

Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht

Band 122

**Negatorischer Rechtsschutz
des Betriebsrats gegen
mitbestimmungswidrige
Maßnahmen des Arbeitgebers**

Ein Beitrag zur Systematik
des betriebsverfassungsrechtlichen Rechte- und
Pflichtenverhältnisses und zum Organstreit

Von

Dr. Thomas Raab



Duncker & Humblot · Berlin

THOMAS RAAB

**Negatorischer Rechtsschutz des Betriebsrats gegen
mitbestimmungswidrige Maßnahmen des Arbeitgebers**

Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht

Band 122

Negatorischer Rechtsschutz des Betriebsrats gegen mitbestimmungswidrige Maßnahmen des Arbeitgebers

**Ein Beitrag zur Systematik
des betriebsverfassungsrechtlichen Rechte- und
Pflichtenverhältnisses und zum Organstreit**

Von

Dr. Thomas Raab



Duncker & Humblot · Berlin

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Raab, Thomas:

Negatorischer Rechtsschutz des Betriebsrats gegen
mitbestimmungswidrige Massnahmen des Arbeitgebers : ein
Beitrag zur Systematik des betriebsverfassungsrechtlichen
Rechte- und Pflichtenverhältnisses und zum Organstreit / von
Thomas Raab. — Berlin : Duncker und Humblot, 1993
(Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht ; Bd. 122)
Zugl.: Mainz, Univ., Diss., 1992
ISBN 3-428-07710-5

NE: GT

Alle Rechte vorbehalten
© 1993 Duncker & Humblot GmbH, Berlin 41
Fotoprint: Werner Hildebrand, Berlin 65
Printed in Germany
ISSN 0582-0227
ISBN 3-428-07710-5

Meinen Eltern

Vorwort

Der Schutz der Beteiligungsrechte des Betriebsrats stellt sozusagen die Nagelprobe für das Funktionieren der betriebsverfassungsrechtlichen Ordnung dar. Hier soll erneut der Versuch gewagt werden, Abwehransprüche des Betriebsrats bei Verletzung seiner Beteiligungsrechte zu begründen, in das System der Rechte und Pflichten zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat einzubinden und einer systemimmanenten und in sich konsistenten Behandlung zuzuführen.

Die Arbeit hat dem Fachbereich Rechts- und Wirtschaftswissenschaften der Johannes Gutenberg-Universität Mainz im Sommersemester 1992 als Dissertation vorgelegen. Das Manuskript wurde im März 1992 abgeschlossen. Für die Drucklegung wurde der Text nochmals geringfügig überarbeitet und später veröffentlichte Rechtsprechung und Literatur - soweit möglich - noch berücksichtigt.

Zu danken habe ich in erster Linie meinem akademischen Lehrer, Herrn Professor Dr. Alfons Kraft, der mich zum wissenschaftlichen Arbeiten angeleitet und die Entstehung der Arbeit während meiner Tätigkeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter an seinem Lehrstuhl wesentlich gefördert, insbesondere mir den notwendigen Freiraum zur eigenen wissenschaftlichen Tätigkeit gewährt hat. Des weiteren gilt mein Dank Herrn Professor Dr. Horst Konzen, der die Erstellung des Zweitgutachtens übernommen hat und dessen Hinweise mich an einigen Stellen zu einer Präzisierung meiner Ausführungen angeregt haben, meinem Kollegen Dr. Christoph Weber für wertvolle technische Hilfe bei der Vorbereitung der Drucklegung sowie dem Verlag Duncker & Humblot für die Aufnahme der Arbeit in die Schriftenreihe.

Zu danken habe ich schließlich meiner lieben Frau Jutta, deren Verständnis für meine zeitliche und sonstige Inanspruchnahme die Erstellung der Arbeit wesentlich erleichtert hat. Ich widme die Arbeit meinen Eltern, ohne deren Unterstützung mir ein vertieftes Studium nicht möglich gewesen und diese Arbeit wahrscheinlich nicht entstanden wäre.

Mainz, im Dezember 1992

Thomas Raab

Inhaltsverzeichnis

Einleitung und Problemstellung	21
---------------------------------------	-----------

1. Teil

Das Rechtsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat

A. Das Betriebsverfassungsgesetz als Instrument zur Verwirklichung der Selbstbestimmung der Arbeitnehmer.	25
I. Das Schutz- und Funktionsdefizit des Arbeitsvertrages.	25
1. Die Voraussetzungen privatautonomer Gestaltung	25
2. Die Ungleichgewichtigkeit infolge wirtschaftlicher und "intellektueller" Unterlegenheit des Arbeitnehmers	28
3. Die Ungleichgewichtigkeit infolge struktureller Abhängigkeit des Arbeitnehmers.	31
II. Die Verwirklichung der Selbstbestimmung durch das Betriebsverfassungsgesetz auf der kollektiven Ebene	33
B. Die Rechtsstellung des Betriebsrats	37
C. Das Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat - ein interorganähnliches gesetzliches Schuldverhältnis	39
I. Das Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat - ein dem Schuldverhältnis ähnliches Rechts- und Pflichtengefüge.	39
II. Die Besonderheit des betriebsverfassungsrechtlichen Schuldverhältnisses	44
1. Der "Zweck" des betriebsverfassungsrechtlichen Schuldverhältnisses	45
2. Die Vergleichbarkeit mit sonstigen Interorganbeziehungen.	52
3. Ergebnis.	58

2. Teil

§ 23 Abs. 3 BetrVG im System der betriebsverfassungsrechtlichen Pflichten

- A. Die Entwicklung der Diskussion in Rechtsprechung und Literatur 59
 - I. Die Entwicklung in der Rechtsprechung. 60
 - 1. Die Auffassung des 1.Senats. 60
 - 2. Die Auffassung des 6.Senats. 63
 - 3. Die weitere Entwicklung in der Rechtsprechung 64
 - II. Der Meinungsstand in der Literatur 64
- B. Die Bedeutung des § 23 Abs. 3 BetrVG. 67
 - I. Die Pflichten des Arbeitgebers im Betriebsverfassungsrecht. 68
 - 1. Handlungspflichten 68
 - 2. Duldungspflichten. 69
 - 3. Unterlassungspflichten 70
 - II. § 23 Abs. 3 BetrVG als umfassende und abschließende Anspruchsgrundlage im Betriebsverfassungsrecht?, 71
 - 1. § 23 Abs. 3 BetrVG als Anspruchsgrundlage 72
 - 2. Das Problem der umfassenden und abschließenden Bedeutung des § 23 Abs. 3 BetrVG - die These Heinze 74
 - 3. Die Kennzeichen einer Anspruchsnorm 75
 - a) Der Aufbau der Anspruchsnorm nach Heinze. 75
 - b) § 80 Abs. 2 BetrVG als Anspruchsnorm außerhalb des § 23 Abs. 3 BetrVG - Kritik der These Heinze. 77
 - c) Die Problematik eines einheitlichen Anspruchsbegriffes 80
 - d) Ergebnis 83
 - 4. Die mögliche Bedeutung des § 23 Abs. 3 BetrVG als eine abschließende Regelung 83
 - III. Die Bedeutung des § 23 Abs. 3 BetrVG als eigenständige Anspruchsgrundlage neben anderen Ansprüchen im Betriebsverfassungsrecht 86
 - 1. Die Funktion des § 23 Abs. 3 BetrVG als zusätzliche Sanktion bei Verletzung betriebsverfassungsrechtlicher Pflichten 86
 - a) Wortlaut 86

Inhaltsverzeichnis	11
b) Entstehungsgeschichte und systematischer Zusammenhang	87
c) Der Zweck der Vorschrift - teleologische Auslegung	90
2. § 23 Abs. 3 BetrVG als Auffangtatbestand für Verhaltenspflichten ohne korrespondierende Primäransprüche	93
a) Das Behinderungsverbot des § 78 Satz 1 BetrVG	94
b) Die Verletzung der Friedenspflicht und das Verbot parteipolitischer Betätigung gem. § 74 Abs. 2 BetrVG.	97
3. § 23 Abs. 3 BetrVG als Grundlage eines in die Zukunft gerichteten Vollstreckungstitels	103
a) § 23 Abs. 3 BetrVG als ein auf ein zukünftiges Verhalten gerichteter Anspruch	103
b) Die Unterschiedlichkeit der Streitgegenstände (erläutert am Beispiel des Informationsanspruches aus § 90 Abs. 1 BetrVG)	107
4. Prozessuale Auswirkungen der Unterschiedlichkeit der Streitgegenstände	110
a) Anforderungen an die Bestimmtheit des Antrags	110
b) Erfordernis der Wiederholungsgefahr	120
aa) Die Funktion der Wiederholungsgefahr	121
(1) Die Wiederholungsgefahr als Prozeßvoraussetzung	121
(2) Die Wiederholungsgefahr als materielle Anspruchsvoraussetzung . . .	122
bb) Die mögliche Bedeutung der Wiederholungsgefahr im Rahmen des § 23 Abs. 3 BetrVG	123
IV. Ergebnis	130

3. Teil

Vorbeugender Rechtsschutz im Rahmen der Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten außerhalb des § 23 Abs. 3 BetrVG

Vorbemerkung.	132
A. Die Behandlung der Organklage im Aktienrecht	134
I. Die Entwicklung des aktienrechtlichen Organstreits in der Rechtsprechung.	134
1. Die Aktionärsklage	134
2. Klagen des Aufsichtsrats gegen Kompetenzübergriffe des Vorstands.	137
II. Die Auffassungen zum aktienrechtlichen Organstreit in der Literatur	140
1. Die Organklage als Klage der Gesellschaft	141

2. Die Organklage als Klage des Organs aus eigenem Recht	142
3. Die Organklage als Klage des Organs aus fremdem Recht (Prozeßstandschaft)	144
B. Die Unterschiede und Verbindungslinien zwischen der aktienrechtlichen Organklage und den Abwehrrechten des Betriebsrats bei mitbestimmungswidrigen Maßnahmen des Arbeitgebers	146
I. Der Streit im Betriebsverfassungsrecht - kein Innen-, sondern ein Außenrechtsstreit	146
II. Das gesetzliche Rechte- und Pflichtenverhältnis zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat als Regelung zur Herstellung eines Machtgleichgewichts und die Parallele zum Interorganverhältnis	148
III. Die Frage nach der Anspruchsgrundlage bei der Abwehr von Kompetenzübergreifen	152
1. Methodische Vorüberlegung.	153
2. Der Anspruch auf Unterlassung von Kompetenzeingriffen als Anspruch auf Unterlassung zweckgefährdenden Verhaltens	154
a) Das Bestehen eines Erfüllungsanspruches bei leistungssichernden Nebenpflichten	155
b) Besonderheiten des Anspruches auf Unterlassung kompetenzverletzender Maßnahmen.	157
c) Anspruch auf Beseitigung bereits eingetretener mitbestimmungswidriger Zustände	163
3. Voraussetzungen und Grenzen des Anspruchs auf Unterlassung kompetenzverletzender Maßnahmen	166
a) Störung der gesetzlichen Kompetenzordnung.	166
b) Kein Eingriff in einen fremden Kompetenzbereich durch den Unterlassungsanspruch	169
c) Das Bestehen eines konkreten Kompetenzkonfliktes	174
d) Das Fehlen einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung zur Lösung des Kompetenzkonfliktes - die Frage nach der Gesetzeslücke	177
IV. Ergebnis	182
C. Ansprüche des Betriebsrats auf Unterlassung mitbestimmungswidriger Maßnahmen im Bereich der Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten	184
I. Vergleichbarkeit der Sachverhalte	184
1. Störung der betriebsverfassungsrechtlichen Kompetenzordnung.	184

Inhaltsverzeichnis	13
2. Kein Eingriff in den Entscheidungsbereich des Arbeitgebers	184
II. Abschließende Regelung des Kompetenzkonfliktes im BetrVG - die Frage nach der Gesetzeslücke	185
1. § 23 Abs. 3 BetrVG als abschließende Regelung.	185
2. Die Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung - eine abschließende Sanktion der Kompetenzverletzung im Bereich der Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten?	186
a) Problemaufriß	186
b) Das Verhältnis der Unwirksamkeitsfolge zu den Rechtsfolgen mitbestimmungswidrigen Verhaltens im Bereich der personellen Angelegenheiten	191
c) Defizite der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung als Instrument zur Sicherung des Initiativrechts?	194
d) Die Beschränkung der privatautonomen Regelungsbefugnis als Funktion der individualrechtlichen Unwirksamkeit der mitbestimmungswidrigen Maßnahme	197
e) Die Notwendigkeit der Kongruenz von Rechtsverletzung und Sanktion bezüglich des betroffenen Rechtsverhältnisses.	199
f) Die fehlende Kongruenz von Schutzadressaten der Mitbestimmung und den von der Unwirksamkeit der Maßnahme Betroffenen	202
3. Umkehrschluß aus § 101 BetrVG ?	204
4. Das Verfahren vor der Einigungsstelle als vorrangiges und abschließendes Instrument zur Wahrung der Kompetenzordnung	207
a) Vorrangigkeit des Verfahrens	207
b) Das Verfahren vor der Einigungsstelle als abschließende Regelung	213
IV. Ergebnis	213
Zusammenfassung und Ausblick	215
Literaturverzeichnis	221

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O	am angegebenen Ort
abl.	ablehnend
Abs.	Absatz
AbzG	Gesetz betreffend die Abzahlungsgeschäfte
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
a.E.	am Ende
AFG	Arbeitsförderungsgesetz
AG	Aktiengesellschaft. Die Aktiengesellschaft (Zeitschrift)
AGBG	Gesetz zur Regelung des Rechts der allgemeinen Geschäftsbedingungen
AktG	Aktiengesetz
allg.	allgemein
Alt.	Alternative
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
AöR	Archiv für öffentliches Recht
AP	Arbeitsrechtliche Praxis
ArbG	Arbeitsgericht
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz vom 2.7.1979 (sofern nicht anders vermerkt)
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage

AÜG	Arbeitnehmerüberlassungsgesetz
AuR	Arbeit und Recht
ausf.	ausführlich
ausdr.	ausdrücklich
AVG	Angestelltenversicherungsgesetz
Az	Aktenzeichen
BAG	Bundesarbeitsgericht
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BB	Betriebsberater
Bd.	Band
BegrRegE	Begründung zum Regierungsentwurf
BegrEntw	Begründung zum Entwurf
Beil.	Beilage
BeschFG	Gesetz über die arbeitsrechtlichen Vorschriften zur Beschäftigungsförderung
Beschl.	Beschluß
Betr	Der Betrieb
BetrAVG	Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz vom 15.1.1972
BetrVG 1952	Betriebsverfassungsgesetz vom 11.10.1952
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
Bl.	Blatt
BR-Drucks.	Bundesrats-Drucksache
BT-Drucks.	Bundestagsdrucksache

BUrlG	Bundesurlaubsgesetz
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
ders.	derselbe
d.h.	das heißt
dies.	dieselbe(n)
Diss.	Dissertation
DJT	Deutscher Juristentag
Einl.	Einleitung
etc.	et cetera
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EzA	Entscheidungssammlung zum Arbeitsrecht
f., ff.	(fort)folgende
Fn., Fnn.	Fußnote(n)
FS	Festschrift
gem.	gemäß
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmbHR	GmbH-Rundschau
Grunds.	Allgemeine Grundsätze
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GS	Großer Senat

GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
HGB	Handelsgesetzbuch
h.M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
Hs.	Halbsatz
i.d.F.	in der Fassung
i.d.R.	in der Regel
i.E.	im Ergebnis
insbes.	insbesondere
i.S.	im Sinne
i.V.m.	in Verbindung mit
JArbR	Das Arbeitsrecht der Gegenwart. Jahrbuch für das gesamte Arbeitsrecht und die Arbeitsgerichtsbarkeit
JArbSchG	Jugendarbeitsschutzgesetz
jew.	jeweils
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
KO	Konkursordnung
krit.	kritisch
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
LAG	Landesarbeitsgericht
LAGE	Entscheidungen der Landesarbeitsgerichte
LG	Landgericht
Lit.	Literatur
lit.	Buchstabe
m.Anm.	mit Anmerkung

MitbestErG	Gesetz zur Ergänzung des Gesetzes über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Aufsichtsräten und Vorständen der Unternehmen des Bergbaus und der Eisen und Stahl erzeugenden Industrie
MitbestG	Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
n.F.	neue(r) Fassung
Nachw.	Nachweise
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	NJW Rechtsprechungs-Report Zivilrecht
Nr.	Nummer(n)
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht
OLG	Oberlandesgericht
PersVG	Personalvertretungsgesetz
RAG	Reichsarbeitsgericht
RdA	Recht der Arbeit
RegE	Regierungsentwurf
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rspr.	Rechtsprechung
RVO	Reichsversicherungsordnung
Rz	Randziffer
S.	Seite
s.a.	siehe auch
SAE	Sammlung Arbeitsrechtlicher Entscheidungen
Schwbg	Schwerbehindertengesetz
sog.	sogenannte(r)
str.	streitig

st.Rspr.	ständige Rechtsprechung
TVG	Tarifvertragsgesetz
u.a.	unter anderem(n)
umf.N.	umfassende Nachweise
Urt.	Urteil
u.U.	unter Umständen
VerbrKrG	Verbraucherkreditgesetz
VersR	Versicherungsrecht
vgl.	vergleiche
Vorbem.	Vorbemerkung
WM	Wertpapier-Mitteilungen
w.N.	weitere Nachweise
z.B.	zum Beispiel
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis
zit.	zitiert
ZPO	Zivilprozeßordnung
z.T.	zum Teil
zust.	zustimmend
zutr.	zutreffend
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeßrecht

Einleitung und Problemstellung

Das BetrVG räumt dem Betriebsrat umfangreiche Mitwirkungsrechte bei der Regelung der arbeitstechnischen Organisation sowie bei der Gestaltung der Rechtsverhältnisse im Betrieb ein. Insbesondere im Bereich der sog. sozialen Angelegenheiten gem. § 87 BetrVG hat der Betriebsrat weitgehende Kompetenzen in vielen Bereichen, die den Betriebsablauf, aber auch die materiellen Arbeitsbedingungen¹ wesentlich bestimmen. Diese Beteiligungsrechte sind dadurch abgesichert, daß der Betriebsrat nach h.M. grundsätzlich ein Initiativrecht dergestalt hat, daß er entsprechende Regelungen selbst herbeiführen kann², andererseits die Mitwirkung des Betriebsrats Voraussetzung für die individualrechtliche Wirksamkeit einer Maßnahme des Arbeitgebers ist³. Einigen sich die Betriebspartner nicht über eine Regelung, so können beide gem. § 76 Abs. 5 BetrVG die Einigungsstelle anrufen, deren Spruch gem. § 87 Abs. 2 BetrVG die Einigung ersetzt.

Trotz dieser Ausgestaltung kann es dazu kommen, daß das Beteiligungsrecht des Betriebsrats im Ergebnis leerläuft. Die Einflußmöglichkeiten des Betriebsrats sind nämlich dadurch entscheidend beschränkt, daß die Leitung des Betriebs grundsätzlich allein in den Händen des Arbeitgebers liegt, was in § 77 Abs. 1 Satz 2 BetrVG eindeutig dadurch zum Ausdruck kommt, daß dem Betriebsrat einseitige Eingriffe in diese Leitung untersagt sind. Der Arbeitgeber hat daher die Möglichkeit, bestimmte Maßnahmen auch ohne Einschaltung des Betriebsrats anzuordnen. Zwar kann der Betriebsrat in diesem Fall die Eini-

¹ Die frühere Unterscheidung in (mitbestimmungspflichtige) formelle und (mitbestimmungsfreie) materielle Arbeitsbedingungen ist nach der Neufassung des BetrVG 1972 heute im wesentlichen ohne Bedeutung vgl. *Fitting/Auffarth/Kaiser/Heither* § 87 Rz 20; *Wiese* GK-BetrVG § 87 Rz 26 ff.

² Zu Einzelheiten vgl. *Dietz/Richardi* § 87 Rz 46 ff.; *Fitting/Auffarth/Kaiser/Heither* § 87 Rz 26; *Galperin/Löwisch* § 87 Rz 26 ff.; *Wiese* GK-BetrVG § 87 Rz 100 ff.; *Zöllner/Loritz*, ArbR, § 47 III 4, S.507

³ Aus der Rspr. BAG, AP Nr.2 zu § 87 BetrVG 1972 Kurzarbeit; AP Nr. 6 zu § 87 BetrVG 1972 Altersversorgung Bl 3 unter 2b; ebenso die h.M. in der Literatur *Fitting/Auffarth/Kaiser/Heither* § 87 Rz 23; *Galperin/Löwisch* § 87 Rz 16 ff.; v.*Hoyningen-Huene*, BetrVR, § 12 I 5 b, S.226 f.; *Wiese* GK-BetrVG § 87 Rz 76 ff.; a.A. *Dietz/Richardi* § 87 Rz 80 ff.; *Hess/Schlochauer/Glaubitz* § 87 Rz 77 ff.; krit. auch *Zöllner/Loritz*, ArbR, § 47 V 3, S.514 ff.; ausf. Nachweise insbes. zur Rspr. des BAG bei *Wiese* a.a.O. Rz 76.

gungsstelle anrufen und deren Errichtung und Entscheidung gegen den Widerstand bzw. ohne die Mitwirkung des Arbeitgebers durchsetzen, da deren Vorsitzender gem. §§ 76 Abs. 2 Satz 2 BetrVG, 98 Abs. 1 Satz 1 ArbGG durch das Arbeitsgericht bestellt werden kann und die Einigungsstelle notfalls gem. § 76 Abs. 5 Satz 2 BetrVG nur mit den Stimmen der vom Betriebsrat benannten Beisitzer entscheidet (zur Zahl der Beisitzer vgl. § 76 Abs. 2 Satz 3 BetrVG)⁴.

Doch ändert dies nichts an der faktischen Durchführung der Maßnahme bis zu dem Zeitpunkt, in dem die Einigungsstelle entscheidet. Bezieht man das Verfahren zur gerichtlichen Bestellung des Vorsitzenden sowie zur Bestimmung der Zahl der Beisitzer gem. § 98 Abs. 1 ArbGG mit ein, so kann bis dahin ein erheblicher Zeitraum verstreichen. Hält sich der Arbeitgeber an den Beschluß der Einigungsstelle ebenfalls nicht für gebunden, so bleibt dem Betriebsrat nur der Weg zu den Arbeitsgerichten. Geht man mit der zutreffenden Auffassung des BAG⁵ davon aus, daß der Betriebsrat grundsätzlich einen Anspruch auf Einhaltung und Durchführung einer durch den Spruch der Einigungsstelle abgeschlossenen Betriebsvereinbarung hat, so kann der Betriebsrat beantragen, dem Arbeitgeber aufzugeben, entsprechend zu verfahren und betriebsvereinbarungswidrige Maßnahmen zu unterlassen. Aber auch soweit der Betriebsrat in diesem Verfahren obsiegt, ist eine zwangsweise Durchsetzung dieses Anspruches mit den Mitteln der Zwangsvollstreckung frühestens mit Rechtskraft der Entscheidung möglich, da gem. § 85 Abs. 1 ArbGG eine Vollstreckung nur aus rechtskräftigen Beschlüssen stattfindet. Rechnet man mit einem Rechtsweg über 3 Instanzen, so macht allein dies deutlich, daß bis zu einer endgültigen Durchsetzung u.U. Jahre vergehen können.

In dieser Zeit kann sich die Maßnahme längst erledigt haben, da ihr Zweck erfüllt ist. Besonders plastisch wird die Unzulänglichkeit des Rechtsschutzes bei der Anordnung von Überstunden. Dabei handelt es sich um eine vorübergehende Verlängerung der betriebsüblichen Arbeitszeit, über die der Betriebsrat - soweit es sich um eine kollektive Maßnahme handelt⁶ - mitzubestimmen hat. Da sich ein solcher Bedarf i.d.R. kurzfristig ergibt und die Maßnahme nach dem gesetzlichen Mitbestimmungstatbestand zeitlich begrenzt sein muß, sie also kaum über mehrere Jahre kontinuierlich aufrechterhalten werden dürfte, ist

⁴ Hierzu *Dietz/Richardi* § 76 Rz 35, 82; *Fitting/Auffarth/Kaiser/Heither* § 76 Rz 23 ff.; *Galperin/Löwisch* § 76 Rz 12 ff., 33; *Kreutz* GK-BetrVG § 76 Rz 27 f., 73 ff.

⁵ AP Nr.24 zu § 77 BetrVG 1972.

⁶ Zur Beschränkung der Mitbestimmung auf kollektive Maßnahmen ausf. *Galperin/Löwisch* § 87 Rz 6 ff.; *Wiese* GK-BetrVG § 87 Rz 13 ff.; s.a. *Fitting/Auffarth/Kaiser/Heither* § 87 Rz 18 f.; krit. *Dietz/Richardi* § 87 Rz 93, 97, die gerade in dieser Beschränkung eine wesentliche Schwäche der Theorie der notwendigen Mitbestimmung sehen.

die Überstundenanordnung meist zum Zeitpunkt der rechtskräftigen Entscheidung bereits aufgehoben, somit die Erledigung des Rechtsstreits eingetreten. Zwar kann der Betriebsrat, da i.d.R. wegen des Auftretens ähnlicher Fälle in der Zukunft ein Feststellungsinteresse bestehen wird⁷, die Rechtswidrigkeit der Maßnahme durch eine Änderung des Antrags gem. § 264 Nr.3 ZPO feststellen lassen. Dies ändert aber nichts daran, daß er sein Mitbestimmungsrecht bei der Gestaltung dieser Maßnahme endgültig nicht ausüben konnte⁸.

Ebensowenig hilft es in diesem Zusammenhang weiter, daß nach der herrschenden sog. Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung⁹ die entsprechende Arbeitgebermaßnahme unwirksam ist. Diese Unwirksamkeit wirkt sich allein im Individualarbeitsverhältnis insofern aus, als Rechte und Pflichten des ArbN durch die einseitige Maßnahme nicht begründet werden können. Demzufolge kann die Nichtigkeit nur von den Arbeitnehmern geltend gemacht werden. Diese werden aber hieran häufig kein Interesse haben¹⁰, insbesondere dann nicht, wenn sie in der Möglichkeit, durch Überstunden ein höheres Einkommen zu erzielen, einen Vorteil sehen, was mit fortschreitender Verkürzung der regelmäßigen Wochenarbeitszeit kein Ausnahmefall sein dürfte.

Bei dieser Ausgangssituation ist es nicht verwunderlich, daß dies fast zwangsläufig zu Überlegungen geführt hat, auf welchem Wege dem Arbeitgeber von vornherein wirksam untersagt werden kann, solche einseitigen Maßnahmen durchzuführen, insbesondere ob es einen allgemeinen Anspruch des Betriebsrats gegen den Arbeitgeber auf Unterlassung von Maßnahmen gibt, die seine Beteiligungsrechte unterlaufen, der dann u.U. Grundlage eines einstweiligen Rechtsschutzes sein und so eine schnelle Sicherung der Beteiligungsrechte gewährleisten könnte¹¹. Erstaunlicher erscheint vielmehr, daß erst im Jahre 1983 eine Entscheidung des 1.Senats des BAG¹² die Problematik zum Gegenstand hatte und damit die Diskussion um einen solchen Unterlassungsanspruch in Gang brachte, die dafür dann allerdings um so heftiger ausfiel.

Zentrale Bedeutung für die Diskussion um einen negatorischen Rechtsschutz des Betriebsrats gegen solche mitbestimmungswidrigen Maßnahmen des Ar-

⁷ BAG, AP Nr.3 zu § 81 ArbGG 1979; AP Nr.21 zu § 99 BetrVG 1972; *Germelmann/Matthes/Prütting*, ArbGG, § 81 Rz 25 f.; *Grunsky*, ArbGG, § 80 Rz 20 b.

⁸ Zur vergleichbaren Problematik bei der Mitbestimmung bei personellen Einzelmaßnahmen BAG, AP Nr.7 zu § 23 BetrVG 1972.

⁹ Vgl. die Nachw. oben Fn 3.

¹⁰ Dies sieht auch der 1.Senat des BAG, AP Nr.2 zu § 23 BetrVG 1972 zu B II 5 b.

¹¹ Zu den Problemen, die der einstweilige Rechtsschutz in diesem Zusammenhang aufwirft, *Olderog*, NZA 1985, 753 ff.

¹² BAG, Beschl. vom 22.2.1983, AP Nr.2 zu § 23 BetrVG 1972.