

<b>Inhaltsverzeichnis</b>	<b>Seite</b>
Vorwort .....	5
Abkürzungsverzeichnis .....	19
<b>§ 1 Die Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung .....</b>	<b>21</b>
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.	Inbesondere: 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



<b>§ 4 Arbeitsvertragsrechtliche Folgen</b> .....	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
 <b>§ 5 Ergebnisse</b> .....	 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 .....	