
Bernd Wiebauer

**Kollektiv- oder individualrechtliche Sicherung der
Mitbestimmung**



ZAAR Verlag München 2010

Inhaltsverzeichnis

Seite

Vorwort	5
Abkürzungsverzeichnis	19

§ 1 Die Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung 21

A. Versäumnisse des Gesetzgebers	21
B. Die Konstruktion der herrschenden Meinung	22
I. Kernaussage der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung	22
1. Rechtswidrigkeit und Unwirksamkeit	22
a) Wirksamkeitsvoraussetzung	22
b) Formulierung der Theorie durch das BAG	23
2. Rechtsgeschäfte	24
a) Begrenzung einseitiger Gestaltungsmacht	24
[1] Weisungsrecht	24
[2] Einseitige Rechtsgeschäfte	24
b) Begrenzung vertraglicher Gestaltungsmöglichkeiten	25
[1] Umgehungsschutz – Kollektiver Tatbestand	25
[2] Unwirksamkeit vertraglicher Abreden	26
3. Unheilbarkeit von Verstößen	26
II. Dogmatische Einordnung	27
1. Gemeinsame Gestaltungsmacht	27
2. Das Betriebsverhältnis	28
a) Gesetzliches Schuldverhältnis	28
b) Zuordnung der Mitbestimmungsrechte	28
3. Relativität der Schuldverhältnisse im Betrieb	29
a) Grundsatz	29
b) Durchbrechung durch Betriebsvereinbarung	30
4. Betriebsverfassung und Vertragsfreiheit	31
a) Schranken der Betriebsratstätigkeit	31
b) Vertragsrechtsakzessorietät der Betriebsverfassung	31
c) Mitbestimmung und Günstigkeitsprinzip	33
[1] Grundsatz	33
[2] Grenzen	35

5.	Unwirksamkeit nach der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung	36
	a) Negative normative Wirkung	36
	b) Fazit	38
III.	Anwendungsbereich der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung	38
1.	Abgrenzung: Gegenstand der Mitbestimmung	38
2.	Echte Mitbestimmungsrechte	40
	a) Soziale Angelegenheiten, § 87 Abs. 1 BetrVG	40
	b) Personalfragebogen und persönliche Angaben, § 94 Abs. 1, 2 BetrVG	40
	c) Beurteilungsgrundsätze, § 94 Abs. 2 BetrVG	41
	d) Auswahlrichtlinien, § 95 Abs. 1 BetrVG	41
	e) Einführung betrieblicher Bildungsmaßnahmen, § 97 Abs. 2 BetrVG	41
	f) Durchführung betrieblicher Bildungsmaßnahmen, § 98 Abs. 1 BetrVG	42
	g) Auswahl der Teilnehmer für Bildungsmaßnahmen, § 98 Abs. 3 BetrVG	43
	h) Sozialplan, § 112 Abs. 4 BetrVG	43
3.	Widerspruchs- und Zustimmungsverweigerungsrechte	44
	a) Personelle Einzelmaßnahmen, § 99 BetrVG	44
	[1] Gegenstand des Mitbestimmungsrechts	44
	[2] Ein- und Umgruppierungen	45
	[3] Einstellungen	45
	[a] Wirksamkeit des Arbeitsvertrags	45
	[b] Leistungsverweigerungsrecht	45
	[4] Versetzungen	46
	[a] Unwirksamkeit der individualrechtlichen Gestaltung	45
	[b] Leistungsverweigerungsrecht	45
	b) Schutz von Funktionsträgern, § 103 BetrVG	47
	[1] Mitbestimmung bei Kündigungen	47
	[2] Mitbestimmung bei Versetzungen	48
	c) Widerspruch des Betriebsrats gegen Kündigung, § 102 Abs. 3 BetrVG	49
	d) Bestellung eines Ausbilders für betriebliche Bildungsmaßnahmen, § 98 Abs. 2 BetrVG	49
4.	Mitwirkungsrechte	50
	a) Gesetzlich geregelte Rechtsfolgen	50
	[1] Betriebsratsanhörung vor Kündigungen, § 102 Abs. 1 BetrVG	50
	[2] Beratung über Interessenausgleich	51

b)	Unanwendbarkeit der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung	51
c)	Konsultation des Betriebsrats bei Massentlassungen	52
[1]	Europarechtlicher Hintergrund	52
[2]	Keine gesetzliche Regelung	53
[3]	Begründungsansätze	54
5.	Informationsrechte	56
6.	Zusammenfassung	56
C.	Alternative Ansätze	56
I.	Theorie der erzwingbaren Mitbestimmung	56
II.	Differenzierte Rechtsfolgen	58
III.	Modifizierte Unwirksamkeitstheorie	58
D.	Systemkonflikte innerhalb der Theorie der notwendigen Mitbestimmung	59
I.	Systemwidrige Ausnahmen	60
1.	Ausnahmen auf der Tatbestandsseite	60
a)	Eilfälle	60
b)	Notfälle	61
c)	Schweigen des Betriebsrats	62
2.	Ausnahmen auf der Rechtsfolgenseite	63
a)	Rechtsirrtum des Arbeitgebers	63
b)	Rechtsirrtum des Betriebsrats	64
c)	Fehlerhafte Mitbestimmungshandlung des Betriebsrats	65
[1]	Verfahrensfehler des Betriebsrats	65
[2]	Widerlegbare Vermutung	66
[3]	Absage an die Sphärentheorie	67
[4]	Nachforschungsobliegenheit ohne ausreichende Befugnisse	68
[5]	Vertrauensschutz	69
[a]	Gesetzliche Entscheidung gegen Vertrauensschutz?	69
[b]	Rechtsscheinhaftung des Betriebsrats	69
[c]	Haftung kraft widersprüchlichen Verhaltens	69
[6]	Fazit	73
d)	Wirksamkeit von Änderungskündigungen	73
[1]	Meinungsstand	73
[a]	Rechtsprechung	73
[b]	Literatur	73

	[2]	Keine abschließende Regelung der Beteiligung bei Kündigungen	75
	[a]	Nebeneinander der Beteiligungsrechte	73
	[b]	Leichter kündigen als änderungskündigen?	73
	[3]	Spätere Beteiligung nicht möglich	78
	[a]	Änderungskündigung zur Versetzung	73
	[b]	Änderungskündigung in sozialen Angelegenheiten	73
	[4]	Änderungskündigung als Einheit	81
	[5]	Durchsetzbarkeit	82
	[a]	Wirksame Vertragsänderung	73
	[b]	Kollektivrechtliches Vollzugsverbot	73
	[c]	Rückabwicklungsschwierigkeiten	73
e)		Wirksamkeit begünstigender Maßnahmen	85
	[1]	Meinungsstand	85
	[2]	Dogmatische Begründungsansätze	86
	[a]	Keine entsprechende Anwendung des Günstigkeitsprinzips	73
	[b]	Vertrauensschutz	73
	[c]	Halbseitige Teilnichtigkeit?	73
	[3]	Keine Lösung zu Lasten Dritter	89
	[a]	Ausgleichsfunktion der Mitbestimmung	73
	[b]	Untaugliche Abgrenzung	73
	[c]	Kein Verlust von Vergütungsansprüchen	73
	[4]	Fazit	91
II.		Mißachtung der Grenzen der Mitbestimmung	91
	1.	§ 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG	91
	a)	Kürzung freiwilliger Leistungen	91
		[1] Überschießende Tendenz der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung	91
		[2] Keine untrennbare Einheit	93
		[3] Ungerechtfertigte Ungleichbehandlung	95
	b)	Ansprüche ohne Anspruchsgrundlage	96
	2.	Verdoppelung der Entgeltansprüche bei Verlegung der Arbeitszeit	98
	3.	§ 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG	99
	4.	Auswirkungen auf betriebsfremde Dritte	100
	a)	Bindung des Arbeitgebers gegenüber Dritten	100

[1] Keine Außenwirkung des Mitbestimmungs-	
rechts	100
[2] Unmöglichkeit?	101
[3] „Innerbetriebliche Unwirksamkeit“	103
b) Einsatz Dritter im Pflichtenkreis des Arbeitgebers ...	104
[1] Keine Bindung des Dritten an Mit-	
bestimmungsrechte	104
[2] Ausnahmen	105
III. Individualrechtliche Rechtswidrigkeit	106
1. Mitbestimmungswidriges Verhalten als Verletzung des	
Arbeitsvertrags	106
a) Rechtsfolgenproblem bei mitbestimmungs-	
widrigen Realakten	106
[1] Das Verhältnis von Rechtswidrigkeit und Un-	
wirksamkeit	106
[2] Unwirksamkeit der Arbeitsanordnung?	107
[3] Rechtswidrigkeitsinfektion	108
b) Nebenpflichtverletzung	108
2. Ungewollte Konsequenzen	109
a) Individualrechtlicher Anspruch auf Mit-	
bestimmung	109
b) Leistungsverweigerungsrecht bei mit-	
bestimmungswidrigen Realakten	111
[1] Fehlende Begründung der h.M.	111
[2] Zurückbehaltungsrecht, § 273 BGB	112
[3] § 242 BGB	113
c) Individualrechtliche Unterlassungs- und Be-	
seitigungsansprüche	113
d) Schadensersatzanspruch	115
e) Beweisverwertungsverbot	116
3. Fazit	117
IV. Zusammenfassung	117

§ 2 Fehlende Rechtsgrundlage

A. Untaugliche Begründungsversuche	119
I. Gesetzesumgehung	119
II. Sanktionsgedanke	119
III. Das Wesens-Argument	120

B. Verfassungsrechtliche Vorgaben	121
C. Gesetzeswortlaut	122
I. §§ 87 Abs. 1, 97 Abs. 2, 98 Abs. 1 BetrVG	122
II. § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG	122
III. §§ 94 und 95 BetrVG	123
D. Gesetzgebungsgeschichte	124
I. Materialien	125
1. BetrVG 1952	125
2. BetrVG 1972	125
3. BetrVG 2001	126
II. Stillschweigende Übernahme der ständigen Rechts- sprechung?	126
E. Gesetzssystematik	127
I. Maßgebliche Kriterien	127
II. Gesetzlich geregelte Rechtsfolgen	128
1. Einigungsstellenverfahren	128
2. Verletzung des Zustimmungserfordernisses aus § 99 BetrVG	128
a) Kollektivrechtliche Sicherung	128
[1] Vorläufige personelle Maßnahmen, § 100 BetrVG	129
[2] Aufhebung mitbestimmungswidriger Maß- nahmen, § 101 Satz 1 BetrVG	129
b) § 99 BetrVG als Verbotsgesetz	130
3. Anhörung als Wirksamkeitsvoraussetzung, § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG	131
a) Kein Erst-Recht-Schluß	131
b) Kein Umkehrschluß	132
c) Kein Analogieschluß	132
4. Zustimmung als Wirksamkeitsvoraussetzung, § 103 BetrVG	133
a) Außerordentliche Kündigung, § 103 Abs. 1 BetrVG ...	133
b) Versetzung, § 103 Abs. 3 Satz 1 BetrVG	134
[1] Unwirksamkeit	134
[2] Begründung der Unwirksamkeit	134
5. § 115 Abs. 7 Nr. 4 Satz 1 BetrVG	136
6. § 69 Abs. 1 BPersVG	136
7. Fazit	137
III. Sperrwirkung nicht ausgeübter Regelungsmacht	137
1. Stärkere Wirkung als Tarifmacht	138
2. Stärkere Wirkung als ausgeübte Mitbestimmung	139

3.	Insbesondere: Teilzeitanpruch	140
a)	Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats	140
b)	Betriebsvereinbarungen über die Arbeitszeit	142
c)	Kein Vorrang der Mitbestimmung	144
	[1] Unwirksamkeit nach der Theorie der Wirk-	
	samkeitsvoraussetzung	144
	[2] Machtposition des Betriebsrats	145
	[3] Arbeitszeitverteilung kraft Fiktion, § 8 Abs. 5	
	Satz 3 TzBfG	147
4.	Fazit	147
F.	Teleologische Erwägungen	147
I.	Zwecke der Mitbestimmung	148
1.	Arbeitnehmerschutz	148
a)	Schutzbedürfnis	148
b)	Schutzwirkung	150
2.	Ausgleich	152
a)	Ausgleichsbedürfnis	152
b)	Ausgleichswirkung	153
c)	Vertikaler Ausgleich?	154
3.	Integration und Teilhabe	154
4.	Ordnung	157
5.	Fazit	158
II.	Verhältnismäßigkeit	158
1.	Geeignetes Mittel?	158
2.	Erforderlichkeit	160
a)	Kollektivrechtliche Sicherung als Alternative	160
b)	Erzwingbare Mitbestimmung?	161
c)	Negatorischer Rechtsschutz des Betriebsrats	161
	[1] § 23 Abs. 3 BetrVG	161
	[2] Allgemeiner Unterlassungsanspruch	162
G.	Zwischenergebnis	162

§ 3 Mitbestimmungssicherung durch Unterlassungsanspruch

A.	Negatorischer Rechtsschutz	163
I.	Entwicklung	163
II.	Anspruchsgrundlage	165
1.	Erfordernis einer materiellrechtlichen Anspruchs-	
	grundlage	165

2.	§ 78 Satz 1 BetrVG	167
3.	Gebot der vertrauensvollen Zusammenarbeit	168
	a) Keine Nebenpflicht ohne Hauptpflicht	168
	b) Kein allgemeines Verbot der Zweckvereitelung	169
	c) Keine Verfahrenssicherung	170
4.	Rechtsschutz als Korrelat der Rechtszuweisung	170
	a) Zuweisung einer schutzfähigen Rechtsposition	170
	[1] Einheit von Recht und Rechtsdurchsetzung	170
	[2] Mitbestimmungsrechte als subjektive Rechte	171
	[a] Rechtsmacht	171
	[b] Geschützte Interessen	171
	b) Schutz relativer Rechte	173
5.	Fazit	175
III.	Voraussetzungen	175
	1. Rechtszuweisung	175
	2. Keine abschließende Regelung	176
	a) § 23 Abs. 3 BetrVG	176
	b) Einigungsstellenverfahren	177
	3. Keine überschießende Wirkung	178
	a) Kein Unterlassungsanspruch bei bloßen Mit-	
	wirkungsrechten	178
	b) Initiativrechte	178
	c) Angst vor Blockadepolitik	179
IV.	Reichweite	180
	1. Soziale Angelegenheiten, § 87 BetrVG	180
	2. Personalfragebogen und Beurteilungsgrundsätze, § 94	
	BetrVG	181
	3. Auswahlrichtlinien, § 95 BetrVG	182
	4. Berufsbildung, § 98 BetrVG	183
	5. Personelle Einzelmaßnahmen, § 99 BetrVG	184
	6. Betriebsänderung, §§ 111 ff. BetrVG	186
V.	Eilrechtsschutz	187
	1. Leistungsverfügung	187
	2. Verfügungsanspruch	189
	3. Verfügungsgrund	190
VI.	Tatbestandsvoraussetzungen	190
VII.	Anspruchsinhalt	191
	1. Abwehr künftiger Verletzungen	191
	2. Beseitigung des rechtswidrigen Zustands	191
	a) Grundlage des Beseitigungsanspruchs	191
	b) Inhalt des Beseitigungsanspruchs	192
	3. Durchführungsverbot für mitbestimmungswidrige	
	Rechtsgeschäfte	193

a)	Sicherung des Status Quo	193
b)	Unterlassungsanspruch und Erfüllungsansprüche der Arbeitnehmer	194
[1]	Kein Erfüllungsanspruch	194
[2]	Mitbestimmungswidrige Anspruchskürzung	194
[3]	Mitbestimmungswidrig begründete Ansprüche	195
B.	Verhältnismäßigkeit	196
I.	Schutz des Arbeitgebers	196
1.	Materielles Recht	196
a)	Rechtsmißbrauch	196
[1]	Schutzbedürfnis	196
[2]	Interessenabwägung	197
[3]	Alleinentscheidung in Ausnahmefällen	199
b)	Rechtliche Unmöglichkeit	200
2.	Verfahrensrecht	200
a)	Rechtliches Gehör	201
b)	Interessenabwägung	201
c)	Einstweilige Verfügung zugunsten des Arbeit- gebers?	202
II.	Schutz der Arbeitnehmer	203
1.	Kontrolldefizit	203
2.	Die Abhängigkeit der Arbeitnehmer vom Betriebsrat.....	203
3.	Schutz gegen Untätigkeit des Betriebsrats	205
a)	Erfüllungsansprüche der Arbeitnehmer	205
[1]	Kein Schuldverhältnis zwischen Arbeitnehmer und Betriebsrat	205
[2]	Individueller Rechtsschutz der Arbeitnehmer ...	207
b)	Entschließungsermessen des Betriebsrats	208
c)	Schadensersatz	209
[1]	Anspruchsgrundlage	209
[2]	Keine individuelle Rechtsaufsichtspflicht des Betriebsrats	210
[3]	Vermögensbetreuungspflicht des Betriebsrats?	211
C.	Kollektivrechtliche Sicherung der Mitbestimmung	212
I.	Effektiver Schutz der Mitbestimmungsrechte	212
II.	Trennung von Kollektiv- und Individualrecht	213
III.	Mitbestimmungssicherung und Privatautonomie	214
1.	Privatautonomie des Arbeitgebers	214
2.	Privatautonomie der Arbeitnehmer	215
3.	Privatautonomie und notwendige Mitbestimmung	216

§ 4 Arbeitsvertragsrechtliche Folgen	217
A. Verstoß gegen ein Verbotsgesetz	217
I. Mitbestimmungstatbestände als Verbotsgesetze	217
II. Nichtigkeit	218
B. Genehmigungserfordernis	218
C. Leistungsbestimmung nach billigem Ermessen	219
I. Direktionsrecht in Mitbestimmungsangelegenheiten	219
II. Tatbestandliche Anknüpfung	219
1. Billiges Ermessen	219
2. Fehlende Abwägungszuständigkeit	220
3. Verfahrenstreue als Aspekt der Billigkeit	221
a) Rechtsschutz durch Verfahrenssicherung	221
b) Anwendungsfall: Diskriminierungsschutz	221
c) Anwendungsfall: Versetzungsschutz für Funktionsträger	222
III. Keine individualrechtliche Sicherung bloßer Mitwirkungs- rechte	223
IV. Keine Wirkung zu Lasten der Arbeitnehmer	223
V. Gleichbehandlungsgrundsatz	224
1. Gleichbehandlung und Billigkeit	224
2. Gleichbehandlung und Mitbestimmung	225
D. Keine Unwirksamkeit mitbestimmungswidriger Verträge	226
I. Kein individualrechtlicher Anknüpfungspunkt	226
II. Sondern: Schutz vor einseitiger Leitungsmacht	228
E. Kein Leistungsverweigerungsrecht	229
F. Fazit	230
 § 5 Ergebnisse	 231
A. Die fehlerhafte Konzeption der h.M.	231
I. Interne Systemkonflikte	231
II. Externe Systemkonflikte	231
III. Unverhältnismäßigkeit	232
B. Das Verhältnis von Arbeitsvertrag und Betriebsverfassung	232
I. Sinn und Zweck der Betriebsverfassung	232

II. Grenzen betrieblicher Regelungsmacht	233
III. Wirkung ausgeübter Mitbestimmung und Günstigkeits- prinzip	233
IV. Kollektivrechtliche Sicherung der Mitbestimmung	234
V. Individualrechtliche Sicherung der Mitbestimmung	234
Literaturverzeichnis	