolgt der Betriebsrat seine Anträge weiter. 10

B. Die Rechtsbeschwerde hat überwiegend Erfolg. Der Unterlassungsantrag des Betriebsrats ist zulässig und entgegen der Ansicht des Landesarbeitsgerichts auch begründet. Hingegen war dem erstmals zur Entscheidung anfallenden Antrag auf Ordnungsgeldandrohung nur teilweise zu entsprechen. 11

I. Der Unterlassungsantrag hat Erfolg. 12

1. Die Zulässigkeit dieses Antrags begegnet keinen Bedenken. 13

a) Allerdings ist seine Auslegung geboten. 14

aa) Bei einem der Abwehr künftiger Beeinträchtigungen dienenden Unterlassungsanspruch wird in der Regel ein Verbot einer als rechtswidrig angegriffenen Verhaltensweise begehrt. Diese legt der Antragsteller in seinem Antrag sowie der zu dessen Auslegung heranzuziehenden Begründung fest. Die so umschriebene Verletzungsform bestimmt und begrenzt den Inhalt des Unterlassungsbegehrens (*BAG 12. März 2019 - 1 ABR 42/17 - Rn. 25 mwN, BAGE 166, 79*). 15

bb) Wie die sprachliche Fassung des Antrags und die hierzu vorgebrachten Anlassfälle zeigen, bezieht sich das Unterlassungsbegehren des Betriebsrats personell ausschließlich auf Leiharbeitnehmer, die - außerhalb der Abteilung MHS - im Lager der Arbeitgeberin (Warehouse) eingesetzt werden und nicht in der Funktion eines „Director“ oder eines „Manager MHS“ tätig sind. Diese Einschränkungen tragen dem Umstand Rechnung, dass die Schichtzeiten nach Ziff. IV Nr. 2.1 Buchst. a BV ArbZ iVm. deren Anlage 3 weder für den „Bereich MHS“ noch für Tätigkeiten in den beiden im Antrag bezeichneten Funktionen gelten (*vgl. Ziff. IV Nr. 1 und Nr. 2.1 Buchst. a BV ArbZ*). Trotz des insoweit missverständlichen Antragswortlauts soll der Arbeitgeberin untersagt werden, diese Leiharbeitnehmer in dem genannten betrieblichen Organisationsbereich zu den in der 16

Anlage 3 zur BV ArbZ vereinbarten Schichtzeiten zu beschäftigen, ohne dass zuvor über deren Schichteinteilung zwischen den Beteiligten eine, ggf. durch die Einigungsstelle ersetzte, Einigung erzielt wurde. Sowohl das Vorbringen des Betriebsrats als auch die in der sprachlichen Fassung des Unterlassungsantrags enthaltene Alternative der „Duldung“ erbrachter Arbeitsleistungen zeigen, dass es dem Betriebsrat bei dem erstrebten Verbotsausspruch nicht lediglich um den „erstmaligen“ Arbeitseinsatz von Leiharbeitnehmern geht. Vielmehr ist nach seiner Auffassung nur die („erstmalige“) Zuordnung der überlassenen Arbeitnehmer zu den Schichten mitbestimmungspflichtig, die dann grundsätzlich - solange kein Schichtwechsel stattfindet - für deren gesamten Einsatz unverändert bleibt. Solange diese Zuordnung nicht mitbestimmt erfolgt ist, soll es der Arbeitgeberin verwehrt sein, die Leiharbeitnehmer entsprechend der sich aus Ziff. IV Nr. 2.1 BV ArbZ iVm. deren Anlage 3 ergebenden Zeiten zur Arbeitsleistung einzusetzen. Für ein solches Verständnis des Antrags zu 1. streitet auch der Antrag auf Androhung eines Ordnungsgelds, der sich nicht nur auf jeden Fall der Zuwiderhandlung, sondern ausdrücklich auch „auf jeden Tag“ bezieht. Nicht umfasst vom Antragsbegehren ist - ausgehend von den geschilderten Anlassfällen - hingegen die Beschäftigung von Leiharbeitnehmern zu anderen als den in der BV ArbZ mitbestimmt ausgestalteten Schichtzeiten.

cc) Den im Antrag enthaltenen Einschränkungen („*es sei denn*“) kommt keine eigenständige Bedeutung zu. Die vom Betriebsrat geschilderten Anlassfälle beziehen sich weder auf arbeitskampfbedingte Einsätze noch auf Notfälle im Sinne der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (*vgl. BAG 20. März 2018 - 1 ABR 70/16 - Rn. 29 mwN, BAGE 162, 98*). Entsprechendes gilt, soweit der Betriebsrat Sachverhalte ausschließen möchte, die „ausschließlich in der Person des Arbeitnehmers“ liegen und „keinen kollektiven Bezug“ haben. Mit dieser Antragsformulierung soll dem Einwand der Arbeitgeberin begegnet werden, wonach nur kollektive Maßnahmen nach § 87 Abs. 1 BetrVG mitbestimmungspflichtig sind. Da - anders als von der Arbeitgeberin angenommen - die geschilderten Anlassfälle schon dadurch einen kollektiven Bezug aufweisen, dass die

17

Schichtzuteilung der Leiharbeitnehmer die Interessen der bereits in den jeweiligen Schichten im Lager beschäftigten Stammarbeitnehmer berührt, kommt dieser Einschränkung keine selbständige Bedeutung zu.

b) Der so verstandene Unterlassungsantrag entspricht dem Bestimmtheiterfordernis iSv. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. Die Arbeitgeberin kann eindeutig erkennen, was von ihr verlangt wird. 18

c) Entgegen der Ansicht der Arbeitgeberin ist der Antrag zu 1. nicht mangels Rechtsschutzschutzinteresse unzulässig. Der Betriebsrat verfolgt mit seinem Begehren ein „rechtlich geschütztes Ziel“. Das für eine Sachentscheidung eines Gerichts notwendige Rechtsschutzbedürfnis verlangt lediglich ein berechtigtes Interesse des Antragstellers an der Inanspruchnahme gerichtlichen Rechtsschutzes. Bei Leistungsanträgen folgt ein solches Interesse regelmäßig aus der Nichterfüllung des behaupteten Anspruchs. Ob dieser besteht, ist grundsätzlich eine Frage der Begründetheit (*vgl. etwa BAG 24. April 2018 - 1 ABR 6/16 - Rn. 20 mwN*). 19

2. Der Unterlassungsantrag ist begründet. Die Voraussetzungen des aus § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG folgenden allgemeinen Unterlassungsanspruchs (*dazu grds. BAG 3. Mai 1994 - 1 ABR 24/93 - zu II B III der Gründe, BAGE 76, 364*) liegen vor. 20

a) Die Arbeitgeberin hat durch die Anlassfälle das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG verletzt. 21

aa) Die Zuordnung der Leiharbeitnehmer zu den nach Ziff. IV Nr. 2.1 Buchst. a BV ArbZ iVm. in deren Anlage 3 festgelegten Schichten unterfällt als Festlegung der konkreten Lage und der Verteilung der Arbeitszeit sowie der Pausen dem Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG. Das bei einer - und sei es nur kurzzeitigen - Beschäftigung eines Leiharbeitnehmers in einem Entleiherbetrieb dem dortigen Betriebsrat zustehende Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG (*vgl. ausf. BAG 15. Dezem-* 22



ber 1992 - 1 ABR 38/92 - zu B II 3 der Gründe, BAGE 72, 107) greift auch hinsichtlich neu eingestellter (Leih-)Arbeitnehmer (vgl. BAG 22. Oktober 2019 - 1 ABR 17/18 - Rn. 21; 22. August 2017 - 1 ABR 4/16 - Rn. 20, BAGE 160, 49). Insoweit fehlt es weder an einem kollektiven Tatbestand noch wird das Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 BetrVG durch die Mitwirkungsrechte des Betriebsrats in den personellen Angelegenheiten verdrängt (ausf. BAG 22. August 2017 - 1 ABR 4/16 - Rn. 21 bis 23, BAGE 160, 49). Entgegen der Ansicht der Arbeitgeberin kommt es auch nicht darauf an, ob sie einen „Schichtplan“ aufstellt. Die vorliegend von ihr geltend gemachten Einwände geben dem Senat keinen Anlass, seine ständige Rechtsprechung (vgl. zuletzt BAG 22. Oktober 2019 - 1 ABR 17/18 - Rn. 21 mwN) in Frage zu stellen.

(1) Weder die Gesetzessystematik noch die Entstehungsgeschichte bieten 23  
Anhaltspunkte für ein eingeschränktes Verständnis des § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG. Soweit die Arbeitgeberin auf die Gesetzesmaterialien (vgl. BT-Drs. VI/1786 S. 52) verweist, lässt sich diesen für § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG nichts entnehmen. Die dortigen Ausführungen beziehen sich ausdrücklich nur auf die Durchführung vorläufiger personeller Maßnahmen, nicht jedoch auf das erzwingbare Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei der Arbeitszeit.

(2) Der Einwand der Arbeitgeberin, das Mitbestimmungsrecht bei der Fest- 24  
legung der Arbeitszeit neu eingestellter (Leih-)Arbeitnehmer habe zur Folge, dass § 100 BetrVG bei einer „Einstellung in einen Schichtbetrieb mit Dauerschichtdienst“ leerlaufe, greift ebenfalls nicht durch. Die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats in personellen Angelegenheiten nach § 99 BetrVG einerseits und in sozialen Angelegenheiten nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG andererseits beziehen sich auf unterschiedliche Regelungsgegenstände. Dementsprechend gelten für sie jeweils eigene Konfliktlösungsmechanismen. Die durch § 100 BetrVG vermittelte Gestattung zur Durchführung einseitiger Maßnahmen beschränkt sich ausschließlich auf die nach § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG lediglich zustimmungspflichtige Einstellung im Sinne einer Eingliederung des Arbeitnehmers in den Betrieb und erfasst nicht die - der weitergehenden erzwingbaren Mitbe-

stimmung unterliegende - Zuteilung des Arbeitnehmers zu den im Betrieb geltenden Schichtzeiten. Daher entbindet die dem Arbeitgeber durch § 100 BetrVG eingeräumte Befugnis, eine Einstellung vorläufig durchzuführen, ihn nicht davon, vor einer tatsächlichen Beschäftigung des betreffenden Arbeitnehmers das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG zu beachten.

(3) Die Rechtsprechung des Senats führt auch nicht zu praktisch untragbaren Ergebnissen. Zwar darf eine Maßnahme, die der Mitbestimmung des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 BetrVG unterliegt, erst nach dessen Zustimmung oder deren Ersetzung durch die Einigungsstelle durchgeführt werden. Auch räumt das Gesetz im Bereich der sozialen Angelegenheiten dem Arbeitgeber selbst bei Eil- und Sonderfällen weder eine einseitige Regelungsbefugnis ein noch gewährt es ihm die Möglichkeit, eine von § 87 Abs. 1 BetrVG erfasste Maßnahme vorläufig durchzuführen (*vgl. dazu BAG 8. Dezember 2015 - 1 ABR 2/14 - Rn. 28, BAGE 153, 318*). Allerdings bleibt es den Betriebsparteien und damit auch einer im Fall der Nichteinigung von ihnen ggf. angerufenen Einigungsstelle grundsätzlich unbenommen, bei der Ausgestaltung der nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG mitbestimmten Angelegenheit - zu der auch eine ggf. sehr kurzfristig erforderliche Schichtzuteilung zählt - etwaigen spezifischen betrieblichen Bedürfnissen Rechnung zu tragen und das Vorliegen einer Zustimmung des Betriebsrats festzulegen, wenn sich dies auf eine eng begrenzte, hinreichend konkret beschriebene und ggf. häufig auftretende Fallgestaltung bezieht. Bei einer Beschränkung der „Vorabzustimmung“ auf derartige dringende betriebliche Konstellationen werden dem Arbeitgeber keine den Mitbestimmungstatbestand des § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG betreffende einseitige Entscheidungsbefugnisse eingeräumt (*vgl. auch BAG 22. Oktober 2019 - 1 ABR 17/18 - Rn. 33*).

bb) Ein Verstoß gegen § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG scheidet vorliegend nicht deshalb aus, weil der Betriebsrat sein Mitbestimmungsrecht bei der Zuteilung von Leiharbeitnehmern zu den in der Anlage 3 zur BV ArbZ festgelegten Schichten bereits ausgeübt hat. Die nach ihrer Ziff. I Nr. 2 für alle „Arbeitnehmer des Be-

etriebs“ (mit Ausnahme der leitenden Angestellten) und damit auch für Leiharbeiter, die im Lager tätig sind, geltende BV ArbZ regelt die konkrete Zuordnung der einzelnen Arbeitnehmer zu den Schichten nicht. In ihr sind auch keine Verfahrensgrundsätze für eine solche Schichtzuteilung festgelegt, die von der Arbeitgeberin lediglich umgesetzt werden müssten. Ziff. IV Nr. 3.2 BV ArbZ enthält nur Vorgaben für einen Schichttausch und einen Schichtwechsel.

cc) Eine Verletzung des Mitbestimmungsrechts nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG ist auch nicht deshalb ausgeschlossen, weil - wie die Arbeitgeberin geltend gemacht hat - ihr die jeweiligen Vertragsarbeitgeber der Leiharbeiter stets mitteilen, zu welcher Schichtzeit der einzelne Leiharbeiter eingesetzt werden könne. Ungeachtet dessen, dass die Arbeitgeberin nach ihrem eigenen Vortrag diese Vorgaben „nicht ausnahmslos“, sondern nur „in der Regel“ berücksichtigt, fehlt es in diesen Fällen selbst dann nicht an einer das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats auslösenden Zuordnungsentscheidung der Arbeitgeberin, wenn sie sich stets hiernach richten sollte. Sofern die Arbeitgeberin die Leiharbeiter bereits bei den Entleihunternehmen schichtbezogen anfordern sollte, legt sie damit deren Arbeitszeiten iSv. § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG fest. Sollten die Leiharbeiter von den Entleihunternehmen nur schichtbezogen zur Verfügung gestellt werden, bestimmt die Arbeitgeberin mit dem Einsatz und der dadurch bedingten Inkaufnahme einer vom Verleiher bzw. ggf. vom Leiharbeiter vorgegebenen Einsatzzeit automatisch die Zuordnung dieser Arbeitnehmer zu den Schichtzeiten nach der Anlage 3 zur BV ArbZ. Damit trifft sie eine Maßnahme iSv. § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG, die den notwendigen kollektiven Bezug aufweist (vgl. schon BAG 22. Oktober 2019 - 1 ABR 17/18 - Rn. 22). 27

dd) Aus dem rechtskräftigen Beschluss des Landesarbeitsgerichts München vom 8. Februar 2018 ergibt sich vorliegend nichts anderes. 28

(1) Die Rechtskraft dieser Entscheidung iSv. § 322 Abs. 1 ZPO (vgl. zur Rechtskraftfähigkeit von Entscheidungen im einstweiligen Verfügungsverfahren BAG 20. November 2012 - 1 AZR 611/11 - Rn. 88, BAGE 144, 1) bezieht sich - trotz des gleichen „Klagegrundes“ - auf einen anderen „prozessualen Anspruch“ und damit einen anderen Verfahrensgegenstand als den vorliegend vom 29

Betriebsrat angebrachten. Denn der mit dem dortigen Unterlassungsantrag begehrte Verbotsausspruch erfasste keine künftig der Arbeitgeberin zu untersagenden Handlungen, sondern nur solche bis zur gerichtlichen Entscheidung im Hauptsacheverfahren.

(2) Eine Bindungswirkung ergibt sich auch nicht unter dem Gesichtspunkt der Präjudizialität. 30

(a) Rechtskräftige Urteile und Beschlüsse entfalten gemäß § 322 Abs. 1 ZPO nur insoweit Bindungswirkung für ein nachfolgendes Verfahren, als über den durch die Klage oder den Antrag erhobenen Anspruch entschieden worden ist. Sie beschränkt sich auf den unmittelbaren Gegenstand des Urteils bzw. Beschlusses, dh. auf die Rechtsfolge, die aufgrund eines bestimmten Sachverhalts bei Schluss der mündlichen Verhandlung den Entscheidungssatz bildet. Einzelne Entscheidungselemente, tatsächliche Feststellungen und rechtliche Folgerungen, auf denen die getroffene Entscheidung aufbaut, werden dagegen von der Rechtskraft nicht erfasst. Bei einem Unterlassungsantrag besteht die begehrte Rechtsfolge in dem Verbot einer bestimmten - als rechtswidrig angegriffenen - Verhaltensweise (Verletzungsform), die der Antragsteller in seinem Antrag abstrahierend beschreiben muss. Wird der Antrag abgewiesen, steht damit die Berechtigung des Inanspruchgenommenen zu dem vom Antrag umfassten Handeln fest (vgl. BAG 20. November 2012 - 1 AZR 611/11 - Rn. 89 f. mwN, BAGE 144, 1). 31

(b) Die Bindungswirkung des Beschlusses vom 8. Februar 2018 erfasst demgemäß nur die Befugnis der Arbeitgeberin, vom Zeitpunkt des Anhörungstermins im einstweiligen Verfügungsverfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache Leiharbeitnehmer auch ohne Mitbestimmung des Betriebsrats in die Schichten nach der BV ArbZ einzuteilen. Sie erstreckt sich hingegen nicht auf die die vom Landesarbeitsgericht verneinte Vorfrage, ob die Arbeitgeberin bei den Anlassfällen das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG verletzt hat. Der aus § 87 Abs. 1 BetrVG folgende allgemeine Unterlassungsanspruch erfordert als Tatbestandsvoraussetzungen sowohl eine Verletzungshandlung als auch eine Wiederholungsgefahr (vgl. BAG 22. August 32

2017 - 1 ABR 5/16 - Rn. 11). Der Verstoß gegen das Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG stellt daher nur ein vorgreifliches - nicht in Rechtskraft erwachsendes - Element für die ausgesprochene Rechtsfolge dar.

b) Dem Betriebsrat steht unabhängig von den Voraussetzungen des § 23 Abs. 3 BetrVG gegen zu erwartende weitere Verletzungen seines Mitbestimmungsrechts aus § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG ein Unterlassungsanspruch gegen die Arbeitgeberin zu. 33

aa) Das Landesarbeitsgericht geht zu Unrecht davon aus, „im Anwendungsbereich des § 100 BetrVG“ sei bei einer Verletzung von § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG für den Betriebsrat kein allgemeiner betriebsverfassungsrechtlicher Unterlassungsanspruch gegeben. Es verkennt, dass die Norm des § 100 BetrVG dem Arbeitgeber lediglich erlaubt, personelle Maßnahmen iSv. § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG vorläufig durchzuführen; sie entbindet ihn jedoch nicht von der Einhaltung ggf. weiterer Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats. Unabhängig davon missversteht das Landesarbeitsgericht auch die Ausführungen des Senats, wonach es für die Bejahung eines Unterlassungsanspruchs ua. auf die „konkrete gesetzliche Ausgestaltung“ der einzelnen Mitbestimmungstatbestände ankommt (vgl. BAG 3. Mai 1994 - 1 ABR 24/93 - zu II B III 1 der Gründe, BAGE 76, 364). Maßgebend ist lediglich, ob die Ausgestaltung des spezifischen Mitbestimmungsrechts die Anerkennung eines dieses Recht sichernden Unterlassungsanspruchs erfordert. Dies ist bei den erzwingbaren Mitbestimmungstatbeständen nach § 87 Abs. 1 BetrVG der Fall. 34

bb) Die weiteren Voraussetzungen des Unterlassungsanspruchs sind gegeben. Die durch die Anlassfälle indizierte Wiederholungsgefahr liegt vor. Der Umstand, dass die Arbeitgeberin den Betriebsrat seit November 2017 vor einem Einsatz von Leiharbeitnehmern um Zustimmung zu deren Schichteinteilung bittet, steht dem nicht entgegen. Der vom Landesarbeitsgericht festgestellte Sachverhalt lässt bereits nicht erkennen, dass die Arbeitgeberin seit dieser Zeit eine Beschäftigung der Leiharbeitnehmer erst nach (ggf. ersetzter) Zustimmung des Betriebsrats vornimmt. Unabhängig davon führt sie das Mitbestimmungsverfahren 35

nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG ausdrücklich nur „vorsorglich“ und damit ohne Anerkennung einer entsprechenden rechtlichen Verpflichtung durch.

cc) Die Zuerkennung des Unterlassungsanspruchs verletzt die Arbeitgeberin nicht in ihrem Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 GG. Die mögliche Beeinträchtigung der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit durch mitbestimmte Regelungen über die Verteilung der Arbeitszeit auf die einzelnen Wochentage ist die im Gesetz angelegte Folge des Bestehens von Mitbestimmungsrechten. Der Unterlassungsanspruch vereitelt auch nicht den „Kern der Unternehmensführung“ der Arbeitgeberin. Die Beschäftigung neu eingestellter Leiharbeitnehmer wird nicht gänzlich untersagt, sondern ist von einer mitbestimmten oder über die Einigungsstelle erzwingbaren Regelung der Betriebsparteien abhängig (*ausf. dazu BAG 22. August 2017 - 1 ABR 4/16 - Rn. 29 ff., BAGE 160, 49*).

II. Der damit dem Senat zur Entscheidung anfallende Antrag auf Androhung der Festsetzung eines Ordnungsgelds nach § 890 ZPO für den Fall, dass die Arbeitgeberin ihrer Verpflichtung, die titulierte Handlung zu unterlassen, zuwiderhandelt, ist nur teilweise begründet. Zwar wahrt der Antrag die auch beim allgemeinen Unterlassungsanspruch zu beachtende Höchstgrenze des § 23 Abs. 3 Satz 5 BetrVG von 10.000,00 Euro (*vgl. BAG 29. April 2004 - 1 ABR 30/02 - zu B V der Gründe, BAGE 110, 252*). Der Betriebsrat begehrt die Androhung des Ordnungsgelds allerdings nicht nur für jeden Fall der Zuwiderhandlung, sondern auch „bezogen auf jeden Tag“. Eine solche tagesbezogene Androhung scheidet vorliegend aus.

1. Das - nach § 890 Abs. 2 ZPO „entsprechend“ anzudrohende - Ordnungsgeld kann gemäß § 890 Abs. 1 ZPO nur wegen einer „jeden Zuwiderhandlung“ gegen eine Verpflichtung, „eine Handlung zu unterlassen“ festgesetzt werden. Die vorliegend von der Arbeitgeberin zu unterlassende Handlung besteht in einer Beschäftigung von Leiharbeitnehmern zu Schichtzeiten nach Ziff. IV Nr. 2.1 Buchst. a BV ArbZ iVm. deren Anlage 3, ohne dass die Beteiligten zuvor über die Schichtzuteilung ein - ggf. ersetztes - Einverständnis erzielt haben. Da die Arbeitgeberin die Zuweisung der Leiharbeitnehmer zu den Schichten nur zu Beginn

ihres Einsatzes und damit nicht jeden Tag neu vornimmt, liegt in deren Beschäftigung keine arbeitstägliche ordnungsgeldbewehrte Zuwiderhandlung. Demgemäß kann auch eine Ordnungsgeldandrohung nicht tagesbezogen erfolgen.

2. Ein einschränkendes Verständnis des Antrags zu 2. scheidet aus. Der Betriebsrat hat trotz entsprechender Rüge der Arbeitgeberin in den Vorinstanzen an seiner Antragsfassung festgehalten. Der - insoweit teilbare - Antrag auf Androhung eines Ordnungsgelds bleibt deshalb teilweise erfolglos. 39

Schmidt

K. Schmidt

Ahrendt

H. Schwitzer

Rose