

9 TaBV 47/04
15 BV 102/04
(Nürnberg)



LANDEsarBEITSGERICHT NÜRNBERG

IM NAMEN DES VOLKES

BESCHLUSS

in dem Beschlussverfahren

Firma A...

- Antragstellerin und Beschwerdegegnerin -

Verfahrensbevollmächtigte: ---

g e g e n

Betriebsrat der Firma A...

- Antragsgegner und Beschwerdeführer -

Verfahrensbevollmächtigte: ---

wegen Zustimmungsersetzung, Unterlassung

Die 9. Kammer des Landesarbeitsgerichts Nürnberg hat durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht Nürnberg **R o t h** als Vorsitzenden sowie die ehrenamtlichen Richter Steil und Käfferlein aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 21. September 2005

für Recht erkannt:

- I. Die Beschwerde des Antragsgegners gegen den Beschluss des Arbeitsgerichts Nürnberg vom 04.11.2004, Az.: 15 BV 102/04, wird zurückgewiesen.
- II. Die Rechtsbeschwerde wird nicht zugelassen.

Gründe:

I.

Die Beteiligten streiten über den Unterlassungsanspruch des Betriebsrats in Bezug auf arbeitsvertraglich vereinbarte Arbeitsstunden.

Die Antragstellerin betreibt in B..., C... und D... drei betriebsratsfähige betriebliche Einheiten, wobei in B... ein Betriebsrat nicht gewählt worden ist. Der Antragsgegner ist der für den Standort C... gewählte Betriebsrat.

Im Frühjahr 2004 beschloss die Antragstellerin, den Standort B... mit den Bereichen Vertrieb und Innendienst mit dem Betrieb C... zusammenzulegen und den Standort B... als eigenständige betriebliche Einheit weitgehend aufzulösen. Sie schloss mit dem Gesamtbetriebsrat und dem Antragsgegner einen Interessenausgleich und Sozialplan (Kopie Bl. 34 – 36 d.A.). Die in dort bezeichneten Bereichen des Standort B... beschäftigte Arbeitnehmer sollten in den Betrieb in C... übernommen werden.

Die Antragstellerin „nahm zum 01.07.2004 einen Tarifwechsel von den Tarifverträgen der Bayerischen Metall- und Elektroindustrie zu den Tarifverträgen der Chemischen Industrie vor“. Weitere Einzelheiten hierzu sind von den Beteiligten nicht vorgetragen.

Die Antragstellerin hatte im Betrieb in B... mit mehreren Arbeitnehmern, unter anderem auch mit dem Arbeitnehmer E..., individuelle Arbeitszeitregelungen getroffen. Sie legte diesen Arbeitnehmern eine vorgefertigte „Vereinbarung über die Arbeitszeit“ vor (Kopie, Bl. 46 d.A.), in der es u.a. heißt:

„Von dem mir eingeräumten Wahlrecht zur Arbeitszeit mache ich wie folgt Gebrauch (*Zutreffendes bitte ankreuzen*):

- ☐ Auch nach dem 01.07.2004 möchte ich meine wöchentliche Arbeitszeit wie bisher beibehalten. Im Gegenzug wird meine Vergütung entsprechend gekürzt.
- ☐ Ich möchte auch nach dem 01.07.2004 mein bisheriges Bruttomonatsentgelt (ohne Zuschläge) sichern. Daher wähle ich eine anteilige Erhöhung meiner regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit ab dem 01.07.2004.

Gleichzeitig erkenne ich mit meiner Unterschrift unter diesem Schreiben an, dass bei einer späteren Erhöhung oder Verringerung der mit dieser Vereinbarung vereinbarten Arbeitszeit die Vergütung entsprechend angepasst wird.“

Der Arbeitnehmer E... unterzeichnete diese Vereinbarung unter dem 08.05.2004, nachdem er die zweite Alternative – anteilige Erhöhung der Arbeitszeit – angekreuzt hatte.

Der Manteltarifvertrag für die chemische Industrie vom 24.06.1992 (TR 11 – 100 ab 101) enthält, soweit vorliegend von Interesse, bezüglich der Arbeitszeit folgende Bestimmungen:

„§ 2 I. Dauer und Verteilung der Arbeitszeit

1. Die regelmäßige tarifliche Arbeitszeit an Werktagen beträgt ausschließlich der Pausen 37,5 Stunden. ...
2. Die regelmäßige tarifliche oder abweichend festgelegte wöchentliche Arbeitszeit kann auch im Durchschnitt eines Verteilzeitraums von bis zu 12 Monaten erreicht werden³. ...“

„³Im Einvernehmen mit dem Betriebsrat ist bei projektbezogenen Tätigkeiten mit Zustimmung der Tarifvertragsparteien eine Verlängerung des Verteilzeitraumes bis zu 36 Monate zulässig. ...“

Im Änderungstarifvertrag vom 26.01.1994 (TR 11 – 100 ab 109) ist folgendes festgehalten:

„§ 2 I Ziffer 3 wird wie folgt neu gefasst:

Für einzelne Arbeitnehmergruppen oder mit Zustimmung der Tarifvertragsparteien für größere Betriebsteile oder ganze Betriebe kann im Einvernehmen zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat abweichend von der regelmäßigen tariflichen wöchentlichen Arbeitszeit eine bis zu zweieinhalb Stunden längere oder kürzere regelmäßige Arbeitszeit festgelegt werden. Die Arbeitnehmer haben Anspruch auf eine der vereinbarten Arbeitszeit entsprechende Bezahlung. ...“

Diese Regelung löste die bereits im Manteltarifvertrag vom 24.06.1992 enthaltene Bestimmung, die lediglich Abweichungen von bis zu zwei Stunden gestattete, ab.

Die Antragstellerin beantragte beim Antragsgegner mit Schreiben vom 25.06.2004 (Kopie Bl. 14 d.A.) die Zustimmung zur Einstellung des Arbeitnehmers E... mit Wirkung zum 01.08.2004 und dem Zusatz „evtl. früher“. Bei der Arbeitszeit ist aufgeführt: „42,50 Std./Woche (Mo.-Fr. 8.00 – 17.00 Uhr; Pause: 12.00 – 12.30 Uhr)“. Weiter ist vermerkt, dass der Arbeitnehmer mit der Verlagerung des Arbeitsplatzes nach C... einverstanden sei. Der Antragsgegner verweigerte die Zustimmung mit am 01.07.2004 auf dieses Schreiben gesetzter Unterschrift unter Verweis auf seine Mail 142/04. Diese unter dem 01.07.2004 an die Geschäftsleitung übersandte eMail beinhaltet bezüglich des Arbeitnehmers E... folgende Begründung „IRWAZ>40h/Woche für tarifliche Mitarbeiter nach MTV Chemie § 2 I 3 nicht zulässig und Unterlagen nicht ausreichend“.

Die Antragstellerin teilte dem Antragsgegner daraufhin mit Schreiben vom 20.07.2004 (Kopie Bl. 16 – 18 d.A.) die beabsichtigte vorläufige Einstellung mehrerer betroffener Arbeitnehmer, unter anderem des Arbeitnehmers E..., mit und wiederholte mit Schreiben vom 21.07.2004 (Kopie Bl. 20 d.A.) ihren Antrag auf Zustimmung zur Einstellung. Der Betriebsrat verweigerte mit eMail vom 22.07.2004 (Kopie Bl. 21 d.A.) seine Zustimmung mit der Begründung, er habe auch die Einhaltung tariflicher Bestimmungen zu überprüfen, die 42,5-Stunden-Woche sei nicht tarifkonform. Soweit Einstellungsmeldungen mit wöchentlichen Arbeitszeiten von 40 Stunden vorgelegt würden, könne dem zugestimmt werden. Mit eMail vom selben Tag (Kopie Bl. 22 d.A.) widersprach der Betriebsrat der vorläufigen Durchführung der Maßnahme.

Mit Antrag vom 25.07.2004, beim Arbeitsgericht Nürnberg per Telefax eingegangen am 26.07.2004, hat die Antragstellerin beantragt:

1. Die vom Antragsgegner verweigte Zustimmung zur Einstellung des Arbeitnehmers E... wird ersetzt.
2. Es wird festgestellt, dass die vorläufige Einstellung des Mitarbeiters E... aus sachlichen Gründen dringend erforderlich war.

Der Antragsgegner hat beantragt,

den Antrag abzuweisen.

Hilfsweise für den Fall des Unterliegens im Abweisungsantrag hat der Antragsgegner beantragt:

Der Antragstellerin wird untersagt, den Arbeitnehmer E... im Betrieb C... der Antragstellerin regelmäßig länger als 37,5 Wochenstunden arbeiten zu lassen, solange zwischen den Beteiligten kein Einvernehmen darüber hergestellt wurde, dass der Arbeitnehmer E... zu einer betrieblichen Arbeitnehmergruppe gehört, für die eine über 37,5 Wochenstunden hinausgehende regelmäßige Arbeitszeit gilt.

Die Antragstellerin hat beantragt,

den Widerantrag zurückzuweisen.

Der Antragsgegner hat die Auffassung vertreten, die Einstellung sei zu Recht verweigert worden, weil die Antragstellerin den Arbeitnehmer E... tarifwidrig mit 42,5 Wochenstunden beschäftigen wolle. Nach seiner Kenntnis handele es sich bei dem Arbeitnehmer E... um ein Mitglied der Tarifvertragspartei IG BCE. Soweit die

Zustimmung zur Einstellung ersetzt werde, müsse wenigstens untersagt werden, den Arbeitnehmer E... tarifwidrig mit mehr als 37,5 Stunden zu beschäftigen. Die Regelung des Tarifvertrages, die eine 37,5 Stunden übersteigende Arbeitszeit ermögliche, stelle eine betriebsverfassungsrechtliche Norm dar. Es handele sich um eine Öffnungsklausel, die gleichzeitig festlege, dass von ihr nur mit Zustimmung des Betriebsrats Gebrauch gemacht werden dürfe. Unter „Einvernehmen“ in diesem Sinne sei zu verstehen, dass wie in § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG die Zustimmung des Betriebsrats für die jede Erhöhung der Arbeitszeit über 37,5 Stunden hinaus erforderlich sei. Da ein Einvernehmen nicht erzielt worden sei, stehe dem Betriebsrat ein entsprechender Unterlassungsanspruch zu.

Die Antragstellerin hat bezüglich des Widerantrages die Auffassung vertreten, es liege kein Verstoß gegen die Regelung des § 2 I.3. des Tarifvertrages vor. Diese Vorschrift enthalte eine Sonderregelung zur kollektivrechtlichen Verlängerung der regelmäßigen Wochenarbeitszeit für einzelne Arbeitnehmergruppen ohne deren Zustimmung. Sie schließe nicht die Möglichkeit aus, mit einzelnen Arbeitnehmern ohne Tarifgebundenheit abweichende Regelungen zu treffen. Die Vorschrift sei auch deswegen nicht verletzt, weil sie nur Gruppen von Arbeitnehmern, nicht einzelne Arbeitnehmer betreffe. Schließlich bedeute der Begriff „Einvernehmen“ im Sinne des Tarifvertrages nicht, dass der Betriebsrat zustimmen müsse. Selbst wenn man ein Mitbestimmungsrecht unterstelle, habe der Betriebsrat keinen Anspruch auf Unterlassung. Im Übrigen liefe ansonsten die gesetzliche Regelung der §§ 99 ff. BetrVG leer; es würde § 101 BetrVG verdrängt.

Das Arbeitsgericht hat dem Antrag der Antragstellerin mit Beschluss vom 04.11.2004 stattgegeben und den Hilfswiderantrag des Antragsgegners abgewiesen. Der Beschluss des Arbeitsgerichts wurde den Vertretern des Antragsgegners ausweislich ihres Empfangsbekenntnisses am 24.11.2004 zugestellt. Sie haben mit dem noch am selben Tag beim Landesarbeitsgericht Nürnberg eingegangenen Schriftsatz vom 20.12.2004 hiergegen Beschwerde eingelegt und diese - nach Verlängerung der Begründungsfrist bis 24.03.2005 - mit Schriftsatz vom 22.03.2005, eingegangen beim Landesarbeitsgericht Nürnberg noch am selben Tag, begründet.

Mit seiner Beschwerde wendet sich der Antragsgegner gegen die Abweisung des Widerantrages. Er meint, nach der Formulierung handele es sich bei der Bestimmung in § 2 I Ziff. 3 MTV unzweifelhaft um eine betriebsverfassungsrechtliche Norm, die unabhängig davon gelte, ob der betreffende Arbeitnehmer Gewerkschaftsmitglied sei. Es sei zulässig, dass die Tarifparteien die Erweiterung der Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats festlegten. Es könne nicht darauf abgestellt werden, dass es sich um Einzelfallregelungen handele, da mehrere Arbeitnehmer eine Arbeitnehmergruppe im Tarifsinne darstellten würden. Das Arbeitsgericht habe den Begriff „Einvernehmen“ verkannt; dieser bedeute nichts anderes, als dass der Betriebsrat einverstanden sein müsse. Der Unterlassungsanspruch ergebe sich aus § 2 BetrVG; der Arbeitgeber habe mit der Regelung die Mitbestimmungsrechte ausgehebelt. Hilfsweise müsse die Antragstellerin zumindest die Beschäftigung über 40 Stunden hinaus, die nach dem Tarifvertrag ohne Einschränkungen untersagt sei, unterlassen.

Der Antragsgegner und Beschwerdeführer beantragt:

1. Der Beschluss des Arbeitsgerichts Nürnberg vom 04.11.2004 wird abgeändert.
2. Der Antragstellerin wird untersagt, den Arbeitnehmer E... im Betrieb der Antragstellerin in C... regelmäßig länger als 37,5 Wochenstunden arbeiten zu lassen, solange zwischen den Beteiligten kein Einvernehmen darüber hergestellt wurde, dass der Arbeitnehmer E... zu einer betrieblichen Arbeitnehmergruppe gehört, für die eine über 37,5 Wochenstunden hinausgehende regelmäßige Arbeitszeit gilt bzw. das Einvernehmen der Beteiligten durch einen Spruch der Einigungsstelle ersetzt wurde.
3. Hilfsweise:
Der Antragstellerin wird untersagt, den Arbeitnehmer E... im Betrieb C... regelmäßig länger als 40 Wochenstunden arbeiten zu lassen.

Die Antragstellerin und Beschwerdegegnerin beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Sie hält den arbeitsgerichtlichen Beschluss für zutreffend. Die einzelvertragliche Arbeitszeitregelung mit dem nicht tarifgebundenen Mitarbeiter sei nicht tarifwidrig. Ein erzwingbares Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bestehe nicht und damit auch kein Unterlassungsanspruch des Antragsgegners. In § 2 I Ziff. 3 MTV werde nur eine zusätzliche Option zur Veränderung der Arbeitszeit für einzelne Arbeitnehmergruppen eröffnet, die mit einzelvertraglichen Lösungen nichts zu tun habe. Eine Vereinbarung mit dem Betriebsrat im Rahmen der tarifvertraglichen Regelung sei zudem versucht worden, aber nicht zustande gekommen.

Im Anhörungstermin hat die Antragstellerin eine schriftliche Bestätigung des Arbeitnehmers E... vorgelegt, wonach er nicht Mitglied einer Gewerkschaft sei. Hinsichtlich weiterer Einzelheiten wird auf die Gründe des Beschlusses des Erstgerichts vom 04.11.2004 (Bl. 78 - 90. d.A.), die Niederschrift über die mündliche Verhandlung vor dem Landesarbeitsgericht vom 21.09.2005 (Bl. 161 – 164 d.A.) und die zwischen den Beteiligten gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

II.

1. Die Beschwerde ist zulässig.
Sie ist statthaft, § 87 Abs. 1 ArbGG, und auch in der gesetzlichen Form und Frist eingelegt und begründet worden, §§ 87 Abs. 2, 89, 66 ArbGG.

2. Die Beschwerde ist sachlich nicht begründet.
Das Arbeitsgericht hat den Widerantrag des Betriebsrats zu Recht abgewiesen. Die Beschwerdekammer folgt der Begründung des Erstgerichts, weshalb auf eine rein wiederholende Darstellung verzichtet werden kann. Im Hinblick auf das Vorbringen im Beschwerdeverfahren sind nur folgende weitere Ausführungen veranlasst:
 - a. Es fehlt an der Antragsbefugnis des Betriebsrats, soweit der Unterlassungsanspruch damit begründet wird, die einzelvertragliche Arbeitszeitregelung des Mitarbeiters E... verstoße gegen tarifvertragliche Arbeitszeitregelungen.
Die Antragsbefugnis ist als Voraussetzung für eine Sachentscheidung des Gerichts im arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahren von Amts wegen zu prüfen. Die Antragsbefugnis des Betriebsrats ist nur dann gegeben, wenn dieser materiell in seiner betriebsverfassungsrechtlichen Stellung beeinträchtigt ist. Erforderlich ist, dass er entweder ein eigenes Recht geltend machen kann oder dass er kraft Gesetzes zur Durchsetzung fremder Rechte befugt ist (Matthes in Germelmann/Matthes/Prütting/Müller-Glöge, ArbGG, 5. Aufl. 2004, § 81 Rn. 53 und Rn. 56 ff.; Weth in Schwab/Weth, ArbGG, § 81 Rn. 49 ff.).
Dies scheidet hier aus, da der Arbeitnehmer E... nach der vorgelegten schriftlichen Erklärung nicht tarifgebunden ist, den Antragsgegner nicht mit der Wahrnehmung seiner Interessen betraut hat und eine eigene Rechtsposition des Antragsgegners in dem Verhältnis Tarifrecht und Individualvertrag nicht betroffen ist.
Zwar ist dem Betriebsrat nach § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG die Aufgabe eingeräumt, auch die Einhaltung der Tarifverträge zu überwachen. Diese Aufgabenzuweisung beinhaltet jedoch kein eigenes Antragsrecht dahingehend, dass der Arbeitgeber die Tarifverträge auch einhalte. Die Aufgabenzuweisung hat nach ständiger Rechtsprechung nicht auch die Einräumung entsprechender Mitbestimmungsrechte zum Inhalt. Dies entspricht ständiger Rechtsprechung und allgemeiner Auffassung in der Literatur (BAG vom 25.05.1982, 1 ABR 19/80, EzA § 87 BetrVG 1972 Leistungslohn Nr. 7; BAG vom 16.07.1983, 1 ABR 9/83, EzA § 87 BetrVG 1972 Betriebliche Lohngestaltung Nr. 9; BAG vom 10.06.1986, 1 ABR 59/84, EzA § 80 BetrVG 1972 Nr. 26; BAG vom 24.02.1987, 1 ABR 73/84, EzA § 80 BetrVG 1972 Nr. 29; BAG vom 24.01.1996, 1 ABR 35/95, zitiert nach juris; BAG vom 28.05.2002, 1 ABR 40/01, EzA § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit Nr. 65 unter III. der Gründe; BAG vom 09.12.2003, 1 ABR 44/02, zitiert nach juris, unter I.3.b. der Gründe; Kraft in GK-BetrVG, 7. Aufl. 2002, § 80 Rn. 28 f.; Fitting/Engels/Schmidt/Trebinger/Linsenmaier, BetrVG, § 80 Rn. 14; Buschmann in Däubler/Kittner, BetrVG, 9. Aufl. 2004, § 80 Rn. 17).
 - b. Ein eigenes Recht des Betriebsrats auf Unterlassung der Beschäftigung des Arbeitnehmers E... mit einer bestimmten Stundenzahl lässt sich aus den zitierten Bestimmungen des Tarifvertrages der Chemischen Industrie nicht ableiten.
 - (a) Dies gilt zum einen weil die Tarifbestimmung des § 2 Abs. I Ziff. 3 MTV dem Betriebsrat in Bezug auf die kollektivrechtliche Regelung des Arbeitsvolumens kein erzwingbares Mitbestimmungsrecht einräumt und nur zum Abschluss von freiwilligen Betriebsvereinbarungen ermächtigt, vgl. § 77 Abs. 3 Satz 2 BetrVG. Eine solche Regelung war zwischen den Betriebspartnern

zwar beabsichtigt, eine Einigung konnte jedoch nicht erzielt werden. Die Erzwangung einer Regelung gegen den Willen des Betriebspartners sieht der Tarifvertrag nicht vor und wurde dementsprechend von den Beteiligten nicht versucht.

- (b) Ein Unterlassungsanspruch des Betriebsrats besteht nicht deshalb, da die mit dem Arbeitnehmer E... getroffene Arbeitszeitregelung gegen bestehende Betriebsvereinbarungen verstößt und die Antragstellerin diesbezüglich Mitbestimmungsrechte des Antragsgegners verletzt. Hierauf hat sich der Antragsgegner weder in dem erstinstanzlichen Verfahren noch in der Beschwerdeinstanz berufen.

- (c) Dem Antragsgegner wird durch § 2 Abs. 1 Ziff. 3 MTV in Bezug auf die vom Tarifvertrag abweichende einzelvertragliche Arbeitszeitregelung mit dem Arbeitnehmer E... kein Mitbestimmungsrecht eingeräumt.

Dies schon deshalb, da der Arbeitnehmer E... nicht Mitglied der Gewerkschaft ist, die den Tarifvertrag abgeschlossen hat. Nach Vorlage der schriftlichen Erklärung des Mitarbeiters E... in dem Anhörungstermin vom 21.09.2005 wird vom Antragsgegner auf Nachfrage des Gerichts die gegenteilige Behauptung nicht aufrechterhalten.

Für das Arbeitsverhältnis des Arbeitnehmers E... gelten die Bestimmungen des Tarifvertrages über die regelmäßige Arbeitszeit - § 2 I. Ziff. 1 und 2 MTV – nicht. Bei diesen handelt es sich nämlich um Inhaltsnormen im Sinne des § 3 Abs. 1 TVG, die ein Arbeitsverhältnis nur erfassen, wenn beiderseitige Tarifgebundenheit vorliegt (Löwisch/ Rieble, TVG, 2. Aufl. 2004, § 1 Rn. 113; Wiedemann, TVG, 6. Aufl. 1999, § 1 Rn. 581; Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht, § 1 TVG, Rn. 45 ff.).

Um eine Betriebsnorm i.S.d. § 3 Abs. 2 TVG würde es sich nur dann handeln, wenn die Tarifbestimmung hinsichtlich der Menge der Arbeitszeit einen Bezug zur Gesamtbelegschaft herstellen würde, weil dann eine betriebseinheitliche Regelung unter Einbeziehung aller Mitarbeiter – auch der nicht tarifgebundenen - erforderlich wäre (BAG vom 17.06.1997, 1 ABR 3/97, EzA § 99 BetrVG 1972 Einstellung Nr. 4).

Einen solchen Bezug stellt der Tarifvertrag in den Bestimmungen des § 2 I Ziff. 1 und 3 aber nicht her. Die Tarifparteien haben durch diese Bestimmung keine Regelung über die Gesamtarbeitszeit des Betriebs getroffen und keine Quote für abweichende Arbeitszeiten festgelegt oder ähnliche Vorgaben gemacht. Damit erfasst diese Bestimmung das Einzelarbeitsverhältnis des Arbeitnehmers E... nicht in dem Sinne, dass sie individuelle abweichende Arbeitszeitvereinbarungen verbieten würde, auch wenn der Arbeitnehmer nicht Mitglied der tarifschließenden Gewerkschaft ist.

Handelt es sich aber um eine Inhalts- und nicht um eine Betriebsnorm im Sinne des § 3 Abs. 2 TVG, dann sind abweichende Vereinbarungen zwischen Arbeitgeber und einem nicht tarifgebundenen Arbeitnehmer zulässig und zwar ohne Rücksicht darauf, ob es sich um günstigere oder ungünstigere Regelungen handelt. Eine solche abweichende Vereinbarung haben die Antragstellerin und der Arbeitnehmer E... getroffen.

- c. Der geltend gemachte Unterlassungsanspruch steht dem Antragsgegner auch deshalb nicht zu, da die einzelvertragliche Arbeitszeitregelung mit dem Mitarbeiter E... getroffen worden ist, als dieser noch zur Belegschaft des Betriebes B...

gehört hat. Die Antragstellerin hat mit dem Mitarbeiter E... die Arbeitszeitregelung am 08.05.2004 getroffen, noch vor dem Wechsel des Tarifvertrages und der Einstellung in den vom Antragsgegner repräsentierten Betrieb. Ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bestand bei Abschluss der Vereinbarung – im ehemaligen Betrieb B... - nicht. Wäre der Antrag des Betriebsrates nunmehr begründet, würde dies darauf hinauslaufen, dass dem Arbeitgeber die Durchführung zulässig vereinbarter arbeitsvertraglicher Regelungen im Nachhinein verboten würde. Ein so weit reichender Unterlassungsanspruch wird jedoch auch unter Berücksichtigung der „Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung“ bei Bestehen eines Mitbestimmungsrechtes des Betriebsrates - nicht einmal im Bereich des § 87 Abs. 1 BetrVG - anerkannt. Auch dort muss der Betriebsrat vorgefundene Konstellationen zunächst hinnehmen; er muss, soweit er ein Mitbestimmungsrecht besitzt, in Ausübung dieses Mitbestimmungsrechtes versuchen, eine Änderung herbeizuführen. Er kann nicht verlangen, dass eine zunächst zulässige Handhabung nunmehr untersagt wird. Die Mitbestimmung setzt immer dann ein, wenn der Arbeitgeber eine Änderung im mitbestimmungspflichtigen Bereich vornimmt; sie entfällt, wenn er eine bestimmte Praxis nicht ändert und weiterhin ausübt. Im Übrigen ist der Hauptantrag – Unterlassung der Beschäftigung über 37,5 Stunden - schon deswegen nicht recht verständlich, weil der Betriebsrat selbst in seinen Stellungnahmen nach § 99 BetrVG eine Beschäftigung mit 40 Wochenstunden als zustimmungsfähig bezeichnet hat.

3. Einer Kostenentscheidung bedarf es im Hinblick auf § 12 Abs. 5 ArbGG nicht.
4. Für die Zulassung der Rechtsbeschwerde besteht kein gesetzlich begründeter Anlass.

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Beschluss ist nach dem Gesetz ein Rechtsmittel nicht gegeben. Auf §§ 92a, 72a Abs. 2 bis 7 ArbGG wird hingewiesen.

Roth, Vorsitzender Richter am Landesarbeitsgericht
Steil, Ehrenamtlicher Richter
Käfferlein, Ehrenamtlicher Richter

Verkündet am 19. Oktober 2005