Kollektiv- oder individualrechtliche Sicherung der Mitbestimmung

ZAAR Schriftenreihe

Herausgegeben von
Volker Rieble, Abbo Junker und Richard Giesen

Band 17

Bernd Wiebauer

Kollektiv- oder individualrechtliche Sicherung der Mitbestimmung

ZAAR Verlag München 2010

Bibliographische Information der Deutschen National-
bibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese
Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie;
detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über
http://dnb.d-nb.de abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten

© 2010 Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht
Infanteriestraße 8 | 80797 München
www.zaar.uni-muenchen.de | info@zaar.uni-muenchen.de

Druck: AZ Druck und Datentechnik GmbH
Gedruckt auf säurefreiem und chlorfrei gebleichtem Papier

Printed in Germany

ISSN 1863-0847
ISBN 978-3-939671-11-4

Vorwort

Die juristische Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität zu München hat diese Arbeit im Wintersemester 2009/2010 als Dissertation angenommen. Der Text ist auf dem Stand von Ende Oktober 2009 und berücksichtigt die bis dahin veröffentlichte Rechtsprechung und Literatur.

Ich danke allen voran meinem akademischen Lehrer, Professor Dr. Volker Rieble, der mir in meiner Zeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter am Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht jede wissenschaftliche Freiheit gewährt und die Arbeit an dieser Dissertation, wie auch mich selbst wesentlich gefördert hat. Gedankt sei zudem Professor Dr. Richard Giesen für die zusätzlichen Denkanstöße zum Thema, die er in seinem Zweitgutachten gegeben hat. Besonderer Dank gebührt Dr. Sebastian Kolbe für seine Bereitschaft zur wissenschaftlichen Diskussion und seine wertvollen Anregungen. Er hat damit erheblich dazu beigetragen, dass meine Arbeit nicht ins Stocken geraten ist. Meiner zukünftigen Frau Monika danke ich für die praktische Unterstützung bei der Fertigstellung des Manuskripts.

Gewidmet ist diese Arbeit meinen Eltern als Anerkennung dafür, dass sie die unverzichtbaren Grundlagen für meinen wissenschaftlichen Werdegang gelegt haben.

München, im März 2010

Bernd Wiebauer

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

§ 2 Fehlende Rechtsgrundlage ... 119

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 Rechtsprechung? ... 126

E. Gesetzessystematik ... 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 Maßnahmen, § 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: Teilzeitanspruch ... 140
a) Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats ... 140
b) Betriebsvereinbarungen über die Arbeitszeit ... 142
c) Kein Vorrang der Mitbestimmung ... 144
[1] Unwirksamkeit nach der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung ... 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 ... 163

A. Negatorischer Rechtsschutz ... 163
I. Entwicklung ... 163
II. Anspruchsgrundlage ... 165
1. Erfordernis einer materiellrechtlichen Anspruchsgrundlage ... 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 Mitwirkungsrechten ... 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 Arbeitgebers? ... 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 Mitwirkungsrechte ... 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 Günstigkeitsprinzip 233
IV. Kollektivrechtliche Sicherung der Mitbestimmung 234
V. Individualrechtliche Sicherung der Mitbestimmung 234

Literaturverzeichnis .....

Abkürzungsverzeichnis

A/P/S	Ascheid/Preis/Schmidt, Kündigungsrecht
A/T.	Annuß/Thüsing, Teilzeit- und Befristungsgesetz
Allg.M.	Allgemeine Meinung
ArbR	Arbeitsrecht
AuR	Arbeit und Recht
B/H	Baumbach/Hopt, Handelsgesetzbuch
BetrVR	Betriebsverfassungsrecht
BGB AT	Allgemeiner Teil des BGB
bzw.	beziehungsweise
d.h.	das heißt
D/K/K	Däubler/Kittner/Klebe, Betriebsverfassungsgesetz
ders.	derselbe
diff.	differenzierend
Einl.	Einleitung
ErfK	Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht
FA-Kommentar	Fachanwaltskommentar Arbeitsrecht
G/L	Galperin/Löwisch, Betriebsverfassungsgesetz
G/M/P	Germelmann/Matthes/Prütting/Müller-Glöge/Schlewing, Arbeitsgerichtsgesetz
G/T/A/W	Gross/Thon/Ahmad/Woitaschek, Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz
GK-BetrVG	Gemeinschaftskommentar zum Betriebsverfassungsgesetz
H/L/S	Heise/Lembke/von Steinau-Steinrück, Betriebsverfassungsgesetz
H/S/W/G/N	Hess/Schlochauer/Worzalla/Glock/Nicolai, Betriebsverfassungsgesetz
HK-BetrVG	Düwell, Handkommentar Betriebsverfassungsgesetz
HKK-BGB	Historisch-kritischer Kommentar zum BGB
HK-KSchR	Fiebig/Gallner/Nägele, Handkommentar Kündigungsschutzrecht
i.Erg.	im Ergebnis
i.R.d.	im Rahmen des/der
i.S.d.	im Sinne des/der
insb.	insbesondere
juris-PR	juris-Praxisreport

K/D/Z ..... Kittner/Däubler/Zwanziger, Kündigungsschutzrecht
KollArbR ..... Kollektives Arbeitsrecht
KR ..... Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz
krit. ..... kritisch(e/r)
LK-StGB ..... Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch
m.E. ..... meines Erachtens
M/H/H ..... Meinel/Heyn/Herms, Teilzeit- und Befristungsgesetz
MüKoBGB ..... Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
MüKoHGB ..... Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch
MüKoZPO ..... Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung
MünchArbR .... Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht
P/W/W ..... Prütting/Wegen/Weinreich, BGB Kommentar
R/D/W ..... Richardi/Dörner/Weber, Personalvertretungsrecht
R/G/K/U ..... Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching, Schwerpunktkommentar Arbeitsrecht
S/W/S ..... Stege/Weinspach/Schiefer, Betriebsverfassungsgesetz
SchuldR AT ..... Allgemeines Schuldrecht
st.Rspr. ..... ständige Rechtsprechung
T/L/L ..... Thüsing/Laux/Lembke, Kündigungsschutzgesetz
TZA ..... Buschmann/Dieball/Stevens-Bartol, Das Recht der Teilzeitarbeit
U/H/H ..... Ulmer/Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht
v.a. ..... vor allem
Vorbem. ..... Vorbemerkung
W/P/K ..... Wlotzke/Preis/Kreft, Betriebsverfassungsgesetz
Z/L/H ..... Zöllner/Loritz/Hergenröder, Arbeitsrecht
ZVR ..... Zwangsvollstreckungsrecht

Im übrigen wird verwiesen auf: *Kirchner*, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 6. Auflage 2008

§ 1 Die Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung

A. Versäumnisse des Gesetzgebers

Daß der Gesetzgeber die Rechtspraxis mit ihren Problemen bisweilen im Regen stehen läßt, ist gerade im Arbeitsrecht keine neue Erkenntnis. Die Rechtsprechung muß diese Versäumnisse ausgleichen – und kann doch allein kein Gesetz ersetzen, weil sie nur über Einzelfälle zu entscheiden hat, die keinen Raum lassen, um ein aufeinander abgestimmtes Regelungssystem zu entwickeln. Ein Blick ins Arbeitskampfrecht führt die Probleme solchen Stückwerks anschaulich vor Augen. 1

Das Betriebsverfassungsrecht ist immerhin gesetzlich geregelt. Dennoch hat sich der Gesetzgeber an einigen Stellen seiner Aufgabe entzogen, für Rechtssicherheit zu sorgen. Trotz zweier umfangreicher Reformen ist dem BetrVG bis heute nicht eindeutig zu entnehmen, wie sich mitbestimmungswidriges Verhalten des Arbeitgebers im einzelnen auswirkt. Einmal mehr mußte die Rechtsprechung diese Lücke füllen, und so formulierte das BAG 1956 die Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung, nach der ein kollektivrechtlicher Verstoß auf die individualrechtliche Ebene „durchschlägt".

Diese anhand von Einzelfällen weiterentwickelte Rechtsprechung hat freilich bis heute keine in sich stimmige Lösung hervorgebracht, gerade weil die Umstände des Einzelfalls oftmals eine Ausnahme von der Regel zu verlangen schienen. Die Anerkennung eines allgemeinen betriebsverfassungsrechtlichen Unterlassungsanspruchs durch das BAG im Jahre 1994 schließlich hat diese Regel zusätzlich erschüttert, weil der Betriebsrat seither selbst effektiv gegen mitbestimmungswidriges Verhalten des Arbeitgebers vorgehen kann und nicht mehr auf die Arbeitnehmer angewiesen ist. 2

Daß die Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung (oder Theorie der notwendigen Mitbestimmung) bis heute nicht überzeugend in das Betriebsverfassungsrecht integriert wurde, liegt zudem daran, daß das BetrVG selbst mit seiner Vielfalt an abgestuften Beteiligungsrechten „*im wesentlichen pragmatisch konzipiert*" ist und „*keine klaren dogmatisch-konstruktiven Zusammenhänge*" erkennen läßt, wie schon *Thiele* feststellte.[1]

Die folgende Untersuchung soll die zahlreichen Schwächen der Theorie des BAG offenlegen und erklären, warum es allen voran Aufgabe des Betriebsrats ist, die Mitbestimmungsrechte gegen den Arbeitgeber zu 3

1 GK-BetrVG[4]/*Thiele* Einl. Rn. 19.

sichern. Sodann ist zu fragen, ob daneben individualrechtliche Auswirkungen mitbestimmungswidrigen Verhaltens denkbar sind.

4 Das Personalvertretungsrecht bleibt bei alledem außen vor. Für die Beteiligung des Personalrats im öffentlichen Dienst gelten andere Regeln als für die betriebliche Mitbestimmung nach dem BetrVG, weil die Ausübung von Staatsgewalt streng an die demokratische Legitimation der Amtsträger geknüpft ist.[2]

B. Die Konstruktion der herrschenden Meinung

I. Kernaussage der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung

1. Rechtswidrigkeit und Unwirksamkeit

a) Wirksamkeitsvoraussetzung

5 Nach der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung wirken sich betriebsverfassungsrechtliche Fehler nicht nur im Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat aus, sondern auch im Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Verhält sich der Arbeitgeber betriebsverfassungswidrig, weil er ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats verletzt, so schlägt diese Rechtswidrigkeit auf die arbeitsvertragliche Ebene durch und führt dort zur Unwirksamkeit rechtsgeschäftlicher Maßnahmen:

6 > Eine Maßnahme des Arbeitgebers, die der notwendigen Mitbestimmung entbehrt, ist rechtswidrig und unwirksam. Dies gilt für einseitige Anordnungen, die in Ausübung des Direktionsrechts vorgenommen werden, ebenso wie für einzelvertragliche Vereinbarungen. Die tatsächlich durchgeführte Mitbestimmung ist nach ständiger Rechtsprechung des BAG Wirksamkeitsvoraussetzung für Maßnahmen zum Nachteil des Arbeitnehmers.[3]

7 Das Dogma, die Wahrung des Mitbestimmungsrechts sei Wirksamkeitsvoraussetzung für Maßnahmen des Arbeitgebers im Arbeitsverhältnis, hat das BAG zur erzwingbaren Mitbestimmung des Betriebsrats in sozialen Angelegenheiten (§ 56 BetrVG 1972; § 87 BetrVG 1972) entwickelt. Es entspricht heute jedenfalls für diesen Bereich der Mitbestimmung der st. Rspr.[4] und der h.M. in der Literatur.[5]

---

2 BVerfG 24.4.1995 – 2 BvF 1/92 – BVerfGE 93, 37 ff.

3 BAG 18.9.2002 – 1 AZR 668/01 – AP Nr. 99 zu § 615 BGB [I.1.c].

4 Erstmals BAG 7.9.1956 – 1 AZR 646/54 – AP Nr. 2 zu § 56 BetrVG; zuletzt etwa BAG 10.3.2009 – 1 AZR 55/08 – AP Nr. 134 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung; BAG 15.4.2008 – 1 AZR 65/07 – AP Nr. 133 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung; LAG Rheinland-Pfalz 13.9.2007 – 11 Sa 78/07 – juris; LAG Mecklenburg-Vorpommern 29.6.2007 – 3 Sa 61/06 – juris; LAG München

b) Formulierung der Theorie durch das BAG

Erstmals nahm das BAG am 12.10.1955 zur Frage der individualrechtlichen Folgen einer Verletzung von Mitbestimmungsrechten Stellung. Der erste Senat erklärte eine einseitige Kürzung von Akkordsätzen durch den Arbeitgeber für unwirksam.[6] Der Entscheidung lag allerdings nicht § 56 Abs. 1 lit. g BetrVG 1952 zugrunde, sondern eine tarifvertragliche Regelung, welche dem Arbeitgeber eine Regelungsbefugnis *„in Verbindung mit dem BetrR“* zubilligte. Das BAG stützte seine Entscheidung maßgeblich auf eine Auslegung dieser Worte und stellte fest: **8**

> „…wenn jemand nur in Verbindung mit einem anderen etwas tun darf, dann darf er es allein ohne den anderen nicht tun. Der andere muß, damit die vorhergesehene Rechtsfolge eintreten kann, gleichberechtigt mitwirken.“[7]

Die Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung, wie sie Gegenstand dieser Untersuchung ist, klingt erstmals in einem Urteil vom 7.9.1956 an.[8] **9**

> Im entschiedenen Fall ging es um die Verlegung der Arbeitszeit i.S.d. § 56 Abs. 1 lit. a BetrVG 1952. Im betroffenen Betrieb wurde nur von Dienstag bis Donnerstag gearbeitet (Kurzarbeit). Um einen Arbeitsausfall am Himmelfahrtstag 1954, einem Donnerstag, zu verhindern, verlegte die Arbeitgeberin in der betreffenden Woche die Arbeit von Donnerstag auf Montag vor.

Ohne detaillierte Begründung erklärte das BAG die eigenmächtig verlegte Arbeitszeit ohne Zustimmung des Betriebsrats für nicht verbindlich.[9] Das Mitbestimmungsrecht enge die Möglichkeiten des Arbeitgebers ein,

---

15.9.2006 – 11 Sa 974/05 – juris; LAG Köln 13.9.2006 – 3 Sa 475/06 – NZA-RR 2007, 182; LAG Baden-Württemberg 13.3.2003 – 11 Sa 106/02; LAG Hessen 4.12.2002 – 6 Sa 953/02 – juris; LAG Hamm 16.4.2002 – 5 Sa 1853/01 – LAGE § 620 BGB Personalrat Nr. 7; LAG Nürnberg 22.11.2001 – 1 Sa 855/01 – juris; LAG Hamburg 12.6.2001 – 3 Sa 14/00 – juris.

5 GK-BetrVG/*Wiese* § 87 Rn. 98; D/K/K/*Klebe* § 87 Rn. 4; Fitting § 87 Rn. 599 f.; ErfK/*Kania* § 87 BetrVG Rn. 136; R/G/K/U/*Werner* § 87 BetrVG Rn. 1; *Löwisch*/Kaiser § 87 Rn. 14; HK-BetrVG/*Kohte* § 87 Rn. 26; W/P/K/*Bender* § 87 Rn. 1; S/W/S § 87 Rn. 3; G/T/A/W/*Thon* § 87 Rn. 5; MünchArbR/*Matthes* § 241 Rn. 5 ff.; Schaub/*Koch* § 235 Rn. 22; *Gamillscheg*, KollArbR II S. 747; *Preis*, KollArbR S. 624; *Südkamp*, Fehler S. 261; *Miersch*, Rechtsfolgen S. 156; *Edenfeld*, Arbeitnehmerbeteiligung S. 402; *Konzen*, Leistungspflichten S. 77; *Säcker*, Gruppenautonomie S. 350 ff.; *Boemke*, Schuldvertrag S. 452 ff. ; *Gutzeit* AR-Blattei SD 530.14.2 Rn. 84; *ders.* NZA 2008, 255; *Raab* ZfA 1997, 183, 213; *Wolter* RdA 2006, 137, 147; *Rossa*/*Salamon* NJW 2008, 1991; *Caspers* FS Löwisch S. 45, 54 f.

6 BAG 12.10.1955 – 1 ABR 13/54 – AP Nr. 1 zu § 56 BetrVG.

7 BAG 12.10.1955 – 1 ABR 13/54 – AP Nr. 1 zu § 56 BetrVG.

8 Zu Vorläufern der Theorie in der Rechtsprechung des RAG siehe *Bommermann*, Wirksamkeitsvoraussetzung S. 31 ff.

9 BAG 7.9.1956 – 1 AZR 646/54 – AP Nr. 2 zu § 56 BetrVG.

Arbeitsbedingungen durch vertragliche Vereinbarungen oder auch auf Grundlage seines Weisungsrechts zu regeln.

2. Rechtsgeschäfte

a) Begrenzung einseitiger Gestaltungsmacht

[1] Weisungsrecht

10 Die Entscheidung des BAG vom 7.9.1956 zeigt die ursprüngliche Konzeption der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung: Die Mitbestimmungsrechte begrenzen die Gestaltungsmacht, die dem Arbeitgeber individualrechtlich zur Verfügung steht. Dieser kann sein Weisungsrecht aus § 106 Satz 1 GewO in Mitbestimmungsangelegenheiten ohne den Betriebsrat nicht wirksam ausüben.

> Ohne Beteiligung des Betriebsrats kann der Arbeitgeber also nicht etwa das Radiohören während der Arbeit verbieten (§ 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG),[10] Schichtarbeit einführen (§ 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG)[11] bzw. eine Schicht streichen (§ 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG),[12] Betriebsferien anordnen oder eine Urlaubssperre festlegen (§ 87 Abs. 1 Nr. 5 BetrVG).[13]

[2] Einseitige Rechtsgeschäfte

11 Auch besondere Gestaltungsbefugnisse, die über das Direktionsrecht hinausgehen, kann der Arbeitgeber in Mitbestimmungsangelegenheiten nach h.M. nur unter Beteiligung des Betriebsrats wirksam ausüben.

> Beispiele sind etwa die Verhängung einer Betriebsbuße auf der Grundlage einer (mitbestimmten) Betriebsbußenordnung (§ 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG)[14] oder die Kündigung einer Werkmietwohnung (§ 87 Abs. 1 Nr. 9 BetrVG)[15]

---

10 BAG 14.1.1986 – 1 ABR 75/83 – AP Nr. 10 zu § 87 BetrVG 1972 Ordnung des Betriebs.

11 LAG Frankfurt a.M. 27.11.1986 – 9 Sa 922/86 – LAGE § 87 BetrVG 1972 Nr. 5.

12 BAG 13.7.1977 – 1 AZR 336/75 – AP Nr. 2 zu § 87 BetrVG 1972 Kurzarbeit.

13 ArbG Bielefeld 21.6.2006 – 6 Ga 16/06 – juris Rn. 27; GK-BetrVG/*Wiese* § 87 Rn. 478.

14 BAG 12.9.1967 – 1 AZR 34/66 – AP Nr. 1 zu § 56 BetrVG Betriebsbuße; BAG 5.12.1975 – 1 AZR 94/74 – AP Nr. 1 zu § 87 BetrVG 1972 Betriebsbuße; BAG 17.10.1989 – 1 ABR 100/88 – AP Nr. 12 zu § 87 BetrVG 1972 Betriebsbuße.

15 OLG Frankfurt a.M. 14.8.1992 – 20 ReMiet 1/92 – NJW-RR 1992, 1294; GK-BetrVG/*Wiese* § 87 Rn. 787; D/K/K/*Klebe* § 87 Rn. 237; Fitting § 87 Rn. 398.

b) Begrenzung vertraglicher Gestaltungsmöglichkeiten

[1] Umgehungsschutz – Kollektiver Tatbestand

Nicht nur einseitige Gestaltungsmöglichkeiten des Arbeitgebers können die Mitbestimmung gefährden. Deckt das Weisungsrecht eine geplante Änderung der Arbeitsbedingungen nicht ab, so kann der Arbeitgeber auf Änderungsvereinbarungen mit den betroffenen Arbeitnehmern zurückgreifen und solche Vereinbarungen mit Änderungskündigungen erzwingen. Ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bliebe dabei auf der Strecke, weil die Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten – von wenigen Ausnahmen[16] abgesehen – nach ganz h.M. nur bei kollektiven Tatbeständen eingreift.[17] Das BAG hat diese Umgehungsgefahr schon früh erkannt. Bereits in seinem zweiten Urteil zur Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung vom 1.2.1957 führt es aus, es würde einer **12**

> „Umgehung des Gesetzes Tür und Tor öffnen, wenn der ArbGeb. die mitbestimmungspflichtigen Maßnahmen auf dem Wege und unter dem Druck der ÄndKünd. durch Einzelvereinbarungen mit jedem einzelnen ArbN durchsetzen könnte".[18]

In der Folge griff das BAG auf die Grundsätze der Gesetzesumgehung zurück: Der Arbeitgeber könne das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nicht dadurch umgehen, daß er dem kollektivrechtlichen Einigungszwang ausweiche und sein Ziel statt dessen mit einer Vielzahl von Einzelverträgen durchsetze.[19] Eine unzulässig umgangene Norm findet auch Anwendung, wenn ihr Tatbestand nicht verwirklicht ist[20] – damit unterliegt auch der Abschluß der Einzelverträge der Mitbestimmung. **13**

Inzwischen spricht das BAG nicht mehr von einer Gesetzesumgehung, vielmehr nimmt es eine mitbestimmungsfreie Einzelfallregelung nur noch **14**

16 So vor allem bei der Verhängung einer Betriebsbuße (§ 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG), der Festsetzung der zeitlichen Lage des Urlaubs eines einzelnen Arbeitnehmers (§ 87 Abs. 1 Nr. 5 BetrVG) oder der Kündigung einer Werkmietwohnung (§ 87 Abs. 1 Nr. 9 BetrVG).

17 Statt aller *Raab* ZfA 2001, 31 ff.; GK-BetrVG/*Wiese* § 87 Rn. 15, 18, 20 m.w.N.

18 BAG 1.2.1957 – 1 AZR 521/54 – AP Nr. 4 zu § 56 BetrVG.

19 St. Rspr., etwa BAG 1.2.1957 – 1 AZR 521/54 – AP Nr. 4 zu § 56 BetrVG; BAG 19.4.1963 – 1 ABR 6/62 – AP Nr. 2 zu § 56 BetrVG Entlohnung [3.d]; BAG 17.12.1968 – 1 AZR 178/68 – AP Nr. 27 zu § 56 BetrVG [IV.]; BAG 4.5.1982 – 3 AZR 1202/79 – AP Nr. 6 zu § 87 BetrVG 1972 Altersversorgung [I.2.b]; BAG 17.12.1985 – 1 ABR 6/84 – AP Nr. 5 zu § 87 BetrVG 1972 Tarifvorrang [B.II.5].

20 GS BAG 12.10.1960 – 3 AZR 65/59 – AP Nr. 16 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag; *Benecke*, Gesetzesumgehung S. 97 f.; *Wiese* NZA 2003, 1113, 1114; weitergehend *Flume*, AT II S. 409; ihm folgend *Medicus*, BGB AT Rn. 660, die das Institut der Gesetzesumgehung lediglich als Fall der Gesetzesauslegung begreifen.

unter sehr engen Voraussetzungen an. Eine solche liege nur vor, wenn es um die Gestaltung konkreter Arbeitsverhältnisse gehe und besondere, nur den einzelnen Arbeitnehmer betreffende Umstände die Maßnahme veranlaßten oder inhaltlich bestimmten.[21] Ein kollektiver Tatbestand ist demnach auch dann gegeben, wenn der Arbeitgeber ein betriebliches Regelungsbedürfnis nicht durch Kollektivvereinbarung mit dem Betriebsrat, sondern durch individualvertragliche Vereinbarungen umsetzt.[22] Auch bei diesen Vereinbarungen steht dem Betriebsrat daher ein Mitbestimmungsrecht zu.

> Im Fall des BAG vom 1.2.1957 konnte die beklagte Arbeitgeberin den Zwang zur Einigung mit dem Betriebsrat also nicht umgehen, indem sie mittels Änderungskündigungen eine arbeitsvertragliche Einheitsregelung über niedrigere Akkordlohnsätze durchsetzte.

[2] Unwirksamkeit vertraglicher Abreden

15 Indem es die Mitbestimmungsrechte auf einzelvertragliche Abreden erstreckt, kann das BAG auch diese vertraglichen Absprachen der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung unterwerfen.

> Ohne Mitbestimmung des Betriebsrats ist demnach eine zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmern vereinbarte Umstellung von der Entgeltauszahlung in bar auf bargeldlosen Zahlungsverkehr (§ 87 Abs. 1 Nr. 4 BetrVG)[23] ebenso unwirksam wie eine (womöglich durch Änderungskündigungen erzwungene) arbeitsvertragliche Einheitsregelung über niedrigere Akkordlohnsätze (§ 87 Abs. 1 Nr. 11 BetrVG).[24]

3. Unheilbarkeit von Verstößen

16 In jedem Fall verlangt die h.M., daß der Betriebsrat in den Entscheidungsprozeß eingebunden wird, bevor der Arbeitgeber eine Maßnahme vornimmt. Eine nachträgliche Zustimmung kann die Unwirksam-

---

21 BAG 21.12.1982 – 1 ABR 14/81 – AP Nr. 9 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit [B.II.3.a]; BAG 24.11.1987 – 1 ABR 57/86 – AP Nr. 31 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung [B.II.4]; BAG 19.6.2001 – 1 ABR 43/00 – AP Nr. 1 zu § 87 BetrVG 1972 Leiharbeitnehmer [B.II.7]; BAG 16.3.2004 – AP Nr. 10 zu § 8 TzBfG [B.II.5.c.bb]; zustimmend GK-BetrVG/*Wiese* § 87 Rn. 33; Fitting § 87 Rn. 16; D/K/K/*Klebe* § 87 Rn. 16.

22 GS BAG 3.12.1991 – GS 2/90 – AP Nr. 51 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung [C.III.3.b.dd]; BAG 29.2.2000 – 1 ABR 4/99 – AP Nr. 105 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung [B.II.1.b.cc]; BAG 24.1.2006 – 3 AZR 484/04 – AP Nr. 15 zu § 3 BetrAVG [C.III.1.c.bb].

23 BAG 19.4.1963 – 1 ABR 6/62 – AP Nr. 2 zu § 56 BetrVG Bl. 49R.

24 BAG 1.2.1957 – 1 AZR 521/54 – AP Nr. 4 zu § 56 BetrVG; BAG 16.12.1960 – 1 AZR 548/58 – AP Nr. 22 zu § 56 BetrVG Bl. 537.

keit demnach nicht heilen.[25] Der Betriebsrat, so das Argument, solle präventiv auf den Arbeitgeber einwirken können.[26]

II. Dogmatische Einordnung

1. Gemeinsame Gestaltungsmacht

Eine dogmatische Begründung für die dargestellte Unwirksamkeit mitbestimmungswidriger Maßnahmen ist das BAG bislang weitgehend schuldig geblieben. Es scheint allerdings davon auszugehen, daß die Mitbestimmungshandlung des Betriebsrats Bestandteil der Maßnahme des Arbeitgebers selbst ist: **17**

> „Die gesetzlichen Mitbestimmungsrechte beschränken die Gestaltungsmacht des Arbeitgebers. Missachtet er diese Grenze, so folgt aus dem fehlenden rechtlichen Können die Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts."[27]

So erklärt sich auch die Unheilbarkeit[28] von Verstößen.[29]

In der Literatur tritt – wie *Hurlebaus* treffend formuliert – die Begründung gegenüber dem Ergebnis deutlich in den Hintergrund.[30] Die wenigen rechtstheoretischen Ansätze begreifen wie das BAG die Mitbestimmung als Beschränkung der Gestaltungsmacht des Arbeitgebers. Die Beteiligung des Betriebsrats ist demnach integraler Bestandteil jeder mitbestimmungsbedürftigen Maßnahme.[31] *Miersch* konkretisiert diese Erwägungen dahingehend, daß er den Betriebsrat als privaten Amtsträger einordnet, der dem Arbeitgeber als gleichberechtigte Entscheidungs- **18**

25 BAG 20.1.1998 – 9 AZR 698/96 – AP Nr. 73 zu § 77 BetrVG 1972 [B.III.2.b.cc]; für das Personalvertretungsrecht: BAG 20.2.2002 – 7 AZR 707/00 – AP Nr. 23 zu § 72 LPVG NW; GK-BetrVG/*Wiese* § 87 Rn. 100; *Löwisch*/Kaiser § 87 Rn. 15; D/K/K/*Klebe* § 87 Rn. 13; Fitting § 87 Rn. 602; a.A. Z/L/H § 49.V.3.e; *Miersch*, Rechtsfolgen S. 132 f.

26 A/P/S/*Künzl* § 2 KSchG Rn. 170; KR/*Rost* § 2 KSchG Rn. 145a; *Säcker* ZfA 1972 Sonderheft S. 41, 56; *von Hoyningen-Huene* DB 1987, 1426, 1432.

27 BAG 14.8.2001 – 1 AZR 744/00 – AP Nr. 4 zu § 77 BetrVG Regelungsabrede [III.2.a].

28 Oben Rn. 16.

29 Ebenso *Wiese* FS Adomeit S. 839, 843.

30 *Hurlebaus*, Fehlende Mitbestimmung S. 8.

31 GK-BetrVG/*Wiese* § 87 Rn. 100; *ders.* FS Kissel S. 1269, 1284; *von Hoyningen-Huene* DB 1987, 1426, 1432; *Miersch*, Rechtsfolgen S. 154; *Adomeit*, Rechtsquellenfragen S. 144; *Säcker*, Gruppenautonomie S. 351 Fn. 35; *Schwonberg*, Einstweilige Verfügung S. 148.

instanz an die Seite gestellt sei.[32] *Wiese* spricht von einer „*gemeinsamen und gleichgeordneten Regelungszuständigkeit der Betriebspartner*".[33]

2. Das Betriebsverhältnis

19 Das Mitbestimmungsrecht wirkt demnach über das Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat hinaus auf die Arbeitsverhältnisse ein. Diese Erkenntnis verdient genauere Betrachtung; ist doch grundsätzlich nur der Arbeitgeber an die Betriebsverfassung gebunden, nicht aber die Arbeitnehmer.

a) Gesetzliches Schuldverhältnis

20 Arbeitgeber und Betriebsrat sind durch ein gesetzliches Dauerschuldverhältnis verbunden,[34] das sich im Anschluß an *von Hoyningen-Huene* als „Betriebsverhältnis" bezeichnen läßt.[35] In dieser Sonderverbindung ist der Arbeitgeber dem Betriebsrat etwa nach § 40 BetrVG verpflichtet, die Kosten seiner Arbeit zu tragen, einzelne Mitglieder nach § 38 BetrVG freizustellen und ihn in den gesetzlich vorgesehenen Fällen zu beteiligen.[36]

b) Zuordnung der Mitbestimmungsrechte

21 Die Arbeitnehmer sind an diesem Schuldverhältnis nicht beteiligt. Dabei spielt es keine Rolle, wem die Mitbestimmungsrechte materiell zustehen. Einige Stimmen in der Literatur ordnen sie den einzelnen Arbeitnehmer in ihrer Gesamtheit zu,[37] überwiegend wird die Belegschaft[38] als tatsächliche oder sogar als rechtlich verfestigte Gemeinschaft als Träger an-

---

32 *Miersch*, Rechtsfolgen S. 154.

33 GK-BetrVG/*Wiese* § 87 Rn. 100; ähnlich *von Hoyningen-Huene* DB 1987, 1426, 1432; *Adomeit* RdA 1963, 263, 265.

34 BAG 3.5.1994 – 1 ABR 24/93 – AP Nr. 23 zu § 23 BetrVG 1972 [B.III.1]; *Raab* ZfA 1997, 183, 198; *Heinze* Anmerkung AP Nr. 68 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit [II.2.a]; GK-BetrVG/*Oetker* § 23 Rn. 134; *a.A. Bengelsdorf* SAE 1996, 139, 142; *Reuter* JuS 1995, 467.

35 *von Hoyningen-Huene* NZA 1989, 121; *ders.* FS Wiese S. 175 ff.

36 *von Hoyningen-Huene* NZA 1989, 121, 123.

37 GK-BetrVG[4]/*Thiele* Einl. Rn. 70; zum BetrVG 1952 *Sorge* AuR 1953, 272, 273; *Hueck/Nipperdey/Säcker*, ArbR II/2 S. 1085.

38 BAG 27.6.1989 – 1 ABR 28/88 – AP Nr. 5 zu § 42 BetrVG 1972 [B.II.2.b.aa]; LAG Düsseldorf 29.12.1950 – 2 Sa 390/50 – BB 1951, 306, 307; *Konzen*, Leistungspflichten S. 32; Z/L/H § 47.II; *Leinemann* DB 1990, 732; *Däubler* AuR 1982, 6, 9.

gesehen. Eine weitere Ansicht versteht die Mitbestimmungstatbestände als eigene Rechte des Betriebsrats.[39]

Einigkeit besteht ungeachtet dieser Zuordnung darüber, daß der Betriebsrat seine Funktion fremdnützig zugunsten der Arbeitnehmer[40] ausübt und die Beteiligungsrechte unabhängig (nicht weisungsgebunden)[41] sowie im eigenen Namen[42] wahrnimmt. Selbst wenn die Mitbestimmungsrechte der Arbeitnehmerschaft zustehen, kann diese davon selbst keinen Gebrauch machen. Umgekehrt gilt: Selbst wenn es sich um eigene Rechte des Betriebsrats handelt, darf er sie doch nur zugunsten der Arbeitnehmer des Betriebs wahrnehmen. Vor diesem Hintergrund wird er überwiegend als Repräsentant der Belegschaft bezeichnet.[43] **22**

3. Relativität der Schuldverhältnisse im Betrieb

a) Grundsatz

Nach allgemeinen Regeln entfaltet das Betriebsverhältnis, wie alle Schuldverhältnisse,[44] grundsätzlich nur Wirkung inter partes – also nicht für und gegen die Arbeitnehmer als Dritte.[45] Für deren Rechtsstellung im Betrieb ist in erster Linie das ebenfalls relativ wirkende[46] Arbeitsverhältnis maßgeblich. **23**

Der Grundsatz der Relativität von Schuldverhältnissen gilt aber nicht unumstößlich.[47] So zwingt § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB den Betriebserwerber **24**

39 *Veit*, Funktionelle Zuständigkeit S. 126 ff.; *Kreutz*, Betriebsautonomie S. 30 f.; *Thalhofer*, Beseitigungsanspruch S. 48; *von Hoyningen-Huene* RdA 1992, 355, 356; *Heinze* ZfA 1988, 53, 62; *Boemke* ZfA 1992, 473, 483.

40 *Junker*, Arbeitsrecht Rn. 652; GK-BetrVG/*Kraft*/*Franzen* § 1 Rn. 88; Fitting § 1 Rn. 188; *Konzen*, Leistungspflichten S. 32; *Heinze* ZfA 1988, 53, 62.

41 Fitting § 1 Rn. 190; *von Hoyningen-Huene*, BetrVR § 4 Rn. 3.

42 BAG 12.12.2006 – 1 AZR 96/06 – AP Nr. 94 zu § 77 BetrVG 1972 [A.I.2.b]; GK-BetrVG/*Kraft*/*Franzen* § 1 Rn. 62; Fitting § 1 Rn. 190; D/K/K/*Wedde* Einl. Rn. 113; *von Hoyningen-Huene*, BetrVR § 4 Rn. 4; *Konzen*, Leistungspflichten S. 32.

43 Fitting § 1 Rn. 188; *Richardi* Einl. Rn. 101; *von Hoyningen-Huene*, BetrVR § 4 Rn. 3; *Franzen* NZA 2008, 250, 253; *Linsenmaier* RdA 2008, 1, 5; *H. Weber* DB 1992, 2135, 2137; *Konzen*, Leistungspflichten S. 32 f.

44 *Henke*, Relativität S. 14; MüKoBGB/*Kramer* Einl. vor §§ 241 ff. Rn. 15; Staudinger/*Olzen* (2005) § 241 Rn. 293.

45 *von Hoyningen-Huene* RdA 1992, 355, 357.

46 Einem absoluten „Recht am Arbeitsplatz" steht das BAG mit Recht kritisch gegenüber, BAG 4.6.1998 – 8 AZR 786/96 – AP Nr. 7 zu § 823 BGB; zum Meinungsstand *Sagmeister* Jura 2008, 207, 210.

47 Ausführlich *Henke*, Relativität S. 24 ff.; Zu den folgenden Beispielen MüKoBGB/*Kramer* Einl. vor §§ 241 ff. Rn. 28 m.w.N.

zum Eintritt in die bestehenden Arbeitsverhältnisse. Die gleiche Wirkung entfaltet § 566 Abs. 1 BGB für den Käufer einer vermieteten Wohnung. Die §§ 546 Abs. 2, 604 Abs. 4 BGB geben Vermieter und Verleiher vertragliche Herausgabeansprüche gegen am Schuldverhältnis nicht unmittelbar beteiligte Dritte. Gemäß § 328 Abs. 1 BGB kann ein Vertrag zugunsten Dritter einen Anspruch des Dritten begründen. Beim Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter bestehen schuldrechtliche Rücksichtnahmepflichten auch gegenüber dem Dritten. Bei verbundenen Verträgen kann der Verbraucher gemäß § 359 BGB Einwände aus einem kreditfinanzierten Kaufvertrag nach Widerruf auch dem Darlehensgeber entgegenhalten. Konkurrierende Prinzipien des Privatrechts fordern also Durchbrechungen des Relativitätsgrundsatzes. Die rechtliche „Abkapselung" des Schuldverhältnisses trägt den tatsächlichen Verhältnissen nicht immer angemessen Rechnung.[48]

b) Durchbrechung durch Betriebsvereinbarung

25 Vor diesem Hintergrund ist auch das Betriebsverfassungsrecht zu sehen. Das BetrVG lenkt den Blick über das Austauschverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer hinaus auf die wechselseitigen Abhängigkeiten der Beschäftigten im Betrieb. Die Betriebsverfassung regelt Probleme, die sich daraus ergeben, daß der Arbeitnehmer die geschuldete Tätigkeit nicht isoliert verrichtet, sondern in eine vom Arbeitgeber vorgegebene Organisation eingebunden wird, durch welche die äußeren Arbeitsbedingungen vorgegeben sind.[49]

26 *Riesenhuber* will diesen Wechselbeziehungen auf individualrechtlicher Ebene Rechnung tragen, indem er den einzelnen Arbeitsverhältnissen Schutzwirkung zugunsten der Kollegen beimißt,[50] also die Relativität der Arbeitsverhältnisse untereinander durchbricht. Das BetrVG löst den Konflikt auf andere Weise: Es gewährleistet eine Beteiligung der Arbeitnehmerseite an der betrieblichen Organisation; der Betriebsrat nimmt im Verhältnis zum Arbeitgeber als Repräsentant die Interessen der Belegschaft wahr. Betriebsvereinbarungen zwischen den Betriebspartnern wirken nach § 77 Abs. 4 Satz 1 BetrVG unmittelbar auf die Arbeitsverhältnisse ein. Durchbrochen wird also nicht die Relativität der Arbeitsverhältnisse, sondern die des Betriebsverhältnisses.

---

48 So schon *Medicus* JuS 1974, 613, 622; *Denck* JuS 1981, 9, 11.

49 GK-BetrVG[4]/*Thiele* Einl. Rn. 17; *Rieble* RdA 1996, 151, 152; *Franzen* NZA 2006 Beilage 10 S. 107; *Veit*, Funktionelle Zuständigkeit S. 305; *Wiese* FS Kissel S. 1269, 1273; *Reuter* ZfA 1975, 85, 86 f.

50 *Riesenhuber* JZ 1999, 711, 713 ff.

4. Betriebsverfassung und Vertragsfreiheit

Hinter dem Relativitätsgrundsatz steht das in den Art. 2 Abs. 1 und 12 Abs. 1 GG verankerte[51] Prinzip der Privatautonomie. Jede Person kann und soll ihre Verhältnisse grundsätzlich eigenverantwortlich regeln – Drittwirkungen von Schuldverhältnissen dürfen die Vertragsfreiheit des Dritten nicht unangemessen beeinträchtigen. Deshalb ist ein Vertrag zu Lasten Dritter nicht möglich, und deshalb erlaubt § 333 BGB dem Begünstigten beim echten Vertrag zugunsten Dritter, das zugewandte Recht zurückzuweisen. **27**

a) Schranken der Betriebsratstätigkeit

Die Privatautonomie des Arbeitgebers ist in der Betriebsverfassung durch seine Pflichten im Betriebsverhältnis von vornherein beschränkt. Er kann seine arbeitsvertraglich begründeten Befugnisse nicht nach eigenem Gutdünken ausüben und muß eine Mitentscheidung des Betriebsrats dulden. Das BetrVG setzt der Amtsführung des Betriebsrats allerdings Grenzen, um die Privatautonomie des Arbeitgebers nicht unverhältnismäßig zu beeinträchtigen. So verpflichtet § 2 Abs. 1 BetrVG den Betriebsrat auch auf das Wohl des Betriebs, § 74 Abs. 2 BetrVG sichert den Betriebsfrieden und die Neutralität des Betriebsrats im Arbeitskampf, und § 77 Abs. 1 Satz 2 BetrVG stellt klar, daß die Betriebsleitung dem Arbeitgeber vorbehalten bleibt. **28**

b) Vertragsrechtsakzessorietät der Betriebsverfassung

Die Vertragsfreiheit des Arbeitnehmers bleibt demgegenüber wegen der Relativität des Betriebsverhältnisses von der Mitbestimmung grundsätzlich unberührt. **29**

Unter die Rechtsmacht des Betriebsrats haben sich die Arbeitnehmer nicht unterworfen.[52] Die tatsächliche Eingliederung in den Betriebsverband ersetzt eine solche Mandatierung nicht.[53] Auch durch Teilnahme an

51 BVerfG 19.10.1993 – 1 BvR 567, 1044/89 – BVerfGE 89, 214 [C.II.2.a]; *Junker* NZA 1997, 1305, 1306 m.w.N.

52 *Richardi*, Kollektivgewalt S. 292; *Veit*, Funktionelle Zuständigkeit S. 304; *Kreutz*, Betriebsautonomie S. 65 f.; *Rieble*, Arbeitsmarkt und Wettbewerb Rn. 1411; *Bayreuther*, Tarifautonomie S. 510 f.; *Heinze* NZA 1997, 1, 5.

53 *Rieble*, Arbeitsmarkt und Wettbewerb Rn. 1413 ff.; *Waltermann*, Rechtssetzung S. 89 ff.; ausführlich *Bayreuther*, Tarifautonomie S. 514 ff.; anders *Reuter* (RdA 1991, 193, 197 ff.), der in der Betriebsverfassung eine nur durch den „Kernbereich des Arbeitsverhältnisses" begrenzte Verbandsautonomie mit der Betriebsvereinbarung als dem „primären Regelungsinstrument" sieht; ebenso *Nebel*, Normen S. 124 ff.

der Betriebsratswahl legitimieren die Arbeitnehmer keine besondere Regelungsmacht des Betriebsrats, schon weil die Wahl auch gegen den Willen des einzelnen stattfindet.[54]

30 Mangels privatautonomer Legitimation der Betriebsautonomie steht die Vertragsfreiheit der Arbeitnehmer einer direkten Gestaltung der Arbeitsverhältnisse durch die Betriebspartner entgegen. Die Mitbestimmung ist zwar formal gesetzlich legitimiert,[55] das BetrVG räumt dem Betriebsrat aber an keiner Stelle unmittelbare Rechte gegenüber dem Arbeitnehmer ein.[56] Vielmehr verpflichtet es ihn in den §§ 2 Abs. 1 und 75 BetrVG auf dessen Wohl. *Kreutz* hat nachgewiesen, daß auch § 77 Abs. 4 Satz 1 BetrVG keine umfassende Delegation staatlicher Rechtsetzungsmacht auf die Betriebspartner zu entnehmen ist, die eine unmittelbare Gestaltung der Arbeitsverhältnisse legitimieren könnte.[57] Die von ihm favorisierte Einordnung der Betriebsvereinbarung als privatheteronomes Rechtsgeschäft[58] erfaßt zwar zutreffend das Fremdbestimmungselement der Mitbestimmung, sie sagt für sich aber nichts darüber aus, wie sich die Mitbestimmung individualrechtlich auswirkt.

31 Wenn die Mitbestimmungsrechte aber keine Eingriffsbefugnisse gegenüber den Arbeitnehmern enthalten, können die Betriebspartner nur über die arbeitsvertraglichen Rechte des Arbeitgebers unmittelbar auf die Arbeitsverhältnisse einwirken.[59] Insoweit ist das Betriebsverfassungsrecht aufbauend auf den Thesen von *Reichold*[60] und *Rieble*[61] als vertragsrechtsakzessorisch zu bezeichnen.[62] Der Betriebsrat beeinflußt im Rahmen der Mitbestimmung die Willensbildung des Arbeitgebers und sorgt so für den Schutz der Arbeitnehmer vor dessen Organisationsmacht. Ohne An-

54 *Waltermann*, Rechtssetzung S. 91 f.; *Bayreuther*, Tarifautonomie S. 510 f.; ausführlich *Kreutz*, Betriebsautonomie S. 66 ff.; a.A. *Hänlein* RdA 2003, 26, 30 f.

55 *Rieble* in: Zukunft der Unternehmensmitbestimmung, Rn. 31; *Bayreuther*, Tarifautonomie S. 518 f.; 532.

56 Zum Streit über eine kollektivrechtliche Eingriffsbefugnis der Betriebspartner bei der Kurzarbeit *Veit*, Funktionelle Zuständigkeit S. 317 ff.; *Bauer/Günther* BB 2009, 662, 663.

57 *Kreutz*, Betriebsautonomie S. 76 ff.; ebenso *Waltermann*, Rechtssetzung S. 113 ff.

58 *Kreutz*, Betriebsautonomie S. 99 ff.; GK-BetrVG/*Kreutz* § 77 Rn. 226 m.w.N.

59 *Veit*, Funktionelle Zuständigkeit S. 322.

60 Sozialprivatrecht S. 537 ff.

61 Arbeitsmarkt und Wettbewerb Rn. 1418 ff.; *ders.* in: Zukunft der Unternehmensmitbestimmung, Rn. 9.

62 Ebenso *Veit*, Funktionelle Zuständigkeit S. 309; *Richardi* Einl. Rn. 132; *Busch*, Gruppenarbeit S. 140 f.; im Grundsatz auch *Franzen* NZA 2006 Beilage 10 S. 107, 110 f.

knüpfungspunkt im Arbeitsverhältnis hingegen sind Rechtspositionen der Arbeitnehmer seinem Zugriff grundsätzlich entzogen.[63]

Dessen ungeachtet kann der Betriebsrat im Rahmen seiner Zuständigkeit **32**
Vereinbarungen mit dem Arbeitgeber schließen, die arbeitsvertragliche Rechte der Arbeitnehmer nicht beeinträchtigen. Die Legitimation solcher Regelungen ergibt sich unmittelbar aus dem BetrVG, etwa für die Ausgestaltung einer Sozialeinrichtung aus § 87 Abs. 1 Nr. 8 BetrVG.[64]

c) Mitbestimmung und Günstigkeitsprinzip

[1] Grundsatz

Weil auch das Arbeitsverhältnis als Schuldverhältnis nur relativ zwischen **33**
den Beteiligten wirkt, hindern arbeitsvertragliche Absprachen den Arbeitgeber wiederum nicht, mit dem Betriebsrat anderslautende Vereinbarungen zu schließen.

> So kann er etwa einem Arbeitnehmer die Erlaubnis geben, im Großraumbüro Radio zu hören, anschließend aber eine Betriebsvereinbarung über ein generelles Verbot des Radiohörens im Büro unterzeichnen.

Die Vertragsrechtsakzessorietät der Betriebsverfassung verhindert also **34**
nur unmittelbare Eingriffe in das Arbeitsverhältnis. Sie verhindert aber nicht, daß arbeitsvertragliche und betriebsverfassungsrechtliche Regelungen zu einer Frage kollidieren. Dabei sichert das Günstigkeitsprinzip als Kollisionsnorm[65] die Privatautonomie des Arbeitnehmers. Günstigere einzelvertragliche Regelungen gehen einer Betriebsvereinbarung grundsätzlich vor,[66] obwohl § 77 Abs. 4 BetrVG anders als § 4 Abs. 3 TVG (für Tarifverträge) dies nicht ausdrücklich festlegt. § 77 Abs. 4 Satz 1 BetrVG ist einer verfassungskonformen Auslegung zugänglich, die das Günstigkeitsprinzip als verfassungsmäßig anerkannten Grundsatz des Arbeitsrechts berücksichtigt.[67] Art. 12 Abs. 1 GG schützt mit dem Recht auf freie Wahl des Arbeitsplatzes zugleich das Recht, die Arbeits-

63 A.A. *Hänlein* RdA 2003, 26, 30, der den Betriebsrat – zu Unrecht – durch die Betriebsratswahl zu solchen Belastungen legitimiert sieht.

64 *Franzen* (NZA 2006 Beilage 10 S. 107, 108 ff.) begründet die Betriebsautonomie insoweit mit dem Repräsentationsgedanken.

65 Fitting § 77 Rn. 196.

66 St.Rspr., etwa GS BAG 16.9.1986 – GS 1/82 – AP Nr. 17 zu § 77 BetrVG 1972 [C.]; BAG 20.1.2000 – 2 ABR 40/99 – AP Nr. 40 zu § 103 BetrVG 1972 [II.2.d]; ebenso D/K/K/*Berg* § 77 Rn. 19; *von Hoyningen-Huene*, BetrVR § 11 Rn. 65; GK-BetrVG/*Kreutz* § 77 Rn. 234 f. m.w.N.; a.A. *Reuter* ZfA 1993, 221, 245 ff.

67 *Belling*, Günstigkeitsprinzip S. 111 ff. m.w.N.; H/S/W/G/N/*Worzalla* § 77 Rn. 154; GK-BetrVG/*Kreutz* § 77 Rn. 240; *Richardi* § 77 Rn. 142.

bedingungen privatautonom zu gestalten. Kollektivrechtliche „Höchstarbeitsbedingungen“ wären damit unvereinbar.[68]

35 Wegen des Bezugs zur individuellen Vertragsfreiheit des einzelnen kann für den Günstigkeitsvergleich nur ein individueller Maßstab gelten.[69] Anders sieht das BAG dies für Sozialleistungen auf der Grundlage einer betrieblichen Einheitsregelung. Hier soll eine Betriebsvereinbarung die bisherige Regelung verdrängen, solange sie nur insgesamt für die Belegschaft nicht ungünstiger ist (kollektiver Günstigkeitsvergleich).[70] Die Rechtsstellung des einzelnen kann sich dabei auch verschlechtern. Diese Ansicht ist verfassungsrechtlich nicht haltbar und hat zu Recht in der Literatur nahezu einhelligen Widerspruch hervorgerufen.[71] Weil die Betriebsverfassung vertragsrechtsakzessorisch ist, kann sich der Arbeitgeber nicht durch Betriebsvereinbarung von vertraglichen Bindungen lösen, soweit er dazu nicht individualrechtlich befugt ist. Auch im Betrieb schützt die Verfassung die Vertragsfreiheit des einzelnen als Individuum und zwingt ihn nicht in einen Betriebsverband, dem er seine Interessen unterzuordnen hätte.[72]

36 Das bedeutet freilich nicht, daß das Günstigkeitsprinzip ein Wahlrecht gewährte. Die Günstigkeit ist nach einem objektiven Maßstab zu beurteilen, nicht aus der subjektiven Sicht des Betroffenen.[73] Andernfalls stünde die nach § 77 Abs. 4 Satz 1 BetrVG ausdrücklich zwingende Geltung der Betriebsvereinbarung zur Disposition des Arbeitnehmers.[74] Dessen Wille setzt sich also nicht immer durch. Das Betriebsverfassungsrecht als kollektives Arbeitnehmerschutzrecht[75] nimmt ihm gerade die Möglichkeit, freiverantwortlich von kollektiven Mindestarbeitsbedingungen „nach unten“ abzuweichen.[76]

---

68 *Richardi* § 77 Rn. 142; *ders.*, Kollektivgewalt S. 368.

69 GS BAG 7.11.1989 – GS 3/85 – AP Nr. 46 zu § 77 BetrVG 1972 [C.II.2]; BAG 27.01.2004 – 1 AZR 148/03 – AP Nr. 166 zu § 112 BetrVG 1972 [II.2.b.aa]; Fitting § 77 Rn. 200; GK-BetrVG/*Kreutz* § 77 Rn. 243; *Richardi* § 77 Rn. 146; D/K/K/*Berg* § 77 Rn. 19.

70 GS BAG 16.9.1986 – GS 1/82 – AP Nr. 17 zu § 77 BetrVG 1972; BAG 21.9.1989 – 1 AZR 454/88 – AP Nr. 43 zu § 77 BetrVG 1972 [III.]; BAG 28.3.2000 – 1 AZR 366/99 – AP Nr. 83 zu § 77 BetrVG 1972 [II.2.a].

71 Zur Kritik statt aller *Kühn*, Nachteiligkeit S. 52 f. und 113 f. m.w.N.

72 So aber *Reuter* ZfA 1993, 221, 245 ff.; dagegen *Wittgruber*, Vertragsfreiheit S. 74 f.; *Rieble*, Arbeitsmarkt und Wettbewerb Rn. 1413 ff.

73 BAG 27.01.2004 – 1 AZR 148/03 – AP Nr. 166 zu § 112 BetrVG 1972 [II.2.b.aa]; Fitting § 77 Rn. 200; GK-BetrVG/*Kreutz* § 77 Rn. 247; Richardi § 77 Rn. 146; a.A. *Gitter* FS Wlotzke S. 297, 301 ff m.w.N.

74 *Richardi* § 77 Rn. 146.

75 GK-BetrVG/*Kraft*/*Franzen* § 1 Rn. 88; weitere Nachweise unten Fn. 168 zu Rn. 337.

76 A.A. jedenfalls für das Tarifvertragsrecht *Gitter* FS Wlotzke S. 297, 301 f.

[2] Grenzen

Der unmittelbare Bezug zur Vertragsfreiheit des einzelnen setzt der An- **37**
wendung des Günstigkeitsprinzips in der Betriebsverfassung zugleich Grenzen. Es ist als Kollisionsregel auf das bilaterale Verhältnis von Arbeitgeber und Arbeitnehmer zugeschnitten. Den faktischen Wechselbeziehungen zwischen den Arbeitnehmern im Betrieb[77] trägt es keine Rechnung.[78] Deshalb kann es in Mitbestimmungsangelegenheiten nicht greifen, soweit eine Maßnahme zugunsten des einen Arbeitnehmers zugleich einen oder mehrere andere belastet.[79]

Insofern ist es kein Redaktionsversehen, daß das BetrVG anders als das **38**
TVG nicht umfassend auf das Günstigkeitsprinzip verweist.[80] Das BetrVG „öffnet" die einzelnen Arbeitsverhältnisse dem Zugriff der Betriebspartner – auch zu Lasten der Arbeitnehmer. Vertragliche Bindungen des Arbeitgebers gegenüber einzelnen Beschäftigten hindern eine mitbestimmte Regelung nicht. So ist es ausgeschlossen, daß ein Arbeitnehmer sich *auf Kosten der anderen* besonders günstige Arbeitsbedingungen sichert. Die Betriebsverfassung „*stellt den Individualvertrag unter ein Rücksichtnahmegebot zugunsten Dritter*".[81] Der Gesetzgeber sorgt so für praktische Konkordanz der Grundrechte im Betrieb: Die Privatautonomie des einen wird beschränkt, um der Berufsfreiheit der Kollegen Rechnung zu tragen.

> Aus diesem Grund kann ein kraft Betriebsvereinbarung geltendes Verbot des Radiohörens im Großraumbüro nicht individualvertraglich zugunsten eines einzelnen Arbeitnehmers abbedungen werden. Ebensowenig kann sich ein Arbeitnehmer günstige Arbeitszeiten sichern, wenn infolgedessen seine Kollegen im Rahmen der betrieblichen Arbeitszeitregelung auf die verbleibenden ungünstigeren Zeiten verwiesen wären.

Die Betriebsverfassung ist also „eingebettet" zwischen tarifvertraglicher **39**
(§ 77 Abs. 3 BetrVG) und arbeitsvertraglicher (§ 77 Abs. 4 BetrVG) Ebene. Mit Recht stellt *Heinze* fest:

---

77 Oben Rn. 25.

78 *Löwisch/Rieble* § 4 Rn. 296.

79 *Wiese* ZfA 2000, 117, 142 mit Hinweis auf *Säcker*, AR-Blattei D, Betriebsvereinbarung I, D II 2 c; *Rieble*, Arbeitsmarkt und Wettbewerb Rn. 1425; *Franzen* NZA 2006, Beilage 10 S. 107, 113 f.; *Löwisch* BB 1991, 59, 61; *Hurlebaus*, Fehlende Mitbestimmung S. 73 Fn. 138; *Annuß* NZA 2001, 756, 762 f.; einschränkend *H. Hanau*, Individualautonomie S. 130 f.; a.A. GK-BetrVG/*Kreutz* § 77 Rn. 241; ausführliche Darstellung des Meinungsstreits bei *H. Hanau*, Individualautonomie S. 3 ff.

80 So aber GS BAG 7.11.1989 – GS 3/85 – AP Nr. 46 zu § 77 BetrVG 1972 [C.II.1]; GK-BetrVG/*Kreutz* § 77 Rn. 247; wie hier H/S/W/G/N/*Worzalla* § 77 Rn. 154.

81 *Rieble*, Arbeitsmarkt und Wettbewerb Rn. 1433; *ders.* in: Zukunft der Unternehmensmitbestimmung, Rn. 9, 30.

> „Die Betriebsautonomie kann zulässigerweise nur in jenem schmalen Korridor Rechtswirkungen entfalten, der sich einerseits jenseits der Tarifautonomie des Art. 9 III GG und andererseits jenseits des verfassungsrechtlich geschützten Bereichs der Privatautonomie gemäß Art. 2 und Art. 12 GG sowie jenseits der verfassungsrechtlich geschützten unternehmerischen Entscheidungsfreiheit auftut."[82]

40 Die Ausgestaltung der Mitbestimmung durch den Gesetzgeber wird daher – jedenfalls im Verhältnis zum Arbeitsvertrag[83] – durch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz begrenzt. Die Privatautonomie darf nur beschränkt werden, soweit dies im Sinne praktischer Konkordanz erforderlich ist. Deshalb vernichtet eine Betriebsvereinbarung entgegenstehende einzelvertragliche Abreden nicht, sondern verdrängt sie nur.[84] Die Unwirksamkeit wäre ein nicht erforderlicher und damit unverhältnismäßiger Eingriff in die Vertragsfreiheit der Arbeitnehmer.[85] Diese Suspensivwirkung sorgt dafür, daß sich die mitbestimmte Regelung durchsetzt; die Betriebsvereinbarung gilt nach § 77 Abs. 4 Satz 1 BetrVG unmittelbar und zwingend.

5. Unwirksamkeit nach der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung

a) Negative normative Wirkung

41 Ähnlich der normativen Wirkung der Betriebsvereinbarung erzeugt die Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung eine (negative) normative Wirkung des Mitbestimmungsrechts. Die betriebsverfassungsrechtlichen Beteiligungspflichten des Arbeitgebers gegenüber dem Betriebsrat wirken über das Betriebsverhältnis hinaus auf das Arbeitsverhältnis ein. Schon das Bestehen eines Mitbestimmungsrechts erzeugt also Wirkungen gegenüber den Arbeitnehmern, nicht erst seine Ausübung durch Betriebsvereinbarung.

---

82 *Heinze* NZA 1997, 1, 5.

83 Inwieweit die Tarifautonomie verfassungsrechtlichen Schutz gegenüber der Betriebsautonomie beanspruchen kann, ist stark umstritten, dazu H/S/W/G/N/*Worzalla* § 77 Rn. 98 f. m.w.N.; einschränkend *Richardi*, Betriebsverfassung und Privatautonomie S. 16 ff.

84 BAG 21.9.1989 – 1 AZR 454/88 – AP Nr. 43 zu § 77 BetrVG 1972 [IV.]; BAG 28.3.2000 – 1 AZR 366/99 – AP Nr. 83 zu § 77 BetrVG 1972 [II.2] mit Anm. *Richardi*; *Brune* AR-Blattei SD 520 Rn. 466 ff.; H/S/W/G/N/*Worzalla* § 77 Rn. 172; *Richardi* § 77 Rn. 159; D/K/K/*Berg* § 77 Rn. 19; Fitting § 77 Rn. 197; Franzen NZA 2006, Beilage 10 S. 107, 113; *Konzen* FS von Maydell S. 341, 360 ff.; *Annuß* NZA 2001, 756, 763; a.A. GK-BetrVG/*Kreutz* § 77 Rn. 231; *ders.* FS Konzen S. 461, 463 f.; *Merten*, Regelungsbefugnisse S. 170 ff.

85 So auch H/S/W/G/N/*Worzalla* § 77 Rn. 172.

Dabei gerät die h.M. in Konflikt mit der Vertragsrechtsakzessorietät der Betriebsverfassung, denn die Unwirksamkeit als Folge gemeinsamer Gestaltungsmacht von Arbeitgeber und Betriebsrat[86] stützt sich allein auf die betriebsverfassungsrechtlich angeordnete Beteiligung des Betriebsrats und nicht auf vertragsrechtliche Befugnisse des Arbeitgebers. Sie beschränkt die Vertragsfreiheit der Arbeitnehmer also erheblich stärker als die normative Wirkung der Betriebsvereinbarung. Anders als deren unmittelbare und zwingende Geltung nach § 77 Abs. 4 Satz 1 BetrVG steht die Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung für echte Eingriffe in das Arbeitsverhältnis ohne individualrechtliche Eingriffsgrundlage. **42**

Damit stellt sich erst recht die Frage nach einem Ausgleich von Mitbestimmung und Vertragsfreiheit. In § 103 Abs. 3 Satz 1 Hs. 2 BetrVG sorgt das Gesetz selbst für einen solchen Ausgleich: Das Einverständnis des Arbeitnehmers mit einer Versetzung macht die Zustimmung des Betriebsrats entbehrlich.[87] Eine für das gesamte BetrVG gültige Wertung kommt darin allerdings nicht zum Ausdruck. Schon auf das allgemeine Zustimmungserfordernis bei Versetzungen nach § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG läßt sich die Entscheidungsfreiheit des Betroffenen nicht ohne weiteres übertragen, weil insbesondere in § 99 Abs. 2 Nr. 3 und 6 BetrVG zum Ausdruck kommt, daß der Betriebsrat auch die Interessen der Kollegen wahrnehmen soll. Nach h.M. macht das Einverständnis des Arbeitnehmers dementsprechend die Beteiligung des Betriebsrats nach § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG nicht entbehrlich.[88] Anders liegt die Sache nur bei Versetzungen in einen anderen Betrieb, weil in diesen Fällen der Betriebsrat des Aufnahmebetriebs das Belegschaftsinteresse im Rahmen der Zustimmung zur Einstellung wahrnimmt.[89] **43**

Für das Günstigkeitsprinzip wiederum ist bei strenger Anwendung der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung kein Raum. Es setzt voraus, daß zwei konkurrierende Regelungen denselben Sachverhalt erfassen.[90] Die individualrechtliche Unwirksamkeit mitbestimmungswidriger Rechtsgeschäfte verhindert aber, daß es zu einer solchen Kollision kommt.[91] Daß dieses Ergebnis im Hinblick auf die Privatautonomie des Arbeitnehmers **44**

86 Oben Rn. 18.
87 Dazu *Rieble* NZA Sonderheft 2001, 48, 59.
88 GK-BetrVG/*Kraft*/*Raab* § 99 Rn. 81; Richardi/*Thüsing* § 99 Rn. 301; zur Rechtslage vor Einführung des § 103 Abs. 3 BetrVG; BAG 14.11.1989 – 1 ABR 87/88 – AP Nr. 76 zu § 99 BetrVG 1972 [B.I.2.b.cc].
89 BAG 20.9.1990 – 1 ABR 37/90 – AP Nr. 84 zu § 99 BetrVG 1972; Richardi/*Thüsing* § 99 Rn. 301.
90 *Schmidt*, Günstigkeitsprinzip S. 20 f.
91 GK-BetrVG/*Kreutz* § 77 Rn. 242; *Buchner* DB 1983, 877,

nicht haltbar ist, hat auch der Große Senat des BAG in seiner Entscheidung vom 16.9.1986 gesehen.[92]

b) Fazit

45 Obwohl also die rechtshindernde Wirkung der Mitbestimmungsrechte nach der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung dogmatisch der normativen Wirkung der Betriebsvereinbarung vergleichbar ist, leidet sie an einem Legitimationsproblem. Eine generelle Unwirksamkeit mitbestimmungswidriger Maßnahmen läßt sich auf Grundlage der allgemeinen Mitbestimmungsdogmatik nicht begründen, weil die Betriebsverfassung die Privatautonomie des Arbeitnehmers grundsätzlich unberührt läßt. Die h.M. bedarf also entweder einer besonderen Begründung, oder aber die Unwirksamkeit muß erheblich eingeschränkt werden, um der Vertragsfreiheit der Arbeitnehmer Rechnung zu tragen.

III. Anwendungsbereich der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung

46 Bevor geklärt werden kann, ob die h.M. unter diesen Vorzeichen eine in sich stimmige Rechtsfolgenregelung bieten kann, ist festzustellen, für welche Mitbestimmungstatbestände die Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung – ungeachtet etwaiger terminologischer Bedenken[93] – überhaupt gelten soll. Das BAG entscheidet je nach Beteiligungsrecht unterschiedlich.

1. Abgrenzung: Gegenstand der Mitbestimmung

47 Dabei gilt im Grundsatz, daß die Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung nur die Unwirksamkeit solcher Maßnahmen begründet, die unmittelbar der Mitbestimmung unterliegen. Rechtsgeschäfte, die der Vorbereitung oder der Umsetzung einer solchen Maßnahme dienen oder auf andere Weise mit ihr verknüpft sind, bleiben grundsätzlich wirksam.

48 Das Gesetz selbst trifft diese Unterscheidung für die Betriebsratsbeteiligung bei ordentlichen Kündigungen nach § 102 BetrVG. Während die Anhörung nach Abs. 1 Satz 1 das Rechtsgeschäft selbst betrifft, richtet sich ein Widerspruch des Betriebsrats nach Abs. 3 allein gegen seinen Vollzug. Dementsprechend führt die fehlende Anhörung nach Abs. 1 Satz 3 zur Unwirksamkeit der Kündigung, der Widerspruch begründet hingegen nur einen Weiterbeschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers nach Abs. 5

92 GS BAG 16.9.1986 – GS 1/82 – AP Nr. 17 zu § 77 BetrVG 1972 [C.III.4].
93 *Miersch*, Rechtsfolgen S. 99.

Satz 1. Der Widerspruch „infiziert“ also nicht etwa die Kündigungserklärung, er hindert nur (vorerst) ihren Vollzug.[94]

So unterscheidet auch das BAG im Rahmen des § 95 BetrVG zwischen den mitbestimmungsbedürftigen allgemeinen[95] Auswahlrichtlinien und einer darauf beruhenden Kündigung. Letztere ist nicht unwirksam, nur weil der Arbeitgeber die Sozialauswahl auf nicht mitbestimmte Richtlinien stützt.[96] Das steht im Einklang mit § 1 Abs. 4 KSchG, wonach die Auswahlrichtlinien den Maßstab für die gerichtliche Überprüfung der Sozialauswahl beschränken. Ist die Richtlinie unwirksam, bleibt es im Umkehrschluß bei der vollständigen Prüfung nach § 1 Abs. 3 KSchG; die Kündigung aber ist nicht von vornherein unwirksam. Erst recht scheidet eine „Rechtswidrigkeitsinfektion“ der Auswahlentscheidung bei anderen personellen Einzelmaßnahmen aus, weil das Ermessen des Arbeitgebers bei diesen nicht vergleichbar der Sozialauswahl nach § 1 Abs. 3 KSchG individualrechtlich beschränkt ist.[97] **49**

Der Gegenstand der Mitbestimmung ist also von der Folgemaßnahme zu unterscheiden; die Rechtsprechung hält diese Trennung jedoch nicht konsequent durch. So soll eine Beurteilung dem Arbeitnehmer gegenüber allein deshalb rechtswidrig sein, weil sie auf nicht mitbestimmten (§ 94 Abs. 2 BetrVG) Beurteilungsgrundsätzen beruht.[98] **50**

Für die Mitbestimmung beim Entgelt nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG hat der fünfte Senat den individualrechtlich möglichen Widerruf einer Forschungszulage durch den Arbeitgeber für unwirksam erklärt, wenn der Arbeitnehmer, dessen Zulage widerrufen werden sollte, auf der Grundlage einer nicht mitbestimmten Regelung ausgewählt wurde.[99]

Festzuhalten ist: Nach der Rechtsprechung ist es möglich, daß eine mitbestimmungswidrige Maßnahme eine mit ihr in Zusammenhang stehende, mitbestimmungsfreie Maßnahme mit dem Verdikt der Rechtswidrigkeit **51**

94 Fitting § 102 Rn. 98; *von Hoyningen-Huene*, BetrVR § 14 Rn. 87.

95 Unter die Vorschrift fallen nach der Rechtsprechung des BAG allerdings auch solche Richtlinien, die für eine konkret anstehende betriebliche Maßnahme aufgestellt werden, BAG 26.7.2005 – 1 ABR 29/04 – AP Nr. 43 zu § 95 BetrVG 1972.

96 BAG 26.7.2005 – 1 ABR 29/04 – AP Nr. 43 zu § 95 BetrVG 1972 [B.II.2.b.bb]; BAG 6.7.2006 – 2 AZR 442/05 – AP Nr. 82 zu § 1 KSchG 1969 Soziale Auswahl [B.I.6]; ebenso *Gaul*/*Bonanni*/*Naumann* BB 2006, 549, 552; *Rossa*/*Salamon* NJW 2008, 1991.

97 Vgl. Richardi/*Thüsing* § 95 Rn. 70 f.

98 Für das BPersVG BAG 28.3.1979 – 5 AZR 80/77 – AP Nr. 3 zu § 75 BPersVG [I.].

99 BAG 17.12.1980 – 5 AZR 570/78 – AP Nr. 4 zu § 87 BetrVG Lohngestaltung. Zur Kritik ausführlich unten Rn. 195 ff.

„infiziert". Daraus ergibt sich eine Zweistufenprüfung. Im ersten Schritt ist zu fragen, welche Maßnahme der Mitbestimmung unterliegt. Auf der zweiten Stufe steht die Prüfung, ob die Verletzung des Beteiligungsrechts auf andere Maßnahmen „ausstrahlt".

2. Echte Mitbestimmungsrechte

52 Im Bereich der echten Mitbestimmungsrechte gilt das positive Konsensprinzip.[100] Der Betriebsrat wirkt als gleichberechtigter Partner des Arbeitgebers an der Gestaltung der Arbeitsverhältnisse mit, und seine Mitwirkung kann nur durch die Einigungsstelle, nicht aber durch das Arbeitsgericht ersetzt werden. Außer in § 87 Abs. 1 BetrVG sind solche Mitbestimmungsrechte in den §§ 94, 95 Abs. 2, 97 Abs. 2, 98 Abs. 1 und 112 BetrVG enthalten.

a) Soziale Angelegenheiten, § 87 Abs. 1 BetrVG

53 Das BAG entwickelte die Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung zum Bereich der Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten nach § 87 Abs. 1 BetrVG. Hier entspricht sie heute der ganz h.M.[101]

b) Personalfragebogen und persönliche Angaben, § 94 Abs. 1, 2 BetrVG

54 § 94 Abs. 1 BetrVG gewährt dem Betriebsrat ein Mitbestimmungsrecht zum Inhalt von Personalfragebogen, das Abs. 2 auf Angaben in standardisierten schriftlichen Arbeitsverträgen erweitert. Der Einsatz solcher Formulare ohne Billigung des Betriebsrats ist nach der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung auch gegenüber dem Arbeitnehmer oder Stellenbewerber rechtswidrig;[102] er kann sich deshalb weigern, die mitbestimmungswidrig gestellten Fragen zu beantworten.[103] Ein Recht zur Lüge soll ihm allein wegen des kollektivrechtlichen Verstoßes allerdings nicht zustehen; dafür ist nach Ansicht des BAG allein die individualrechtliche Zulässigkeit der Frage maßgeblich.[104]

---

100 *Von Hoyningen-Huene* BetrVR § 11 Rn. 8; *Richardi* Vorbem. zum 4. Teil Rn. 30.

101 Nachweise in Fn. 4 und 5 zu Rn. 7.

102 D/K/K/*Klebe* § 94 Rn. 25.

103 BAG 22.10.1986 – 5 AZR 660/85 – AP Nr. 2 zu § 23 BDSG [B.I.1.a]; Fitting § 94 Rn. 34; GK-BetrVG/*Kraft*/*Raab* § 94 Rn. 41.

104 BAG 2.12.1999 – 2 AZR 724/98 – AP Nr. 16 zu § 79 BPersVG; zustimmend *Raab* ZfA 1997, 183, 227; ErfK/*Kania* § 94 BetrVG Rn. 3; kritisch Fitting § 94 Rn. 35; D/K/K/*Klebe* § 94 Rn. 25; *Wolter* RdA 2006, 137, 144.

c) Beurteilungsgrundsätze, § 94 Abs. 2 BetrVG

Beurteilungsgrundsätze, die der Arbeitgeber entgegen § 94 Abs. 2 BetrVG ohne Zustimmung des Betriebsrats verwendet, dürfen nicht für eine Beurteilung der Arbeitnehmer herangezogen werden. Unter Berufung auf die Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung kann dies auch der Arbeitnehmer geltend machen. Ihm soll ein Anspruch auf Entfernung der Beurteilung aus seiner Personalakte schon allein deshalb zustehen, weil der Arbeitgeber mit dem Betriebsrat nicht abgestimmte Grundsätze zugrunde gelegt hat.[105] Es handelt sich also um einen Fall der „Rechtswidrigkeitsinfektion".[106] **55**

d) Auswahlrichtlinien, § 95 Abs. 1 BetrVG

Die Mitbestimmungswidrigkeit von Auswahlrichtlinien hingegen strahlt nicht auf darauf beruhende Auswahlentscheidungen aus.[107] **56**

Davon strikt zu trennen sind Verstöße des Arbeitgebers gegen Auswahlrichtlinien, die er mit dem Betriebsrat bereits ausgehandelt hat. Hier ergeben sich die individualrechtlichen Rechtsfolgen aus den §§ 99 Abs. 2 Nr. 2, 102 Abs. 3 Nr. 2 BetrVG und § 1 Abs. 2 Nr. 1 lit. a) KSchG. **57**

e) Einführung betrieblicher Bildungsmaßnahmen, § 97 Abs. 2 BetrVG

Keine individualrechtlichen Auswirkungen entstehen nach h.M. aus einer Verletzung des Mitbestimmungsrechts aus § 97 Abs. 2 BetrVG. Der Betriebsrat kann Bildungsmaßnahmen erzwingen, um Arbeitnehmer vor einem Arbeitsplatzverlust zu bewahren, die Kündigungen selbst unterliegen aber nicht der Mitbestimmung. Ihre Zulässigkeit wird allein an § 1 Abs. 2 KSchG gemessen.[108] Wären die Umschulungsmaßnahmen dem Arbeitgeber zumutbar gewesen, kann die Kündigung aber nach § 1 Abs. 2 Satz 3 KSchG sozialwidrig sein.[109] **58**

---

105 GK-BetrVG/*Kraft*/*Raab* § 94 Rn. 55; Fitting § 94 Rn. 35; Richardi/*Thüsing* § 94 Rn. 71; für das BPersVG: BAG 28.3.1979 – 5 AZR 80/77 – AP Nr. 3 zu § 75 BPersVG [I.].

106 Oben Rn. 50 ff.

107 Oben Rn. 49.

108 GK-BetrVG/*Raab* § 97 Rn. 29; Richardi/*Thüsing* § 97 Rn. 16; Fitting § 97 Rn. 37; *Franzen* NZA 2001, 865, 871; *Rieble* NZA Sonderheft 2001, 48, 55; *Burkert*, Mitbestimmung S. 191; a.A. (Kündigung unwirksam): D/K/K/*Buschmann* § 97 Rn. 28; *Annuß* NZA 2001, 367, 368.

109 *Franzen* NZA 2001, 865, 871; ErfK/*Kania* § 97 BetrVG Rn. 8; GK-BetrVG/*Raab* § 97 Rn. 29; *Heither* AR-Blattei SD 530.14.3 Rn. 271.

f) Durchführung betrieblicher Bildungsmaßnahmen, § 98 Abs. 1 BetrVG

59 § 98 Abs. 1 BetrVG garantiert dem Betriebsrat ein Mitbestimmungsrecht bei abstrakt-generellen Regelungen zur Durchführung betrieblicher Bildungsmaßnahmen, soweit das Gesetz dem Arbeitgeber einen Gestaltungsspielraum läßt.[110] Mitbestimmungsfrei sind individuelle Maßnahmen gegenüber einzelnen Arbeitnehmern.[111]

60 Die Durchführung der Bildungsveranstaltung ist ein tatsächlicher Vorgang, der nicht unwirksam sein kann. Wenn bisweilen dennoch die Mitbestimmung nach § 98 Abs. 1 BetrVG als Wirksamkeitsvoraussetzung der betrieblichen Bildung dargestellt wird,[112] so kann sich das allenfalls auf die Durchführungsregelungen beziehen, die der Arbeitgeber einseitig erlassen hat. Enthalten diese Regelungen etwa Anforderungen für eine Abschlußprüfung, so könnten sich die Arbeitnehmer auf deren Unverbindlichkeit berufen.

61 Die von den Arbeitnehmern erworbenen Qualifikationsnachweise werden von der Rechtswidrigkeit nicht infiziert. Sofern ihre Voraussetzungen nicht ohnehin rein öffentlich-rechtlich geregelt sind, wäre die Nicht-Anerkennung eine sinnwidrige Belastung für die Arbeitnehmer.[113]

62 Ob sich ein Arbeitnehmer im übrigen gegenüber dem Arbeitgeber auf die Rechtswidrigkeit der Bildungsmaßnahme wegen fehlender Mitbestimmung berufen kann, ist zweifelhaft. Dies wird teilweise bejaht, wenn sich die erworbenen Kenntnisse im konkreten Fall zu seinem Nachteil auswirken.[114] Letztlich geht es um eine Fernwirkung des Mitbestimmungsrechts: Kann der Arbeitgeber etwa im Rahmen einer Beurteilung darauf abstellen, daß der Arbeitnehmer das in der fraglichen Schulung vermittelte Wissen unzureichend anwendet? Das BAG hat die Frage offen gelassen und bislang lediglich – zutreffend – entschieden, daß für die Prüfung, ob ein Arbeitnehmer einen Schaden schuldhaft verursacht hat, auf seinen tatsächlichen Kenntnisstand abzustellen sei, so daß auch

---

110 BAG 5.11.1985 – 1 ABR 49/83 – AP Nr. 2 zu § 98 BetrVG 1972 [B.I.3]; ErfK/*Kania* § 98 BetrVG Rn. 3 m.w.N.

111 BAG 24.8.2004 – 1 ABR 28/03 – AP Nr. 12 zu § 98 BetrVG 1972 [B.II.2.c]; GK-BetrVG/*Raab* § 98 Rn. 10, 12.

112 *Oetker*, Berufsbildungsmaßnahmen S. 113; *Haßlöcher*, Qualifizierung S. 91; dagegen *Gimpel*, Fehler S. 99.

113 *Oetker*, Berufsbildungsmaßnahmen S. 113 f.; *Gilberg*, Berufsbildung S. 261; *Eich* DB 1974, 2154, 2158.

114 *Gilberg*, Berufsbildung S. 261 f., für die Versetzung eines Arbeitnehmers auf einen schlechteren Arbeitsplatz, die erst aufgrund der vorher erworbenen Qualifikation ermöglicht wurde.

im Rahmen einer solchen Bildungsveranstaltung erworbene Kenntnisse zu berücksichtigen seien.[115]

g) Auswahl der Teilnehmer für Bildungsmaßnahmen, § 98 Abs. 3 BetrVG

Führt der Arbeitgeber eine Bildungsmaßnahme durch, stellt er Arbeitnehmer für eine solche frei oder trägt er die Kosten für die Teilnahme, so kann der Betriebsrat Arbeitnehmer vorschlagen, die in den Genuß der Vergünstigungen kommen sollen. Haben Arbeitgeber und Betriebsrat mehr Kandidaten benannt, als der Arbeitgeber – insoweit mitbestimmungsfrei – Schulungsplätze zur Verfügung stellt, müssen sich die Betriebspartner auf eine Teilnehmerliste einigen.[116] **63**

Im Zusammenhang mit dem Vorschlagsrecht des Betriebsrats aus § 98 Abs. 3 BetrVG wird die Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung fast nicht thematisiert. Allerdings liegt ihre Anwendung hier nicht ferner als etwa bei § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG, der ebenfalls der Verteilungsgerechtigkeit dient. Haben Arbeitgeber und Betriebsrat mehr Kandidaten benannt, als der Arbeitgeber – insoweit mitbestimmungsfrei – Schulungsplätze zur Verfügung stellt, müssen sich die Betriebspartner auf eine Teilnehmerliste einigen.[117] Stellt die vom Arbeitgeber eigenmächtig vorgenommene Auswahl für den Arbeitnehmer eine Belastung dar, etwa weil der Arbeitgeber ihn gegen seinen Willen verpflichtet, so könnte er demnach die Teilnahme verweigern.[118] **64**

h) Sozialplan, § 112 Abs. 4 BetrVG

Für die Mitbestimmung nach § 112 Abs. 4 BetrVG fehlt ein Ansatzpunkt für die Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung. Einseitige Maßnahmen des Arbeitgebers, die rechtswidrig oder unwirksam sein könnten, sind hier **65**

115 BAG 23.6.1994 – 8 AZR 599/92 – juris Rn. 46 f. Hingegen hatte die Vorinstanz (LAG Hamm 29.9.2991 – 2 Sa 248/92 – BB 1992, 2223) gestützt auf die Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung angenommen, der Arbeitgeber könne sich zur Begründung des Verschuldens nicht auf die mitbestimmungswidrig durchgeführte Schulung berufen; dem zustimmend HK-BetrVG/*Kreuder* § 98 Rn. 4.

116 BAG 8.12.1987 – 1 ABR 32/86 – AP Nr. 4 zu § 98 BetrVG 1972 [II.2]; GK-BetrVG/*Raab* § 98 Rn. 24.

117 BAG 8.12.1987 – 1 ABR 32/86 – AP Nr. 4 zu § 98 BetrVG 1972 [II.2]; GK-BetrVG/*Raab* § 98 Rn. 24.

118 *Viels* DB 1980, 2085, 2087; gegen individualrechtliche Folgen *Miersch*, Rechtsfolgen S. 61.

nicht denkbar, weil der Sozialplan nur als Betriebsvereinbarung durch Einigung der Betriebspartner möglich ist.[119]

3. Widerspruchs- und Zustimmungsverweigerungsrechte

66 Als schwächere Form der Mitbestimmungsrechte kennt das BetrVG Zustimmungsverweigerungsrechte. Hier gilt das negative Konsensprinzip: Der Betriebsrat kann nicht mitgestalten und auch keine Regelung erzwingen, sondern nur zu einer Maßnahme des Arbeitgebers Ja oder Nein sagen. In einigen Fällen ist er nicht einmal in dieser Entscheidung frei, sondern an gesetzliche Gründe für die Zustimmungsverweigerung (z.B. § 99 Abs. 2 BetrVG) gebunden.

a) Personelle Einzelmaßnahmen, § 99 BetrVG

67 Ob die Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung auch im Bereich des § 99 BetrVG Geltung beanspruchen kann, ist umstritten. Die Ansicht *Peter Hanaus,* der Gesetzgeber habe mit dem BetrVG 1972 die Unwirksamkeitslehre auf den gesamten Bereich der personellen Einzelmaßnahmen ausgedehnt,[120] hat sich jedenfalls in dieser Allgemeinheit nicht durchsetzen können.[121]

[1] Gegenstand des Mitbestimmungsrechts

68 § 99 BetrVG gibt – so wie die h.M. die Norm auslegt – eine stärkere Trennung von kollektivrechtlicher Ebene und individualrechtlicher Ebene vor als § 87 BetrVG. Im Bereich der Mitbestimmung bei personellen Einzelmaßnahmen nach § 99 BetrVG unterliegen keine rechtsgeschäftlichen Gestaltungen im Arbeitsverhältnis der Mitbestimmung, sondern tatsächliche betriebliche Vorgänge. „Einstellung" ist demnach tatsächliche Eingliederung des Arbeitnehmers in den Betrieb,[122] Versetzung ist die tatsächliche Zuweisung eines neuen Arbeitsplatzes.[123] Das BAG prüft allerdings, ob der Schutzzweck der Mitbestimmung die Unwirksamkeit eines Rechtsgeschäfts gebietet, mit dem ein solcher mitbestimmungswid-

---

119 *Miersch*, Rechtsfolgen S. 153 f.; *Gimpel*, Fehler S. 101.

120 *P. Hanau* RdA 1973, 281, 289.

121 *Bartels*, Versetzungen S. 35 f.; *von Hoyningen-Huene*, BetrVR § 14 Rn. 69; GK-BetrVG/*Kraft*/*Raab* § 99 Rn. 126.

122 BAG 15.4.1986 – 1 ABR 44/84 – AP Nr. 35 zu § 99 BetrVG 1972 [B.II.2.b]; BAG 28.4.1992 – 1 ABR 73/91 – AP Nr. 98 zu § 99 BetrVG 1972; Richardi/*Thüsing* § 99 Rn. 26; GK-BetrVG/*Kraft*/*Raab* § 99 Rn. 20 m.w.N.

123 BAG 26.5.1988 – 1 ABR 18/87 – AP Nr. 13 zu § 95 BetrVG 1972 [B.3]; *von Hoyningen-Huene*, BetrVR § 14 Rn. 35; Fitting § 99 Rn. 120; GK-BetrVG/*Kraft*/*Raab* § 99 Rn. 81.

riger Realakt vorbereitet wird[124] – ob also das Rechtsgeschäft „infiziert" wird.[125]

[2] Ein- und Umgruppierungen

Einen Sonderfall bilden Ein- und Umgruppierungen, weil der Arbeitgeber hier keinerlei Gestaltungsspielraum hat. Es geht um die bloße Anwendung abstrakter Vergütungsregeln auf einen Lebenssachverhalt;[126] die richtige Entgeltgruppe ergibt sich zwingend aus der Vergütungsordnung. Der Betriebsrat ist lediglich im Interesse einer richtigen Subsumtion zur Mitbeurteilung aufgerufen.[127] Für die Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung ist daher kein Raum.[128] **69**

[3] Einstellungen

[a] Wirksamkeit des Arbeitsvertrags

Die fehlende Betriebsratsbeteiligung bei der Einstellung macht den Arbeitsvertrag nicht unwirksam.[129] Das Zustimmungserfordernis, so das BAG, diene hier dem Schutz kollektiver Interessen der bisherigen Belegschaft, und diese würden erst durch die tatsächliche Beschäftigung des neuen Arbeitnehmers berührt.[130] Der Betriebsrat kann allerdings über § 101 BetrVG erzwingen, daß der Arbeitgeber den neuen Arbeitnehmer **70**

124 BAG 5.4.2001 – 2 AZR 580/99 – AP Nr. 32 zu § 99 BetrVG 1972 Einstellung [II.2.c.cc.(1)].

125 Dazu oben Rn. 50.

126 BAG 3.5.1994 – 1 ABR 58/93 – AP Nr. 2 zu § 99 BetrVG 1972 Eingruppierung [B.II.1.a].

127 BAG 22.3.1983 – 1 ABR 49/81 – AP Nr. 6 zu § 101 BetrVG 1972; Fitting § 99 Rn. 96.

128 BAG 26.1.1988 – 1 AZR 531/86 – AP Nr. 50 zu § 99 BetrVG 1972 [II.4.a]; BAG 30.9.1993 – 2 AZR 283/93 – AP Nr. 33 zu § 2 KSchG 1969; GK-BetrVG/*Kraft*/*Raab* § 99 Rn. 128; Fitting § 99 Rn. 281; D/K/K/*Kittner*/*Bachner* § 99 Rn. 220; KR/*Rost* § 2 KSchG Rn. 142.

129 BAG 2.7.1980 – 5 AZR 56/79 – AP Nr. 5 zu § 101 BetrVG 1972; BAG 28.4.1992 – 1 ABR 73/91 – AP Nr. 98 zu § 99 BetrVG 1972 [III.1]; BAG 5.4.2001 – 2 AZR 580/99 – AP Nr. 32 zu § 99 BetrVG 1972 Einstellung [II.2.c.cc.(3)]; Richardi/*Thüsing* § 99 Rn 293; GK-BetrVG/*Kraft*/*Raab* § 99 Rn. 125; *von Hoyningen-Huene*, BetrVR § 14 Rn. 69; D/K/K/*Kittner*/*Bachner* § 99 Rn. 216; a.A.: Fitting § 99 Rn. 278.

130 BAG 5.4.2001 – 2 AZR 580/99 – AP Nr. 32 zu § 99 BetrVG 1972 Einstellung [II.2.c.cc.(2)].

nicht weiter beschäftigt, was in aller Regel die arbeitgeberseitige Kündigung des Arbeitsverhältnisses zur Folge haben wird.[131]

[b] Leistungsverweigerungsrecht

71 Auf dieselbe teleologische Erwägung stützt sich das BAG bei der Frage, ob der mitbestimmungswidrig eingestellte Arbeitnehmer die Arbeitsleistung verweigern kann. Weil das Zustimmungserfordernis nicht seinen individuellen Schutz bezweckt, soll ihm ein Leistungsverweigerungsrecht nur zustehen, wenn der Betriebsrat im Interesse der Belegschaft nach § 101 BetrVG gegen die Einstellung vorgeht.[132]

[4] Versetzungen

[a] Unwirksamkeit der individualrechtlichen Gestaltung

72 Bei der Versetzung ist die Rechtslage stark umstritten. Das BAG hält eine Weisung des Arbeitgebers oder eine Änderungsvereinbarung[133] zur Versetzung „entsprechend“[134] § 134 BGB für unwirksam, wenn der Betriebsrat nicht beteiligt wurde.[135] Die h.L. folgt dem zumindest im Ergebnis.[136] Anders als bei der Einstellung könne der Betriebsrat hier die Zustimmung nach § 99 Abs. 2 Nr. 4 BetrVG auch im Interesse des betroffenen Arbeitnehmers verweigern; dieser auf den einzelnen ausgerichtete Schutzzweck gebiete die Unwirksamkeit, so die Begründung. Auch unter den Kritikern dieser Rechtsprechung[137] lehnen nur wenige die Unwirksamkeit des

131 BAG 2.7.1980 – 5 AZR 56/79 – AP Nr. 5 zu § 101 BetrVG 1972; BAG 5.4.2001 – 2 AZR 580/99 – AP Nr. 32 zu § 99 BetrVG 1972 Einstellung [II.2.c.cc.(3)]; GK-BetrVG/*Kraft*/*Raab* § 99 Rn. 125; D/K/K/*Kittner*/*Bachner* § 99 Rn. 216.

132 BAG 5.4.2001 – 2 AZR 580/99 – AP Nr. 32 zu § 99 BetrVG 1972 Einstellung [II.2.c.cc.(3)]; zustimmend D/K/K/*Kittner*/*Bachner* § 99 Rn. 216, 218a.

133 Zur Änderungskündigung unten Rn. 144 ff.

134 Zu Recht kritisch ob dieser Formulierung *Raab* ZfA 1995, 479, 495.

135 BAG 26.1.1988 – 1 AZR 531/86 – AP Nr. 50 zu § 99 BetrVG 1972 [II.4.b]; BAG 30.9.1993 – 2 AZR 283/93 – AP Nr. 33 zu § 2 KSchG 1969 [B.I.3.e.ff]; BAG 2.4.1996 – 1 AZR 743/95 – AP Nr. 34 zu § 95 BetrVG 1972 [II]; BAG 5.4.2001 – 2 AZR 580/99 – AP Nr. 32 zu § 99 BetrVG 1972 Einstellung [II.2.c.cc.(2)].

136 D/K/K/*Kittner*/*Bachner* § 99 Rn. 218; Fitting § 99 Rn. 283; *Griese* BB 1995, 458, 463; *P. Hanau* RdA 1973, 281, 290; *Boewer* RdA 1974, 72, 73 f.; G/L/*Löwisch* § 99 Rn. 119.

137 GK-BetrVG/*Kraft*/*Raab* § 99 Rn. 126; *Wlotzke*, Anmerkung AP Nr. 33 zu § 2 KSchG 1969; *Ehrich* NZA 1992, 731, 734; *Kraft*/*Hoehn* SAE 1989, 77 f.; *Raab* ZfA 1995, 479, 497 ff.; *von Hoyningen-Huene* NZA 1993, 145, 150; *ders.*, BetrVR § 14 Rn. 70; *Bartels*, Versetzungen S. 100, 104.

Rechtsgeschäfts generell ab.[138] Angeboten wird eine Vielzahl alternativer Lösungsmodelle,[139] die von schwebender Unwirksamkeit[140] bis zur Differenzierung danach reichen, ob die Versetzung auf Vereinbarung (wirksam) oder auf einer Weisung (unwirksam) beruht.[141]

Davon unberührt bleibt das Recht des Arbeitgebers, eine Versetzung unter den Voraussetzungen des § 100 BetrVG vorläufig vorzunehmen. In einem solchen Fall verletzt er das Beteiligungsrecht des Betriebsrats gerade nicht.[142] **73**

[b] Leistungsverweigerungsrecht

Folgt man der h.M., so hat der Arbeitgeber keinerlei Handhabe, den Arbeitnehmer zur Arbeit auf der neuen Stelle anzuhalten. Um einen Annahmeverzug zu vermeiden, muß er vielmehr den Betroffenen an seinem bisherigen Arbeitsplatz weiter beschäftigen.[143] Dessen ungeachtet bejaht das BAG ein – vor diesem Hintergrund eigentlich unnötiges – Leistungsverweigerungsrecht des Arbeitnehmers am neuen Arbeitsplatz.[144] **74**

Die Gegenansicht hält die rechtliche Grundlage der Versetzung für wirksam,[145] bejaht im Hinblick auf die Schutzfunktion der Mitbestimmung mehrheitlich aber ebenfalls ein Leistungsverweigerungsrecht des Arbeitnehmers.[146] **75**

b) Schutz von Funktionsträgern, § 103 BetrVG

[1] Mitbestimmung bei Kündigungen

Im Zusammenspiel mit § 15 Abs. 1 Satz 1 KSchG gewährleistet § 103 Abs. 1 und 2 BetrVG einen besonderen Kündigungsschutz für Arbeitnehmer, die betriebsverfassungsrechtliche Aufgaben übernehmen. Während § 15 Abs. 1 Satz 1 Hs. 1 KSchG die ordentliche Kündigung solcher Funktionsträger **76**

138 So *von Hoyningen-Huene* BetrVR § 14 Rn. 70; Richardi/*Thüsing* § 99 Rn. 299 f.
139 Dazu im einzelnen *Bartels*, Versetzungen S. 43 ff.
140 *Raab* ZfA 1995, 479, 504.
141 MünchArbR/*Matthes* § 265 Rn. 28 f.; G/L/*Löwisch* § 99 Rn. 119 f.
142 *Raab* ZfA 1995, 479, 505; GK-BetrVG/*Kraft*/*Raab* § 99 Rn. 126 a.E.
143 BAG 30.9.1993 – 2 AZR 283/93 – AP Nr. 33 zu § 2 KSchG 1969 [B.I.3.e.ff]; G/L/*Löwisch* § 99 Rn. 119.
144 BAG 27.1.1994 – 2 AZR 584/93 – AP Nr. 32 zu § 2 KSchG 1969 [II.2.c].
145 Nachweise bei *Bartels*, Versetzungen S. 45 f.
146 *Kraft*/*Hoehn* SAE 1989, 77, 78; GK-BetrVG/*Kraft*/*Raab* § 99 Rn. 126 a.E.; Richardi/*Thüsing* § 99 Rn. 299 f.; *Bartels*, Versetzungen S. 101 f.; dagegen: *von Hoyningen-Huene* NZA 1993, 145, 150; *Meisel* BB 1973, 944, 946.

generell ausschließt, ist eine außerordentliche Kündigung nach § 15 Abs. 1 Satz 1 Hs. 2 KSchG möglich, wenn der Arbeitgeber gemäß § 103 Abs. 1 BetrVG die Zustimmung des Betriebsrats einholt. Nach ganz h.M. muß dies vor Ausspruch der Kündigung geschehen,[147] weil § 15 Abs. 1 Satz 1 Hs. 2 KSchG darauf abstellt, daß die Zustimmung bereits *vorliegt*.[148]

77 Nach einhelliger Ansicht handelt es sich um einen ausdrücklich geregelten Fall der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung. Anders als bei § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG unterliegt hier das Rechtsgeschäft selbst der Mitbestimmung.[149] Eine Kündigung ohne Zustimmung des Betriebsrats ist gemäß § 15 Abs. 1 Satz 1 KSchG i.V.m. § 103 Abs. 1 Satz 1 BetrVG und § 134 BGB unwirksam.[150]

[2] Mitbestimmung bei Versetzungen

78 Für den Versetzungsschutz nach § 103 Abs. 3 BetrVG ist diese Rechtsfolge nicht ausdrücklich im Gesetz angeordnet, dennoch wird die individualrechtliche Unwirksamkeit einer mitbestimmungswidrigen Versetzungsregelung im Ergebnis zu Recht[151] bejaht.[152]

Man kann dieses Ergebnis aus dem Wortlaut der Vorschrift ableiten (*bedarf der Zustimmung*)[153] oder aus ihrem Zweck. § 103 Abs. 3 BetrVG

147 St. Rspr. seit BAG 22.8.1974 – 2 ABR 17/74 – AP Nr. 1 zu § 103 BetrVG; zuletzt BAG 4.3.2004 – 2 AZR 147/03 – AP Nr. 50 zu § 103 BetrVG [B.I.3.a]; zustimmend die Literatur, statt aller GK-BetrVG/*Raab* § 103 Rn. 48 m.w.N.

148 BAG 22.8.1974 – 2 ABR 17/74 – AP Nr. 1 zu § 103 BetrVG [C.I.2]; GK-BetrVG/*Raab* § 103 Rn. 48.

149 BAG 5.4.2001 – 2 AZR 580/99 – AP Nr. 32 zu § 99 BetrVG 1972 Einstellung [II.2.c.cc.(1)].

150 BAG 22.8.1974 – 2 ABR 17/74, 20.3.1975 – 2 ABR 111/74, 1.12.1977 – 2 AZR 426/76, 9.7.1998 – 2 AZR 142/98 – AP Nr. 1, 2, 11, 36 zu § 103 BetrVG 1972; GK-BetrVG/*Raab* § 103 Rn. 45; D/K/K/*Kittner*/*Bachner* § 103 Rn. 28; *von Hoyningen-Huene*/Linck, KSchG, § 15 Rn. 102; A/P/S/*Linck* § 103 BetrVG Rn. 19; ErfK/*Kania* § 103 BetrVG Rn. 7; Richardi/*Thüsing* § 103 Rn. 55; H/S/W/G/N/*Schlochauer* § 103 Rn. 34; *Heither* AR-Blattei SD 530.14.3 Rn. 726; *Witt* AR-Blattei SD 530.9 Rn. 116; So auch die Gesetzesbegründung zum BetrVG 1972, BT-Drs. VI/1786 S. 59.

151 Zur richtigen Begründung der Unwirksamkeit nach hier vertretener Ansicht unten Rn. 504.

152 LAG Berlin 22.12.2004 – 9 TaBV 2175/04 – juris [II.1.a]; LAG Hamm 24.9.2004 – 10 TaBV 96/04 – juris [B.II.2.b.bb.(2)]; D/K/K/*Kittner*/*Bachner* § 103 Rn. 70; GK-BetrVG/*Raab* § 103 Rn. 93; H/S/W/G/N/*Schlochauer* § 103 Rn. 18c; HK-BetrVG/*Kloppenburg* § 103 Rn. 1; H/L/S/*Gerhard* § 103 Rn. 35; G/T/A/W/*Woitaschek* § 103 Rn. 26; wohl auch BAG 29.9.2004 – 1 AZR 473/03 – juris [II.2].

153 *Rieble* NZA Sonderheft 2001, 48, 60.

wurde als lex specialis[154] zu § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG eingeführt, um Funktionsträger stärker zu schützen. Seine Wirkungen können also nicht hinter denen des allgemeinen Versetzungsschutzes zurückbleiben.[155] Wenn die Versetzungsanordnung gegenüber einem „normalen" Arbeitnehmer ohne Zustimmung des Betriebsrats nach Ansicht des BAG unwirksam ist,[156] dann muß dies erst recht für die Versetzung eines Funktionsträgers gelten.[157]

c) Widerspruch des Betriebsrats gegen Kündigung, § 102 Abs. 3 BetrVG

79 § 102 Abs. 5 Satz 1 BetrVG regelt die Rechtsfolge eines Widerspruchs des Betriebsrats gegen eine ordentliche Kündigung abschließend. Für die Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung ist daneben kein Raum.[158]

d) Bestellung eines Ausbilders für betriebliche Bildungsmaßnahmen, § 98 Abs. 2 BetrVG

80 § 98 Abs. 2 BetrVG räumt dem Betriebsrat ein Widerspruchsrecht gegen die Bestellung eines Ausbilders durch den Arbeitgeber ein. Bestellung meint die Übertragung bestimmter Aufgaben, Kompetenzen sowie der Verantwortung[159] durch zweiseitiges Rechtsgeschäft.[160] Davon zu trennen ist eine mit der Bestellung möglicherweise verbundene personelle Einzelmaßnahme (Einstellung oder Versetzung), die der Mitbestimmung nach § 99 BetrVG unterfällt.[161]

81 Gegen die Anwendung der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung auf § 98 Abs. 2 BetrVG spricht, daß das Gesetz – anders als im Rahmen der personellen Einzelmaßnahmen in § 99 Abs. 4 BetrVG – dem Betriebsrat in § 98 Abs. 5 BetrVG die Initiativlast aufbürdet und nicht dem Arbeit-

154 GK-BetrVG/*Raab* § 103 Rn. 46; Richardi/*Thüsing* § 103 Rn. 37; Fitting § 103 Rn. 71; *Rieble* NZA Sonderheft 2001, 48, 60; *Laber* ArbRB 2005, 314, 316; *Kleinebrink* ArbRB 2002, 81, 83; a.A. *Franzen* SAE 2001, 269, 272; D/K/K/*Kittner*/*Bachner* § 103 Rn. 74: parallele Anwendung beider Vorschriften.

155 GK-BetrVG/*Raab* § 103 Rn. 46; D/K/K/*Kittner*/*Bachner* § 103 Rn. 74.

156 Oben Rn. 72.

157 GK-BetrVG/*Raab* § 103 Rn. 93.

158 Oben Rn. 48.

159 Fitting § 98 Rn. 13.

160 *Ehrich* RdA 1993, 220, 221.

161 GK-BetrVG/*Raab* § 98 Rn. 37; Fitting § 98 Rn. 23; *Ehrich* RdA 1993, 220, 225 f.

geber.[162] § 98 Abs. 5 Satz 2 BetrVG ist zu entnehmen, daß sich der Arbeitgeber erst einer rechtskräftigen gerichtlichen Entscheidung beugen muß – im Umkehrschluß kann er bis dahin eigenmächtig wirksam entscheiden.[163]

82 Das BAG hat die Frage bislang nicht entschieden, einige Autoren[164] stützen sich jedoch auch hier auf die These der notwendigen Mitbestimmung und halten unter Berufung auf den Schutzzweck der Norm – die Qualitätssicherung der betrieblichen Bildung – eine mitbestimmungswidrige Bestellung für unwirksam.[165]

> Für den Auszubildenden kann das eine erhebliche Verzögerung bedeuten. Scheidet der Ausbilder aus, so kann die Ausbildung nur fortgeführt werden, wenn für Ersatz gesorgt wird.[166] Verfügt der Ausbildende selbst nicht über die fachliche Eignung, muß er einen neuen Ausbilder beauftragen, § 28 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 BBiG. Bis dahin kann die Ausbildung also nicht fortgeführt werden.

4. Mitwirkungsrechte

83 Unterhalb der Schwelle der Mitbestimmung kennt das Gesetz eine Reihe von Anhörungs- und Beratungsrechten, durch die der Betriebsrat die Entscheidungen des Arbeitgebers zwar nicht rechtlich, wohl aber faktisch beeinflussen kann.

a) Gesetzlich geregelte Rechtsfolgen

[1] Betriebsratsanhörung vor Kündigungen, § 102 Abs. 1 BetrVG

84 Trotz dieser eher schwachen Position des Betriebsrats ist eine Kündigung ohne vorherige Anhörung nach § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG unwirksam. Die fehlerhafte Anhörung steht der fehlenden gleich.[167] Hierfür bedarf es keiner Analogie,[168] vielmehr ergibt sich dieses Ergebnis bereits durch

---

162 GK-BetrVG/*Raab* § 98 Rn. 30; MünchArbR/*Matthes* § 262 Rn. 35; *Ehrich* RdA 1993, 220, 224; kritisch auch *Miersch*, Rechtsfolgen S. 61.

163 *Raab* ZfA 1997, 183, 234.

164 D/K/K/*Buschmann* § 98 Rn. 16; Fitting § 98 Rn. 21; ErfK/*Kania* § 98 BetrVG Rn. 12.

165 Demnach könnte der Betriebsrat die Berufung eines Ausbilders von vornherein verhindern.

166 BVerwG 20.12.1985 – 1 C 42/84 – EzB §§ 23, 24 BBiG Nr. 7.

167 BAG 21.9.2000 – 2 AZR 385/99 – AP Nr. 111 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung [B.II.1]; aus der Literatur statt aller *Raab* ZfA 1995, 479, 520 ff. m.w.N.

168 Insoweit zumindest mißverständlich das BAG im Urteil vom 16.9.1993 – 2 AZR 267/93 – AP Nr. 62 zu § 102 BetrVG 1972 [B.II.2.b.cc.(1)].

teleologische Auslegung des § 102 Abs. 1 BetrVG.[169] Eine „Anhörung" zu einem bestimmten Thema ist sinnvoll nur möglich, wenn der Anzuhörende vollständig informiert ist, weil er nur dann den Sachverhalt würdigen kann. Insbesondere die Unterrichtung nach § 102 Abs. 1 Satz 2 BetrVG ist daher essentieller Bestandteil der Anhörung. Verstößt der Arbeitgeber gegen die Unterrichtungspflicht,[170] so verhindert schon dies eine wirksame Anhörung i.S.d. § 102 Abs. 1 Satz 1 BetrVG.

[2] Beratung über Interessenausgleich

Verhandelt der Arbeitgeber anläßlich einer Betriebsänderung mit dem Betriebsrat nicht über einen Interessenausgleich, so stehen den Arbeitnehmern Ansprüche auf Nachteilsausgleich nach § 113 Abs. 3 BetrVG zu. Für die Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung ist daneben kein Raum. Selbst wenn man eine Verhandlungspflicht und nicht nur eine bloße Obliegenheit des Arbeitgebers annimmt,[171] so kann ein Verstoß doch nicht zur Unwirksamkeit etwa der Kündigungen im Zuge der Betriebsänderung führen. Andernfalls wäre § 113 Abs. 3 BetrVG entbehrlich, weil den Arbeitnehmern gar keine ausgleichspflichtigen Nachteile entstehen könnten. **85**

b) Unanwendbarkeit der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung

Jenseits ausdrücklicher Regelungen erfaßt die Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung nach einhelliger Ansicht keine bloßen Mitwirkungsrechte,[172] auch wenn die Erkenntnis nur selten ausdrücklich formuliert wird. Schon die verbreitete Bezeichnung der Theorie als „notwendige Mit*bestimmung*" macht ihre begrenzte Reichweite deutlich. **86**

Man kann diese Erkenntnis aus einem Umkehrschluß zur ausdrücklichen Regelung des § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG herleiten, mit welcher der jahrelange Streit um die Bedeutung des Anhörungsrechts aus § 66 Abs. 1 BetrVG 1952[173] beendet wurde.[174] Sie ergibt sich aber auch daraus, daß Be-

169 *Raab* ZfA 1995, 479, 521; *ders.* In GK-BetrVG § 102 Rn. 79; KR/*Etzel* § 102 Rn. 106; *Wank* RdA 1987, 129, 133; a.A. *Oetker* FS Kraft S. 429, 436 ff.

170 Dazu GK-BetrVG/*Raab* § 102 Rn. 46 ff.

171 Dafür *Pflüger* DB 1998, 2062, 2063 f.; dagegen *Raab* ZfA 1997, 183, 244 f., jeweils m.w.N.

172 ErfK[8]/*Kania* Einl. vor § 74 BetrVG Rn. 26; Fitting § 90 Rn. 48, § 92 Rn. 45; *Oetker* ZfA 1984, 409, 442; *Wenderoth*, Unterlassungsanspruch S. 57; *Miersch*, Rechtsfolgen S. 61.

173 *Dietz*, BetrVG § 66 Rn. 11g f. m.w.N. zu den konträren Ansichten.

174 In diese Richtung *Oetker* ZfA 1984, 409, 442.

ratungsrechte (etwa §§ 89, 90 Abs. 2 Satz 1, 92 Abs. 1 Satz 2, 96 Abs. 1 Satz 2, 97 Abs. 1, 111 Satz 1 BetrVG) und Anhörungsrechte (etwa § 102 Abs. 1 Satz 1 BetrVG) nur das Recht des Betriebsrats auf Stellungnahme schützen, ihm aber keinen Einfluß auf das Ergebnis garantieren.[175] Anders als bei den echten Mitbestimmungs- und bei den Zustimmungsverweigerungsrechten kann er also eine Maßnahme nie verhindern.

c) Konsultation des Betriebsrats bei Massenentlassungen

87 Eine (in zahllosen Detailfragen umstrittene) Ausnahme gibt es allerdings: Verletzt der Arbeitgeber seine Pflicht aus § 17 Abs. 2 Satz 2 KSchG, vor einer geplanten Massenentlassung mit dem Betriebsrat über Modalitäten und Alternativen zu beraten, so sind dennoch ausgesprochene Kündigungen unwirksam.[176]

[1] Europarechtlicher Hintergrund

88 Dabei geht es um die europarechtliche Dimension der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung: Die Regelungen des KSchG zu Massenentlassungen beruhen auf der Richtlinie 98/59/EG, deren Auslegung in letzter Instanz dem EuGH obliegt. Dieser sieht das Ziel der Massenentlassungsvorschriften darin, Kündigungen zu vermeiden oder ihre Zahl zu beschränken. Dieses Ziel sei aber am ehesten noch vor Ausspruch der Kündigung zu erreichen; deshalb sei unter „Entlassung" die Kündigungserklärung zu verstehen.[177] Zuvor sei das Konsultationsverfahren nach Art. 2 der Richtlinie (bzw. § 17 Abs. 2 KSchG) durchzuführen.[178] Das BAG hat seine Rechtsprechung mittlerweile an diese Vorgaben angepaßt.[179]

175 LAG Nürnberg 4.2.2003 – 6 (2) TaBV 39/01 – NZA-RR 2003, 588 [II.2.d.aa]; Fitting § 90 Rn. 48; im Ergebnis auch GK-BetrVG/*Wiese*/*Weber* § 90 Rn. 47; speziell zur Betriebsänderung: BAG 21.9.2000 – 2 AZR 385/99 – AP Nr. 111 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung [B.IV.1.c]; GK-BetrVG/*Oetker* § 111 Rn. 185 m.w.N.

176 ArbG Bochum 17.3.2005 – 3 Ca 307/04 – AuR 2005, 232; KR/*Weigand* § 17 KSchG Rn. 101; K/D/Z/*Kittner*/*Deinert* § 17 KSchG Rn. 38; *Klumpp* NZA 2006, 703, 707; *Appel*, DB 2005, 1002, 1004; *Dornbusch*/*Wolff* BB 2005, 885, 887; *Riesenhuber*/*Domröse* NZA 2005, 568, 569 f.; *Reinhard* RdA 2008, 207, 212; wohl auch *Wolter* AuR 2005, 135, 140; *Kohte* jurisPR-ArbR 4/2005 Anm. 3; a.A. *Kleinebrink* FA 2005, 130, 131; *Bauer*/*Krieger*/*Powietzka* BB 2006, 2023, 2025; *Nicolai* SAE 2006, 72, 73; *Chr. Weber* AuR 2008, 365, 375 f.; dagegen auch *Ferme*/*Lipinski* NZA 2006, 937, 938, die eine „Theorie der Rechtsbedingung" gestützt auf § 18 Abs. 1 KSchG vertreten.

177 EuGH 27.1.2005 – C 188/03 – AP Nr. 18 zu § 17 KSchG 1969 Rn. 38 f.

178 EuGH 27.1.2005 – C 188/03 – AP Nr. 18 zu § 17 KSchG 1969 Rn. 43 ff.

179 BAG 23.3.2006 – 2 AZR 343/05 – AP Nr. 21 zu § 17 KSchG 1969 Rn. 18; BAG 12.7.2007 – 2 AZR 699/05 – AP Nr. 33 zu § 17 KSchG 1969 Rn. 25.

Auf den ersten Blick ist damit noch nichts über die Rechtsfolgen der Konsultationspflicht gesagt. Die Richtlinie 98/59/EG macht dazu keine konkreten Vorgaben. Sie fordert lediglich in Art. 6 Verfahren zur Durchsetzung der Arbeitgeberpflichten. Allerdings gebietet der primärrechtliche Effektivitätsgrundsatz, daß die Regeln des Gemeinschaftsrechts innerstaatlich durchgesetzt werden.[180] Die Wahl der Mittel bleibt dem Mitgliedsstaat überlassen; das Prinzip des effet utile verlangt aber wirksame, verhältnismäßige und abschreckende Sanktionen[181] – eine bloß symbolische Ahndung genügt also nicht. Darüber hinaus müssen die Sanktionen denen gleichwertig sein, die bei einem nach Art und Schwere gleichartigen Verstoß gegen nationales Recht drohen (Äquivalenzprinzip).[182] Hier fällt der Blick zwangsläufig auf die Unwirksamkeit nach § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG.[183] Die Vergleichbarkeit der Sachverhalte liegt auf der Hand. In beiden Fällen wird ein Mitwirkungsrecht des Betriebsrats vor der Kündigung eines oder mehrerer Arbeitnehmer mißachtet. **89**

Eine Trennung zwischen der Unterrichtungspflicht des § 17 Abs. 2 Satz 1 KSchG und der Beratungspflicht nach § 17 Abs. 2 Satz 2 KSchG ist dabei weder sinnvoll noch geboten. Es gilt dasselbe wie für das Verhältnis von § 102 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 BetrVG:[184] Ohne ordnungsgemäße Unterrichtung ist eine Beratung i.S.d. Gesetzes nicht möglich. **90**

[2] Keine gesetzliche Regelung

Das Ergebnis ist damit europarechtlich vorgegeben. Der effet-utile-Grundsatz entbindet jedoch nicht davon, die Unwirksamkeit aus dem Gesetz abzuleiten. Die Richtlinie selbst bietet keine ausreichende Grundlage dafür, weil sie die Rechtsfolgen nicht eindeutig regelt und deshalb nicht unmittelbar angewendet werden kann.[185] **91**

Auch das KSchG regelt die Rechtsfolgen der fehlenden Konsultation nicht. § 18 Abs. 1 KSchG betrifft ausdrücklich nur die Verletzung der Anzeige- **92**

180 EuGH 8.6.1994 – C-383/92 – juris Rn. 40; EuGH 17.12.1970 – C-30/70 – juris Rn. 10; G/H/*von Bogdandy* Art. 10 EGV Rn. 42.

181 EuGH 4.7.2006 – C-212/04 – AP Nr. 1 zu Richtlinie 99/70/EG Rn. 94; EuGH 18.10.2001 – C-354/99 – juris Rn. 46; EuGH 10.7.1990 – C-326/88 – juris Rn. 17.

182 EuGH 7.12.2000 – C-213/99 – juris Rn. 19; EuGH 8.6.1994 – C-383/92 – juris Rn. 40; EuGH 10.4.1984 – C-14/83 – juris Rn. 28; G/H/*von Bogdandy* Art. 10 EGV Rn. 42.

183 *Klumpp* NZA 2006, 703, 707; *Kohte* jurisPR-ArbR 4/2005 Anm. 3; *Hinrichs*, Massenentlassungen S. 129.

184 Oben Rn. 84.

185 Zur unmittelbaren Anwendbarkeit von Richtlinien H/K/*Nettesheim* Art. 249 EGV Rn. 154 ff.

pflicht,[186] § 17 Abs. 3 KSchG enthält die Wirksamkeitsvoraussetzungen der Anzeige. Nach § 17 Abs. 3 Satz 3 KSchG muß der Arbeitgeber nur glaubhaft machen, daß er den Betriebsrat zwei Wochen zuvor unterrichtet hat und den Stand der Verhandlungen darlegen. Über die Rechtsfolgen anderer Fehler des Konsultationsverfahrens läßt sich der Vorschrift nichts entnehmen.[187]

[3] Begründungsansätze

93 Das BAG umgeht dieses Problem, indem es die Konsultation des Betriebsrats in Übereinstimmung mit seiner früheren Rechtsprechung als Fehler der Massenentlassungsanzeige nach § 17 Abs. 1 Satz 1 KSchG behandelt.[188] Das Gesetz macht die Wirksamkeit der Anzeige aber nicht von der (vollständigen) ordnungsgemäßen Beteiligung des Betriebsrats nach § 17 Abs. 2 KSchG abhängig.[189] Wer die Verletzung der Konsultationspflicht dennoch als Unterfall der fehlerhaften Anzeige sieht, der muß aus § 18 Abs. 1 KSchG die Unwirksamkeit der Kündigung als Folge des Fehlers herauslesen[190] – obwohl die Vorschrift nur von späterem Wirksamwerden spricht.

94 Teilweise wird die Nichtigkeit aus § 134 BGB i.V.m. § 17 Abs. 2 KSchG hergeleitet.[191] Ob sich die Konsultationspflicht wirklich als Verbotsgesetz verstehen läßt, ist aber zweifelhaft. Um ein gesetzliches Verbot handelt es sich, wenn die Auslegung ergibt, daß nicht nur ein bestimmtes Handeln erzwungen, sondern auch der Rechtserfolg des rechtswidrigen Verhaltens

186 Dies übersehen *Kleinebrink* FA 2005, 130, 131 und *Klumpp* NZA 2006, 703, 707.

187 A/P/S/*Moll* § 17 KSchG Rn. 79; *Giesen* SAE 2006, 135, 138; *Riesenhuber*/*Domröse* EWS 2005, 97, 102.

188 Vgl. BAG 13.7.2006 – 6 AZR 198/06 – AP Nr. 22 zu § 17 KSchG 1969 Rn. 24; ebenso die Rechtsprechung vor der Junk-Entscheidung des EuGH: . BAG 24.10.1996 – 2 AZR 895/95 – AP Nr. 8 zu § 17 KSchG 1969 [B.II.2.b]; BAG 18.9.2003 – 2 AZR 79/02 – AP Nr. 14 zu § 17 KSchG 1969 [B.III.2.a]; so auch A/P/S/*Moll* § 17 KSchG Rn. 76 ff.; *von Hoyningen-Huene*/Linck, KSchG, § 17 Rn. 56, 61 f.; HK-KSchR/*Pfeiffer* § 17 KSchG Rn. 53; T/L/L/*Lembke*/*Oberwinter* § 17 Rn. 102 f.; ErfK/*Kiel* § 17 KSchG Rn. 36; ähnlich, allerdings mit differenzierten Rechtsfolgen *Hinrichs*, Massenentlassungen S. 174 ff. und S. 202 f.

189 Vgl. BAG 24.10.1996 – 2 AZR 895/95 – AP Nr. 8 zu § 17 KSchG 1969 [B.II.2.b]; BAG 18.9.2003 – 2 AZR 79/02 – AP Nr. 14 zu § 17 KSchG 1969 [B.III.2.a]; A/P/S/*Moll* § 17 KSchG Rn. 79; *Giesen* SAE 2006, 135, 138.

190 So ErfK/*Kiel* § 17 KSchG Rn. 36; T/L/L/*Lembke*/*Oberwinter* § 17 Rn. 138 f.; ausführlich zum Meinungsstand *Chr. Weber* AuR 2008, 365, 373 ff.

191 *Appel* DB 2005, 1002, 1004; *Reinhard* RdA 2007, 207, 211 f.

verhindert werden soll.[192] Gegen eine Auslegung des § 17 Abs. 2 KSchG als Verbotsgesetz spricht ein Vergleich mit § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG. Für die Anhörung nach dieser Vorschrift hat der Gesetzgeber die Rechtsfolgen ausdrücklich geregelt, um den Meinungsstreit zu § 66 Abs. 1 BetrVG 1952 zu beenden. Ließe sich den Mitwirkungsrechten des Betriebsrats bei Kündigungen ein gesetzliches Verbot i.S.d. § 134 BGB entnehmen, wäre diese Regelung entbehrlich gewesen. Es hätte genügt, den Normtext eindeutig als Verbot zu formulieren.

Angesichts der Nähe der Konsultationspflicht zum Anhörungserfordernis nach § 102 Abs. 1 Satz 1 BetrVG liegt jedoch eine analoge Anwendung des § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG nahe. Die planwidrige Regelungslücke ergibt sich daraus, daß das Europarecht eine Rechtsfolge verlangt, welche der Vorschrift des deutschen Rechts nicht zu entnehmen ist. § 17 Abs. 2 KSchG und § 102 Abs. 1 BetrVG regeln zudem vergleichbare Interessenlagen: In beiden Fällen soll der Betriebsrats vor Ausspruch der Kündigung(en) auf die Entscheidung des Arbeitgebers Einfluß nehmen, und zwar in beiden Fällen zumindest auch zum Schutz des einzelnen Arbeitnehmers.[193] Für das Massenentlassungsrecht ergibt sich dies aus den Erwägungsgründen der ersten europäischen Massenentlassungs-Richtlinie 75/129/EWG sowie der dritten Massenentlassungs-Richtlinie 98/59/EG, die jeweils ausdrücklich auf den Arbeitnehmerschutz bei Massenentlassungen Bezug nehmen.[194] Hier prägt das Telos der gemeinschaftsrechtlichen Grundlage auch das nationale Recht.[195] Diese fundamental gleiche Wertung wird durch die Tatsache, daß beide Normen noch weitere, unterschiedliche Zwecke verfolgen, nicht überspielt.[196] Die Analogie zu § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG ist deshalb der rechtsdogmatisch richtige Weg, die europarechtlich gebotene Unwirksamkeit der Kündigung bei Verstößen des Arbeitgebers gegen die Konsultationspflicht nach § 17 Abs. 2 KSchG zu begründen.[197] **95**

192 BAG 28.7.1983 – 2 AZR 122/82 – AP Nr. 1 zu § 22 SchwbG [B.III.3.a].

193 Für § 102 BetrVG: BAG 13.7.1978 – 2 AZR 717/76 – AP Nr. 17 zu § 102 BetrVG 1972 [III.2.a]; BAG 24.11.1983 AP Nr. 30 zu § 102 BetrVG 1972 [B.I.1]; GK-BetrVG/*Raab* § 102 Rn. 3; *ders.* ZfA 1995, 479, 517; D/K/K/*Kittner*/*Bachner* § 102 Rn. 3.

194 ArbG Bochum 17.3.2005 – 3 Ca 307/04 – NZA 2005, 587 (Ls.); EuGH 17.12.1998 – C250/97 – NZA 1999, 305 Rn. 19; offen BAG 23.3.2006 – 2 AZR 343/05 – AP Nr. 21 zu § 17 KSchG 1969 Rn. 30; *Hinrichs*, Massenentlassungen S. 108 ff.; K/D/Z/*Kittner*/*Deinert* § 17 KSchG Rn. 3; *Appel* DB 2005, 1002.

195 *Wolter* AuR 2005, 135, 140.

196 A.A. *Chr. Weber* AuR 2008, 365, 376.

197 *Riesenhuber*/*Domröse* NZA 2005, 569, 569 f. (die allerdings in EWS 2005, 97, 102 einen Schluß a maiore ad minus als Begründung heranziehen); *Wolter* AuR 2005, 135, 140.

5. Informationsrechte

96 Informationsrechte (vor allem §§ 80 Abs. 2 Satz 1, 85 Abs. 3, 90 Abs. 1, 99 Abs. 1 Satz 1, 100 Abs. 2 Satz 1, 106 Abs. 2, 111 Satz 1 BetrVG) dienen dazu, dem Betriebsrat die effektive Wahrnehmung seiner gesetzlichen Aufgaben zu ermöglichen. Sie sehen also keine Mitwirkung des Betriebsrats im eigentlichen Sinne vor. Der Betriebsrat kann seinen Anspruch auf Information im Beschlußverfahren geltend machen.[198]

97 Wie bei den Mitwirkungsrechten gilt auch hier die Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung nicht.[199] Eine unzureichende Unterrichtung des Betriebsrats kann sich aber auf eine damit zusammenhängende Mitbestimmung auswirken.

> So läuft die Wochenfrist des § 99 Abs. 3 Satz 1 BetrVG, an deren Ablauf die Fiktion anknüpft, erst an, wenn der Arbeitgeber den Betriebsrat vollständig unterrichtet hat.[200] Kann der Betriebsrat nicht erkennen, daß er nicht vollständig unterrichtet wurde, ist die dennoch erteilte Zustimmung unwirksam.[201]

6. Zusammenfassung

98 Abgesehen von der Anhörung bei Kündigungen und der Konsultation bei Massenentlassungen gilt die Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung nur für Zustimmungsverweigerungs- und echte Mitbestimmungsrechte. Auch in diesem Bereich soll die Unwirksamkeit jedoch nicht alle beteiligungspflichtigen Maßnahmen erfassen.

C. Alternative Ansätze

I. Theorie der erzwingbaren Mitbestimmung

99 Die auf *Dietz* zurückgehende Theorie der erzwingbaren Mitbestimmung (bisweilen auch als „Theorie vom Regelungsanspruch“ oder „Theorie der Veränderungskompetenz“ betitelt) kann für die sozialen Angelegenheiten als Gegenpol zur h.M. bezeichnet werden. Ihre Anhänger betonen das Recht des Betriebsrats auf einvernehmliche Regelung der in § 87 Abs. 1

198 GK-BetrVG/*Wiese*/*Weber* § 90 Rn. 47; GK-BetrVG/*Oetker* § 23 Rn. 144; *Dütz* DB 1984, 115, 123 f.

199 ErfK[8]/*Kania* Einl. vor § 74 BetrVG Rn. 26; Fitting § 90 Rn. 48; speziell zur Betriebsänderung: GK-BetrVG/*Oetker* § 111 Rn. 185 m.w.N.

200 BAG 28.1.1986 – 1 ABR 10/84 – AP Nr. 34 zu § 99 BetrVG 1972; BAG 14.3.1989 – 1 ABR 80/87 – AP Nr. 64 zu § 99 BetrVG 1972 [II.3.b.aa]; so auch die ganz h.M. in der Literatur, statt aller: GK-BetrVG/*Kraft*/*Raab* § 99 Rn. 113 m.w.N.

201 *Heinze*, Personalplanung Rn. 266; *Gimpel*, Fehler S. 261; im Ergebnis ebenso HK-BetrVG/*Kreuder* § 99 Rn. 48.

BetrVG genannten Fragen, das er notfalls durch Anrufung der Einigungsstelle durchsetzen könne. Solange eine solche kollektive Regelung nicht bestehe, sei der Arbeitgeber nicht gehindert, Arbeitsbedingungen durch Individualvertrag oder Weisung ohne den Betriebsrat zu regeln.[202] Das Gesetz, so *Dietz*, vermeide jeden Zwang und respektiere die Gestaltungsfreiheit der Betriebsparteien.[203] Das Mitbestimmungsrecht sei durch seine Erzwingbarkeit gegen eine Aushöhlung ausreichend geschützt.[204]

100 Nachfolgende Autoren haben diesen Ansatz weiterentwickelt. So betont *Worzalla*, daß sich der Arbeitgeber mit einer einseitigen Regelung gesetzeswidrig verhalte. Sanktion sei aber nicht die Unwirksamkeit der konkreten Maßnahme, vielmehr könne der Betriebsrat sein Mitbestimmungsrecht über die Einigungsstelle oder durch einen Feststellungs- oder Unterlassungsantrag bei Gericht durchsetzen oder nach § 119 Abs. 2 BetrVG Strafantrag stellen.[205]

101 *Richardi* fordert auf Basis der Theorie der erzwingbaren Mitbestimmung ein bewegliches System von Sanktionen.[206] Die einseitige Regelungsmacht sei durch die Mitbestimmung beschränkt, eine mitbestimmungswidrige Weisung für den Arbeitnehmer unverbindlich.[207] Die Gestaltungsmacht des Arbeit*nehmers* hingegen bleibe davon unberührt. Einzelvertragliche Absprachen seien auch in mitbestimmungspflichtigen Angelegenheiten wirksam möglich und würden in den Grenzen des Günstigkeitsprinzips allenfalls durch eine kollektive Regelung suspendiert.[208] Eine Grenze der Vertragsfreiheit sei lediglich insoweit anzuerkennen, als der Arbeitgeber aus einem Verstoß gegen betriebsverfassungsrechtliche Pflichten keinen Vorteil schöpfen dürfe. Die Unwirksamkeit mitbestimmungswidriger Maßnahmen könne sich daher im Einzelfall unter dem Gesichtspunkt der Gesetzesumgehung ergeben, etwa wenn der Arbeitgeber dem Einigungszwang mit dem Betriebsrat ausweiche, indem er mit einer Vielzahl von Arbeitnehmern Vereinbarungen zu deren Nachteil schließe.[209]

---

202 *Dietz* in: FS Nipperdey S. 162; *Hromadka* DB 1991, 2133, 2135; H/S/W/G § 87 Rn. 93; *Leinemann* BB 1989, 1905, 1907 f.; *Schlochauer* in Hromadka, Änderung von Arbeitsbedingungen, S. 236.

203 *Dietz*, BetrVG § 56 Rn. 35; *ders.* BB 1959, 1210, 1215; ebenso *Diekhoff* DB 1965, 555, 556.

204 *Dietz*, BetrVG § 56 Rn. 43; ebenso *Diekhoff* DB 1965, 555, 556.

205 H/S/W/G/N/*Worzalla* § 87 Rn. 87, 92; ebenso *Schlüter* DB 1972, 139, 143.

206 *Richardi* § 87 Rn. 118.

207 *Richardi* § 87 Rn. 122.

208 *Richardi* § 87 Rn. 123.

209 *Richardi* Kollektivgewalt S. 296 f.; *ders.* RdA 1983, 278, 284; *ders.* § 87 Rn. 125, 127.

II. Differenzierte Rechtsfolgen

102 Im Hinblick auf vertragliche Absprachen zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber wollen einige Autoren danach differenzieren, ob der jeweilige Mitbestimmungstatbestand dem individuellen Schutz des Arbeitnehmers im Verhältnis zum Arbeitgeber (Schutzfunktion), oder (auch) dem Interessenausgleich zwischen mehreren Arbeitnehmern dient (Ausgleichsfunktion). Die einzelnen Mitbestimmungsrechte werden unterschiedlich in dieses Schema eingeordnet.[210]

103 Einigkeit besteht zwischen den Vertretern dieser Theorie über die Unwirksamkeit einseitiger Maßnahmen des Arbeitgebers unter Mißachtung des Mitbestimmungsrechts.[211]

104 Soweit der Mitbestimmung (nur) eine Schutzfunktion im oben genannten Sinne zugeschrieben wird, soll ihre Verletzung nicht zur Unwirksamkeit vertraglicher Abreden führen, die für den Arbeitnehmer günstig sind[212] bzw. die freiwillig und ohne den Druck von Änderungskündigungen zustande gekommen sind.[213] Die beiden Ansätze dürften in der Regel zum selben Ergebnis führen, weil ein Arbeitnehmer sich freiwillig kaum auf eine für ihn nachteilige Regelung einlassen wird.

105 Dient ein Tatbestand hingegen dem innerbetrieblichen Interessenausgleich, soll die Unwirksamkeit unabhängig von einem Günstigkeitsvergleich eintreten. *Hurlebaus* geht dabei von schwebender Unwirksamkeit analog §§ 182 ff. BGB aus, die von einer eventuellen Genehmigung des Rechtsgeschäfts durch den Betriebsrat abhängen soll.[214] *Hans Hanau* hält solche Geschäfte übereinstimmend mit der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung für endgültig unwirksam, beschränkt diese Rechtsfolge jedoch auf Absprachen über formelle Arbeitsbedingungen, weil nur hier die Privilegierung einzelner Arbeitnehmer zwingend eine Benachteiligung anderer zur Folge habe.[215]

III. Modifizierte Unwirksamkeitstheorie

106 Zu erwähnen ist schließlich die von *Adomeit* formulierte modifizierte Unwirksamkeitstheorie, wonach die Sanktion eines Verstoßes gegen das Mit-

210 *Hurlebaus*, Fehlende Mitbestimmung S. 126 f. einerseits; *H. Hanau*, Individualautonomie S. 181 f. andererseits.
211 *Hurlebaus*, Fehlende Mitbestimmung S. 127, 129; *H. Hanau*, Individualautonomie S. 192 f.
212 *H. Hanau*, Individualautonomie S. 195 f.
213 *Hurlebaus*, Fehlende Mitbestimmung S. 126 f.
214 *Hurlebaus*, Fehlende Mitbestimmung S. 129.
215 *H. Hanau*, Individualautonomie S. 199 f.

bestimmungsrecht von materiellen Kriterien abhängen sollte. Nicht die rein formal fehlende Mitbestimmung, sondern nur der begründete Widerspruch des Betriebsrats sollte zur Unwirksamkeit einer Maßnahme des Arbeitgebers führen. Begründet sei der Widerspruch, wenn das Interesse der Arbeitnehmer ohne sachlichen Grund verletzt werde.[216]

Diese Theorie ist auf berechtigte Ablehnung gestoßen, und auch ihr Ur- **107**
heber selbst hat sie später aufgegeben.[217] Dem Gesetz ist sie an keiner Stelle zu entnehmen. Der unbestimmte Rechtsbegriff des „sachlichen Grundes" bedeutete erhebliche Rechtsunsicherheit und belastete dadurch die Zusammenarbeit der Betriebsparteien.[218] Darüber hinaus würde das Mitbestimmungsrecht im Ergebnis zweckwidrig eingeschränkt. Gerade im Bereich der echten Mitbestimmung soll der Betriebsrat die Verhältnisse im Betrieb mitgestalten und nicht allein über die Vertretbarkeit der Maßnahmen des Arbeitgebers wachen.[219]

D. Systemkonflikte innerhalb der Theorie der notwendigen Mitbestimmung

Die h.M. hält die These, die tatsächliche Durchführung der Mit- **108**
bestimmung sei Wirksamkeitsvoraussetzung für Maßnahmen des Arbeitgebers, nicht konsequent durch. Die Theorie der notwendigen Mitbestimmung ist hierdurch in vielen Punkten in sich nicht konsistent; streng genommen ist sie deshalb gar keine Theorie im wissenschaftlichen Sinne.[220] Mit diesen „Konstruktionsfehlern" haben sich bereits zahlreiche Autoren beschäftigt,[221] so daß ich mich im folgenden auf die zentralen Kritikpunkte beschränke.

---

216 *Adomeit* BB 1972, 53 f.
217 *Adomeit* DB 1981, 1086.
218 *Hurlebaus*, Fehlende Mitbestimmung S. 49.
219 GK-BetrVG/*Wiese* § 87 Rn. 118; *Hurlebaus*, Fehlende Mitbestimmung S. 49.
220 So der Grundsatz der Widerspruchsfreiheit der Theorie, *Rüthers*, Rechtstheorie Rn. 8.
221 *Adomeit* RdA 1963, 263, 265 f.; *ders.* DB 1981, 1086 f.; *Bommermann*, Wirksamkeitsvoraussetzung, S. 9 ff.; *Diekhoff* DB 1965, 555 f.; *Dieterich* NZA 1984, 273, 277; *Dietz* BB 1959, 1210, 1213 ff.; *ders.* RdA 1962, 390 ff.; *ders.* Anmerkung AP Nr. 5 zu § 56 BetrVG Entlohnung; *Gimpel*, Fehler S. 54 ff.; *H. Hanau* RdA 1998, 345 ff.; *Hurlebaus*, Fehlende Mitbestimmung S. 5 f.; *Hromadka* DB 1991, 2133, 2134 f.; *von Hoyningen-Huene* DB 1987, 1426, 1430 ff.; *Pfarr* BB 1983, 2001, 2008 f.; *Richardi* § 87 Rn. 104 ff.; *ders.* RdA 1983, 278, 282 ff.; *Rieble* in: Perspektiven der Mitbestimmung S. 127, 138; *Schlüter* DB 1972, 92 ff. und 139 ff.; *Thalhofer*, Beseitigungsanspruch S. 123 ff.; *Wolter* RdA 2006, 137 ff.; H/S/W/G/N/*Worzalla* § 87 Rn. 89 f.; Z/L/H § 49 V; gegen diese Einwände GK-BetrVG/*Wiese* § 87 Rn. 106 ff.

I. Systemwidrige Ausnahmen

109 Die scharfe Rechtsfolge der Unwirksamkeit schränkt die Betriebsleitung durch den Arbeitgeber erheblich ein. Um unbillige Ergebnisse zu vermeiden, macht deshalb auch die h.M. Ausnahmen.

1. Ausnahmen auf der Tatbestandsseite

110 Dabei ist es nicht immer nötig, die These von der Unwirksamkeit mitbestimmungswidriger Maßnahmen einzuschränken. Dasselbe Ergebnis läßt sich erzielen, wenn das Mitbestimmungsrecht auf Tatbestandsebene weicht.

a) Eilfälle

111 Zu den Fällen tatbestandlicher Einschränkung der Mitbestimmung gehört die von der h.M. zum BetrVG 1952 bejahte Eilfallskompetenz des Arbeitgebers. Diesem wurde das Recht zugestanden, in dringenden Fällen einseitig eine vorläufige Regelung zu treffen, wenn er nur alsbald eine Einigung mit dem Betriebsrat in die Wege leitete.[222]

112 Eine solche allgemeine Eilfallskompetenz des Arbeitgebers wird heute im Umkehrschluß zu den §§ 100, 115 Abs. 7 BetrVG (und den §§ 69 Abs. 5, 72 Abs. 6 BPersVG) mit Recht abgelehnt.[223] Das BetrVG läßt vorläufige Maßnahmen nur in Ausnahmefällen zu – dann aber ausdrücklich.[224] Der

222 BAG 15.12.1961 – 1 AZR 429/59 – AP Nr. 1 zu § 56 BetrVG Arbeitszeit [II.4]; LAG Niedersachsen 29.4.1960 – 2 Sa 45/60 – BB 1960, 985; *Nikisch* ArbR III S. 371; *Neumann-Duesberg*, BetrVR S. 455; *Fauth* BB 1962, 376 f.

223 BAG 5.3.1974 – 1 ABR 28/73 – AP Nr. 1 zu § 87 BetrVG 1972 Kurzarbeit [II.6]; BAG 2.3.1982 – 1 ABR 74/79 – AP Nr. 6 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit [B.II.2]; BAG 17.11.1998 – 1 ABR 12/98 – AP Nr. 79 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit [B.II.1]; *von Hoyningen-Huene* DB 1987, 1426, 1432; *ders*. BetrVR § 12 Rn. 51; Fitting § 87 Rn. 24; GK-BetrVG/*Wiese* § 87 Rn. 155; D/K/K/*Klebe* § 87 Rn. 21 f.; *Löwisch*/Kaiser § 87 Rn. 21; ErfK/*Kania* § 87 Rn. 7; S/W/S § 87 Rn. 8; MünchArbR/*Matthes* § 242 Rn. 27 ff.; *Dütz* ZfA 1972, 247, 264; *Farthmann* RdA 1974, 65, 68; *Konzen* ZfA 1978, 451, 480; *Säcker* ZfA Sonderheft 1972, 41, 60 f.; *Simitis*/*Weiss* DB 1973, 1240, 1243 f.; *von Stebut* RdA 1974, 332, 337; *Gutzeit*, AR-Blattei SD 530.14.2 Rn. 104; *Dzikus*, Eilfälle S. 104; *Witt* S. 169; kritisch *Walker* ZfA 2005, 45, 76; Z/L/H § 49 IV 4; a.A. *P. Hanau* RdA 1973, 281, 292; *ders*. NZA 1993, 817, 819: bei gleichzeitigem Antrag auf einstweilige Verfügung; *Rieble*/*Klumpp*/*Gistel*, Rechtsmißbrauch Rn. 104 bei Rechtsmißbrauch des Betriebsrats.

224 BAG 2.3.1982 – 1 ABR 74/79 – AP Nr. 6 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit [B.II.2]; *von Hoyningen-Huene* DB 1987, 1426, 1432; Fitting § 87 Rn. 23 f.; *Henssler* FS Hanau S. 418.

Arbeitgeber kann allenfalls gestützt auf den Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit (§ 2 Abs. 1 BetrVG) vom Betriebsrat verlangen, daß dieser an einer abstrakten Regelung mitwirkt, die Vorsorge für solche Eilfälle trifft.[225]

b) Notfälle

Weitgehende Einigkeit besteht hingegen darüber, daß auch die Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung den Arbeitgeber nicht an unaufschiebbaren Maßnahmen hindert, um nicht wieder gutzumachenden Schaden vom Betrieb oder den Arbeitnehmern abzuwenden, wenn der Betriebsrat entweder nicht erreichbar ist oder keinen ordnungsgemäßen Beschluß fassen kann (sogenannter Notfall).[226] **113**

Dabei scheint das BAG davon auszugehen, daß das Mitbestimmungsrecht auch im Notfall zu beachten ist, die Beteiligung des Betriebsrats aber ausnahmsweise nachgeholt werden kann (und muß).[227] Darin liegt ein Bruch mit dem Dogma der Wirksamkeitsvoraussetzung. Wenn im Notfall eine nachträgliche Zustimmung den Verstoß heilen kann, dann ist damit die These widerlegt, daß nur die vorherige Einigung der Betriebspartner eine wirksame Maßnahme ermögliche.[228] Das BAG bleibt zudem die Antwort schuldig, was gelten soll, wenn der Betriebsrat nachträglich seine Zustimmung zur Maßnahme des Arbeitgebers verweigert. **114**

Die Notfallskompetenz des Arbeitgebers läßt sich allerdings auch so verstehen, daß sie mit der Theorie der notwendigen Mitbestimmung vereinbar ist. So beschränkt die h.L. nicht die Rechtsfolgen mitbestimmungswidrigen Verhaltens, sondern reduziert die Mitbestimmungstatbestände selbst unter teleologischen Gesichtspunkten. Ein Mitbestimmungsrecht besteht demnach im Notfall gar nicht, weil dem Arbeitgeber eine Beteiligung des Betriebsrats unzumutbar wäre.[229] Er muß den Betriebsrat **115**

225 BAG 2.3.1982 – 1 ABR 74/79 – AP Nr. 6 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit [B.II.2]; ArbG Hannover 19.2.2004 – 10 BVGa 1/04 – DB 2004, 2223 [II.2.1]; *Gutzeit*, AR-Blattei SD 530.14.2 Rn. 104; GK-BetrVG/*Wiese* § 87 Rn. 159 f.; *Löwisch*/Kaiser § 87 Rn. 21; *Richardi* § 87 Rn. 58.

226 BAG 19.2.1991 – 1 ABR 31/90 – AP Nr. 42 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit [B.II.3]; BAG 17.11.1998 – 1 ABR 12/98 – AP Nr. 79 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit [B.II.1.c]; bis auf Nuancen ebenso die h.L., statt aller: GK-BetrVG/*Wiese* § 87 Rn. 162 m.w.N.

227 BAG 19.2.1991 – 1 ABR 31/90 – AP Nr. 42 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit [B.II.3]; kritisch H/S/W/G/N/*Worzalla* § 87 Rn. 35b.

228 Dazu oben Rn. 16.

229 GK-BetrVG/*Wiese* § 87 Rn. 163; *Witt* S. 170; *Dzikus*, Eilfälle S. 131; *Säcker* ZfA Sonderheft 1972, 41, 60; *Worzalla*, Mitbestimmung S. 114 f.

lediglich unverzüglich unterrichten.[230] Nur soweit die Angelegenheit auch für die Zukunft geregelt werden muß, greift das Mitbestimmungsrecht wieder ein.[231]

116 Diese Beschränkung der Mitbestimmungsrechte bereits auf der Tatbestandsseite ist aus dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) abzuleiten, der im Betriebsverfassungsrecht durch das Gebot vertrauensvoller Zusammenarbeit konkretisiert wird (§ 2 Abs. 1 BetrVG). Demnach sind die Betriebspartner auf das Wohl des Betriebs und der Arbeitnehmer verpflichtet. In einem Notfall sind diese Schutzgüter definitionsgemäß gefährdet, so daß der Betriebsrat die Maßnahme des Arbeitgebers ohnehin nicht blockieren dürfte. Wegen der extremen Dringlichkeit verbieten sich auch Verhandlungen über die Auswahl der konkreten Maßnahme; der Notfall duldet keinen Disput, sondern verlangt nach einer schnellen und eindeutigen Entscheidung. In einer solchen Extremsituation[232] verdrängt das Interesse des Arbeitgebers an der Anordnung das Interesse der Belegschaft an der Mitbestimmung.[233] Auch ein Widerspruch des Betriebsrats ist deshalb im Notfall unbeachtlich.[234]

c) Schweigen des Betriebsrats

117 Eine Beschränkung der Mitbestimmung auf Tatbestandsebene bedeutet es schließlich auch, das bloße Schweigen des Betriebsrats als Zustimmung zu einem Vorschlag des Arbeitgebers als wirksame Ausübung der Mitbestimmung anzusehen. Das BAG hat diesen Fehler in einer einzigen Entscheidung begangen[235] und nicht wiederholt.[236] Zwar kann der Betriebsrat formlos, also auch konkludent, durch Regelungsabrede mitbestimmen; in jedem Fall muß aber eine zurechenbare Erklärung vorliegen.[237] Bloßes Schweigen hat demgegenüber keinen Erklärungswert, wenn nicht aus-

230 *Henssler* FS Hanau S. 413, 423; GK-BetrVG/*Wiese* § 87 Rn. 163; *Dzikus*, Eilfälle S. 132; Fitting § 87 Rn. 25.

231 GK-BetrVG/*Wiese* § 87 Rn. 165; *Richardi* § 87 Rn. 64; *von Hoyningen-Huene* DB 1987, 1426, 1433; *Worzalla*, Mitbestimmung S. 111 f.; *Dzikus*, Eilfälle S. 125.

232 BAG 13.7.1977 – 1 AZR 336/75 – AP Nr. 2 zu § 87 BetrVG 1972 Kurzarbeit; BAG 17.11.1998 – 1 ABR 12/98 – AP Nr. 79 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit [B.II.1.c].

233 *Worzalla*, Mitbestimmung S. 114 f.

234 GK-BetrVG/*Wiese* § 87 Rn. 163; *Witt* S. 170; *Worzalla*, Mitbestimmung S. 112 f.; *Dzikus*, Eilfälle S. 124 f.

235 BAG 8.2.1963 – 1 AZR 543/61 – AP Nr. 4 zu § 56 BetrVG Akkord [II.4.].

236 Richtig BAG 10.11.1992 – 1 AZR 183/92 – AP Nr. 58 zu § 87 BetrVG 1972 [II.4.c]; BAG 29.1.2008 – 3 AZR 42/06 – AP Nr. 13 zu § 87 BetrVG 1972 [II.2.b.cc].

237 GK-BetrVG/*Wiese* § 87 Rn. 91; D/K/K/*Klebe* § 87 Rn. 12; Fitting § 77 Rn. 219.

nahmsweise etwas anderes vereinbart ist.[238] In Ausnahmefällen wird zwar die Erklärungswirkung des Schweigens auf besonderer gesetzlicher Grundlage oder nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) fingiert; eine solche Fiktion kommt aber nur in Betracht, wenn besondere Umstände, etwa ein zuvor gesetzter Vertrauenstatbestand, dies rechtfertigen.[239]

2. Ausnahmen auf der Rechtsfolgenseite

a) Rechtsirrtum des Arbeitgebers

Die umfangreiche Rechtsprechung zur Reichweite der Mitbestimmungsrechte zeigt, daß in der Praxis immer noch manches unklar ist. Das Risiko einer Fehleinschätzung der Rechtslage trägt nach h.M. allein der Arbeitgeber.[240] Die Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung ist keine Sanktion für schuldhaftes Fehlverhalten, sie soll die Mitbestimmungsrechte verschuldensunabhängig sichern. **118**

Weil dies im Einzelfall zu unbilligen Ergebnissen führt, hat das BAG in seiner Entscheidung vom 22.12.1980 darauf abgestellt, ob es dem Arbeitgeber möglich und zumutbar ist, den Betriebsrat rechtzeitig zu beteiligen. Das soll nicht der Fall sein, wenn die Rechtslage weitgehend ungeklärt ist, keine höchstrichterliche Rechtsprechung dazu vorliegt, der Betriebsrat seine Zustimmung verweigert und der Arbeitgeber die Entscheidung nicht beliebig aufschieben kann. In einer solch *„ungewöhnlichen Zwangslage“* soll eine mitbestimmungswidrige Maßnahme nicht unwirksam sein.[241] **119**

> Im entschiedenen Fall hatte die Arbeitgeberin in einem mittelbar von einem Streik in der Metallindustrie betroffenen Betrieb gegen den erklärten Willen des Betriebsrats Kurzarbeit angeordnet und sich darauf berufen, die Arbeitskampfsituation schließe Mitbestimmungsrechte aus. Das BAG hingegen bejahte ein Mitbestimmungsrecht bei der Kurzarbeit, verneinte aber die Unwirksamkeit der Arbeitszeitverkürzung.

Diese Entscheidung ist in der Literatur mit Recht als dogmatisch nicht begründbar kritisiert worden.[242] Ob ein Mitbestimmungsrecht zu beachten ist oder nicht, richtet sich allein nach den Vorgaben des Gesetzes, nicht **120**

238 Palandt/*Heinrichs* Einf v § 116 Rn. 7.
239 Palandt/*Heinrichs* Einf v § 116 Rn. 9 ff.
240 GK-BetrVG/*Wiese* § 87 Rn. 102; *von Hoyningen-Huene* DB 1987, 1426, 1432; *Worzalla*, Mitbestimmung S. 122.
241 BAG 22.12.1980 – 1 ABR 2/79 und 76/79 – AP Nr. 70, 71 zu Art. 9 GG Arbeitskampf [C.III]; zustimmend *von Hoyningen-Huene* DB 1987, 1426, 1432.
242 *Richardi*, Anmerkung AP Nr. 71 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; *Adomeit* DB 1981, 1086; H/S/W/G/N/*Worzalla* § 87 Rn. 90; *Konzen*, SAE 1981, 209, 211; GK-BetrVG/*Wiese* § 87 Rn. 102, der darin allerdings kein Problem der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung sieht.

aber nach der Erkennbarkeit der Rechtslage für den Arbeitgeber. Anders als das Vertrauen in den Bestand höchstrichterlicher Rechtsprechung[243] ist das Vertrauen des Arbeitgebers in seine eigene Beurteilung der Rechtslage nicht geschützt.[244] Die Regeln für die Mitbestimmung in Notfällen[245] können das Problem nicht lösen, weil nicht jede dringende Entscheidung einen solchen Notfall begründet. Das BAG wendet daher die Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung schlicht nicht an, um Unbilligkeiten zu vermeiden, bleibt aber eine juristisch haltbare Begründung schuldig.

b) Rechtsirrtum des Betriebsrats

121 In Mitbestimmungsangelegenheiten darf der Arbeitgeber selbst dann nicht eigenmächtig entscheiden, wenn der Betriebsrat sich bewußt nicht zur Sache äußert, weil er die geplante Maßnahme für mitbestimmungsfrei hält. Die Mitbestimmungsrechte stehen nicht zur Disposition des Betriebsrats,[246] erst recht ist deshalb ein solcher Irrtum unbeachtlich. Maßnahmen, die der Arbeitgeber im Vertrauen auf die Äußerung des Betriebsrats trifft, sind nach der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung unwirksam.[247] Wird der Irrtum erst Jahre später aufgedeckt, führt das zwangsläufig zu Rückabwicklungsschwierigkeiten. Das BAG hat deshalb für den Fall der fehlerhaften Mitbestimmung in der Verwaltung einer Sozialeinrichtung entschieden, daß der Betriebsrat nur eine neue Regelung für die Zukunft verlangen könne.[248] Das entspricht im Ergebnis der Theorie der erzwingbaren Mitbestimmung nach *Dietz*.[249]

122 Mit der These von der notwendig gemeinsamen Gestaltungsmacht der Betriebspartner läßt sich diese Ansicht nicht vereinbaren.[250] Wenn der Betriebsrat dem Arbeitgeber nicht freie Hand lassen kann, müssen die Arbeitnehmer eigenmächtige Entscheidungen der Betriebsleitung nicht

243 Zum Vertrauensschutz in solchen Fällen *Medicus* NJW 1995, 2577 ff.
244 *Konzen*, SAE 1981, 209, 211 f.
245 Oben Rn. 113 f.
246 BAG 17.11.1998 – 1 ABR 12/98 – AP Nr. 79 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit [B.II.2.a.bb]; BAG 29.1.2008 – 3 AZR 42/06 – AP Nr. 13 zu § 87 BetrVG 1972 [II.2.b.cc].
247 BAG 29.1.2008 – 3 AZR 42/06 – AP Nr. 13 zu § 87 BetrVG 1972 [II.2].
248 BAG 10.11.1977 – 3 AZR 705/76 – AP Nr. 8 zu § 242 BGB Ruhegehalt-Unterstützungskassen [B.II.2.b]; BAG 13.7.1978 – 3 ABR 108/77 – AP Nr. 5 zu § 87 BetrVG 1972 Altersversorgung [B.3].
249 Dazu oben Rn. 99.
250 Das BAG mußte sich damit nicht auseinandersetzen, weil nach damaliger Rechtsprechung die Wirksamkeit der Maßnahmen einer rechtlich selbständigen Sozialeinrichtung ohnehin nicht davon abhing, ob der Betriebsrat beteiligt wurde.

gegen sich gelten lassen. Warum soll die Unwirksamkeit hier anders als sonst nur ex nunc wirken?

c) Fehlerhafte Mitbestimmungshandlung des Betriebsrats

Weil die Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung eine wirksame Beteiligung des Betriebsrats verlangt, muß der Arbeitgeber auch das Risiko für Fehler tragen, die gar nicht in seinem Einflußbereich liegen, sondern auf Seiten des Betriebsrats. **123**

[1] Verfahrensfehler des Betriebsrats

Gegenüber dem Arbeitgeber handelt gemäß § 26 Abs. 2 Satz 1 BetrVG der Betriebsratsvorsitzende für den Betriebsrat. Nachdem die Beteiligungsrechte nicht an eine bestimmte Form gebunden sind,[251] kann er einen Vorschlag des Arbeitgebers auch stillschweigend billigen.[252] Von dieser Möglichkeit einer konkludenten Erklärung ist die interne Willensbildung des Betriebsratsgremiums zu unterscheiden. Auch die stillschweigende Zustimmung setzt einen wirksamen Zustimmungsbeschluß voraus. Die Formfreiheit der Mitbestimmung entbindet nicht von den gesetzlichen Vorgaben für die Geschäftsführung des Betriebsrats, und § 33 Abs. 1 BetrVG verlangt eine Beschlußfassung durch Stimmabgabe als Basis für die Vertretungsmacht des Vorsitzenden.[253] **124**

Grobe Verstöße gegen wesentliche Verfahrensvorschriften führen zur Nichtigkeit des Beschlusses, wenn der Fehler nicht vor der Beschlußfassung geheilt wurde.[254] Die in diesem Sinne wesentlichen Normen sind zahlreich.[255] So führen mangelhafte Ladungen oder eine verspätete Mitteilung der Tagesordnung (§ 29 Abs. 2 Satz 3 BetrVG) zur Nichtigkeit des Beschlusses.[256] Dasselbe gilt für die Mitwirkung nicht **125**

251 BAG 14.2.1978 – 1 AZR 154/78 – AP Nr. 60 zu Art. 9 GG Arbeitskampf [3.b]; GK-BetrVG/*Wiese* § 87 Rn. 86; D/K/K/*Klebe* § 87 Rn. 9; Fitting § 87 Rn. 579 ff.

252 BAG 15.12.1961 – 1 AZR 492/59 – AP Nr. 1 zu § 56 BetrVG Arbeitszeit; GK-BetrVG/*Wiese* § 87 Rn. 92.

253 BAG 14.2.1996 – 7 ABR 25/95 – AP Nr. 6 zu § 76a BetrVG 1972 [B.II.4]; Richardi/*Thüsing* § 33 Rn. 25 f.; GK-BetrVG/*Wiese* § 87 Rn. 91; GK-BetrVG/*Raab* § 33 Rn. 37 f.; D/K/K/*Klebe* § 87 Rn. 12; D/K/K/*Wedde* § 33 Rn. 11; *Adomeit* RdA 1963, 263, 265.

254 BAG 23.8.1984 – 2 AZR 391/83 – AP Nr. 17 zu § 103 BetrVG 1972 [B.II.1.a]; GK-BetrVG/*Raab* § 33 Rn. 48; D/K/K/*Wedde* § 33 Rn. 24; Fitting § 33 Rn. 54.

255 Dazu im einzelnen *Reitze*, Der Betriebsratsbeschluß S. 99 ff.

256 BAG 29.4.2004 – 1 ABR 30/02 – AP Nr. 3 zu § 77 BetrVG 1972 Durchführung [B.II.1.a.aa]; BAG 28.4.1988 – 6 AZR 405/86 – AP Nr. 2 zu § 29 BetrVG 1972 [II.3.a].

stimmberechtigter Personen an der Beschlußfassung – jedenfalls sofern sich deren Beteiligung auf das Ergebnis ausgewirkt haben kann.[257] Vollzieht der Vorsitzende den nichtigen Beschluß dennoch, sind seine Erklärungen unwirksam, wenn der Betriebsrat sie nicht nachträglich durch Beschluß genehmigt.[258] § 26 Abs. 2 Satz 1 BetrVG weist dem Vorsitzenden eine Vertretungsmacht nur im Rahmen der „gefaßten Beschlüsse" zu; die h.M. spricht daher von einer Vertretung nur in der Erklärung, nicht aber im Willen.[259]

126 In mitbestimmungspflichtigen Angelegenheiten fehlt dann die nötige Beteiligung des Betriebsrats. Es genügt nicht, daß er eine eigenmächtige Handlung des Arbeitgebers widerspruchslos hinnimmt.[260] Etwas anderes gilt nur dann, wenn das Gesetz dem Betriebsrat – wie in § 98 Abs. 2 BetrVG – lediglich ein Widerspruchsrecht einräumt oder wenn es seine Zustimmung – wie in § 99 Abs. 3 Satz 2 BetrVG – nach Ablauf einer gewissen Frist fingiert.

[2] Widerlegbare Vermutung

127 Das BAG ist lange Jahre davon ausgegangen, es spreche eine gesetzliche Vermutung dafür, daß Erklärungen des Betriebsratsvorsitzenden von einem ordnungsgemäßen Beschluß gedeckt seien.[261] Diese Vermutung verschob die Darlegungs- und Beweislast auf denjenigen, der sich auf den Verstoß berief; sie verhinderte nicht, daß Verfahrensfehler des Betriebsrats sich zu Lasten des Arbeitgebers auswirkten. Neuerdings ist das BAG offenbar stillschweigend von seiner Rechtsprechung abgerückt. Im Urteil des ersten Senats vom 8.6.2004[262] ist davon keine Rede mehr, obwohl die Vermutung im entschiedenen Fall der Arbeitgeberin geholfen hätte.

257 BAG 23.8.1984 – 2 AZR 391/83 – AP Nr. 17 zu § 103 BetrVG 1972 [B.II.1.a]; GK-BetrVG/*Raab* § 33 Rn. 57; D/K/K/*Wedde* § 33 Rn. 25; *Oetker* ZfA 1984, 409, 438 ff.

258 BAG 21.2.2002 – 2 AZR 581/00 – EzA § 1 KSchG Interessenausgleich Nr. 10 [B.I.3.b.bb]; BAG 17.2.1981 – 1 AZR 290/78 – AP Nr. 11 zu § 112 BetrVG 1972 [II.1.a.aa]; GK-BetrVG/*Raab* § 26 Rn. 38; MünchArbR/*Joost* § 218 Rn. 10; Fitting § 26 Rn. 28.

259 BAG 17.2.1981 – 1 AZR 290/78 – AP Nr. 11 zu § 112 BetrVG 1972 [II.1.a.aa]; *Reitze*, Der Betriebsratsbeschluß S. 13 f. m.w.N.

260 Oben Rn. 117.

261 BAG 21.2.2002 – 2 AZR 581/00 – EzA § 1 KSchG Interessenausgleich Nr. 10 [B.I.3.b.bb]; BAG 24.2.2000 – 8 AZR 180/99 – AP Nr. 7 zu § 1 KSchG 1969 Namensliste [II.3.b]; BAG 17.2.1981 – 1 AZR 290/78 – AP Nr. 11 zu § 112 BetrVG 1972 [II.1.a.aa].

262 BAG 8.6.2004 – 1 AZR 308/03 – AP Nr. 124 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung.

Entscheidend gegen die angeblich gesetzliche Vermutung spricht allerdings, daß es dafür an einer gesetzlichen Grundlage fehlt.[263]

[3] Absage an die Sphärentheorie

Das Dilemma des Arbeitgebers ließe sich vermeiden, indem man die wirksame Willensbildung allein in die Risikosphäre des Betriebsrats legte. Diese Sphärentheorie entspricht der h.M. zur Anhörung nach § 102 Abs. 1 BetrVG:[264] dort schadet dem Arbeitgeber nicht einmal die positive Kenntnis von Verfahrensfehlern. **128**

Die Theorie der notwendigen Mitbestimmung läßt es nicht zu, diese Grundsätze auf den Bereich der Mitbestimmungsrechte zu übertragen. § 26 Abs. 2 Satz 1 BetrVG regelt den Umfang der Vertretungsmacht des Betriebsratsvorsitzenden zwingend. Wenn die Wirksamkeit einer mitbestimmungsbedürftigen Maßnahme von der Beteiligung des Betriebsrats abhängt, kann die Wirksamkeit dieser Beteiligung nicht allein als betriebsratsinternes Problem behandelt werden. Andernfalls würde die Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung nur einen reinen Formalismus – die Erklärung des Betriebsratsvorsitzenden – sichern, nicht aber den Einfluß der Belegschaft auf die Entscheidung des Arbeitgebers.[265] Für das Anhörungsrecht aus § 102 Abs. 1 Satz 1 BetrVG ist dieser rein formale Schutz vertretbar, zumal bei bloßer Untätigkeit des Betriebsrats ohnehin die Zustimmungsfiktion des § 102 Abs. 2 Satz 2 BetrVG greift.[266] Macht der Betriebsrat von seinem Äußerungsrecht keinen Gebrauch, so hindert das den Arbeitgeber nicht an der beabsichtigten Kündigung. Formale Fehler der Stellungnahme können aber nicht stärker wirken als ein Verzicht auf die Anhörung. Bei den Mitbestimmungsrechten ist der Arbeitgeber hingegen auf die Mitwirkung des Betriebsrats angewiesen – eine Ausnahme bildet nur die Zustimmungsfiktion nach § 99 Abs. 3 Satz 2 BetrVG. Die h.M. überträgt die Sphärentheorie daher nicht auf § 103 BetrVG.[267] Für andere Mitbestimmungsrechte muß dasselbe gelten.[268] **129**

263 W/P/K/*Kreft* § 26 Rn. 19.

264 St. Rspr., BAG 4.8.1975 – 2 AZR 266/74 – AP Nr. 4 zu § 102 BetrVG 1972 [III]; BAG 13.6.1996 – 2 AZR 402/95 – AP Nr. 1 zu § 67 LPVG Sachsen-Anhalt [II.3.a]; BAG 24.6.2004 – 2 AZR 461/03 – AP Nr. 22 zu § 620 BGB Kündigungserklärung [B.II.2.b]; Fitting § 102 Rn. 53; ErfK/*Kania* § 102 Rn. 26; H/S/W/G/N/*Schlochauer* § 102 Rn. 80; ablehnend GK-BetrVG/*Raab* § 102 Rn. 76; D/K/K/*Kittner*/*Bachner* § 102 Rn. 144a; *Buchner* DB 1976, 532 ff.

265 W/P/K/*Kreft* § 26 Rn. 18 zum analogen Problem des Vertrauensschutzes.

266 BAG 23.8.1984 – 2 AZR 391/83 – AP Nr. 17 zu § 102 BetrVG 1972 [B.II.2.b.bb].

267 BAG 23.8.1984 – 2 AZR 391/83 – AP Nr. 17 zu § 102 BetrVG 1972; GK-BetrVG/*Raab* § 103 Rn. 53; D/K/K/*Kittner*/*Bachner* § 103 Rn. 34; Fitting § 103 Rn. 38; *Zumkeller* NZA 2001, 823, 825; W/P/K/*Kreft* § 26 Rn. 21;

[4] Nachforschungsobliegenheit ohne ausreichende Befugnisse

130 Es liegt daher im eigenen Interesse des Arbeitgebers, sich von der Wirksamkeit des Betriebsratsbeschlusses zu überzeugen, um nicht die Unwirksamkeit der geplanten Maßnahmen zu riskieren. Eine solche Nachforschungsobliegenheit widerspricht aber dem gesetzlichen Leitbild. Der Betriebsrat soll seine gesetzlichen Aufgaben selbständig und eigenverantwortlich wahrnehmen;[269] seine Amtsführung unterliegt nicht der Kontrolle durch den Arbeitgeber.[270]

131 Allerdings ist damit nicht jede Form der Nachforschung ausgeschlossen Erkundigt sich der Arbeitgeber beim Betriebsratsvorsitzenden, ob dieser auf der Grundlage eines wirksamen Beschlusses handelt, so liegt darin keine Einmischung in die Amtsführung des Betriebsrats.[271] Entgegen dem BAG kann er auch die Vorlage des Betriebsratsbeschlusses als Nachweis der Vertretungsmacht verlangen.[272] Ein berechtigtes Interesse ist angesichts der drohenden Unwirksamkeit generell zu bejahen.[273] Das Betriebsverfassungsrecht unterscheidet sich hier vom allgemeinen Zivilrecht. Nach § 174 Satz 1 BGB kann ein einseitiges Vertretergeschäft zurückgewiesen werden, wenn der Vertreter die (rechtsgeschäftliche) Vollmacht nicht nachweist – daraus folgt aber keine Nachweis*pflicht* des Vertreters.[274] Das Interesse des Geschäftspartners ist durch die Eigenhaftung des Vertreters nach § 179 Abs. 1 BGB gesichert. Mit einer Haftung des Betriebsratsvorsitzenden[275] wäre dem Arbeitgeber aber wenig gedient; eine wirksame

---

ErfK/*Kania* § 103 Rn. 8; a.A. *von Hoyningen-Huene* DB 1991, 1426, 1432; *Heinze* Personalplanung Rn. 667; kritisch auch H/S/W/G/N/*Schlochauer* § 103 Rn. 39.

268 *Oetker* BlStSozArbR 1984, 129, 132; a.A. *Edenfeld*, Arbeitnehmerbeteiligung S. 404.

269 BAG 4.8.1975 – 2 AZR 266/74 – AP Nr. 4 zu § 102 BetrVG 1972 [III.1]; GK-BetrVG/*Raab* § 26 Rn. 43; *von Hoyningen-Huene* BetrVR § 4 Rn. 4.

270 BAG 23.6.1983 – 6 ABR 65/80 – AP Nr. 45 zu § 37 BetrVG 1972 [II.2]; BAG 23.8.1984 – 2 AZR 391/83 – AP Nr. 17 zu § 103 BetrVG 1972 [B.II.3.c]; BAG 11.11. 1997 – 1 ABR 21/97 – AP Nr. 1 zu § 36 BDSG [B.III.2.c]; GK-BetrVG/*Raab* § 26 Rn. 43; D/K/K/*Däubler* Einl. Rn. 68; D/K/K/*Klebe* § 94 Rn. 41; Fitting § 83 Rn. 23.

271 GK-BetrVG/*Raab* § 26 Rn. 43.

272 LAG Frankfurt a. M. 17.8.1993 – 4 TaBV 91/93 – AuR 1994, 107 (Ls.); Fitting § 26 Rn. 26; Richardi/*Thüsing* § 26 Rn. 37; GK-BetrVG/*Raab* § 26 Rn. 42; H/S/W/G/N/*Glock* § 26 Rn. 48; D/K/K/*Wedde* § 26 Rn. 23; *Buchner* DB 1976, 532, 535; a.A. BAG 23.8.1984 – 2 AZR 391/83 – AP Nr. 17 zu § 103 BetrVG 1972 [II.2.c]; MünchArbR/*Joost* § 218 Rn. 9.

273 *Reitze*, Der Betriebsratsbeschluß S. 151.

274 MüKoBGB/*Schramm* § 179 Rn. 20; Staudiner/*Schilken* (2003) § 179 Rn. 7.

275 Dazu *Miersch*, Rechtsfolgen S. 341; GK-BetrVG/*Raab* § 26 Rn. 42.

mitbestimmte Regelung könnte er auf diese Weise nicht erreichen, weil dem Vorsitzenden allein dazu die Rechtsmacht fehlt.

Andere Verfahrensfehler, die aus der Beschlußurkunde nicht hervor gehen, kann der Arbeitgeber nicht ausschließen.[276] Eine derartige Nachforschung wäre eine „bedenkliche Einmischung" in die Geschäftsführung des Betriebsrats.[277] Ein Recht zur Teilnahme an den Betriebsratssitzungen steht dem Arbeitgeber nur in den engen Grenzen des § 29 Abs. 4 BetrVG zu. Nach § 34 Abs. 2 Satz 1 BetrVG kann er eine Abschrift der Niederschrift nur für die (Teile von) Sitzungen verlangen, an denen er teilgenommen hat. Einen allgemeinen Auskunftsanspruch zum Verfahren des Betriebsrats kennt das Gesetz also gerade nicht.[278] Diese Wertung kann nicht dadurch umgangen werden, daß ein solcher Anspruch entsprechend § 810 BGB[279] begründet wird. **132**

[5] Vertrauensschutz

[a] Gesetzliche Entscheidung gegen Vertrauensschutz?

Für den Arbeitgeber ist dieses Ergebnis grob unbillig: Er muß das Risiko der Unwirksamkeit tragen, ohne das Verfahren des Betriebsrats beeinflussen zu können.[280] Es liegt deshalb nahe, sein Vertrauen in eine ordnungsgemäße Willensbildung des Betriebsrats zu schützen.[281] **133**

Eine Mindermeinung lehnt dies generell ab. Die strenge Bindung der Willenserklärung des Betriebsrats nach außen an eine ordnungsgemäße interne Willensbildung könne nicht durch den Vertrauensgrundsatz er- **134**

276 So aber LAG Frankfurt a. M. 17.8.1993 – 4 TaBV 91/93 – AuR 1994, 107 (Ls.); *Oetker* ZfA 1984, 409, 444 f.; *Buchner* DB 1976, 532, 535; *Herschel* RdA 1959, 81, 83.

277 BAG 23.8.1984 – 2 AZR 391/83 – AP Nr. 17 zu § 103 BetrVG 1972 [II.2.c]; so auch KR/*Etzel* § 103 BetrVG Rn. 106; MünchArbR/*Joost* § 218 Rn. 12; *Reitze*, Der Betriebsratsbeschluß S. 149; i.Erg. auch Richardi/*Thüsing* § 34 Rn. 24; anders noch BAG 18.1.1962 – 2 AZR 179/59 – AP Nr. 20 zu § 66 BetrVG; BAG 26.9.1963 – 2 AZR 220/63 – AP Nr. 2 zu § 70 BPersVG Kündigung; aufgegeben durch BAG 4.8.1975 – 2 AZR 266/74 – AP Nr. 4 zu § 102 BetrVG 1972 [III.1].

278 LAG Düsseldorf 13.10.1994 – 12 (15) Sa 1024/94 – LAGE § 87 BetrVG 1972 Nr. 9 [III.3.c]; *Reitze*, Der Betriebsratsbeschluß S. 149.

279 *Oetker* ZfA 1984, 409, 444 f.; *ders.* BlStSozArbR 1984, 129, 132; *Herschel* RdA 1959, 81, 83.

280 BAG 23.8.1984 – 2 AZR 391/83 – AP Nr. 17 zu § 103 BetrVG 1972 [B.II.3.c].

281 So BAG 23.8.1984 – 2 AZR 391/83 – AP Nr. 17 zu § 103 BetrVG 1972 [B.II.3.c]; LAG Baden-Württemberg 13.9.2004 – 15 Sa 35/04 – juris Rn. 31; MünchArbR/*Joost* § 218 Rn. 12; *von Hoyningen-Huene* DB 1987, 1426, 1432; *Reitze*, Der Betriebsratsbeschluß S. 156; *Bommermann*, Wirksamkeitsvoraussetzung S. 12.

setzt werden.[282] Auf dieser Linie liegt auch die neuere Rechtsprechung des BAG, das betont, der gute Glaube des Arbeitgebers an das Vorliegen eines Betriebsratsbeschlusses sei gesetzlich nicht geschützt.[283]

Auch diese rigide Linie paßt freilich nicht ins System der Betriebsverfassung. Faktisch bliebe es damit bei einer Obliegenheit des Arbeitgebers, für eine ordnungsgemäße Willensbildung des Betriebsrats zu sorgen,[284] und gerade eine solche Kontrolle widerspräche dem Leitbild der eigenverantwortlichen Amtsführung.

135 Richtig ist aber, daß das Gesetz die ordnungsgemäße Geschäftsführung des Betriebsrats stärker schützt als das Vertrauen des Arbeitgebers. § 26 Abs. 2 Satz 1 BetrVG begrenzt mit Außenwirkung[285] die Vertretungsmacht des Vorsitzenden auf den Vollzug der Betriebsratsbeschlüsse. Darin liegt eine Ausnahme vom vertretungsrechtlichen Abstraktionsprinzip:[286] Die Vertretungsmacht nach außen ist anders als nach dem gesetzlichen Leitbild der §§ 164 ff. BGB an die Geschäftsführungsbefugnis im Innenverhältnis gekoppelt. Eine solche gesetzliche Sonderregelung darf nicht durch pauschalen Vertrauensschutz unter Berufung auf Treu und Glauben (§ 242 BGB i.V.m. § 2 Abs. 1 BetrVG) unterlaufen werden. Allein das Vertrauen des Arbeitgebers kann einen wirksamen Beschluß des Betriebsrats nicht ersetzen.

[b] Rechtsscheinhaftung des Betriebsrats

136 Eine systemkonforme Lösung bietet die Rechtsscheinhaftung nach allgemeinen Grundsätzen. Wenn sich der Betriebsrat das Auftreten des Vorsitzenden zurechnen lassen muß, kann dessen Erklärung nicht nach § 26 Abs. 2 Satz 1 BetrVG mangels Vertretungsmacht unwirksam sein.[287] Auch

282 H/S/W/G/N/*Glock* § 26 Rn. 47; GK-BetrVG/*Kreutz* § 77 Rn. 11; W/P/K/*Kreft* § 26 Rn. 18.

283 BAG 8.6.2004 – 1 AZR 308/03 – AP Nr. 124 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung [B.II.2]; BAG 24.2.2000 – 8 AZR 180/99 – AP Nr. 7 zu § 1 KSchG 1969 Namensliste [II.3.b]; zustimmend GK-BetrVG/*Raab* § 26 Rn. 42; . Fitting § 26 Rn. 26; Richardi/*Thüsing* § 26 Rn. 46; D/K/K/*Wedde* § 26 Rn. 23; *Südkamp* S. 10; *Herschel* RdA 1959, 81, 83.

284 So auch *Reitze*, Der Betriebsratsbeschluß S. 154.

285 Nachweise Fn. 258 zu Rn. 125.

286 Dazu statt aller Staudinger/*Schilken* (2003) Vorbem. zu §§ 164 ff. Rn. 33 f. m.w.N.

287 So auch die h.L.: GK-BetrVG/*Raab* § 26 Rn. 44 ff.; Richardi/*Thüsing* § 26 Rn. 49 ff. und § 33 Rn. 31 ff.; Fitting § 26 Rn. 29; *Canaris*, Vertrauenshaftung S. 264 f.; *Miersch*, Rechtsfolgen S. 342 ff.; *Herschel* RdA 1959, 81, 84; *Dietz* RdA 1968, 439, 441 f.; *Buchner* DB 1976, 532, 535.

der achte Senat des BAG hat auf diesen Umstand hingewiesen,[288] der erste Senat allerdings hat in einer Entscheidung aus dem Jahr 2004 Rechtsscheins-Tatbestände gar nicht erwähnt, obwohl sich diese geradezu aufgedrängt hätten.[289]

137 Daß § 26 Abs. 2 Satz 1 BetrVG – anders als z.B. § 26 Abs. 2 Satz 1 BGB für den Vereinsvorstand – die Vertretungsmacht des Vorsitzenden von vornherein auf den Vollzug einzelner Beschlüsse begrenzt, schließt eine Rechtsscheinhaftung des Betriebsrats nicht aus.[290] Dem Rechtsinstitut der Rechtsscheinsvollmacht ist es gerade immanent, daß es nach den allgemeinen Vertretungsregeln an einer Vertretungsmacht fehlt. Warum die Verknüpfung von Willensbildung und Willenserklärung im BetrVG nicht auflösbar sein soll, im Falle einer satzungsgemäßen Beschränkung der Vertretungsmacht des Vereinsvorsitzenden (§ 26 Abs. 2 Satz 2 BGB) aber schon,[291] leuchtet nicht ein.

138 Die Voraussetzungen von Anscheins- und Duldungsvollmacht[292] sind weitgehend deckungsgleich, lediglich der Zurechnungsgrund ist unterschiedlich: Bei der Duldungsvollmacht ist es die Kenntnis vom Auftreten des vermeintlichen Vertreters, bei der Anscheinsvollmacht die Möglichkeit, dieses Auftreten bei Anwendung gebotener Sorgfalt zu erkennen und zu verhindern.[293] Der objektive Rechtsschein liegt jeweils im Auftreten des Betriebsratsvorsitzenden, der grundsätzlich gemäß § 26 Abs. 2 Satz 1 BetrVG die Beschlüsse des Betriebsrats ausführt. Liegt diesem Auftreten ein unwirksamer Beschluß des Betriebsrats zugrunde, wird es sich in aller Regel um einen Fall der Duldungsvollmacht handeln.[294] Ist der Vorsitzende hingegen eigenmächtig tätig geworden, so muß im Einzelfall genau geprüft werden, ob das Betriebsratsgremium – oder jedenfalls die beschlußfähige Mehrheit[295] – dieses Auftreten in seinem Namen erkennen und verhindern konnte.

---

288 BAG 24.2.2000 – 8 AZR 180/99 – AP Nr. 7 zu § 1 KSchG 1969 Namensliste [II.3.b].

289 BAG 8.6.2004 – 1 AZR 308/03 – AP Nr. 124 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung [B.II.2]; Im entschiedenen Fall informierte die Arbeitgeberin die Betriebsratsvorsitzende und drei weitere Betriebsratsmitglieder über ihren Plan zur Anrechnung einer Tariflohnerhöhung. Einige Tage später teilte die Vorsitzende mit, der Betriebsrat habe keine Bedenken.

290 So aber H/S/W/G/N/*Glock* § 26 Rn. 47.

291 MüKoBGB/*Reuter* § 26 Rn. 18.

292 Dazu im einzelnen Staudinger/*Schilken* (2003) § 167 Rn. 34 ff. m.w.N.

293 Staudinger/*Schilken* (2003) § 167 Rn. 32; Larenz/*Wolf* § 48 Rn. 32.

294 GK-BetrVG/*Raab* § 26 Rn. 47.

295 GK-BetrVG/*Raab* § 26 Rn. 48; *Canaris*, Vertrauenshaftung S. 265.

139 In beiden Fällen müßte das Vertrauen des Arbeitgebers auf den Rechtsschein schutzwürdig sein.[296] Wer nicht gutgläubig ist, weil er den wahren Sachverhalt kennt oder – falls das Gesetz nicht allein auf positive Kenntnis abstellt[297] – kennen müßte, kann keinen Schutz beanspruchen.

Für den Arbeitgeber heißt das: Er darf die Informationen, die ihm zur Verfügung stehen, nicht ignorieren. Es liegt auf der Hand, daß die sofortige Zustimmung des Betriebsratsvorsitzenden auf eine Anfrage des Arbeitgebers nicht auf einem Beschluß des Betriebsratsgremiums zu dieser Anfrage beruhen kann.[298] Bejaht man einen Anspruch des Arbeitgebers auf Vorlage des Beschlusses,[299] so muß er auch diesen im Zweifel geltend machen.

140 Theoretisch bieten die Rechtsscheinstatbestände also eine Lösung für Fehler des Betriebsrats im Beteiligungsverfahren. Den Rechtsschein müßten auch die Arbeitnehmer gegen sich gelten lassen, so wie grundsätzlich jedes Verhalten des Betriebsrats in Mitbestimmungsangelegenheiten für und gegen sie wirkt. Es macht insoweit keinen Unterschied, ob der Betriebsrat seine Zustimmung tatsächlich erteilt, ob sie etwa nach § 99 Abs. 3 Satz 2 BetrVG als erteilt gilt, oder ob ihm eine Erklärung nach allgemeinen Regeln zugerechnet wird.

141 Praktisch allerdings bleiben erhebliche Schutzlücken. Ob sich ein betriebsratsinterner Fehler auf die Wirksamkeit der Arbeitgebermaßnahme auswirkt, hängt – vor allem bei der Anscheinsvollmacht – nicht (allein) vom Arbeitgeber ab, sondern wiederum von betriebsratsinternen Umständen, nämlich von der Erkennbarkeit des Auftretens des Vorsitzenden und der Möglichkeit, es zu verhindern. Dabei geht es nicht nur um Fragen der Zurechnung. Jedes Betriebsratsmitglied kann den Rechtsschein selbst erschüttern, indem es gegenüber dem Arbeitgeber Zweifel am Beschluß des Gremiums äußert, bevor dieser die geplante Maßnahme ausführt.[300] Schlägt der Arbeitgeber diese Zweifel in den Wind, trägt er das Risiko der Unwirksamkeit. Schließlich bleibt das Problem der Schutzwürdigkeit. So meint *Blomeyer*, der Arbeitgeber könne sich nicht auf das Verhalten des Betriebsrats verlassen, wenn er wisse, daß sein eigenes Vorhaben Kontroversen hervorrufen und eine einheitliche Willensbildung erschweren oder verzögern könne.[301]

---

296 *Larenz*, Methodenlehre S. 424; *ders.* Vertrauenshaftung S. 504 ff.; *Singer* NZA 1309, 1310 f.

297 So etwa für die Publizität des Handelsregisters nach § 15 Abs. 1 und 3 HGB.

298 BAG 10.11.1992 – 1 AZR 183/92 – AP Nr. 58 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung [II.4]; *Herschel* RdA 1959, 81, 84.

299 Oben Rn. 131.

300 Siebert/*Becker* § 26 Rn. 10; GK-BetrVG/*Raab* § 26 Rn. 47.

301 *Blomeyer* BB 1959, 101, 105.

[c] Haftung kraft widersprüchlichen Verhaltens

142 In extremen Ausnahmefällen kann es gegen das Verbot des venire contra factum proprium (§ 242 BGB i.V.m. § 2 Abs. 1 BetrVG) verstoßen, wenn der Betriebsrat sich darauf beruft, der Vorsitzende habe ihn nicht wirksam vertreten. Ein zurechenbarer Rechtsschein ist nicht erforderlich.[302] Die Einrede setzt aber voraus, daß mit einem solchen Einwand des Betriebsrats nicht mehr zu rechnen war. Bis zu diesem Zeitpunkt trägt der Arbeitgeber das Risiko der Unwirksamkeit.

[6] Fazit

143 Es ist der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung immanent, daß sich Fehler des Betriebsrats zu Lasten des Arbeitgebers auswirken. Daß dies unbillig ist, sieht auch die h.M. und versucht daher, das Unwirksamkeitsdogma über Vertrauensschutzgrundsätze zu begrenzen. Insoweit wird die These der notwendig gemeinsamen Gestaltungsmacht der Betriebspartner[303] nicht aufrecht erhalten. Im übrigen kann auch die Rechtsscheinhaftung des Betriebsrats nicht alle Unbilligkeiten vermeiden. Für den Arbeitgeber besteht daher faktisch ein erheblicher, betriebsverfassungswidriger Druck, den Betriebsrat zu kontrollieren.

d) Wirksamkeit von Änderungskündigungen

[1] Meinungsstand

[a] Rechtsprechung

144 Eine nachteilige Änderung der Arbeitsbedingungen wird der Arbeitgeber oft nur mittels einer Änderungskündigung durchsetzen können. Handelt es sich um eine mitbestimmungsbedürftige Angelegenheit und beteiligt er den Betriebsrat nicht, so hielt das BAG ursprünglich die Änderungskündigung nach der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung für unwirksam. Die Vertragsänderung und die zu ihrer Durchsetzung ergriffenen personellen Maßnahmen (also die Änderungskündigungen) müßten als Einheit betrachtet werden, um eine Umgehung des Mitbestimmungsrechts zu verhindern.[304] Der Umgehungsschutz sollte sogar die Unwirksamkeit

302 GK-BetrVG/*Raab* § 26 Rn. 50; Richardi/*Thüsing* § 26 Rn. 51; Fitting § 26 Rn. 30; *Canaris*, Vertrauenshaftung S. 265; *Südkamp* S. 295 f.

303 Oben Rn. 18 f.

304 BAG 1.2.1957 – 1 AZR 521/54 – AP Nr. 4 zu § 56 BetrVG Bl. 224; zum BetrVG 1972 bestätigt durch BAG 31.1.1984 – 1 AZR 174/81 – AP Nr. 15 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung; BAG 21.9.1989 – 1 AZR 454/88 – AP Nr. 43 zu § 77 BetrVG 1972 [VI.1].

einer Beendigungskündigung verlangen, wenn der Arbeitgeber auf diese Weise die Arbeitnehmer dazu bewegen wollte, von ihm vorgegebene neue Arbeitsbedingungen zu akzeptieren oder alternativ ihren Arbeitsplatz für andere zu räumen, welche diese Bedingungen akzeptierten.[305]

145 Mit Urteil vom 30.9.1993 gab der zweite Senat des BAG diese Rechtsprechung für den Bereich der personellen Einzelmaßnahmen auf und formulierte statt dessen eine „Theorie der Durchsetzungsvoraussetzung".[306] Die Änderungskündigung zur Versetzung sei trotz fehlender Zustimmung des Betriebsrats wirksam, so die zentrale Aussage.[307] Der Beschäftigung des Arbeitnehmers an seinem neuen Arbeitsplatz stehe aber ein kollektivrechtliches Beschäftigungsverbot entgegen.

146 Diese Rechtsprechung übertrug der Senat mit Urteil vom 17.6.1998 auf Änderungskündigungen in sozialen Angelegenheiten (§ 87 Abs. 1 BetrVG). Die Änderungskündigung sei wirksam, aber nicht durchsetzbar.[308]

[b] Literatur

147 Als anerkannt kann inzwischen gelten, daß die Wirksamkeit einer Änderungskündigung zur Durchsetzung einer personellen Einzelmaßnahme nicht von der Zustimmung des Betriebsrats abhängt.[309] Während ein Teil der Literatur annimmt, auf der Grundlage der wirksamen Änderungskündigung sei der Arbeitnehmer ab dem vorgesehenen Zeit-

305 BAG 16.12.1960 – 1 AZR 548/58 – AP Nr. 22 zu § 56 BetrVG Bl. 537R; kritisch *Nikisch*, ArbR III S. 374.

306 So *Henssler* SAE 2000, 247, 251; *Stoffels* ZfA 2002, 401, 425; *Müller*, Änderungskündigung S. 43; ähnlich *Wolter*, RdA 2006, 137, 141 („Theorie der Nichtdurchführbarkeit").

307 BAG 30.9.1993 – 2 AZR 283/93 – AP Nr. 33 zu § 2 KSchG 1969; a.A. LAG Köln 1.6.2006 – 9 Sa 1743/05 – juris, Rn. 25 f. für den Fall der endgültig verweigerten und nicht ersetzten Zustimmung des Betriebsrats.

308 BAG 17.6.1998 – 2 AZR 336/97 – AP Nr. 49 zu § 2 KSchG 1969; bestätigt durch BAG 1.7.1999 – 2 AZR 826/98 – AP Nr. 53 zu § 2 KSchG 1969 [II.4]; BAG 23.11.2000 – 2 AZR 690/99 – juris [II.1].

309 Fitting § 99 Rn. 122; ErfK/*Oetker* § 2 KSchG Rn. 26; KR/*Rost* § 2 KSchG Rn. 141; A/P/S/*Künzl* § 2 KSchG Rn. 150; K/D/Z/*Zwanziger* § 99 Rn. 188; *Löwisch*/Spinner § 2 Rn. 112; *Bartels*, Versetzungen S. 131 f.; *Müller*, Änderungskündigung S. 130; *Stoffels* ZfA 2002, 401, 425 f.; *Griese* BB 1995, 458, 463; *Wlotzke*, Anmerkung AP Nr. 33 zu § 2 KSchG 1969; *von Hoyningen-Huene*, Anmerkung AR-Blattei ES 1700 Nr. 21 S. 12; in diese Richtung auch GK-BetrVG/*Kraft*/*Raab* § 99 Rn. 126; anders noch *Raab* ZfA 1995, 479, 513 f.: Kündigungsteil wirksam, Änderungsteil schwebend unwirksam.

punkt auf dem neuen Arbeitsplatz zu beschäftigen,[310] folgt die h.L. zumindest im Ergebnis der These des BAG, die Versetzung könne nicht umgesetzt werden.[311]

Das Urteil vom 17.6 1998 wird hingegen sehr unterschiedlich beurteilt. **148**
Einige Autoren folgen dem BAG auch hier auf ganzer Linie,[312] wobei zum Teil die Vertragsänderung als schwebend unwirksam bezeichnet wird.[313] Die darin erkannte Modifikation der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung[314] lehnen einige Vertreter der h.M. strikt ab und wollen auch für die Änderungskündigung am Prinzip der notwendigen Mitbestimmung festhalten.[315] Eine Übertragung der zu § 99 BetrVG entwickelten Grundsätze wird unter Hinweis auf die unterschiedliche Natur der beiden Beteiligungsrechte abgelehnt.[316]

[2] Keine abschließende Regelung der Beteiligung bei Kündigungen

Das BAG begreift die §§ 102 f. BetrVG als abschließende Regelung für das **149**
Verhältnis der Kündigung zur Mitbestimmung.[317] Würde die Wirksamkeit

310 GK-BetrVG/*Kraft*/*Raab* § 99 Rn. 126; von Hoyningen-Huene/*Linck*, KSchG, § 2 Rn. 202; *von Hoyningen-Huene*, Anmerkung AR-Blattei ES 1700 S. 12; ErfK/*Oetker* § 2 KSchG Rn. 26.

311 A/P/S/*Künzl* § 2 KSchG Rn. 150; K/D/Z/*Zwanziger* § 2 KSchG Rn. 188; KR/*Rost* § 2 KSchG Rn. 141; *Löwisch*/Spinner § 2 Rn. 112; Fitting § 99 Rn. 122; *Bartels*, Versetzungen S. 139; *Griese* BB 1995, 458, 463; *Wallner*, Die Änderungskündigung Rn. 203.

312 A/P/S/*Künzl* § 2 KSchG Rn. 171; *B. Otto* S. 181; *Fischermeier* NZA 2000, 737, 742; Z/L/H § 49 V 3 c; MünchArbR/*Matthes* § 241 Rn. 13; in diese Richtung auch *Gutzeit* AR-Blattei SD 530.14.2 Rn. 98.

313 *Löwisch*/Spinner § 2 Rn. 15; *Löwisch*/Kaiser § 87 Rn. 15; *Henssler* SAE 2000, 247, 248.

314 *Löwisch*/Spinner § 2 Rn. 15; *Henssler* SAE 2000, 247, 251; Z/L/H § 49 V 3 c. Teilweise wird auch angenommen, der zweite Senat hätte wegen der Divergenz zur früheren Rechtsprechung des ersten Senats den Großen Senat anrufen müssen, so *Wolter*, RdA 2006, 137, 141; K/D/Z/*Zwanziger* § 2 KSchG Rn. 189a.

315 K/D/Z/*Zwanziger* § 2 KSchG Rn. 189a; von Hoyningen-Huene/*Linck*, KSchG, § 2 Rn. 205; Fitting § 102 Rn. 10; D/K/K/*Klebe* § 87 Rn. 5; so wohl auch GK-BetrVG/*Wiese* § 87 Rn. 121, der allerdings dem Urteil vom 17.6.1998 im Grundsatz zustimmt, weil des BAG zwischen mitbestimmungsfreiem und mitbestimmungsbedürftigem Bereich sauber abgrenzt; kritisch auch KR/*Rost* § 2 KSchG Rn. 145; *Wolter* RdA 2006, 137, 141 f.

316 von Hoyningen-Huene/*Linck*, KSchG, § 2 Rn. 205.

317 BAG 30.9.1993 – 2 AZR 283/93 – AP Nr. 33 zu § 2 KSchG 1969 [B.I.3.e.dd]; BAG 17.6.1998 – 2 AZR 336/97 – AP Nr. 49 zu § 2 KSchG 1969 [II.3.c.aa].

der Änderungskündigung von der Beteiligung des Betriebsrats abhängen, so würden die Arbeitnehmer systemwidrig vor Änderungskündigungen besser geschützt als vor Beendigungskündigungen.[318] Dieses Argument ist aus zwei Gründen falsch.

[a] Nebeneinander der Beteiligungsrechte

150 Das BAG läßt die Zweigliedrigkeit der Änderungskündigung außer Acht. Die §§ 102 f. BetrVG betreffen lediglich den Kündigungsteil, schließen aber nicht aus, daß der Änderungsteil gesonderten Mitwirkungsrechten unterliegt. Deshalb sind § 99 Abs. 1 BetrVG und die §§ 102 f. BetrVG nebeneinander anwendbar.[319]

151 Setzt der Arbeitgeber eine Versetzung mittels Änderungskündigung durch, so muß er die Mitwirkungsrechte des Betriebsrats bei Kündigungen zusätzlich wahren – das Zustimmungserfordernis wird hierdurch nicht suspendiert. Wenn das BAG aus § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG i.V.m. § 134 BGB die Unwirksamkeit einer einseitigen Versetzungsweisung des Arbeitgebers ableitet, so ist es widersprüchlich, daß dies für die Änderungskündigung nicht gelten soll, nur weil dem Betriebsrat in diesem Fall zusätzliche Mitwirkungsrechte zustehen. Nachdem beide Mitwirkungsrechte nebeneinander anwendbar sind, läßt sich auch nicht sagen, daß § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG als Verbotsgesetz die Nichtigkeit der Änderungskündigung nicht verlange, weil die §§ 102 f. BetrVG die Mitbestimmung bereits ausreichend sicherten und sich deshalb aus dem Gesetz i.S.d. § 134 BGB etwas anderes ergebe. Die Rechtsfolgen der §§ 102 f. BetrVG sichern nur die Mitwirkung bei Kündigungen, nicht aber das daneben bestehende Zustimmungsverweigerungsrecht aus § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG.

152 Nichts anderes gilt in sozialen Angelegenheiten. Das bloße Mitwirkungsrecht des Betriebsrats aus § 102 Abs. 1 BetrVG soll dazu führen, daß die Mitbestimmung aus § 87 Abs. 1 BetrVG, die sonst nach Ansicht des BAG durch die Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung gesichert werden muß, dieser Sicherung nicht mehr bedürfte. Wenn man § 102 BetrVG als lex specialis für die Beteiligung des Betriebsrats bei Kündigungen ansähe, könnte der Arbeitgeber nach bloßer Anhörung des Betriebsrats auch in mitbestimmungsbedürftigen Angelegenheiten wirksame (wenn auch vorerst nicht „durchsetzbare“) Änderungskündigungen aussprechen, wohingegen einverständliche Regelungen mit den Arbeitnehmern nach

318 BAG 30.9.1993 – 2 AZR 283/93 – AP Nr. 33 zu § 2 KSchG 1969 [B.I.3.e.dd]; BAG 17.6.1998 – 2 AZR 336/97 – AP Nr. 49 zu § 2 KSchG 1969 [II.3.c.aa]; kritisch auch *Bommermann*, Wirksamkeitsvoraussetzung S. 64 f.

319 So auch BAG 30.9.1993 – 2 AZR 283/93 – AP Nr. 33 zu § 2 KSchG 1969 [B.I.3.e.aa]; für das BPersVG BAG 3.11.1977 – 2 AZR 277/76 – AP Nr. 1 zu § 75 BPersVG [II.1].

h.M. unheilbar nichtig wären.[320] Ein Eingriff in den Arbeitsvertrag wäre für den Arbeitgeber wertungswidersprüchlich einfacher möglich als die Ausübung vertraglicher Befugnisse.

[b] Leichter kündigen als änderungskündigen?[321]

Daß demgegenüber eine Änderungskündigung für den Arbeitgeber betriebsverfassungsrechtlich schwerer durchzusetzen ist als eine Beendigungskündigung, ist nicht widersprüchlich, sondern systemimmanent. Das Betriebsverfassungsrecht ist nicht bloß besonderes Kündigungsschutzrecht: Der Betriebsrat nimmt etwa bei der Versetzung nicht nur die Interessen des direkt betroffenen Arbeitnehmers wahr, sondern auch die der mittelbar betroffenen Kollegen in der alten und in der neuen Abteilung.[322] **153**

Individualrechtsschutz für den gekündigten Arbeitnehmer gewährt vor allem das KSchG. Dazu gehört nach der Rechtsprechung das Ultima-ratio-Prinzip: Eine Beendigungskündigung kommt nur in Betracht, wenn eine Änderungskündigung als milderes Mittel ausscheidet.[323] Kündigungsschutz und Betriebsverfassung können aber nicht gegeneinander ausgespielt werden. Der Vorrang der Änderungskündigung findet seine Grenze im Schutz kollektiver Interessen durch das BetrVG.[324] Nach der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung ist eine Versetzung nicht möglich, wenn der Betriebsrat seine Zustimmung verweigert, weil er Nachteile für andere Arbeitnehmer befürchtet (§ 99 Abs. 2 Nr. 3 BetrVG). Fällt der bisherige Arbeitsplatz des Betroffenen weg, bleibt dem Arbeitgeber nur die Beendigungskündigung.[325] Daß Mitbestimmungsrechte wegen ihrer Ausrichtung auf kollektive Interessen im Einzelfall auch zu Lasten einzelner Arbeitnehmer gehen können, ist unbestritten. Das scheinbare Paradoxon „Leichter kündigen als änderungskündigen" ist daher kein Systembruch. **154**

320 Darauf weist auch *Wolter* RdA 2006, 137, 141 hin.

321 So die Formulierung von *Kittner* NZA 1997, 968.

322 BAG 18.2.1986 – 1 ABR 27/84 – AP Nr. 33 zu § 99 BetrVG 1972 [B.II.3]; GK-BetrVG/*Kraft*/*Raab* § 99 Rn. 6.

323 BAG 21.4.2005 – 2 AZR 244/04 – AP Nr. 80 zu § 2 KSchG 1969 [II.2]; BAG 27.9.1984 – 2 AZR 62/83 – AP Nr. 8 zu § 2 KSchG 1969; KR/*Rost* § 2 KSchG Rn. 18g; kritisch *Rieble*/*Kolbe* SAE 2008, 241 ff.

324 In diese Richtung auch *Rieble*/*Kolbe* SAE 2008, 241, 242.

325 Der Arbeitgeber ist auch nur bei besonderen Umständen verpflichtet, ein Zustimmungsersetzungsverfahren nach § 99 Abs. 4 BetrVG einzuleiten. So BAG 22.9.2005 – 2 AZR 519/04 – AP Nr. 10 zu § 81 SGB IX; Richardi/*Thüsing* 11 § 99 Rn. 279 m.w.N.

[3] Spätere Beteiligung nicht möglich

[a] Änderungskündigung zur Versetzung

155 Eine Versetzung kraft (freiwilliger) Änderungsvereinbarung oder kraft Weisung des Arbeitgebers ohne Zustimmung des Betriebsrats hält des BAG unter entsprechender Anwendung des § 134 BGB für unwirksam.[326] Wenn aber schon eine freiwillige Vereinbarung oder eine vom Direktionsrecht gedeckte Weisung nichtig sein soll, so muß dies erst recht gelten, wenn der Arbeitgeber versucht, ohne ausreichende vertragliche Grundlage eine Änderung der Leistungspflicht gegen den Willen des Arbeitnehmers durchzusetzen.

156 Das BAG wendet ein, zum Zeitpunkt der Kündigung benötige der Arbeitgeber die Zustimmung noch gar nicht.[327] Weil sich § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG auf die Versetzung als Realakt bezieht, genügt es in der Tat, wenn der Betriebsrat ihrer tatsächlichen Vornahme zustimmt oder das Arbeitsgericht die Zustimmung bis zu diesem Zeitpunkt ersetzt (§ 99 Abs. 4 BetrVG). Bei der Versetzung durch Weisung oder Vereinbarung entsteht demnach ein Schwebezustand, bis die Zustimmung erteilt, ersetzt oder endgültig verweigert wird. Erst dann ist das Rechtsgeschäft voll wirksam oder unwirksam.

157 Die Änderungskündigung als Gestaltungsrecht verträgt einen solchen Schwebezustand nicht. Zum Zeitpunkt ihrer Erklärung muß feststehen, ob sie wirksam ist oder nicht, spätere Entwicklungen können nicht berücksichtigt werden.[328] Nach der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung muß sie deshalb – entgegen dem BAG – unwirksam sein, wenn nicht schon bei ihrem Ausspruch die Zustimmung des Betriebsrats vorliegt oder ersetzt wurde.

158 Das BAG geht dieser Konsequenz aus dem Weg, indem es annimmt, die Änderungskündigung ziele gar nicht auf die Versetzung, sondern lediglich auf eine Erweiterung des Direktionsrechts.[329] Die eigentliche Versetzung erfolge später durch eigenständige Weisung auf der Grundlage des so erweiterten Direktionsrechts. Dementsprechend wäre erst für diese Weisung die Zustimmung des Betriebsrats nötig.

---

326 Dazu oben Rn. 72.

327 BAG 30.9.1993 – 2 AZR 283/93 – AP Nr. 33 zu § 2 KSchG 1969 [B.I.3.e.ee].

328 So auch BAG 30.9.1993 – 2 AZR 283/93 – AP Nr. 33 zu § 2 KSchG 1969 [B.I.3.e.ee]; BAG 10.2.1999 – 2 AZR 422/98 – AP Nr. 52 zu § 2 KSchG 1969 [B.II.2.d]; *Preis*, Kündigungsrecht S. 344 f.; Staudinger/*Neumann* (2002) Vorbem. zu §§ 620 ff. Rn. 58.

329 BAG 30.9.1993 – 2 AZR 283/93 – AP Nr. 33 zu § 2 KSchG 1969 [B.I.3.e.cc].

Ohne besondere Anhaltspunkte läßt sich die Erklärung des Arbeitgebers jedoch nicht in diesem Sinne auslegen.[330] Wie bei allen empfangsbedürftigen Willenserklärungen muß sich auch die Auslegung der beiden Elemente der Änderungskündigung gemäß §§ 133, 157 BGB am objektiven Empfängerhorizont orientieren.[331] Kündigt der Arbeitgeber und bietet dem Arbeitnehmer zugleich die Weiterbeschäftigung auf einem anderen Arbeitsplatz an, so zielt diese Erklärung auf eine Änderung der arbeitsvertraglichen Regelung über Ort, Zeit und Art der Arbeitsleistung. Eine Erweiterung des Direktionsrechts ist demgegenüber etwas qualitativ anderes: Sie ermächtigt den Arbeitgeber, den Vertrag einseitig zu konkretisieren. Der Arbeitgeber könnte den Arbeitnehmer dann durch einseitige Weisung auch wieder zurück versetzen. Das geht über die konkrete Versetzung hinaus. Eine solche Regelungsabsicht kann den Parteien nicht unterstellt werden. **159**

Die Änderungskündigung selbst bildet demnach die Grundlage für die tatsächliche Versetzung, nicht erst eine durch sie ermöglichte Weisung. Sie müßte deshalb bei fehlender Zustimmung des Betriebsrats ebenso unwirksam sein wie eine einseitige Anordnung des Arbeitgebers oder eine Versetzungsvereinbarung.

[b] Änderungskündigung in sozialen Angelegenheiten

Anders als im Rahmen des § 99 Abs. 1 BetrVG kann in sozialen Angelegenheiten die Änderungskündigung selbst als Rechtsgeschäft unmittelbar der Mitbestimmung unterliegen. **160**

> Zu denken ist etwa an eine Massenänderungskündigung zur Senkung der Akkordsätze (§ 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG).[332]

Auch hier steht aber bei Ausspruch der Kündigung noch nicht fest, ob das Mitbestimmungsrecht tatsächlich greift.[333] Nimmt der Arbeitnehmer das Änderungsangebot nicht an, wirkt die Änderungskündigung wie eine Beendigungskündigung. Für eine mitbestimmte Regelung bleibt dann gar kein Raum. **161**

Dennoch kann auf dem Boden der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung die Änderungskündigung ohne Mitwirkung des Betriebsrats nicht **162**

330 Ablehnend auch A/P/S/*Künzl* § 2 KSchG Rn. 150; K/D/Z/*Zwanziger* § 2 KSchG Rn. 188; KR/*Rost* § 2 KSchG Rn. 141; *Löwisch*/Spinner § 2 Rn. 112; *Bartels*, Versetzungen S. 139; *Griese* BB 1995, 458, 463; *H. Hanau*, Anmerkung AP Nr. 49 zu § 2 KSchG 1969 [C.II.2.c].

331 BAG 16.9.2004 – 2 AZR 628/03 – AP Nr. 78 zu § 2 KSchG 1969 [B.I.1].

332 BAG 1.2.1957 – 1 AZR 521/54 – AP Nr. 4 zu § 56 BetrVG.

333 BAG 17.6.1998 – 2 AZR 336/97 – AP Nr. 49 zu § 2 KSchG 1969 [II.4]; BAG 23.11.2000 – 2 AZR 690/99 – juris [II.1].

wirksam sein.[334] Der einzig mögliche Anknüpfungspunkt für das Mitbestimmungsrecht ist das in der Änderungskündigung enthaltene Angebot des Arbeitgebers auf Abschluß einer Änderungsvereinbarung.[335] Umgekehrt ist nicht erst das Wirksamwerden der neuen Regelung nach Ablauf der Kündigungsfrist mitbestimmungsbedürftig, weil dies automatisch und ohne Mitwirkung der Parteien geschieht.[336] Mit Abgabe des Angebots hat der Arbeitgeber alles Erforderliche getan, um die neue (mitbestimmungsbedürftige) Regelung zustande zu bringen. Die einzig fehlende Annahmeerklärung des Arbeitnehmers steht nicht in seiner Macht und kann daher auch nicht der Mitbestimmung unterliegen. Aus diesem Grund muß – wenn man die Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung anwendet – der Betriebsrat bereits die Änderungskündigung billigen.[337]

163 Auch diese Konsequenz umgeht das BAG in seinem Urteil vom 17.6.1998, indem es auf Besonderheiten des § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG abstellt. Es sieht in der Änderungskündigung lediglich die mitbestimmungsfreie Herabsetzung des Dotierungsrahmens. Bis zum Ablauf der Kündigungsfrist bleibe dem Arbeitgeber Zeit, eine mitbestimmte Regelung über die Verteilungsgrundsätze zustande zu bringen.[338]

164 Diese Abgrenzung ist an sich völlig richtig: Erst wenn der Dotierungsrahmen feststeht, kann die Verteilung geregelt werden.[339] Das BAG vertritt aber, wenn nicht gerade eine Änderungskündigung im Raum steht, seit den Entscheidungen des Großen Senats von 1991 die Ansicht, die Absenkung des Dotierungsrahmens gehe in der Regel untrennbar mit einer Umgestaltung der Verteilungsgrundsätze einher.[340] Auch ein zweistufiges Vorgehen (vollständige Abschaffung der alten und anschließende Einführung einer neuen Zulage) läßt die Rechtsprechung ohne Beteiligung

334 K/D/Z/*Zwanziger* § 2 KSchG Rn. 189a; von Hoyningen-Huene/*Linck*, KSchG, § 2 Rn. 205; Fitting § 102 Rn. 10; D/K/K/*Klebe* § 87 Rn. 5; in diese Richtung auch GK-BetrVG/*Wiese* § 87 Rn. 121; KR/*Rost* § 2 KSchG Rn. 145; *Wolter* RdA 2006, 137, 141 f.

335 K/D/Z/*Zwanziger* § 2 KSchG Rn. 189a.

336 *H. Hanau* Anmerkung AP Nr. 49 zu § 2 KSchG 1969 [C.III.c.aa].

337 LAG Hamm 11.11.1999 – 4 Sa 1879/98 – juris [2.2]; a.A. *Wallner*, Die Änderungskündigung Rn. 206 mit dem fragwürdigen Argument, Gegenstand auch einer Massen-Änderungskündigung sei immer nur das jeweilige einzelne Arbeitsverhältnis (dazu aber oben Rn. 12 ff.).

338 BAG 17.6.1998 – 2 AZR 336/97 – AP Nr. 49 zu § 2 KSchG 1969 [II.3.e.bb].

339 Ausführlich dazu unten Rn. 197 ff.

340 St. Rspr. seit GS BAG 3.12.1991 – GS 2/90 – AP Nr. 51 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung; BAG 21.1.2003 – 1 AZR 125/02 – AP Nr. 118 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung [A.II.2.a]; BAG 8.6.2004 – 1 AZR 308/03 – AP Nr. 124 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung [B.I.2.a].

des Betriebsrats nicht zu.[341] Ein Mitbestimmungsrecht scheidet danach nur dann aus, wenn sich ausnahmsweise das Verhältnis der Leistungen untereinander nicht verändert,[342] oder wenn der Arbeitgeber bei der Neuverteilung der verbleibenden Mittel rechtlich so gebunden ist, daß ihm gar kein Gestaltungsspielraum mehr verbleibt.[343]

> In dem vom zweiten Senat am 17.6.1998 entschiedenen Fall war die Änderung der Verteilungsgrundsätze offensichtlich. Die Arbeitgeberin wollte von einer einheitlich und ohne Rücksicht auf den konkreten Arbeitnehmer gezahlten Auslösung zu einer Regelung übergehen, die neben einem Grundbetrag einen von der Länge des Arbeitswegs abhängigen Fahrtkostenzuschuß vorsah.

Für die Änderungskündigung hingegen sollen andere Grundsätze gelten. **165**
Hier kann der Arbeitgeber ohne den Betriebsrat eine Änderung der Arbeitsverträge erzwingen, um den Dotierungsrahmen abzusenken. Insoweit hält anscheinend auch das BAG eine Trennung der beiden Schritte für möglich. Das wirft die Frage auf, was eigentlich gelten soll, wenn der Arbeitgeber die Anrechnung einer Tariflohnerhöhung über Änderungskündigungen durchsetzen will.

[4] Änderungskündigung als Einheit

Mit der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung ließe sich die Wirksam- **166**
keit der Änderungskündigung nur vereinbaren, wenn man sie auf eine Teil-Wirksamkeit beschränkte: Der Kündigungsteil wäre (eine Beteiligung des Betriebsrats gemäß §§ 102 f. BetrVG vorausgesetzt) wirksam, der in der Sache mitbestimmungsbedürftige Änderungsteil unwirksam.[344]

Eine solche Konstruktion ist jedoch abzulehnen. Ist das Änderungs- **167**
angebot unwirksam, kann auch die Kündigungserklärung keinen Bestand haben.[345] Das Gesetz stellt dem Arbeitgeber die Änderungskündigung nicht als universelles Druckmittel zur Verfügung, um einseitig ihm ge-

341 BAG 3.8.1982 – 3 AZR 1219/79 – AP Nr. 12 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung; BAG 17.1.1995 – 1 ABR 19/94 – AP Nr. 71 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung [C.II.3]; BAG 9.7.1996 – 1 AZR 690/95 – AP Nr. 86 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung [II.2.c]; BAG 8.6.2004 – 1 AZR 308/03 – AP Nr. 124 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung [B.I.2.c.aa].

342 GS BAG 3.12.1991 – GS 2/90 – AP Nr. 51 zu § 87 BetrVG Lohngestaltung [C.III.5].

343 GS BAG 3.12.1991 – GS 2/90 – AP Nr. 51 zu § 87 BetrVG Lohngestaltung [C.III.6].

344 Ähnlich *Richardi* § 87 Rn. 128; *Raab* ZfA 1995, 479, 513 f.; *H. Hanau* Anmerkung AP Nr. 49 zu § 2 KSchG 1969 [C.III.d]; in diese Richtung auch schon *Dietz* RdA 1962, 390, 395.

345 BAG 10.2.1999 – 2 AZR 422/98 – AP Nr. 52 zu § 2 KSchG 1969 [B.II.2.c]; anders noch der siebte Senat des BAG 29.6.1988 – 7 AZR 459/87 – AP Nr. 2 zu § 72 LPVG NW [3], der § 139 BGB anwenden will.

nehme Arbeitsbedingungen durchzusetzen. Das Gericht prüft im Rahmen der Änderungsschutzklage, ob die Vertragsänderung sozial gerechtfertigt ist. Hat der Arbeitgeber Änderungen vorgeschlagen, die der Arbeitnehmer nicht billigerweise hinnehmen müßte (die also unverhältnismäßig sind), führt das nach § 1 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 i.V.m. § 2 Satz 1 KSchG zur Unwirksamkeit des Kündigungselements.[346]

168 Das gilt genauso, wenn die angestrebte Änderung der Arbeitsbedingungen nicht (nur) unverhältnismäßig, sondern (auch) aus anderen Gründen rechtswidrig und unwirksam ist. Ziel der Änderungskündigung ist eine Vertragsänderung.[347] Wenn diese aber von der Rechtsordnung mißbilligt wird – etwa weil der Arbeitgeber den Betriebsrat nicht beteiligt hat –, stellt sich die Kündigung als Nötigung dar, um einen rechtswidrigen Zweck zu erreichen.[348] Die Unwirksamkeit des Änderungsangebots muß daher auf das Kündigungselement „durchschlagen" (Einheitstheorie).[349] Ob davon im Einzelfall Ausnahmen zu machen sind, wenn der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis beenden will und das Änderungsangebot nur ausgesprochen hat, um dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit Rechnung zu tragen, kann hier dahinstehen.[350] Im Rahmen mitbestimmungsbedürftiger Sachverhalte ist eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses in aller Regel nicht das Ziel.

[5] Durchsetzbarkeit

[a] Wirksame Vertragsänderung

169 Die Änderungskündigung paßt nicht in das System der notwendigen Mitbestimmung. Um diesem Problem zu entgehen, stellt das BAG die These auf, die wirksame Änderungskündigung sei ohne Beteiligung des Betriebsrats nicht „durchsetzbar".[351] Die fehlende „Durchsetzbarkeit" tritt an die

346 St. Rspr., etwa BAG 3.11.1977 – 2 AZR 277/76 – AP Nr. 1 zu § 75 BPersVG [IV 1]; BAG 15.3.1991 – 2 AZR 582/90 – AP Nr. 28 zu § 2 KSchG 1969 [B.I]; BAG 18.11.1999 – 2 AZR 77/99 – AP Nr. 55 zu § 2 KSchG 1969 [II.2]; BAG 29.11.2007 – 2 AZR 388/06 – AP Nr. 136 zu § 2 KSchG 1969 [B.I.2]; A/P/S/*Künzl* § 2 KSchG Rn. 235 m.w.N.

347 BAG 10.2.1999 – 2 AZR 422/98 – AP Nr. 52 zu § 2 KSchG 1969 [B.II.2.c].

348 *Berkowsky* DB 1999, 1606, 1608; *Quecke* NZA 2001, 812, 816.

349 *Boewer* RdA 2001, 380, 396; *Hromadka* DB 2002, 1322, 1324; *Quecke* NZA 2001, 812, 816; *Henssler* SAE 2000, 247; *Müller*, Änderungskündigung S. 49; a.A. *Berkowsky* DB 1999, 1606, 1608 (Trennungstheorie).

350 Dazu *Quecke* NZA 2001, 812, 817 ff.

351 BAG 30.9.1993 – 2 AZR 283/93 – AP Nr. 33 zu § 2 KSchG 1969 [B.I.3.e.ff]; BAG 17.6.1998 – 2 AZR 336/97 – AP Nr. 49 zu § 2 KSchG 1969 [II.3.c.bb]; BAG 23.11.2000 – 2 AZR 690/99 – juris [II.1].

Stelle der Unwirksamkeit und verhindert, daß der Arbeitgeber aus seinem mitbestimmungswidrigen Verhalten Vorteil ziehen kann.[352]

Mit Recht weist *Hans Hanau* demgegenüber darauf hin, daß privatautonome Rechtsgestaltungen unmittelbar aus sich selbst heraus wirken und nicht durchgesetzt werden müssen.[353] Aus diesem Grund können Gestaltungsrechte im Gegensatz zu Ansprüchen (§ 194 Abs. 1 BGB) nicht verjähren, sondern allenfalls erlöschen (z.B. § 218 Satz 1 BGB).[354] Die Änderungskündigung gestaltet in Kombination mit der Annahmeerklärung des Arbeitnehmers den Arbeitsvertrag um; die bisherigen Arbeitsbedingungen werden durch die neuen ersetzt, ohne daß sich dies verhindern ließe – wenn man der Umgestaltung nicht die Wirksamkeit abspricht. **170**

Bei der Versetzung hilft dem BAG seine verfehlte Annahme, die Änderungskündigung ziele nur auf eine Erweiterung des Weisungsrechts. „Nicht durchsetzbar" hieße dann: Der Arbeitgeber benötigt zur Versetzung auf der Grundlage dieses erweiterten Weisungsrechts die Zustimmung des Betriebsrats.[355] **171**

Richtigerweise wird man davon auszugehen haben, daß mit der wirksamen Änderungskündigung den Arbeitsvertrag wirksam umgestaltet wird. Eine aufschiebende Bedingung des Änderungsvertrags[356] ist zwar denkbar, kann aber nicht einfach in ihn „hineingelesen" werden. So scheitert dieser Ansatz, wenn Arbeitgeber und Arbeitnehmer sich über das Zustimmungserfordernis gar nicht im Klaren waren. **172**

Denkbar wäre es, die Wirkungen der Änderungskündigung bis zur Zustimmung des Betriebsrats zu suspendieren.[357] Mit der Rechtsprechung des BAG zur Unwirksamkeit der Versetzung durch Weisung oder Vereinbarung[358] ließe sich das aber nicht in Einklang bringen: Auch diese Rechtsgeschäfte dürften ohne Zustimmung des Betriebsrats dann nur suspendiert sein.[359] Zudem bedeutet „Suspendierung" nichts anderes als „aufschiebende Bedingung". Das in der Änderungskündigung enthaltene Kündigungselement ist jedoch als Gestaltungsrecht bedingungsfeindlich **173**

352 *H. Hanau* (Anmerkung AP Nr. 49 zu § 2 KSchG 1969 [C.III.c.bb]) spricht der „Durchsetzbarkeit" daher einen eigenen dogmatischen Gehalt ab.

353 *H. Hanau*, Anmerkung AP Nr. 49 zu § 2 KSchG 1969 [C.III.c.aa].

354 Palandt/*Heinrichs* § 194 Rn. 3.

355 BAG 30.9.1993 – 2 AZR 283/93 – AP Nr. 33 zu § 2 KSchG 1969 [B.I.3.e.ff].

356 *Löwisch*/Spinner § 2 Rn. 112.

357 *Bartels*, Versetzungen S. 139; *Kania*, Anmerkung EzA § 99 BetrVG 1972 Nr. 118.

358 Oben Rn. 72.

359 Für *Bartels* stellt sich dieses Problem nicht, weil er diese Maßnahmen für wirksam hält (Versetzungen S. 104).

und kann in seiner Wirkung nicht von einer späteren Entwicklung abhängen.[360]

[b] Kollektivrechtliches Vollzugsverbot

174 Die „Undurchsetzbarkeit" ist nach alledem für die mitbestimmungswidrige Versetzung im Sinne eines Vollzugsverbots zu verstehen. Wegen des kollektivrechtlichen Beschäftigungsverbots[361] darf der Arbeitgeber den Arbeitnehmer nicht auf der neuen Stelle beschäftigen. So wie § 102 Abs. 5 Satz 1 BetrVG im Falle des Widerspruchs des Betriebsrats nach § 102 Abs. 3 BetrVG den Vollzug einer wirksamen Kündigung hindert,[362] stehen hier die §§ 100 f. BetrVG dem Vollzug der Änderungskündigung entgegen. Der Mitbestimmungsverstoß führt auf arbeitsvertraglicher Ebene zu einer Leistungsstörung: Der Arbeitgeber kann seine vertragliche Pflicht zur Zuweisung des neuen Arbeitsplatzes nicht erfüllen – es handelt sich um einen Fall der subjektiven rechtlichen Unmöglichkeit (§ 275 Abs. 1 Alt. 1 BGB).[363]

175 Umgekehrt kann der Arbeitgeber angesichts der wirksamen Vertragsänderung nicht verlangen, daß der Arbeitnehmer auf seinem bisherigen Arbeitsplatz weiter arbeitet.[364] Allenfalls mittelbar mag der Arbeitnehmer unter Druck stehen, dieser Aufforderung nachzukommen, um nicht nach § 615 Satz 2 BGB seinen Anspruch auf Verzugslohn zu verlieren.[365]

176 Für die Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG funktioniert diese leistungsstörungsrechtliche Konstruktion nicht. Ist die Änderungskündigung zur Kürzung einer Zulage wirksam, so besteht der Anspruch des Arbeitnehmers nicht in voller Höhe fort. Die Vertragsänderung muß nicht erst vollzogen werden; für Unmöglichkeit ist kein Raum. Die „Nichtdurchsetzbarkeit" läßt sich hier also zivilrechtsdogmatisch nicht erklären.

[c] Rückabwicklungsschwierigkeiten

177 Verweigert der Betriebsrat endgültig seine Zustimmung, muß die erfolglose Vertragsänderung rückabgewickelt werden, um wieder einen mit-

360 *Müller*, Änderungskündigung S. 56 f.
361 K/D/Z/*Zwanziger* § 2 KSchG Rn. 188; KR/*Rost* § 2 KSchG Rn. 141; *Müller*, Änderungskündigung S. 130 f.
362 Dazu oben Rn. 48.
363 *von Hoyningen-Huene/Boemke*, Die Versetzung S. 199 f.; von Hoyningen-Huene/*Linck*, KSchG, § 2 Rn. 203.
364 So aber BAG 30.9.1993 – 2 AZR 283/93 – AP Nr. 33 zu § 2 KSchG 1969 [B.I.3.e.ff]; wie hier *Bartels*, Versetzungen S. 142; *von Hoyningen-Huene* NZA 1993, 145, 150; *Wallner*, Die Änderungskündigung Rn. 203.
365 *Wallner*, Die Änderungskündigung Rn. 203.

bestimmungskonformen Zustand herzustellen. In den Grenzen des Günstigkeitsprinzips mag dies durch Betriebsvereinbarung geschehen, im Extremfall wird der Arbeitgeber um eine erneute Änderungskündigung nicht herumkommen.[366]

178 Für die mitbestimmungswidrige Versetzung leiten das BAG und mit ihm Teile der Literatur hingegen aus § 275 Abs. 1 Alt. 1 BGB ab, daß die Parteien von ihren Verpflichtungen aus dem Änderungsvertrag befreit würden und es endgültig beim ursprünglichen Vertrag bleibe.[367] Das überrascht, da sich die Frage der Rückabwicklung aus Sicht des zweiten Senats eigentlich nicht stellt. Die von ihm angenommene Erweiterung des Direktionsrechts unterliegt schließlich nicht der Mitbestimmung – warum also soll der Änderungsvertrag beseitigt werden?

179 Dessen ungeachtet steht diese Lösung rechtskonstruktiv auf wackligen Füßen. Der Änderungsvertrag gestaltet das Arbeitsverhältnis neu, enthält aber keine eigenständigen Verpflichtungen, deren Erfüllung unmöglich werden könnte.

180 Selbst wenn man dem Änderungsvertrag die *Verpflichtung* entnehmen wollte, den Arbeitnehmer künftig auf dem neuen Arbeitsplatz zu beschäftigen, käme eine Rückabwicklung nur nach einem Rücktritt des Arbeitgebers gemäß § 326 Abs. 5 BGB in Frage. Die Unmöglichkeit bringt nach § 275 Abs. 1 BGB einzelne Ansprüche zum Erlöschen, nicht aber das gesamte Schuldverhältnis.[368] Ob die Leistung erbracht werden kann oder nicht, spielt – jedenfalls seit der Abschaffung des § 306 BGB a.F. – für die Wirksamkeit eines Vertrags keine Rolle.[369]

e) Wirksamkeit begünstigender Maßnahmen

[1] Meinungsstand

181 Die negative normative Wirkung des Mitbestimmungsrechts nach der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung[370] geht bei begünstigenden Maßnahmen des Arbeitgebers zu Lasten der Arbeitnehmer. Nach ständiger

366 *Bartels*, Versetzungen S. 143; ErfK/*Oetker* § 2 KSchG Rn. 27.
367 BAG 30.9.1993 – 2 AZR 283/93 – AP Nr. 33 zu § 2 KSchG 1969 [B.I.3.e.ff]; A/P/S/*Künzl* § 2 KSchG Rn. 159; KR/*Rost* § 2 KSchG Rn. 141.
368 Bamberger/Roth/*Unberath* § 275 Rn. 60; *Miersch*, Rechtsfolgen S. 286; *Müller*, Änderungskündigung S. 107.
369 Dazu BT-Drs. 14/6040 S. 164; Bamberger/Roth/*Gehrlein* § 275 Rn. 1.
370 Oben Rn. 41 ff.

Rechtsprechung des BAG sollen mitbestimmungswidrige Maßnahmen daher nur unwirksam sein, wenn sie die Arbeitnehmer belasten.[371]

> Eine leistungsbezogene Zulage (§ 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG)[372] könnte demnach auch ohne Beteiligung des Betriebsrats wirksam gewährt werden.

182 Dahinter steht der Gedanke, die Verletzung des Mitbestimmungsrechts dürfe dem Arbeitgeber nicht zum Vorteil gereichen.[373] Diese Rechtsprechung ist zwar nicht ganz einheitlich,[374] kann aber im Kern als gefestigt gelten. In der Literatur hingegen ist die Beschränkung der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung auf Maßnahmen zum Nachteil der Arbeitnehmer stark umstritten.[375]

[2] Dogmatische Begründungsansätze

[a] Keine entsprechende Anwendung des Günstigkeitsprinzips

183 Dogmatisch ist nicht das Fehlverhalten des Arbeitgebers, sondern die Vertragsfreiheit des Arbeitnehmers der richtige Ansatzpunkt. So wie das

---

371 BAG 25.10.1957 – 1 AZR 397/56 – AP Nr. 6 zu § 56 BetrVG Bl. 746; zum BetrVG 1972 BAG 13.7.1977 – 1 AZR 336/75 – AP Nr. 2 zu § 87 BetrVG 1972 Kurzarbeit [10]; BAG 17.12.1980 – 5 AZR 570/78 – AP Nr. 4 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung [3]; aus neuerer Zeit BAG 11.6.2002 – 1 AZR 390/01 – AP Nr. 113 zu § 87 BetrVG Lohngestaltung [III.3]; BAG 19.6.2005 – 3 AZR 472/04 – AP Nr. 42 zu § 1 BetrAVG [II.2]; BAG 5.6.2007 – 9 AZR 604/06 – AP Nr. 40 zu § 611 BGB Ausbildungsbeihilfe [I.2.b.bb.(3)]

372 BAG 18.3.1964 – 1 ABR 10/63 – AP Nr. 4 zu § 56 BetrVG Entlohnung.

373 GS BAG 16.9.1986 – GS 1/82 – AP Nr. 17 zu § 77 BetrVG 1972 [C.III.4]; grundlegend *Richardi* ZfA 1976, 1, 37; *ders.* § 87 Rn. 118; *von Hoyningen-Huene*, DB 1987, 1426, 1430; GK-BetrVG/*Wiese* § 87 Rn. 125.

374 Anders BAG 4.5.1982 – 3 AZR 1202/79 – AP Nr. 6 zu § 87 BetrVG 1972 Altersversorgung. – Offen gelassen GS BAG 16.9. 1986 – GS 1/82 – AP Nr. 17 zu § 77 BetrVG 1972 [C.III.4]: Die Unwirksamkeit sei angemessen, „*[s]oweit* Maßnahmen des Arbeitgebers mitbestimmungspflichtig sind und ihre Durchführung den Arbeitnehmer belastet"; GS BAG 3.12.1991 – GS 2/90 – AP Nr. 51 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung [D.II]: Die Verletzung von Mitbestimmungsrechten führe „*jedenfalls* zur Unwirksamkeit von Maßnahmen oder Rechtsgeschäften […], die den ArbN belasten"; so auch BAG 10.3.1998 – 1 AZR 658/97 – AP Nr. 5 zu § 84 ArbGG 1979 [III.2.a.aa] [Hervorhebungen vom Verfasser].

375 Dem BAG folgend MünchArbR/*Matthes* § 241 Rn. 7 und § 341 Rn. 107; ErfK/*Kania* § 87 BetrVG Rn. 136; W/P/K/*Bender* § 87 Rn. 246; H/L/S/*Heise*/*von Steinau-Steinrück* § 87 Rn. 18; *Joost* ZfA 1993, 257, 274 f.; *Ramrath* DB 1990, 2593, 2600; *Däubler* AuR 1984, 1, 13; *Blomeyer* NZA 1996, 337, 341; dagegen GK-BetrVG/*Wiese* § 87 Rn. 127; *Buchner*, DB 1983, 877, 882; *P. Hanau* JuS 1985, 360, 361; *Gutzeit*, NZA 2008, 255, 258; *Boemke*, Schuldvertrag S. 455; *Miersch*, Rechtsfolgen S. 151.

Günstigkeitsprinzip die normative Wirkung der Betriebsvereinbarung begrenzt,[376] soll auch die negative normative Wirkung des Mitbestimmungsrechts begrenzt sein. Ein erheblicher Teil der Literatur wirft dem BAG in diesem Zusammenhang vor, in unzulässiger Weise die Frage der Wirksamkeitsvoraussetzung mit dem Günstigkeitsprinzip zu verquicken.[377]

In der Tat verfährt die Rechtsprechung mit dem Günstigkeitsvergleich im Rahmen der notwendigen Mitbestimmung nach dem Günstigkeitsprinzip, ohne dies offen zu sagen. Dabei wird nicht nur ausgeblendet, daß es an konkurrierenden Regelungen fehlt,[378] sondern auch, daß die Wertungen des Günstigkeitsprinzips nicht passen. Dieses dient dem Ausgleich zwischen positiver Vertragsfreiheit der Arbeitnehmer und positiver Betriebsautonomie.[379] **184**

Demgegenüber wird hier die (positive) Privatautonomie ins Verhältnis gesetzt zur (negativen) Verletzung der Mitbestimmungsrechte. Es stellt sich also nicht die Frage, *welche* Regelung gelten soll, sondern *ob* eine mitbestimmungswidrige Regelung überhaupt gelten kann oder nicht. Es geht nicht um den Schutz des einzelnen vor kollektivrechtlichen Beeinträchtigungen, sondern um den Schutz seines Vertrauens in den Bestand ausgehandelter Vergünstigungen.

[b] Vertrauensschutz

Einen solchen Vertrauensschutz kann es allenfalls für die Vergangenheit geben, wenn die Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung Mitbestimmungsrechte sichern soll. Bereits erlangte Vorteile müßten die Arbeitnehmer dann nicht herausgeben. Streiten läßt sich über den Maßstab für die Schutzwürdigkeit. So verlangt der dritte Senat des BAG nicht mehr rückgängig zu machende Dispositionen des Arbeitnehmers,[380] während einige Autoren den Arbeitnehmer in aller Regel für schutzwürdig **185**

376 Dazu oben Rn. 33 ff.

377 *Richardi* § 87 Rn. 109; GK-BetrVG/*Wiese* § 87 Rn. 117; *ders.* ZfA 2000, 117, 140; *Rieble/Gutzeit* NZA 2002, 7, 12; *Gutzeit* NZA 2008, 255, 258; *Boemke*, Schuldvertrag S. 455; *Miersch*, Rechtsfolgen S. 150; ähnlich schon *Dietz* RdA 1962, 390, 395.

378 Oben Rn. 44.

379 Oben Rn. 33 ff.

380 BAG 4.5.1982 – 3 AZR 1202/79 – AP Nr. 6 zu § 87 BetrVG 1972 Altersversorgung mit zust. Anm. *Moll*; zustimmend auch *Gutzeit*, AR-Blattei SD 530.14.2 Rn. 93; *Wiese* in: FS Kraft S. 683, 690; ähnlich *Buchner*, DB 1983, 877, 882; Schaub/*Koch* § 235 Rn. 25.

halten.[381] Jedenfalls muß ein Vertrauensschutz ausscheiden, wenn der Arbeitnehmer weiß, daß der Betriebsrat nicht beteiligt wurde.[382]

186 Logisch vorrangig ist die Frage nach dem Bezugspunkt des geschützten Vertrauens. Der gute Glaube an die Rechtsmacht des Arbeitgebers kann angesichts der gesetzlich fixierten Mitbestimmungsrechte nicht schutzwürdig sein. Der Arbeitnehmer mag darauf vertrauen, daß der Arbeitgeber seine betriebsverfassungsrechtlichen Verpflichtungen eingehalten und den Betriebsrat beteiligt hat – der Arbeitgeber hat aber in der Regel keinen Vertrauenstatbestand gesetzt. Das Vertrauen in die Verbindlichkeit einer Erklärung ist nur dann geschützt, wenn der Erklärende dieses Vertrauen durch zusätzliche Umstände (mit-)verursacht. Davon läßt sich allenfalls sprechen, wenn der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer vorspiegelt, er habe den Betriebsrat ordnungsgemäß beteiligt.

Es ist das Verdienst *Richardis*, das Vertrauensschutzargument als untauglich entlarvt zu haben:

> „Wenn man die Verpflichtungswirkung eines rechtsgeschäftlichen Leistungsversprechens nicht anerkennt, weil die zwingend vorgeschriebene Zustimmung eines anderen fehlt, kann man nicht den rechtsgeschäftlichen Haftungstatbestand durch einen auf den Vertrauensschutz gegründeten Haftungstatbestand auswechseln, um die Verpflichtungswirkung des rechtsgeschäftlichen Leistungsversprechens anzuerkennen."[383]

[c] Halbseitige Teilnichtigkeit?

187 Nimmt man mit der h.M. an, die Mitbestimmungsrechte beschränkten das rechtliche Können des Arbeitgebers,[384] dann muß jede Maßnahme unwirksam sein, die diese gemeinsame und gleichgeordnete Regelungszuständigkeit verletzt.[385] Die Mitbestimmungsrechte selbst stellen nicht darauf ab, ob der Arbeitgeber die Rechtsposition der Arbeitnehmer verbessern oder verschlechtern will.

188 Dieses Problem läßt sich allenfalls lösen, wenn man mit *Däubler* in Anlehnung an § 75d HGB eine halbseitige Teilnichtigkeit annimmt.[386]

---

381 *Fitting* § 87 Rn. 607; *Miersch*, Rechtsfolgen S. 136 f.; *Boemke*, Schuldvertrag S. 456; enger *von Hoyningen-Huene*, DB 1987, 1426, 1430: nicht ohne weiteres rückgängig zu machende Dispositionen.

382 *Richardi* NZA 1995, 8, 12.

383 *Richardi* NZA 1995, 8, 12; in diesem Sinne auch *ders.* § 87 Rn. 124; *ders.* FS 50 Jahre BAG S. 1041, 1060; ihm folgend H/L/S/*Heise/von Steinau-Steinrück* § 87 Rn. 18.

384 Oben Rn. 18.

385 *Miersch*, Rechtsfolgen S. 146; *Richardi* § 87 Rn. 109; *Hurlebaus*, Fehlende Mitbestimmung S. 15; *Wiese* FS Adomeit S. 839, 845.

386 Däubler AuR 1984, 1, 13.

Demnach könnte sich nur der Arbeitnehmer, nicht aber der Arbeitgeber auf die Unwirksamkeit berufen. Dasselbe Ergebnis erreicht *von Hoyningen-Huene* über das Verbot des venire contra factum proprium. Der Arbeitgeber müsse sich an seiner Zusage festhalten lassen, allerdings könne er mit dem Betriebsrat eine neue Regelung vereinbaren.[387] Das entspricht der vom BAG sonst so vehement abgelehnten Theorie der erzwingbaren Mitbestimmung.[388] Es stünde im Belieben des begünstigten Arbeitnehmers, ob er die Regelung gelten lassen will oder nicht; die mittelbar betroffenen Kollegen „stünden im Regen".

[3] Keine Lösung zu Lasten Dritter

[a] Ausgleichsfunktion der Mitbestimmung

Wenn der Arbeitgeber einzelne Arbeitnehmer oder Gruppen von ihnen mitbestimmungswidrig begünstigen kann, ist die Verteilungsgerechtigkeit ungeschützt. Oftmals wirkt sich die Besserstellung des einen zu Lasten anderer Arbeitnehmer aus. Das BetrVG räumt dem Betriebsrat bei Verteilungsfragen Mitbestimmungsrechte ein, um die gegenläufigen Interessen innerhalb der Belegschaft zu einem gerechten Ausgleich zu bringen.[389] Diese Ausgleichsfunktion bleibt auf der Strecke, wenn der Arbeitgeber eigenmächtig über die Verteilung entscheidet.[390] **189**

> So könnte der Arbeitgeber mit einem eigenmächtig aufgestellten Urlaubsplan[391] (§ 87 Abs. 1 Nr. 5 BetrVG) seinen Günstlingen Urlaub zur beliebtesten Zeit sichern. Die übrige Belegschaft müßte sich danach richten. Ähnliche Interessenkonflikte bestehen bei der betrieblichen Arbeitszeitverteilung (§ 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG) oder der innerbetrieblichen Lohngestaltung (§ 87 Abs. 1 Nr. 10 und 11 BetrVG).

Für den kollektivrechtlichen Rechtsschutz des Betriebsrats spielt es dementsprechend keine Rolle, ob die mitbestimmungswidrige Maßnahme **190**

387 *von Hoyningen-Huene* DB 1987, 1426, 1430; *ders*. RdA 1992, 355, 361.

388 Dazu oben Rn. 99 ff.

389 Insoweit unstreitig, statt aller: *Wiese* ZfA 2000, 117, 123 m.w.N.

390 Gegen die Beschränkung der Unwirksamkeit auf belastende Maßnahmen daher GK-BetrVG/*Wiese* § 87 Rn. 127; *ders.*, Anmerkung AP Nr. 113 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung; *Gutzeit*, NZA 2008, 255, 258; *Boemke*, Schuldvertrag S. 455; im Ergebnis auch *P. Hanau* JuS 1985, 360, 361; *Miersch*, Rechtsfolgen S. 151.

391 Der Urlaubsplan selbst führt bereits zur Konkretisierung der Urlaubsanspruchs, ohne daß es einer weiteren Handlung des Arbeitgebers bedürfte; *Richardi* § 87 Rn. 451; Fitting § 87 Rn. 201; D/K/K/*Klebe* § 87 Rn. 115; a.A. H/S/W/G/N/*Worzalla* § 87 Rn. 270 m.w.N.

Arbeitnehmer begünstigt oder belastet.[392] Auch das Günstigkeitsprinzip als Korrektiv der normativen Wirkung der Betriebsvereinbarung wird im Hinblick auf die Ausgleichsfunktion in Mitbestimmungsangelegenheiten beschränkt.[393] Wenn man mit der h.M. als Äquivalent eine negative normative Wirkung des Mitbestimmungsrechts behauptet,[394] so kann auch diese keine einzelvertraglichen Vereinbarungen (mittelbar) zu Lasten der Kollegen zulassen, ohne einen betriebsverfassungsinternen Wertungswiderspruch zu produzieren.

[b] Untaugliche Abgrenzung

191 Vor dem Hintergrund der Ausgleichsfunktion ist zudem eine klare Abgrenzung zwischen begünstigenden und belastenden Maßnahmen nicht immer möglich. Ließe man etwa freiwillige mitbestimmungswidrige Mehrarbeit wegen der damit verbundenen Verdienstmöglichkeit zu, entstünde Druck auf die gesamte Belegschaft, sich im Interesse eines beruflichen Aufstiegs der Mehrarbeit nicht zu verschließen. Gerade diesen Druck soll die Mitbestimmung des Betriebsrats abfedern. Eine subjektive Beurteilung der Günstigkeit nach dem Willen des jeweiligen Arbeitnehmers würde der Funktion der Mitbestimmung nicht gerecht. Nur der Betriebsrat kann die Situation unabhängig bewerten, da er keiner Repression durch den Arbeitgeber ausgesetzt ist und – zumindest nach den Vorstellungen des Gesetzgebers – nicht durch die finanziellen Anreize in Versuchung ist, langfristige Interessen zu vernachlässigen. Ob Überstunden „gut“ oder „schlecht“ sind, muß daher der Betriebsrat entscheiden – im Rahmen der Mitbestimmung.

[c] Kein Verlust von Vergütungsansprüchen

192 Das bedeutet freilich nicht, daß Arbeitnehmer, die eine mitbestimmungswidrige Weisung befolgen, das „Mitbestimmungsrisiko“ tragen müßten. Geleistete Arbeit ist unstreitig auch dann zu vergüten, wenn sie rechtswidrig ohne Beteiligung des Betriebsrats angeordnet wurde.[395] Der vierte Senat des BAG leitet diese Rechtsfolge aus den Grundsätzen über das

---

392 Vgl. BAG 29.2.2000 – 1 ABR 4/99 – AP Nr. 105 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung.

393 Oben Rn. 37 f.

394 Oben Rn. 41.

395 BAG 5.7.1976 – 5 AZR 264/75 – AP Nr. 10 zu § 12 AZO [II.2.c]; BAG 4.5.1982 – 3 AZR 1202/79 – AP Nr. 6 zu § 87 BetrVG 1972 Altersversorgung [I.2.b]; GS BAG 16.9.1986 – GS 1/82 – AP Nr. 17 zu § 77 BetrVG 1972 [C.III.4]; D/K/K/*Klebe* § 87 Rn. 4; *Gamillscheg*, KollArbR II S. 750; *Wiese*, Anmerkung AP Nr. 113 zu § 87 BetrVG Lohngestaltung; *von Hoyningen-Huene* RdA 1992, 355, 360.

faktische Arbeitsverhältnis her,[396] der dritte Senat hingegen aus Vertrauensschutzerwägungen.[397] *Wiese* begründet dieses Ergebnis überzeugender mit § 242 BGB und dem dort verankerten Verbot des venire contra factum proprium.[398] Der Arbeitgeber darf sich nicht auf die Rechtswidrigkeit seines eigenen Verhaltens berufen, die Entgeltzahlung kann sich auch nicht zu Lasten der Kollegen auswirken. *Löwisch* und *Gutzeit* wiederum verweisen darauf, die Unwirksamkeit erfasse nur die Verpflichtung des Arbeitnehmers, nicht aber seinen Anspruch auf Vergütung für geleistete Arbeit.[399]

[4] Fazit

Bei unmittelbar begünstigenden Maßnahmen des Arbeitgebers versagt die Konstruktion der notwendigen Mitbestimmung. Sie belastet entweder die unmittelbar betroffenen Arbeitnehmer oder den Rest der Belegschaft – zu einer mitbestimmten Lösung führt sie nicht.[400] **193**

II. Mißachtung der Grenzen der Mitbestimmung

Das BAG macht nicht nur fragwürdige Ausnahmen von der Unwirksamkeit. Die Wirkungen der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung reichen umgekehrt in einigen Fällen weiter als ihre Begründung. **194**

1. § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG

a) Kürzung freiwilliger Leistungen

[1] Überschießende Tendenz der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung

Das Problem zeigt sich insbesondere im Rahmen des § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG bei der Kürzung freiwilliger Leistungen, etwa durch Widerruf oder durch Anrechnung einer Tariflohnerhöhung auf eine außertarifliche Zulage. Hier unterliegt nur die Regelung der Verteilungsgrundsätze der Mit- **195**

396 BAG 14.6.1972 – 4 AZR 315/71 – AP Nr. 54 zu § 22 BAT für den Fall einer unwirksamen Höhergruppierung im Personalvertretungsrecht; ebenso *P. Hanau* RdA 1973, 281, 291; *ders.* JuS 1985, 360, 361.

397 BAG 4.5.1982 – 3 AZR 1202/79 – AP Nr. 6 zu § 87 BetrVG 1972 Altersversorgung [2.b].

398 GK-BetrVG/*Wiese* § 87 Rn. 125; *ders.* FS Kraft S. 683, 688 f.

399 Galperin/*Löwisch* § 87 Rn. 20; *Gutzeit*, AR-Blattei SD 530.14.2 Rn. 88 ff.; *ders.* NZA 2008, 255, 259, der betont, die Vergütungsfrage unterliege anders als die Anordnung der Überstunden nicht dem Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats.

400 Ähnlich *H. Hanau* RdA 1998, 345, 347.

bestimmung, das insgesamt zur Verfügung stehende Zulagenvolumen (Dotierungsrahmen) bestimmt der Arbeitgeber mitbestimmungsfrei.[401] Der Betriebsrat soll über die Mitbestimmung im Entgeltbereich die Verteilungsgerechtigkeit sowie die Angemessenheit und Transparenz des innerbetrieblichen Lohngefüges sichern,[402] nicht aber Lohnpolitik machen.[403] Das BAG sieht daneben den Schutz der Arbeitnehmer vor einer einseitig an den Interessen des Arbeitgebers ausgerichteten Lohngestaltung als Zweck der Mitbestimmung.[404] Dennoch besteht nach einhelliger Ansicht kein Mitbestimmungsrecht, wenn eine Veränderung freiwilliger Leistungen die Verteilungsgrundsätze unberührt läßt.[405]

196 Auch das BAG läßt deshalb die lineare Kürzung einer freiwilligen Zulage durch den Arbeitgeber ohne Zustimmung des Betriebsrats zu, sofern sich das Verhältnis der Zulagen zueinander und damit die Verteilungsgrundsätze nicht ändern.[406] Das gilt aber schon nicht mehr, wenn sich im Vergleich der Arbeitnehmer untereinander das Verhältnis von Grundlohn und Zulage verändert.[407] Die Rechtsprechung hält in diesen Fällen seit den Beschlüssen des Großen Senats des BAG vom 3.12.1991 eine nicht mitbestimmte Kürzung für unwirksam.[408] Die Unwirksamkeit erfaßt nicht nur

401 St. Rspr., GS BAG 3.12.1991 – GS 2/90 – AP Nr. 51 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung [C.III.5]; BAG 17.6.1998 – 2 AZR 336/97 – AP Nr. 49 zu § 2 KSchG 1969 [II.3.e]; BAG 1.3.2006 – 5 AZR/363/05 – AP Nr. 3 zu § 308 BGB [IV.2]; zustimmend GK-BetrVG/*Wiese* § 87 Rn. 861, 868; *Richardi* § 87 Rn. 771; Fitting § 87 Rn. 445; H/S/W/G/N/*Worzalla* § 87 Rn. 512; einschränkend nur D/K/K/*Klebe* § 87 Rn. 259; zur Rechtsprechung vor den Entscheidungen des Großen Senats siehe die Darstellung im Vorlagebeschluß des ersten Senats BAG 13.2.1990 – 1 AZR 171/87 – AP Nr. 44 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung.

402 St. Rspr., BAG 29.7.2003 – 3 ABR 34/02 – AP Nr. 18 zu § 87 BetrVG 1972 Sozialeinrichtung [B.II.1]; GS BAG 3.12.1991 – GS 2/90 – AP Nr. 51 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung [C.I.1]; BAG 22.1.1980 – 1 ABR 48/77 – AP Nr. 3 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung [II.2.c].

403 BAG 14.11.1974 – 1 ABR 65/73 – AP § 87 BetrVG 1972 Nr. 1 [II.2]; BAG 22.1.1980 – 1 ABR 48/77 – AP § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung Nr. 3 [B.II.2.c]; *Richardi* § 87 Rn. 730; *Wittgruber*, Vertragsfreiheit S. 167; *von Hoyningen-Huene* RdA 1992, 355, 360.

404 BAG 30.10.2001 – 1 ABR 8/01 – AP Nr. 26 zu § 99 BetrVG 1972 Eingruppierung [B.I.2.a].

405 GS BAG 3.12.1991 – GS 2/90 – AP Nr. 51 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung [D.I]; BAG 27.8.2008 – 5 AZR 820/07 – AP Nr. 36 zu § 307 BGB [II.2] ebenso die ganz h.L., statt aller Fitting § 87 Rn. 473.

406 GS BAG 3.12.1991 – GS 2/90 – AP Nr. 51 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung [C.III.5.b].

407 GS BAG 3.12.1991 – GS 2/90 – AP Nr. 51 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung [C.III.5.b].

408 GS BAG 3.12.1991 – GS 2/90 – AP Nr. 51 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung; BAG 11.8.1992 – 1 AZR 279/90 – AP Nr. 53 zu § 87 BetrVG 1972 Lohn-

die mitbestimmungsbedürftige Verteilung des verbleibenden Zulagenvolumens, sondern auch die mitbestimmungsfreie Reduzierung des Dotierungsrahmens. Die Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung reicht damit weiter als das verletzte Mitbestimmungsrecht. Der Arbeitgeber kann von einem individualrechtlichen Widerrufsvorbehalt keinen Gebrauch machen, solange er sich mit dem Betriebsrat nicht über die künftige Verteilung verständigt hat, die allein der Mitbestimmung unterliegt.

[2] Keine untrennbare Einheit

Mit Recht wird gegen diese Rechtsprechung eingewandt, daß das Konzept der notwendigen Mitbestimmung[409] eine solche „*überschießende Wirkung*“[410] auf mitbestimmungsfreie Maßnahmen nicht zu tragen vermag.[411] Die Herabsetzung des Dotierungsrahmens könnte allenfalls dann mangels Beteiligung des Betriebsrats unwirksam sein, wenn sie mit der mitbestimmungsbedürftigen Entscheidung über die Verteilungsgrundsätze untrennbar verbunden wäre. Das ist jedoch nicht der Fall.[412] Die Verteilungsregelung setzt voraus, daß das Zulagenvolumen feststeht – umgekehrt ist eine Kürzung des Dotierungsrahmens aber nicht davon abhängig, daß die neue Verteilung bereits beschlossen ist.[413] Die Kürzung als solche betrifft allein die Vertragsbeziehung und unterliegt nur den individualrechtlichen Schranken, während sich das Mitbestimmungsrecht aus § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG ausschließlich auf die Verteilungsgerechtigkeit bezieht und deshalb nicht den Dotierungsrahmen sichern kann.[414] Mit anderen Worten: Für die individualrechtliche Kürzung und für die kollektivrechtliche Verteilung gelten unterschiedliche Regeln. Deshalb **197**

gestaltung; BAG 21.1.2003 – 1 AZR 125/02 – AP Nr. 118 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung [A.II.2.a]; BAG 8.6.2004 – 1 AZR 308/03 – AP Nr. 124 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung [B.I.2.a]; BAG 10.3.2009 – 1 AZR 55/08 – AP Nr. 134 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung [II.2]; zustimmend *Löwisch*/Kaiser § 87 Rn. 186; D/K/K/*Klebe* § 87 Rn. 258, 260; W/P/K/*Bender* § 87 Rn. 249; S/W/S § 87 Rn. 174j.

409 Dazu oben Rn. 18.

410 *P. Hanau* RdA 1989, 207, 209.

411 *Wiese* FS Kraft S. 683, 693 f.; *ders.* FS Adomeit S. 839, 852; *H. Hanau* RdA 1998, 345, 348; *ders.*, Individualautonomie S. 213 f.; *Wittgruber*, Vertragsfreiheit S. 167 f.

412 GS BAG 3.12.1991 – GS 2/90 – AP Nr. 51 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung [D.II]; *Wiese* FS Adomeit S. 839, 852 f.; *Bommermann*, DB 1991, 2185, 2189; *Reichold* Anmerkung AP Nr. 68 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung; teilweise a.A. *Wolter* RdA 2006, 137, 147.

413 Vgl. BAG 17.6.1998 – 2 AZR 336/97 – AP Nr. 49 zu § 2 KSchG 1969 [II.3.e.bb].

414 *Reichold* SAE 1999, 121, 125.

kann ein Verstoß gegen das Mitbestimmungsrecht nicht auf die Kürzung „durchschlagen".

198 Wer die Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung korrekt anwendet, muß also zu dem Ergebnis kommen, daß der (Teil-)Widerruf der bisherigen Leistung wirksam ist und lediglich die Entscheidung über die künftige Verteilung unwirksam.[415] Falsch ist der Einwand des BAG, die Mitbestimmung des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG sei auf diese Weise nicht zu sichern.[416] Da die einseitige Verteilung des Zulagenvolumens durch den Arbeitgeber unwirksam ist, existiert keine wirksame Rechtsgrundlage für die Höhe der einzelnen Arbeitnehmeransprüche. Die Betriebspartner müssen eine solche Regelung – möglicherweise rückwirkend[417] – vereinbaren.

199 Um die Umverteilung zu sichern, muß man nicht mit *Hans Hanau* annehmen, die vorherigen Leistungen des Arbeitgebers seien im Verhältnis der Arbeitnehmer untereinander relativ unwirksam.[418] Der Arbeitgeber selbst hat das Risiko der Umverteilung zu tragen. Erzwingt der Betriebsrat Verteilungsgrundsätze, die von der eigenmächtigen Verteilung durch den Arbeitgeber abweichen, so muß dieser einigen Arbeitnehmern mehr zahlen, während andere ohne Rechtsgrund zu viel erhalten haben. Letzteren gegenüber ist er auf eine Rückforderung angewiesen, die er im Voraus etwa dadurch sichern kann, daß er bis zu einer mitbestimmten Regelung alle Zulagen nur unter Vorbehalt weiterzahlt.[419] Verzichtet er auf

---

415 *Wiese* FS Kraft S. 683, 695; *Reichold*, Anmerkung AP Nr. 68 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung; *Wittgruber*, Vertragsfreiheit S. 168; i. Erg. ähnlich *H. Hanau* RdA 1998, 345, 347; *ders.*, Individualautonomie S. 214 ff.

416 GS BAG 3.12.1991 – GS 2/90 – AP Nr. 51 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung [D.II]; zustimmend *Wolter* RdA 2006, 137, 147; wie hier *Wiese* FS Kraft S. 683, 699.

417 BAG 19.9.1995 – 1 AZR 208/95 – AP Nr. 61 zu § 77 BetrVG 1972; S/W/S § 87 Rn. 174j; *Wiese* FS Kraft S. 683, 693; *ders.* NZA 1990, 793, 803; *Ramrath* DB 1990, 2593, 2601; *P. Hanau* RdA 1989, 207, 209 f.; *Reichold* SAE 1999, 121, 125; kritisch *Wittgruber*, Vertragsfreiheit S. 170 ff.

418 *H Hanau*, Individualautonomie S. 204 ff., 214 ff.; *ders.* RdA 1998, 345, 347 („Theorie der relativen Unwirksamkeit"). Danach entfaltet der vom Arbeitgeber einseitig aufgestellte Leistungsplan im Hinblick auf eine mögliche spätere Umverteilung relativ zwischen den betroffenen Arbeitnehmern keine Wirkung. Weil eine Umverteilung nur erforderlich wird, wenn der Betriebsrat sie durch einen neuen Leistungsplan erzwingt, sollen sich die Arbeitnehmer nicht auf die relative Unwirksamkeit berufen können, wenn der Betriebsrat keine Umgestaltung verlangt.

419 MünchArbR/*Matthes* § 251 Rn. 44; *Wiese* FS Kraft S. 683, 696; *ders.* NZA 1990, 793, 803; *P. Hanau* RdA 1989, 207, 209 f.; *H. Hanau*, Individualautonomie S. 206 f.; *ders.* RdA 1998, 345, 349; *Bommermann* DB 1991, 2185, 2189; *Konzen* FS von Maydell S. 341, 358.

diesen Vorbehalt, geht es zu seinen Lasten, wenn er bereicherungsrechtliche Ansprüche nicht realisieren kann, etwa weil sich die betroffenen Arbeitnehmer auf Vertrauensschutz berufen können.[420] Auf den Dotierungsrahmen darf er diese ausgefallenen Rückforderungen deshalb nicht anrechnen.

[3] Ungerechtfertigte Ungleichbehandlung

Der Arbeitgeber könnte die Änderung auch in zwei Schritten durchführen: **200**
erst die vollständige und daher mitbestimmungsfreie Abschaffung der freiwilligen Leistung und anschließend die Einführung einer neuen, geringeren Leistung. Eine solche mittelbare Absenkung des Dotierungsrahmens könnte der Betriebsrat an sich nicht verhindern.[421] Das BAG behandelt jedoch die Abschaffung und anschließende Neueinführung einer Zulage als einheitlichen mitbestimmungsbedürftigen Vorgang, wenn beide Schritte von einer „einheitlichen Konzeption" getragen sind.[422] Als Konsequenz findet die oben dargestellte Rechtsprechung Anwendung, und es bleibt bei der ursprünglichen Zulage in voller Höhe.

Demgegenüber wäre die vollständige Abschaffung der freiwilligen **201**
Leistung mitbestimmungsfrei und wirksam, wenn der Arbeitgeber sich erst später unabhängig davon für eine neue Zulage entscheidet. Daß eine Abgrenzung zwischen beiden Szenarien in der Praxis fast unmöglich ist, liegt auf der Hand. Ob der Arbeitgeber von Anfang an einen einheitlichen Plan verfolgt, läßt sich von außen kaum feststellen. Stellt man auf die zeitliche Nähe von Abschaffung und Wiedereinführung ab, so sind die Grenzen naturgemäß fließend; eine erhebliche Rechtsunsicherheit wäre die Folge.[423]

Es ist auch nicht einzusehen, warum die Kürzung unterschiedlich be- **202**
handelt werden soll, je nachdem ob sie auf zwei Entscheidungen des Arbeitgebers beruht oder nur auf einer. Das Ergebnis für die Arbeitnehmer ist in beiden Fällen dasselbe – und in beiden Fällen kann der Arbeitgeber das neue Zulagenvolumen nicht eigenmächtig verteilen,

420 *H. Hanau* RdA 1998, 345, 350; *Rieble*, Arbeitsmarkt und Wettbewerb S. 436 f.

421 *Bommermann* DB 1991, 2185, 2189.

422 BAG 3.8.1982 – 3 AZR 1219/79 – AP Nr. 12 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung; BAG 17.1.1995 – 1 ABR 19/94 – AP Nr. 71 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung [C.II.3]; BAG 9.7.1996 – 1 AZR 690/95 – AP Nr. 86 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung [II.2.c]; BAG 8.6.2004 – 1 AZR 308/03 – AP Nr. 124 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung [B.I.2.c.aa]; zustimmend D/K/K/*Klebe* § 87 Rn. 259.

423 Dies erkennt auch das BAG 13.2.1990 – 1 AZR 171/87 – AP Nr. 44 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung [C.II]; in diese Richtung auch *Bommermann* DB 1990, 2185, 2189; *Wiese* FS Kraft S. 683, 698 f.

sondern ist auf die Mitwirkung des Betriebsrats angewiesen. Mit einem (formal) zweistufigen Vorgehen umgeht er also nicht das Gesetz,[424] sondern allenfalls die Rechtsprechung des BAG. Diese „Umgehung" läßt das BetrVG aber zu.

b) Ansprüche ohne Anspruchsgrundlage

203 Unstreitig wirkt die Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung nur negativ und nicht positiv. Mit der Verletzung von Mitbestimmungsrechten läßt sich demnach die Unwirksamkeit eines Rechtsgeschäfts begründen, sie bietet aber keine Grundlage für zuvor nicht bestehende Ansprüche.[425]

> Nimmt der Arbeitgeber etwa von einer für ihn unverbindlichen Tariflohnerhöhung eine Gruppe von Arbeitnehmern aus, ohne gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG den Betriebsrat zu beteiligen, so können die benachteiligten Arbeitnehmer nicht nach der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung das höhere Entgelt verlangen. Anspruchsgrundlage für die Gleichstellung kann nur der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz sein.[426]

204 In dem Bemühen, die Arbeitnehmer vor einer vom Arbeitgeber willkürlich gestalteten Entgeltstruktur zu schützen, verletzt das BAG diesen Grundsatz jedoch immer wieder. Das gilt zum einen für die soeben dargestellte Rechtsprechung zur Unwirksamkeit der Kürzung übertariflicher Zulagen. Bei genauerem Hinsehen verbirgt sich hinter der Unwirksamkeit des Widerrufs oder der Anrechnung die individualrechtlich wirksame Absenkung der Zulage,[427] die durch einen fiktiven Anspruch in gleicher Höhe ausgeglichen wird. Dies hat das BAG in einer Entscheidung aus dem Jahr 1992 selbst gesehen, dabei aber offenbar keinen Gedanken an die fehlende Anspruchsgrundlage verschwendet.[428]

205 In anderen Entscheidungen tritt der Bruch des BAG mit den eigenen Prämissen noch deutlicher zu Tage, obwohl das Gericht im gleichen Atemzug wiederholt, die Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung begründe keine

---

424 So aber Fitting § 87 Rn. 482.

425 BAG 5.7.1976 – 5 AZR 264/75 – AP Nr. 10 zu § 12 AZO [II.2.c]; BAG 20.8.1991 – 1 AZR 326/90 – AP Nr. 50 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung; [II.2.e]; BAG 20.9.1994 – 1 AZR 870/93 – AP Nr. 68 zu § 87 BetrVG Lohngestaltung [II.2]; BAG 2.3.2004 – 1 AZR 271/03 – AP Nr. 31 zu § 3 TVG [IV.2.a]; GK-BetrVG/*Wiese* § 87 Rn. 128; *Gutzeit*, AR-Blattei SD 530.14.2 Rn. 93; FA-Kommentar/*Rieble* § 87 BetrVG Rn. 12; ErfK/*Kania* § 87 BetrVG Rn. 136; *Löwisch*/Kaiser § 87 Rn. 16; Fitting § 87 Rn. 607; *von Hoyningen-Huene* RdA 1992, 355, 361.

426 BAG 20.8.1991 – 1 AZR 326/90 – AP Nr. 50 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung.

427 *P. Hanau* FS Zeuner S. 53, 64; BAG 11.8.1992 – 1 AZR 279/90 – AP Nr. 53 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung [II.1].

428 BAG 11.8.1992 – 1 AZR 279/90 – AP Nr. 53 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung [II.3].

Ansprüche über die bestehende Vertragsgrundlage hinaus. So sollen sogar neu eingestellte Arbeitnehmer einen Anspruch auf regelmäßige Lohnerhöhungen haben, die ihnen zwar nach dem Arbeitsvertrag nicht zustehen, die aber der bisherigen betrieblichen Praxis entsprechen, wenn der Betriebsrat eine Abkehr von dieser Praxis nicht abgesegnet hat.[429] Ansprüche, die den Alt-Arbeitnehmern arbeitsvertraglich zustehen, werden den Neu-Arbeitnehmern ohne vertragliche Grundlage unter Berufung auf eine kollektive Vergütungsordnung zugestanden. Das BAG wendet diese Entlohnungsgrundsätze auf die vertraglichen Absprachen zwischen Arbeitgeber und Neu-Arbeitnehmern an[430] – und geht gerade damit über die Vereinbarungen hinaus.[431] Der angeblich anspruchsbegründenden Vergütungsstruktur fehlt schlicht der Rechtsgrund,[432] es handelt sich – in den Worten *Reicholds* – um eine rein fiktive Anspruchsgrundlage.[433]

Das LAG Baden-Württemberg und Teile der Literatur wollen den Neu- **206**
Arbeitnehmern über § 612 Abs. 2 BGB die übliche Vergütung zukommen lassen, die sich nach der bisherigen Vergütungsordnung bemesse.[434] Der Rückgriff auf diese Norm ist jedoch durch die Entgeltregelung in den Arbeitsverträgen versperrt, die auch nach der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung nicht unwirksam sind. Die vom LAG hilfsweise angebotene Begründung der Ansprüche über eine betriebliche Übung, welche der Arbeitgeber nicht ohne Beteiligung des Betriebsrats beenden könne,[435] hilft in aller Regel nicht weiter. Beruht die Entlohnung nach Lebensaltersstufen auf einer ausdrücklichen vertraglichen (oder kollektivrechtlichen) Regelung, kann eine betriebliche Übung gar nicht entstehen.[436]

Es bleibt dabei: Der angebliche Anspruch auf die höhere Vergütung beruht allein auf der Verletzung des Mitbestimmungsrechts.

---

429 BAG 11.6.2002 – 1 AZR 390/01 – AP Nr. 113 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung; BAG 2.3.2004 – 1 AZR 271/03 – AP Nr. 31 zu § 3 TVG; BAG 15.4.2008 – 1 AZR 65/07 – AP Nr. 133 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung.

430 BAG 15.4.2008 – 1 AZR 65/07 – AP Nr. 133 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung [II.3.b.bb].

431 *Caspers* FS Löwisch S. 45, 55; ablehnend auch *Stein* SAE 2005, 169, 170 f.

432 FA-Kommentar/*Rieble* § 87 BetrVG Rn. 12; *Reichold* FS Konzen S. 763, 769; *Caspers* FS Löwisch S. 45, 51 ff.

433 *Reichold* FS Konzen S. 763, 770.

434 LAG Baden-Württemberg 18.1.2001 – 21 Sa 88/00 – juris; LAG Baden-Württemberg 13.3.2003 – 11 Sa 106/02 – juris; *Stein* SAE 2005, 169, 171; *Thüsing* EWir 2003, 95, 96.

435 LAG Baden-Württemberg 13.3.2003 – 11 Sa 106/02 – juris [2.b].

436 Allg.M.; etwa BAG 19.6.2001 – 1 AZR 598/00 – EzA § 77 BetrVG 1972 Nr. 67; ErfK/*Preis* § 611 BGB Rn. 221.

2. Verdoppelung der Entgeltansprüche bei Verlegung der Arbeitszeit

207 Ein ganz ähnliches Problem entsteht, wenn der Arbeitgeber ohne Beteiligung des Betriebsrats die Arbeitszeit verlegt (§ 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG). Sofern die Arbeitnehmer sich an die – unwirksame – Verlegung halten, können sie das Entgelt für die geleistete Arbeit verlangen.[437] Es bleibt aber die Frage, wie die rechtswidrig entfallene Arbeitszeit zu behandeln ist.

> Als Paradebeispiel kann der bereits geschilderte Fall gelten, welcher der ersten Entscheidung des BAG zur Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung zugrunde lag.[438]

208 Wenn nach den Regeln der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung die Verlegung unwirksam ist, kann die nach wie vor gültige Arbeitszeit nicht ignoriert werden.[439] Zwar koppelt § 614 Satz 1 BGB die Vergütung an sich an die tatsächliche Arbeitsleistung, so daß der Arbeitgeber die ausgefallene Arbeit auch nicht bezahlen müßte. Das gilt aber nur, wenn kein Entgelterhaltungstatbestand greift.[440] Hat der Arbeitgeber die Arbeitszeit etwa eigenmächtig von einem Feiertag auf einen anderen Tag verlegt, können die Arbeitnehmer nach § 2 Abs. 1 EFZG Entgelt für beide Tage verlangen.[441] Gleiches gilt nach § 3 Abs. 1 Satz 1 EFZG, wenn der Arbeitnehmer an dem unwirksam verlegten Arbeitstag krank ist. Alle anderen Arbeitnehmer können ihre Entgeltansprüche über 615 Satz 1 BGB sichern, indem sie ihre Arbeitsleistung anbieten[442] und den Arbeitgeber in Annahmeverzug setzen. Zu denken ist auch an eine vom Arbeitgeber zu vertretende Unmöglichkeit (§ 326 Abs. 2 Satz 1 BGB).[443]

209 Interessengerecht ist das nicht. Die Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung schafft eine Situation, die so von keinem Beteiligten gewollt war. Hätte der Betriebsrat die neue Arbeitszeit gebilligt, wäre auch nur diese zu vergüten gewesen. Hätten die Arbeitnehmer die unwirksame Verlegung

---

437 Oben Rn. 192.
438 Oben Rn. 9.
439 So aber BAG 4.6.1969 – 3 AZR 180/68 – AP Nr. 1 zu § 16 BMT-G-II [4.]; GK-BetrVG/*Wiese* § 87 Rn. 353; G/L/*Löwisch* § 87 Rn. 99; *H. Hanau*, Individualautonomie S. 202; ebenso *Richardi* § 87 Rn. 333.
440 BAG 5.6.1976 – 5 AZR 264/75 – AP Nr. 10 zu § 12 AZO [II.3.a].
441 So auch BAG 7.9.1956 – 1 AZR 646/54 – AP Nr. 2 zu § 56 BetrVG Bl. 161 gestützt auf den damaligen § 1 Abs. 1 Satz 1 FeiertagsLG.
442 Zum Erfordernis eines Angebots ErfK/*Preis* § 615 BGB Rn. 17 ff., 23 ff., 39 ff. m.w.N.
443 Vgl. dazu BAG 5.7.1976 – 5 AZR 264/75 – AP Nr. 10 zu § 12 AZO mit krit. Anm. *Schlüter*.

nicht befolgt, hätten sie ebenfalls keine zusätzlichen Entgeltansprüche erworben.

So aber erhalten sie mehr, als ihnen in beiden „idealtypischen" Alternativen zustünde. Alleiniger Auslöser für ihren doppelten Anspruch ist die Verletzung des Mitbestimmungsrechts. Solche Ansprüche aber kann auch die Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung nach einhelliger Ansicht nicht begründen[444] – die Wirkung der h.M. geht über ihre Begründung hinaus. **210**

3. § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG

Eine Erweiterung der Mitbestimmung „durch die Hintertür" bedeutet die Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung im Bereich des § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG. Der Betriebsrat hat danach über die konkrete Ausgestaltung betrieblicher Regelungen zum Gesundheitsschutz mitzubestimmen, die der Arbeitgeber nach Öffentlichem Recht treffen muß. Die Mitbestimmung soll für einen möglichst effizienten Arbeitsschutz im Betrieb sorgen;[445] sie kann aber nur zum Tragen kommen, soweit dem Arbeitgeber selbst ein Entscheidungsspielraum zusteht.[446] Darüber, welche eventuell gefährlichen Tätigkeiten er seinen Arbeitnehmern überträgt, entscheidet aber allein der Arbeitgeber. Er bleibt auch für die Erfüllung seiner öffentlichrechtlichen Pflichten verantwortlich.[447] **211**

Daß der Arbeitgeber diese Pflichten erfüllt, liegt freilich vor allem im Interesse der Arbeitnehmer, deren Rechtsgüter geschützt werden. Dennoch sind nicht mitbestimmte Arbeitsschutzregelungen nach der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung unwirksam.[448] Das mag hinzunehmen sein, wenn als Folge eine bisherige, mitbestimmte Regelung weiter gilt, nicht aber, wenn eine solche „Ersatzregelung" fehlt. Sind beispielsweise erstmalige Vorkehrungen des Arbeitgebers für eine Evakuierung der Arbeitnehmer im Notfall (§ 4 Abs. 4 Satz 2 ArbStättVO) und ein dazugehöriger Flucht- und Rettungsplan (§ 4 Abs. 4 Satz 3 **212**

444 Oben Rn. 203.

445 BAG 15.1.2002 – 1 ABR 13/01 – AP Nr. 12 zu § 87 BetrVG 1972 Gesundheitsschutz [B.II.2.b]; BAG 8.6.2004 – 1 ABR 13/03 – AP Nr. 17 zu § 87 BetrVG 1972 Gesundheitsschutz [B.I.2.b.aa]; D/K/K/*Klebe* § 87 Rn. 167.

446 BAG 15.1.2002 – 1 ABR 13/01 – AP Nr. 12 zu § 87 BetrVG 1972 Gesundheitsschutz [B.II.2.b]; BAG 8.6.2004 – 1 ABR 13/03 – AP Nr. 17 zu § 87 BetrVG 1972 Gesundheitsschutz [B.I.2.b.aa]. Umstritten ist, ob der Betriebsrat mitbeurteilen darf, ob der Tatbestand einer Arbeitsschutzvorschrift erfüllt ist. Dafür D/K/K/*Klebe* § 87 Rn. 182 f.; dagegen GK-BetrVG/*Wiese* § 87 Rn. 597, jeweils m.w.N.

447 W/P/K/*Bender* § 87 Rn. 134; Fitting § 87 Rn. 257; *Richardi* § 87 Rn. 535.

448 BAG 16.6.1998 – 1 ABR 68/97 – AP Nr. 7 zu § 87 BetrVG 1972 [B.III]; GK-BetrVG/*Wiese* § 87 Rn. 641; *Löwisch*/Kaiser § 87 Rn. 123.

ArbStättVO) mangels Beteiligung des Betriebsrats unwirksam, so geht das zu Lasten der Arbeitnehmer. Der Sinn des Mitbestimmungsrechts wird durch die Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung in sein Gegenteil verkehrt.[449]

213 Als weitere Folge könnte der Arbeitgeber bestimmte gefahrgeneigte Tätigkeiten bis zu einer Einigung mit dem Betriebsrat überhaupt nicht mehr zuweisen, um die Gesundheit seiner Arbeitnehmer nicht zu gefährden und Haftungsrisiken zu vermeiden. Dauert es länger, bis sich die Betriebspartner einigen, so könnten die Arbeitnehmer ihre Leistung nach § 273 BGB verweigern.[450] Der Betriebsrat kann so die mitbestimmungsfreie Konkretisierung der Arbeitsleistung beeinflussen. Teilweise wird dem Arbeitgeber daher auf Grundlage einer Güterabwägung ein vorläufiges Alleinentscheidungsrecht in Eilfällen zugebilligt.[451] Demgegenüber weist *Wiese*[452] darauf hin, daß der Arbeitgeber in der Regel Vorsorge treffen könnte, so daß ungeachtet der grundsätzlichen Bedenken gegen die Beschränkung der Mitbestimmung in Eilfällen[453] eine Vielzahl von Fällen ungelöst bleibt.

4. Auswirkungen auf betriebsfremde Dritte

a) Bindung des Arbeitgebers gegenüber Dritten

[1] Keine Außenwirkung des Mitbestimmungsrechts

214 Der Grundsatz der Relativität der Schuldverhältnisse[454] schützt betriebsfremde Dritte vor der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung. Die negative normative Wirkung der Mitbestimmungsrechte kann allenfalls gegenüber den Arbeitnehmern wirken, welche den Betriebsrat gewählt haben, nicht aber gegenüber Dritten, die auch von einer Betriebsvereinbarung nicht erfaßt würden. Betriebsverfassungsrecht ist betriebliches Binnenrecht,[455] deshalb beschränkt auch die notwendige Mitbestimmung nicht die Rechtsmacht des Arbeitgebers im Außenverhältnis.[456] Rechts-

449 *Carl* SAE 2000, 337, 340.
450 Dazu BAG 19.2.1997 – 5 AZR 982/94 – AP Nr. 24 zu § 618 BGB; D/K/K/*Klebe* § 87 Rn. 205; ausführlich *Molkentin* NZA 1997, 849.
451 Fitting § 87 Rn. 289; W/P/K/*Bender* § 87 Rn. 152.
452 GK-BetrVG/*Wiese* § 87 Rn. 641.
453 Dazu oben Rn. 111.
454 Oben Rn. 23 ff.
455 *von Hoyningen-Huene* RdA 1992, 355, 366.
456 BAG 22.10.1985 – 1 ABR 47/83 – AP Nr. 5 zu § 87 BetrVG Werkmietwohnungen [B.III.1]; BAG 10.2.2009 – 1 ABR 94/07 – EzA § 87 BetrVG 2001 Sozialeinrichtung Nr. 1 [B.III.1.c.cc]; *Gumpert* BB 1978, 968, 971; GK-BetrVG/*Wiese* § 87 Rn. 112; W/P/K/*Bender* § 87 Rn. 171; *Gutzeit*, AR-Blattei

geschäfte des Arbeitgebers gegenüber Dritten sind ohne Rücksicht auf eine (Nicht-)Beteiligung des Betriebsrats wirksam.

Darin liegt entgegen der Ansicht *Richardis*[457] nicht das Eingeständnis, daß die Mitbestimmung nicht Wirksamkeitsvoraussetzung für Maßnahmen des Arbeitgebers sei. Nicht die Rechtsfolge wird modifiziert, sondern die Reichweite der Mitbestimmungsrechte richtig eingegrenzt. **215**

Nach außen kann die Verletzung des Mitbestimmungsrechts allenfalls in Ausnahmefällen unter dem Gesichtspunkt der Geschäftseinheit (§ 139 BGB) durchschlagen, wenn eine Betriebsvereinbarung auch für Betriebsfremde gelten würde. **216**

> Die entgegen § 87 Abs. 1 Nr. 10 bzw. Nr. 8 BetrVG nicht mitbestimmte Änderung einer Versorgungsordnung etwa ist nicht nur gegenüber den aktiven Arbeitnehmern, sondern auch gegenüber den Betriebsrentnern unwirksam,[458] obwohl letztere nicht in die Zuständigkeit des Betriebsrats fallen.[459] Eine Teilwirksamkeit der Versorgungsordnung nur gegenüber den Rentnern ist im Zweifel nicht gewollt.[460]

[2] Unmöglichkeit?

Die Wirksamkeit des Verpflichtungsgeschäfts hilft dem Dritten nur dann, wenn die Mitbestimmung den Arbeitgeber nicht hindert, seine Verpflichtung zu erfüllen. Soweit es etwa um Kaufpreiszahlungen geht, ist der Vertragspartner ausreichend geschützt. Der Betriebsrat kann allenfalls **217**

SD 530.14.2 Rn. 109; Z/L/H § 49 V 3 a; *Gamillscheg*, KollArbR II S. 750; MünchArbR/*Matthes* § 242 Rn. 21; *von Hoyningen-Huene* DB RdA 1992, 355, 366; *ders.* BetrVR § 12 Rn. 33; *Miersch*, Rechtsfolgen S. 138 f.; *Hurlebaus*, Fehlende Mitbestimmung S. 123; einschränkend *Waltermann*, Rechtssetzung S. 191 ff.; a.A. noch *Schlüter* DB 1972, 139; *Reuter*/Streckel, Mitbestimmung S. 27, die dem Vertragspartner nur einen Schadensersatzanspruch gegen den Arbeitgeber aus c.i.c. gewähren wollen.

457 *Richardi* § 87 Rn. 112.

458 BAG 9.7.1985 – 3 AZR 546/82 – AP Nr. 6 zu § 1 BetrAVG Ablösung; BAG 18.11.2008 – 3 AZR 417/07 – EzA § 7 BetrAVG Nr. 74.

459 BAG 9.7.1985 – 3 AZR 546/82 – AP Nr. 6 zu § 1 BetrAVG Ablösung [II.2]; zur Regelungsmacht des Betriebsrats für die Betriebsrentner GS BAG 16.3.1956 – GS 1/55 – AP Nr. 1 zu § 57 BetrVG [3]; BAG 18.5. 1978 – 3 AZR 371/76 – AP Nr. 175 zu § 242 BGB Ruhegehalt; BAG 13.5.1997 – 1 AZR 75/97 – AP Nr. 65 zu § 77 BetrVG 1972 [I.2 und I.3]; kritisch die h.L.: Fitting § 77 Rn. 38 f.; GK-BetrVG/*Kreutz* § 77 Rn. 178 m.w.N.

460 BAG 9.7.1985 – 3 AZR 546/82 – AP Nr. 6 zu § 1 BetrAVG Ablösung [II.2]; BAG 18.11.2008 – 3 AZR 417/07 – EzA § 7 BetrAVG Nr. 74 [B.III.2]; für das PersVR: BAG 28.7.1998 – 3 AZR 357/97 – AP Nr. 9 zu § 79 LPVG Baden-Württemberg [I.5].

verhindern, daß der Arbeitgeber die angeschafften Waren (also z.B. das Scheuertuch für die Betriebskantine)[461] im Betrieb einsetzt.

218 Schwieriger ist es, wenn das Erfüllungsgeschäft selbst der Mitwirkung des Betriebsrats bedarf, etwa wenn der Arbeitgeber die bislang in Eigenregie geführte Werkskantine verpachtet (§ 87 Abs. 1 Nr. 8 BetrVG).[462] Weil dieser seine Verpflichtung nicht allein erfüllen könne, soll es sich um einen Fall des anfänglichen Unvermögens handeln. Der Vertragspartner wird auf Schadensersatzansprüche aus § 311a Abs. 2 Satz 1 BGB[463] verwiesen.[464]

219 Im Mietrecht begründet die fehlende Verfügungsbefugnis über das Mietobjekt ein rechtliches Unvermögen des Vermieters.[465] Denkbar wäre es, die fehlende Zustimmung des Betriebsrats zur Gebrauchsüberlassung der Kantine auf der Grundlage der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung ebenso zu behandeln. Ein solches Leistungshindernis läßt sich aus dem Mitbestimmungsrecht jedoch nicht ableiten. Richtig ist zwar, daß es einen Fall der subjektiven Unmöglichkeit darstellt, wenn bei einer zustimmungsbedürftigen Verfügung die Zustimmung endgültig verweigert wird.[466] Nachdem das BetrVG aber die Rechtsmacht des Arbeitgebers im Außenverhältnis nicht beschränkt, kann es dort auch keine Rechtswirkungen entfalten.[467] Wenn nicht nur Verpflichtungs-, sondern auch Verfügungsgeschäfte im Außenverhältnis wirksam sind,[468] worin soll dann das dauernde Leistungshindernis bestehen?

220 Eben weil die Relativität des Betriebsverhältnisses im Verhältnis zu Dritten nicht durchbrochen wird, ist das Mitbestimmungsrecht insoweit nichts anderes als eine Verpflichtung des Arbeitgebers gegenüber dem Betriebsrat, und anders als die fehlende Verfügungsmacht über den Leistungsgegenstand[469] begründen relative Rechte Dritter kein Leistungs-

461 *von Hoyningen-Huene* RdA 1992, 355, 366; GK-BetrVG/*Wiese* § 87 Rn. 112.
462 ArbG Köln 25.3.1998 – 7 BV 232/96 – AiB 1999, 346; GK-BetrVG/*Wiese* § 87 Rn. 722; D/K/K/*Klebe* § 87 Rn. 215.
463 GK-BetrVG/*Wiese* § 87 Rn. 723, 739 stellt zu Unrecht allein auf § 280 Abs. 1 BGB ab. Das ist nur die richtige Anspruchsgrundlage, soweit es um nachträgliche Unmöglichkeit geht.
464 G/L/*Löwisch* § 87 Rn. 194; *von Hoyningen-Huene* DB 1987, 1426, 1431; *Gumpert* BB 1978, 968, 971; so wohl auch GK-BetrVG/*Wiese* § 87 Rn. 723; in diese Richtung ebenfalls *Gutzeit*, AR-Blattei SD 530.14.2 Rn. 110.
465 Staudinger/*Emmerich* (2006) § 535 Rn. 19.
466 BGH 24.2.1967 – V ZR 75/65 – NJW 1967, 1272; Staudinger/*Löwisch*/*Caspers* (2009) § 275 Rn. 62.
467 *Richardi* § 87 Rn. 112.
468 So zutreffend GK-BetrVG/*Wiese* § 87 Rn. 112; Z/L/H § 49 V 3 a; *Gutzeit* AR-Blattei SD 530.14.2. Rn. 114.
469 BGH 24.2.1967 – V ZR 75/65 – WM 1967, 512 [2.a].

hindernis.[470] Auch eine mittelbare „Drittwirkung“ der Mitbestimmung kann es vor diesem Hintergrund nicht geben.[471] Insofern unterscheidet sich die Mitbestimmung etwa von absolut wirkenden öffentlich-rechtlichen Genehmigungserfordernissen.

Ein Leistungshindernis besteht erst, wenn der Betriebsrat einen Unterlassungstitel gegen den Arbeitgeber erwirkt.[472] Daraus erwächst dem Arbeitgeber eine Einrede nach § 275 Abs. 2 Satz 1 BGB, weil es unzumutbar wäre, sich über den Richterspruch hinwegzusetzen und ein Ordnungsgeld (§ 890 Abs. 1 ZPO) zu riskieren. **221**

[3] „Innerbetriebliche Unwirksamkeit“

Dessen ungeachtet kann sich der Arbeitgeber betriebsintern nicht auf die Bindungen berufen, die er im Außenverhältnis eingegangen ist. Er bleibt an die Mitbestimmungsrechte gebunden. **222**

> Das BAG hat dies für den Fall bestätigt, daß ein Kommunikationsunternehmen im Servicevertrag mit einem Kunden zusagt, daß sich seine Arbeitnehmer in dessen Betrieb einer Zugangskontrolle mittels eines Fingerabdruck-Scans unterwerfen.[473] In den eigenmächtigen Weisungen des Arbeitgebers an die Arbeitnehmer, dafür ihre Fingerabdrücke beim Kunden zu hinterlegen und die Zugangskontrolle über sich ergehen zu lassen, sah das BAG einen Verstoß gegen § 87 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 6 BetrVG.

Die Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung bleibt deshalb anwendbar, soweit es um Maßnahmen des Arbeitgebers gegenüber den Arbeitnehmern geht. Im geschilderten Fall wären demnach die Weisungen unwirksam.[474]

Bisweilen wird mißverständlich von einer innerbetrieblichen „Unwirksamkeit“ der Rechtsgeschäfte im Außenverhältnis gesprochen.[475] Dahinter verbirgt sich keine individualrechtliche Unwirksamkeit, sondern die Bewertung des Vorgehens des Arbeitgebers als rechtswidrig. Dieser muß damit rechnen, daß der Betriebsrat kollektivrechtlich gegen ihn vorgeht. **223**

> Für den Fall des eigenmächtig für die Betriebskantine angeschafften Scheuertuchs bedeutet dies, daß der Kaufvertrag wirksam ist, das Tuch aber ohne Zustimmung des Betriebsrats nicht in der Kantine verwendet werden darf. Es gilt

470 Staudinger/ *Löwisch/Caspers* (2009) § 275 Rn. 45.

471 BAG 22.10.1985 – 1 ABR 47/83 – AP Nr. 5 zu § 87 BetrVG Werkmietwohnungen [B.III.1]; anders GK-BetrVG/*Wiese* § 87 Rn. 112, der die mittelbare Wirkung zu Lasten Dritter als „hinzunehmende Konsequenz“ der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung ansieht; kritisch dazu *Richardi* § 87 Rn. 112.

472 H/S/W/G/N/*Worzalla* § 87 Rn. 95; *Miersch*, Rechtsfolgen S. 285 f.

473 BAG 27.1.2004 – AP Nr. 40 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung.

474 Vom BAG nicht entschieden, weil es um einen Unterlassungsanspruch des Betriebsrats ging.

475 So *von Hoyningen-Huene* DB 1987, 1426, 1431.

der allgemeine Grundsatz, daß der Käufer das Verwendungsrisiko für die Kaufsache trägt.[476]
Verpachtet der Arbeitgeber die Betriebskantine, ohne das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats hinsichtlich der Form der Sozialeinrichtung (§ 87 Abs. 1 Nr. 8 BetrVG) zu beachten, so ist der Pachtvertrag zwar wirksam, der Betriebsrat kann aber verhindern, daß der Arbeitgeber die Räume dem Pächter überläßt.[477]

b) Einsatz Dritter im Pflichtenkreis des Arbeitgebers

[1] Keine Bindung des Dritten an Mitbestimmungsrechte

224 Auch wenn der Arbeitgeber einen Dritten in die Abwicklung des Arbeitsverhältnisses einschaltet, ist nur er, nicht aber der Dritte an die Beteiligungsrechte gebunden. Die Mitbestimmung muß sich im Rahmen der Befugnisse abspielen, die dem Arbeitgeber gegenüber seinem Vertragspartner zustehen.[478] Die Rechtsgeschäfte des Dritten sind also auch nach der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung auf jeden Fall wirksam.[479]

Die Kündigung einer Werkmietwohnung ist daher gegenüber dem Arbeitnehmer nur dann mangels Beteiligung des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 9 BetrVG unwirksam, wenn Arbeitgeber selbst der Vermieter ist.[480] Ist der Vermieter hingegen ein Dritter, der dem Arbeitgeber lediglich ein Belegrecht für die Wohnung eingeräumt hat, so hat der Betriebsrat zwar ebenfalls mitzubestimmen,[481] eine mitbestimmungswidrige Kündigung ist aber wirksam, weil der Dritte nicht der betrieblichen Regelungsmacht unterliegt.[482] Die Verletzung des Mitbestimmungsrechts führt also nicht ungeachtet der Person des Vermieters zur Unwirksamkeit der Kündigung.[483]

225 Auch hier ist zwischen mitbestimmungspflichtigen Maßnahmen und ihrem Vollzug zu unterscheiden.[484] Trifft der Arbeitgeber selbst eine Entscheidung und überläßt lediglich die Durchführung einem Dritten, kann

476 GK-BetrVG/*Wiese* § 87 Rn. 112; Staudinger/*Beckmann* (2004) § 433 Rn. 101.
477 GK-BetrVG/*Wiese* § 87 Rn. 723.
478 BAG 18.7.1978 – 1 ABR 20/75 – AP Nr. 4 zu § 87 BetrVG 1972 Werkmietwohnungen; G/L/*Löwisch* § 87 Rn. 195; *Wiese* NZA 2003, 1113, 1117; *Richardi* § 87 Rn. 725.
479 *von Hoyningen-Huene* RdA 1992, 355, 365 f.
480 So die ganz h.M.; statt aller: GK-BetrVG/*Wiese* § 87 Rn. 787.
481 BAG 18.7.1978 – 1 ABR 20/75 – AP Nr. 4 zu § 87 BetrVG 1972 Werkmietwohnungen [II.2.b]; GK-BetrVG/*Wiese* § 87 Rn. 774; *Richardi* § 87 Rn. 694; *Röder*, Wohnungswesen S. 79.
482 GK-BetrVG/*Wiese* § 87 Rn. 788, *Richardi* § 87 Rn. 725; *Röder*, Wohnungswesen S. 259; MünchArbR/*Matthes* § 250 Rn. 33.
483 So aber D/K/K/*Klebe* § 87 Rn. 237; ErfK/*Kania* § 87 BetrVG Rn. 90.
484 Dazu oben Rn. 47 ff.

sich eine Verletzung des Mitbestimmungsrechts auch im Arbeitsverhältnis auswirken.[485]

> Ordnet der Arbeitgeber etwa Tor- oder Taschenkontrollen an und beauftragt damit ein Überwachungsunternehmen, ändert dies nichts am Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats aus § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG.[486] Nach der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung sind die Arbeitnehmer nicht verpflichtet, sich diesen Maßnahmen zu unterwerfen.

[2] Ausnahmen

Eine Ausnahme macht das BAG, wenn ein Dritter als bloßer „Strohmann" eingeschaltet wird. Nach den Grundsätzen der Gesetzesumgehung können seine Handlungen dann wie solche des Arbeitgebers behandelt werden.[487] **226**

> Im entschiedenen Fall hatte der Arbeitgeber für einen konkreten Auftrag Mehrarbeit gegen den Willen des Betriebsrats durchgesetzt, indem die betroffenen Arbeitnehmer für diesen Auftrag rein formal von einem anderen Unternehmen angestellt wurden.

Auf derselben Linie liegt die Rechtsprechung zur Beteiligung des Betriebsrats bei rechtlich selbständigen Sozialeinrichtungen. Übt der Arbeitgeber einen beherrschenden Einfluß auf die Einrichtung aus, so wird diese als bloßes juristisches Werkzeug verstanden, dessen Selbständigkeit ihre Grenze in den zwingenden Mitbestimmungsrechten des Betriebsrates finde.[488] Auch ihre Entscheidungen seien daher unwirksam, wenn sie Mitbestimmungsrechte verletzten. **227**

> Das gilt etwa, wenn eine als rechtsfähiger Verein betriebene Unterstützungskasse ihren Leistungsplan zum Nachteil der Arbeitnehmer ändert.

---

485 *Wiese* NZA 2003, 1113, 1120; *Junker*/*Band*/*Feldmann* BB 2000, Beilage 10 S. 14, 22.

486 Zum Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei diesen Maßnahmen BAG 17.8.1982 – 1 ABR 50/80 – AP Nr. 5 zu § 87 BetrVG 1972 Ordnung des Betriebs [B.II.2]; BAG 12.8.1999 – 2 AZR 923/98 – AP Nr. 28 zu § 87 BetrVG 1972 Verdacht strafbarer Handlungen [II.2.b.bb]; BAG 27.1.2004 – 1 ABR 7/03 – AP Nr. 40 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung [B.II.1.a.aa]; GK-BetrVG/*Wiese* § 87 Rn. 213.

487 BAG 22.10.1991 – 1 ABR 28/91 – AP Nr. 48 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit; dazu *Wiese* NZA 2003, 1113 f.

488 BAG 26.4.1988 - 3 AZR 168/86 – AP Nr. 16 zu § 87 BetrVG 1972 Altersversorgung [II.5] im Anschluß an *P. Hanau* Anmerkung AP Nr. 5 zu § 87 BetrVG 1972 Altersversorgung; zustimmend *Gutzeit*, AR-Blattei SD 530.14.2 Rn. 114; Fitting § 87 Rn. 377; D/K/K/*Klebe* § 87 Rn. 225; GK-BetrVG/*Wiese* § 87 Rn. 750; ablehnend *von Hoyningen-Huene* RdA 1992, 355, 366; anders noch BAG 13.7.1978 – 3 ABR 108/77 – AP Nr. 5 zu § 87 BetrVG 1972 Altersversorgung [C.].

228 Nach diesem Verständnis modifizieren die Mitbestimmungsrechte das Recht der juristischen Personen. Soweit die Sozialeinrichtung lediglich formal selbständig, wirtschaftlich aber mit dem Arbeitgeber identisch ist, mag dieses Ergebnis vertretbar sein. Eine solche Durchbrechung der Relativität des Betriebsverhältnisses muß aber ausscheiden, wenn der Arbeitgeber die Sozialeinrichtung nicht allein beherrscht (z.B. bei Gruppenunterstützungskassen).[489] Die Sozialeinrichtung ist ebensowenig an die Mitbestimmungsrechte gebunden wie die anderen Gesellschafter.

III. Individualrechtliche Rechtswidrigkeit

1. Mitbestimmungswidriges Verhalten als Verletzung des Arbeitsvertrags

a) Rechtsfolgenproblem bei mitbestimmungswidrigen Realakten

[1] Das Verhältnis von Rechtswidrigkeit und Unwirksamkeit

229 Der Mitbestimmung unterliegen nicht nur Rechtsgeschäfte des Arbeitgebers, sondern auch tatsächliche Handlungen. Zu denken ist etwa an den Einsatz technischer Überwachungseinrichtungen (§ 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG) oder an Einstellungen oder Versetzungen, die nach § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG der Zustimmung des Betriebsrats bedürfen. Die h.M. will auch in diesen Fällen die Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung anwenden, wenn der Arbeitgeber den Betriebsrat nicht beteiligt.[490] Es ist allerdings in den mittlerweile mehr als 50 Jahren seit Formulierung der Theorie nicht gelungen, tatsächliche Maßnahmen überzeugend zu integrieren. Die Rechtsprechung beschränkt sich auf Entscheidungen im Einzelfall, ohne daß dabei ein einheitliches Konzept deutlich würde.

230 Die Idee der notwendigen Mitbestimmung ist auf Rechtsgeschäfte ausgelegt. Die Unwirksamkeit als Rechtsfolge ergibt sich als logische Konsequenz der These, das BetrVG beschränke das rechtliche Können des Arbeitgebers.[491] Für Realakte spielt die Rechtsmacht des Handelnden aber keine Rolle, und tatsächliche Handlungen können nicht unwirksam sein.

---

489 A.A. BAG 9.5.1989 – 3 AZR 439/88 – AP Nr. 18 zu § 87 BetrVG 1972 Altersversorgung mit zu Recht insoweit ablehnender Anmerkung *von Hoyningen-Huene*.

490 *Hurlebaus*, Fehlende Mitbestimmung S. 4; *Dzikus*, Eilfälle S. 37; *Gutzeit* NZA 2008, 255, 256; *Wiese* FS Kraft S. 683; *C. Hergenröder* AR-Blattei SD 1880 Rn. 116; *Boemke*, Schuldvertrag S. 453, 458.

491 Oben Rn. 18.

Die Aussage des BAG, eine Maßnahme des Arbeitgebers, die der notwendigen Mitbestimmung entbehre, sei rechtswidrig und unwirksam,[492] ist daher ungenau. Auf Realakte wird man die Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung nur anwenden können, wenn man die Rechtswidrigkeit als allgemeine und die Unwirksamkeit als besondere Rechtsfolge versteht. Besser wäre demnach die Formulierung, mitbestimmungswidrige Maßnahmen seien rechtswidrig und – wenn es sich um Rechtsgeschäfte handelt – unwirksam.[493]

[2] Unwirksamkeit der Arbeitsanordnung?

Hurlebaus stellt demgegenüber nicht auf die tatsächliche Maßnahme des Arbeitgebers, sondern auf die Anordnung ab, die Arbeit unter geänderten tatsächlichen Bedingungen zu erbringen.[494] **231**

Dieser Ansatz funktioniert, wenn mit dem mitbestimmungswidrigen Realakt eine konkrete rechtsgeschäftliche Anordnung einhergeht, an welche die Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung anknüpfen kann.

> Führt der Arbeitgeber etwa ein technisches Zugangskontrollsystem für seinen Betrieb ein, so bedarf auch die Anordnung, das System zu bedienen, der Mitbestimmung.[495]

Anders liegt der Fall, wenn gar keine gesonderte Anordnung des Arbeitgebers vonnöten ist. **232**

> So braucht der Arbeitgeber im Betrieb lediglich Überwachungskameras anzubringen, um unter Verstoß gegen § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG Daten sammeln zu können. Eine konkrete Anordnung, die Kameras zu bedienen, ist nicht erforderlich.

Weil dem Verhalten des Arbeitgebers kein Erklärungswert zukommt, kann auch nicht eine Duldungsanordnung „hineingelesen" werden.[496]

> Anschaulich wird dies, wenn man den Angriff des Arbeitgebers gedanklich verschärft. Läßt er sich dazu hinreißen, einen seiner Meinung nach faulen Arbeitnehmer zu schlagen, wird niemand darin die Anweisung sehen, die Körperverletzung zu dulden.

Die Aufforderung schließlich, die vertraglich geschuldete Arbeit zu erbringen, unterliegt nicht der Mitbestimmung.[497] Sie ist daher auch nicht **233**

492 BAG 18.9.2002 – 1 AZR 668/01 – AP Nr. 99 zu § 615 BGB [I.1.c].

493 Ähnlich *Gutzeit* NZA 2008, 255, 256; GK-BetrVG/*Wiese* § 87 Rn. 98; *ders.* FS Kraft S. 683; GK-BetrVG/*Oetker* § 23 Rn. 132.

494 *Hurlebaus*, Fehlende Mitbestimmung S. 97.

495 BAG 27.1.2004 – 1 ABR 7/03 – AP Nr. 40 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung [B.II.1.c.bb].

496 Zum analogen Streit über die Rechtsnatur polizeilicher Standardmaßnahmen im öffentlichen Recht Kopp/*Ramsauer* § 35 Rn. 76b m.w.N.

unwirksam, wenn die Arbeitsbedingungen ohne Beteiligung des Betriebsrats gestaltet wurden. *Hurlebaus'* Ansatz bietet also keine Lösung für alle mitbestimmungswidrigen Realakte.

[3] Rechtswidrigkeitsinfektion

234 Sofern man die Rechtswidrigkeit mitbestimmungswidriger Realakte rein kollektivrechtlich begreift, statuiert sie eine Selbstverständlichkeit: Wer Mitbestimmungsrechte verletzt, handelt betriebsverfassungswidrig. Das allein kann allerdings nicht gemeint sein, denn die Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung behauptet gerade, daß der kollektivrechtliche Verstoß auf die Ebene des Arbeitsverhältnisses „durchschlägt".[498] Die Pflichtverletzung im Betriebsverhältnis „infiziert" demnach die Maßnahme im Arbeitsverhältnis. Auch für Realakte wird also die Relativität der Schuldverhältnisse im Betrieb durchbrochen: Mitbestimmungswidrige Maßnahmen (Realakte wie Rechtsgeschäfte) sind nicht nur gegenüber dem Betriebsrat, sondern auch gegenüber dem Arbeitnehmer rechtswidrig.[499]

b) Nebenpflichtverletzung

235 Vor diesem Hintergrund wird deutlich, daß die Unwirksamkeit mitbestimmungswidriger Maßnahmen nicht, wie immer wieder behauptet wird, ein bloßer Rechtsreflex sein kann.[500] Solche Rechtsreflexe sind vom Gesetzgeber nicht beabsichtigte, aber geduldete Auswirkungen gesetzlicher Regelungen. Die individualrechtliche Rechtswidrigkeit mitbestimmungswidriger Maßnahmen ist aber keineswegs notwendige Folge einer Pflichtverletzung im Betriebsverhältnis. Das BAG begründet die Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung damit, sie sei geboten, um die Mitbestimmungsrechte um der Arbeitnehmer willen zu sichern.[501] Von einer unbeabsichtigten Reflexwirkung kann also keine Rede sein.

---

497 Mitbestimmungsbedürftig wäre nur die Weisung, die Überwachungseinrichtung zu bedienen, BAG 27.1.2004 – 1 ABR 7/03 – AP Nr. 40 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung [B.II.1.c.bb].

498 *Wiese* FS Kraft S. 683.

499 BAG 12.1.1988 – 1 AZR 352/86 – AP Nr. 23 zu § 75 BPersVG [III.2.b]; MünchArbR/*Matthes* § 248 Rn. 47; GK-BetrVG/*Kraft*/*Raab* § 94 Rn. 41; *Boemke*, Schuldvertrag S. 453, 458; mit Recht kritisch FA-Kommentar/*Rieble* § 87 BetrVG Rn. 13.

500 So aber Fitting § 1 Rn. 266; *Konzen*, Leistungspflichten S. 84; *Söllner* ZfA 1973, 1, 20; *Wolter* RdA 2006, 137, 138.

501 BAG 19.4.1963 – 1 ABR 6/62 – AP Nr. 2 zu § 56 BetrVG [3.d].

Mit Blick auf die Vertragsrechtsakzessorietät der Betriebsverfassung[502] ist eine zivilrechtsdogmatische Betrachtung geboten. Die individualrechtliche Rechtswidrigkeit mitbestimmungswidrigen Verhaltens läßt sich demnach nur so verstehen, daß den Arbeitgeber eine arbeitsvertragliche Nebenpflicht trifft, den Betriebsrat zu beteiligen.[503] In vertraglichen Schuldverhältnissen ist rechtswidriges Verhalten gleichbedeutend mit einer Verletzung von Vertragspflichten,[504] wenn die Rechtswidrigkeit das Verhältnis der Vertragsparteien also solche betrifft. Für das Arbeitsrecht heißt das: Nur soweit sich Arbeitgeber und Arbeitnehmer wie beliebige Dritte gegenüberstehen, etwa bei einem Unfall im Straßenverkehr, verletzt rechtswidriges Verhalten nicht (auch) den Arbeitsvertrag. **236**

Anders liegt es bei einer Verletzung von Mitbestimmungsrechten. Die von der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung behauptete individualrechtliche Rechtswidrigkeit knüpft gerade an die Funktionen von Arbeitgeber und Arbeitnehmer als Parteien des Arbeitsvertrags an. Wenn auf dieser Grundlage ein mitbestimmungswidriges Verhalten des Arbeitgebers rechtswidrig ist, ist es auch vertragswidrig. Vertragswidrigkeit bedeutet nichts anderes, als daß der Arbeitgeber aus dem Arbeitsvertrag verpflichtet ist, den Betriebsrat in den gesetzlich vorgesehenen Fällen zu beteiligen. **237**

Dabei geht es keineswegs nur um mitbestimmungswidrige Realakte. Bei diesen ist das Problem nur besonders augenfällig, weil die Unwirksamkeit als Rechtsfolge nicht greift. Auch bei Rechtsgeschäften gilt aber, daß die Verletzung des Mitbestimmungsrechts gegenüber dem Arbeitnehmer rechtswidrig ist – folglich besteht auch hier die vertragsrechtliche Beteiligungspflicht. **238**

2. Ungewollte Konsequenzen

Denkt man Rechtsfolgen dieser Nebenpflicht konsequent zu Ende, reichen sie weit über das Konzept der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung hinaus. **239**

a) Individualrechtlicher Anspruch auf Mitbestimmung

Allem voran läßt sich aus der Beteiligungspflicht des Arbeitgebers ein entsprechender Erfüllungsanspruch der Arbeitnehmer ableiten. Inwieweit vertragliche Nebenpflichten selbständig durchsetzbar sind, ist im einzel- **240**

502 Oben Rn. 29 ff.

503 Für eine solche Nebenpflicht ausdrücklich *von Hoyningen-Huene* RdA 1992, 355, 361.

504 Vgl. MüKoBGB/*Grundmann* § 276 Rn. 16.

nen zwar nach wie vor umstritten,[505] einen selbständigen Erfüllungsanspruch wird man aber annehmen können, wenn die Nebenpflicht einem eigenen Zweck dient, der über die ordnungsgemäße Erfüllung der Hauptpflicht hinausgeht.[506]

Die arbeitsvertragliche Pflicht des Arbeitgebers, den Betriebsrat zu beteiligen, fällt m.E. unter die anspruchsbegründenden Nebenleistungspflichten. Zweck der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung und damit auch Ziel der darauf beruhenden Beteiligungspflicht ist es, die Mitbestimmungsrechte zu sichern.[507] Sie soll ein bestimmtes Verhalten erzwingen und dient nicht nur dazu, die Folgen eines pflichtwidrigen Verhaltens im Nachhinein (im Rahmen von Schadensersatzansprüchen) zu kompensieren. Dies spricht für einen klagbaren Erfüllungsanspruch. Die Beteiligungspflicht steht auch nicht in einem untrennbaren Zusammenhang zu den Hauptpflichten des Arbeitgebers: Sie sichert nicht dessen Hauptleistung (Entgeltzahlung), sondern die Beteiligung der Belegschaft an der Gestaltung der Arbeitsbedingungen.

241 Freilich ist ein solcher individualrechtlicher Mitbestimmungsanspruch systemwidrig, weil damit die Trennung von betriebsverfassungsrechtlicher und arbeitsvertraglicher Ebene weitgehend eingeebnet wird. Der Arbeitnehmer ist nicht zur Aufsicht über das betriebsverfassungskonforme Verhalten des Arbeitgebers berufen – dementsprechend können nur der Betriebsrat oder eine Gewerkschaft nach § 23 Abs. 3 Satz 1 BetrVG gegen grobe Verstöße des Arbeitgebers vorgehen.

Die wenigen Autoren, die sich bislang mit einer individualrechtlichen Beteiligungspflicht des Arbeitgebers beschäftigt haben, äußern sich daher überwiegend ablehnend.[508] Ich halte diese Ablehnung für richtig, sie läßt sich aber nicht mit der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung vereinbaren.[509] Die h.M. denkt die behauptete Rechtswidrigkeit nicht konsequent zu Ende.

---

505 MüKoBGB/*Kramer* § 241 Rn. 18 f.; MüKoBGB/*Roth* § 241 Rn. 42 ff.; HKK-BGB/*Dorn* § 241 Rn. 86 ff., 91 ff.; Brox/*Walker*, SchuldR AT § 2 Rn. 8 ff.; *Madaus* Jura 2004, 289 ff.

506 Palandt/*Heinrichs* § 242 Rn. 25.

507 BAG 28.9.1994 – 1 AZR 870/93 – AP Nr. 68 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung [II.1]; GS BAG 3.12.1991 – GS 1/90 – AP Nr. 52 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung [D.II].

508 *Gamillscheg*, KollArbR II S. 57; GK-BetrVG[4]/*Thiele* Einl. Rn. 97; *von Hoyningen-Huene* RdA 1992, 355, 360; *Jawad*, Rechtsfähigkeit S. 26 f.; *Hoffmann*, Kompetenzzuweisungen S. 83; *Konzen*, Leistungspflichten S. 84; *Söllner* ZfA 1973, 1, 20; *Isele* RdA 1962, 373, 374.

509 Konsequent einzig *Miersch*, Rechtsfolgen S. 143, der einen individualrechtlichen Beteiligungsanspruch im Rahmen des § 87 Abs. 1 BetrVG bejaht.

Dessen ungeachtet kann kein Arbeitnehmer den Beteiligungsanspruch ge- **242**
richtlich geltend machen. Mitbestimmungswidrige Rechtsgeschäfte sind nach h.M. ohnehin unwirksam, so daß für eine Klage auf Betriebsratsbeteiligung das Rechtsschutzbedürfnis fehlt. Bei mitbestimmungswidrigen Realakten wird man vom Arbeitnehmer verlangen müssen, sich gegen die Maßnahme selbst zu wenden.

b) Leistungsverweigerungsrecht bei mitbestimmungswidrigen Realakten

Mit dem dargestellten Beteiligungsanspruch läßt sich immerhin erklären, **243**
warum die fehlende Mitbestimmung die Arbeitnehmer nach h.M. berechtigen kann, die Arbeitsleistung zu verweigern.[510]

[1] Fehlende Begründung der h.M.

Anders als die h.L. hat sich das BAG in dieser Frage bislang nicht vollends **244**
festgelegt.[511] Lediglich bei personellen Einzelmaßnahmen hat es ein Leistungsverweigerungsrecht mit Blick auf ein betriebsverfassungsrechtliches Beschäftigungsverbot aus § 101 BetrVG bejaht.[512] Weder das BAG noch die h.L. erklären jedoch, warum dieses Verbot auch zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer wirkt.[513] Es findet sich lediglich der Hinweis auf die Rechtswidrigkeit des Arbeitgeberverhaltens.[514]

Die individualrechtliche Rechtswidrigkeit allein ist jedoch keine ausreichende Begründung. Nicht jedes rechtswidrige, auch nicht jedes vertragswidrige Verhalten des anderen berechtigt dazu, die eigene Leistung zu verweigern. Andernfalls wäre nicht zu erklären, warum das Zurückbehaltungsrecht aus § 273 Abs. 1 BGB einen fälligen und durchsetzbaren Gegenanspruch sowie die Konnexität der Ansprüche voraussetzt. Diese

510 GK-BetrVG/*Wiese* § 87 Rn. 580; Fitting § 87 Rn. 256; *C. Hergenröder* AR-Blattei SD 1880 Rn. 116; D/K/K/*Klebe* § 87 Rn. 135; *Miersch*, Rechtsfolgen S. 143; *Schwarz*, Überwachung S. 139 f.; *Ossberger*, Kontrollen S. 180; in diese Richtung auch *Däubler* AuR 1982, 6, 11.

511 Offen gelassen BAG 14.2.1978 – 1 AZR 76/76 – AP Nr. 58 zu Art. 9 GG Arbeitskampf [5.a].

512 Oben Rn. 71 und 74 f.

513 Ablehnend deshalb *Thalhofer*, Beseitigungsanspruch S. 144; *Söllner* ZfA 1973, 1, 20.

514 GK-BetrVG/*Wiese* § 87 Rn. 580; Fitting § 87 Rn. 256; D/K/K/*Klebe* § 87 Rn. 135; *C. Hergenröder* AR-Blattei SD 1880 Rn. 116; *Miersch*, Rechtsfolgen S. 143; *Schwarz*, Überwachung S. 139 f.; *Ossberger*, Kontrollen S. 180; in diese Richtung auch *Däubler* AuR 1982, 6, 11.

Einschränkungen würden völlig ins Leere gehen, wenn jede unerfüllte Pflicht bereits ein Leistungsverweigerungsrecht begründete.

245 Ein solches Leistungsverweigerungsrecht ist also – anders als die Unwirksamkeit mitbestimmungswidriger Rechtsgeschäfte – nicht notwendige Konsequenz der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung. Es ist zwar nicht ausgeschlossen, bedarf aber einer eigenständigen Rechtsgrundlage.

[2] Zurückbehaltungsrecht, § 273 BGB

246 Ob sich der Arbeitnehmer begrifflich auf ein Leistungsverweigerungsrecht oder ein Zurückbehaltungsrecht stützt,[515] ist für die vorliegende Untersuchung nicht von Bedeutung. Die Rechtsfolge ist dieselbe: Der Arbeitnehmer kann die Arbeit verweigern, ohne damit den Arbeitsvertrag zu verletzen. Der Anspruch auf die Vergütung bleibt ihm nach § 326 Abs. 2 Satz 1 Alt. 1 BGB erhalten, weil der Arbeitgeber den Arbeitsausfall durch sein mitbestimmungswidriges Verhalten weit überwiegend zu verantworten hat.[516]

247 Hier kommt der individualrechtliche Anspruch des Arbeitnehmers auf Achtung der Mitbestimmungsrechte ins Spiel. Diesen Anspruch kann der Arbeitnehmer dem Arbeitsverlangen des Arbeitgebers nach § 273 Abs. 1 BGB entgegenhalten.[517] Dabei ist lediglich zu prüfen, ob der mitbestimmungswidrige Realakt tatsächlich das Arbeitsverhältnis berührt. Bei einer ohne Zustimmung des Betriebsrats montierten Überwachungskamera (§ 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG) ist das der Fall, wenn der Arbeitnehmer seine Leistung nicht erbringen kann, ohne von ihr erfaßt zu werden. Hingegen beeinflußt der Umbau der Werkskantine (§ 87 Abs. 1 Nr. 8 BetrVG) die Durchführung des Arbeitsverhältnisses ebensowenig wie die Frage, ob der Arbeitgeber ein eigenmächtig für die Betriebsbibliothek angeschafftes Buch dort ausstellen darf oder nicht. In diesen Fällen fehlt es an der Konnexität der Ansprüche, weil es angesichts der fehlenden Berührungspunkte nicht treuwidrig ist, wenn der Arbeitgeber trotz seines mitbestimmungswidrigen Verhaltens auf der Leistung des Arbeitnehmers besteht.[518]

---

515 Zur terminologischen Unterscheidung: *Ahrens*, Zurückbehaltungsrechte Rn. 2.

516 GK-BetrVG/*Wiese* § 87 Rn. 580; Fitting § 87 Rn. 256.

517 So auch *Schwarz*, Überwachung S. 139 f.; *Ossberger*, Kontrollen S. 180, der allerdings auf einen Anspruch des Arbeitnehmers auf Schutz und Entfaltung seiner Persönlichkeit abstellt.

518 So auch *Schwarz*, Überwachung S. 140; zur Konnexität im einzelnen Staudinger/*Bittner* (2009) § 273 Rn. 38 ff.

[3] § 242 BGB

Wer den „Mitbestimmungsanspruch“ des Arbeitnehmers (auf Basis der h.M. inkonsequent) verneint, kann ein Leistungsverweigerungsrecht allenfalls aus Treu und Glauben, § 242 BGB, ableiten.[519] Dabei sind allerdings schon Zweifel angezeigt, ob die Generalklausel des § 242 BGB tatsächlich eine generelle Rechtsfolge begründen kann. Ein Leistungsverweigerungsrecht aus Treu und Glauben knüpft immer an eine Interessenabwägung im Einzelfall an.[520] Pauschale Aussagen sind nicht möglich, da nicht schlechthin jede Rechtsverletzung einen Rechtsmißbrauch begründet.[521] Die Grundsätze unzulässiger Rechtsausübung dürfen nicht als „Universalkorrektiv“ für unbillige Ergebnisse überdehnt werden. Sie greifen nur in Ausnahmefällen ein,[522] wenn nach sorgfältiger Abwägung das Ergebnis der Gesetzesanwendung untragbar erscheint.[523] **248**

c) Individualrechtliche Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche

In engem Zusammenhang mit dem Leistungsverweigerungsrecht steht die Frage, ob der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber verlangen kann, mitbestimmungswidrige Maßnahmen zu unterlassen bzw. ihre Folgen zu beseitigen. Die h.L. ist hier sehr zurückhaltend und spricht in der Regel nur von Unterlassungs- und Beseitigungsansprüchen des Betriebsrats.[524] **249**

Mit Blick auf die vertragliche Pflicht des Arbeitgebers, den Betriebsrat zu beteiligen, liegt ein solcher individualrechtlicher Unterlassungs- bzw. Beseitigungsanspruch jedoch nahe.[525] Inwieweit sich aus vertraglichen Pflichten ein Unterlassungsanspruch des Vertragspartners läßt, kann im

519 Dazu im einzelnen *Miersch*, Rechtsfolgen S. 143 f. für die Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten und ausführlich S. 295 ff. für den Fall der mitbestimmungswidrigen Versetzung.

520 Staudinger/*Looschelders*/*Olzen* (2005) § 242 Rn. 218; 220; *Ahrens*, Zurückbehaltungsrechte Rn. 171.

521 BGH 7.1.1971 – II ZR 23/70 – AP Nr. 151 zu § 242 BGB Ruhegehalt [II.2]; *Reichel* AcP 167 (1967), 268, 279.

522 BGH 27.4.1977 – IV ZR 143/76 – NJW 1977, 1234 [2.].

523 Staudinger/*Looschelders*/*Olzen* (2005) § 242 Rn. 220.

524 So etwa GK-BetrVG/*Wiese* § 87 Rn. 123; *Hurlebaus*, Fehlende Mitbestimmung S. 97; *Miersch*, Rechtsfolgen S. 143 Fn. 490; *Thalhofer*, Beseitigungsanspruch S. 137; anders für das Personalvertretungsrecht Altvater § 69 Rn. 69: individualrechtlicher Abwehranspruch mit Blick auf die Schutzfunktion der Personalvertretung.

525 So im Ergebnis auch *Wolter* RdA 2006, 137, 138; zu Recht kritisch zu dieser Konsequenz der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung FA-Kommentar/*Rieble* § 87 BetrVG Rn. 13.

Rahmen der vorliegenden Abhandlung nicht im einzelnen erörtert werden.[526] Nur eines sei angemerkt: Wer den allgemeinen betriebsverfassungsrechtlichen Unterlassungsanspruch des Betriebsrats auf eine Koinzidenz von Rechtszuweisung und negatorischem Schutz des zugewiesenen Rechts stützt,[527] kommt auf Basis der These von der notwendigen Mitbestimmung nicht umhin, auch dem Arbeitnehmer einen solchen Unterlassungsanspruch zuzubilligen.[528]

250 Das BAG hat sich mit dieser Konsequenz der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung bislang kaum beschäftigt.

> In der immer wieder zitierten Entscheidung vom 5.12.1975[529] billigt der erste Senat einem Betriebsratsmitglied zwar einen Anspruch auf Entfernung eines „Verweises" aus seiner Personalakte zu, wobei es den Verweis als mitbestimmungsbedürftige Betriebsbuße einstufte.[530] Mangels betrieblicher Bußordnung fehlte jedoch ohnehin eine Rechtsgrundlage für das Schreiben. Der Arbeitnehmer konnte die Entfernung des Verweises aus der Akte daher ungeachtet eines Verstoßes gegen das BetrVG bereits wegen Verletzung der arbeitsvertraglichen Rücksichtnahmepflicht verlangen (§ 280 Abs. 1 i.V.m. § 241 Abs. 2 BGB).[531]

251 In einem Urteil aus dem Jahre 1988 finden sich aber folgende Ausführungen:

> Eine technische Überwachung des Arbeitnehmers ohne Beachtung des Mitbestimmungsrechts des Betriebs- oder Personalrates ist geeignet, das Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers zu gefährden. Der von einer solchen technischen Überwachung betroffene Arbeitnehmer kann daher verlangen, daß eine solche drohende Gefährdung unterbleibt.[532]

Demnach würde der Arbeitgeber, wenn er das Mitbestimmungsrecht aus § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG verletzt, zugleich die Persönlichkeitsrechte der Arbeitnehmer gefährden. Mit der Verletzung des Mitbestimmungsrechts allein läßt sich aber allenfalls eine abstrakte Gefährdung des Persönlichkeitsrechts begründen, und eine solche abstrakte Gefahr trägt keinen

---

526 Dazu im einzelnen *Fritzsche*, Unterlassungsanspruch S. 66 ff.; *Köhler* AcP 1990, 496, 503 ff.

527 *Richardi* § 87 Rn. 140; *ders.* FS Wlotzke S. 407, 412 ff.; *Prütting* RdA 1995, 257, 261; *Lobinger* ZfA 2004, 101, 122 f.; ausführlich dazu unten Rn. 380 ff.

528 In diese Richtung auch *Lobinger* ZfA 2004, 101, 124 ff.

529 BAG 5.12.1975 – 1 AZR 94/74 – AP Nr. 1 zu § 87 BetrVG 1972 Betriebsbuße.

530 Zur Möglichkeit einer – vom BAG im Urteil vom 5.12.1975 noch abgelehnten – mitbestimmungsfreien Abmahnung auch von Verstößen gegen Betriebsverfassungsrecht im einzelnen GK-BetrVG/*Wiese* § 87 Rn. 249 m.w.N.

531 Im Ergebnis ebenso *Konzen*, Anmerkung AP Nr. 1 zu § 87 BetrVG 1972 Betriebsbuße; zum Anspruch des Arbeitnehmers auf Entfernung einer unberechtigten Abmahnung BAG 18.2.2003 – 1 AZR 142/02 – AP Nr. 163 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

532 BAG 12.1.1988 – 1 AZR 352/86 – AP Nr. 23 zu § 75 BPersVG [III.2.b].

Unterlassungsanspruch.[533] Das BAG trennt nicht sauber zwischen dem Mitbestimmungsrecht und den Rechtsgütern der Arbeitnehmer. Selbstverständlich können die Arbeitnehmer nach allgemeinen Regeln Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche geltend machen, wenn der Arbeitgeber in ihre subjektiven Rechte eingreift. Eine technische Überwachung etwa kann nicht nur gegen § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG verstoßen, sondern – je nach ihrer Intensität – auch das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Betroffenen verletzen. In einem solchen Fall steht den Arbeitnehmern ungeachtet des Mitbestimmungsrechts ein Unterlassungsanspruch aus § 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB analog zu.[534]

d) Schadensersatzanspruch

Die arbeitsvertragliche Pflicht, den Betriebsrat zu beteiligen, provoziert **252**
auch im Bereich der Haftung des Arbeitgebers gegenüber den Arbeitnehmern einen Systemwiderspruch innerhalb der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung. Vor dem Hintergrund dieser Nebenpflicht läßt sich die Aussage nicht halten, aus der Verletzung von Mitbestimmungsrechten entstünden keine Ansprüche der Arbeitnehmer, die nicht schon zuvor bestanden hätten.[535] Schadensersatzansprüche der Arbeitnehmer verneint die h.M. mit dem Argument, die Mitbestimmungsrechte seien keine Schutzgesetze i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB, weil die Betriebsverfassung nur reflexartig auf die Arbeitsverhältnisse einwirke.[536]

Wer aber Vertragspflichten schuldhaft verletzt, haftet der Gegenseite nach **253**
den §§ 280 ff. BGB auf Schadensersatz. Für eine Verletzung der individualrechtlichen Beteiligungspflicht kann nichts anderes gelten. In diesem Zusammenhang spielt es auch keine Rolle, ob man aus der Nebenpflicht einen klagbaren Erfüllungsanspruch ableitet oder nicht – Anspruchsgrundlage ist in jedem Falle § 280 Abs. 1 BGB.[537]

> Weist der Arbeitgeber also unter Verstoß gegen § 87 Abs. 1 Nr. 9 BetrVG einem Arbeitnehmer eine Werkmietwohnung zu, so kann der übergangene Kollege seinen Schaden (etwa die höhere Miete für eine Wohnung auf dem freien Mark) ersetzt verlangen – sofern er beweisen kann, daß dieser Schaden kausal auf der

533 BGH 25.2.1992 – X ZR 41/90 – NJW 1992, 2292 [II.2.a]; Staudinger/*Gursky* (2006) § 1004 Rn. 213 f.; *Fritzsche*, Unterlassungsanspruch S. 151.

534 *Wiese*, FS E. Lorenz S. 915, 930 f.; *Ossberger*, Kontrollen S. 190 ff.; zum Rechtsschutz bei Verletzung des Persönlichkeitsrechts MüKoBGB/*Rixecker* Anh. zu § 12 Rn. 201 f.

535 Dazu oben Rn. 203.

536 Fitting § 1 Rn. 266; *Miersch*, Rechtsfolgen S. 95 f.; *Wolter* RdA 2006, 137, 138.

537 Staudinger/*H. Otto* (2009) § 280 Rn. C18, C23; für einen solchen Anspruch *von Hoyningen-Huene* RdA 1992, 355, 361; *ders.* Anmerkung AP Nr. 18 zu § 87 BetrVG 1972 Altersversorgung.

Pflichtverletzung beruht, daß er also bei Beteiligung des Betriebsrats er den Vorzug erhalten hätte.

254 Obwohl dieser Anspruch Konsequenz der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung ist, geht er doch weit über ihre Rechtfertigung hinaus. Die Arbeitnehmer könnten mitbestimmungswidrige Maßnahmen nicht mehr nur abwehren, sondern auch ihren Schaden liquidieren. Das Problem würde im System der Wirksamkeitsvoraussetzung allenfalls insofern „entschärft", als das BAG begünstigende Maßnahmen des Arbeitgebers auch ohne Mitbestimmung des Betriebsrats für wirksam hält.

e) Beweisverwertungsverbot

255 Manche Stimmen in Rechtsprechung und Literatur folgern aus der Rechtswidrigkeit[538] schließlich ein Beweisverwertungsverbot für mitbestimmungswidrig erlangte Beweismittel.[539] Andere leiten ein solches Verbot im Einzelfall aus dem individualschützenden Normzweck des verletzten Mitbestimmungstatbestands ab.[540]

Relevant wird diese Frage vor allem bei der Überwachung von Arbeitnehmern, sei es durch technische Einrichtungen i.S.d. § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG oder durch Taschenkontrollen und ähnliche Maßnahmen, die unter § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG fallen.[541]

256 Das BAG hat im Anschluß an Kritik in der Literatur[542] solchen Überlegungen mit Recht eine Absage erteilt.[543] Eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts kann zwar ein prozessuales Verwertungsverbot begründen;[544] die Nichtbeteiligung des Betriebsrats indiziert einen

538 Das BAG (27.3.2003 – 2 AZR 51/02 – AP Nr. 36 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung [B.II.2]) spricht – für eine tatsächliche Maßnahme unpassend – von „Unwirksamkeit".

539 LAG Baden-Württemberg 6.5.1998 – 12 Sa 115/97 – juris, [I.4]; LAG Bremen 28.7.2005 – 3 Sa 98/05 – AiB 2006, 325 [II.1.a; Fitting § 87 Rn. 256; *Fischer* BB 1999, 154, 156 f.; *Bayreuther* NZA 2005, 1038, 1043]; in diese Richtung auch LAG Niedersachsen 19.12.2001 – 6 Sa 1376/01 – juris [II.3].

540 *Maschmann* NZA 2002, 13, 21; *Rhotert* BB 1999, 1378, 1379; *Lerch/Weinbrenner* FA 2008, 229, 231 f.

541 Ähnliche Probleme können sich auch bei der Verwendung von Personalfragebogen i.S.d. § 94 Abs. 1 S. 1 BetrVG stellen (zum Personalvertretungsrecht: BAG 2.12.1999 – 2 AZR 724/98 – AP Nr. 16 zu § 79 BPersVG [III.4.b.cc]).

542 *H. Otto*, Anmerkung AP Nr. 36 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung; *Grosjean* DB 2003, 2650, 2653; *Schlewing* NZA 2004, 1071, 1077; *Altenburg/Leister* NJW 2006, 469, 470; ebenso *Lunk* NZA 2009, 457, 463.

543 BAG 13.12.2007 – 2 AZR 537/06 – AP Nr. 210 zu § 626 BGB [B.II.2.b.dd].

544 BAG 13.12.2007 – 2 AZR 537/06 – AP Nr. 210 zu § 626 BGB [B.II.2.b.cc.(2)].

solchen Eingriff aber nicht.[545] Ebensowenig spielt es eine Rolle, ob der Betriebsrat der Verwertung zustimmt.[546]

3. Fazit

Die Integration tatsächlicher Handlungen des Arbeitgebers in das System der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung zeigt, daß die Unwirksamkeit mitbestimmungswidriger Maßnahmen kein bloßer Rechtsreflex sein kann, sondern auf einer individualrechtlich verstandenen Rechtswidrigkeit beruht. Diese Rechtswidrigkeit läßt sich nur erklären, wenn man eine vertragliche Nebenpflicht des Arbeitgebers gegenüber dem Arbeitnehmer annimmt, die Mitbestimmungsrechte zu achten. Die Folgen einer solchen Nebenpflicht reichen weit und sind auch vom BAG nicht gewollt. Auf der Grundlage dieser Rechtsstellung kann der Arbeitnehmer eigene Ansprüche wegen der Verletzung von Mitbestimmungsrechten gelten machen – ein Ergebnis, das die h.M. gerade nicht will. **257**

Um eine solche weit überschießende Wirkung zu vermeiden, bleibt nur, die Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung auf Rechtsgeschäfte zu beschränken und hier eine reflexartige Unwirksamkeit mitbestimmungswidriger Maßnahmen anzunehmen. Die Rechtswidrigkeit könnte demgegenüber keine eigene Bedeutung erlangen. Mit einer solchen Beschränkung ginge allerdings einher, daß eine Verletzung des Mitbestimmungsrechts bei Realakten keine Auswirkungen im Arbeitsverhältnis hätte. **258**

IV. Zusammenfassung

Bei genauerem Hinsehen zeigt die im Kern recht klare und einfache Theorie des BAG zahlreiche Brüche und Unstimmigkeiten. **259**

Die negative normative Wirkung der Mitbestimmungsrechte zwingt die Rechtsprechung immer wieder zu Hilfskonstruktionen, um zu verhindern, daß im Ergebnis die Arbeitnehmer die Leidtragenden sind (Vertrauensschutz bei bereits geleisteter Arbeit, Wirksamkeit begünstigender Maßnahmen). Dabei werden zentrale der Aspekte der Mitbestimmung – etwa

545 *Grosjean* DB 2003, 2650,2653 f.; i.Erg. auch *Wiese*, FS E. Lorenz S. 915, 940. Dazu schon oben Rn. 251.

546 Anders noch BAG 27.3.2003 – 2 AZR 51/02 – AP Nr. 36 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung [B.II.3]; BAG 7.12.2006 – 2 AZR 182/06 – AP Nr. 56 zu § 1 KSchG 1969 Verhaltensbedingte Kündigung [B.III.2.b] m. krit. Anm. *H. Otto*. Wenn aber die nachträgliche Zustimmung des Betriebsrats die Verletzung des Mitbestimmungsrechts nicht heilt (oben Rn. 16), kann sie auch für die Frage der Beweisverwertung keine Rolle spielen.

die Ausgleichsfunktion – übersehen (Wirksamkeit begünstigender Maßnahmen).

Umgekehrt wird die dogmatische Basis der notwendigen Mitbestimmung in Frage gestellt, um unbillige Ergebnisse für den Arbeitgeber (Rechtsirrtum des Arbeitgebers; Geschäftsfehler des Betriebsrats) oder Konflikte mit allgemeinen Grundsätzen zu vermeiden (Wirksamkeit von Änderungskündigungen).

Im Bestreben, die Mitbestimmung zu sichern, schießt das BAG mit der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung teilweise über das Ziel hinaus. Dabei werden nicht nur die Arbeitnehmer in einem ungewollten Maße begünstigt (Verlegung der Arbeitszeit), sondern auch Rechtsfolgen behauptet, welche die dogmatische Basis der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung nicht begründen kann (Anrechnung übertariflicher Zulagen, Mitbestimmung beim Arbeitsschutz, Unmöglichkeit der Erfüllung von Rechtsgeschäften des Arbeitgebers mit Dritten).

Völlig „aus dem Ruder“ läuft die Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung durch den Versuch, auch mitbestimmungsbedürftige Realakte zu erfassen. Konsequent dogmatisch zu Ende gedacht, geht das Konzept der notwendigen Mitbestimmung hier weit über seine Begründung hinaus.

§ 2 Fehlende Rechtsgrundlage

Die Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung ist nicht nur inkonsistent, sie widerspricht auch geltendem Recht. **260**

A. Untaugliche Begründungsversuche

I. Gesetzesumgehung

Es liegt auf der Hand, daß mitbestimmungswidriges Verhalten des Arbeitgebers nicht ohne Folgen bleiben kann. Wenig hilfreich ist jedoch das immer wieder vorgebrachte Argument, die Unwirksamkeit sei erforderlich, um eine Umgehung des Mitbestimmungsrechts durch den Arbeitgeber zu verhindern.[1] Ein in unzulässiger Weise umgangenes Gesetz findet Anwendung, auch wenn der Tatbestand formal nicht verwirklicht ist[2] – sei es im Wege erweiternder Gesetzesauslegung, sei es im Wege eines Analogieschlusses.[3] So bedarf etwa eine Vielzahl identischer Einzelfallregelungen in sozialen Angelegenheiten nach § 87 Abs. 1 BetrVG der Mitbestimmung, auch wenn es formal an einem kollektiven Tatbestand fehlt.[4] Über die Rechtsfolge des Gesetzesverstoßes ist damit noch nichts gesagt.[5] **261**

II. Sanktionsgedanke

Seit der Entscheidung des Großen Senats von 1986 hat das BAG immer wieder betont, die Unwirksamkeit einseitiger Maßnahmen sei eine Sanktion dafür, daß der Arbeitgeber das Betriebsverfassungsrecht verletze.[6] Auf die Schwächen dieser Argumentation hat insbesondere *Wiese* **262**

1 BAG 1.2.1957 – 1 AZR 521/54 – AP Nr. 4 zu § 56 BetrVG; GS BAG 16.9.1986 – GS 1/82 – AP Nr. 17 zu § 77 BetrVG 1972 [C.III.4]; BAG 14.8.2001 – 1 AZR 744/00 – AP Nr. 4 zu § 77 BetrVG 1972 [III.2.a].

2 GS BAG 12.10.1960 – 3 AZR 65/59 – AP Nr. 16 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag; *Benecke*, Gesetzesumgehung S. 97 f.; *Wiese* NZA 2003, 1113, 1114; *Flume*, AT II S. 409; *Medicus*, BGB AT Rn. 660.

3 Zur Methodik im einzelnen MüKoBGB/*Armbrüster* § 134 Rn. 12 ff.

4 Oben Rn. 13.

5 *Raab* ZfA 1995, 479, 487.

6 GS BAG 16.9.1986 – GS 1/82 – AP Nr. 17 zu § 77 BetrVG 1972 [C.III.4]; GS BAG 3.12.1991 – GS 2/90 – AP Nr. 51 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung [D.II]; BAG 28.9.1994 – 1 AZR 870/93 – AP Nr. 68 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung [II.1]; BAG 14.8.2001 – 1 AZR 744/00 – AP Nr. 4 zu § 77 BetrVG

hingewiesen.[7] Keinesfalls kann damit die Unwirksamkeit mitbestimmungsfreier Maßnahmen begründet werden, etwa weil der Arbeitgeber bei einer mit dieser im Zusammenhang stehenden Maßnahme ein Mitbestimmungsrecht verletzt hat.[8] Für eine solche Wirkung fehlt jede gesetzliche Grundlage.[9]

263 Eine so verstandene Sanktion wäre mit den Grundgedanken des deutschen Privatrechts[10] unvereinbar.[11] Auch unter Präventionsgesichtspunkten läßt sich eine Privatstrafe nicht rechtfertigen; das deutsche Recht verharrt mit guten Gründen bei einer strikten Trennung von Straf- und Zivilrecht,[12] nicht zuletzt, weil das Zivilverfahren verfassungsrechtlichen Verfahrensgarantien in Strafsachen nicht immer gerecht wird.[13]

264 Sofern der Begriff „Sanktion" lediglich im Sinne einer negativen Rechtsfolge gemeint sein sollte, liegt darin allein eine Umschreibung der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung, aber keine Begründung.[14] Offen bleibt nämlich, warum die Verletzung des Mitbestimmungsrechts diese Sanktion erfordern soll. Insofern stellt sich das Sanktionsargument als bloße Verstärkung des Arguments der Umgehungsgefahr dar.

III. Das Wesens-Argument

265 Untauglich ist schließlich auch der Versuch, die Unwirksamkeit mit dem „Wesen" der Mitbestimmungsrechte[15] zu begründen. *Scheuerle* hat herausgearbeitet, daß es sich dabei um ein Krypto-Argument handelt,

---

1972 Regelungsabrede [III.2.a]; BAG 20.2.2002 – 7 AZR 707/00 – AP Nr. 23 zu § 72 LPVG NW [I.2.b.aa].

7 GK-BetrVG/*Wiese* § 87 Rn. 131; *ders.* FS Kraft S. 683, 686; *ders.* FS Adomeit S. 839, 846.

8 Das BAG scheint dies anders zu sehen, wenn es im Zusammenhang mit der Kürzung übertariflicher Zulagen nicht nur die neue Verteilung, sondern auch die Herabsetzung des Dotierungsrahmens für unwirksam hält; eingehend dazu oben Rn. 195 ff.

9 LAG Frankfurt 5.9.1989 – 5 TaBV 20/89 – LAGE § 87 BetrVG 1972 Betriebliche Lohngestaltung Nr. 7 [zu II.]; GK-BetrVG/*Wiese* § 87 Rn. 131.

10 Das Betriebsverfassungsrecht ist nach heute einhelliger Meinung Privatrecht. Die Wahl eines Betriebsrats liegt in der autonomen Entscheidung der Belegschaft, die Ausübung der Beteiligungsrechte unterliegt nicht staatlicher Aufsicht. *Richardi* Einl. Rn. 127 ff. m.w.N., insb. Rn. 132; eingehend *Reichold*, Sozialprivatrecht S. 399 ff.

11 *Ramrath* DB 1990, 2593, 2600.

12 Eingehend *Klumpp*, Privatstrafe, insb. S. 56 ff.

13 *Klumpp*, Privatstrafe S. 46 ff.

14 *Wiese* FS Adomeit S. 839, 846.

15 Darauf berufen sich *Galperin/Siebert* Vorbem. vor § 56 Rn. 54.

hinter dem sich andere Gründe verbergen.[16] Das Wesens-Argument als solches ist beliebig und deshalb unbrauchbar;[17] maßgeblich ist die Überzeugungskraft der dahinterstehenden Überlegungen. Ob das „Wesen" des Mitbestimmungsrechts also gerade die Unwirksamkeit als Folge der Rechtsverletzung fordert, bleibt zu belegen.

B. Verfassungsrechtliche Vorgaben

Weil die notwendige Mitbestimmung die Privatautonomie sowohl des Arbeitgebers als auch der Arbeitnehmer beeinträchtigt,[18] bedarf sie einer gesetzlichen Grundlage.[19] Das BVerfG zählt zwar den Ausgleich gestörter Vertragsparität – auch im Arbeitsrecht – zu den Hauptaufgaben des Zivilrechts, will diesen Ausgleich jedoch über die zivilrechtlichen Generalklauseln – also durch und nicht gegen das Gesetz – verwirklichen.[20] Ein Verständnis der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung als „*außergesetzliche individualrechtliche Sanktion*"[21] ist mit der Verfassung daher nicht vereinbar. **266**

Außerhalb von § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG und § 15 Abs. 1 Satz 1 KSchG i.V.m. § 103 Abs. 1 BetrVG ist die Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung dem Gesetz jedenfalls nicht ausdrücklich zu entnehmen. Dennoch verstehen einige Vertreter der h.M. die notwendige Mitbestimmung als Ergebnis der Gesetzesauslegung.[22] Demgegenüber erkennt auch das BAG (in Bezug auf § 87 Abs. 1 BetrVG) an, die h.M. habe keinen Ausdruck im Gesetz gefunden.[23] **267**

Angesichts der grundrechtsbeschränkenden Wirkung der notwendigen Mitbestimmung kommt dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit für die Auslegung besondere Bedeutung zu. Ohne eindeutige Anhaltspunkte muß davon ausgegangen werden, daß der Gesetzgeber Grundrechte so wenig wie möglich beeinträchtigt. Die Unwirksamkeit mitbestimmungswidriger Rechtsgeschäfte läßt sich nur begründen, wenn die Zwecke der Mitbestimmung auf diese Weise wirksam gesichert werden (Geeignetheit), **268**

16 *Scheuerle* AcP 163 (1964), 429, 430 ff.; ihm folgend *Schlüter* DB 1972, 92, 96; *Wittgruber*, Vertragsfreiheit S. 49; *Bommermann*, Wirksamkeitsvoraussetzung S. 100 f.

17 *Scheuerle* AcP 163 (1964), 429, 469 f.

18 Ausführlich oben Rn. 27 ff. und 41 ff.

19 *Veit*, Funktionelle Zuständigkeit S. 304.

20 BVerfG 19.10.1993 – 1 BvR 567/89 – AP Nr. 35 zu Art. 2 GG [C.II.2.c].

21 So *P. Hanau* NZA 1996, 842, 844.

22 GK-BetrVG/*Wiese* § 87 Rn. 98; ähnlich *von Hoyningen-Huene* RdA 1992, 355, 359.

23 BAG 23.7.1996 – 1 ABR 13/96 – AP Nr. 68 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit [B.III.1].

und kein milderes Mittel zur Verfügung steht (Erforderlichkeit).[24] Soweit das Gesetz diese Sicherung auf andere Weise gewährleistet, ohne Grundrechte unangemessen zu beschränken, kann eine verfassungskonforme Auslegung die notwendige Mitbestimmung nicht tragen.

C. Gesetzeswortlaut

269 An erster Stelle ist zu fragen, ob die Mitbestimmungstatbestände, soweit ihre Verletzung nach h.M. zur Unwirksamkeit der Arbeitgebermaßnahme führen soll,[25] selbst von der notwendigen Mitbestimmung ausgehen. Ausgangspunkt ist der Wortlaut des Gesetzes. Dieser gibt den Rahmen vor, in dem sich die Auslegung bewegen kann; er bildet die Grenze zwischen Ausdeutung und Umdeutung.[26]

I. §§ 87 Abs. 1, 97 Abs. 2, 98 Abs. 1 BetrVG

270 Im Bereich der sozialen Angelegenheiten ist heute allgemein anerkannt, daß der Gesetzeswortlaut der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung nicht im Wege steht, sie aber auch nicht besonders nahe legt.[27] „Der Betriebsrat hat [...] mitzubestimmen" kann sowohl ein relatives Recht des Betriebsrats gegenüber dem Arbeitgeber garantieren als eine gemeinsame Gestaltungsmacht.

271 Entsprechendes gilt für die Mitbestimmung in personellen Angelegenheiten nach den §§ 97 Abs. 2 Satz 1 und 98 Abs. 1 BetrVG, für die der Gesetzgeber dieselbe Formulierung gewählt hat.

II. § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG

272 Bei personellen Einzelmaßnahmen sieht § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG vor, daß der Arbeitgeber „die Zustimmung des Betriebsrats zu der geplanten Maßnahme einzuholen" hat. Damit wird eine Pflicht des Arbeitgebers begründet, aber keine Rechtsfolge angeordnet.[28] Daß das BetrVG von „Zu-

24 H/L/S/*Heise/von Steinau-Steinrück* § 87 Rn. 17; ähnlich *Richardi* NZA 1995, 8, 12.
25 Dazu oben Rn. 98.
26 *Larenz*, Methodenlehre S. 322 f.
27 BAG 23.7.1996 – 1 ABR 13/96 – AP Nr. 68 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit [B.III.1]; *Bommermann*, Wirksamkeitsvoraussetzung S. 25 f.; *Gimpel*, Fehler S. 66; *Hurlebaus* S. 16; *Alberty*, Fehlende Zustimmung S. 62; H/S/W/G/N/*Worzalla* § 87 Rn. 84; Dietz/*Richardi*, 6. Aufl. § 87 Rn. 81; *von Hoyningen-Huene* DB 1987, 1426, 1428; *Wiese* FS Adomeit S. 839.
28 *Bartels*, Versetzungen S. 47.

stimmung“ spricht, schafft nicht mehr Klarheit. Der Gesetzgeber gebraucht diesen Begriff teilweise im Sinne einer echten Wirksamkeitsvoraussetzung (z.B. §§ 107, 177 Abs. 1, 185 BGB, § 293 Abs. 1 Satz 1 AktG), teilweise im Sinne eines reinen Internums ohne rechtshindernde Wirkung (z.B. § 1810 BGB, § 119 Abs. 1 HGB, § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG).[29] Die Bedeutung ergibt sich immer erst aus dem Kontext, sei es weil die Wirksamkeit ausdrücklich von der Zustimmung abhängig gemacht wird (§§ 108 Abs. 1, 177 Abs. 1 BGB, § 293 Abs. 1 Satz 1 AktG), sei es durch die Ausgestaltung einer Norm als Soll-Vorschrift (§ 1810 BGB) oder durch den Zusammenhang mit anderen Vorschriften (§ 126 Abs. 1 und 2 HGB bzw. §82 Abs. 1 i.V.m. § 78 Abs. 1 AktG).

Daß eine fehlende Zustimmung nicht zwingend die Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts berührt, zeigt auch ein Blick auf § 182 Abs. 1 BGB. Diese allgemeine Regelung zur Person des Erklärungsempfängers setzt ausdrücklich nicht nur ein Zustimmungserfordernis voraus, sondern auch, daß von der Zustimmung die Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts abhängt. Die zweite Voraussetzung wäre entbehrlich, wenn jede Zustimmung eine solche Wirkung entfaltete.[30] **273**

In Anlehnung an *Schlüter* läßt sich deshalb feststellen: Es gibt keinen allgemeinen Rechtsgrundsatz, daß eine Rechtshandlung, die der Zustimmung eines anderen bedarf, ohne diese Zustimmung unwirksam wäre.[31]

III. §§ 94 und 95 BetrVG

Für die Mitbestimmungsrechte aus § 94 Abs. 1 und 2 BetrVG und § 95 Abs. 1 und 2 BetrVG liegt die Auslegung der Zustimmung als Wirksamkeitsvoraussetzung näher, weil Personalfragebogen, Beurteilungsgrundsätze bzw. Auswahlrichtlinien der Zustimmung des Betriebsrats „bedürfen“. Bedarf eine Handlung der Zustimmung, so hängt ihre Wirksamkeit zumeist davon ab.[32] Auch in § 103 Abs. 1 und Abs. 3 Satz 1 Hs. 1 **274**

29 *Bartels*, Versetzungen S. 49 f.; *Schlüter* DB 1972, 92, 95; *Hurlebaus* S. 16; *Alberty*, Fehlende Zustimmung S. 44 f.; *Ehrich* NZA 1992, 731, 733; a.A. *Martens* SAE 1982, 159, wonach die Zustimmung grundsätzlich als Wirksamkeitsvoraussetzung zu verstehen ist.

30 *Bartels*, Versetzungen S. 48; *Alberty*, Fehlende Zustimmung S. 44 f.; *Schlüter* DB 1972, 92, 95.

31 *Schlüter* DB 1972, 92, 95; a.A. *Müller*, Änderungskündigung S. 45 f.

32 Z.B. §§ 107, 112 Abs. 1, 113 Abs. 1, 1283 Abs. 1, 1303 Abs. 4, 1315 Abs. 1, 1316 Abs. 2 Hs. 2, 1587o Abs. 2 Satz 3, 1595 Abs. 1 und 2, 1596 Abs. 2 Satz 2 Hs. 2, 1599 Abs. 2 Satz 2, 1617a Abs. 2 Satz 2, 1617c Abs. 1 Satz 2 Hs. 2, 1618 Satz 3, 1626c Abs. 2 Satz 2 BGB, §§ 41 Abs. 2, 59 Abs. 3, 141 Abs. 1, 179 Abs. 3 Satz 1, 180 Abs. 1 AktG.

BetrVG deutet diese Formulierung auf die rechtshindernde Wirkung der fehlenden Zustimmung hin.

275 Absolut zwingend ist dieser Schluß allerdings nicht. So findet sich auch in den §§ 115 Abs. 2 und 116 Abs. 3 Satz 1 HGB die Formulierung „bedarf … der Zustimmung", obwohl damit nur die Geschäftsführung der OHG-Gesellschafter im Innenverhältnis angesprochen wird. Außenwirkungen erzeugt die fehlende Zustimmung wegen des gesetzlich geregelten Umfangs der Vertretungsmacht (§ 126 Abs. 1, Abs. 2 HGB) nicht. Darauf, daß eine Auslegung als Wirksamkeitsvoraussetzung nicht zwingend ist, deutet auch der Wortlaut der §§ 141 Abs. 1, 179 Abs. 3 Satz 1, 180 Abs. 1 AktG hin, die ausdrücklich bestimmen, daß der jeweilige Beschluß „zu seiner Wirksamkeit" der Zustimmung Dritter bedarf. Diese Klarstellung legt den Schluß nahe, daß aus dem Wort „bedarf" (bzw. „bedürfen") allein nicht auf eine rechtshindernde Wirkung der fehlenden Zustimmung geschlossen werden kann.

276 Hinzu kommt, daß es sich bei den in den §§ 94 und 95 BetrVG genannten Maßnahmen gar nicht um Rechtsgeschäfte handelt, weil sie nicht darauf abzielen, unmittelbar Rechtsfolgen zu bewirken. Für Personalfragebogen ist das offensichtlich. Aber auch Beurteilungsgrundsätze und Auswahlrichtlinien bilden lediglich abstrakte Regeln, die jeweils auf einen konkreten Einzelfall erst noch angewandt werden müssen. Sie sind daher einer Einstufung als wirksam oder unwirksam überhaupt nicht zugänglich – darin liegt ein grundlegender Unterschied etwa zu § 103 BetrVG.

Im Ergebnis ist der Wortlaut also auch hier nicht eindeutig.[33]

D. Gesetzgebungsgeschichte

277 Im Rahmen der Auslegung ist auch die Intention des historischen Gesetzgebers zu erforschen. Auf den Meinungsstreit zwischen Verfechtern einer subjektiven und denen einer objektiven Auslegung soll nicht erneut eingegangen werden.[34] Bedeutung kommt den Vorstellungen der am Gesetzgebungsverfahren Beteiligten jedenfalls insoweit zu, als ihre Äußerungen Aufschluß über das Zustandekommen bestimmter Formulierungen geben.[35] Zum anderen lassen sich auch aus der Entwicklung eines Regelungsbereichs über mehrere Gesetzesfassungen hinweg Erkenntnisse gewinnen.

33 Ohne nähere Begründung ebenso *Gimpel*, Fehler S. 247.
34 Dazu *Zippelius*, Methodenlehre S. 21 ff.; *Larenz*, Methodenlehre S. 316 ff.
35 *Larenz*, Methodenlehre S. 344.

I. Materialien

1. BetrVG 1952

Der Gesetzesgeschichte läßt sich nicht entnehmen, daß die Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung den Vorstellungen des historischen Gesetzgebers[36] entsprochen hätte. Im Gesetzgebungsverfahren zum BetrVG 1952 wurden individualrechtliche Folgen der Verletzung von Mitbestimmungsrechten soweit ersichtlich nicht diskutiert.[37] Auch in der Gesetzesbegründung[38] findet sich hierzu nichts. Eine Bezugnahme auf die Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung als solche war ohnehin nicht möglich, nachdem das BAG diese erst ab 1956 zu § 56 BetrVG 1952 entwickelte. **278**

2. BetrVG 1972

Auch die Gesetzesbegründung des BetrVG 1972[39] erwähnt die Theorie des BAG an keiner Stelle. **279**

Sie schweigt zu den Folgen einer Verletzung der neu eingeführten Mitbestimmungsrechte bei Personalfragebogen, Beurteilungsgrundsätzen (§ 94 BetrVG 1972) und Auswahlrichtlinien (§ 95 BetrVG 1972) sowie der erheblich erweiterten Beteiligungsrechte im Rahmen der Berufsbildung (§§ 96 ff. BetrVG 1972). Lediglich für die nachgelagerte Frage der Verletzung vereinbarter Auswahlrichtlinien findet sich der Hinweis auf § 99 Abs. 2 Nr. 2 BetrVG 1972.[40]

Ebensowenig gibt die Entstehungsgeschichte des § 99 BetrVG 1972 Erkenntnisse darüber preis, inwieweit die Zustimmung des Betriebsrats Wirksamkeitsvoraussetzung für personelle Einzelmaßnahmen ist. Den §§ 61-63 BetrVG 1952 waren keine individualrechtlichen Rechtsfolgen zu entnehmen. Heiß umstritten war die Rechtslage bei § 66 Abs. 1 BetrVG 1952 (Anhörungserfordernis bei Kündigungen).[41] Diesen Streit hat der Gesetzgeber in § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG 1972 zugunsten der Unwirksamkeit entschieden. **280**

Daß er diese Rechtsfolge in § 99 BetrVG 1972 nicht festgeschrieben hat, bedeutet nicht zwingend eine Absage an die Theorie der Wirksamkeits-

36 Zur Konkretisierung der Person des „Gesetzgebers“ *Larenz*, Methodenlehre S. 328 f.
37 Ausführliche Darstellung bei *Bommermann*, Wirksamkeitsvoraussetzung S. 39 ff.
38 BT-Drs. I/1546.
39 BT-Drs. VI/1786.
40 BT-Drs. VI/1786 S. 50.
41 *Dietz*, BetrVG § 66 Rn. 11g f. m.w.N. zu den konträren Ansichten.

voraussetzung.[42] Die Begründung des Regierungsentwurfs spricht davon, der Arbeitgeber dürfe die personelle Maßnahme grundsätzlich nicht ohne Zustimmung des Betriebsrats durchführen.[43] Ob das als Verbotsgesetz i.S.d. § 134 BGB gemeint ist, bleibt offen. Dagegen spricht der Hinweis, die Beachtung des Mitbestimmungsrechts könne gerichtlich erzwungen werden.[44] Daß der Gesetzgeber, wenn er schon Rechtsfolgen nennt, gerade die einschneidende Unwirksamkeit nicht erwähnt, darf zumindest verwundern.

3. BetrVG 2001

281 Auch die Neufassung des BetrVG im Jahr 2001 brachte kein Licht ins Dunkel: Zur Frage der Mitbestimmung als Wirksamkeitsvoraussetzung schwieg der Gesetzgeber erneut.[45]

II. Stillschweigende Übernahme der ständigen Rechtsprechung?

282 Die Gesetzesmaterialien helfen also nicht weiter. Einige Vertreter der h.M. wollen hingegen gerade aus dem Schweigen des Gesetzgebers eine Bestätigung der notwendigen Mitbestimmung ableiten. Dem Gesetzgeber sei die h.M. zu § 56 BetrVG 1952 bekannt gewesen, er habe sie daher nicht mehr gesondert in Gesetzesform gießen müssen, so das Argument.[46] *Peter Hanau* sah gar eine „eindrucksvolle Bestätigung" der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung durch das BetrVG 1972, weil er aus § 100 Abs. 1 BetrVG auch die Unwirksamkeit mitbestimmungswidriger personeller Einzelmaßnahmen ableitete.[47]

283 Dem Schweigen des Gesetzgebers zu einer höchstrichterlichen Rechtsprechung ist indes kein Bestätigungswille zu entnehmen.[48] Der Stand der

---

42 So im Ergebnis auch *Ehrich* NZA 1992, 731, 733; *Bartels* Versetzungen S. 52; *Gimpel*, Fehler S. 128, 165 f.; *Cl. Weber*, Auswirkungen S. 53 f.; *Müller*, Änderungskündigung S. 46.

43 BT-Drs. VI/1786 S. 53.

44 BT-Drs. VI/1786 S. 32.

45 BT-Drs. 14/5741; kritisch daher *Rieble* ZIP 2001, 133, 142.

46 *von Hoyningen-Huene* DB 1986, 1426, 1429; ähnlich *Reuter*/Streckel, Mitbestimmung S. 22; *Konzen*, Leistungspflichten S. 84, *ders.* NZA 1995, 865, 869; *Raab* ZfA 1997, 183, 214; *Wiese* FS Adomeit S. 839, 840.

47 *P. Hanau* RdA 1973, 281, 289 f.

48 BVerfG 13.8.1998 – 1 BvL 25/98 – NJW 1998, 3557 [II.1.b]; BVerfG 9.2.1988 – 1 BvL 23/86 – BVerfGE 78, 20 [B.II]; *Flume*, Verhandlungen des 46. DJT, Bd. II S. K5, K23; a.A. RG 27.6.1910 – VI 297/08 – RGZ 74, 69, 75 f.; *Ecker* JZ 1968, 477, 478; so auch noch BVerfG 3.11.1965 – 2 BvR 246/62 u.a. – BVerfGE

Rechtsprechung ist für die historische Auslegung insofern von Bedeutung, als Äußerungen im Gesetzgebungsverfahren vor ihrem Hintergrund zu sehen sind.[49] Die Auslegung hat den *erkennbaren* Willen des historischen Gesetzgebers zu berücksichtigen. Wie im Recht der Willenserklärungen[50] gilt aber auch hier, daß bloßem Schweigen grundsätzlich kein Erklärungswert zukommt, wenn nicht besondere Umstände es zu einem beredten Schweigen machen.[51] „Gießt" der Gesetzgeber also etwa richterrechtlich entwickelte Rechtssätze in Gesetzesform, so kann man mangels entgegenstehender Indizien annehmen, daß damit keine inhaltliche Änderung einhergehen soll.[52] Behält er aber im Zuge einer Reform des Gesetzes die bisherige gesetzliche Regelung bei, ohne auf die dazu bereits ergangene Rechtsprechung einzugehen, so kann daraus ebensowenig eine Billigung wie eine Mißbilligung dieser Rechtsprechung geschlossen werden.[53] Alles andere wäre nicht Auslegung, sondern Spekulation. Erst recht bedeutet die Nicht-Äußerung zu einer umstrittenen Rechtsfrage wie der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung keine Parteinahme für eine Seite.[54]

E. Gesetzessystematik

I. Maßgebliche Kriterien

Die Auslegung muß berücksichtigen, daß eine einzelne Rechtsnorm nur **284**
einen kleinen Ausschnitt aus einem einheitlichen Regelungssystem darstellt. Der Bewertungsmaßstab der Einzelnorm reicht also über diese hinaus auf einen übergreifenden Wertungsplan des Gesetzgebers.[55] Die Wertungen, die im Gesetz an einer Stelle zum Ausdruck kommen, können

19, 166 [C.II.2.c]; ausführlich zu diesem Problem *Eitel*, Ungleichbehandlung S. 85 ff. m.w.N.

49 *Larenz*, Methodenlehre S. 330.

50 Zum Schweigen als Willenserklärung Larenz/*Wolf*, BGB AT § 28 Rn. 66 ff.

51 So auch *Eitel*, Ungleichbehandlung S. 92.

52 BVerfG 18.12.1953 – 1 BvR 230/51 – BVerfGE 3, 248 [II.3]; *Ecker* JZ 1968, 477, 478.

53 BAG 23.7.1996 – 1 ABR 13/96 – AP Nr. 68 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit [B.III.1]; ebenso H/S/W/G/N/*Worzalla* § 87 Rn. 88; *Bommermann*, Wirksamkeitsvoraussetzung S. 70 ff.; *Hurlebaus*, Fehlende Mitbestimmung S. 18 f.; *Schlüter* DB 1972, 92, 95; ähnlich *Buchner* SAE 1987, 45, 51, der darauf hinweist, daß der Wille des Gesetzgebers nur insoweit erheblich ist, wie er im Wortlaut der Norm zumindest zum Ausdruck kommt.

54 H/S/W/G/N/*Worzalla* § 87 Rn. 88; *Hurlebaus* S. 19; *Lobinger* ZfA 2004, 101, 142.

55 *Rüthers*, Rechtstheorie Rn. 143.

auch für die Auslegung anderer Rechtsnormen relevant sein.[56] *Hagen* formuliert diese Beziehung als „*Auslegungsregel im Sinne einer Vermutung für die Konformität der rechtlichen Wertungen für die dogmatische Lösung entsprechender Sachprobleme.*“[57]

285 Die Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung muß deshalb nicht zwingend in den Mitbestimmungstatbeständen selbst verankert sein. Sie kann sich auch als gesetzliches „Leitbild“ aus den systematischen Zusammenhängen der Beteiligungsrechte ergeben. Umgekehrt ist auch das Ergebnis möglich, daß die h.M. der inneren Systematik des BetrVG widerspricht.

II. Gesetzlich geregelte Rechtsfolgen

1. Einigungsstellenverfahren

286 Vorab sei angemerkt, daß sich ein solcher Widerspruch nicht schon daraus ergibt, daß der Betriebsrat die Einigungsstelle anrufen kann. § 87 Abs. 2 BetrVG (ebenso wie die entsprechenden Regelungen in §§ 94 Abs. 1 Sätze2 und 3, 95 Abs. 1 Sätze 2 und 3 und Abs. 2 Sätze 2 und 3, 97 Abs. 2 Sätze 2 und 3, 98 Abs. 4, 112 Abs. 4 BetrVG) kann nicht als abschließende Regelung verstanden werden. Andernfalls könnte der Arbeitgeber bis zum Abschluß des Einigungsstellenverfahrens eigenmächtig vorläufige Regelungen treffen. Daß das BetrVG dies nicht generell zuläßt, ergibt sich im Umkehrschluß zu den Sonderregelungen der §§ 100 und 115 Abs. 7 Nr. 4.[58]

2. Verletzung des Zustimmungserfordernisses aus § 99 BetrVG

287 Für die Beteiligungsrechte des Betriebsrats bei personellen Einzelmaßnahmen regelt das Gesetz konkrete Rechtsfolgen für den Fall ihrer Mißachtung (§§100 ff. BetrVG). Soweit sich daraus individualrechtliche Rechtsfolgen ergeben, ist zu prüfen, ob sich diese Erkenntnisse verallgemeinern lassen.

a) Kollektivrechtliche Sicherung

288 Die §§ 100, 101 BetrVG enthalten Regeln für den Fall, daß der Arbeitgeber eine personelle Einzelmaßnahme i.S.d. § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG ohne Zustimmung des Betriebsrats vornimmt.

---

56 Vgl. *Larenz*, Methodenlehre S. 334 f.
57 *Hagen* FS Larenz S. 867, 868.
58 *Thalhofer*, Beseitigungsanspruch S. 99 f.

[1] Vorläufige personelle Maßnahmen, § 100 BetrVG

289 § 100 Abs. 1 Satz 1 BetrVG ermöglicht dem Arbeitgeber in Eilfällen vorläufige Maßnahmen ohne Zustimmung des Betriebsrats. Er kann also etwa eine Versetzung wirksam vornehmen, solange er nur das Verfahren des § 100 Abs. 2 BetrVG einhält.[59] Hier ließe sich an einen Umkehrschluß denken: Wenn der Arbeitgeber eine Versetzung im Anwendungsbereich des § 100 BetrVG ausnahmsweise wirksam vornehmen kann, führt die fehlende Zustimmung in allen anderen Fällen zur Unwirksamkeit.

290 Ein solcher Umkehrschluß wäre falsch, weil § 100 BetrVG keine Rechtsfolgen regelt, sondern den Tatbestand des § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG einschränkt.[60] Eine vorläufige Versetzung unter den Voraussetzungen des § 100 Abs. 1 und 2 BetrVG bedarf nicht der Zustimmung des Betriebsrats und kann deshalb auch nicht das Beteiligungsrecht aus § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG verletzen. In diese Richtung deutet auch die Gesetzesbegründung mit dem Hinweis, § 100 mildere das grundsätzliche Zustimmungserfordernis des § 99 zugunsten der Möglichkeit vorläufiger personeller Maßnahmen des Arbeitgebers.[61] Eine solche Ausnahme auf Tatbestandsebene erlaubt keine Rückschlüsse auf individualrechtliche Rechtsfolgen.

291 Auch § 100 Abs. 3 Satz 1 BetrVG, wonach die vorläufigen Maßnahmen zwei Wochen nach Rechtskraft einer gerichtlichen Entscheidung in der Sache enden, ist deshalb keine allgemeine Wertung für die Rechtsfolgen mitbestimmungswidrigen Verhaltens des Arbeitgebers zu entnehmen: Vorläufige personelle Einzelmaßnahmen sind von vornherein nicht zustimmungsbedürftig.[62]

[2] Aufhebung mitbestimmungswidriger Maßnahmen, § 101 Satz 1 BetrVG

292 Nach § 101 Satz 1 BetrVG kann der Betriebsrat den Arbeitgeber zwingen, betriebsverfassungswidrige personelle Einzelmaßnahmen aufzuheben. Einige Autoren wollen damit die Unvereinbarkeit der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung mit dem System der §§ 99 ff. BetrVG begründen, weil nur eine arbeitsvertraglich wirksame Maßnahme aufhebbar sei.[63]

59 *Raab* ZfA 1995, 479, 506.
60 *Bartels*, Versetzungen S. 60; *Alberty*, Fehlende Zustimmung S. 48; *Raab* ZfA 1995, 479, 506.
61 BT-Drs. VI/1786 S. 52.
62 Ähnlich *P. Hanau* RdA 1973, 281, 290.
63 *von Hoyningen-Huene* RdA 1982, 205, 209; H/S/W/G/N/*Schlochauer* § 99 Rn. 9; *Schlüter* DB 1972, 92, 96; vgl. auch *Bartels*, Versetzungen S. 63; *Konzen*, Leistungspflichten S. 85.

293 Ein solches Verständnis der „Aufhebung“ ist möglich. Zwingend ist es aber nicht, da nicht nur Rechtsgeschäfte, sondern auch Realakte rückgängig gemacht werden können. „Aufzuheben“ wäre demnach etwa im Falle der Versetzung nur die tatsächliche Beschäftigung am neuen Arbeitsplatz, nicht aber die zugrundeliegende Vertragsänderung oder Weisung.[64] Dafür spricht der systematische Zusammenhang mit § 99 BetrVG, der sich nur auf die Realakte und nicht auf ihre rechtsgeschäftliche Grundlage bezieht.[65]

294 Nur bei dieser Auslegung ist auch sichergestellt, daß der Arbeitgeber nicht im Einzelfall zu einer unmöglichen Handlung verpflichtet wird.

> So kann im Fall der mitbestimmungswidrigen Einstellung der Arbeitsvertrag nicht (sofort) rückgängig gemacht werden, wenn der Arbeitnehmer sich dagegen sperrt und darüber hinaus besonderen Kündigungsschutz (etwa nach § 9 Satz 1 MuSchG bei einer Arbeitnehmerin) genießt.[66]

295 § 101 Satz 1 BetrVG läßt sich vor diesem Hintergrund keine abschließende Rechtsfolgenregelung für mitbestimmungswidrige personelle Einzelmaßnahmen entnehmen.[67] Die Aufhebung betrifft die betriebsverfassungsrechtliche Ebene, sagt aber nichts über individualrechtliche Folgen.[68]

b) § 99 BetrVG als Verbotsgesetz

296 Keine zusätzlichen Erkenntnisse lassen sich aus § 134 BGB gewinnen. Das BAG leitet aus dieser Norm die Unwirksamkeit der Anweisung ab, die einer mitbestimmungswidrigen Versetzung zugrunde liegt.[69] In gesetzessystematischer Hinsicht ergänzt § 134 BGB aber lediglich die gesetzlichen Verbote – soweit es sich um leges imperfectae handelt – um die Anordnung der Unwirksamkeit.[70] Selbst wenn man der Vorschrift eine widerlegbare Vermutung zugunsten der Unwirksamkeit entnimmt,[71] ist für jede Verbotsnorm separat zu fragen, ob sie für den Fall ihrer Übertretung die

64 *Raab* ZfA 1995, 479, 491; *Alberty*, Fehlende Zustimmung S. 52.
65 Oben Rn. 68.
66 *Alberty*, Fehlende Zustimmung S. 52; *Meyer* BB 1982, 1614, 1615.
67 So aber *Matthes* DB 1974, 2007; in diese Richtung auch GK-BetrVG/*Kraft*/*Raab* § 99 Rn. 124; *Ehrich*, NZA 1992, 731, 733; *von Hoyningen-Huene* NZA 1993, 145, 150.
68 *Bartels*, Versetzungen S. 63; *Meyer* BB 1982, 1614, 1615; *Raab* ZfA 1995, 479, 486.
69 Dazu oben Rn. 72.
70 *Flume*, AT II S. 341.
71 So Staudinger/*Sack* (2003) § 134 Rn. 58; MüKoBGB/*Armbrüster* § 134 Rn. 103 jeweils m.w.N. auch zur uneinheitlichen Rspr. des BGH; dagegen v.a. *Flume* AT II S. 341.

Unwirksamkeit verlangt, oder ob sich aus ihr etwas anderes ergibt.[72] Diese Frage kann § 134 BGB gerade nicht beantworten.

3. Anhörung als Wirksamkeitsvoraussetzung, § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG

Aus der ausdrücklichen Regelung der Unwirksamkeit in § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG lassen sich für die Auslegung anderer Beteiligungsrechte Rückschlüsse in gegensätzliche Richtungen ziehen.

a) Kein Erst-Recht-Schluß

Zu denken ist zum einen an ein argumentum a minore ad maius: Wenn schon die Verletzung eines bloßen Anhörungsrechts zur Unwirksamkeit der betroffenen Maßnahme führt, so muß das erst recht für die Verletzung der stärkeren Mitwirkungsrechte gelten.[73] **297**

Ein solcher Erst-Recht-Schluß ist wegen seiner Nähe zur Analogie[74] nur für vergleichbare Regelungsbereiche möglich. Eben daran fehlt es hier.[75]Ein bloßes Anhörungsrecht ist nicht etwa eine schwächere Form der Mitbestimmung – obwohl die mißglückte Überschrift des § 102 BetrVG („Mitbestimmung bei Kündigungen“) dies nahelegt. Es handelt sich um eine ganz eigene Form der Beteiligung, weil der Betriebsrat hier lediglich argumentativ auf den Arbeitgeber einwirken kann, das Gesetz ihm aber keinen Einfluß auf das Ergebnis garantiert. **298**

Ohne ausdrückliche Regelung läge der Schluß nahe, nachdem der Betriebsrat im Rahmen der Anhörung die Kündigung nicht verhindern könnte, könne auch die Verletzung des Anhörungsrechts nicht zur Unwirksamkeit führen. Zur Vorgängerregelung des § 66 Abs. 1 BetrVG 1956, die keine Rechtsfolge bestimmte, entsprach dies der h.M.[76] § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG läßt sich also als Reaktion des Gesetzgebers auf die besondere Schwäche des Anhörungsrechts verstehen.[77] Mitbestimmungs-

72 Larenz/*Wolf* § 40 Rn. 5; *Flume*, AT II S. 341.
73 In diese Richtung *P. Hanau* RdA 1973, 281, 290.
74 Vielfach tritt er auch als Spezialfall der Analogie in Erscheinung, dazu *Rüthers*, Rechtstheorie Rn. 897 f.
75 So auch H/S/W/G/N/*Schlochauer* § 99 Rn. 9; *Bartels*, Versetzungen S. 65 f.; *Miersch*, Rechtsfolgen S. 62 f.; *Müller* S. 58; *Cl. Weber*, Auswirkungen S. 50; *Hurlebaus*, Fehlende Mitbestimmung S. 20; *Oetker* ZfA 1984, 409, 443.
76 *Dietz*, § 66 Rn. 11a ff. m.w.N. zum damaligen Meinungsstand.
77 *von Hoyningen-Huene* DB 1972, 1426, 1429.

rechte sind regelmäßig über die Einigungsstelle durchsetzbar[78] oder können gerichtlich geltend gemacht werden.[79] Für das Anhörungsrecht gilt das nicht. Eine nachträglich erzwungene Anhörung, nachdem der Arbeitgeber über die Kündigung entschieden hat, kann diese Entscheidung nicht gleichsam rückwirkend beeinflussen. § 102 Abs. 1 Satz 1 BetrVG würde im Ergebnis zur bloßen Ordnungsvorschrift degradiert.[80]

b) Kein Umkehrschluß

299 Zu denken ist auch an ein argumentum e contrario: Das Gesetz regelt in § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG einen Ausnahmefall. Umgekehrt könnte man daraus die Regel ableiten, die Verletzung von Beteiligungsrechten führe grundsätzlich nicht zur Unwirksamkeit der betreffenden Maßnahmen.[81]

300 Auch ein solcher Umkehrschluß setzt allerdings eine Vergleichbarkeit der Regelungsbereiche voraus. Wenn der Gesetzgeber einen spezifischen Ausnahmefall gesetzlich regelt, muß sein Schweigen an anderer Stelle nicht „beredt" sein. Es kann auch darauf hindeuten, daß eine ausdrückliche Regelung dort für entbehrlich gehalten wurde. Für § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG heißt das: Nachdem die ausdrückliche Regelung der Unwirksamkeit gerade auf die Schwäche des Anhörungsrechts zurückzuführen ist, spricht sie nicht gegen eine ebenso starke Wirkung der Mitbestimmungsrechte.[82]

c) Kein Analogieschluß

301 Daß § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG nicht analog herangezogen werden kann, um die Unwirksamkeit zu begründen, bedarf danach keiner eingehenden Erläuterung mehr. Angesichts des völlig offenen Wortlauts der Mitbestimmungstatbestände mag man eine Regelungslücke bejahen. Ob diese

78 Etwa nach §§ 87 Abs. 2, 94 Abs. 1 Sätze 2 und 3, 95 Abs. 1 Sätze 2 und 3, 95 Abs. 2 Sätze 2 und 3, 97 Abs. 2 Sätze 2 und 3, 98 Abs. 4, 102 Abs. 6, 112 Abs. 4 BetrVG.

79 Entweder nach § 101 BetrVG oder parallel zu einem Einigungsstellenverfahren bzw. im Anschluß daran, zu dieser Möglichkeit: BAG 6.12.1983 – 1 ABR 43/81 – AP Nr. 7 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung.

80 So auch die Gegenansicht zu § 66 Abs. 1 BetrVG 1952: LAG Freiburg 21.3.1953 – Sa 20/53 – NJW 1953, 999, 1000; *Gross* AuR 1953, 115, 117.

81 So H/S/W/G/N/*Worzalla* § 87 Rn. 85; *Bommermann*, Wirksamkeitsvoraussetzung S. 71; *Schlüter* DB 1972, 92, 96; *Ehrich* NZA 1992, 731, 733; *Cl. Weber*, Auswirkungen S. 51.

82 *Raab* ZfA 1995, 479, 485 f.; *von Hoyningen-Huene* DB 1987, 1426, 1429; *Martens* SAE 1982, 159; *Meyer* BB 1982, 1614, 1615; *Hurlebaus*, Fehlende Mitbestimmung S. 20; *Bartels*, Versetzungen S. 64 f.; *Gimpel*, Fehler S. 75 f.; *Müller*, Änderungskündigung S. 48.

Lücke planwidrig ist,[83] kann dahinstehen, weil es – anders als für das Konsultationsverfahren bei Massenentlassungen[84] – jedenfalls an einer Vergleichbarkeit der Regelungsbereiche fehlt.[85]

Kurz gesagt: § 102 Abs. 1 BetrVG läßt keine Rückschlüsse auf die rechtliche Bewertung der Mitbestimmungsrechte zu.[86]

4. Zustimmung als Wirksamkeitsvoraussetzung, § 103 BetrVG

a) Außerordentliche Kündigung, § 103 Abs. 1 BetrVG

Eine allgemeine Wertung läßt sich auch der Regelung des Zustimmungserfordernisses zur außerordentlichen Kündigung betriebsverfassungsrechtlicher Funktionsträger in § 103 Abs. 1 BetrVG nicht entnehmen. Wer daraus ableiten will, daß eine fehlende Zustimmung grundsätzlich wirksamkeitshindernd wirke,[87] übersieht, daß der Begriff der Zustimmung im Privatrecht nicht einheitlich verwendet wird.[88] **302**

Die Unwirksamkeit der Kündigung ergibt sich aus § 15 Abs. 1 Satz 1 KSchG i.V.m. § 134 BGB.[89] Eben um diesen Kündigungsschutz zu gewährleisten, wurde § 15 Abs. 1 Satz 1 KSchG im Zuge der BetrVG-Reform 1972 eingeführt.[90] Diesem speziellen gesetzlichen Verbot[91] außerhalb des BetrVG läßt sich keine allgemeine betriebsverfassungsrechtliche Wertung entnehmen.

Rückschlüsse auf die Folgen eines Verstoßes gegen § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG sind schon deshalb ausgeschlossen, weil nach dieser Norm Realakte der Mitbestimmung unterliegen, während sich die Zustimmung nach § 103 Abs. 1 BetrVG auf die Kündigung als Rechtsgeschäft und nicht etwa **303**

---

83 Dagegen *Ehrich* NZA 1992, 731, 733 f.

84 Dazu oben Rn. 87 ff, insb. Rn. 95.

85 *Miersch*, Rechtsfolgen S. 62; H/S/W/G/N/*Schlochauer* § 99 Rn. 9; GK-BetrVG/*Kraft*/*Raab* § 99 Rn. 124; ähnlich *von Hoyningen-Huene* RdA 1982, 205, 207.

86 *Wiese* FS Adomeit S. 839, 840; so im Ergebnis auch BAG 2.7.1980 – 5 AZR 56/79 – AP Nr. 5 zu § 101 BetrVG 1972 [II.4.a].

87 So *Raab* ZfA 1995, 479, 486; *Martens* SAE 1982, 159.

88 Oben Rn. 272.

89 BAG 22.8.1974 – 2 ABR 17/74 – AP Nr. 1 zu § 103 BetrVG [C.I.1]; BAG 28.4.1994 – 8 AZR 209/93 – AP Nr. 12 zu Art. 20 Einigungsvertrag [I.]; *von Hoyningen-Huene*/Linck, KSchG, § 15 Rn. 102.

90 BT-Drs. VI/1786 S. 53 und S. 59.

91 Vgl. BAG 4.3.2004 – 2 AZR 147/03 – AP Nr. 50 zu § 103 BetrVG [B.I]: § 103 BetrVG i.V.m. § 15 KSchG enthält eine „eigenständige und abschließende Regelung".

auf die Beendigung des Arbeitsverhältnisses als Realakt bezieht.[92] Einen spezifisch-betriebsverfassungsrechtlichen Zustimmungsbegriff im Sinne eines Wirksamkeitshindernisses gibt es also nicht.

b) Versetzung, § 103 Abs. 3 Satz 1 BetrVG

[1] Unwirksamkeit

304 Demgegenüber knüpft die Zustimmungspflicht beim Versetzungsschutz für Funktionsträger nach § 103 Abs. 3 Satz 1 BetrVG an denselben Umstand an wie nach § 99 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG. Der Versetzungsbegriff ist in § 95 Abs. 3 Satz 1 BetrVG legaldefiniert und bezieht sich nach h.M. in beiden Fällen auf die Zuweisung eines neuen Arbeitsplatzes als Realakt.[93] Gegen ein unterschiedliches Verständnis der Versetzung in beiden Vorschriften spricht auch, daß § 103 Abs. 3 Satz 1 BetrVG nach überwiegender Ansicht lex specialis zu § 99 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG ist.[94]

305 Unstreitig muß der Arbeitnehmer einer Versetzung keine Folge leisten, wenn der Arbeitgeber sie ohne die nach § 103 Abs. 3 Satz 1 BetrVG erforderliche Zustimmung anordnet.[95] Zumeist wird die mitbestimmungswidrige Versetzung als unwirksam eingestuft,[96] was sich nicht auf den Realakt, sondern nur auf das zugrunde liegende Rechtsgeschäft beziehen kann. Relevant wird das freilich nur bei einer Versetzung kraft Direktionsrechts, weil § 103 Abs. 3 Satz 1 BetrVG für einverständliche Versetzungen nicht gilt und bei Versetzungen mittels Änderungskündigung bereits § 103 Abs. 1 BetrVG greift.

[2] Begründung der Unwirksamkeit

306 Um einen Zirkelschluß zu vermeiden, muß hier freilich außer Acht bleiben, daß das BAG eine Versetzung unter Verstoß gegen § 99 Abs. 1 Satz 1 BGB für unwirksam hält.[97] Die Rechtsfolgen einer Verletzung des § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG sollen schließlich erst geklärt werden.

---

92 H/S/W/G/N/*Schlochauer* § 103 Rn. 18.

93 Fitting § 103 Rn. 65; W/P/K/*Preis* § 103 Rn. 17; *Rieble* NZA Sonderheft 2001, 48, 58; *Kleinebrink* ArbRB 2002, 81, 83; *Laber* ArbRB 2005, 314, 316.

94 GK-BetrVG/*Raab* § 103 Rn. 46; Richardi/*Thüsing* § 103 Rn. 37; Fitting § 103 Rn. 71; *Rieble* NZA Sonderheft 2001, 48, 60; *Laber* ArbRB 2005, 314, 316; *Kleinebrink* ArbRB 2002, 81, 83; a.A. *Franzen* SAE 2001, 269, 272; D/K/K/*Kittner*/*Bachner* § 103 Rn. 74: parallele Anwendung beider Vorschriften.

95 *Richardi*/*Annuß* DB 2001, 41, 45; *Däubler* AuR 2001, 1, 5 f.

96 Nachweise oben Fn. 152 zu Rn. 78.

97 Zum darauf gestützten Erst-Recht-Schluß oben Rn. 78 f.

§ 103 Abs. 3 BetrVG ist die Reaktion des Gesetzgebers darauf, daß das **307**
BAG mit Urteil vom 11.7.2000[98] eine analoge Anwendung von § 103 Abs. 1 BetrVG auf die Versetzung von Betriebsratsmitgliedern ablehnte.[99] Der Regierungsentwurf zum BetrVG 2001 spricht dementsprechend von einer Regelung „in Anlehnung an die Regelungen zur außerordentlichen Kündigung".[100] Das legt den Schluß nahe, daß die – bei § 103 Abs. 1 BetrVG wegen des Zusammenspiels mit § 15 Abs. 1 Satz 1 KSchG unstreitige – Rechtsfolge der individualrechtlichen Unwirksamkeit auch für Versetzungen bzw. für die zugrundeliegenden Weisungen des Arbeitgebers gelten sollten.

Angesichts des systematischen Zusammenhangs – Abs. 1 und Abs. 3 Satz 1 **308**
sind ähnlich formuliert, Abs. 3 verweist sowohl hinsichtlich des geschützten Personenkreises als auch hinsichtlich des Zustimmungsersetzungsverfahrens nach Abs. 2 auf die Regelungen zur außerordentlichen Kündigung – liegt es nahe, daß sich auch die Rechtsfolgen beider Vorschriften entsprechen.

Entscheidendes Argument für die individualrechtliche Unwirksamkeit der **309**
mitbestimmungswidrigen Versetzungsweisung ist allerdings ein teleologisches. Die Vorschrift schützt die Unabhängigkeit der Amtsführung.[101] Die Betriebsratsmitglieder werden zum einen gegen maßregelnde Versetzungen als Konsequenz betriebsverfassungsrechtlicher Streitigkeiten geschützt; zum anderen soll es dem Arbeitgeber verwehrt sein, durch gezielte Versetzung einzelner als renitent empfundener Betriebsratsmitglieder die Interessenvertretung der Belegschaft zu steuern. Versetzungen in einen anderen Betrieb würden im Ergebnis einen Verlust des Betriebsratsamts nach § 24 Nr. 4 BetrVG bedeuten, weil der Betroffene Arbeitnehmer im ursprünglichen Betrieb nach § 8 BetrVG nicht mehr wählbar wäre.[102]

---

98 BAG 11.7.2000 – 1 ABR 39/99 – AP Nr. 44 zu § 103 BetrVG 1972.

99 *Engels/Trebinger/Löhr-Steinhaus* DB 2001, 532, 538; *Rieble* spricht deshalb von einer „lex Siemens", NZA Sonderheft 2001, 48, 58.

100 BT-Drs. 14/5741 S. 51.

101 BT-Drs. 14/5741 S. 50; *Rieble* NZA Sonderheft 2001, 48, 58; *Franzen* SAE 2001, 269, 271; *Engels/Trebinger/Löhr-Steinhaus* DB 2001, 532, 538.

102 Die Wählbarkeit knüpft an die Betriebszugehörigkeit an, welche neben einem Arbeitsverhältnis zum Betriebsinhaber (insoweit a.A.: D/K/K/*Schneider* § 7 Rn. 5; *Boemke* AR-Blattei SD 540 Rn. 15 ff. m.w.N.; so auch noch BAG 28.4.1964 – 1 ABR 1/64 – AP Nr. 3 zu § 4 BetrVG) jedenfalls eine tatsächliche Beziehung zum Betrieb erfordert (BAG 18.1.1989 – 7 ABR 62/87 – AP Nr. 2 zu § 14 AÜG; BAG 29.1.1992 – 7 ABR 27/91 – AP Nr. 1 zu § 7 BetrVG 1972; BAG 13.10.2004 – 7 ABR 6/04 – AP Nr. 71 zu § 5 BetrVG 1972 und ständig; für die h.L. statt aller GK-BetrVG/*Kreutz* § 7 Rn. 18 m.w.N.). Sobald der Arbeitnehmer

Dieser Schutz läßt sich nur verwirklichen, wenn die Verletzung des kollektivrechtlichen Beteiligungsrechts auf die individualrechtliche Ebene durchschlägt. Wenn erst der Betriebsrat analog § 101 BetrVG[103] gegen den Arbeitgeber vorgehen müßte, könnte dieser in der Zwischenzeit Fakten schaffen, indem er die betriebsverfassungswidrige Versetzung durchsetzt und damit den Amtsverlust des Betroffenen herbeiführt.

310 Auf andere Mitbestimmungsrechte läßt sich diese Wertung nicht übertragen, schon weil diese in der Regel nicht auf die Amtsträgereigenschaft abstellen. Ein systematisches Argument für oder gegen die Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung läßt sich auf diesem Wege also nicht gewinnen.

5. § 115 Abs. 7 Nr. 4 Satz 1 BetrVG

311 Wenig aussagekräftig ist die Regelung des § 115 Abs. 7 Nr. 4 Satz 1 BetrVG, die *Konzen* zur Begründung der Unwirksamkeit heranzieht.[104] Die Vorschrift ermöglicht dem Schiffskapitän in dringenden mitbestimmungsbedürftigen Fällen vorläufige Maßnahmen ohne Beteiligung der Bordvertretung. Daraus läßt sich zwar im Umkehrschluß folgern, daß der Arbeitgeber sonst nicht über eine vorläufige Regelungskompetenz verfügt, über die Rechtsfolgen unzulässiger (vorläufiger) Maßnahmen ist damit jedoch nichts gesagt. Keineswegs ist die Ausnahmeregelung zugunsten des Schiffskapitäns nur vor dem Hintergrund einer generellen Unwirksamkeit mitbestimmungswidriger Maßnahmen plausibel.[105] Die Verletzung darf nur nicht folgenlos bleiben. Ob diese Rechtsfolgen aber gerade auf individualrechtlicher Ebene eintreten sollen, läßt sich der Vorschrift nicht entnehmen.

6. § 69 Abs. 1 BPersVG

312 Auch ein Blick über die Grenzen der Betriebsverfassung hinaus ins Personalvertretungsrecht, welches die betriebliche Mitbestimmung im Bereich des öffentlichen Dienstes regelt, hilft nicht weiter. Dabei fällt auf, daß dort mit § 69 Abs. 1 BPersVG eine allgemeine Rechtsfolgenbestimmung für alle Fälle der Mitbestimmung des Personalrats existiert. Auf den Wortlaut dieser Vorschrift („kann sie nur mit seiner Zustimmung

---

im neuen Betrieb beschäftigt wird, verliert er diese tatsächliche Verbindung zu seinem alten Betrieb und damit auch sein dortiges Betriebsratsamt.

103 Dazu LAG Berlin 22.12.2004 – 9 TaBV 2175/04 – juris [II.1.a]; *Rudolph* AiB 2006, 517 f.; Fitting § 103 Rn. 71b; H/L/S/*Gerhard* § 103 Rn. 36.

104 *Konzen* NZA 1995, 865, 869.

105 So aber *Konzen* NZA 1995, 865, 869.

getroffen werden") stützt sich die h.M., die auch im Personalvertretungsrecht der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung folgt.[106]

Erkenntnisse für das Betriebsverfassungsrecht ergeben sich daraus nicht.[107] Das BPersVG ist dem BetrVG zwar in Teilen nachgebildet,[108] gerade im Bereich der Mitbestimmung weicht es aber sowohl in der Systematik als auch im Wortlaut erheblich von seinem Vorbild ab. Auslegungsergebnisse sind nicht ohne weiteres auf das jeweils andere Gesetz übertragbar,[109] da beide Bereiche rechtlich selbständig sind und unabhängig nebeneinander stehen.[110] Zudem sind individualrechtliche Folgen der Verletzung von Mitbestimmungsrechten auch im BPersVG nicht ausdrücklich geregelt.[111] Deshalb ist auch im Personalvertretungsrecht die Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung nicht unumstritten.[112] **313**

7. Fazit

Soweit das Gesetz die Rechtsfolgen mitbestimmungswidrigen Verhaltens des Arbeitgebers ausdrücklich regelt, läßt sich diesen Regelungen keine allgemeine Wertung für oder gegen ein „Durchschlagen" des Verstoßes auf die individualrechtliche Ebene entnehmen. **314**

III. Sperrwirkung nicht ausgeübter Regelungsmacht

Dennoch fügt sich die negative normative Wirkung der Mitbestimmungsrechte nicht in das Verhältnis ein, in dem kollektives und individuelles Arbeitsrecht im übrigen stehen. **315**

106 BAG 14.7.1965 – 4 AZR 358/64 – AP Nr. 5 zu § 1 TVG Tarifverträge – BAVAV; BAG 6.8.1991 – 1 AZR 573/90 – ZTR 1992, 128; BAG 27.9.2000 – 7 AZR 412/99 – AP Nr. 1 zu § 61 LPVG Brandenburg; ebenso die ganz h.L., etwa Lorenzen/*Gerhold* § 69 Rn. 144; R/D/W/*Chr. Weber* § 69 Rn. 121; Altvater § 69 Rn. 61 ff. jeweils m.w.N.

107 Ebenso *Hurlebaus*, Fehlende Mitbestimmung S. 22; *Gimpel*, Fehler S. 77.

108 *Alberty*, Fehlende Zustimmung S. 11 f.; zur Entstehungsgeschichte im einzelnen Lorenzen/*Schlatmann* Einl. Rn. 7 ff.

109 So schon BVerwG 2.5.1957 – II C 02.56 – AP Nr. 1 zu § 76 Personalvertretungsgesetz; zum Auslegungsmaßstab für das BPersVG Lorenzen/*Faber* § 1 Rn. 34.

110 *Alberty*, Fehlende Zustimmung S. 12.

111 So auch Altvater § 69 Rn. 61.

112 Kritisch etwa *Alberty*, Fehlende Zustimmung S. 103; vgl. auch *Schlüter* DB 1972, 92, 96.

1. Stärkere Wirkung als Tarifmacht

316 Das zeigt zum einen ein Blick auf das Tarifrecht. Daß das kollektive Arbeitsrecht wegen seiner im Grundsatz unstreitigen arbeitnehmerschützenden Tendenz[113] auch die Privatautonomie des Arbeitnehmers beschränken muß[114], versteht sich von selbst. Kollektivverträge können ihren Schutz nur entfalten, wenn sie einen Mindeststandard zwingend regeln; andernfalls würde ein Machtungleichgewicht auf individualvertraglicher Ebene ungehindert wirken. Entsprechend emsig bemühte sich die Rechtswissenschaft um eine dogmatisch haltbare Begründung der zwingenden Wirkung von Tarifverträgen,[115] bevor diese in der Verordnung über Tarifverträge, Arbeits- und Angestelltenausschüsse und Schlichtung von Arbeitsstreitigkeiten von 1918 festgeschrieben wurde. In dieser Tradition steht der heutige § 4 Abs. 1 Satz 1 TVG. Ausnahmen ohne den Willen der Tarifvertragsparteien läßt § 4 Abs. 3 TVG nur im Rahmen des Günstigkeitsprinzips zu. Die Tarifverträge sichern Mindestarbeitsbedingungen. Solange eine Frage tariflich nicht geregelt ist, gilt hingegen das im Arbeitsvertrag Vereinbarte.

317 Die negative normative Wirkung der Mitbestimmungsrechte nach der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung geht darüber hinaus. Einzelvertragliche Regelungen werden nicht nur durch eine Einigung der Betriebspartner verdrängt, sondern schon im Vorfeld ausgeschlossen. Die Mitbestimmung wird so zur ausschließlichen Zuständigkeit der Betriebspartner, die Arbeitnehmer werden insoweit entmündigt.[116]

318 Damit werden die Verhältnisse auf den Kopf gestellt. Die Tarifautonomie der Gewerkschaft leitet sich aus der Privatautonomie der Arbeitnehmer ab[117] – unabhängig davon, ob man mit der h.M. Art. 9 Abs. 3 GG als „Doppelgrundrecht“ versteht.[118] Die Gewerkschaftsmitglieder haben sich durch ihren Beitritt freiwillig „in deren Hände begeben“; eine Allgemeinverbindlicherklärung ersetzt kraft Gesetzes diese Mitgliedschaft als Grundlage der Bindung.[119]

---

113 Dazu statt aller *Gamillscheg*, KollArbR I S. 3 ff. m.w.N.

114 Mit Recht zur Begrenzung solcher Eingriffe mahnend *Junker* NZA 1997, 1305, 1311 ff.

115 So etwa *Sinzheimer*, Arbeitstarifgesetz S. 101 ff.

116 *Dietz* RdA 1962, 390, 394; *Richardi* Kollektivgewalt S. 291; *ders.*, Festgabe Lübtow S. 755, 779; *ders.*, § 87 Rn. 108, 113; *Schlüter* DB 1972, 139, 141; *Hammer*, Selbstbestimmungsfreiheit S. 47.

117 *Junker* ZfA 1996, 383, 392; *Picker* NZA 2002, 761, 764 m.w.N.

118 Ausführlich dazu *Wiese* ZfA 2008, 317 ff. m.w.N. zum Meinungsstand.

119 *Junker* NZA 1997, 1305, 1307.

Wenn aber die privatautonom begründete Regelungsmacht der Tarifparteien individualrechtliche Regelungen nur verhindert, soweit eine Kollektivvereinbarung reicht, warum gilt das nicht auch für die Rechtsmacht der Betriebspartner im Rahmen der Mitbestimmung, die nicht privatautonom legitimiert ist und als gesetzlicher Eingriff in die Privatautonomie dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit genügen muß?[120]

Das Rangverhältnis von Betriebsvereinbarung und Arbeitsvertrag nach der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung erinnert an die gesetzliche Regelung des § 77 Abs. 3 BetrVG zu Konflikten zwischen Betriebsvereinbarung und Tarifvertrag: Danach steht schon die Tarifüblichkeit einer betrieblichen Regelung entgegen.[121] Diese strikte Abgrenzung der Normsetzungsbefugnisse dient in erster Linie dem Schutz der Gewerkschaften vor einer Konkurrenz durch den Betriebsrat und damit mittelbar der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie.[122] **319**

Auf das Verhältnis zwischen Betriebsrat und Arbeitnehmer läßt sich dieser Gedanke nicht übertragen. Hier geht es nicht um die Koordination kollektiver Interessenwahrnehmung auf verschiedenen Ebenen, sondern um das Verhältnis von Kollektiv- und Individualarbeitsrecht, um das Verhältnis von Fremd- und Selbstbestimmung. Als staatlich geschaffene Institution mit gesetzlich abschließend umrissenen Aufgaben kann sich der Betriebsrat anders als die Gewerkschaften nicht auf die Koalitionsfreiheit berufen.[123] Insofern sind zumindest Zweifel angebracht, ob der Gesetzgeber die Vertragsfreiheit im Betriebsverfassungsrecht so drastisch beschneiden wollte, während er sie im Tarifvertragsrecht so weit wie möglich gewahrt hat.[124]

2. Stärkere Wirkung als ausgeübte Mitbestimmung

Immerhin läßt sich daran denken, die unterschiedliche Wirkung von Tarif- und Betriebsautonomie mit spezifisch betriebsverfassungsrecht- **320**

120 Oben Rn. 29 ff. und 266 ff.

121 Zum Verhältnis der §§ 77 Abs. 3 und 87 Abs. 1 BetrVG ausführlich *Fischer*, Betriebsvereinbarungen S. 159 ff.; GK-BetrVG/*Wiese* § 87 Rn. 47 ff. m.w.N. zum Meinungsstand.

122 St. Rspr., etwa BAG 12.12.2006 – 1 AZR 96/06 – AP Nr. 94 zu § 77 BetrVG 1972 [A.I.1]; BAG 21.1.2003 – 1 ABR 9/02 – AP Nr. 1 zu § 21a BetrVG 1972 [B.II.2.c.aa]; ebenso die ganz h.L., statt aller H/S/W/G/N/*Worzalla* § 77 Rn. 100 f. m.w.N.

123 BVerfG 26.5.1970 – 2 BvR 311/67 – AP Nr. 18 zu Art. 9 GG [II.2.a]; BVerfG 27.3.1979 – 2 BvR 1011/78 – AP Nr. 31 zu Art. 9 GG [III.1] (jeweils zum Personalrat); GK-BetrVG/*Wiese* Einl. Rn. 69.

124 *Schlüter* DB 1972, 139, 141.

lichen Konflikten innerhalb der Belegschaft zu begründen.[125] Schwerer wiegt daher der Widerspruch, den die Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung innerhalb des Betriebsverfassungsrechts verursacht: Die negative normative Wirkung der Mitbestimmungsrechte geht weiter als die (positive) normative Wirkung der Betriebsvereinbarung. Während Rechtsgeschäfte ohne Beteiligung des Betriebsrats in Angelegenheiten der notwendigen Mitbestimmung unwirksam sein sollen, verdrängt eine Betriebsvereinbarung entgegenstehende Individualvereinbarungen lediglich.[126] Die nicht ausgeübte Mitbestimmung wirkt stärker als die ausgeübte.[127]

> So kann der Arbeitgeber einem Arbeitnehmer im Arbeitsvertrag das Recht garantieren, an seinem Arbeitsplatz Radio zu hören. Zieht der Arbeitnehmer aber von einem Einzelbüro in ein Großraumbüro, kann der Betriebsrat nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG unter Umständen ein Verbot des Radiohörens erzwingen. Eine solche Betriebsvereinbarung suspendiert die einzelvertragliche Zusage des Arbeitgebers. Diese lebt aber wieder auf, wenn der Arbeitnehmer zurück in ein Einzelbüro zieht.
> Gilt die Zusage hingegen einem Arbeitnehmer, der bereits im Großraumbüro arbeitet (ohne daß eine Betriebsvereinbarung diese Frage regelte), unterliegt sie der Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG[128] und ist nach h.M. unwirksam. Bei einem anschließenden Umzug in ein Einzelbüro könnte sie demnach nicht wirksam werden.

Rechtfertigen läßt sich dieser Systemwiderspruch nicht. Wenn die Betriebsvereinbarung die arbeitsvertragliche Grundlage unberührt läßt, muß das erst recht für eine Untätigkeit der Betriebspartner gelten. Die Mitbestimmung kann auf das Arbeitsverhältnis nur einwirken, indem sie den Arbeitsvertrag überlagert.

3. Insbesondere: Teilzeitanspruch

321 Besonders deutlich wird dieser Systemwiderspruch in der Rechtsprechung des BAG zum Teilzeitanspruch nach § 8 TzBfG.

a) Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats

§ 8 Abs. 1 TzBfG gewährt dem Arbeitnehmer einen Anspruch darauf, die vereinbarte Arbeitszeit zu reduzieren. Nach § 8 Abs. 4 Satz 1 TzBfG muß der Arbeitgeber der Verringerung zustimmen und die Arbeitszeit nach den

125 Dazu oben Rn. 25.
126 Dazu oben Rn. 40.
127 Kritisch daher *Richardi* § 87 Rn. 123; in diese Richtung auch *Rieble/Klumpp/Gistel*, Rechtsmißbrauch Rn. 93 f.
128 GK-BetrVG/*Wiese* § 87 Rn. 218.

Wünschen des Arbeitnehmers verteilen,[129] wenn keine betrieblichen Gründe entgegenstehen. Dabei geht der Gesetzgeber ausweislich der Beschlußempfehlung des Ausschusses für Arbeit und Sozialordnung[130] vom 15.11.2000 davon aus, daß die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats zu beachten sind – die Mitbestimmung ist also nicht etwa von vornherein ausgeschlossen.[131]

Die reine Verringerung der Arbeitszeit ist mitbestimmungsfrei. Sie läßt **322**
sich nicht als Einstellung oder Versetzung i.S.d. §§ 95 Abs. 3 Satz 1, 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG sehen[132] und fällt auch nicht unter § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG, weil die Arbeitszeit dauerhaft reduziert werden soll.[133]

Auch die Verteilung der neuen Arbeitszeit ist keine personelle Einzelmaß- **323**
nahme i.S.d. § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG,[134] sie unterliegt aber der Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG. Dieser Mitbestimmungstatbestand erfaßt auch Teilzeitbeschäftigte.[135] § 8 TzBfG enthält keine abschließende gesetzliche Regelung, die eine Mitbestimmung nach dem Eingangssatz des § 87 Abs. 1 BetrVG ausschlösse.[136] § 8 Abs. 3 Satz 2 TzBfG überläßt die konkrete Verteilung der Arbeitszeit den Arbeitsvertrags-

129 *Rieble*/*Gutzeit* (NZA 2002, 7, 9) wollen unter „Verteilung" nur die Festlegung der Arbeitstage, nicht aber die Lage der Arbeitszeit an diesen Tagen fassen. Dagegen spricht, daß der Gesetzgeber in § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG konkret von der Verteilung *auf die einzelnen Wochentage* spricht – daraus folgt umgekehrt, daß der Begriff „Verteilung" für sich in einem weiteren Sinne zu verstehen ist. Ablehnend auch *Boewer*, TzBfG § 8 Rn. 351.

130 BT-Drs. 14/4625 S. 20.

131 Insoweit einhellige Meinung, etwa LAG Hamm 15.1.2003 – 2 Sa 1393/02 – LAGReport 2003, 196 [III.4.b.aa]; *Laux*/Schlachter, TzBfG, § 8 Rn. 201; *Rieble*/*Gutzeit* NZA 2002, 7, 8; *Schüren* AuR 2001, 321, 323 ff.

132 LAG Hamm 10.10.2003 – 10 TaBV 104/03 – NZA-RR 2004, 136; insoweit bestätigt durch BAG 23.1.2005 – 1 ABR 59/03 – AP Nr. 114 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit; *Laux*/Schlachter, TzBfG, § 8 Rn. 209 f.; *Richardi* § 87 Rn. 299; A/T/*Mengel* § 8 Rn. 271 m.w.N.; a.A. *Schüren* AuR 2001, 321, 325, der eine Einstellung bejaht.

133 *Lüders*, Teilzeitarbeit S. 62; *Schell*, Teilzeitarbeit S. 138; A/T/*Mengel* § 8 Rn. 269; *Rieble*/*Gutzeit* NZA 2002, 7, 8.

134 A/T/*Mengel* § 8 Rn. 273; *Sievers* § 8 Rn. 186.

135 *Rieble*/*Gutzeit* NZA 2002, 7, 9; für § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG BAG 16.7.1991 – 1 ABR 69/90 – AP Nr. 44 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit.

136 BAG 18.2.2003 – 9 AZR 164/02 – AP Nr. 2 zu § 8 TzBfG [B.IV.2.a]; BAG 16.3.2004 – 9 AZR 323/03 – AP Nr. 10 zu § 8 TzBfG [B.II.5.b]; BAG 24.6.2008 – 9 AZR 313/07 – EzA § 8 TzBfG Nr. 21 [A.II.2.d.bb.(2).(a)]; *Lüders*, Teilzeitarbeit S. 58 f.; *Schell*, Teilzeitarbeit S. 138 ff.; *Lorenz*, Arbeitszeit S. 288; *Sievers* § 8 Rn. 179; *Laux*/Schlachter, TzBfG, § 8 Rn. 202; im Ergebnis auch *Gehring*, Teilzeitarbeit S. 154 f.; *Klebeck* SAE 2004, 98, 101; a.A. A/T/*Mengel* § 8 Rn. 274; *Boewer*, TzBfG § 8 Rn. 349; *Schiefer* FA 2001, 258, 259.

parteien. Der Regelungsspielraum des Arbeitgebers ist also nicht durch das Gesetz auf Null reduziert, so daß innerhalb der gesetzlichen Grenzen der Betriebsrat für den Arbeitnehmerschutz sorgen kann und soll.[137] Ein kollektiver Tatbestand[138] wird regelmäßig vorliegen,[139] wenn die Arbeitszeitregelungen im Betrieb aufeinander abgestimmt sind.

b) Betriebsvereinbarungen über die Arbeitszeit

324 Das Nebeneinander von Individual- und Kollektivrecht führt zu Problemen, wenn sich der Verteilungswunsch des Arbeitnehmers nach § 8 Abs. 2 Satz 2 TzBfG mit einer mitbestimmten Arbeitszeitregelung nicht vereinbaren läßt. Dabei gilt es zu bedenken, daß eine mitbestimmte Arbeitszeitregelung den Verteilungswunsch des Arbeitnehmers nicht stärker beschränken kann als im betriebsratslosen Betrieb eine vom Arbeitgeber allein aufgestellte Regelung.[140] Das ergibt sich aus der Erwägung, daß die Mitbestimmungsrechte dem Betriebsrat nur einen Teil der Regelungsmacht übertragen, die sonst allein dem Arbeitgeber zukäme.[141]

325 Nach § 8 Abs. 4 Satz 1 TzBfG steht dem Arbeitnehmer ein Anspruch auf wunschgemäße Verteilung seiner (reduzierten) Arbeitszeit zu, soweit nicht betriebliche Gründe entgegenstehen. Damit ist der Rahmen abgesteckt, in dem sich betriebliche Arbeitszeitregelungen auf den Anspruch auswirken können. Welcher Maßstab für die Bewertung der betrieblichen Gründe gilt, ist in der Literatur nach wie vor heiß umstritten.[142] Maßgeblich ist nach der Rechtsprechung des BAG eine dreistufige Prüfung:[143] Auf der

137 BAG 16.12.2008 – 9 AZR 893/07 – AP Nr. 27 zu § 8 TzBfG [A.III.4.b]; ausführlich *Rieble*/*Gutzeit* NZA 2002, 7, 9 f.; *Schell*, Teilzeitarbeit S. 138 ff.

138 Dazu ausführlich *Raab* ZfA 2001, 31 ff.

139 So *Rieble*, Arbeitsmarkt und Wettbewerb Rn. 1427; *ders.*/*Gutzeit* NZA 2002, 7, 11 f.; *Klebeck* SAE 2004, 98, 101; *Richardi*/*Annuß* BB 2000, 2201, 2203; *Grobys*/*Bram* NZA 2001, 1175, 1179; einschränkend (Frage des Einzelfalls) BAG 16.3.2004 – 9 AZR 323/03 – A Nr. 10 zu § 8 TzBfG [B.II.5.c.cc]; *Lüders*, Teilzeitarbeit S. 59 ff.; *Schell*, Teilzeitarbeit S. 158; *Lorenz*, Arbeitszeit S. 288 f.; *Laux*/Schlachter, TzBfG, § 8 Rn. 203; a.A. *Gehring*, Teilzeitarbeit S. 13 f.; A/T/*Mengel* § 8 Rn. 276; *Rolfs* RdA 2001, 129, 137.

140 Mit Recht bezeichnet *Gehring* (Teilzeitarbeit S. 155) Betriebsvereinbarungen als zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat ausgehandelte unternehmerische Entscheidungen; ähnlich *Preis*/*Gotthardt* DB 2001, 145, 149.

141 Grundlegend *Weitnauer* FS Duden S. 705, 708 f.; *Lobinger* ZfA 2004, 101, 127 f.; *Miersch*, Rechtsfolgen S. 154.

142 Ausführlich zum Meinungsstand *Lüders*, Teilzeitarbeit S. 140 ff.

143 St.Rspr seit BAG 18.2.2003 – 9 AZR 164/02 – AP Nr. 2 zu § 8 TzBfG; BAG – 9 AZR 626/03 – AP Nr. 11 zu § 8 TzBfG [B.III.1]; BAG 24.6.2008 – 9 AZR 313/07 – EzA § 8 TzBfG Nr. 21 [A.II.2.b]; zustimmend *Sievers* § 8 Rn. 65 ff.; *Feldhoff*

ersten Stufe ist festzustellen, ob ein betriebliches Organisationskonzept besteht, welches die Arbeitszeitregelung bedingt; auf der zweiten Stufe steht die Feststellung, inwieweit das Arbeitszeitverlangen mit dieser Regelung unvereinbar ist und ob beide nicht durch zumutbare Maßnahmen in Einklang zu bringen sind; auf der dritten Stufe schließlich ist das Gewicht der entgegenstehenden Gründe zu prüfen, sofern auf der zweiten Stufe keine Lösung gefunden wurde. Im Ergebnis scheitert der Anspruch des Arbeitnehmers auf wunschgemäße Verteilung der reduzierten Arbeitszeit also nicht zwingend an einem Konflikt mit der betrieblichen Arbeitszeitregelung.[144]

Dementsprechend kann auch die normative Wirkung einer Betriebsvereinbarung nach § 77 Abs. 4 Satz 1 BetrVG den Teilzeitanspruch nicht absolut beschränken.[145] Für die individualrechtlichen Voraussetzungen der Teilzeit enthält § 8 TzBfG eine abschließende Regelung, die nicht zur Disposition der Betriebspartner steht.[146] Lediglich im Tarifvertrag könnten nach § 8 Abs. 4 Satz 3 TzBfG die Ablehnungsgründe festgelegt werden. **326**

Immerhin wäre daran zu denken, die Betriebsvereinbarung selbst als betrieblichen Grund i.S.d. § 8 Abs. 4 Satz 1 BetrVG zu verstehen,[147] weil es dem Arbeitgeber nicht zumutbar wäre, seine Pflicht zur Durchführung der Betriebsvereinbarung aus § 77 Abs. 1 Satz 1 BetrVG zu verletzen.[148] Darin läge allerdings ein Zirkelschluß. Wenn das organisatorische Konzept, das

---

ZTR 2006, 58, 65; kritisch *Laux*/Schlachter, TzBfG, § 8 Rn. 120 ff.; A/T/*Mengel* § 8 Rn. 138; M/H/H/*Heyn* § 8 Rn. 51; ErfK/*Preis* § 8 TzBfG § 8 Rn. 26; *Thüsing* ZfA 2004, 67, 77; *Klebeck* SAE 2004, 98, 99 f.; *Lüders*, Teilzeitarbeit S. 147 ff.

144 BAG 18.2.2003 – 9 AZR 164/02 – AP Nr. 2 zu § 8 TzBfG [B.IV.3.a]; *Laux*/Schlachter, TzBfG, § 8 Rn. 110.

145 So aber LAG Köln 11.11.2005 – 5 Sa 1125/05 – juris [zu 1.]; *H. Hanau* RdA 2005, 301, 305; *Lüders*, Teilzeitarbeit S. 64; *Schell*, Teilzeitarbeit S. 153 f.; *Ülger*, Teilzeitarbeit S. 52 f.; offengelassen von BAG 24.6.2008 – 9 AZR 313/07 – EzA § 8 TzBfG Nr. 21 [A.II.2.d.bb.(2).(e)] und BAG 15.8.2006 – 9 AZR 30/06 – AP Nr. 16 zu § 8 TzBfG [I.3.b].

146 *Hamann* BB Special 6/2005 S. 2, 4 f.

147 *Gehring*, Teilzeitanspruch S. 155; A/T/*Mengel* § 8 Rn. 275; *Boewer*, TzBfG § 8 Rn. 206; TZA/*Buschmann* § 8 TzBfG Rn. 36; MüKoBGB/*Müller-Glöge* § 8 TzBfG Rn. 36; *Preis*/*Gotthardt* DB 2001, 145, 149; *Buschmann* AuR 2002, 191, 192.

148 So BAG 16.3.2004 – 9 AZR 323/03 – AP Nr. 10 zu § 8 TzBfG [B.II.5.b]; BAG 16.12.2008 – 9 AZR 893/07 – AP Nr. 27 zu § 8 TzBfG [A.III.4.e.aa.(2)(b)(bb)] für eine Regelungsabrede; LAG Schleswig-Holstein 1.3.2007 – 4 SaGa 1/07 – juris [II.1.c.aa]; LAG Rheinland-Pfalz 23.2.2006 – 11 Sa 400/05 – juris [B.II.4.c]; *Lorenz* NZA-RR 2006, 281, 287.

hinter der betrieblichen Einigung steht, den Teilzeitanspruch des Arbeitnehmers nicht hindern kann, verletzt die Erfüllung dieses Anspruchs auch nicht die Vereinbarung mit dem Betriebsrat. Die nach § 22 Abs. 1 TzBfG zwingende gesetzliche Regelung hat insoweit Vorrang vor der Betriebsautonomie.[149] Das übersieht auch das BAG, wenn es einerseits ausführt, eine Regelungsabrede zur Arbeitszeit spiegle das betriebliche Organisationskonzept wider, dann aber annimmt, aufgrund dieser Vereinbarung sei es dem Arbeitgeber generell verwehrt, einem entgegenstehenden Verteilungswunsch des Arbeitnehmers zuzustimmen.[150]

c) Kein Vorrang der Mitbestimmung

327 Weil die individualrechtliche Regelung das Mitbestimmungsrecht nicht verdrängt, bedarf die Verteilung der Arbeitszeit dennoch der Zustimmung des Betriebsrats.

[1] Unwirksamkeit nach der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung

328 Nach der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung wäre demnach jede Verteilungsregelung unwirksam, die der Betriebsrat nicht im Voraus abstrakt durch Betriebsvereinbarung oder durch Zustimmung im konkreten Fall gebilligt hätte.[151] Die ohnehin zweifelhafte[152] Beschränkung der Unwirksamkeit auf Maßnahmen zum Nachteil der Arbeitnehmer könnte hier nicht greifen,[153] wie folgendes Beispiel zeigt:

> Das Presseunternehmen X gibt einen täglichen Newsletter heraus, für den die Arbeitnehmer A und B verantwortlich sind. A stellt täglich von 7 bis 13 Uhr die Beiträge zusammen, B sorgt von 13 bis 19 Uhr für die Formatierung und den Versand des Newsletters. A macht nun seinen Teilzeitanspruch geltend und sagt dem Arbeitgeber zu, das bisherige Arbeitspensum in vier statt sechs Stunden täglich zu bewältigen, allerdings kann er erst um 10 Uhr täglich beginnen, weil er erst ab dann eine Kinderbetreuung für seinen Sohn gefunden hat. Die Absprache wäre nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG mitbestimmungsbedürftig, weil sie sich zwangsläufig auf die Arbeitszeit des B auswirkt, der nun erst um 14 Uhr mit seiner Arbeit beginnen kann. Hält man die mitbestimmungswidrige Verteilung der Arbeitszeit des A für wirksam, weil sie auf dessen Wunsch erfolgte, würde die Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung ins Leere

149 *Hamann* BB Special 6/2005 S. 2, 4 f.

150 BAG 16.12.2008 – 9 AZR 893/07 – AP Nr. 27 zu § 8 TzBfG [A.III.4.e.bb.(3)]; BAG 18.8.2009 – 9 AZR 517/08 – juris [A.II.6.b.cc.(1)].

151 So *H. Hanau* RdA 2005, 301, 305; *Rieble*/*Gutzeit* NZA 2002, 7, 12 f.

152 Zur Kritik bereits oben Rn. 181 ff.

153 So aber *Lorenz*, Arbeitszeit S. 291 f.; *Grobys*/*Bram* NZA 2001, 1175, 1179; *Sievers* § 8 Rn. 184; wie hier dagegen *Wank* EWiR 2003, 433, 434; *Lüders*, Teilzeitarbeit S. 63; *Ülger*, Teilzeitarbeit S. 52.

laufen. Bei der Anpassung der Arbeitszeit des B könnte sich der Arbeitgeber darauf berufen, es handle sich um eine mitbestimmungsfreie Individualmaßnahme, weil sich ihre Wirkungen auf das konkrete Arbeitsverhältnis beschränkten. Die Mitbestimmung würde also zum Nachteil des B ausgehebelt.

Gerade der kollektive Bezug einer Arbeitszeitregelung hindert eine einseitige Bewertung der Maßnahme als günstig, wenn zugleich ein anderer Arbeitnehmer die Nachteile tragen muß.[154]

Das BAG hat bislang offengelassen, wie eine nicht mitbestimmte Ver- **329**
teilung der Arbeitszeit nach § 8 Abs. 4 Satz 1 TzBfG zu behandeln ist. Der neunte Senat scheint allerdings eine Umgehung der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung vorzubereiten, indem er ausführt, erst die tatsächliche Beschäftigung unterliege der Mitbestimmung, weil der Abschluß des Änderungsvertrags „keine Änderung der betriebsüblichen Arbeitszeit i.S.v. § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG" darstelle.[155] Das widerspricht nicht nur der bisherigen Rechtsprechung, nach der die Mitbestimmung Wirksamkeitsvoraussetzung für die Festlegung der Arbeitszeit ist,[156] es geht auch am Gesetz vorbei, das in § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG gar nicht von *betriebsüblicher* Arbeitszeit spricht. Arbeitszeit i.S.d. § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG ist die Zeit, zu welcher der Arbeitnehmer seine vertraglich geschuldete Arbeitsleistung tatsächlich erbringen *soll*.[157] Es geht also um den Zeitraum, in dem der Arbeitgeber die Arbeitsleistung verlangen und der Arbeitnehmer sie ihm in Annahmeverzug begründender Weise anbieten kann,[158] nicht aber darum, wann tatsächlich gearbeitet wird. Mit anderen Worten: Die Mitbestimmung bezieht sich auf die Vereinbarung des Anspruchsinhalts, nicht auf die tatsächlichen Modalitäten seiner Erfüllung. Deshalb muß ein Verstoß gegen § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG nach der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung zur Unwirksamkeit der Arbeitszeitverteilung führen.

[2] Machtposition des Betriebsrats

Darin läge ein Vorrang der Mitbestimmung. Die betrieblichen Belange **330**
i.S.d. § 8 Abs. 4 TzBfG wären im Ergebnis nicht gerichtlich überprüfbar,

154 *H. Hanau* RdA 2005, 301, 305; *Rieble/Gutzeit* NZA 2002, 7, 12 f.

155 BAG 16.12.2008 – 9 AZR 893/07 – AP Nr. 27 zu § 8 TzBfG [A.III.4.c.aa]; BAG 18.8.2009 – 9 AZR 517/08 – juris [A.II.6.b.bb.(2)].

156 BAG 5.7.1976 – 5 AZR 264/75 – AP Nr. 10 zu § 12 AZO [II.2.a]; LAG Frankfurt 27.11.1986 – 9 Sa 822/86 – LAGE § 87 BetrVG 1972 Nr. 5; GK-BetrVG/*Wiese* § 87 Rn. 353.

157 BAG 14.11.2006 – 1 ABR 5/06 – AP Nr. 121 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit [I.2.b.aa.(2)].

158 BAG 14.11.2006 – 1 ABR 5/06 – AP Nr. 121 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit [I.2.b.aa.(2)].

sondern stünden im Ermessen des Betriebsrats.[159] Selbst wenn sich das Teilzeitbegehren des Arbeitnehmers in die betriebliche Arbeitszeitregelung integrieren ließe, könnte der Betriebsrat die Verteilung durch sein Nein verhindern. Die Drei-Stufen-Prüfung des BAG wäre insoweit bedeutungslos.

Auch hier würde also die nicht ausgeübte Regelungsmacht des Betriebsrats stärker wirken als die ausgeübte: Während eine mitbestimmte Arbeitszeitregelung als betrieblicher Belang überwunden werden könnte, wäre ein schlichtes Nein des Betriebsrats individualrechtlich unumstößlich.

Auf diese Weise hätte der Betriebsrat es in der Hand, Teilzeitarbeit im Betrieb zu verhindern, obwohl sich seine Mitbestimmung gerade nicht auf die Dauer der Arbeitszeit bezieht. Der Teilzeitanspruch des Arbeitnehmers stünde insgesamt zur Disposition. § 8 TzBfG regelt einen einheitlichen Anspruch[160] – scheitert die Verteilung der reduzierten Arbeitszeit, so scheitert zwangsläufig die Reduzierung selbst. Anders als bei der Kürzung übertariflicher Zulagen[161] ist hier keine vorläufige Regelung denkbar, die einer rückwirkenden Korrektur zugänglich wäre.

331 Diese systemwidrige Machtposition des Betriebsrats läßt sich nicht dadurch begrenzen, daß sein Veto unter dem Gesichtspunkt der Disproportionalität unbeachtlich wäre, wenn es nicht durch ein hinreichendes Interesse der Kollegen an einer Beibehaltung des Status Quo gerechtfertigt wäre.[162] Diese Annahme verträgt sich nicht mit dem Verständnis der Mitbestimmung als notwendig gemeinsamer Regelungsmacht der Betriebspartner.[163] Darüber hinaus ist die Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten nicht an Sachgründe gekoppelt.

332 Das gleichwertige Nebeneinander von Teilzeitanspruch (§ 8 TzBfG) und Mitbestimmung (§ 87 Abs. 1 Nr. 2) läßt daher nur Raum für eine kollektivrechtliche „Ahndung“ von Mitbestimmungsverstößen. Jedenfalls im Bereich des Teilzeitanspruchs hat der Gesetzgeber ein Durchschlagen des kollektivrechtlichen Verstoßes auf die individualrechtliche Ebene nicht vorgesehen

159 So auch das LAG Schleswig-Holstein 1.3.2007 – 4 SaGa 1/07 – juris [II.1.c.bb.(2)] für ein Verständnis der fehlenden Zustimmung des Betriebsrats als betrieblichem Belang.

160 *Lüders*, Teilzeitarbeit S. 65; a.A. *Rieble/Gutzeit* NZA 2002, 7, 12 f.; *Ülger*, Teilzeitarbeit S. 53; *Buschmann* AuR 2002, 191, 192.

161 Dazu oben Rn. 197 ff.

162 So aber *H. Hanau*, Individualautonomie S. 139; *ders.* RdA 2005, 301, 305; ihm folgend LAG Schleswig-Holstein 1.3.2007 – 4 SaGa 1/07 – juris [II.1.c.bb.(2)].

163 Dazu oben Rn. 18.

[3] Arbeitszeitverteilung kraft Fiktion, § 8 Abs. 5 Satz 3 TzBfG

Dieses Ergebnis wird durch § 8 Abs. 5 Satz 3 TzBfG bestätigt. Danach gilt die Verteilung der Arbeitszeit entsprechend den Wünschen des Arbeitnehmers als festgelegt, wenn der Arbeitgeber nicht rechtzeitig widerspricht. Auf entgegenstehende betriebliche Gründe kommt es nicht an. Ob sich der Verteilungswunsch des Arbeitnehmers in das arbeitsteilige System im Betrieb einfügt oder nicht, ist für die arbeitsvertragliche Ebene demnach nur relevant, wenn der Arbeitgeber diesen Einwand erhebt.[164] Zwar ersetzt die Fiktion nicht die Mitbestimmung des Betriebsrats, sie zeigt aber, daß ein Verstoß gegen § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG die individualrechtliche Festlegung der Arbeitszeit nicht berührt. **333**

4. Fazit

Mit *Dietz* und *Richardi* ist festzustellen, daß die Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung die arbeitsvertragliche Gestaltungsfreiheit in einem Maße beschränkt, wie sie dem kollektiven Arbeitsrecht im übrigen fremd ist.[165] Der Unterschied zum Tarifvertragsrecht läßt sich noch mit der Ausgleichswirkung der Mitbestimmung rechtfertigen. Daß die ausgeübte Mitbestimmung in Form der Betriebsvereinbarung arbeitsvertragliche Regelungen grundsätzlich nur überlagert, die nicht ausgeübte Mitbestimmung nach der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung hingegen zur Unwirksamkeit individualrechtlicher Abreden führen soll, bedeutet aber einen Systembruch. Im Bereich des Teilzeitanspruchs des Arbeitnehmers nach § 8 TzBfG wird so der unauflösbare Widerspruch verursacht, daß ein mitbestimmtes Arbeitszeitkonzept überwunden werden kann, nicht aber ein schlichtes Nein des Betriebsrats. **334**

F. Teleologische Erwägungen

Es bleibt die Frage, ob der Zweck der gesetzlichen Mitbestimmung trotz aller Systembrüche die Unwirksamkeit eigenmächtiger Maßnahmen des Arbeitgebers verlangt. Vorab sei an die verfassungsrechtlichen Vorgaben[166] erinnert: Weil die Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung die Grundrechte des Arbeitgebers, vor allem aber der Arbeitnehmer, erheblich einschränkt, kann sie nur dann „in das Gesetz hineingelesen" werden, wenn sie geeignet und erforderlich ist, um die Mitbestimmung zu sichern. **335**

164 A/T/*Mengel* § 8 Rn. 112, 121.
165 *Dietz* BB 1959, 1210, 1213; *Richardi* § 87 Rn. 108.
166 Oben Rn. 266 ff.

I. Zwecke der Mitbestimmung

336 In erster Linie werden vier teleologische Erwägungen benannt, die hinter den Mitbestimmungsrechten stehen sollen. Dabei sind nicht nur die einzelnen Zwecke umstritten, sondern auch deren jeweiliges Verhältnis zueinander. Obendrein fehlt eine einheitliche Terminologie. Das BAG hat alle diskutierten Zwecke bereits erwähnt, ohne jedoch eine in sich geschlossene Linie zu finden. Zudem krankt die Diskussion daran, daß bisweilen die Unwirksamkeit als vermeintlich gesetzliche Rechtsfolge unausgesprochen vorausgesetzt und so ihrerseits herangezogen wird, um aus dem Gesetz die Zwecke der Mitbestimmung abzuleiten.[167] Dieser Ansatz führt freilich zu Zirkelschlüssen und ist daher unbrauchbar.

1. Arbeitnehmerschutz

a) Schutzbedürfnis

337 Als anerkannt kann gelten, daß die Mitbestimmung dem Schutz der Arbeitnehmer dient[168] – das wird auch von denjenigen Autoren nicht bestritten, welche die Mitbestimmungsrechte als eigene Rechte des Betriebsrats ansehen.[169]

338 Es bleibt zu klären, wovor das BetrVG die Belegschaft schützen soll. Die allgemeine „strukturelle Unterlegenheit“[170] des Arbeitnehmers kompen-

167 Diesen Eindruck äußert auch *Hurlebaus*, Fehlende Mitbestimmung S. 26.

168 So etwa BAG 13.3.1973 – 1 ABR 16/72 – AP Nr. 1 zu § 87 BetrVG 1972 Werkmietwohnungen [II.B.1]; BAG 17.12.1980 – 5 AZR 570/78 – AP Nr. 4 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung [3.]; BAG 18.4.1989 – 1 ABR 100/87 – AP Nr. 18 zu § 87 BetrVG 1972 Tarifvorrang [B.II.2.a]; BAG 5.6.2007 – 9 AZR 604/06 – AP Nr. 40 zu § 611 BGB Ausbildungsbeihilfe [I.2.b.aa.(1)]; GK-BetrVG/*Kraft*/*Franzen* § 1 Rn. 88; *Wiese* FS Adomeit S. 839, 840; *Rieble*, Arbeitsmarkt und Wettbewerb Rn. 1419; *H. Hanau*, Individualautonomie S. 103; *Hammer*, Selbstbestimmungsfreiheit S. 124; *Veit*, Funktionelle Zuständigkeit S. 302 *Jordan*, Arbeitnehmerinteressen S. 15; *Wittgruber*, Vertragsfreiheit S. 93; *Triemel*, Minderheitenschutz S. 5; *Konzen* NZA 1995, 865, 868; *Franzen* NZA 2008, 250.

169 *Veit*, Funktionelle Zuständigkeit S. 129; *Bayreuther*, Tarifautonomie S. 520 f.; *von Hoyningen-Huene*, BetrVR § 1 Rn. 13.

170 Dazu BVerfG 26.6.1991 – 1 BvR 779/85 – AP Nr. 117 zu Art. 9 GG Arbeitskampf [C.I.3.b.aa]; BVerfG (Kammer) 23.11.2006 – 1 BvR 1909/06 – AP Nr. 22 zu § 307 BGB [II.2.b.aa.(2).(b)]; BAG 16.3.1994 – 5 AZR 339/92 – AP Nr. 18 zu § 611 BGB Ausbildungsbeihilfe [A.I.1.b.dd]; BAG 25.4.2007 – 5 AZR 627/06 – AP Nr. 7 zu § 308 BGB [I.3.c.cc]; ausführlich *Vaupel*, Ungleichgewichtslagen S. 45 ff.; *Raab*, Negatorischer Rechtsschutz S. 25 ff.; kritisch *Kreutz*, Betriebsautonomie S. 165 ff.; *Wittgruber*, Vertragsfreiheit S. 84 ff.; *Junker* NZA 1997, 1305, 1308 ff.; *Zöllner* AcP 176 (1976), 221 ff.

sieren das Individualarbeitsrecht durch die Vorgabe materieller Mindestarbeitsbedingungen sowie das Tarifvertragsrecht, welches ein kollektives Gegengewicht schafft und die Privatautonomie auf kollektiver Ebene verwirklicht. Die Mitbestimmung nach dem BetrVG ist hingegen nicht dazu gedacht, die Schwäche des Arbeitnehmers beim Abschluß des Arbeitsvertrags auszugleichen.[171] Deshalb ist der Betriebsrat nicht dazu berufen, Lohnpolitik zu machen,[172] deshalb unterliegen Individualmaßnahmen nicht der Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 BetrVG,[173] und deshalb steht bereits die Tarifüblichkeit einer Regelung durch Betriebsvereinbarung entgegen, § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG. Die Tarifvertragsparteien werden vor betrieblicher Konkurrenz durch den Betriebsrat geschützt, weil das Aushandeln fairer Arbeitsbedingungen in ihre Kernkompetenz fällt. Die Betriebsvereinbarung ist kein Funktionsäquivalent zum Tarifvertrag.[174] Das kann sie auch nicht sein, weil der Betriebsrat anders als die Gewerkschaften nicht zur Gestaltung der Arbeitsverträge legitimiert ist.[175] Die Betriebsverfassung ist „Staatsveranstaltung" im Sinne *Riebles*.[176]

Anknüpfungspunkt der Mitbestimmung ist der oben[177] dargelegte Grund- **339**
konflikt. Das BetrVG regelt Probleme, die spezifisch aus der Situation des Nebeneinanders einer Vielzahl von Arbeitsverhältnissen im Betrieb entstehen. Für diese Sichtweise spricht auch, daß § 1 Abs. 1 Satz 1 BetrVG an eine bestimmte Betriebsgröße anknüpft. Der Gesetzgeber geht davon aus, daß ab einer Betriebsgröße von fünf Arbeitnehmern das Nebeneinander der Arbeitsverhältnisse ein besonderes Schutzbedürfnis begründet. Dieses Schutzbedürfnis entsteht daraus, daß im Betrieb eine Vielzahl von Arbeitsverhältnissen parallel „abgewickelt" wird. Die Kumulation der Arbeitsverhältnisse bedeutet einen Machtzuwachs des Arbeitgebers, der die Arbeitsorganisation vorgibt und deshalb die Arbeitnehmer gegeneinander ausspielen kann. Das Arbeitsvertragsrecht ist rein bilateral ausgelegt und trägt diesem Umstand keine Rechnung.

Das heißt nicht, daß die Mitbestimmung nur die Koordination der **340**
Arbeitsverhältnisse beträfe, zumal etwa mit der Kündigung konkret vertragsbezogene Maßnahmen der Mitbestimmung unterliegen. Der Betriebs-

171 *Wiese* FS Kissel S. 1269, 1273; *Heinze* NZA 1997, 1, 5; *Veit*, Funktionelle Zuständigkeit S. 304; H/L/S/*Heise/von Steinau-Steinrück* § 87 Rn. 17.

172 Dazu BAG 14.11.1974 – 1 ABR 65/73 – AP § 87 BetrVG 1972 Nr. 1 [II.2]; *Wittgruber*, Vertragsfreiheit S. 167.

173 Dazu statt aller GK-BetrVG/*Wiese* § 87 Rn. 15, 18, 20 m.w.N.

174 *Heinze* NZA 1997, 1, 5; *Rieble*, Arbeitsmarkt und Wettbewerb Rn. 1422; *Bayreuther*, Tarifautonomie S. 519 f.; in diese Richtung auch *Franzen* NZA 2006, Beilage 10 S. 107, 110.

175 Oben Rn. 318 ff.

176 *Rieble*, Arbeitsmarkt und Wettbewerb Rn. 1411 ff.; *ders.* RdA 1996, 151, 152.

177 Rn. 25 ff.

rat wird aber nicht beteiligt, weil der Arbeitnehmer von vornherein der Vertragsmacht seines Vertragspartners unterlegen wäre. Er soll vielmehr die Macht des Arbeitgebers in einem System beschränken, in dem der einzelne Beschäftigte oftmals entbehrlich oder austauschbar ist.[178] Nur insoweit ist die Aussage richtig, das Betriebsverfassungsrecht sei Teil des allgemeinen arbeitsrechtlichen Arbeitnehmerschutzes und sichere seine Privatautonomie gegen die Übermacht des Arbeitgebers.[179]

> So verstärkt das Anhörungsverfahren bei Kündigungen nach § 102 Abs. 1 BetrVG den individualrechtlichen Kündigungsschutz nach dem KSchG. Der Betriebsrat soll aber nicht nur die Machtlosigkeit des einzelnen Arbeitnehmers kompensieren, ihm wird auch Einfluß auf die Zusammensetzung der Belegschaft insgesamt eingeräumt.[180]

b) Schutzwirkung

341 Die Betriebsverfassung geht einen anderen Weg als das Arbeitsvertragsrecht: Das BetrVG gibt nicht materielle Arbeitsbedingungen zwingend vor, sondern verwirklicht einen *formellen* Arbeitnehmerschutz durch Beteiligung der Arbeitnehmerseite an den Organisationsentscheidungen des Arbeitgebers.[181]

342 Daraus ergibt sich eine erhebliche Einschränkung des Arbeitnehmerschutzes in der Betriebsverfassung. Zwar dient die Mitbestimmung grundsätzlich dem Schutz des einzelnen Arbeitnehmers – insbesondere § 75 BetrVG läßt diese Zielrichtung erkennen – doch zugleich kommt dem einzelnen der Schutz nur mittelbar als Teil des Kollektivs zugute.[182] Der Betriebsrat ist auf das Interesse der Gesamtbelegschaft verpflichtet, dieses hat er gegenüber dem Arbeitgeber zu vertreten.[183] Deshalb kann die Mitbestimmung auch nicht im Arbeitsvertrag zugunsten einzelner Arbeit-

178 In diese Richtung auch *Rieble* RdA 1996, 151, 152; *Bayreuther*, Tarifautonomie S. 520.

179 So *Rieble*, Arbeitsmarkt und Wettbewerb Rn. 1412; *Belling*, Haftung S. 116; *Veit*, Funktionelle Zuständigkeit S. 122 f.; ähnlich *Wittgruber*, Vertragsfreiheit S. 102; *Thalhofer*, Beseitigungsanspruch S. 128.

180 BAG 13.7.1978 – 2 AZR 717/76 – AP Nr. 17 zu § 102 BetrVG 1972 [III.2.b]; GK-BetrVG/*Raab* § 102 Rn. 3; MünchArbR/*Matthes* § 267 Rn. 1.

181 *Wiese* ZfA 2000, 117, 120; *ders.* FS Adomeit S. 839, 841; ihm folgend BAG 18.4.1989 – 1 ABR 100/87 – AP Nr. 18 zu § 87 BetrVG 1972 Tarifvorrang [B.II.2.b]; *Wittgruber*, Vertragsfreiheit S. 94 f.; ähnlich *Richardi* Einl. Rn. 139.

182 BAG 24.8.2006 – 8 AZR 414/05 – AP Nr. 3 zu § 276 BGB Vertragsverletzung [II.1.b]; *Wiese* ZfA 2000, 117, 134; *Heinze* NZA 1997, 1, 5; *Gamillscheg*, KollArbR II S. 26 f.; *Raab*, Negatorischer Rechtsschutz S. 35; *Reuter* ZfA 1975, 85, 87; a.A. *Wittgruber*, Vertragsfreiheit S. 94; *Hammer*, Selbstbestimmungsfreiheit S. 124.

183 BAG 3.5.1994 – 1 ABR 24/93 – AP Nr. 23 zu § 23 BetrVG 1972 [B.III.2.c].

nehmer erweitert werden.[184] Das Kollektivinteresse ist letztlich fiktiv, weil die Divergenz der Einzelinteressen ausgeblendet wird. Der Betriebsrat muß, bevor er überhaupt tätig werden kann, definieren, für welche Belange er eintreten will.[185] Die Mitbestimmung kann deshalb für den einzelnen Arbeitnehmer auch ungünstig sein.

> Man muß dazu nicht erst die zweifelhafte[186] Rechtsprechung des BAG zum kollektiven Günstigkeitsprinzip[187] bemühen. So verhandelt der Betriebsrat im Rahmen der Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG nicht für jeden Arbeitnehmer dessen Wunscharbeitszeit, sondern eine kollektive, Regelung, bei der Individualinteressen unter Umständen zurückstehen müssen.

Mit reinem Individualschutz läßt sich das nicht begründen. Dasselbe gilt für die Beschränkung der Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten auf kollektive Tatbestände.[188] Wenn die Beteiligung des Betriebsrats wirklich jedem einzelnen Arbeitnehmers zu Gute kommen sollte, so wäre es unverständlich, warum der Schutz bei echten Individualverträgen entfällt.

Das Kollektivinteresse ist nicht die Summe der (unter Umständen gegen- **343**
läufigen) Individualinteressen, sondern das Ergebnis einer Abwägung des Betriebsrats und damit ein aliud.[189] Das gilt auch dann, wenn die Mitbestimmung – wie im Bereich der personellen Maßnahmen – nur einzelne Arbeitnehmer direkt betrifft.[190] So dient das Zustimmungserfordernis des § 99 Abs. 1 BetrVG in erster Linie kollektiven Interessen,[191] auch wenn § 99 Abs. 2 Nr. 4 BetrVG Nachteile für den einzelnen Arbeitnehmer als Zustimmungsverweigerungsgrund benennt. Der Betriebsrat ist nicht verpflichtet, seine Zustimmung zu verweigern, wenn er solche Nachteile feststellt;[192] das läßt sich schon dem Wortlaut des § 99 Abs. 2 BetrVG („kann“) entnehmen. Eine solche Verpflichtung wäre widersinnig, eben weil der Entscheidung über die Zustimmung eine Abwägung vorausgeht.[193] Verweigert der Betriebsrat die Zustimmung unter Hinweis auf § 99 Abs. 2

184 BAG 23.4.2009 – 6 AZR 263/08 – NZA 2009, 915 [I.2].
185 *Gamillscheg*, KollArbR II S. 29; *Wiese* ZfA 2000, 117, 122 f.; insoweit zustimmend *Wittgruber*, Vertragsfreiheit S. 98 f.
186 Zur Kritik statt aller *Kühn*, Nachteiligkeit S. 52 f. und 113 f. m.w.N.
187 GS BAG 16.9.1986 – GS 1/82 – AP Nr. 17 zu § 77 BetrVG 1972.
188 Dazu *Raab* ZfA 2001, 31 ff.; *Richardi* § 87 Rn. 15 ff. jeweils m.w.N. zum Meinungsstand.
189 *Wiese* ZfA 2000, 117, 131, ähnlich *Heinze* NZA 1997, 1, 5; *Veit*, Funktionelle Zuständigkeit S. 33.
190 Ebenso *Raab*, Negatorischer Rechtsschutz S. 35; *Wiese*, ZfA 2000, 117, 125 f. für § 87 Abs. 1 Nrn. 5, 7 und 9 BetrVG.
191 BAG 28.6.1994 – 1 ABR 59/93 – AP Nr. 4 zu § 99 BetrVG 1972 Einstellung [B.II.1.a].
192 *Boemke* ZfA 1992, 473, 483.
193 In diese Richtung auch *Veit*, Funktionelle Zuständigkeit S. 122; *Wiese* FS Kissel S. 1269, 1276.

Nr. 4 BetrVG, so bringt er damit zum Ausdruck, daß das von ihm definierte Kollektivinteresse im konkreten Fall mit dem individuellen Interesse des betroffenen Arbeitnehmers übereinstimmt.[194] Umgekehrt ist es denkbar, daß der Betriebsrat seine Zustimmung zur Versetzung eines im Umgang „schwierigen" Arbeitnehmers erteilt, die für diesen zwar einen beruflichen Abstieg bedeutet, seinen bisherigen Kollegen aber endlich effektives Arbeiten ermöglicht. Durch § 99 Abs. 2 Nr. 4 BetrVG wird der Betriebsrat nicht etwa auf echten Individualschutz verpflichtet – die Norm ist lediglich Ausdruck der Tatsache, daß sich das Kollektivinteresse aus – verschiedenen – individuellen Belangen ableitet.

2. Ausgleich

a) Ausgleichsbedürfnis

344 Indem der Betriebsrat das Kollektivinteresse definiert, sorgt er zugleich für einen Interessenausgleich unter den Arbeitnehmern. Damit ist die Ausgleichsfunktion der Mitbestimmung in ihrer horizontalen Dimension – oder in der Diktion *Gamillschegs* die „*dritte Dimension des Arbeitsrechts*"[195] – angesprochen.

> So hat in Fragen der betrieblichen Lohngestaltung (§ 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG) jeder Arbeitnehmer ein Interesse daran, so viel wie möglich aus dem „Topf" des Arbeitgebers zu bekommen. Der Betriebsrat hingegen soll gegenüber dem Arbeitgeber für Verteilungsgerechtigkeit eintreten und muß deshalb in einem ersten Schritt für sich selbst klären, wie ein gerechter Ausgleich aussieht.

345 Insoweit läßt sich der Ausgleich als notwendiger Bestandteil des Schutzzwecks begreifen. Der Ausgleichszweck geht jedoch über den Schutz im Verhältnis Arbeitgeber-Belegschaft (Arbeitnehmer) hinaus. Er betrifft nicht die abwehrende, sondern die gestaltende Funktion der Mitbestimmung im Verhältnis der Arbeitnehmer untereinander.[196] Deren tat-

194 Ähnlich *von Hoyningen-Huene*/Linck, KSchG, Einl. Rn. 6, der darauf hinweist, bei einer Kündigung liege die Unterstützung des Betroffenen oftmals im kollektiven Interesse.

195 *Gamillscheg* FS Fechner S. 135, 153.

196 *Hammer* (Selbstbestimmungsfreiheit S. 124) ordnet die Ausgleichsfunktion dennoch dem Schutzzweck zu, weil er entgegen der oben vertretenen Auffassung die Mitbestimmung als Schutz der Entfaltungsfreiheit des einzelnen Arbeitnehmers – auch gegenüber den Kollegen – versteht. Hierdurch werden jedoch die „Dimensionen des Arbeitsrechts" im Sinne *Gamillschegs* ohne Not vermengt. – *H. Hanau*, Individualautonomie S. 109; *Wiese* (ZfA 2000, 117, 128; FS Adomeit S. 839, 842) sehen die Ausgleichsfunktion als Aspekt des Teilhabezwecks; *Kreutz* (Betriebsautonomie S. 198 f.) weist sie dem Ordnungszweck zu. *Rieble* (Arbeitsmarkt und Wettbewerb Rn. 1426 ff.) spricht hier von der „Ordnungsfunktion" der Betriebsverfassung.

sächliche, arbeitsorganisatorische Verbundenheit im Betrieb[197] birgt erhebliches Konfliktpotential. Die Mitbestimmung dient deshalb auch der innerbetrieblichen Gerechtigkeit – für die Verteilungsgerechtigkeit bei § 87 Abs. 1 Nr. 10 ist das anerkannt.[198] Dahinter steht jedoch eine allgemeine Wertung des BetrVG: Es soll nicht das Recht des Stärkeren (oder Schnelleren) gelten, sondern ein Ausgleich unter Berücksichtigung der Interessen aller Arbeitnehmer geschaffen werden.[199]

> „Klassisches" Beispiel ist das betriebliche Rauchverbot. Der Arbeitgeber, der sein Büro womöglich in einem separaten Teil des Betriebs hat, wird in diesem Punkt unter Umständen gar keine Präferenzen haben. Wenn der Betriebsrat eine Regelung des Problems nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG verlangt, geschieht dies also nicht zum Schutz der Belegschaft vor der „Übermacht" des Arbeitgebers, sondern einzig und allein zum Ausgleich der Interessen von Rauchern und Nichtrauchern unter den Arbeitnehmern.

Das heißt freilich nicht, daß der Ausgleichszweck der Mitbestimmung **346**
immer einschlägig ist. Es sind durchaus mitbestimmungsbedürftige Sachverhalte denkbar, in denen entweder alle Beschäftigten ähnliche Interessen haben, oder in denen ausnahmsweise die Interessen nur eines einzelnen Arbeitnehmers berührt sind.

> So wird kaum ein Arbeitnehmer ein Interesse an Überwachungskameras im Betrieb (§ 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG) haben. Widerspricht der Betriebsrat nach § 102 Abs. 3 BetrVG der Kündigung des bei allen Kollegen beliebten Hausmeisters, so sind auch hier keine divergierenden Interessen innerhalb der Belegschaft auszugleichen.

b) Ausgleichswirkung

Der Arbeitgeber kann den belegschaftsinternen Interessenausgleich nicht **347**
zuverlässig bewirken, weil er als Vertragspartner der einzelnen Arbeitnehmer in erster Linie eigene Interessen verfolgt. Durch die Mitbestimmung wird diese Aufgabe einem Organ übertragen, das nach der idealtypischen Vorstellung des Gesetzes von Partikularinteressen inner-

197 *Rieble* RdA 1996, 151, 152.

198 Statt aller GK-BetrVG/*Wiese* § 87 Rn. 805 m.w.N.

199 BAG 14.1.1986 – 1 ABR 75/83 – AP Nr. 10 zu § 87 BetrVG 1972 Ordnung des Betriebs [3.]; *Bayreuther*, Tarifautonomie S. 521; *Thalhofer*, Beseitigungsanspruch S. 130; *Loritz* ZfA 1991, 1, 22; *Belling*, Haftung S. 177; *Triemel*, Minderheitenschutz S. 7; *Müller-Franken*, Betriebsvereinbarungen S. 334; *Annuß* NZA 2001, 756, 762; *Raab*, Negatorischer Rechtsschutz S. 35 f.; *Rieble*, Arbeitsmarkt und Wettbewerb, Rn. 1430; *Franzen* NZA 2006, Beilage 10 S. 107, 110; kritisch *Wittgruber*, Vertragsfreiheit S. 99, der den Ausgleich nur im Rahmen des Schutzzwecks zulassen will.

halb der Arbeitsverhältnisse unabhängig ist und die Interessen aller Beschäftigten objektiv und neutral vertritt.[200]

348 Diese Ausgleichsfunktion der Mitbestimmung ist der Grund dafür, daß das Günstigkeitsprinzip in Mitbestimmungsangelegenheiten nur eingeschränkt gilt.[201] Kein Arbeitnehmer kann sich individualvertraglich auf Kosten der Kollegen besonders günstige Arbeitsbedingungen sichern.

c) Vertikaler Ausgleich?

349 Daneben läßt sich Mitbestimmung auch als vertikaler Ausgleich zwischen dem (kollektiven) Belegschaftsinteresse und den Interessen des Arbeitgebers beschreiben.[202] Der Betriebsrat ist eben nicht allein „Anwalt" der Arbeitnehmerschaft, sondern nach § 2 Abs. 1 BetrVG auch auf das Wohl des Betriebs verpflichtet, deshalb erfüllt er auch in diesem Verhältnis eine ausgleichende Funktion.

Diese vertikale Ausgleichsfunktion stellt jedoch kein eigenständiges Ziel der Mitbestimmung dar; es handelt sich vielmehr um einen Aspekt des Schutzzwecks.[203] Der Betriebsrat ist kein beiden Seiten gleichermaßen verpflichteter Vermittler zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgeber, sondern Repräsentant und Interessenvertreter der Belegschaft.[204] Die Verpflichtung auf das Wohl des Betriebs ist demgegenüber keine gleichwertige Aufgabe, sondern Grenze der zulässigen Interessenvertretung.[205] § 2 Abs. 1 BetrVG beschränkt die Ausübung der Mitbestimmungsrechte, indem er das Gebot von Treu und Glauben konkretisiert. Ein eigenes Ziel der Mitbestimmung statuiert die Vorschrift nicht.

3. Integration und Teilhabe

350 Über den Betriebsrat werden die Arbeitnehmer an den Entscheidungen des Arbeitgebers beteiligt. Teilweise wird darin ein eigener Zweck der

---

200 BVerfG 26.5.1970 – 2 BvR 664/65 – AP Nr. 16 zu Art. 9 GG [B.II.1.c]; Freilich wird dabei ausgeblendet, daß auch die Betriebsratsmitglieder als Arbeitnehmer des Betriebs persönlich durchaus eigene Interessen in Rahmen der Betriebsverfassung haben.

201 *Annuß* NZA 2001, 756, 763; dazu oben Rn. 37 f.

202 *Wiese* ZfA 2000, 117, 123; *Worzalla* BB 2005, 1737.

203 So auch *H. Hanau*, Individualautonomie S. 109; a.A. *Triemel*, Minderheitenschutz S. 7.

204 BAG 5.3.1959 – 2 AZR 268/56 – AP Nr. 26 zu § 611 BGB Fürsorgepflicht [II.2]; *Canaris* AuR 1966, 129, 130.

205 So auch *Canaris* AuR 1966, 129. 130; a.A. wohl *von Hoyningen-Huene* RdA 1992, 355, 356; *Kreutz*, Betriebsautonomie S. 238.

Mitbestimmung gesehen und als Teilhabe[206] oder als Integration[207] der Arbeitnehmer bezeichnet. Beide Strömungen gehen von der Überzeugung aus, das Betriebsverfassungsrecht wolle die Arbeitnehmer aus ihrer Position als Objekt des Schutzes Dritter befreien und „*selbst zu mitwirkenden Subjekten bei der Gestaltung des betrieblichen Geschehens*“[208] machen.

Dabei wird ausgeblendet, daß auch das Betriebsverfassungsrecht den **351**
Arbeitnehmer nicht zum Akteur seines eigenen Schutzes macht. Rechte zur eigenen Wahrnehmung stehen ihm nur in den engen Grenzen der §§ 81 bis 86a BetrVG zu, deren Kodifikation im BetrVG mit Recht als Systembruch kritisiert wird.[209] Die anderen Mitbestimmungsrechte nimmt der Betriebsrat unabhängig und im eigenen Namen wahr,[210] auch wenn er dabei, wie im Fall des § 99 Abs. 2 Nr. 4 BetrVG ausdrücklich geregelt, individuelle Belange der Arbeitnehmer zu wahren hat. Der Betriebsrat entscheidet allein, ob er die Zustimmung erteilt oder nicht, und er verfügt dabei über einen weiten Ermessensspielraum.[211] Als Repräsentant der gesamten Belegschaft muß er zwar die unterschiedlichen Interessen aller Beteiligten (also auch der Kollegen des von einer personellen Einzelmaßnahme Betroffenen) berücksichtigen, die Gewichtung dieser Interessen im einzelnen beruht aber in erheblichem Maße auf subjektiven Wertungen, die allenfalls auf Willkür kontrolliert werden können. Umgekehrt bedeutet das: Der einzelne Arbeitnehmer hat keinen Einfluß auf die Amtsführung.

206 BAG 23.7.1996 – 1 ABR 17/96 – AP Nr. 26 zu § 87 BetrVG 1972 Ordnung des Betriebs [B.II.2.a.aa]; BAG 18.4.2000 – 1 ABR 22/99 – AP Nr. 33 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung [B.II.1.a]; BAG 28.5.2002 – 1 ABR 32/01 – AP Nr. 39 zu § 87 BetrVG 1972 Ordnung des Betriebs [B.I.2.a]; *Wiese* FS 25 Jahre BAG S. 661, 662, *ders.* ZfA 2000, 117, 121 ff.; *Jobs* DB 1986, 1120, 1121; *Gamillscheg*, KollArbR II S. 30; *Rieble/Klumpp/Gistel*, Rechtsmißbrauch Rn. 71; ähnlich *Richardi* RdA 1983, 278, 280; *Preis* DB 1973, 474, 477.

207 *Adomeit*, Regelungsabrede S. 54 ff.; *Richardi* § 87 Rn. 8; *ders.*, Kollektivgewalt S. 292 f.; ähnlich *Galperin* RdA 1962, 366 ff.

208 *Wiese* ZfA 2000, 117, 121; ähnlich *Richardi* § 87 Rn. 8; *Adomeit*, Regelungsabrede S. 54 f.

209 *von Hoyningen-Huene*, BetrVR § 13 Rn. 7; *Edenfeld*, Arbeitnehmerbeteiligung S. 77.

210 Dazu oben Rn. 22.

211 BAG 10.8.1994 – 10 ABR 61/93 – AP Nr. 86 zu § 112 BetrVG 1972 [B.II.3.c.bb]; *von Hoyningen-Huene* NZA 1993, 145, 150; von Hoyningen-Huene/*Linck*, KSchG, § 2 Rn. 200; *Gamillscheg*, KollArbR II S. 29; deutlich enger *Belling*, Haftung S. 208 ff.

Die Zwangsrepräsentation durch den Betriebsrat ist nicht geeignet, den Arbeitnehmer zum selbst handelnden Subjekt zu machen.[212] Sein Beitrag beschränkt sich auf die Stimmabgabe bei der Betriebsratswahl. Die Mitbestimmung erhöht den Freiheitsgrad gerade nicht für den einzelnen, sondern nur für das Kollektiv.[213] Erst recht taugt dieser Ansatz nicht als Begründung der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung, weil diese die Privatautonomie des einzelnen beschneidet und ihn damit kein Stück aus seiner „Objektstellung" heraushebt. Umgekehrt erfordert die Teilhabe nicht die Unwirksamkeit mitbestimmungswidriger Maßnahmen. Auch *Dietz'* Theorie der erzwingbaren Mitbestimmung erlaubt dem Betriebsrat, als Repräsentant der Belegschaft die Mitentscheidung einzufordern und durchzusetzen.[214] Für die Vergangenheit wiederum kann auch die Unwirksamkeit einseitiger Maßnahmen keine Teilhabe herbeiführen; insofern ist diese Rechtsfolge schon ungeeignet.[215]

352 Bei genauer Betrachtung ist die Teilhabe lediglich das Mittel des Arbeitnehmerschutzes und nicht ein neben diesem stehender Zweck der Mitbestimmung.[216] Das BetrVG steht also für Schutz durch Teilhabe.[217]

Wer darüber hinaus die Beteiligung als Wert für sich sieht und im Sinne *Wieses* den Vorrang eines Teilhabezwecks vor dem Schutzzweck vertritt,[218] der überdehnt die Grenzen der Betriebsverfassung. Das BetrVG steht nicht für eine umfassende Beteiligung der Arbeitnehmer an unternehmerischen Entscheidungen[219] – auch wenn § 92a diese Annahme vielleicht nahe

212 Ebenso *von Hoyningen-Huene* RdA 1992, 355, 356; *Wittgruber*, Vertragsfreiheit S. 104; *Picker* ZfA 2005, 353, 359; *Rieble/Gistel/Klumpp*, Rechtsmißbrauch Rn. 24.

213 *Rieble* in: Zukunft der Unternehmensmitbestimmung, Rn. 11; ähnlich *Franzen* ZfA 2001, 423, 448.

214 Ähnlich *Bommermann*, Wirksamkeitsvoraussetzung S. 100; *Hurlebaus*, Fehlende Mitbestimmung S. 42.

215 *Hurlebaus*, Fehlende Mitbestimmung S. 42.

216 So auch *Triemel*, Minderheitenschutz S. 6; *Hammer*, Selbstbestimmungsfreiheit S. 123; ähnlich *H. Hanau*, Individualautonomie S. 110; *Wittgruber*, Vertragsfreiheit S. 100; *Kümpel* AuR 1985, 78, 88.

217 GS BAG 3.12.1991 – GS 2/90 – AP Nr. 51 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung [C.II.1.a]; BAG 14.12.1993 – 1 ABR 31/93 – AP Nr. 65 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung [B.II.2]; BAG 5.6.2007 – 9 AZR 604/06 – AP Nr. 40 zu § 611 BGB Ausbildungsbeihilfe [I.2.b.aa.(1)]; so auch *Rieble/Gistel/Klumpp*, Rechtsmißbrauch Rn. 24.

218 *Wiese* FS Kissel S. 1269, 1282, *ders.* ZfA 2000, 117, 124 f.

219 *Wittgruber*, Vertragsfreiheit S. 100; *Bommermann*, Wirksamkeitsvoraussetzung S. 98. So betont auch die Gesetzesbegründung zum BetrVG 1972 (BT-Drs. VI/1786 S. 31), daß nicht in die eigentlichen unternehmerischen Entscheidungen eingegriffen wird.

legt.[220] Ein „Management durch Betriebsverfassung“[221] mag in den Grenzen der Zuständigkeit des Betriebsrats möglich sein. Damit wird aber eine „kollektive Selbstverwaltung“ des Betriebs noch lange nicht zum Ziel des Betriebsverfassungsrechts.[222] Eine Teilhabe in diesem Sinne sieht das Gesetz nicht auf der betrieblichen Ebene, sondern im Rahmen der Unternehmensmitbestimmung vor.[223] Nur dort wurde die –umstrittene – Forderung nach Anerkennung einer Gleichwertigkeit von Kapital und Arbeit berücksichtigt.[224]

4. Ordnung

Hinter dem Begriff des Ordnungszwecks verbirgt sich bisweilen der oben als eigener Zweck der Mitbestimmung identifizierte horizontale Interessenausgleich zwischen den Arbeitnehmern.[225] Insoweit ist der Unterschied ein rein terminologischer. Andere Stimmen sehen einen Zweck der Mitbestimmung – jedenfalls in sozialen Angelegenheiten – auch darin, im Betrieb eine einheitliche Ordnung zu etablieren.[226] Der Betriebsvereinbarung wird mit Blick auf ihre normative Wirkung (§ 77 Abs. 4 BetrVG) eine Rationalisierungsfunktion zugeschrieben, weil der Arbeitgeber damit durch eine einzige Einigung mit dem Betriebsrat einheitliche Arbeitsbedingungen im Betrieb durchsetzen kann.[227] **353**

220 Die Vorschrift wird mit Recht als Systembruch kritisiert (*Rieble* ZIP 2001, 133, 140; GK-BetrVG/*Kraft*/*Raab* § 92a Rn. 7 m.w.N.), weil sie die Zuständigkeit des Betriebsrats auf außerbetriebliche Fragen erweitert. Dessen ungeachtet ist das Vorschlagsrecht des Betriebsrats zwar nicht gegenständlich, wohl aber thematisch beschränkt (Richardi/*Thüsing* § 92a Rn. 5). Es geht allein um Beschäftigungsförderung und -sicherung, nicht um die unternehmerische Tätigkeit insgesamt.

221 *Von Hoyningen-Huene* NZA 1991, 7, 11.

222 *Wittgruber*, Vertragsfreiheit S. 102; *Rieble* in: Unternehmensführung und betriebliche Mitbestimmung, Rn. 12 ff.

223 So war Ausgangspunkt für den Gesetzentwurf der Regierung zum MitbestG 1976 ausdrücklich der „Grundsatz der Gleichberechtigung und Gleichgewichtigkeit von Arbeitnehmern und Anteilseignern“, BT-Drs. 7/2172 S. 1.

224 Vgl. U/H/H/*Ulmer* Einl. Rn. 2; *Junker*, Arbeitsrecht Rn. 805 f; kritisch *Rieble* in: Zukunft der Unternehmensmitbestimmung, Rn. 13 ff.; *ders.* in: Unternehmensführung und betriebliche Mitbestimmung, Rn. 27 ff.

225 *Rieble*, Arbeitsmarkt und Wettbewerb S. 430 f.; *H. Hanau*, Individualautonomie S. 109; *Kreutz*, Betriebsautonomie S. 198 f.

226 BAG 12.8.1982 – 6 AZR 1117/79 – AP Nr. 4 zu § 77 BetrVG 1972 [II.4]; *Canaris*, AuR 1966, 129, 130; *Jobs* DB 1986, 1120, 1121 f.; *Löwisch* DB 1983, 1709, 1710.

227 *Neumann-Duesberg*, BetrVR S. 127; *Kreutz*, Betriebsautonomie S. 198 f.; *Canaris*, AuR 1966, 129, 130.

354 Wer daraus allerdings einen Zweck der Mitbestimmung konstruieren will, trennt nicht sauber zwischen Mitbestimmungsrecht und Betriebsvereinbarung. Letztere ist lediglich ein Instrument, um die Beteiligung des Betriebsrats zu wahren – allerdings nicht das einzige. Auch eine Regelungsabrede, die keine normative Wirkung entfaltet, genügt den Vorgaben des Mitbestimmungsrechts.[228] Ordnung ist daher allenfalls ein Zweck der Betriebsvereinbarung, nicht aber der Mitbestimmung selbst.[229] Sie ist, anders gesagt, potentielle Folge der Mitbestimmung, aber nicht ihr Ziel.[230] Die These vom Ordnungszweck der Mitbestimmung baut auf dem Gedanken einer Herrschaft der Betriebspartner über die Arbeitnehmer auf, und darin liegt ihr Fehler. Weil die Mitbestimmung vertragsrechtsakzessorisch ist, kann sie eine solche Herrschaft nicht tragen.[231]

355 Selbst wenn man aber die Ordnung als eigenen Zweck der Mitbestimmung sehen wollte, läßt sich darauf nicht die Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung stützen. Eine Ordnung verträgt Ausnahmen – nicht zuletzt für die notwendige Mitbestimmung sollen zahlreiche Ausnahmen gelten.[232]

5. Fazit

356 Die Mitbestimmung entfaltet einerseits abwehrende, andererseits gestaltende Wirkung. Zum einen schützt sie die Arbeitnehmer vor der Willkür des Arbeitgebers innerhalb der von ihm geschaffenen Arbeitsorganisation. Zum anderen dient sie dem Ausgleich gegenläufiger Interessen der einzelnen Arbeitnehmer im Betrieb.

Ein darüber hinausgehender Teilhabezweck der Mitbestimmung läßt sich dem Gesetz nicht entnehmen. Teilhabe ist das Mittel, nicht das Ziel der Mitbestimmung. Ähnliches gilt für den angeblichen Ordnungszweck. Die Mitbestimmung kann zu einer einheitlichen Ordnung im Betrieb führen, die Ordnung ist aber kein Selbstzweck.

II. Verhältnismäßigkeit

1. Geeignetes Mittel?

357 Ob die Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung überhaupt Gewähr dafür bietet, daß diese Zwecke der Mitbestimmung Beachtung finden, läßt sich

228 Statt aller *Junker*, Arbeitsrecht Rn. 721 m.w.N.
229 *Hurlebaus*, Fehlende Mitbestimmung S. 45.
230 *Triemel*, Minderheitenschutz S. 8; ablehnend auch *Wiese* FS Kissel S. 1269, 1274 f.; *Adomeit*, Regelungsabrede S. 50 f.; *Gamillscheg*, KollArbR II S. 25 f.
231 *Rieble* in: Zukunft der Unternehmensmitbestimmung, Rn. 9.
232 Oben Rn. 109 ff.

mit guten Gründen anzweifeln. Das BAG selbst hat in seinem Beschluß zum allgemeinen Unterlassungsanspruch des Betriebsrats von 1994[233] auf dieses Problem hingewiesen.

Die Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung verlagert den kollektiven Interessenschutz durch Mitbestimmung zurück auf die individualrechtliche Ebene. Die Arbeitnehmer müssen die Mitbestimmungsrechte sichern, indem sie ihre Verletzung rügen, und sie tragen dabei das Irrtumsrisiko. Weigert sich ein Arbeitnehmer, einer seiner Meinung nach mitbestimmungswidrigen und deshalb unwirksamen Anordnung des Arbeitgebers Folge zu leisten, so setzt er sich dem Vorwurf der unberechtigten Arbeitsverweigerung aus. Schätzt er die Rechtslage falsch ein, so verletzt er seinen Arbeitsvertrag und gefährdet sein Arbeitsverhältnis.[234] Vor allem in Zweifelsfällen ist der indirekte Druck auf den Arbeitgeber also gering, weil kaum ein Arbeitnehmer um der Betriebsverfassung Willen seinen Job aufs Spiel setzen wird[235] und der Betriebsrat individuelle Ansprüche der Beschäftigten nicht etwa im Wege der Prozeßstandschaft geltend machen kann.[236] Wenn die Arbeitnehmer also die (unwirksame) Anordnung befolgen, bleibt die Verletzung des Mitbestimmungsrechts ohne Folgen. **358**

Schwächen zeigt die Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung auch im Hinblick auf die Ausgleichsfunktion der Mitbestimmung. Unter Umständen haben die Arbeitnehmer – oder ein Teil von ihnen – gar kein Interesse daran, die Verletzung des Mitbestimmungsrechts zu rügen.[237] **359**

> So mag einigen Arbeitnehmern die Anordnung von Überstunden wegen der zusätzlichen Verdienstmöglichkeit gelegen kommen, während der Betriebsrat womöglich den Anfängen wehren und statt Überstunden Neueinstellungen fordern will.[238] Wer die Überstunden nicht leisten will, kann sie freilich verweigern, steht damit aber beim Arbeitgeber im Vergleich zu den „kooperativen" Kollegen schlecht da.[239]

Erst recht wird kein Arbeitnehmer eine Maßnahme angreifen, die ihn selbst unmittelbar begünstigt. Die übergangenen Arbeitnehmer können gegen die Bevorzugung ihrer Kollegen nicht vorgehen, sondern allenfalls

233 BAG 3.5.1994 – 1 ABR 24/93 – AP Nr. 23 zu § 23 BetrVG 1972.
234 *Raab* ZfA 1997, 183, 214.
235 BAG 3.5.1994 – 1 ABR 24/93 – AP Nr. 23 zu § 23 BetrVG 1972 [B.III.2.c]; D/K/K/*Trittin* § 23 Rn. 130; GK-BetrVG/*Oetker* § 23 Rn. 130; *Kümpel* AuR 1985, 78. 88.
236 BAG 27.10.1998 – 1 ABR 3/98 – AP Nr. 99 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung [B.I.1]; *Bauer*/*Diller* ZIP 1995, 95, 97.
237 So schon BAG 22.2.1983 – 1 ABR 27/81 – AP Nr. 2 zu § 23 BetrVG 1972 [B.II.5.b]; *Gamillscheg*, KollArbR II S. 751.
238 Kritisch daher *Bauer*/*Diller* ZIP 1995, 95, 97; *Walker* DB 1995, 1961, 1963.
239 *Raab* ZfA 1997, 214 f.

gestützt auf den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsanspruch eine Gleichstellung verlangen – ein Ausgleich der Interessen durch den Betriebsrat wird dadurch nicht erreicht.[240]

360 Im Ergebnis begründen all diese Zweifel jedoch keinen Verstoß gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Ein Mittel ist bereits dann geeignet, wenn mit seiner Hilfe der gewünschte Erfolg gefördert werden kann. Es genügt mithin die Möglichkeit der Zweckerreichung.[241] Umgekehrt sind nur objektiv untaugliche Mittel ungeeignet im verfassungsrechtlichen Sinne.[242] Dieses harte Urteil läßt sich über die Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung nicht fällen. Die Unwirksamkeit ist kein sonderlich effektives Mittel zur Verwirklichung von Arbeitnehmerschutz und Ausgleichsfunktion, sie trägt jedoch zumindest dazu bei; und dies genügt, um sie als geeignet im Sinne der Verfassung einzustufen.

2. Erforderlichkeit

a) Kollektivrechtliche Sicherung als Alternative

361 Daß die h.M. die gesetzliche Mitbestimmung durchsetzt, läßt sich zweifellos nicht als unangemessen bezeichnen. Es stellt sich aber die Frage, ob gerade die individualrechtliche Unwirksamkeit erforderlich ist, um Schutz und Ausgleich der Arbeitnehmerinteressen durch die Mitbestimmung zu gewährleisten. Wieses Ableitung der notwendigen Mitbestimmung aus dem von ihm bejahten Teilhabezweck[243] muß nach den obigen Ausführungen ausscheiden. Seine These hebt sich zwar durch ihre dogmatische Klarheit und Konsistenz wohltuend in der sonst oftmals mit bloßen Behauptungen geführten Diskussion[244] ab – methodische Stringenz ersetzt aber nicht die gesetzliche Grundlage.

Die Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung beschränkt die Privatautonomie der Arbeitsvertragsparteien stärker als die gesetzliche Mitbestimmung allein, weil von vornherein jede individualrechtliche Absprache in Mitbestimmungsangelegenheiten verhindert wird.[245] Zu klären ist daher, ob die Mitbestimmung nicht mit kollektivrechtlichen Mitteln effektiv gesichert ist, ohne die Vertragsfreiheit in diesem Ausmaß zu beeinträchtigen.

---

240 Ähnlich das BAG 3.5.1994 – 1 ABR 24/93 – AP Nr. 23 zu § 23 BetrVG 1972 [B.III.2.c]; *Wenderoth*, Unterlassungsanspruch S. 49; kritisch auch *Richardi* FS Wlotzke S. 407, 424.

241 BVerfG 3.7.2007 – 1 BvR 2186/06 – BVerfGE 119, 59 [B.II.3.c.aa].

242 BVerfG 24.4.1985 – 2 BvF 2/82 – BVerfGE 69, 1 [B.III.10.c].

243 *Wiese* FS Kissel S. 1269, 1283 f.

244 Dazu schon oben Rn. 17 ff.

245 Oben Rn. 27 ff. und 41 ff.

b) Erzwingbare Mitbestimmung?

Allein die Möglichkeit des Betriebsrats, im Bereich der „echten" Mitbestimmung über die Einigungsstelle eine Regelung zu erzwingen (§§ 87 Abs. 2, 94 Abs. 1, 95 Abs. 1 und 2, 97 Abs. 2, 98 Abs. 4, 112 Abs. 4 BetrVG), genügt diesen Vorgaben entgegen *Dietz*[246] nicht. Der Arbeitgeber könnte sonst vor Abschluß des Verfahrens vollendete Tatsachen schaffen.[247] Die Einigungsstelle kann nicht von vornherein verhindern, daß der Arbeitgeber Mitbestimmungsrechte verletzt. Wer den Betriebsrat auf ihre Anrufung verweist, der billigt dem Arbeitgeber ein Recht des ersten Zugriffs bzw. eine vorläufige Regelungskompetenz zu, die das Gesetz nur in Einzelfällen, namentlich in den §§ 100 bzw. 115 Abs. 7 Nr. 4 BetrVG, gewährt.[248] Während des Verfahrens müßten die Arbeitnehmer auch mitbestimmungswidrige Weisungen befolgen, wohingegen die Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung von Anfang an gewährleistet, daß eigenmächtige Maßnahmen des Arbeitgebers ins Leere laufen. **362**

Das Einigungsstellenverfahren zielt nicht darauf ab, den betriebsverfassungswidrigen Zustand zu beseitigen; es soll eine künftige Regelung ermöglichen.[249] Insofern ist es – in den Worten *Lobingers* – Gegenstand und nicht Mittel eines Mitbestimmungsschutzes.[250]

c) Negatorischer Rechtsschutz des Betriebsrats

[1] § 23 Abs. 3 BetrVG

Nach § 23 Abs. 3 BetrVG kann der Betriebsrat nur vorgehen, wenn dem Arbeitgeber ein grober Verstoß vorzuwerfen ist. Mutwillige Verletzungen der Mitbestimmung lassen sich damit zwar verhindern; unterhalb dieser Schwelle kann aber nicht jede Verletzung des Mitbestimmungsrechts als objektiv besonders schwerwiegend und damit „grob"[251] eingestuft werden, wenn diese Einschränkung des Tatbestands nicht leerlaufen soll.[252] **363**

246 *Dietz*, BetrVG § 56 Rn. 43; *ders.* BB 1959, 1210, 1215; *ders.* RdA 1962, 390, 394; i.Erg. auch *Walker* DB 1995, 1961, 1963; *ders.* SAE 1995, 99, 102; *Bengelsdorf* SAE 1996, 139, 141 f.

247 *Schlüter* DB 1972, 92, 95.

248 BAG 3.5.1994 – 1 ABR 24/93 – AP Nr. 23 zu § 23 BetrVG 1972 [B.III.2.a]; *Raab*, ZfA 1997, 183, 210, 212; *Thalhofer*, Beseitigungsanspruch S. 100 f.

249 BAG 3.5.1994 – 1 ABR 24/93 – AP Nr. 23 zu § 23 BetrVG 1972 [B.III.2.b]; *Raab*, Negatorischer Rechtsschutz S. 213.

250 *Lobinger* ZfA 2004, 101, 136; ähnlich *Richardi* FS Wlotzke S. 407, 409.

251 Zu den Voraussetzungen des groben Verstoßes GK-BetrVG/*Oetker* § 23 Rn. 168 ff. m.w.N.

252 Anders *Evers*, Unterlassungsansprüche S. 62 f., der eine Schutzlücke verneint, weil die Verletzung eines anerkannten Mitbestimmungsrechts immer ein

[2] Allgemeiner Unterlassungsanspruch

364 Es bleibt die – umstrittene – Frage, ob der Betriebsrat darüber hinaus mit einem allgemeinen Unterlassungsanspruch gegen mitbestimmungswidriges Handeln des Arbeitgebers vorgehen kann. Die Antwort verlangt eine detaillierte Auseinandersetzung dem negatorischen Rechtsschutz des Betriebsrats, die ein eigenes Kapitel verdient.

G. Zwischenergebnis

365 Als vorläufiges Fazit bleibt festzuhalten, daß die Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung nicht eindeutig im BetrVG verankert ist. Sie ließe sich allenfalls dann aus dem Gesetz ableiten, wenn der Betriebsrat die Mitbestimmungsrechte nicht selbst durchsetzen könnte, oder ein solcher Rechtsschutz jedenfalls nicht gleich effektiv wäre – oder aber wenn ein allgemeiner Unterlassungsanspruch des Betriebsrats die Privatautonomie der Arbeitsvertragsparteien im Ergebnis stärker einschränkte als die Theorie der notwendigen Mitbestimmung.

---

grober Verstoß sei. Damit wird jedoch das Irrtumsrisiko des Arbeitgebers systemwidrig dem Betriebsrat aufgebürdet. Die Mitbestimmungsrechte knüpfen objektive Tatsachen und nicht an die subjektive Einschätzung des Arbeitgebers an.

§ 3 Mitbestimmungssicherung durch Unterlassungsanspruch

A. Negatorischer Rechtsschutz

I. Entwicklung

Der Gesetzeswortlaut legt den Gedanken nahe, auf seiten des Betriebsrats bestehe ein Rechtsschutzdefizit. Er kann in einigen Fällen über die Einigungsstelle mitbestimmte Regeln herbeiführen, aber nicht verhindern, daß der Arbeitgeber bis dahin nach eigenem Gutdünken entscheidet. § 23 Abs. 3 BetrVG gewährleistet keinen effektiven Schutz.[1] Dieses Problem hatte offenkundig auch das BAG vor Augen, als es die Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung entwickelte. In seinem Urteil vom 1.2.1957 führt der erste Senat aus, ohne die Unwirksamkeit wären einer Umgehung des Mitbestimmungsrechts (in sozialen Angelegenheiten) Tür und Tor geöffnet.[2] **366**

Nach dem heutigen Stand der Rechtsprechung irritiert diese Aussage. Seit dem Beschluß des ersten Senats vom 3.5.1994 entspricht es ständiger Rechtsprechung, daß der Betriebsrat jedenfalls im Bereich der sozialen Angelegenheiten mit einem allgemeinen Unterlassungsanspruch gegen mitbestimmungswidrige Maßnahmen des Arbeitgebers vorgehen kann, ohne einen groben Verstoß i.S.d. § 23 Abs. 3 BetrVG darlegen zu müssen.[3]

---

1 Dazu oben Rn. 363.

2 BAG 1.2.1957 – 1 AZR 521/54 – AP Nr. 4 zu § 56 BetrVG.

3 BAG 3.5.1994 – 1 ABR 24/93 – AP Nr. 23 zu § 23 BetrVG 1972 [B.II-III]; BAG 23.7.1996 – 1 ABR 13/96 – AP Nr. 68 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit [B.III]; BAG 21.1.1997 – 1 ABR 53/96 – AP Nr. 27 zu § 87 BetrVG 1972 Ordnung des Betriebs [B.I.4]; BAG 25.2.1997 – 1 ABR 69/96 – AP Nr. 72 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit [B.II.4]; BAG 16.6.1998 – 1 ABR 68/97 – AP Nr. 7 zu § 87 BetrVG 1972 Gesundheitsschutz [B.III]; BAG 17.11.1998 – 1 ABR 12/98 – AP Nr. 79 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit [B.II.3]; BAG 29.2.2000 – 1 ABR 4/99 – AP Nr. 105 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung [B.II.2.a]; BAG 11.12.2001 – 1 ABR 3/01 – AP Nr. 93 zu § 87 BetrVG Arbeitszeit [B.II]; BAG 27.1.2004 – 1 ABR 7/03 – AP Nr. 40 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung [B.II.1]; BAG 26.10.2004 – 1 ABR 31/03 (A) – AP Nr. 113 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit [B.III.1]; BAG 28.2.2006 – 1 ABR 4/05 – AP Nr. 127 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung [B.II.1]; BAG 3.5.2006 – 1 ABR 14/05 – AP Nr. 119 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit [B.II]; BAG 14.11.2006 – 1 ABR 5/06 – AP Nr. 121 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit [B.I.2]; BAG 15.5.2007 – 1 ABR 32/06 – AP Nr. 30 zu § 1 BetrVG 1972 Gemeinsamer Betrieb [B.III.1.a].

Gut elf Jahre zuvor hatte der Senat einen solchen allgemeinen Unterlassungsanspruch des Betriebsrats noch abgelehnt.[4]

367 Vor jenem Beschluß im Jahre 1983 führte der Unterlassungsanspruch des Betriebsrats bestenfalls ein Schattendasein, auch wenn immer wieder behauptet wird, er sei allgemein anerkannt gewesen.[5] Tatsächlich klingt erst in einigen Entscheidungen zum BetrVG 1972 die Ansicht an, der Betriebsrat könne eine Verletzung der Mitbestimmungsrechte mit einem Unterlassungsanspruch unterbinden.[6] Das BAG erwähnte in einem Beschluß vom 22.12.1980[7] die Möglichkeit des Betriebsrats, eine einseitige Maßnahme des Arbeitgebers per einstweiliger Verfügung verbieten zu lassen, ohne jedoch eine Rechtsgrundlage zu nennen. Mit Beschluß vom 8.6.1982 billigte das BAG erstmals einem Betriebsrat einen solchen Unterlassungsanspruch zu,[8] nahm aber erneut nicht zur gesetzlichen Grundlage Stellung. Auch wenn der Senat in dieser Entscheidung nicht auf die Frage einer groben Pflichtverletzung des Arbeitgebers, sondern vor allem auf die Wiederholungsgefahr abstellt, so ist es doch möglich, daß er die Anspruchsgrundlage in § 23 Abs. 3 BetrVG gesehen hat. Der Beschluß vom 22.2.1983 war also keineswegs die Abkehr von einer gesicherten Linie der Rechtsprechung,[9] und auch in der Literatur führte erst dieser Beschluß zu einer näheren Beschäftigung mit dem Rechtsschutz des Betriebsrats.[10] Festzuhalten bleibt: Daß der Betriebsrat gegen mitbestimmungswidrige Maßnahmen einen Unterlassungsanspruch geltend machen könnte, wurde unter der Geltung des BetrVG 1952 so gut wie nicht thematisiert. Diese Schutzlücke erklärt die Anstrengungen des BAG, die Mitbestimmung durch die Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung zu sichern.

368 Durch die neuere Rechtsprechung ist das Rechtsschutzdefizit entfallen und mit ihm die Rechtfertigung der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung.[11] Mit Recht erkennt das BAG inzwischen einen allgemeinen Unterlassungsanspruch des Betriebsrats gegen mitbestimmungswidrige

---

4 BAG 22.2.1983 – 1 ABR 27/81 – AP Nr. 2 zu § 23 BetrVG 1972.

5 So *Trittin* BB 1984, 1169, 1171; *Derleder* AuR 1983, 289, 290 f.; *ders*. AuR 1995, 13; *Gamillscheg*, KollArbR II S. 752; wie hier *Raab* ZfA 1997, 183, 184; *Prütting* RdA 1995, 257, 259.

6 ArbG Bielefeld 12.1.1973 – 1 BV/Ga 1/73 – DB 1973, 384 f.; LAG Hamm 19.4.1973 – 8 Ta BV 9/73 – DB 1973, 1024, 1025; ArbG Frankfurt 4.7.1979 – 6 BV 2/79 – BB 1979, 1768.

7 BAG 22.12.1980 – 1 ABR 2/79 – AP Nr. 70 zu Art. 9 GG Arbeitskampf [C.II.2].

8 BAG 8.6.1982 – 1 ABR 56/80 – AP Nr. 8 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit.

9 *Konzen*, Leistungspflichten S. 19.

10 *Konzen*, Leistungspflichten S. 19 *Prütting* RdA 1995, 257, 259; anders *Derleder* AuR 1983, 289, 295, der bereits in der Literatur zum BetrVG 1952 Tendenzen zum negatorischen Rechtsschutz erkennen will.

11 *Rieble* in: Perspektiven der Mitbestimmung in Deutschland, S. 127, 138.

Maßnahmen des Arbeitgebers an. Der sechste Senat ist der umstrittenen Entscheidung des ersten Senats von 1983 bereits 1985 entgegengetreten,[12] 1994 schließlich vollzog auch der erste Senat (diesmal tatsächlich) eine Kehrtwende und billigte dem Betriebsrat in sozialen Angelegenheiten einen allgemeinen Unterlassungsanspruch außerhalb von § 23 Abs. 3 BetrVG zu.[13] Seither kann der allgemeine Unterlassungsanspruch jedenfalls im Bereich des § 87 Abs. 1 BetrVG als gefestigte Rechtsprechung gelten.[14]

II. Anspruchsgrundlage

Auch die wohl h.L.[15] erkennt den allgemeinen Unterlassungsanspruch des Betriebsrats an,[16] obwohl er wie die Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung im Gesetz nicht ausdrücklich erwähnt wird. Keine Einigkeit herrscht allerdings über die rechtliche Grundlage des Anspruchs. **369**

1. Erfordernis einer materiellrechtlichen Anspruchsgrundlage

Keinesfalls genügt ein Hinweis auf die Verfahrensvorschriften der §§ 938, 940 ZPO.[17] Das Verfahrensrecht regelt lediglich Erkenntnis und Durchsetzung des materiellen Rechts. In dieser Trennung von materiellem Recht und Verfahrensrecht liegt die Abkehr vom überholten aktionenrechtlichen Denken. Das bedeutet: Auch die Regelungsverfügung dient nur dem Schutz materieller Rechte.[18] Nicht das in § 940 ZPO genannte Rechtsver- **370**

12 BAG 18.4.1985 – 6 ABR 19/84 – AP Nr. 5 zu § 23 BetrVG 1972 [B.II.1.b].

13 BAG 3.5.1994 – 1 ABR 24/93 – AP Nr. 23 zu § 23 BetrVG 1972.

14 Nachweise Fn. 3 zu Rn. 366.

15 Zum Meinungsstand im Personalvertretungsrecht *Kohte* FS Richardi S. 601, 605 ff.

16 *Richardi* § 87 Rn. 40; *ders.* FS Wlotzke S. 407, 414 ff.; GK-BetrVG/*Oetker* § 23 Rn. 130 ff.; D/K/K/*Trittin* § 23 Rn. 131; D/K/K/*Klebe* § 87 Rn. 316; Fitting § 23 Rn. 100 f.; ErfK/*Kania* § 87 BetrVG Rn. 138; ErfK/*Eisemann*/*Koch* § 23 Rn. 34; *Derleder* AuR 1995, 13, 15; *Prütting* RdA 1995, 257, 261; *Salje* DB 1988, 909, 913; *Raab* ZfA 1997, 183 ff.; *Lobinger* ZfA 2004, 101, 172 f.; HK-BetrVG/*Düwell* § 23 Rn. 34; *Kohte* FS Richardi S. 601, 603; dagegen *von Hoyningen-Huene*, NZA 1998, 1081, 1088; S/W/S § 87 Rn. 3a; *Konzen* NZA 1995, 865, 871; *Walker* DB 1995, 1961, 1963; *Bauer* NZA 2005, 1046, 1050; H/S/W/G/N/*Worzalla* § 87 Rn. 611; Z/L/H § 48 III 6; *Beuthien* ZfA 1988, 1, 24; *Heinze* RdA 1986, 273, 290; *Dobberahn* NJW 1995, 1333, 1334.

17 So aber ErfK/*Eisemann*/*Koch* § 85 ArbGG Rn. 5; *Schwonberg*, Einstweilige Verfügung S. 134 ff.; G/MP/M/*Matthes* § 85 Rn. 34; *Riesenkampff*, Betriebsänderungen S. 136; *Olderog* NZA 1985, 753, 759 f.

18 *Walker*, Rechtsschutz Rn. 115; Stein/Jonas/*Grunsky*, ZPO, § 940 Rn. 1.

hältnis wird als Selbstzweck geschützt, sondern nur die aus ihm (zumindest potentiell) erwachsenden Ansprüche.[19]

371 Richtig ist, daß gemäß § 938 Abs. 2 ZPO auch ein Erfüllungsanspruch durch Unterlassungsverfügung gesichert werden kann.[20] Die Mitbestimmungsrechte selbst sind vom Gesetz jedoch nicht generell als Ansprüche i.S.d. § 194 Abs. 1 BGB ausgestaltet. Ein solcher Anspruch kann nur bestehen, wenn sich das vom Arbeitgeber verlangte Verhalten konkret und eindeutig formulieren läßt. Für die Mehrzahl der bloßen Mitwirkungsrechte (etwa für das Unterrichtungsrecht nach § 90 Abs. 1 BetrVG oder das Beratungsrecht nach § 90 Abs. 2 BetrVG) ist das möglich.[21]

Bei den echten Mitbestimmungsrechten hingegen läßt sich das Ergebnis der Mitbestimmung gar nicht vorhersagen. Ein konkreter Anspruch etwa aus § 87 Abs. 1 BetrVG läßt sich nicht formulieren. Wegen dieser Schwierigkeiten räumt das Gesetz dem Betriebsrat ein Initiativrecht ein, so daß er nötigenfalls über die Einigungsstelle seine Vorstellungen einbringen kann. Auch die Zustimmungsverweigerungsrechte enthalten keine Ansprüche i.S.d. § 194 Abs. 1 BGB. § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG schützt nicht den Formalismus der förmlichen Zustimmung oder ihrer Verweigerung durch den Betriebsrat, sondern die Einwirkung auf eine vom Arbeitgeber zu treffende Entscheidung. Das heißt: Nicht der Betriebsrat kann vom Arbeitgeber verlangen, beteiligt zu werden, sondern der Arbeitgeber muß den Betriebsrat beteiligen, wenn er eine bestimmte Maßnahme treffen will.[22] Ein „Mitbestimmungsanspruch“ als Verfügungsanspruch scheidet daher aus.

372 Auch ein aus § 74 Abs. 1 Satz 2 BetrVG in Verbindung mit dem jeweiligen Mitbestimmungsrecht abgeleiteter Verhandlungsanspruch des Betriebsrats[23] hilft nicht weiter. Gegen einen solchen Anspruch spricht ohnehin, daß der Betriebsrat das Einigungsstellenverfahren nach § 76 Abs. 5 BetrVG auch alleine betreiben kann; ein Verhandlungsanspruch wäre also

19 *Heinze* RdA 1986, 273, 275 f.; *ders.* RdA 1990, 262, 281; *Bengelsdorf* DB 1990, 1282, 1285; MüKoZPO/*Drescher* § 940 Rn. 3.

20 *Fritzsche*, Unterlassungsanspruch S. 77; *Stürner* JZ 1976, 384, 390; vgl. auch BGH 7.6.1990 – IX ZR 237/89 – NJW 1990, 2459.

21 BAG 17.5.1983 – 1 ABR 21/80 – AP Nr. 19 zu § 80 BetrVG 1972; *Wiese* NZA 2003, 1113, 1119; zum Informationsanspruch *Kraft* ZfA 1983, 171, 176 ff.

22 Gegen einen „Mitbestimmungsanspruch“ des Betriebsrats auch *Wiese* NZA 2003, 1113, 1119; GK-BetrVG[4]/*Thiele* Einl. Rn. 97; GK-BetrVG/*Oetker* § 23 Rn. 133; *Hartmann*, Einstweilige Verfügung S. 122; *Raab*, Negatorischer Rechtsschutz S. 159 f.; *Heinze* DB 1983 Beilage 9 S. 16 f.

23 So die lesenswerte Herleitung von *Schwonberg*, Einstweilige Verfügung S. 159 ff.; ähnlich *Trittin* BB 1984, 1169, 1172.

überflüssig.[24] Zum anderen gewährt ein solcher Anspruch gerade keinen gesicherten Einfluß auf das Ergebnis. Würde man diesen Anspruch durch eine Unterlassungsverfügung sichern, so könnte der Betriebsrat per einstweiliger Verfügung mehr erreichen als mit einer Leistungsklage in der Hauptsache. Wie die bloßen Mitbestimmungsrechte rechtfertigt der Verhandlungsanspruch daher keine Unterlassungsverfügung.[25]

In Mitbestimmungsfragen ist daher nur eine Leistungsverfügung möglich, gestützt auf einen materiellen Unterlassungsanspruch des Betriebsrats.[26]

2. § 78 Satz 1 BetrVG

Ein solcher Anspruch läßt sich nicht aus dem Behinderungsverbot des § 78 Satz 1 BetrVG herleiten.[27] *Richardi* hat diese Begründung zu Recht als petitio principii gebrandmarkt.[28] Eigenmächtiges Handeln des Arbeitgebers behindert die Arbeit des Betriebsrats nur dann, wenn dieser verlangen kann, daß ein solches Vorgehen unterbleibt.[29] Der Unterlassungsanspruch wird auf diese Weise zur Voraussetzung seiner eigenen Begründung. **373**

§ 78 BetrVG schützt die Betriebsratstätigkeit nicht innerhalb des Systems der Betriebsverfassung, sondern gleichsam nach außen, indem er die Funktionsträger gegen tatsächliche Repressalien in Schutz nimmt.[30] Die Vorschrift taugt nicht als Generalklausel zur innerbetrieblichen Durchsetzung sämtlicher Betriebsratsrechte.[31]

---

24 GK-BetrVG/*Oetker* § 23 Rn. 133.

25 LAG Nürnberg 4.2.2003 – 6 (2) TaBV 39/01 – NZA-RR 2003, 588; GK-BetrVG/*Wiese*/*Weber* § 90 Rn. 47; H/S/W/G/N/*Rose* § 90 Rn. 88; Fitting § 90 Rn. 48; a.A. HK-BetrVG/*Kohte* § 90 Rn. 29; D/K/K/*Klebe* § 90 Rn. 37; *Schwonberg*, Einstweilige Verfügung S. 165 f. Insbesondere im Zusammenhang mit einem Unterlassungsanspruch gegen Betriebsänderungen wird diese Frage heiß diskutiert, dazu D/K/K/*Däubler* §§ 112, 112a Rn. 3 ff., 23.

26 *Walker*, Rechtsschutz Rn. 829; *Thalhofer*, Beseitigungsanspruch S. 90 ff.; *Prütting* RdA 1995, 257, 260; *Raab* ZfA 1997, 183, 197; *Lobinger* ZfA 2004, 101, 114 f; ausführlich dazu unten Rn. 424 ff.

27 So aber *Dütz* DB 1984, 115, 119; *ders.*, Unterlassungsansprüche S. 30 ff.; *Trittin* BB 1984, 1169, 1173; *Kümpel* AuR 1985, 78, 92.

28 *Richardi* NZA 1995, 8, 10; ihm folgend *Prütting* RdA 1995, 257, 261.

29 *Raab* ZfA 1997, 183, 196.

30 *Lobinger* ZfA 2004, 101, 121; *Evers*, Unterlassungsansprüche S. 76 f.

31 GK-BetrVG/*Kreutz* § 78 Rn. 31; ausführlich *Thalhofer*, Beseitigungsanspruch S. 76 ff.

3. Gebot der vertrauensvollen Zusammenarbeit

374 Im allgemeinen Zivilrecht sind die Parteien eines vertraglichen Schuldverhältnisses nach Treu und Glauben an eine Leistungstreuepflicht gebunden. Sie haben daher alles zu unterlassen, was den Vertragszweck und den Eintritt des Leistungserfolgs gefährden könnte.[32]

a) Keine Nebenpflicht ohne Hauptpflicht

375 Auf das Betriebsverfassungsrecht läßt sich diese selbständige Nebenpflicht nicht übertragen. Im Betriebsverhältnis[33] fehlt es an einer Hauptleistungspflicht, die durch die Nebenpflicht gesichert werden könnte. Mit den Beteiligungsrechten des Betriebsrats korrespondiert keine Hauptleistungspflicht des Arbeitgebers;[34] das Betriebsverhältnis ist nicht auf einen Leistungsaustausch gerichtet.[35] Dennoch leitet das BAG den allgemeinen Unterlassungsanspruch aus dem Gebot der vertrauensvollen Zusammenarbeit nach § 2 Abs. 1 BetrVG als Konkretisierung des Grundsatzes von Treu und Glauben i.S.d. § 242 BGB ab. So soll im Betriebsverhältnis die Nebenpflicht bestehen, alles zu unterlassen, was der Wahrnehmung eines konkreten Mitbestimmungsrechts entgegensteht.[36] Ob daraus ein Unterlassungsanspruch des Betriebsrats resultiere, hänge von der konkreten gesetzlichen Ausgestaltung des jeweiligen Mitbestimmungstatbestands und der Art der Rechtsverletzung ab.[37]

376 Das ist eine bloße Behauptung, aber keine Begründung. Das BAG bleibt die Antwort auf die Frage schuldig, „neben“ welcher Hauptpflicht diese Nebenpflicht bestehen soll.[38] *Lobinger* kritisiert, das Gericht instrumentalisiere § 2 Abs. 1 BetrVG gleichsam als Wundertüte, aus der man genau das heraushole, was man zuvor hineingelegt habe.[39] Der Vorwurf ist berechtigt; schließlich hat der erste Senat dieselbe Vorschrift 1983 als Begründung dafür angeführt, daß dem Betriebsrat nur bei groben Verstößen ein Unterlassungsanspruch nach § 23 Abs. 3 BetrVG zustehe.[40] Die

32 BAG 3.5.1994 – 1 ABR 24/93 – AP Nr. 23 zu § 23 BetrVG 1972 [B.III.1]; MüKoBGB/*Roth* § 241 Rn. 67.
33 Dazu oben Rn. 20.
34 GK-BetrVG/*Oetker* § 23 Rn. 133.
35 *Raab* ZfA 1997, 183, 203; *von Hoyningen-Huene* NZA 1989, 121, 123.
36 BAG 3.5.1994 – 1 ABR 24/93 – AP Nr. 23 zu § 23 BetrVG 1972 [B.III.1]; BAG 23.7.1996 – 1 ABR 13/96 – AP Nr. 68 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit [B.III.1]; so auch schon *Derleder* AuR 1983, 289, 300 f.; *Trittin* BB 1984, 1169, 1173.
37 BAG 3.5.1994 – 1 ABR 24/93 – AP Nr. 23 zu § 23 BetrVG 1972 [B.III.1].
38 *Schwonberg* (Einstweilige Verfügung S. 150) folgert daraus, das BAG nehme einen Anspruch des Betriebsrats auf Mitbestimmung an.
39 *Lobinger* ZfA 2004, 101, 117.
40 BAG 22.2.1983 – 1 ABR 27/81 – AP Nr. 2 zu § 23 BetrVG 1972[B.II.5.c].

bloße Erkenntnis, daß zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat eine Sonderverbindung besteht, ist kein Freibrief, aus dieser Sonderverbindung all jene Rechte abzuleiten, die man für billig hält.[41] Wie beliebig der Rückgriff auf § 2 Abs. 1 BetrVG ist, zeigen Stimmen in der Literatur, die als Gegenpol zum allgemeinen Unterlassungsanspruch des Betriebsrats einen Duldungsanspruch des Arbeitgebers für vorläufige Regelungen auf dieselbe Norm stützen.[42] Auch Nebenpflichten im Schuldverhältnis müssen im einzelnen begründet werden.[43] So läßt sich die Leistungstreuepflicht bei gegenseitigen Verträgen darauf zurückführen, daß der Schuldner sich privatautonom zu einem bestimmten Leistungserfolg verpflichtet hat. Gefährdet er durch sein Verhalten nachträglich diesen Erfolg, so beeinträchtigt er das Austauschverhältnis und damit den Grund, aus dem sich sein Gegenüber überhaupt auf den Vertrag eingelassen hat.[44] Das Betriebsverhältnis aber entsteht unabhängig vom Willen der Beteiligten, so daß diese Begründung versagt.[45]

b) Kein allgemeines Verbot der Zweckvereitelung

Eine Leistungstreuepflicht läßt sich im Betriebsverhältnis auch nicht **377**
dadurch konstruieren, daß man sie zu einem Verbot der Zweckvereitelung ausweitet und statt auf einen Leistungserfolg auf die Verwirklichung des Zwecks der Mitbestimmung abstellt. So sieht namentlich *Raab* den Zweck des Betriebsverhältnisses darin, ein Kräftegleichgewicht zwischen den Betriebspartnern zu wahren; dieser Zweck entspreche dem Leistungszweck im „klassischen" Schulverhältnis.[46] Wer die gesetzliche Kräfteverteilung beeinträchtigt, verstieße demnach gegen das Verbot der Zweckvereitelung und löste einen Unterlassungsanspruch der anderen Seite aus.

Den Arbeitgeber auf die Zwecke der Mitbestimmung zu verpflichten, stellt **378**
aber das System der Betriebsverfassung auf den Kopf. Er hat in den gesetzlich definierten Fällen eine Beteiligung des Betriebsrats an seinen Entscheidungen hinzunehmen, aber er muß nicht für deren Effektivität sorgen. § 2 Abs. 1 BetrVG verpflichtet ihn, mit dem Betriebsrat zusammenzuarbeiten; dieser ist aber allein für die Belegschaftsinteressen verantwortlich. Darüber hinaus bietet *Raabs* Ansatz – wie § 2 Abs: 1 BetrVG ganz allgemein – keine Möglichkeit zu Differenzierungen. Wenn

41 Ähnlich schon *Konzen* FS Zöllner S. 799, 816.
42 *Evers*, Unterlassungsansprüche S. 84; *Merten* Anmerkung AP Nr. 7 zu § 87 BetrVG 1972 Gesundheitsschutz m.w.N.; wortgleich H/L/S/*Heise/von Steinau-Steinrück* § 87 Rn. 15.
43 *Lobinger* ZfA 2004, 101, 121.
44 *Emmerich*, Leistungsstörungen § 22 Rn. 2.
45 *Bengelsdorf*, SAE 1996, 137, 142.
46 *Raab*, Rechtsschutz S. 180; *ders*. ZfA 1997, 183, 203 f.

daraus ein Unterlassungsanspruch abgeleitet wird, müßte dies entgegen dem des BAG[47] für alle Mitbestimmungsrechte, ja sogar für bloße Anhörungs- oder Informationsrechte des Betriebsrats gelten.[48]

c) Keine Verfahrenssicherung

379 Die Annahme einer verfahrenssichernden Nebenpflicht schließlich, welche verhindern soll, daß der Arbeitgeber ein laufendes Einigungsstellenverfahren umgeht und sein Ergebnis obsolet macht, erweist sich bei genauem Hinsehen als bloße *„Zweckschöpfung für ein als billig angenommenes Ergebnis"*.[49] Ob eine Verfahrenssicherung wirklich so selbstverständlich ist, wie *Derleder* meint,[50] darf angesichts des Zukunftsbezugs des Einigungsstellenverfahrens[51] bezweifelt werden. Dessen ungeachtet ersetzt die vermeintliche Selbstverständlichkeit nicht eine rechtsdogmatische Begründung.[52]

4. Rechtsschutz als Korrelat der Rechtszuweisung

a) Zuweisung einer schutzfähigen Rechtsposition

[1] Einheit von Recht und Rechtsdurchsetzung

380 Der Hinweis auf das Betriebsverhältnis und eine darauf beruhende Nebenpflicht verstellt den Blick auf den eigentlichen Grund des negatorischen Rechtsschutzes: Die Zuweisung einer Rechtsposition bedingt ihren Schutz.[53] Eine Rechtsordnung, die Rechte verspricht, ihre Durchsetzung aber nicht ermöglicht, widerspricht sich selbst. Ohne besondere Anzeichen kann ein solcher Widerspruch nicht unterstellt werden,[54] deshalb ist der negatorische Rechtsschutz als elementarste Stufe der Rechtssicherung zwingende und unmittelbare Begleiterscheinung der

---

47 BAG 3.5.1994 – 1 ABR 24/93 – AP Nr. 23 zu § 23 BetrVG 1972 [B.III.1].
48 *Thalhofer*, Beseitigungsanspruch S. 83, 88.
49 *Richardi* NZA 1995, 8, 10.
50 *Derleder* AuR 1985, 65, 77.
51 Oben Rn. 362 a.E.
52 *Richardi* NZA 1995, 8, 10; ablehnend auch *Thalhofer*, Beseitigungsanspruch S. 85 f.
53 *Richardi* § 87 Rn. 139; *ders.* FS Wlotzke S. 407, 413; *Picker* FS Gernhuber S. 315, 340; *ders.* FS Bydlinski S. 269, 316; *Salje* DB 1988, 909, 911; *Jacobs/Burger* SAE 2006, 256, 258 f.; *Kohte* FS Richardi S. 601, 614; *Thalhofer* Beseitigungsanspruch S. 24.
54 So auch BAG 23.7.1996 – 1 ABR 13/96 – AP Nr. 68 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit [B.III.1].

Rechtszuweisung. Der Inhaber beschränkt sich allein darauf, eine Beeinträchtigung abzuwehren und den Status Quo zu erhalten.[55]

Für das Eigentum wird dieser negatorische Schutz ausdrücklich durch § 1004 BGB garantiert. Die §§ 12, 1065, 1134 und 1227 BGB gewährleisten denselben Schutz für andere subjektive Rechte. Aus diesen vereinzelten gesetzlichen Regelungen folgt nicht, daß in anderen Fällen kein negatorischer Rechtsschutz gewährt würde. Vielmehr werden in einer Gesamtanalogie zu den §§ 12, 862, 1004 BGB i.V.m. § 823 Abs. 1 BGB alle deliktisch geschützten absoluten Rechte durch Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche gesichert. Dasselbe gilt für Rechtspositionen, die zwar nicht als absolute Rechte ausgeformt, aber über § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. einem Schutzgesetz gesichert sind. **381**

[2] Mitbestimmungsrechte als subjektive Rechte

Für den Betriebsrat heißt das: Falls das Gesetz ihm mit den Beteiligungsrechten eine eigene Rechtsposition zuweist, spricht eine Vermutung dafür, daß er diese Rechtsposition verteidigen kann.[56] Das wirft die Frage auf, ob die Mitbestimmungsrechte subjektive Rechte des Betriebsrats sind. Ausgehend von den Ansätzen *Savignys*, *Puchtas* und *Windscheids* auf der einen und *von Iherings* auf der anderen Seite[57] ist unter einem subjektiven Recht die „*Rechtsmacht zur selbstbestimmten Wahrnehmung der durch das jeweilige Recht geschützten Interessen*“[58] (Kombinationstheorie) zu verstehen. Unter diese Definition lassen sich grundsätzlich auch Mitbestimmungsrechte subsumieren – jedenfalls solche im engeren Sinne. **382**

[a] Rechtsmacht

Rechtsmacht meint die Freiheit des Berechtigten, nach seinem Willen ein Recht auszuüben. So entscheidet auch der Betriebsrat frei darüber, auf welche Weise er von seinem Mitbestimmungsrecht im Einzelfall Gebrauch macht.[59] Über echte Rechtsmacht verfügt er aber nur dann, wenn sich dem **383**

55 *Salje* DB 1988, 909, 912; ihm folgend *Thalhofer*, Beseitigungsanspruch S. 25.

56 *Richardi* NZA 1995, 8, 10; *ders.* FS Wlotzke S. 407, 414; *Lobinger* ZfA 2004, 101, 130; *Salje* DB 1988, 909, 912; *Schwonberg*, Einstweilige Verfügung S. 148.

57 Zur historischen Diskussion um die Definition des subjektiven Rechts *Raiser* JZ 1061, 465 f. Große Bedeutung hat der Streit angesichts der geringen praktischen Unterschiede der verschiedenen Ansätze nicht (so auch *Medicus*, BGB AT Rn. 70), zumal sich die vertretenen Ansichten nicht gegenseitig ausschließen.

58 So die Definition von Larenz/*Wolf*, BGB AT § 14 Rn. 1; ähnlich *Brox*/*Walker*, BGB AT Rn. 617; *Pawlowski*, BGB AT Rn. 107.

59 Fitting § 1 Rn. 190; *von Hoyningen-Huene*, BetrVR § 4 Rn. 3.

Gesetz entnehmen läßt, daß der Arbeitgeber diese Entscheidung zu achten hat.[60]

384 Dagegen wird eingewandt, die Mitbestimmungsrechte begründeten bloße Amtsbefugnisse oder Kompetenzen des Betriebsrats,[61] die ihm lediglich eine Verfahrensbeteiligung ohne gesichertes Ergebnis und gerade keinen echten Herrschaftsbereich einräumten.[62] Diese Sichtweise verwischt die Abgrenzung von Zuständigkeiten und Befugnissen und ist wohl ein Überbleibsel des früheren öffentlich-rechtlichen Blicks auf die Betriebsverfassung.[63] Anders als das BRG von 1920 regelt das BetrVG gerade nicht nur Fragen der Betriebsorganisation, sondern eine echte Beteiligung der Belegschaft an den Entscheidungen des Arbeitgebers. Die damit verbundene Einschränkung der Rechtsmacht des Arbeitgebers läßt sich – privatrechtlich – nur mit entgegenstehenden subjektiven Rechten, nicht aber mit Zuständigkeitsregeln erklären.[64] Das moderne Betriebsverfassungsrecht als Teil des Zivilrechts verlangt nach einer materiellrechtlichen Betrachtungsweise.[65]

Die Mitbestimmung im engeren Sinne geht im Gegensatz etwa zu den Anhörungsrechten über eine bloße Verfahrensbeteiligung hinaus, weil sie – sei es auch auf dem Umweg über die Einigungsstelle – eine echten Einfluß auf das Ergebnis gewährt. Ohne Mitbestimmung könnte der Arbeitgeber die sozialen Angelegenheiten i.S.d. § 87 Abs. 1 BetrVG allein auf der Grundlage seiner subjektiven Rechte – sei es das Eigentum an den sachlichen Betriebsmitteln, sei es das arbeitsvertragliche Weisungsrecht – regeln. Das BetrVG überträgt einen Teil dieser subjektivrechtlichen Gestaltungsmacht auf den Betriebsrat – warum aber soll es sich allein deshalb nicht mehr um eine Rechtsmacht als Basis subjektiver Rechte handeln? Der Betriebsrat verfügt über eine seiner Mitgestaltungsaufgabe[66] entsprechende Mitgestaltungsbefugnis[67] – also ein subjektives Recht,[68]

60 *Salje* BB 1988, 909, 912.

61 *Nikisch* ArbR III S. 18; *Bengelsdorf* SAE 1996, 139, 143; *Raab* ZfA 1997, 183, 194; GK-BetrVG[4]/*Thiele* Einl. Rn. 97; GK/BetrVG/*Oetker* § 23 Rn. 132.

62 *Bengelsdorf* SAE 1996, 139, 143; *Derleder* AuR 1995, 13, 14; *Heinze* RdA 1986, 273, 289 f.

63 *Jawad*, Rechtsfähigkeit S. 30; wortgleich *Wenderoth*, Unterlassungsanspruch S. 68.

64 *Hueck/Nipperdey/Säcker*, ArbR II/2 S. 1085.

65 *Veit*, Funktionelle Zuständigkeit S. 117; *Jawad*, Rechtsfähigkeit S. 30; wortgleich *Wenderoth*, Unterlassungsanspruch S. 68.

66 *von Hoyningen-Huene*, BetrVR § 11 Rn. 8.

67 *Thalhofer*, Beseitigungsanspruch S. 46.

68 *Prütting* RdA 1995, 257, 261; *Richardi* NZA 1995, 8, 10; *Jawad*, Rechtsfähigkeit S. 30; *Wenderoth*, Unterlassungsanspruch S. 69; *Hartmann*, Einstweiliger Rechtsschutz S. 145; *Salje* BB 1988, 909, 912; *Lobinger* ZfA 2004, 101, 127.

das gerade gegenüber dem Arbeitgeber als dem teilweise „Enteigneten“ besteht.[69]

[b] Geschützte Interessen

Daß die Mitbestimmungsrechte nicht die Interessen des Betriebsrats, **385**
sondern die der Belegschaft schützen, spricht nicht gegen ihre Einordnung als subjektive Rechte,[70] sondern allenfalls gegen die Rechtsträgerschaft des Betriebsrats. Ein subjektives Recht wäre nur dann zu verneinen, wenn die Befugnis überhaupt keinen menschlichen Interessen diente. Die Rechtsmacht zum Schutze bestimmter Interessen begründet das subjektive Recht. Wem dieses Recht zugeordnet wird, hängt davon ab, welchem der beiden Kriterien – Rechtsmacht oder Interessenschutz – man den Vorrang einräumt.

Jedenfalls für den Rechtsschutz spielt die formale Zuordnung der Mitbestimmungsrechte aber keine Rolle. Unstreitig steht die Rechtsausübung allein dem Betriebsrat zu,[71] so daß auch ein Unterlassungsanspruch der Belegschaft rechtstatsächlich ein Anspruch des Betriebsrats ist.[72]

b) Schutz relativer Rechte

Bedenken gegen einen negatorischen Schutz der Beteiligungsrechte **386**
können im Hinblick darauf entstehen, daß diese ausschließlich gegenüber dem Arbeitgeber, also relativ wirken, während der Unterlassungsanspruch analog § 1004 BGB nur absolute Rechte und durch § 823 Abs. 2 BGB absolut geschützte Interessen erfaßt.[73] Das relative Recht, so der Einwand einiger Autoren, erhalte seine Reichweite erst durch die Ausgestaltung in der konkreten Rechtsbeziehung.[74] Ob die *„Einheit von Recht und Rechtsdurchsetzung“*[75] deshalb in privatautonom begründeten Schuldverhältnissen womöglich nur eingeschränkt gilt,[76] mag hier dahinstehen. Das Betriebsverhältnis entsteht kraft Gesetzes, und das Gesetz gibt Bestand und Umfang der Mitbestimmungsrechte vor. Wer im Hinblick auf die relative Natur dieser gesetzlichen Rechte einen negatorischen Rechtsschutz ablehnt, verursacht denselben Widerspruch wie bei absoluten Rechten: Der

69 *Lobinger* ZfA 2004, 101, 128; *Salje* BB 1988, 909, 912.
70 So aber *Bergwitz*, Rechtsstellung S. 137 ff.
71 Statt aller GK-BetrVG/*Kraft*/*Franzen* § 1 Rn. 88.
72 So auch *Lobinger* ZfA 2004, 101, 127.
73 Dazu *Fritzsche*, Unterlassungsanspruch S. 136.
74 Kritisch daher *Raab* ZfA 1997, 183, 194; *Derleder* AuR 1995, 13, 14; *Bengelsdorf* SAE 1996, 139, 143; *Evers*, Unterlassungsansprüche S. 73.
75 So die Formulierung von *Salje* DB 1988, 909, 912.
76 Dafür *Picker* AcP 183 (1983) S. 369, 513 f.; *ders.* FS Bydlinski S.269, 314 ff.

Gesetzgeber gewährt eine Rechtsposition, verweigert ihr aber jeden Schutz und beseitigt sie damit gleichsam sofort wieder.

387 Dem steht entgegen, daß gerade die Mitbestimmungsrechte besonderen Schutz beanspruchen. Nicht einmal der Betriebsrat als Rechtsinhaber oder jedenfalls einziger „Rechtsausübungsberechtigter" kann auf die Mitbestimmung verzichten.[77] Vor diesem Hintergrund wäre es nicht zu erklären, weshalb er eine Verletzung dieser Rechte hinnehmen müßte. Hier offenbart sich das dogmatische Fundament des Versuchs, den allgemeinen Unterlassungsanspruch des Betriebsrats über eine aus § 2 Abs. 1 BetrVG abgeleitete Nebenpflicht des Arbeitgebers zu begründen. Auch im (gesetzlichen) Schuldverhältnis muß keine Seite eine Beeinträchtigung ihrer Rechte durch den anderen dulden. Die leistungssichernden Nebenpflichten sind nichts anderes als Ausprägungen des negatorischen Schutzes des Forderungsrechts.[78]

388 Gerade für gemeinsame Gestaltungsbefugnisse findet sich dieser Schutz relativer Rechte auch im allgemeinen Zivilrecht. So ergibt sich aus § 115 Abs. 1 Hs. 2 HGB ein Unterlassungsanspruch eines geschäftsführungsbefugten Gesellschafters gegen die anderen, wenn er einem konkreten Geschäft widerspricht.[79] Eine vergleichbare Regelung findet sich in § 711 Satz 2 BGB.[80] Und auch die Teilhabe jedes Elternteils an der gemeinsamen elterlichen Sorge nach § 1627 BGB ist negatorisch geschützt; der übergangene Teil kann grundsätzlich verlangen, daß der andere eigenmächtig getroffene Maßnahmen rückgängig macht[81] – erst recht muß er ihre Unterlassung verlangen können. Wenn also in diesen Fällen die gemeinsame Handlungskompetenz der Beteiligten gesichert wird, so gibt es keinen Grund, dem Betriebsrat einen solchen Schutz vorzuenthalten.[82] Zu prüfen bleibt nur, ob das Gesetz vorrangig andere Schutzmechanismen vorsieht,[83] so daß für den subsidiären allgemeinen Unterlassungsanspruch kein Raum bliebe.

389 Vor diesem Hintergrund ist *Heinzes* Unterscheidung von Bewertungs- und Bestimmungsnormen[84] für das Betriebsverfassungsrecht unergiebig.[85]

---

77 Ausführlich *Schmidt*, Verzicht S. 140 ff., insb. S. 152 f. m.w.N.
78 *Lobinger* ZfA 2004, 101, 125; *Picker* FS Bydlinski S. 269, 315 f.
79 OLG Hamm 24.6.1992 – 8 U 82/92 – BB 1993, 165 f.; MüKoHGB/*Rawert* § 115 Rn. 27; B/H/*Hopt* § 115 Rn. 4.
80 Vgl. Staudinger/*Habermeier* (2002) § 711 Rn. 9; MüKoBGB/*Ulmer*/*Schäfer* § 711 Rn. 13.
81 MüKoBGB/*Huber* § 1627 Rn. 14.
82 So auch LAG Berlin22.4.1987 – 12 TaBV/1/87 – LAGE § 23 BetrVG 1972 Nr. 8 [3.2]; *Prütting* RdA 1995, 257, 261; *Wenderoth*, Unterlassungsanspruch S. 66.
83 Dazu sogleich Rn. 392 ff.
84 *Heinze* DB 1983 Beilage 9 S. 3 f.

Wenn das Gesetz einer Person eine Rechtsposition gegenüber einem anderen zuweist, läßt sich nicht begründen, warum der Berechtigte keine Möglichkeit haben soll, Beeinträchtigungen dieser Rechtsposition abzuwehren. Wer negatorischen Rechtsschutz in Anspruch nimmt, macht den elementaren Inhalt der zugewiesenen Rechtsposition selbst geltend. Eine Unterscheidung von „Recht" und „Berechtigung", wie sie das BAG 1983 im Anschluß an *Heinze* zu begründen suchte,[86] versagt demgegenüber und kann allenfalls für darüber hinausgehende Ansprüche (z.B. Erfüllung) Bedeutung erlangen.

5. Fazit

Mit der Zuweisung gesetzlicher Mitbestimmungsrechte korrespondiert ein negatorischer Schutz dieser Rechte.[87] Grundlage des allgemeinen Unterlassungsanspruchs des Betriebsrats sind die Mitbestimmungstatbestände selbst. Der Einwand, es fehle an einer planwidrigen Regelungslücke, welche die „Schaffung" eines allgemeinen Unterlassungsanspruchs kraft Rechtsfortbildung legitimiere,[88] geht fehl, weil das Gesetz nicht ergänzt, sondern ausgelegt wird.[89] **390**

III. Voraussetzungen

1. Rechtszuweisung

Grundvoraussetzung für den allgemeinen Unterlassungsanspruch ist demnach, daß das Gesetz dem Betriebsrat ein Recht zur Mitgestaltung einer Angelegenheit einräumt, in das der Arbeitgeber eingreift, wenn er eigenmächtige Regelungen in der Sache trifft. Diese Feststellung ist für jedes Beteiligungsrecht gesondert zu treffen.[90] **391**

85 Kritisch auch *Raab*, Negatorischer Rechtsschutz S. 77 ff.; *Schwonberg*, Einstweilige Verfügung S. 139 ff.

86 BAG 22.2.1983 – 1 ABR 27/81 – AP Nr. 2 zu § 23 BetrVG 1972 [B.II.2].

87 *Lobinger* (ZfA 2004, 101,116) spricht von „*Koinzidenz von Rechtszuweisung und negatorischem Schutz der zugewiesenen Rechtsposition*".

88 So *Konzen* NZA 1995, 865, 871 f.; ähnlich *von Hoyningen-Huene*, BetrVR § 4 Rn. 91.

89 *Thalhofer*, Beseitigungsanspruch S. 37.

90 *Richardi* FS Wlotzke S. 407, 420; im Ergebnis ebenso BAG 3.5.1994 – 1 ABR 24/93 – AP Nr. 23 zu § 23 BetrVG 1972 [B.III.1].

2. Keine abschließende Regelung

392 Ob ein Unterlassungsanspruch besteht, ist eine Frage der Gesetzesauslegung. Die konkrete Ausgestaltung des Schutzes ist Sache des Gesetzgebers. Der allgemeine Unterlassungsanspruch scheidet demnach aus, soweit das Gesetz die Rechtsfolgen mitbestimmungswidrigen Verhaltens abschließend regelt.[91]

a) § 23 Abs. 3 BetrVG

393 Diese Erkenntnis war es auch, die den ersten Senat des BAG 1983 zu dem Irrtum bewog, neben § 23 Abs. 3 BetrVG sei kein Raum für einen allgemeinen Unterlassungsanspruch des Betriebsrats.[92] Inzwischen ist diese irrige Ansicht weitgehend überwunden.[93]

394 Versteht man § 23 Abs. 3 Satz 1 BetrVG wortlautgetreu rein verfahrensrechtlich als Regelung eines besonderen Antragsrechts,[94] so liegt darin schon denklogisch keine abschließende materiellrechtliche Regelung. Die besseren – insbesondere gesetzeshistorischen[95] – Argumente sprechen allerdings dafür, daß die Vorschrift eine materiellrechtliche Anspruchsgrundlage enthält.[96]

395 Dem Wortlaut der Norm läßt sich dessen ungeachtet nicht entnehmen, daß sie weitergehende Unterlassungsansprüche ausschlösse. Die Entstehungsgeschichte spricht dagegen. Der Unterlassungsanspruch bei groben Verstößen wurde als Parallele zur Betriebsratsauflösung nach § 23

---

91 *Thalhofer*, Beseitigungsanspruch S. 55; *Raab* ZfA 1997, 183, 205.

92 BAG 22.2.1983 – 1 ABR 27/81 – AP Nr. 2 zu § 23 BetrVG 1972 [B.II].

93 BAG 3.5.1994 – 1 ABR 24/93 – AP Nr. 23 zu § 23 BetrVG 1972 [B.II]; GK-BetrVG/*Oetker* § 23 Rn. 129; ErfK/*Eisemann*/*Koch* § 23 BetrVG Rn. 34; ErfK/*Kania* § 87 BetrVG Rn. 138; Fitting § 23 Rn. 97; Richardi/*Thüsing* § 23 Rn. 77; D/K/K/*Trittin* § 23 Rn. 130; H/L/S/*Nadler* § 23 Rn. 41; *Raab*, Negatorischer Rechtsschutz S. 130 f.; *Derleder* AuR 1995, 13, 14; *Konzen* NZA 1995, 865, 869; *Prütting* RdA 1995, 257, 262; *Richardi* NZA 1995, 8, 9; *Lobinger* ZfA 2004, 101, 130 ff.; a.A. aber noch S/W/S § 23 Rn. 28; *Bengelsdorf* SAE 1996, 139, 140 f.; *Dobberahn* NJW 1995, 1333, 1334; *von Hoyningen-Huene* BetrVR § 4 Rn. 91; wohl auch H/S/W/G/N/*Schlochauer* § 23 Rn. 81a.

94 Richardi/*Thüsing* § 23 Rn. 76; GK-BetrVG/*Oetker* § 23 Rn. 127 m.w.N.

95 Ausführlich dazu *Raab*, Negatorischer Rechtsschutz S. 73 f.

96 BAG 22.2.1983 – 1 ABR 27/81 – AP Nr. 2 zu § 23 BetrVG 1972 [B.II.1]; BAG 3.5.1994 – 1 ABR 24/93 – AP Nr. 23 zu § 23 BetrVG 1972 [B.II]; grundlegend *Heinze* DB 1983 Beilage 9 S. 6 ff.; *Konzen*, Leistungspflichten S. 47; *Raab* ZfA 1997, 183, 188; *Prütting* RdA 1995, 257, 262; a.A. GK-BetrVG/*Oetker* § 23 Rn. 127 m.w.N.

Abs. 1 BetrVG in das BetrVG 1972 aufgenommen.[97] Als archimedischer Punkt des betriebsverfassungsrechtlichen Rechtsschutzes[98] war die Vorschrift also von Anfang an nicht gedacht.

Gegen eine abschließende Regelung sprechen auch systematisch-teleologische Überlegungen. Aus dem Zusammenhang mit § 23 Abs. 1 BetrVG ergibt sich, daß Abs. 3 nicht Sanktion für vergangenes Verhalten ist, sondern die Grundlagen der betriebsverfassungsrechtlichen Ordnung sichern soll.[99] Für die Auflösung des Betriebsrats leuchtet diese Erkenntnis unmittelbar ein: Eine Neuwahl kompensiert nicht vergangenes Fehlverhalten; aber die Ablösung des bisherigen Betriebsrats vermindert das Risiko, daß sich die Rechtsverletzung wiederholt.[100] § 23 Abs. 3 BetrVG ist ebenso zukunftsbezogen. Der grobe Pflichtverstoß ist nur Anlaß, nicht aber Grund der gerichtlichen Maßnahme.[101] Die Vorschrift erfüllt eine Ordnungsfunktion: Sie soll sicherstellen, daß zumindest grobe Verstöße für die Zukunft unterbunden werden – unabhängig davon, ob schon unterhalb dieser Schwelle Rechtsschutz bestünde oder nicht.[102] So wird ein Mindestmaß an Gesetzestreue des Arbeitgebers gesichert. Deshalb können auch die im Betrieb vertretenen Gewerkschaften den Antrag stellen, obwohl sie selbst als Verletzte ausscheiden: Es geht nicht um den Schutz subjektiver Rechte, sondern um objektive Rechtskontrolle.[103] Daneben bleibt Raum für einen negatorischen Rechtsschutz. **396**

b) Einigungsstellenverfahren

Auch soweit das Gesetz dem Betriebsrat die Möglichkeit gibt, über die Einigungsstelle eine betriebliche Regelung zu erzwingen, ist der Unterlassungsanspruch nicht ausgeschlossen.[104] Wenn man den Betriebsrat auf eine Anrufung der Einigungsstelle beschränken wollte, so würde man umgekehrt dem Arbeitgeber bis zum Abschluß des Verfahrens eine vorläufige Regelungskompetenz zubilligen. Eine solche besteht aber in sozialen Angelegenheiten im Umkehrschluß zu den Vorschriften der §§ 100 Abs. 1 Satz 1 und 115 Abs. 7 Nr. 4 Satz 1 BetrVG nicht.[105] **397**

97 D/K/K/*Trittin* § 23 Rn. 130; *Gamillscheg*, KollArbR II S. 753; *Derleder* AuR 1983, 289, 295.
98 So die Formulierung von *Raab* ZfA 1997, 183, 186.
99 BAG 20.4.1999 – 1 ABR 72/98 – AP Nr. 89 zu Art. 9 GG [B.II.1.a und 2.a].
100 GK-BetrVG/*Oetker* § 23 Rn. 10.
101 *Lobinger* ZfA 2004, 101, 132.
102 *Derleder* AuR 1995, 13, 14; *Prütting* RdA 1995, 257, 261.
103 *Lobinger* ZfA 2004, 101, 132.
104 So aber *Walker* SAE 1995, 99, 102; *Bengelsdorf* SAE 1996, 139, 143 f.; S/W/S § 87 Rn. 3c.
105 *Raab* ZfA 1997, 183, 212; *Thalhofer*, Beseitigungsanspruch S. 99 f.; oben Rn. 362.

398 Daß der Betriebsrat die Einigungsstelle anruft, ist nicht einmal Voraussetzung des Unterlassungsanspruchs. Das Einigungsstellenverfahren soll in umstrittenen Fragen eine betriebliche Regelung ermöglichen.[106] Es zielt also auf eine Veränderung des Status Quo, während der Betriebsrat diesen Status mit seinem Unterlassungsanspruch gerade sichern will. Wenn der Arbeitgeber eine Regelung im Betrieb gegen den Willen des Betriebsrats erreichen will, muß er selbst die Einigungsstelle anrufen.

3. Keine überschießende Wirkung

a) Kein Unterlassungsanspruch bei bloßen Mitwirkungsrechten

399 Weil sich der negatorische Rechtsschutz in der bloßen Verteidigung des Rechts, also in der Erhaltung (oder im Falle des Beseitigungsanspruchs der Wiederherstellung) des Status Quo erschöpft, kann der Arbeitgeber in seiner Handlungsfreiheit nicht stärker eingeschränkt werden, als er es durch das Beteiligungsrecht des Betriebsrats von vornherein ist.[107] Eine solche überschießende Wirkung ließe sich nicht auf die Koinzidenz von Rechtszuweisung und negatorischem Schutz stützen; die Grenzen der Anspruchsgrundlage wären überschritten.

400 Wie für die Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung gilt deshalb für den allgemeinen Unterlassungsanspruch: Bloße Mitwirkungsrechte sind grundsätzlich nicht geschützt.[108] Anders als echte Mitbestimmungsrechte und Zustimmungsverweigerungsrechte begründen sie keine Beteiligung des Betriebsrats an der Maßnahme selbst. Diese Maßnahme zu untersagen ginge also über das hinaus, was der Betriebsrat je durch Ausübung seines Mitwirkungsrechts erreichen könnte.

b) Initiativrechte

401 Überschießend wäre ein Unterlassungsanspruch auch bei Mißachtung eines bloßen Initiativrechts.

> Auch wenn der Betriebsrat etwa unter den Voraussetzungen des § 95 Abs. 2 Satz 1 BetrVG die Aufstellung von Auswahlrichtlinien verlangt, kann er bis zu einer Einigung nicht verhindern, daß der Arbeitgeber Personalentscheidungen

106 Oben Rn. 362 a.E.

107 *Raab* ZfA 1997, 183, 205.

108 *Richardi* FS Wlotzke S. 407, 418; *Prütting* RdA 1995, 257, 261; *Raab* ZfA 1997, 183, 205; *Thalhofer* S. 42 f.; anders *Kohte* FS Richardi S. 601, 614 für das Beratungsrecht des Betriebsrats bei Massenentlassungen unter Verweis auf die europarechtlichen Anforderungen (zur Sonderstellung dieses Mitwirkungsrechts oben Rn. 87 ff).

im Alleingang trifft – solange dabei keine abstrakten Richtlinien zur Anwendung kommen.

Das Initiativrecht allein gewährt lediglich die Möglichkeit, eine Regelung für die Zukunft zu erzwingen – es wird aber durch zwischenzeitliche Maßnahmen des Arbeitgebers nicht beeinträchtigt und begründet daher auch keinen Unterlassungsanspruch.[109] Anders liegt die Sache nur, wenn – wie bei § 87 Abs. 1 BetrVG – das Initiativrecht lediglich ein Mitbestimmungsrecht in der Sache verstärkt.

c) Angst vor Blockadepolitik

402 Teilweise wird eine überschießende Wirkung des Unterlassungsanspruchs auch für echte Mitbestimmungsrechte und Zustimmungsverweigerungsrechte behauptet. Indem der Betriebsrat Maßnahmen des Arbeitgebers verhindere, maße er sich – bis zum Abschluß eines eventuellen Einigungsstellenverfahrens – ein Alleinentscheidungsrecht an, obwohl er nach dem BetrVG allenfalls zur Mitentscheidung berufen sei.[110] Darin soll gar ein nach § 77 Abs. 1 Satz 2 BetrVG unzulässiger Eingriff in die Betriebsleitung liegen.[111]

403 Diese Ansicht ist deshalb falsch, weil sie unterstellt, der Arbeitgeber dürfe im Gegensatz zum Betriebsrat in mitbestimmungsbedürftigen Angelegenheiten allein handeln. Die einseitige Entscheidungsmacht ist ihm durch die Mitbestimmung aber gerade genommen. Beschränkt sich der Betriebsrat darauf, im Wege des negatorischen Rechtsschutzes eigenmächtige Maßnahmen des Arbeitgebers zu unterbinden, so maßt er sich damit kein Alleinentscheidungsrecht an, sondern wehrt nur die Rechtsanmaßung des Arbeitgebers ab.[112] Darin liegt kein Verstoß gegen § 77 Abs. 1 Satz 2 BetrVG, weil diese Vorschrift nur die Eigenmacht des Betriebsrats verbietet, sie hindert ihn aber nicht daran, für gesetzlich garantierte Rechtspositionen Rechtsschutz in Anspruch zu nehmen.[113]

404 Richtig ist freilich, daß der Betriebsrat mit dem Unterlassungsanspruch ein scharfes Schwert an der Hand hat, das er auch rechtswidrig einsetzen kann, etwa um den Arbeitgeber durch Androhung einer Blockadepolitik zu Koppelungsgeschäften zu zwingen.[114] Der mögliche Mißbrauch einer

109 *Richardi* NZA 1995, 8, 10; *Thalhofer*, Beseitigungsanspruch S. 47; *Löwisch*/Kaiser § 87 Rn. 29.
110 *Beuthien* ZfA 1988, 1, 23.
111 *Beuthien* ZfA 1988, 1, 22; *Bengelsdorf* SAE 1996, 139, 145; in diese Richtung auch Z/L/H § 48 III 6.
112 *Lobinger* ZfA 2004, 101, 139.
113 *Richardi* NZA 1995, 8, 10.
114 *Bengelsdorf* SAE 1996, 139, 145; *Konzen* NZA 1995, 865, 867; *Bauer*/*Diller* ZIP 1995, 95, 99 f.

Rechtsposition ist jedoch kein Grund, ihr die Anerkennung zu verweigern. Die Rechtsordnung muß den Mißbrauch verhindern, nicht die Rechtsausübung.[115]

Richtig ist auch, daß der Betriebsrat mit einer einstweiligen Verfügung seinen Unterlassungsanspruch kurzfristig durchsetzen[116] und damit den Arbeitgeber erheblich unter Druck setzen kann. Die Effektivität des Rechtsschutzes ist aber ebensowenig Argument gegen den Unterlassungsanspruch wie die Mißbrauchsgefahr. Dafür, daß die Arbeitgeberinteressen im Eilverfahren nicht übergangen werden, muß das Verfahrensrecht sorgen.[117] Wer im Unterlassungsanspruch dennoch eine zu große Gefahr für die unternehmerische Freiheit sieht,[118] muß konsequenterweise beim Gesetzgeber um eine Einschränkung der Beteiligungsrechte nachsuchen und kann sich nicht darauf beschränken, deren Durchsetzung zu erschweren.

IV. Reichweite

405 Welche Beteiligungsrechte durch den allgemeinen Unterlassungsanspruch geschützt sind, hat das BAG hat noch bei weitem nicht abschließend geklärt; in der Literatur ist vieles umstritten. Maßgeblich für die horizontale Reichweite des negatorischen Rechtsschutzes sind die oben[119] genannten Voraussetzungen.

1. Soziale Angelegenheiten, § 87 BetrVG

406 Es entspricht der gefestigten Rechtsprechung des BAG, daß jedenfalls die Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten nach § 87 Abs. 1 BetrVG durch den allgemeinen Unterlassungsanspruch gesichert ist.[120] Diese An-

115 *Lobinger* ZfA 2004, 101, 138; ähnlich *Wiese* NZA 2006, 1, 3; zur Ahndung von Koppelungsgeschäften *Rieble/Klebeck* NZA 2006, 758, 761 f.

116 BAG 3.5.1994 – 1 ABR 24/93 – AP Nr. 23 zu § 23 BetrVG 1972 [B.III.3]; LAG Hamm 22.8.2008 – 10 TaBVGa 11/08 – juris; LAG Sachsen-Anhalt 17.6.2008 8 TaBVGa 10/08 – juris; HessLAG 4.10.2007 5 TaBVGa91/07 – AiB 2008, 100; *Rossa/Salamon* NJW 2008, 1991, 1995; D/K/K/*Trittin* § 23 Rn. 122; HK-BetrVG/*Düwell* § 23 Rn. 72; Fitting § 23 Rn. 103; GK-BetrVG/*Oetker* § 23 Rn. 142 m.w.N.; ausführlich dazu unten Rn. 424 ff.

117 Ausführlich dazu unten Rn. 456 ff.

118 So etwa *Walker* SAE 1995, 99, 102.

119 Rn. 391 ff.

120 Nachweise oben Fn. 3 zu Rn. 366.

sicht teilt der ganz überwiegende Teil der Literatur,[121] soweit der Unterlassungsanspruch nicht von vornherein abgelehnt wird.

Die h.M. verdient Zustimmung. § 87 Abs. 2 BetrVG läßt sich nicht etwa eine abschließende Regelung der Rechtsfolgen entnehmen.[122] Absurd mutet es an, wenn in der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung eine abschließende Regelung des Gesetzgebers gesehen wird,[123] obwohl diese im Gesetz an keiner Stelle ihren Niederschlag gefunden hat.[124] **407**

Eine überschießende Wirkung ist mit dem Unterlassungsanspruch nicht verbunden, weil § 87 Abs. 1 BetrVG über eine bloße Verfahrensbeteiligung des Betriebsrats hinausgeht. Dabei ist entgegen *Lobinger*[125] nicht nach den einzelnen Tatbeständen des § 87 Abs. 1 BetrVG zu unterscheiden. Der Arbeitgeber darf in sozialen Angelegenheiten nicht allein entscheiden – unabhängig davon, ob die Mitbestimmung der Belegschaft insgesamt oder, etwa bei der Festlegung der zeitlichen Lage des Urlaubs nach Nr. 5, vor allem einzelnen Arbeitnehmern dient.[126] Das gilt selbst dann, wenn der Betriebsrat nur zur Mitbeurteilung[127] im Sinne einer Rechtmäßigkeitskontrolle berufen ist. Darin liegt der Unterschied zum bloßen Anhörungsrecht, das die Entscheidung selbst beim Arbeitgeber beläßt. **408**

2. Personalfragebogen und Beurteilungsgrundsätze, § 94 BetrVG

Die Überlegungen zu § 87 Abs. 1 BetrVG sind im wesentlichen auf die Mitbestimmungsrechte aus § 94 BetrVG übertragbar. Der Betriebsrat muß sich nicht auf die Anrufung der Einigungsstelle verweisen lassen. **409**

121 GK-BetrVG/*Oetker* § 23 Rn. 140; H/L/S/*Heise/von Steinau-Steinrück* § 87 Rn. 15; *Löwisch*/Kaiser § 87 Rn. 28; HK-BetrVG/*Kohte* § 87 Rn. 158; D/K/K/*Klebe* § 87 Rn. 316; Fitting § 87 Rn. 596; *Richardi* § 87 Rn. 136; *Gamillscheg*, KollArbR II S. 754; ErfK/*Kania* § 87 BetrVG Rn. 138; *Derleder* AuR 1995, 13, 15; *Prütting* RdA 1995, 257, 261; *Salje* DB 1988, 909, 912 f.; *Raab* ZfA 1997, 183, 209 ff.; einschränkend *Lobinger* ZfA 2004, 101, 148 ff.; der nach Tatbeständen differenziert (dazu sogleich); ablehnend weiter S/W/S § 87 Rn. 3a m.w.N.

122 Zum Einigungsstellenverfahren schon oben Rn. 397 f.

123 So aber *Konzen* NZA 1995, 865, 868 ff.; *Rüthers/Henssler* Anmerkung EzA § 23 BetrVG 1972 Nr. 9; *Bengelsdorf* SAE 1996, 139, 153 zu § 99 BetrVG; so auch noch BAG 22.2.1983 – 1 ABR 27/81 – AP Nr. 2 zu § 23 BetrVG 1972 [B.II.5].

124 BAG 23.7.1996 – 1 ABR 13/96 – AP Nr. 68 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit [B.III.1].

125 ZfA 2004, 101, 145, 148 ff.

126 GK-BetrVG/*Oetker* § 23 Rn. 139.

127 Z.B. bei § 87 Abs. 1 Nr. 5, dazu *Richardi* § 87 Rn. 465.

410 Richtig ist zwar, daß § 94 Abs. 1 Satz 1 BetrVG den Betriebsrat auf eine Mitbeurteilung beschränkt, weil sich die Zulässigkeit einer Frage allein aus dem Individualarbeitsrecht ergibt.[128] Zu einer echten Mitgestaltung ist er also nicht aufgerufen, so daß man daran zweifeln könnte, ob § 94 Abs. 1 BetrVG ihm wirklich eine eigene schutzfähige Rechtsposition einräumt. Die Beteiligung des Betriebsrats soll aber gewährleisten, daß unzulässige Fragen gar nicht gestellt werden, da die Arbeitnehmer de facto kaum Abwehrmöglichkeiten haben. Das Gesetz bezweckt eine Verlagerung des Streits von der individualrechtlichen auf die kollektive Ebene.[129] Der Betriebsrat kann diese Aufgabe nur erfüllen, wenn er den Arbeitgeber davon abhält, unzulässige Fragen zu stellen. Deshalb steht ihm ein Unterlassungsanspruch gegen Verletzungen des Mitbestimmungsrechts zu.[130]

411 Für Beurteilungsgrundsätze (§ 94 Abs. 2 BetrVG) gilt dasselbe. Das Mitbestimmungsrecht dient dazu, Beurteilungen zu objektivieren[131] und so im Einzelfall Streit zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer zu vermeiden. Dazu räumt das Gesetz dem Betriebsrat eine wehrhafte Rechtsposition ein, denn nur so kann er erzwingen, daß Streit über die vom Arbeitgeber gewählten Kriterien schon im Vorfeld beigelegt wird.[132]

3. Auswahlrichtlinien, § 95 BetrVG

412 Auswahlrichtlinien darf der Arbeitgeber nur zusammen mit dem Betriebsrat aufstellen, damit dieser die Auswahlkriterien im Sinne der Arbeitnehmer beeinflussen und zugleich verhindern kann, daß der Arbeitgeber unter dem Deckmantel objektiver Kriterien die Auswahlentscheidung allein an seinen eigenen Interessen ausrichtet.[133] Deshalb sind nach dem BAG nicht nur abstrakt-generelle, sondern auch konkret-generelle Richt-

128 BAG 2.12.1999 – 2 AZR 724/98 – AP Nr. 16 zu § 79 BPersVG [III.4.b.cc]; GK-BetrVG/*Kraft*/*Raab* § 94 Rn. 39.

129 *Raab* ZfA 1997, 183, 227 f.; in diese Richtung auch Richardi/*Thüsing* § 94 Rn. 37; Berger/*Boemke*, Einstweiliger Rechtsschutz Kap. 14 Rn. 165.

130 LAG Frankfurt 5.10.1993 – 5 TaBVGa 112/93 – AiB 1994, 121; *Prütting* RdA 1995, 257, 261; *Raab* ZfA 1997, 183, 228; D/K/K/*Klebe* § 94 Rn. 44; ErfK/*Kania* § 94 Rn. 5; HK-BetrVG/*Kreuder* § 94 Rn. 27; Berger/*Boemke*, Einstweiliger Rechtsschutz Kap. 14 Rn. 165; a.A. *Konzen*, Leistungspflichten S. 81; *Heinze* DB 1983 Beilage 9 S. 17.

131 GK-BetrVG/*Kraft*/*Raab* § 94 Rn. 4.

132 *Raab* ZfA 1997, 183, 228; im Ergebnis ebenso LAG Berlin 22.4.1987 – 12 Ta/BV 1/87 – LAGE § 23 BetrVG 1972 Nr. 8; *Prütting* RdA 1995, 257, 261; D/K/K/*Klebe* § 94 Rn. 44; Berger/*Boemke*, Einstweiliger Rechtsschutz Kap. 14 Rn. 165; a.A. *Konzen*, Leistungspflichten S. 81; *Heinze* DB 1983 Beilage 9 S. 17.

133 BAG 27.10.1992 – 1 ABR 4/92 – AP Nr. 29 zu § 95 BetrVG 1972 [C.II.1.c]; BAG 10.12.2002 – 1 ABR 27/01 – AP Nr. 42 zu § 95 BetrVG 1972 [B.III.3.c.cc.(4)]; GK-BetrVG/*Kraft*/*Raab* § 95 Rn. 1; *Rossa*/*Salamon* NJW 2008, 1991.

linien für eine konkret anstehende Auswahlentscheidung mitbestimmungsbedürftig.[134] Das Gesetz verlangt danach in jedem Fall eine Beteiligung im Vorfeld der personellen Maßnahme, wenn der Arbeitgeber nicht ganz auf Richtlinien verzichtet. Diese Beteiligung im Voraus kann der Betriebsrat nur gewährleisten, wenn er verhindert, daß der Arbeitgeber eine Entscheidung auf eigenmächtig aufgestellte Auswahlrichtlinien stützt.[135] Darin liegt auch dann keine überschießende Wirkung, wenn dem Betriebsrat kein Initiativrecht (§ 95 Abs. 2 BetrVG) zusteht. Der Unterlassungsanspruch richtet sich nur gegen die Anwendung der Richtlinien, nicht gegen die Auswahlentscheidung (z.B. Kündigung).[136] Die Freiheit des Arbeitgebers beschränkt sich also darauf, auf Auswahlrichtlinien zu verzichten und seine Entscheidung nach individuellen Kriterien zu treffen.[137]

4. Berufsbildung, § 98 BetrVG

Im Bereich der Berufsbildung kommt ein allgemeiner Unterlassungsanspruch nur für die Beteiligung nach § 98 BetrVG in Betracht, weil nur diese Vorschrift – anders als die §§ 96, 97 BetrVG – echte Mitbestimmungsrechte enthält. **413**

§ 98 Abs. 1 BetrVG läßt sich eine negatorisch geschützte Rechtszuweisung entnehmen.[138] Die Rechtslage ist vergleichbar mit der bei § 95 Abs. 1 BetrVG. Über das „Ob" der Durchführung kann der Arbeitgeber allein entscheiden, nicht aber über das „Wie". Daß das Einigungsstellenverfahren (§ 98 Abs. 4 BetrVG) nicht als abschließende Regelung verstanden werden kann, wurde bereits dargelegt.[139] **414**

Eine Rechtszuweisung an den Betriebsrat als Grundlage des allgemeinen Unterlassungsanspruchs enthält auch § 98 Abs. 3 BetrVG.[140] Allerdings ist **415**

134 BAG 26.7.2005 – 1 ABR 29/04 – AP Nr. 43 zu § 95 BetrVG 1972 [B.II.1]; zustimmend *Jacobs*/*Burger* SAE 2006, 256 ff.; kritisch *Schiefer* DB 2007, 54, 58.

135 BAG 26.7.2005 – 1 ABR 29/04 – AP Nr. 43 zu § 95 BetrVG 1972 [B.II.2.b.bb]; Fitting § 95 Rn. 31; GK-BetrVG/*Kraft*/*Raab* §95 Rn. 23; D/K/K/*Klebe* § 95 Rn. 32; a.A. H/S/W/G/N/*Rose* § 95 Rn. 75; *Jacobs*/*Burger* SAE 2006, 256, 259; Berger/*Boemke*, Einstweiliger Rechtsschutz Kap. 14 Rn. 166.

136 Ausführlich *Rossa*/*Salamon* NJW 2008, 1991, 1994.

137 BAG 10.12.2002 – 1 ABR 27/01 – AP Nr. 42 zu § 95 BetrVG 1972 [B.III.4.b]; GK-BetrVG/*Kraft*/*Raab* § 95 Rn. 20.

138 *Prütting* RdA 1995, 257, 261; GK-BetrVG/*Raab* § 98 Rn. 28; a.A. Berger/*Boemke*, Einstweiliger Rechtsschutz Kap. 14 Rn. 169.

139 Oben Rn. 397 f.

140 *Prütting* RdA 1995, 257, 261; GK-BetrVG/*Raab* § 98 Rn. 28; insoweit auch *Heinze* DB 1983 Beilage 9 S. 18, der allerdings im Einigungsstellenverfahren eine abschließende Regelung sieht; a.A. Berger/*Boemke*, Einstweiliger Rechtsschutz Kap. 14 Rn. 169.

die beschränkte Reichweite des Mitbestimmungstatbestands zu beachten. Der Arbeitgeber verletzt das Mitbestimmungsrecht nur dann, wenn er – ohne die Einigungsstelle anzurufen – eine Bildungsmaßnahme durchführt und nicht allen vom Betriebsrat vorgeschlagenen Arbeitnehmer die Teilnahme ermöglicht. Schlägt der Betriebsrat hingegen gar keine Arbeitnehmer vor, oder werden alle seine Vorschläge berücksichtigt, scheidet ein Unterlassungsanspruch aus.

§ 98 Abs. 3 BetrVG enthält demgegenüber nicht bloß ein Initiativrecht.[141] Die Beteiligung richtet sich nicht allein gegen Untätigkeit des Arbeitgebers. Dieser kann Vorschläge des Betriebsrats nicht einseitig ablehnen, insoweit greift das positive Konsensprinzip.[142]

416 Das Mitbestimmungsrecht aus § 98 Abs. 2 BetrVG hingegen ist nicht durch den allgemeinen Unterlassungsanspruch geschützt. § 98 Abs. 5 BetrVG sieht ein besonderes Verfahren zur Durchsetzung der Beteiligung vor und läßt Ordnungsmittel gegen den Arbeitgeber erst ab Rechtskraft der gerichtlichen Entscheidung zu. Bis zu diesem Zeitpunkt ist er also nicht gehindert, einseitige Maßnahmen zu treffen, und dementsprechend verfügt der Betriebsrat vorher auch nicht über eine wehrhafte Rechtsstellung.[143]

5. Personelle Einzelmaßnahmen, § 99 BetrVG

417 Daß dem Betriebsrat in § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG eine solche wehrhafte Rechtsposition zugewiesen ist, zeigt sich an § 101 Satz 1 BetrVG. Danach kann er vom Arbeitgeber die Aufhebung einer Maßnahme verlangen, die dieser unberechtigt ohne seine Zustimmung durchgeführt hat. Für einen allgemeinen Beseitigungsanspruch läßt diese spezielle Regelung keinen Raum.[144] Damit ist aber ein Unterlassungsanspruch im Vorfeld nicht ausgeschlossen. Ein solcher scheidet mit Blick auf § 100 BetrVG nur von vornherein aus, soweit der Arbeitgeber das in dieser Vorschrift festgelegte Verfahren für vorläufige Maßnahmen einhält.[145]

418 Mißachtet der Arbeitgeber diese formellen Vorgaben, so befürworten einige Stimmen in der Literatur einen Unterlassungsanspruch. Die gesetz-

141 So aber *Thalhofer*, Beseitigungsanspruch S. 47.

142 Richardi/*Thüsing* § 98 Rn. 3 f.; GK-BetrVG/*Raab* § 98 Rn. 24; D/K/K/*Buschmann* § 98 Rn. 23.

143 MünchArbR/*Matthes* § 262 Rn. 34 f.; GK-BetrVG/*Raab* § 98 Rn. 30; G/L/*Löwisch* § 98 Rn. 16; *Walker* ZfA 2005, 45, 50.

144 BAG 17.3.1987 – 1 ABR 65/85 – AP Nr. 7 zu § 23 BetrVG 1972 [B.II.2.b] zum Verhältnis von § 101 BetrVG zu § 23 Abs. 3 BetrVG.

145 *Lobinger* ZfA 2004, 101, 169; *Bengelsdorf* SAE 1996, 139, 152; *Derleder* AuR 1995, 13, 15.

liche Regelung lasse eine erhebliche Schutzlücke bei kurzfristigen Maßnahmen des Arbeitgebers, die sich vor Abschluß eines Verfahrens nach § 101 BetrVG erledigen würden. Der Betriebsrat könne nicht einmal reagieren, wenn der Arbeitgeber im Voraus ankündige, ihn nicht zu beteiligen. Die „Verfahrensilloyalität" des Arbeitgebers soll einen negatorischen Rechtsschutz über die ausdrückliche gesetzliche Regelung hinaus rechtfertigen.[146] Das BAG hat diese Frage bislang offen gelassen.[147]

419 Diese Schutzlücke ist nicht zu bestreiten, aus ihr ergibt sich jedoch kein Unterlassungsanspruch des Betriebsrats. Der Gedanke der Koinzidenz von Rechtszuweisung und negatorischem Rechtsschutz hindert den Gesetzgeber nicht, Schutzlücken zu lassen. Der allgemeine Unterlassungsanspruch als elementare Form der Rechtsverteidigung ist streng subsidiär. Die kollektivrechtlichen Rechtsfolgen mitbestimmungswidriger personeller Einzelmaßnahmen sind durch die §§ 100, 101 BetrVG abschließend[148] geregelt.

420 § 100 Abs. 1 Satz 1 BetrVG billigt dem Arbeitgeber das Recht zu, über die Dringlichkeit einer Maßnahme in einem ersten Schritt eigenständig zu entscheiden. Unzulässig wird eine auf dieser Basis getroffene Maßnahme gemäß § 100 Abs. 2 Satz 3 BetrVG frühestens drei Tage, nachdem der Betriebsrat sie beanstandet hat. Bis zu diesem Zeitpunkt kann der Arbeitgeber die Maßnahme also „retten", indem er entweder die Zustimmung des Betriebsrats einholt oder das Arbeitsgericht anruft. Warum die Zustimmung fehlt, kann vor diesem Hintergrund keine Rolle spielen. Es ist also unerheblich, ob der Betriebsrat seine Zustimmung bewußt verweigert hat, oder aber ob er gar keine Gelegenheit hatte, sie zu erteilen, weil der Arbeitgeber ihn unter Verstoß gegen § 100 Abs. 1 Satz 2 BetrVG gar nicht unterrichtet hat.[149] Erst recht ist der Unterrichtungsanspruch nach § 100 Abs. 2 Satz 2 BetrVG als bloßes Mitwirkungsrecht nicht selbst durch einen Unterlassungsanspruch geschützt. Darin läge eine überschießende Wirkung, weil der Betriebsrat auch bei ordnungsgemäßer Unterrichtung selbst durch seinen Widerspruch die vorläufige Durchführung der Maßnahme nicht verhindern könnte.[150]

146 *Bauer/Diller* ZIP 1995, 95, 98; *Derleder* AuR 1995, 13, 16; *Soost/Hummel* AiB 2000, 621, 623 f.; D/K/K/*Trittin* § 23 Rn. 131; D/K/K/*Kittner/Bachner* § 101 Rn. 23.

147 BAG 3.5.1994 – 1 ABR 24/93 – AP Nr. 23 zu § 23 BetrVG 1972 [B.III.1]; BAG 6.12.1994 – 1 ABR 30/94 – AP Nr. 24 zu § 23 BetrVG 1972 [B.II.1].

148 Nur individualrechtliche Folgen sind nicht ausgeschlossen, oben Rn. 295.

149 *Matthes* FS Dieterich S. 355, 360; *Walker* DB 1995, 1961, 1964; *Bengelsdorf* SAE 1996, 139, 153.

150 *Walker* DB 1995, 1961, 1964; *Bengelsdorf* SAE 1996, 139, 154.

421 Nach Ablauf der Drei-Tages-Frist des § 100 Abs. 2 Satz 3 BetrVG greift der Rechtsbehelf des § 101 Satz 1 BetrVG, und der Betriebsrat kann die Aufhebung der Maßnahme erzwingen. Insoweit existiert also keine Rechtsschutzlücke. Die Maßnahme ist entweder (vorläufig) zulässig, oder aber das Arbeitsgericht kann ihre Aufhebung anordnen. Daß § 101 BetrVG nur die Aufhebung vorsieht, ist kein Indiz eines intendierten umfassenden negatorischen Rechtsschutzes,[151] sondern beruht darauf, daß der Arbeitgeber die Zustimmung des Betriebsrats im Moment der Vornahme der Maßnahme noch nicht benötigt.[152] Der Gesetzgeber wollte offensichtlich – anders als in sozialen Angelegenheiten – keinen absoluten Schutz des Mitbestimmungsrechts.[153]

422 Gegen einen offensichtlichen Rechtsbruch des Arbeitgebers schützt § 23 Abs. 3 BetrVG die Zuständigkeitsordnung des Betriebsverfassungsrechts[154] – etwa wenn der Arbeitgeber von vornherein ankündigt, das Zustimmungserfordernis zu ignorieren. Kurzzeitige personelle Einzelmaßnahmen, bei denen das Aufhebungsverfahren leer läuft, kann der Betriebsrat über § 23 Abs. 3 BetrVG zwar nicht beim ersten Verstoß, auf Dauer aber durchaus unterbinden, wenn er die Reichweite seines Beteiligungsrechts mittels Feststellungsklage gerichtlich klären läßt.[155] Die wiederholte wissentliche Verletzung dieses Rechts ist dann ein grober Verstoß des Arbeitgebers.[156]

6. Betriebsänderung, §§ 111 ff. BetrVG

423 Zu den umstrittensten Fragen des Betriebsverfassungsrechts gehört nach wie vor, ob der Betriebsrat eine Betriebsänderung zumindest zeitweilig unterbinden kann, wenn der Arbeitgeber ihn nicht wie in §§ 111 f. BetrVG

151 So aber *Lobinger* ZfA 2004, 101, 169.

152 So auch *Bengelsdorf* SAE 1996, 139, 153; GK-BetrVG/*Oetker* § 23 Rn. 149.

153 GK-BetrVG/*Oetker* § 23 Rn. 149; *Richardi* § 23 Rn. 84; Fitting § 99 Rn. 298; ErfK/*Kania* § 101 BetrVG Rn. 9; *Walker* DB 1995, 1961, 1964; *P. Hanau* NZA 1996, 842, 844; *Matthes* FS Dieterich S. 355, 360 f.; *Konzen* NZA 1995, 865, 872; *Bengelsdorf* SAE 1996, 139, 152 ff.

154 BAG 17.3.1987 – 1 ABR 65/85 – AP Nr. 7 zu § 23 BetrVG 1972 [B.II.2.c]; *Konzen* NZA 1995, 865, 872; Fitting § 99 Rn. 298.

155 Diese Möglichkeit besteht nach st. Rspr., etwa BAG 6.12.1983 – 1 ABR 43/81 – AP Nr. 7 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung [B.I]; BAG 15.1.2002 – 1 ABR 13/01 – AP Nr. 12 zu § 87 BetrVG 1972 Gesundheitsschutz [B.I.2.a]; BAG 22.6.2005 – 10 ABR 34/04 – NZA-RR 2006, 23 [B.I.2.a]; MünchArbR/*Matthes* § 240 Rn. 45 ff.

156 BAG 18.4.1985 – 6 ABR 19/84 – AP Nr. 5 zu § 23 BetrVG 1972 [B.II.2.b]; LAG Berlin 4.12.1998 – 6 TaBV 6/98 – juris [2.2.3]; GK-BetrVG/*Oetker* § 23 Rn. 150; *Bengelsdorf* SAE 1996, 139, 156; *Matthes* FS Dieterich S. 355, 362.

vorgesehen beteiligt.[157] Dabei wird die Diskussion zunehmend vor einem europarechtlichen Hintergrund geführt.[158] Für die vorliegende Untersuchung ist dieses Problem nur von geringer Bedeutung. Ob man einen Unterlassungsanspruch in diesem Bereich bejaht, beeinflußt nicht die Rechtfertigung der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung, die auf Betriebsänderungen ohnehin nicht anwendbar ist.[159]

An dieser Stelle soll daher der Hinweis genügen, daß nach den oben dargelegten Voraussetzungen ein Unterlassungsanspruch des Betriebsrats gegen die Betriebsänderung ausscheidet. Das durch § 112 Abs. 4 BetrVG gewährte Recht des Betriebsrats auf einen Sozialplan wird durch die Durchführung der Betriebsänderung nicht beeinträchtigt; der Sozialplan bleibt erzwingbar.

Will der Arbeitgeber einen Interessenausgleich erst gar nicht versuchen, sieht das Gesetz in 113 BetrVG den Nachteilsausgleich vor; darin kann man durchaus eine abschließende Regelung sehen.[160] Dessen ungeachtet könnte auch ein – umstrittener – Anspruch auf Verhandlung über den Interessenausgleich[161] den Unterlassungsanspruch nicht begründen. Selbst wenn der Arbeitgeber diesen Anspruch erfüllte, könnte der Betriebsrat die Betriebsänderung nicht verhindern. Der allgemeine Unterlassungsanspruch kann aber als bloße Ausprägung der Zuweisung einer Rechtsposition nicht mehr gewähren als das Recht selbst.

V. Eilrechtsschutz

1. Leistungsverfügung

Der Unterlassungsanspruch hilft dem Betriebsrat wenig, wenn der Arbeitgeber ein Mitbestimmungsrecht im konkreten Fall bestreitet oder ein unstreitig einschlägiges Beteiligungsrecht schlicht ignoriert. Eine gerichtliche Klärung im Beschlußverfahren wird oftmals zu spät kommen, weil sich die Maßnahme bis dahin erledigt (etwa weil die eigenmächtig vom Arbeitgeber angeordneten Überstunden geleistet werden). Während des Gerichtsverfahrens hindert der Unterlassungsanspruch de facto eine Rechtsverletzung durch den Arbeitgeber nicht; erst ab Rechtskraft ist eine Zwangsvollstreckung möglich, § 85 Abs. 1 Satz 1 ArbGG. Gemäß § 85 **424**

157 Zum Meinungsstand H/S/W/G/N/*Hess* § 111 Rn. 168 ff.; *Lobinger* FS Richardi S. 657, 661 ff.; *Fauser/Nacken* NZA 2006, 1136 ff., jeweils m.w.N.

158 Dazu *Fauser/Nacken* NZA 2006, 1136, 1141 ff.

159 Oben Rn. 65.

160 So *Giesen* ZIP 1998, 142, 146.

161 Dafür *Pflüger* DB 1998, 2062, 2063 f.; dagegen *Raab* ZfA 1997, 183, 244 f., jeweils m.w.N.

Abs. 2 Satz 1 ArbGG kann der Betriebsrat daher zum Schutz seiner Mitbestimmungsrechte eine einstweilige Verfügung gegen den Arbeitgeber erwirken.[162]

425 In der Sache geht es um einen Interessenausgleich vor dem verfassungsrechtlichen Hintergrund des Justizgewährungsanspruchs, den das BVerfG auch für private Rechte aus dem Rechtsstaatsprinzip herleitet.[163] Für den Betriebsrat bietet die einstweilige Verfügung insbesondere bei kurzfristigen Maßnahmen die einzige Möglichkeit, den Unterlassungsanspruch durchzusetzen.[164] Umgekehrt kann eine einstweilige Verfügung nur auf vorläufige Erfüllung des Unterlassungsanspruchs lauten, was die Rechtsschutzmöglichkeiten des Arbeitgebers erheblich beschneidet.[165] Unterlassungspflichten sind untrennbar an ein zeitliches Moment gebunden: Der Unterlassungsanspruch kann nur erfüllt oder nicht erfüllt werden; vergangenes (Nicht-)Unterlassen läßt sich nicht im Nachhinein revidieren.[166] Die Verfassung aber schützt Gläubiger wie Schuldner gleichermaßen. Der Konflikt kann daher nur im konkreten Fall anhand einer Interessenabwägung gelöst werden; abstrakt-generell gebührt keiner Seite der Vorrang.[167]

426 In § 12 Abs. 2 UWG erkennt der Gesetzgeber dementsprechend die Unterlassungsverfügung für den Bereich des Wettbewerbsrechts ausdrücklich an. Allgemein handelt es sich um einen Fall der Leistungsverfügung,[168] die als spezielle Verfügungsart – ungeachtet einer Reihe von Abgrenzungsfragen – heute im Grundsatz allgemein anerkannt ist.[169] Sie bildet eine Ausnahme vom Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache. Ihre Voraussetzungen sind nicht anders als die der Sicherungs- oder Regelungsverfügung, es bedarf also eines Verfügungsanspruchs und eines Verfügungsgrundes.[170]

---

162 Nachweise oben Fn. 116 zu Rn. 404.

163 BVerfG (Plenum) 11.6.1980 – 1 PBvU 1/79 – BverfGE 54, 277 [C.II.1.a]; BVerfG (Kammer) 27.4.1988 – 1 BvR 549/87 – NJW 1988, 3141.

164 Stein/Jonas/*Grunsky*, ZPO vor § 935 Rn. 75; *Korinth*, Einstweiliger Rechtsschutz K Rn. 111; allg. *Brox*/*Walker*, ZVR Rn. 1615; *Schuschke*/Walker, Vollstreckung, vor § 935 ZPO Rn. 20.

165 Allgemein *Schuschke*/Walker, Vollstreckung, vor § 935 ZPO Rn. 20.

166 OLG Frankfurt 2.2.2004 – 19 U 240/03 – MDR 2004, 1019; *Fritzsche*, Unterlassungsanspruch S. 609 f.; Stein/Jonas/*Grunsky*, ZPO vor § 935 Rn. 46.

167 *Walker* ZfA 2005, 45, 47 f.

168 Zöller/*Vollkommer* § 940 Rn. 1 a.E.; Berger/*Boemke*, Einstweiliger Rechtsschutz Kap. 14 Rn. 158.

169 Statt aller *Brox*/*Walker*, ZVR Rn. 1608 m.w.N.

170 Zöller/*Vollkommer* § 940 Rn. 6; *Brox*/*Walker*, ZVR Rn. 1609 ff.

2. Verfügungsanspruch

Gegenstand der Unterlassungsverfügung ist der allgemeine betriebsverfassungsrechtliche Unterlassungsanspruch[171] und nicht etwa das Beteiligungsrecht des Betriebsrats. Das Unterlassungsgebot gegen den Arbeitgeber ist keine Maßnahme, die das Gericht nach § 938 Abs. 1 ZPO im freien Ermessen trifft, um das Beteiligungsrecht selbst zu schützen,[172] sondern die vorläufige Durchsetzung eines potentiell bestehenden Anspruchs.[173] Dem einstweiligen Rechtsschutz kommt nur eine dienende Funktion gegenüber dem Rechtsschutz in der Hauptsache zu,[174] und in der Hauptsache geht es um ein Unterlassen des Arbeitgebers. **427**

Da sich die materielle Rechtslage im Eilverfahren nicht abschließend klären läßt und in aller Regel rechtliche oder tatsächliche Unsicherheiten bleiben, hängt der Verfügungsanspruch von einer umfassenden Interessenabwägung ab.[175] Die Anforderungen an seine Glaubhaftmachung liegen für den Betriebsrat hoch,[176] weil die Interessen des Arbeitgebers schwer wiegen. Die Erfüllung einer Unterlassungsverfügung läßt sich nicht rückabwickeln, und der Schadensersatzanspruch nach § 945 ZPO ist im Beschlußverfahren gemäß § 85 Abs. 2 Satz 2 ArbGG ausdrücklich ausgeschlossen. Schwer wiegt zwar auch der Rechtsverlust, der dem Betriebsrat bei kurzfristigen Maßnahmen ohne seine Mitbestimmung droht, allein diese Gefahr genügt aber nicht, um den Verfügungsantrag zu begründen.[177] Die Mitbestimmungsrechte sind kein Selbstzweck. Wenn also Schutz und Ausgleich der Arbeitnehmerinteressen auch nachträglich zu verwirklichen sind, gebührt dem Interesse des Arbeitgebers an der eigenverantwortlichen Führung des Betriebs der Vorrang.[178] Eine Vermutung zugunsten der Mitbestimmungsbedürftigkeit einer Angelegenheit gibt es nicht. Selbst wenn eine nachträgliche Mitbestimmung ausscheidet, kann die Gefahr irreparabler Schäden auf seiten des Arbeitgebers einer Verfügung entgegenstehen. **428**

171 *Walker*, Einstweiliger Rechtsschutz Rn. 839; *ders.* ZfA 2005, 45, 71; *Heinze* RdA 1990, 262, 281.

172 So aber *Olderog* NZA 1985, 753, 759; ErfK/*Eisemann*/*Koch* § 85 ArbGG Rn. 5; G/M/P/*Matthes* § 85 Rn. 34.

173 Dazu schon oben Rn. 370 f.

174 *Walker* ZfA 2005, 45, 48.

175 Stein/Jonas/*Grunsky* § 935 Rn. 9; MüKoZPO/*Drescher* § 935 Rn. 15.

176 Berger/*Boemke*, Einstweiliger Rechtsschutz Kap. 14 Rn. 158.

177 So aber LAG Hamm 19.4.1973 – 8 TaBV 9/73 – DB 1972, 1024; LAG Hamburg 13.11.1981 – 6 TaBV 9/81 – DB 1982, 1522 [3.e,f]; *Walker* ZfA 2005, 45, 71, allerdings im Widerspruch zu den eigenen Ausführungen auf S. 53.

178 *Raab* ZfA 1997, 183, 208; G/M/P/*Matthes* § 85 Rn. 37; Berger/*Boemke*, Einstweiliger Rechtsschutz Kap. 14 Rn. 159; *Korinth*, Einstweiliger Rechtsschutz K Rn. 113; *Schwonberg*, Einstweilige Verfügung S. 183.

3. Verfügungsgrund

429 Welche Anforderungen an den glaubhaft zu machenden Verfügungsgrund zu stellen sind, hängt von den Erfolgsaussichten in der Hauptsache ab.[179] Eine offensichtliche Rechtsanmaßung des Arbeitgebers wie des Betriebsrats ist nie schützenswert.[180] Je offener der Ausgang des Hauptverfahrens ist, desto gewichtiger müssen die Gründe des Antragstellers für den Erlaß der einstweiligen Verfügung sein. Ein besonders strenger Maßstab gilt entgegen einer verbreiteten Ansicht[181] aber nicht. Die Besonderheiten der Leistungsverfügung sind bereits in der Interessenabwägung im Rahmen der Prüfung des Verfügungsanspruchs zu berücksichtigen. Kann der Betriebsrat also glaubhaft machen, daß sein Unterlassungsanspruch durch bevorstehende Ereignisse konkret gefährdet ist – etwa weil der Arbeitgeber bereits im Alleingang Überstunden angeordnet hat, die noch nicht geleistet wurden – so reicht das aus.

VI. Tatbestandsvoraussetzungen

430 Steht fest, daß der Betriebsrat der Verletzung eines Mitbestimmungsrechts mit dem allgemeinen Unterlassungsanspruch begegnen kann, so sind die Tatbestandsvoraussetzungen überschaubar. Neben der konkreten Rechtsverletzung muß Wiederholungsgefahr bestehen.[182] Hier wird der Unterschied zum Anspruch nach § 23 Abs. 3 BetrVG deutlich, der allein den groben Verstoß gegen das BetrVG als Anlaß genügen läßt, um weiteren Verstößen durch ein Unterlassungsgebot vorzubeugen. Regelmäßig ist die Wiederholungsgefahr durch die Verletzung indiziert.[183] Nach allgemeinen Grundsätzen kann auch eine Erstbegehungsgefahr An-

179 *Walker* ZfA 2005, 45, 53; allgemein LAG Berlin 20.2.2002 – 4 Sa 2243/01 NZA 2002, 858; Stein/Jonas/*Grunsky* § 935 Rn. 6 ff.

180 *Walker*, Einstweiliger Rechtsschutz Rn. 828; *ders.* ZfA 2005, 45, 53; *Korinth*, Einstweiliger Rechtsschutz K Rn. 115; a.A. *Raab*, ZfA 1997, 183, 208, der auch bei eindeutig bestehendem Mitbestimmungsrecht die Gefahr eines nicht wieder gutzumachenden Schadens als Voraussetzung einer einstweiligen Verfügung ansieht.

181 So OLG Frankfurt 2.2.2004 – 19 U 240/03 – MDR 2004, 1019; *Brox*/*Walker*, ZVR Rn. 1611; *Prütting* RdA 1995, 257, 263.

182 BAG 29.2.2000 – 1 ABR 4/99 – AP Nr. 105 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung [B.II.2.a]; GK-BetrVG/*Oetker* § 23 Rn. 140.

183 BAG 29.2.2000 – 1 ABR 4/99 – AP Nr. 105 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung [B.II.2.a]; BAG 26.7.2005 – 1 ABR 29/04 – AP Nr. 43 zu § 95 BetrVG 1972 [B.II.2.b.cc]; Fitting § 23 Rn. 102; Richardi/*Thüsing* § 23 Rn. 83.

knüpfungspunkt des Unterlassungsanspruchs sein, wobei diese freilich nicht vermutet wird, sondern im einzelnen darzulegen ist.[184]

VII. Anspruchsinhalt

1. Abwehr künftiger Verletzungen

Der allgemeine Unterlassungsanspruch ermöglicht es dem Betriebsrat einzig und allein, einen Übergriff des Arbeitgebers in seinen Kompetenzbereich abzuwehren. Der negatorische Rechtsschutz läßt sich aus der gesetzlichen Zuweisung einer Rechtsposition ableiten, gerade weil er sich auf die Verteidigung dieser Position beschränkt.[185] Der Betriebsrat kann also verlangen, daß der Arbeitgeber nicht eigenmächtig Anordnungen trifft (z.B. Überstunden[186] oder Sonntagsarbeit[187]) oder Vereinbarungen eingeht (z.B. über günstige Arbeitszeiten für einen teilzeitwilligen Arbeitnehmer), soweit diese der Mitbestimmung unterliegen. Ebenso kann er mitbestimmungsbedürftige Realakte (z.B. Videoüberwachung oder Verwendung nicht mitbestimmter Personalfragebogen[188]) untersagen. **431**

Keinesfalls aber reicht der Unterlassungsanspruch weiter als das verletzte Mitbestimmungsrecht.[189]

> Der Betriebsrat kann daher bei einer übertariflichen Zulage nur die eigenmächtige Änderung der Verteilungsgrundsätze durch den Arbeitgeber verhindern (§ 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG), nicht aber die Absenkung des Dotierungsrahmens![190]

2. Beseitigung des rechtswidrigen Zustands

a) Grundlage des Beseitigungsanspruchs

Hat der Arbeitgeber eine Maßnahme bereits unbemerkt unter Verletzung von Mitbestimmungsrechten vorgenommen, so bedeutet negatorischer Rechtsschutz die Beseitigung des rechtswidrigen Zustands. Das BAG bejaht dementsprechend den Beseitigungsanspruch als Pendant zum all- **432**

184 BAG 15.5.2007 – 1 ABR 32/06 – AP Nr. 30 zu § 1 BetrVG 1972 Gemeinsamer Betrieb [B.III.1.a]; zum vorbeugenden Unterlassungsanspruch im einzelnen *Fritzsche*, Unterlassungsanspruch S. 177 ff.

185 Oben Rn. 380 ff.

186 BAG 23.7.1996 – 1 ABR 13/96 – AP Nr. 68 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit.

187 BAG 25.2.1997 – 1 ABR 69/96 – AP Nr. 72 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit.

188 LAG Frankfurt 5.10.1993 – 5 TaBVGa 112/93 – AiB 1994, 121.

189 *Thalhofer*, Beseitigungsanspruch S. 103 f.; *Richardi* NZA 1995, 7, 11; allgemein dazu schon oben Rn. 399 ff.

190 Ausführlich dazu oben Rn. 195 ff.

gemeinen Unterlassungsanspruch.[191] Ungeachtet der verfehlten Herleitung aus einer schuldrechtlichen Nebenpflicht ist dem zuzustimmen.[192] Die für den Unterlassungsanspruch angestellten Erwägungen gelten in gleichem Maße für den Beseitigungsanspruch. Es wäre wertungswidersprüchlich, dem Betriebsrat einen Schutz der Mitbestimmungsrechte zu versagen, wenn präventiver Rechtsschutz nicht mehr möglich ist.[193] Auch das Beseitigungsverlangen ist bloße Abwehr der Rechtsverletzung. Für die Abgrenzung der beiden negatorischen Ansprüche ist allein entscheidend, ob die beanstandete Rechtsbeeinträchtigung bereits besteht oder erst in Zukunft zu erwarten ist.[194] An die Stelle der Wiederholungsgefahr als Anspruchsvoraussetzung tritt beim Beseitigungsanspruch also das Fortbestehen der Rechtsverletzung.[195]

b) Inhalt des Beseitigungsanspruchs

433 Bei Realakten gestaltet sich die Beseitigung rechtlich unproblematisch.

> So sind mitbestimmungswidrig aufgehängte Überwachungskameras zu entfernen.[196]

434 Bei Rechtsgeschäften hingegen liegt die Beseitigung nicht immer in der Hand des Arbeitgebers. Weisungen im Rahmen seines Direktionsrechts (z.B. die Anordnung von Überstunden) und die meisten anderen einseitigen Rechtsgeschäfte (z.B. den Urlaubsplan oder die Benutzungsordnung für die Betriebskantine) kann er zwar im Alleingang revidieren, nicht aber vertragliche Vereinbarungen mit Arbeitnehmern (z.B. die Verteilung der Teilzeitarbeit).

Weigert sich der Arbeitnehmer, eine solche Vereinbarung aufzuheben, etwa weil sie für ihn günstig ist, so ist dem Arbeitgeber die Beseitigung

---

191 BAG 16.6.1998 – 1 ABR 68/97 – AP Nr. 7 zu § 87 BetrVG 1972 Gesundheitsschutz [B.III]; bestätigt durch BAG 9.12.2003 – 1 ABR 44/02 – AP Nr. 1 zu § 33 BetrVG 1972 [B.I.3.a].

192 Ebenso *Thalhofer*, Beseitigungsanspruch S. 26; Richardi/*Thüsing* § 23 Rn. 82; D/K/K/*Trittin* § 23 Rn. 131; MünchArbR/*Matthes* § 240 Rn. 40; GK-BetrVG/*Oetker* § 23 Rn. 141; Staudinger/*Richardi* (2005) vor § 611 Rn. 1104; *Gamillscheg* KollArbR II S. 755; kritisch *Merten* Anmerkung AP Nr. 7 zu § 87 BetrVG Gesundheitsschutz; H/L/S/*Heise/von Steinau-Steinrück* § 87 Rn. 15; ablehnend S/W/S § 23 Rn. 28a; zur Literatur vor 1994 siehe die Nachweise bei GK-BetrVG/*Oetker* § 23 Rn. 141.

193 Versäumnisse des Betriebsrats sind allerdings zu berücksichtigen, dazu unten Rn. 445 ff.

194 Staudinger/*Gursky* (2005) § 1004 Rn. 134.

195 Zum Inhalt des Beseitigungsanspruchs en detail *Thalhofer*, Beseitigungsanspruch S. 100 ff.

196 GK-BetrVG/*Wiese* § 87 Rn. 579 m.w.N.

subjektiv rechtlich unmöglich. Der Betriebsrat kann gegen den Arbeitnehmer nicht vorgehen, weil dieser nicht an die Mitbestimmungsrechte gebunden ist. Individual- und kollektivrechtliche Rechtslage fallen also auseinander, die Individualvereinbarung setzt sich durch.

3. Durchführungsverbot für mitbestimmungswidrige Rechtsgeschäfte

a) Sicherung des Status Quo

Dieses Ergebnis ist freilich unbefriedigend, weil es dem Ausgleichszweck der Mitbestimmung nicht gerecht wird. **435**

> Der Arbeitgeber hat es damit in der Hand, seinen „wertvollsten" Arbeitnehmern vertraglich attraktive Arbeitszeiten zuzusichern und sie so an den Betrieb zu binden. Für den Rest der Belegschaft bleiben womöglich nur noch unattraktive Arbeitszeiten.

Auf den ersten Blick versagt die negatorische Sicherung des Mitbestimmungsrechts, der Betriebsrat muß die mitbestimmungswidrig geschaffene Rechtslage hinnehmen. Der Unterlassungsanspruch richtet sich bei mitbestimmungswidrigen Rechtsgeschäften jedoch nicht nur gegen deren Vornahme, sondern auch gegen ihre Durchführung. Ungeachtet der Frage, ob ein Beseitigungsanspruch durchgreift oder nicht, wird der Ausgleichszweck der Mitbestimmung oftmals gerade durch die tatsächliche Umsetzung einer Maßnahme im Betrieb tangiert. Welche Arbeitszeiten Arbeitgeber und Arbeitnehmer vereinbaren, kann den Kollegen egal sein; sie interessiert nur, wie die Arbeit tatsächlich verteilt wird.

Schuldrechtliche Bindungen des Arbeitgebers hindern das Mitbestimmungsrecht nicht.[197] **436**

> Der Betriebsrat kann also vom Arbeitgeber verlangen, daß dieser die Arbeitszeit vorbehaltlich einer dahingehenden mitbestimmten Regelung nicht wie mit dem Arbeitnehmer vereinbart zuweist. Dem Arbeitgeber bleibt nichts anderes übrig, als sich an der zuletzt geltenden Arbeitszeitregelung zu orientieren; jede anderweitige Änderung könnte der Betriebsrat mittels Unterlassungsanspruchs verhindern.

Den betroffenen Arbeitnehmern nützt ihr vertraglicher Anspruch daher nur bedingt. Macht der Betriebsrat seinen Unterlassungsanspruch geltend, so ist die Erfüllung des individualrechtlichen Anspruchs für den **437**

197 BAG 16. 6. 1998 – 1 ABR 67/97 – AP Nr. 92 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung [B.II.1.b.dd]; BAG 18.4.2000 – 1 ABR 22/99 – AP Nr. 33 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung [B.II.1.b].

Arbeitgeber rechtlich unmöglich.[198] Die Arbeitnehmer können allenfalls nach §§ 280 Abs. 1 und 3, 283 BGB Schadensersatz verlangen, wenn der Arbeitgeber die Unmöglichkeit zu vertreten hat. Dies ist auch die richtige Stelle, um etwaige Rechtsirrtümer des Arbeitgebers über das Mitbestimmungsrecht systemkonform zu berücksichtigen.[199]

b) Unterlassungsanspruch und Erfüllungsansprüche der Arbeitnehmer

[1] Kein Erfüllungsanspruch

438 In jedem Falle ist zu beachten, daß der Unterlassungsanspruch nur negativ wirkt – der Betriebsrat kann einzig und allein konkrete Verstöße des Arbeitgebers gegen Mitbestimmungsrechte unterbinden. Für Vereinbarungen mit dem Betriebsrat existiert ein eigenständiger Durchführungsanspruch.[200]

439 Erst recht dient der Unterlassungsanspruch nicht dazu, individualrechtliche Ansprüche der Arbeitnehmer durchzusetzen;[201] das Gesetz gewährt dem Betriebsrat insoweit keine Prozeßstandschaft. Berührt die Verletzung des Mitbestimmungsrechts solche Ansprüche, so kann die Unterlassungspflicht des Arbeitgebers nur in dem Rahmen wirken, den der Arbeitnehmer durch sein Erfüllungsverlangen vorgibt. Dabei ist zu unterscheiden, ob sich die Verfügung gegen die Kürzung (Rn. 440 ff.) oder gegen die Begründung (bzw. Aufstockung) eines Anspruchs (Rn. 442 ff.) richtet.

[2] Mitbestimmungswidrige Anspruchskürzung

440 Sofern der Arbeitnehmer seinen Anspruch nicht auf die mitbestimmungswidrig zustande gekommene Regelung stützt, bedeutet das Verbot der

198 H/S/W/G/N/*Worzalla* § 87 Rn. 95; *Miersch*, Rechtsfolgen S. 285 f.; vgl. auch *Rieble*, Arbeitsmarkt und Wettbewerb Rn. 1434.

199 Die Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung läßt dies nicht zu, dazu oben Rn. 120.

200 BAG 24.2.1987 – 1 ABR 18/85 – AP Nr. 21 zu § 77 BetrVG 1972 [B.II.1]; BAG 29.4.2004 – 1 ABR 30/02 – AP Nr. 3 zu § 77 BetrVG 1972 Durchführung [B.III.2.a.bb.(1)]; GK-BetrVG/*Kreutz* § 77 Rn. 24.

201 So auch das BAG in seiner „Burda"-Entscheidung zum Unterlassungsanspruch der Gewerkschaft gegen betriebliche Bündnisse für Arbeit, BAG 20.4.1999 – 1 ABR 72/98 – AP Nr. 89 zu Art. 9 GG [B.II.2.b.cc]; insoweit zustimmend *Löwisch/Rieble* § 4 Rn. 48; *Franzen* ZIAS 2004, 32, 48.

Durchführung für den Arbeitgeber lediglich ein Verbot, sich auf diese mitbestimmungswidrige Regelung zu berufen.[202]

> Setzt der Arbeitgeber etwa beim sogenannten Faust- oder Meisterakkord die Zeitfaktoren eigenmächtig herab, um seine Arbeitnehmer zu mehr Produktivität anzuspornen, so kann der Betriebsrat gestützt auf § 87 Abs. 1 Nr. 11 BetrVG eine Unterlassungsverfügung erwirken. Macht ein Arbeitnehmer nun sein Entgelt auf Basis der bisher geltenden Akkordregelung geltend, darf der Arbeitgeber demgegenüber nicht auf die Änderung verweisen. Auch darf er die beanstandete Regelung nicht zur Grundlage von Entgeltabrechnungen machen.

Hingegen kann der Betriebsrat nicht verlangen, daß die Ansprüche tat- **441**
sächlich so erfüllt werden, wie sie ohne die mitbestimmungswidrige Regelung bestünden. Die Durchsetzung arbeitsvertraglicher Ansprüche obliegt allein den Arbeitnehmern.

> Zahlt der Arbeitgeber also ein geringeres Entgelt, ohne in Abrede zu stellen, daß dem Arbeitnehmer nach den bisherigen Grundsätzen mehr zustünde, so verletzt er nicht seine Unterlassungspflicht, sondern lediglich den Entgeltanspruch.

Diesen Umstand übersieht das BAG, wenn es dem Betriebsrat im Hinblick auf § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG einen Anspruch gegen den Arbeitgeber gewährt, daß dieser eine Vergütung der Arbeitnehmer unterlasse, die bestimmte Vergütungsbestandteile nicht enthalte.[203] Hier ist die Schwelle zum Erfüllungsanspruch überschritten.

[3] Mitbestimmungswidrig begründete Ansprüche

Soweit der Arbeitnehmer seinen Anspruch gerade auf die mit- **442**
bestimmungswidrige Regelung stützt, würde jede Erfüllungshandlung den betriebsverfassungswidrigen Zustand perpetuieren. Der Arbeitgeber wird daher seiner Unterlassungspflicht nur gerecht, wenn er die Erfüllung verweigert.

> Er darf also mitbestimmungswidrig vereinbarte Arbeitszeiten nicht zuweisen oder dulden, daß ein Arbeitnehmer von seiner einzelvertraglich zugesicherten Raucherlaubnis im Großraumbüro Gebrauch macht. Er darf eine entgegen § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG ohne Mitbestimmung zugesagte Zulage nicht zahlen,[204] soweit darauf nicht schon zuvor ein Anspruch bestand, und er darf keinen

202 So *Löwisch/Rieble*, TVG § 4 Rn. 48 für den insoweit vergleichbaren Unterlassungsanspruch der Gewerkschaft gegen tarifwidrige betriebliche Regelungen.

203 BAG 28.2.2006 – 1 ABR 4/05 – AP Nr. 127 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung [B.II].

204 BAG 29.2.2000 – 1 ABR 4/99 – AP Nr. 105 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung.

Mietvertrag über eine Werkmietwohnung abschließen, wenn die Zuweisung ohne Beteiligung des Betriebsrats erfolgte (§ 87 Abs. 1 Nr. 9 BetrVG)[205]

Dasselbe gilt, wenn von vornherein nur die Erfüllungshandlung der Mitbestimmung unterliegt. Dies betrifft in erster Linie Rechtsgeschäfte des Arbeitgebers mit außenstehenden Dritten (z.B. die Überlassung der Betriebskantine an den Pächter).

443 Verstößt der Arbeitgeber gegen das Durchführungsverbot, so droht ihm – wenn der Betriebsrat den Unterlassungsanspruch gerichtlich geltend gemacht hat – die Zwangsvollstreckung nach § 85 Abs. 1 ArbGG bzw. die Vollziehung der Unterlassungsverfügung nach § 85 Abs. 2 ArbGG. Fehleinschätzungen können ihn also teuer zu stehen kommen. Ein Ordnungsgeld droht allerdings nur bei schuldhaften Verstößen gegen das Verbot.[206]

B. Verhältnismäßigkeit

444 Der negatorische Rechtsschutz des Betriebsrats ist nach alledem geeignet, Schutz- und Ausgleichszweck der Mitbestimmung zu sichern. Als Argument gegen die Erforderlichkeit der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung[207] läßt er sich freilich nur ins Feld führen, wenn er nicht selbst die Rechte des Arbeitgebers oder der Arbeitnehmer unangemessen beschränkt. Zwar kann die Durchsetzung eigener Rechte an sich nicht unverhältnismäßig sein; problematisch sind aber überschießende Wirkungen eines solchen Rechtsschutzes.

I. Schutz des Arbeitgebers

1. Materielles Recht

a) Rechtsmißbrauch

[1] Schutzbedürfnis

445 Ein gewichtiger Einwand der Praxis gegen den allgemeinen Unterlassungsanspruch ist die damit verbundene Machtposition des Betriebsrats.[208] So ist es denkbar, daß der Betriebsrat die Mitwirkung an einer an sich durchaus gebilligten Maßnahme verweigert, um dem Arbeitgeber unter dem Druck des Unterlassungsanspruchs Zugeständnisse in einer

205 Dazu GK-BetrVG/*Wiese* § 87 Rn. 779, 782.
206 Ganz h.M., statt aller Stein/Jonas/*Brehm*, ZPO, § 890 Rn. 23 ff. m.w.N.
207 Oben Rn. 361 ff.
208 *Bengelsdorf* SAE 1996, 139, 145; *Konzen* NZA 1995, 865, 867; *Bauer*/*Diller* ZIP 1995, 95, 99.

anderen Angelegenheit abzuverlangen (Koppelungsgeschäft). Unliebsame Maßnahmen kann er zumindest erheblich verzögern, indem er in Verhandlungen auf einer ablehnenden Haltung beharrt.[209] Gemeinsam ist diesen Fällen, daß der Betriebsrat sich formal innerhalb seiner Befugnisse bewegt, diese aber in einer Weise ausübt, die vom Normzweck nicht mehr gedeckt ist. Man kann von einem Mißbrauch der Beteiligungsrechte sprechen.[210]

Die Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung hindert den Arbeitgeber **446** nicht, eine Maßnahme tatsächlich durchzuführen. Die Rechtslage läßt sich im Nachhinein klären.

> Er kann etwa Überstunden auch gegen den Willen des Betriebsrats anordnen, wenn die betroffenen Arbeitnehmer sich der Anordnung dennoch fügen.

Erwirkt der Betriebsrat hingegen eine Unterlassungsverfügung, wird solches Ausweichverhalten unterbunden, weil dem Arbeitgeber für jede Mißachtung ein Ordnungsgeld droht.

Schutzbedürftig ist der Arbeitgeber allerdings nur, bis er einen Spruch der **447** Einigungsstelle[211] erreichen kann.[212] Diese Möglichkeit steht ihm bei allen Mitbestimmungsrechten im engeren Sinne offen – und nur bei diesen besteht ein Unterlassungsanspruch.[213]

[2] Interessenabwägung

Bis zum Abschluß des Einigungsstellenverfahrens könnte ein vorläufiges **448** Alleinentscheidungsrecht des Arbeitgebers Abhilfe schaffen – so wie es § 100 Abs. 1 BetrVG bei personellen Einzelmaßnahmen vorsieht.[214] Der Betriebsrat könnte sich nicht auf sein Mitbestimmungsrecht berufen, wenn er dafür verantwortlich wäre, daß die beanstandete Maßnahme ohne seine Beteiligung durchgeführt wurde. Dogmatisch geht es um einen Fall unzulässiger, da mißbräuchlicher, Rechtsausübung. Den Sonderfall der

209 § 74 Abs. 1 Satz 2 BetrVG kann eine solche Blockade nicht verhindern, zum einen, weil auch diese Vorschrift keine unbedingte Kompromißbereitschaft verlangt, zum anderen, weil eine Verletzung zwar zur Amtsenthebung führen kann, die Zustimmung des Betriebsrats aber nicht von vornherein entbehrlich macht (*Richardi* § 74 Rn. 12 f.). Zur Frage des Rechtsmißbrauchs sogleich Rn. 448 ff.

210 *Konzen* FS Zöllner S. 799, 803; ausführlich *Rieble/Klumpp/Gistel*, Rechtsmißbrauch Rn. 13 ff. und 32 ff.; *Brandl*, Koppelungsgeschäfte S. 147 ff.

211 Die Wirkungen des Spruchs werden nicht dadurch suspendiert, daß eine Seite dagegen gerichtlich vorgeht, GK-BetrVG/*Kreutz* § 76 Rn. 175 m.w.N.

212 *Konzen* FS Zöllner S. 799, 826.

213 Oben Rn. 405 ff.

214 *Worzalla* BB 2005, 1737, 1738.

zielgerichteten Schädigung des Schuldners regelt das BGB in § 226 (Schikaneverbot); im übrigen handelt es sich um eine besondere Ausprägung des Gebots von Treu und Glauben (§ 242 BGB), das über § 2 Abs. 1 BetrVG grundsätzlich auch im Betriebsverfassungsrecht gilt.[215] Rechtsfolge ist im Zivilrecht, daß ein an sich bestehendes Recht nicht mehr geltend gemacht werden kann.[216]

449 Weil auf diesem Wege das Ergebnis der eigentlichen Gesetzesanwendung korrigiert wird, ist Zurückhaltung geboten; die Gerichte sind nicht dazu berufen, unter Billigkeitsgesichtspunkten gesetzliche Wertungen zu konterkarieren.[217] Das Reichsgericht formuliert treffend:

> „Auch besteht keine allgemeine sittliche Verpflichtung, die Ausübung eines Rechts zu unterlassen, wenn sie den anderen schädigt [...]. Vielmehr müssen noch besondere, in der Person des Handelnden liegende Umstände hinzukommen, welche die Geltendmachung des Rechts als Verstoß gegen die guten Sitten, als unzulässige Rechtsausübung erscheinen lassen."[218]

Ein Rechtsmißbrauch in diesem Sinne ist nur zu bejahen, wenn das Ergebnis der Gesetzesanwendung nach sorgfältiger Abwägung der beteiligten Interessen unter Berücksichtigung gesetzlicher Wertungen untragbar erscheint.[219]

450 Dabei ist zu beachten, daß der Betriebsrat fremdnützig tätig ist. Das bedeutet nicht, daß ein Fehlverhalten des Betriebsrats den Arbeitnehmern nie zum Nachteil gereichen dürfte.[220] Abzuwägen sind die Interessen des Arbeitgebers aber gegen die der Belegschaft und nicht gegen die des Betriebsrats. Pflichtverletzungen des Betriebsrats – etwa eine Verletzung der Verhandlungspflicht aus § 74 Abs. 1 Satz 2 BetrVG – belasten zwar den Arbeitgeber; dieses Verhalten läßt sich der zwangsrepräsentierten Belegschaft mangels gesetzlicher Anordnung allerdings nicht zurechnen. Deren Interesse an der Mitbestimmung wiegt nicht geringer, nur weil der Betriebsrat sich von sachwidrigen Motiven leiten läßt und damit sowohl seine Verpflichtung auf das Wohl des Betriebs, als auch die auf das Wohl der Arbeitnehmer verletzt. Diese können das Verhalten des Betriebsrats

---

215 *Rieble/Klumpp/Gistel*, Rechtsmißbrauch Rn. 14 ff.; allg., *Worzalla*, Mitbestimmung S. 41 ff.

216 Staudinger/*Looschelders/Olzen* (2005) § 242 Rn. 226; Bamberger/Roth/*Grüneberg/Sutschet* § 242 Rn. 52.

217 Ähnlich MüKoBGB/*Roth* § 242 Rn. 182, 310.

218 RG 24.3.1939 – III 118/38 – RGZ 160, 349, 357 f.

219 Staudinger/*Looschelders/Olzen* (2005) § 242 Rn. 220, 222; Bamberger/Roth/*Grüneberg/Sutschet* § 242 Rn. 91.

220 *Rieble/Klumpp/Gistel*, Rechtsmißbrauch Rn. 98; *Brandl*, Koppelungsgeschäfte S. 169; *Konzen* FS Zöllner S. 799, 817 f., jeweils unter Verweis auf die Rechtslage bei Parteien kraft Amtes im allgemeinen Zivilrecht.

nicht steuern, weil das Betriebsratsmandat kein imperatives ist.[221] Wenn aber ein Mitbestimmungsverzicht des Betriebsrats mangels Dispositionsbefugnis nicht möglich ist,[222] so kann auch sein pflichtwidriges Verhalten die Mitbestimmungsrechte nicht beeinträchtigen.[223]

[3] Alleinentscheidung in Ausnahmefällen

Unter dem Gesichtspunkt eines Mißbrauchs von Beteiligungsrechten kann der Unterlassungsanspruch daher nur beschränkt werden, soweit das Interesse des Arbeitgebers an einer Durchführung der Maßnahme das Interesse der Belegschaft an der Wahrung der Mitbestimmungsrechte deutlich überwiegt: Entweder droht dem Arbeitgeber ein unverhältnismäßiger Schaden, oder die Zustimmungsverweigerung des Betriebsrats läßt sich unter keinem denkbaren Gesichtspunkt rechtfertigen und ist daher als willkürlich zu bezeichnen. Hauptanwendungsfälle sind die unter dem Stichwort „Notfall“ behandelten Fallkonstellationen.[224] **451**

Mit Recht wird allerdings die Definition des Notfalls als zu eng kritisiert.[225] Ein nicht wieder gut zu machender Schaden ist nicht zu fordern. Die Mitbestimmung darf sich zu Lasten des Arbeitgebers auswirken; sie darf aber nach § 2 Abs. 1 BetrVG das Wohl des Betriebs nicht völlig mißachten. Maßgeblich ist, ob der drohende Schaden zur Mehrbelastung der Arbeitnehmer in einem groben Mißverhältnis steht.[226] Dabei ist auch die Rechtstreue des Arbeitgebers zu berücksichtigen. Hat er alles unternommen, um einen mitbestimmungswidrigen Zustand zu vermeiden (v.a. Vorsorge für vorhersehbare Fälle, Anrufung der Einigungsstelle), so überwiegt sein Interesse, einen bevorstehenden Schaden zu vermeiden, das Mitbestimmungsinteresse der Arbeitnehmer. **452**

Darüber hinaus ist ein Rechtsmißbrauch für die Mitbestimmung kaum vorstellbar. Nur ausnahmsweise bindet das Gesetz die Zustimmungsverweigerung an bestimmte Gründe (v.a. § 99 Abs. 2 BetrVG), im übrigen ist der Betriebsrat in seiner Entscheidung frei.[227] Selbst wenn er seine Zustimmung von einem Kompensationsgeschäft des Arbeitgebers abhängig **453**

221 BVerfG 27.3.1979 – 2 BvR1011/78 – AP Nr. 31 zu Art. 9 GG [III.2.a a.E.]; GK-BetrVG/*Wiese* § 1 Rn. 63 f.; *von Hoyningen-Huene* RdA 1992, 355, 362.

222 Ausführlich *Wiese* RdA 1968, 455 ff.; einschränkend *Franzen* NZA 2008, 250, 253.

223 *Witt* S. 167; *Schwonberg* S. 76 f; *Raab*, Negatorischer Rechtsschutz S. 49 f.

224 Dazu ausführlich oben Rn. 113 ff.

225 *Rieble/Klumpp/Gistel*, Rechtsmißbrauch Rn. 104 f.; gegen die begriffliche Unterscheidung von Eil- und Notfall H/S/W/G/N/*Worzalla* § 87 Rn. 35a ff.

226 H/S/W/G/N/*Worzalla* § 87 Rn. 35 f.; *Rieble/Klumpp/Gistel*, Rechtsmißbrauch Rn. 105 wollen einen schlicht unverhältnismäßigen Schaden ausreichen lassen.

227 Fitting § 87 Rn. 27.

macht, ist damit nicht gesagt, daß die Zustimmung nur verweigert wurde, um sachfremde Zugeständnisse zu erzwingen. Weder der Arbeitgeber noch die Gerichte sind dazu berufen, die Zweckmäßigkeit der Mitbestimmung zu überprüfen. Das Gesetz sichert den Arbeitgeber durch das Verfahren vor der Einigungsstelle. Nur deren Ermessensentscheidung ist gemäß § 76 Abs. 5 Satz 4 BetrVG gerichtlich überprüfbar.[228]

454 Auf diesem Wege kann der Arbeitgeber also nur in Extremfällen Schäden abwenden. Der Vorwurf des Rechtsmißbrauchs ist nicht geeignet, die Machtposition des Betriebsrats erheblich zu beschränken. Das schließt freilich nicht aus, daß eine mißbräuchliche Ausübung des Mitbestimmungsrechts, auch soweit sie kein Alleinentscheidungsrecht des Arbeitgebers rechtfertigt, einen Pflichtverstoß des Betriebsrats bedeutet[229] und zur Auflösung des Betriebsrats nach § 23 Abs. 1 BetrVG führen kann.[230]

b) Rechtliche Unmöglichkeit

455 Eine Grenze findet der negatorische Rechtsschutz des Betriebsrats aber in anderweitigen Verpflichtungen des Arbeitgebers. § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG gewährt zwar ein Mitbestimmungsrecht bei betrieblichen Regelungen zur Unfallverhütung und zum Gesundheitsschutz. Dessen ungeachtet ist der Arbeitgeber aber öffentlich-rechtlich verpflichtet, für die Arbeitssicherheit zu sorgen.[231] Der Betriebsrat kann zwar eine gemeinsame Regelung über die Einigungsstelle erzwingen, er kann aber nicht verlangen, daß der Arbeitgeber bis dahin seine Pflichten mißachtet und keine Regelung erläßt bzw. bereits erlassene Regelungen aufhebt.[232] Die Erfüllung eines solchen Anspruchs wäre dem Arbeitgeber rechtlich unmöglich.[233]

2. Verfahrensrecht

456 Man muß nicht die materiellrechtliche Grundlage des negatorischen Rechtsschutzes antasten, um den Arbeitgeber vor unverhältnismäßigen

228 *Raab*, Negatorischer Rechtsschutz S. 47 f.; *Gentz* NZA 2004, 1010, 1013; allgemein dazu *Rieble*, Ermessenskontrolle S. 163 ff.
229 H/S/W/G/N/*Worzalla* § 87 Rn. 35h.
230 *Rieble/Klumpp/Gistel*, Rechtsmißbrauch Rn. 109; *Gentz* NZA 2004, 1010, 1013.
231 Dazu schon oben Rn. 211.
232 So aber BAG 16.6.1998 – 1 ABR 68/97 – AP Nr. 7 zu § 87 BetrVG 1972 Gesundheitsschutz [B.III] mit abl. Anm. *Merten*; wie hier H/L/S/*Heise/von Steinau-Steinrück* § 87 Rn. 15; *Carl* SAE 2000, 337, 340.
233 *Carl* SAE 2000, 337, 340.

Eingriffen in seine Rechte zu schützen. Auch das Verfahrensrecht bietet Möglichkeiten, seinen Interessen Rechnung zu tragen.

a) Rechtliches Gehör

Im Eilverfahren besteht freilich immer die Gefahr, daß der Betriebsrat seinen Unterlassungsanspruch zu Unrecht (vorläufig) durchsetzt, etwa weil erst in der Verhandlung zur Hauptsache zu Tage tritt, daß die beanstandete Maßnahme nicht der Mitbestimmung unterlag. Unter Umständen wird der Arbeitgeber vor Erlaß der Verfügung nicht gehört (§ 937 Abs. 2 ZPO) und hat dann nicht einmal Gelegenheit, seine Gegenargumente anzubringen. Die Entscheidung über einen Widerspruch gegen die Verfügung kann bereits zu spät kommen. **457**

Die Gerichte müssen diesem Risiko durch eine sorgfältige Interessenabwägung Rechnung tragen.[234] Dem Arbeitgeber bleibt die Möglichkeit, einem Unterlassungsantrag des Betriebsrats im Voraus mit einer Schutzschrift[235] zu begegnen, wenn er eine Maßnahme im Alleingang trifft. Nachdem § 82 Abs. 1 ArbGG eine ausschließliche örtliche Zuständigkeit für das Beschlußverfahren vorsieht,[236] besteht nicht die Gefahr, daß der Betriebsrat die einstweilige Verfügung vor einem anderen Gericht erwirkt. **458**

b) Interessenabwägung

Vor allem aber kann im Rahmen der Interessenabwägung auch das vorherige Verhalten des Betriebsrats berücksichtigt werden. Der Maßstab ist hier ein anderer als bei der Intereressenabwägung im Rahmen von § 242 BGB und § 2 Abs. 1 BetrVG, weil der Bezugspunkt ein anderer ist. Bei der materiellrechtlichen Prüfung des Rechtsmißbrauchs ist zu fragen, ob die Interessenlage im konkreten Fall so stark vom gesetzlich geregelten Konflikt abweicht, daß es geboten ist, dem Rechtsinhaber ausnahmsweise die Durchsetzung seiner Rechtsposition zu versagen. Es geht also nicht um Billigkeit, sondern um die inneren Grenzen der gesetzlichen Regelung selbst. Die verfahrensrechtliche Interessenabwägung im Rahmen der Prüfung des Verfügungsgrunds hingegen soll die Frage beantworten, ob das Interesse des Rechtsinhabers an der Durchsetzung seines Rechts ausnahmsweise so schwer wiegt, daß es geboten ist, das Risiko der Rechtsvereitelung auf den Schuldner abzuwälzen. Der Antrag kann dementsprechend bereits abgelehnt werden, wenn eine Unterlassungsverfügung **459**

234 Dazu oben Rn. 428.
235 Dazu *Christoffer*, Schutzschrift S. 15 ff.
236 G/M/P/*Matthes* § 82 Rn. 2.

unbillig wäre – während allein damit das Verdikt unzulässiger Rechtsausübung nicht zu begründen wäre.[237]

Hat der Betriebsrat durch Verzögerungstaktik jede Chance auf eine rechtzeitige Einigung der Betriebspartner zunichte gemacht, scheidet eine Unterlassungsverfügung aus.[238] Zwar läßt sich das Fehlverhalten des Betriebsrats den Arbeitnehmern nicht zurechnen. Es wäre aber unbillig, eine Unterlassungsverfügung gegen den Arbeitgeber zu erlassen, obwohl dieser alles getan hat, um das Mitbestimmungsrecht zu wahren. Ob man eine einstweilige Verfügung unter diesem Gesichtspunkt auch ablehnt, wenn der Arbeitgeber sich nicht auf ein vom Betriebsrat gefordertes Koppelungsgeschäft eingelassen hat, hängt davon ab, ob man eine solche Forderung im Einzelfall als rechtsmißbräuchlich einordnet oder nicht.[239]

c) Einstweilige Verfügung zugunsten des Arbeitgebers?

460 Demgegenüber bietet das BetrVG keinen Anknüpfungspunkt für eine einstweilige Verfügung zugunsten des Arbeitgebers, die diesem ein vorläufiges einseitiges Bestimmungsrecht einräumen würde. Eine solche Verfügung scheitert zwar nicht an einem Vorrang des Einigungsstellenverfahrens, weil der vorläufige Rechtsschutz gerade für Fälle zu erwägen ist, in denen eine Entscheidung der Einigungsstelle zu spät käme;[240] es fehlt jedoch an einem Verfügungsanspruch.[241] Auf einen Verhandlungsanspruch kann sich der Arbeitgeber nicht stützen,[242] da auch die Regelungsverfügung dem Antragsteller nicht mehr gewähren darf, als er in der Hauptsache erreichen könnte,[243] und ein einseitiges Bestimmungsrecht kann aus dem Verhandlungsanspruch niemals erwachsen.

---

237 Oben Rn. 448 ff.

238 ArbG Herne 5.6.2003 – 4 BVGa 10/03 – NZA-RR 2003, 575 [II.2].

239 Eingehend dazu *Rieble/Klumpp/Gistel*, Rechtsmißbrauch Rn. 76 ff.; *Brandl*, Koppelungsgeschäfte S. 162 ff.; *Konzen* FS Zöllner S. 799, 800 ff., 820 ff., jeweils m.w.N.

240 *Worzalla* BB 2005, 1737, 1738; *H. Otto* NZA 1992, 97, 110; *Richardi* § 87 Rn. 61; *Löwisch*/Kaiser § 87 Rn. 32; *Rieble/Klumpp/Gistel*, Rechtsmißbrauch Rn. 107; *Schwonberg*, Einstweilige Verfügung S. 46 ff.; a.A. GK-BetrVG/*Wiese* § 87 Rn. 161; Fitting § 87 Rn. 24; D/K/K/*Klebe* § 87 Rn. 22; G/M/P/*Matthes* § 85 Rn. 40; *Walker* ZfA 2005, 45, 75.

241 *Walker* ZfA 2005, 45, 75; *Konzen* FS Zöllner S. 799, 828.

242 So aber *Richardi* § 87 Rn. 61; *Schwonberg*, Einstweilige Verfügung S. 221 ff.; *Konzen* (FS Zöllner S. 799, 828) will die Regelungsverfügung anscheinend ohne Verfügungsanspruch gestützt auf das Initiativrecht des Arbeitgebers gewähren.

243 *Schuschke*/Walker, Vollstreckung, § 938 Rn. 11; Stein/Jonas/*Grunsky* § 938 Rn. 18.

Dieses Ergebnis ist auf den ersten Blick unbillig, zumal der Betriebsrat und seine Mitglieder dem Arbeitgeber nach h.M. für die Folgen ihrer Amtsführung nicht haften.[244] Solche Billigkeitserwägungen rechtfertigen aber keine einstweilige Verfügung ohne Verfügungsanspruch. Vielmehr scheint die Haftungsfreistellung zweifelhaft. Denkbar wären etwa Schadensersatzansprüche des Arbeitgebers gegen den Betriebsrat wegen Verletzung von Pflichten aus dem Betriebsverhältnis sowie ein Haftungsdurchgriff auf die verantwortlichen Betriebsratsmitglieder.[245] **461**

Ohnehin besteht dieses Problem nur, soweit man gemäß der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung mitbestimmungswidrige Maßnahmen des Arbeitgebers für unwirksam hält. Könnte er die ins Auge gefaßten Maßnahmen im Alleingang – wirksam – durchführen,[246] wäre ein Antrag auf einstweilige Verfügung mangels Rechtsschutzbedürfnisses unzulässig. Soweit der Arbeitgeber zuvor alle zumutbaren Anstrengungen unternommen hätte, um das Mitbestimmungsrecht zu wahren, wäre ein dagegen gerichteter Antrag des Betriebsrats auf Erlaß einer Unterlassungsverfügung rechtsmißbräuchlich und daher unbegründet.[247] **462**

II. Schutz der Arbeitnehmer

1. Kontrolldefizit

Überläßt man es allein dem Betriebsrat, die Mitbestimmung mittels des allgemeinen Unterlassungsanspruchs zu sichern, können die Arbeitnehmer – anders als nach der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung – nicht selbst gegen mitbestimmungswidriges Verhalten des Arbeitgebers vorgehen. *Konzen* kritisiert dies als Bevormundung der Arbeitnehmer beim Rechtsschutz.[248] Dabei übersieht er meines Erachtens, daß das Gesetz den Arbeitnehmer außerhalb der engen Grenzen der §§ 81 ff. BetrVG nicht als handelndes Subjekt der Betriebsverfassung sieht.[249] Eben weil es dem Betriebsrat obliegt, die Beteiligungsrechte anstelle der Belegschaft wahrzunehmen, sind die Arbeitnehmer von seinen Entscheidungen abhängig. Insoweit bedeutet Mitbestimmung also in der Tat Fremdbestimmung[250] – und das wirkt sich auch auf den Rechtsschutz aus. **463**

244 Dazu Richardi/*Thüsing* vor § 26 Rn. 8 ff., 14 ff.; GK-BetrVG/*Kraft*/*Franzen* § 1 Rn. 75 f., 77 ff. jeweils m.w.N.
245 In diesem Sinne *Triebel*, Haftung S. 54 ff. sowie S. 143 ff.
246 Auf diese Möglichkeit weist auch *Walker* (ZfA 2005, 45, 76) hin.
247 Oben Rn. 459.
248 *Konzen* NZA 1995, 865, 869.
249 Dazu oben Rn. 350 ff.
250 *Raab* ZfA 1995, 479, 499; *Waltermann*, Rechtssetzung S. 86; *Wiese* (GK-BetrVG § 87 Rn. 113) bezeichnet dies als „Preis der Mitbestimmung"; ihm

Dennoch läßt sich fragen, ob die Arbeitnehmer „der Willkür des Betriebsrats ausgeliefert“ sein sollen.

2. Die Abhängigkeit der Arbeitnehmer vom Betriebsrat

464 Bereits im Zuge der Neufassung des BetrVG im Jahr 1972 wurde wiederholt kritisiert, der Arbeitnehmer sei aus seiner Abhängigkeit vom Arbeitgeber nur um den Preis einer neuen Abhängigkeit vom Betriebsrat befreit worden.[251] Gerade in personellen Angelegenheiten ist dieser Umstand offensichtlich. Verweigert der Betriebsrat seine Zustimmung zu einer Versetzung, kann er diese – notfalls über § 101 BetrVG – auch gegen den Willen des Arbeitnehmers verhindern. Bei der Einstellung trifft die Zustimmungsverweigerung gar einen betriebsfremden Dritten. Im Zusammenwirken mit dem Arbeitgeber kann der Betriebsrat zu Lasten einzelner Arbeitnehmer wirken, indem er etwa verlängerte betriebliche Arbeitszeiten bis in den Abend hinein (§ 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG) oder zusätzliche Überwachungskameras (§ 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG) billigt. In wirtschaftlichen Angelegenheiten kann sich ein Interessenausgleich (§ 112 Abs. 1 und 2 BetrVG) darauf beschränken, die Pläne des Arbeitgebers für eine Betriebsänderung mit allen Nachteilen für die Belegschaft zu billigen[252] – ohne daß den Arbeitnehmern Ansprüche auf Nachteilsausgleich nach § 113 BetrVG zustünden. Über den Bereich der Mitbestimmung hinaus können die Betriebspartner nach ganz h.M. sämtliche Arbeitsbedingungen durch freiwillige Betriebsvereinbarung regeln[253] und sind dabei nicht auf Regelungen zugunsten der Arbeitnehmer be-

folgend *von Hoyningen-Huene* DB 1987, 1426, 1428 f.; *Thiele* (GK-BetrVG[4] Einl. Rn. 51) spricht von einer „Sphäre verdünnter Freiheit“; kritisch *Rieble*, Arbeitsmarkt und Wettbewerb Rn. 1423; *Reichold*, Sozialprivatrecht S. 434; gegen diesen wiederum *Wittgruber*, Vertragsfreiheit S. 82.

251 *Richardi* DB 1971, 621, 631; *ders.*, Betriebsverfassung und Privatautonomie S. 25 f.; *Blomeyer* GS Dietz S. 147, 170 ff.; neuerdings *Belling*, Haftung S. 42; *Edenfeld*, Arbeitnehmerbeteiligung S. 78 f.; a.A. *Hoffmann* AuR 1971, 271, 278; *Däubler* AuR 1973, 233, 243.

252 Fitting §§ 112, 112a Rn. 16; Richardi/*Annuß* § 112 Rn. 19.

253 St. Rspr., etwa BAG 18.8.1987 – 1 ABR 3/86 – AP Nr. 23 zu § 77 BetrVG 1972 [B.II.2]; GS BAG 7.11.1989 – GS 3/85 – AP Nr. 46 zu § 77 BetrVG 1972 [C.I.2]; BAG 19.1.1999 – 1 AZR 499/98 – AP Nr. 28 zu § 87 BetrVG 1972 Ordnung des Betriebs [A.II.2]; BAG 12.12.2006 – 1 AZR 96/06 – AP Nr. 94 zu § 77 BetrVG 1972 [A.I]; GK-BetrVG/*Kreutz* § 77 Rn. 83; *ders.*, Betriebsautonomie S. 208 ff.; Fitting § 77 Rn. 45 f.; H/S/W/G/N/*Worzalla* § 77 Rn. 36; D/K/K/*Berg* § 77 Rn. 37; einschränkend *Veit*, Funktionelle Zuständigkeit S. 207 ff.; 272 ff.; *Richardi* § 77 Rn. 67; *Reichold*, Sozialprivatrecht S. 511 ff., 526 ff.

schränkt[254] – wobei Eingriffe in das Arbeitsverhältnis freilich eine entsprechende Eingriffsbefugnis seitens des Arbeitgebers voraussetzen.[255] Dem Betriebsrat sind also zahlreiche Möglichkeiten eröffnet, auf Rechte und Interessen der Arbeitnehmer einzuwirken.

3. Schutz gegen Untätigkeit des Betriebsrats

Im Hinblick auf den Unterlassungsanspruch ist zu unterscheiden: Da der negatorische Rechtsschutz nicht über die bloße Sicherung des eigenen Rechts hinausgeht,[256] kann der Betriebsrat keine Rechte der Arbeitnehmer verletzen, wenn er gegen mitbestimmungswidriges Handeln des Arbeitgebers vorgeht. Die Rechtsverletzung liegt allenfalls in der darauf folgenden mitbestimmten Gestaltung der Arbeitsbedingungen. Demgegenüber ist eine Rechtsverletzung durch Unterlassen denkbar, wenn der Betriebsrat seinen Unterlassungsanspruch nicht geltend macht. **465**

a) Erfüllungsansprüche der Arbeitnehmer

[1] Kein Schuldverhältnis zwischen Arbeitnehmer und Betriebsrat

Eine „Bevormundung“ des einzelnen Arbeitnehmers wäre ausgeschlossen, wenn er vom Betriebsrat verlangen könnte, den Unterlassungsanspruch geltend zu machen. So verpflichtet § 75 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 BetrVG den Betriebsrat auf den Schutz der Arbeitnehmer. Ob damit ein Anspruch des einzelnen Arbeitnehmers korrespondiert, läßt sich dem Wortlaut nicht entnehmen. **466**

Ein solcher Anspruch widerspräche aber der kollektiven Ausrichtung des Betriebsverfassungsrechts. Die betriebliche Mitbestimmung dient zwar dem Schutz des einzelnen, sie geschieht aber weitgehend unabhängig von seinem subjektiven Willen. Das BetrVG gewährt ihm nur in den §§ 81-86a Mitwirkungsrechte, und mit Recht wird ihre Kodifikation an dieser Stelle als Systembruch kritisiert.[257] Im übrigen obliegt die Mitbestimmung allein dem Betriebsrat, weil eine Beteiligung jedes einzelnen Arbeitnehmers an Entscheidungen mit kollektivem Bezug nicht möglich ist.[258] Nicht zuletzt **467**

254 BAG 12.12.2006 – 1 AZR 96/06 – AP Nr. 94 zu § 77 BetrVG 1972 [A.I.1]; Fitting § 77 Rn. 46; wohl auch *Richardi* § 77 Rn. 71; a.A. *Kreutz*, Betriebsautonomie S. 239, 248; *Waltermann* NZA 1996, 357, 362.

255 Oben Rn. 29 f.

256 Oben Rn. 380 ff. und Rn. 399 ff.

257 *von Hoyningen-Huene*, BetrVR § 13 Rn. 7; *Edenfeld*, Arbeitnehmerbeteiligung S. 77.

258 *Wiese* NZA 2006, 1, 2; dazu auch oben Rn. 350 ff.

im Interesse des Arbeitgebers wird so gewährleistet, daß die Belegschaft betriebsverfassungsrechtlich mit einer Stimme spricht: der des Betriebsrats. Das freie Mandat der Betriebsratsmitglieder sichert das Gremium gegen Einfluß von außen. Ansprüche des einzelnen auf ein konkretes Verhalten des Betriebsrats vertragen sich mit dieser Konstruktion nicht.[259] Der Versuch, solche Ansprüche mit der angeblichen Befreiung des Arbeitnehmers aus seiner Objektstellung im Zuge der Betriebsverfassungsreform 1972 zu begründen,[260] geht fehl, weil eine kollektive Interessenvertretung zwangsläufig ein gewisses Maß an Fremdbestimmung bedeutet. Wer darin bereits eine Degradierung des einzelnen zum Objekt sieht, für den kann in einer repräsentativen Demokratie auch der Bürger nur Objekt des Staates sein – was mit Art. 1 Abs. 1 GG nicht vereinbar wäre.

468 Die Mitbestimmung schützt Individualinteressen – aber eben nur im Rahmen des kollektiven Interesses.[261] Darauf, wie dieser Schutz wahrgenommen wird, kann der einzelne Arbeitnehmer über die Besetzung des Betriebsrats im Rahmen der Betriebsratswahlen Einfluß nehmen. Darüber hinaus ist er (außerhalb der §§ 81-86a BetrVG) nicht zur Mitbestimmung berufen.[262] § 86a Satz 1 BetrVG gewährt ihm nur ein Vorschlagsrecht – der Betriebsrat entscheidet aber allein, ob er einen solchen Vorschlag mit Blick auf das kollektive Interesse für zweckmäßig hält.[263] Nur ein Quorum von mindestens fünf Prozent der Arbeitnehmer kann den Betriebsrat nach § 86a Satz 2 BetrVG überhaupt zwingen, sich ergebnisoffen mit einem Thema zu beschäftigen. Und auch die Unterstützung des Betriebsrats für eine Beschwerde ist nicht erzwingbar, weil § 85 Abs. 1 BetrVG es ins pflichtgemäße Ermessen der Belegschaftsvertretung stellt, ob sie die Beschwerde für berechtigt hält.

469 Selbst bei groben Amtspflichtverletzungen kann ein Arbeitnehmer allein nicht die Auflösung des Betriebsrats erreichen – § 23 Abs. 1 Satz 1 BetrVG gesteht das Antragsrecht nur mindestens einem Viertel der wahlberechtigten Arbeitnehmer gemeinsam zu. Daß die Mitbestimmungsrechte

259 BAG 10.8.1994 – 10 ABR 61/93 – AP Nr. 86 zu § 112 BetrVG 1972 [B.II.3.b.bb] für den Sozialplan; BAG 3.7.1996 – 2 AZR 825/95 – NZA 1997, 713 [II.2.b] für §§ 99, 102 BetrVG; *Löwisch* AuR 1972, 359, 361 f.; *von Hoyningen-Huene* RdA 1992, 355, 362; *Spilger* AR-Blattei SD 530.7 Rn. 36; kritisch auch *Heydrich*, Pflichtverletzungen S. 132 f.

260 *Belling*, Haftung S. 269 ff.; *Blomeyer* GS Dietz S. 147, 170 ff.

261 Ausführlich oben Rn. 341 ff.

262 von Hoyningen-Huene/*Linck*, KSchG, § 2 Rn. 200; *Wiese* (NZA 2006, 1) spricht von einer bloßen „Hilfsfunktion" des Arbeitnehmers in der Betriebsverfassung.

263 *Franzen* ZfA 2001, 423, 440; *Wiese* NZA 2006, 1, 3; so auch die Begründung des Regierungsentwurfs zum BetrVG 2001, BT-Drs. 14/5741 S. 47.

Pflichtrechte sind,[264] bedeutet nur, daß ihre Wahrnehmung nicht im Belieben des Betriebsrats steht und seine dauerhafte Untätigkeit ein Amtsenthebungsverfahren nach § 23 Abs. 1 Satz 1 BetrVG rechtfertigen kann.[265] Daraus ergeben sich aber keine individuellen Ansprüche der Arbeitnehmer.[266] Ebensowenig kann es einen Anspruch darauf geben, mitbestimmungswidriges Verhalten des Arbeitgebers zu verhindern.[267] Für ein wie auch immer geartetes Schuldverhältnis zwischen Betriebsrat und Arbeitnehmern, auf dem ein Erfüllungsanspruch fußen könnte, fehlt die Grundlage im Gesetz.[268]

[2] Individueller Rechtsschutz der Arbeitnehmer

Persönliche Rechte des Arbeitnehmers werden hierdurch nicht unverhältnismäßig beeinträchtigt, weil er diese selbst verteidigen kann. Verletzt der Arbeitgeber etwa das allgemeine Persönlichkeitsrecht seiner Beschäftigten durch eine lückenlose Videoüberwachung im gesamten Betrieb, hängt der Rechtsschutz des einzelnen nicht davon ab, ob der Betriebsrat eine Verletzung des § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG rügt.[269] **470**

Die bloße Untätigkeit des Betriebsrats verletzt für sich genommen keine Rechte – sie bedeutet allenfalls ein Minus an Schutz für den Arbeitnehmer. So wie dieser aber hinnehmen muß, daß ein schwacher Betriebsrat dem Arbeitgeber keinerlei Zugeständnisse abzuringen vermag, so muß er grundsätzlich[270] auch dessen Untätigkeit hinnehmen, solange sich nicht genügend Kollegen für einen Antrag auf Amtsenthebung finden. Die Betriebsratswahl legitimiert keine Eingriffe der Betriebspartner in die individualrechtliche Rechtsstellung des Arbeitnehmers,[271] sie rechtfertigt es aber, daß dieser die Nachteile schlechter Betriebsratsarbeit tragen **471**

264 *Triebel*, Haftung S. 77; *Belling*, Haftung S. 277; Richardi/*Thüsing* vor § 26 Rn. 13.

265 Fitting § 23 Rn. 36; Richardi/*Thüsing* § 23 Rn. 4; H/S/W/G/N/*Schlochauer* § 23 Rn. 46. So auch noch ausdrücklich § 23 Abs. 1 Satz 1 BetrVG 1952.

266 So auch BAG 3.7.1996 – 2 AZR 825/95 – NZA 1997, 713 [II.2.b]; *Richardi*, Kollektivgewalt S. 294; D/K/K/*Kittner*/*Bachner* § 99 Rn. 214; *Gamillscheg* KollArbR II S. 56 f.; a.A. *Triebel*, Haftung S. 77.

267 *Wolter* RdA 2006, 137, 147.

268 Ebenso *Heydrich*, Pflichtverletzungen S. 113 ff.; Fitting § 1 Rn. 213; *Weiss* RdA 1974, 269, 272 f.; MünchArbR/*von Hoyningen-Huene* § 212 Rn. 19; ausführlich zu diesem Thema *Jawad*, Rechtsfähigkeit S. 38 ff. m.w.N.

269 *Wiese* FS E. Lorenz S. 915, 931.

270 Zu möglichen haftungsrechtlichen Folgen sogleich Rn. 474 ff.

271 Oben Rn. 29.

muß.[272] Das kollektive Arbeitsrecht garantiert gerade kein konkretes Schutzniveau, sondern nur Einflußmöglichkeiten.[273]

472 Deshalb wurde der Kündigungsschutz zu Recht „individualisiert". Der Arbeitnehmer soll es selbst in der Hand haben, sein individuelles Interesse an seinem Arbeitsplatz zu verteidigen. Während die §§ 84 ff. BRG 1920 den Kündigungsschutz noch zur Disposition des Arbeiter- oder Angestelltenrats stellten,[274] sichert das KSchG den Arbeitnehmer weitgehend unabhängig von der Beteiligung des Betriebsrats.[275] Nach h.M. soll die soziale Rechtfertigung – entgegen § 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 KSchG – nicht einmal dann vom Widerspruch des Betriebsrats abhängen, wenn kollektive Interessen betroffen sind.[276]

b) Entschließungsermessen des Betriebsrats

473 Im übrigen könnte selbst ein Erfüllungsanspruch gegen den Betriebsrat den Arbeitnehmer nicht aus seiner „Objektstellung" zu befreien. Da die Mitbestimmung als Wahrnehmung kollektiver Interessen eine Abwägung voraussetzt, ist die konkrete Ausübung der Mitbestimmungsrechte zwangsläufig Ermessenssache.[277] Ein „Anspruch auf Tätigwerden"[278] ist im Ergebnis nichts anderes als ein Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung.[279] Dabei steht dem Betriebsrat ein sehr großer Ermessensspielraum zu,[280] weil er immer den innerbetrieblichen Interessenausgleich im Auge behalten muß. Wie dieser Ausgleich konkret zu verwirklichen ist, hängt notwendigerweise von subjektiven Wertungen ab. Dem Gericht bliebe eine reine Willkürkontrolle.

---

272 Deshalb ist *Hänlein* (RdA 2003, 26, 30) zu widersprechen, der meint, bei einem privatrechtsakzessorischen Verständnis der Betriebsverfassung wäre die Betriebsratswahl bedeutungslos.

273 Oben Rn. 341 ff.

274 *Reichold*, Sozialprivatrecht S. 273.

275 Zur Entwicklung des Kündigungsschutzes *von Hoyningen-Huene*/Linck, KSchG, Einl. Rn. 1 ff.

276 BAG 23.11.2004 – 2 AZR 24/04 – AP Nr. 132 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung [B.III.1]; A/P/S/*Dörner* § 1 KSchG Rn. 94; kritisch *Rieble*/*Kolbe* SAE 2008, 241, 242.

277 Vgl. BAG 10.8.1994 – 10 ABR 61/93 – AP Nr. 86 zu § 112 BetrVG 1972 [B.II.3.b.bb]; BAG 14.2.1990 – 7 AZR 68/89 – AP Nr. 12 zu § 1 BeschFG 1985 [II.4]; BAG 12.3.1987 – 2 AZR 176/86 – AP Nr. 47 zu § 102 BetrVG 1972 [B.I.1.d.aa].

278 *Triebel*, Haftung S. 77; *H. Weber* DB 1992, 2135, 2138.

279 *Heydrich*, Pflichtverletzungen S. 132.

280 *Von Hoyningen-Huene* NZA 1993, 145, 150; von Hoyningen-Huene/*Linck*, KSchG, § 2 Rn. 200; *Gamillscheg* KollArbR II S. 29; in diese Richtung auch *Franzen* NZA 2008, 250, 253; deutlich enger *Belling*, Haftung S. 208 ff.

c) Schadensersatz

[1] Anspruchsgrundlage

Inwieweit der Betriebsrat – oder seine Mitglieder – den Arbeitnehmern im Zusammenhang mit der Amtsführung überhaupt auf Schadensersatz haften, ist umstritten. Wer ein gesetzliches Schuldverhältnis zwischen Betriebsrat und Arbeitnehmern bejaht, kann hier auf §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB zurückgreifen.[281] In diese Kategorie fällt auch der Ansatz *Bellings*, der den Betriebsrat als Träger eines privaten Amtes einordnet und Ersatzansprüche aus einer Rechtsanalogie zu den Haftungsbestimmungen des bürgerlichen Rechts für andere Amtsträger (Testamentsvollstrecker, Insolvenzverwalter, etc.) ableitet.[282] Überwiegend aber sehen die Befürworter einer Schadensersatzhaftung die Anspruchsgrundlage in § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 75 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 BetrVG.[283] Dagegen wird eingewandt, § 75 BetrVG lege nur kollektivrechtliche Amtspflichten fest, biete aber keinen Anhaltspunkt für Individualschutz.[284] **474**

Verneint man mit der hier vertretenen Auffassung ein Schuldverhältnis zwischen Betriebsrat und Arbeitnehmern, so kommen in der Tat nur deliktische Ansprüche in Betracht. Ausgangspunkt ist die Frage, ob der Betriebsrat gegen ein Schutzgesetz zugunsten der Arbeitnehmer verstößt, wenn er mitbestimmungswidriges Verhalten des Arbeitgebers nicht per Unterlassungsantrag verhindert. Schutzgesetze sind Normen, die jedenfalls auch Individualschutz[285] bezwecken[286] und dem einzelnen selbst die **475**

281 *Triebel*, Haftung S. 62; ähnlich schon *Neumann-Duesberg*, BetrVR S. 340 ff., gestützt allerdings auf ein „Sozialrechtsverhältnis" zwischen Arbeitnehmer und Betriebsrat.

282 *Belling*, Haftung S. 185; ebenso Richardi/*Thüsing* vor § 26 Rn. 13.

283 BAG 5.4.1984 – 2 AZR 513/82 – AP Nr. 2 zu § 17 BBiG; Fitting § 75 Rn. 177; D/K/K/*Berg* § 75 Rn. 64; ErfK/*Kania* § 75 BetrVG Rn. 12; HK-BetrVG/*Lorenz* § 75 Rn. 58; S/W/S § 75 Rn. 2; *H. Weber* DB 1992, 2135, 2138; diff. H/S/WG/N/*Worzalla* § 75 Rn. 32.

284 GK-BetrVG/*Kreutz* § 75 Rn. 138; *Richardi* § 75 Rn. 53; *Fritsch* BB 1992, 701, 707; *Isele* RdA 1962, 373, 374; *Gamillscheg*, KollArbR II S. 582, 715; *Rosset*, Rechtssubjektivität S. 137 f.; *Heydrich*, Pflichtverletzungen S. 64 f.

285 BGH 29.6.1982 – VI ZR 33/81 – BGHZ 84, 312 [II.2]; BGH 21.10.1991 – II ZR 204/90 – BGHZ 116, 7 [II.2]; Staudinger/*Hager* (1999) § 823 Rn. G 19; MüKoBGB/*Wagner* § 823 Rn. 346.

286 BGH 27.1.1954 – VI ZR 309/52 – BGHZ 12, 146; BGH 21.10.1991 – II ZR 204/90 – BGHZ 116, 7 [II.2]; Staudinger/*Hager* (1999) § 823 Rn. G 23; MüKoBGB/*Wagner* § 823 Rn. 346.

Rechtsmacht in die Hand geben, seine Interessen unmittelbar mit Mitteln des Privatrechts gegen den Schädiger zu schützen.[287]

Darunter fallen nicht die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats,[288] obwohl sie mittelbar auch dem Schutz des einzelnen dienen.[289] Ihnen läßt sich keine Garantenpflicht des Betriebsrats entnehmen, Beeinträchtigungen einzelner Arbeitnehmer durch den Arbeitgeber zu verhindern, weil die Mitbestimmung eben nur eine Beteiligung am Verfahren, aber kein Ergebnis garantiert.

Mit Recht wurde das für den kollektivrechtlichen Kündigungsschutz nach den §§ 84 ff. BRG 1920 anders gesehen. Weil hier die individualrechtliche Rechtsposition des Arbeitnehmers abhängig war, galt § 86 BRG 1920 als Schutzgesetz i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB.[290] Die Mitbestimmung nach dem BetrVG aber hindert den Arbeitnehmer nicht, seine Individualrechte durchzusetzen.[291]

[2] Keine individuelle Rechtsaufsichtspflicht des Betriebsrats

476 Demgegenüber spricht viel dafür, die Vorschriften des § 75 BetrVG als Schutzgesetze zu sehen.[292] Der Betriebsrat wird hier konkret auf die Rechte des einzelnen als Individuum verpflichtet.[293] Die Belegschaft insgesamt hat weder Geschlecht noch Rasse oder Religion, und ihr kann auch kein Recht auf Entfaltung der Persönlichkeit zustehen.

Daraus erwächst jedoch keine Garantenpflicht des Betriebsrats, mitbestimmungswidriges Verhalten des Arbeitgebers allein wegen der Verletzung des BetrVG zu verhindern. Die „Grundsätze für die Behandlung der Betriebsangehörigen“, so die amtliche Überschrift des § 75 BetrVG, gelten für Betriebsrat wie Arbeitgeber gleichermaßen und begrenzen so die Betriebsautonomie.[294] Eine Rechtsaufsicht des einen für den anderen

287 BGH 27.11.1963 – V ZR 201/63 – BGHZ 40, 306; Staudinger/*Hager* (1999) § 823 Rn. G 21.

288 Fitting § 1 Rn. 266; *Miersch*, Rechtsfolgen S. 95 f.; *Wolter* RdA 2006, 137, 138.

289 Ausführlich oben Rn. 337 ff.

290 *Reichold*, Sozialprivatrecht S. 273; *Belling*, Haftung S. 15 f. jeweils m.w.N.

291 Oben Rn. 470 ff.

292 Zum Meinungsstand oben Fn. 283, 284 zu Rn. 474.

293 Die Annahme solcher individueller Schutzpflichten widerspricht nicht der Ablehnung eines Erfüllungsanspruchs der Arbeitnehmer (so i.Erg. auch *Löwisch* AuR 1972, 359, 362). Ein solcher Anspruch besteht nicht, weil der einzelne kein Recht hat, die kollektive Mitbestimmung zu lenken. Das schließt aber nicht Schutzpflichten des Betriebsrats aus, die seine Tätigkeit steuern, ohne daß daraus Erfüllungsansprüche erwüchsen.

294 BAG 19.1.1999 – 1 AZR 499/98 – AP Nr. 28 zu § 87 BetrVG 1972 Ordnung des Betriebs [A.II.2]; BAG 12.12.2006 – 1 AZR 96/06 – AP Nr. 94 zu § 77 BetrVG

läßt sich daraus nicht ableiten. So wenig der Arbeitgeber den Arbeitnehmern gegenüber verpflichtet ist, betriebsverfassungskonformes Verhalten des Betriebsrats sicherzustellen,[295] so wenig gilt das umgekehrt für Verstöße des Arbeitgebers.

Aus § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG ergibt sich nichts anderes, obwohl der Wortlaut der Norm dies auf den ersten Blick nahe legt. Die allgemeine Aufgabe, die Rechtstreue des Arbeitgebers zu überwachen, wird mit Recht nicht als Schutzgesetz i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB verstanden.[296] Es handelt sich zwar um eine – durch § 23 Abs. 1 BetrVG gesicherte – Pflicht gegenüber der Belegschaft, nicht aber gegenüber dem einzelnen Arbeitnehmer. Nur so ist verständlich, daß sich die Überwachungspflicht nicht auf die Einhaltung einzelvertraglicher Regelungen bezieht.[297] § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG schützt nicht subjektive Rechte, sondern objektives Recht.[298] Es bleibt dabei: Die Arbeitnehmer müssen das Risiko tragen, daß sich der von ihnen gewählte Betriebsrat nicht gegen den Arbeitgeber durchsetzt.[299] **477**

Im Zusammenhang mit dem Unterlassungsanspruch des Betriebsrats bedeutet das nicht nur eine Absage an die Haftung aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 75 BetrVG, sondern auch an andere deliktsrechtliche Tatbestände, sei es § 826 BGB oder § 823 Abs. 1 BGB. Weil der Betriebsrat nicht verpflichtet ist, eine Verletzung der Mitbestimmungsrechte zu verhindern, fehlt es an einer tatbestandlichen Handlung (in Form eines rechtlich relevanten Unterlassens). **478**

[3] Vermögensbetreuungspflicht des Betriebsrats?

Das gilt selbst dann, wenn man mit *Lobinger* Vermögensbetreuungspflichten des Betriebsrats gegenüber den Arbeitnehmern und damit eine Haftung aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 266 Abs. 1 StGB für möglich **479**

1972 [A.I]; *Löwisch* AuR 1972, 359, 360; GK-BetrVG/*Kreutz* § 75 Rn. 139; *Fritsch* BB 1992, 701, 707; Fitting § 75 Rn. 177; D/K/K/*Berg* § 75 Rn. 62.

295 Das schließt freilich nicht aus, daß der Arbeitgeber im Einzelfall individualrechtlich gegen den Betriebsrat vorgehen muß. So kann sich aus § 81 Abs. 4 Satz 1 SGB IX ein Anspruch eines schwerbehinderten Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber ergeben, das Zustimmungsersetzungsverfahren nach § 99 Abs. 4 BetrVG durchzuführen, um eine Versetzung zu ermöglichen (BAG 3.12.2002 – 9 AZR 481/01 – AP Nr. 2 zu § 81 SGB IX; BAG 22.9.2005 – 2 AZR 519/04 – AP Nr. 10 zu § 81 SGB IX). Dabei geht es aber gerade nicht um betriebsverfassungsrechtliche, sondern um rein individualrechtliche Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis (so zutreffend Richardi/*Thüsing* § 99 Rn. 279).

296 So ausdrücklich GK-BetrVG/*Kraft*/*Weber* § 80 Rn. 23.

297 W/P/K/*Preis* § 80 Rn. 10; Richardi/*Thüsing* § 80 Rn. 14.

298 *Lobinger* in: Arbeitsstrafrecht im Umbruch, Rn. 41.

299 *von Hoyningen-Huene* RdA 1992, 355, 362.

hält.[300] Eine Schädigung des Arbeitnehmervermögens „von innen heraus", wie sie der Untreue-Tatbestand verlangt,[301] mag denkbar sein, soweit der Betriebsrat die individualrechtliche Position des Arbeitnehmers verschlechtert – etwa bei Zusammenstellung der Namensliste nach § 1 Abs. 5 KSchG.[302]

Eine Vermögensbetreuungspflicht kann aber nicht verletzt sein, soweit die Schutzposition des einzelnen Arbeitnehmers nicht vom Handeln des Betriebsrats abhängt, weil dieser *„weder vertretend noch gar verdrängend, sondern allein verstärkend agiert"*.[303] Im Kampf gegen mitbestimmungswidriges Verhalten des Arbeitgebers ist der Betriebsrat in diesem Sinne immer nur verstärkend tätig: Der Arbeitnehmer kann seine individuellen Rechte unabhängig vom kollektiven Rechtsschutz verteidigen.[304]

C. Kollektivrechtliche Sicherung der Mitbestimmung

480 Der allgemeine Unterlassungsanspruch sichert wie die Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung die Mitbestimmung des Betriebsrats. Schwachpunkt der kollektivrechtlichen wie der individualrechtlichen Lösung ist, daß sie im Gesetz nicht ausdrücklich verankert sind. Das Verhältnis der Modelle zueinander ist bislang nicht geklärt. Das BAG wendet beide nebeneinander an. Meines Erachtens bietet hingegen allein der Unterlassungsanspruch eine interessengerechte und gesetzeskonforme Lösung für Verletzungen des Mitbestimmungsrechts durch den Arbeitgeber. Dies ergibt sich zum einen aus seiner Effektivität (Rn. 481), zum anderen aus systematischen (Rn. 482 ff) und schließlich aus verfassungsrechtlichen Überlegungen (Rn. 483 ff).

I. Effektiver Schutz der Mitbestimmungsrechte

481 Die Befürworter der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung wenden ein, der negatorische Rechtsschutz könne die gleichberechtigte Zuständigkeit der Betriebspartner nicht gewährleisten, sondern nur rechtswidrige Zustände im Nachhinein beseitigen oder für die Zukunft verhindern.[305] Dabei wird übersehen, daß der Betriebsrat per einstweiliger Verfügung auch einen erstmaligen, unmittelbar bevorstehenden Verstoß des Arbeitgebers verhindern kann, wenn er eine Erstbegehungsgefahr darlegt. Diese

300 *Lobinger* in: Arbeitsstrafrecht im Umbruch, S. 99 ff.
301 LK-StGB/*Schünemann* § 266 Rn. 1.
302 *Lobinger* in: Arbeitsstrafrecht im Umbruch, Rn. 31.
303 *Lobinger* in: Arbeitsstrafrecht im Umbruch, Rn. 32.
304 Oben Rn. 471.
305 So etwa *Wiese* FS Adomeit S. 839, 840.

Lösung versagt freilich, wenn der Arbeitgeber den Betriebsrat so überrumpelt, daß sogar Eilrechtsschutz nicht mehr möglich ist. Auch die Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung kann jedoch nicht verhindern, daß die betroffenen Arbeitnehmer aus Sorge um ihren Arbeitsplatz einer mitbestimmungswidrigen Anordnung des Arbeitgebers Folge leisten. Dann bleibt auch nach der h.M. nur die Rückabwicklung des mitbestimmungswidrigen Verhaltens.

II. Trennung von Kollektiv- und Individualrecht

Die h.M. bemüht sich um eine enge Verknüpfung von Kollektiv- und Individualarbeitsrecht, weil der rein kollektive Schutz der Arbeitnehmer als nicht ausreichend empfunden wird. Das Betriebsverfassungsrecht schütze nur die eigene Verfahrensordnung, nicht aber die Subjekte, um deretwillen diese Ordnung geschaffen sei; diese Lücke kompensiere die Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung.[306] **482**

Damit wird die Entscheidung des Gesetzgebers für einen bloßen Verfahrensschutz mißachtet. Eine überzeugende Verknüpfung von Betriebsverfassungsrecht und Individualarbeitsrecht ohne Systembrüche ist bis heute nicht gelungen[307] und muß an der unterschiedlichen Funktionsweise des Arbeitnehmerschutzes scheitern. Das BetrVG vermittelt einen formellen Schutz durch Beteiligung, das Individualarbeitsrecht einen materiellen durch zwingende vertragsrechtliche Vorgaben.[308] Deshalb ist es konsequent, die Verfahrensbeteiligung des Betriebsrats auch nur verfahrensmäßig zu sichern.[309] Warum soll es bei einer Verletzung des Mitbestimmungsrechts einer subjektiven Rechtsposition des einzelnen Arbeitnehmers bedürfen, die ihm bei der Ausübung der Mitbestimmung nicht zukommt?[310] Der Gesetzgeber hat sich für einen unabhängigen Betriebsrat als „Medium“ der Arbeitnehmerbeteiligung im Betrieb entschieden; er hätte ebensogut auf Mehrheitsentscheidungen der Belegschaft setzen können.[311] Auch dann aber stünde dem einzelnen Arbeitnehmer allein keine betriebsverfassungsrechtliche Rechtsposition gegenüber dem Arbeitgeber zu.

Der negatorische Rechtsschutz des Betriebsrats trägt diesem Systemunterschied zwischen Kollektiv- und Individualrecht Rechnung. Nicht die Arbeitnehmer müssen die Vorgaben des Betriebsverfassungsrechts durch-

306 *Wolter* RdA 2006, 137, 148.
307 Dazu oben Rn. 108 ff.; in diese Richtung auch KR/*Rost* § 2 KSchG Rn. 145b.
308 Dazu oben Rn. 341 ff.
309 Ähnlich *Kümpel* AuR 1985, 78, 88.
310 Dazu oben Rn. 466 ff. Darauf stützt sich aber *Wolter* RdA 2006, 137, 148.
311 GK-BetrVG[4]/*Thiele* Einl. Rn. 50.

setzen, sondern der eigens zu diesem Zweck eingerichtete und – nach dem gesetzlichen Leitbild – von Partikularinteressen unabhängige Betriebsrat. So wird (in den Worten *Richardis*) wieder auf die Füße gestellt, was die h.M. mit der These von der Wirksamkeitsvoraussetzung auf den Kopf gestellt hat.[312]

III. Mitbestimmungssicherung und Privatautonomie

1. Privatautonomie des Arbeitgebers

483 Für den Arbeitgeber kann der Unterlassungsanspruch des Betriebsrats auf den ersten Blick eine stärkere Beeinträchtigung seiner Privatautonomie bedeuten als die Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung. Während die individualrechtliche Wirksamkeit einer einseitigen Maßnahme im Nachhinein überprüft werden kann, verhindert eine einstweilige Verfügung – unter Umständen zu Unrecht – von Anfang an ihre Durchführung.

484 Allerdings bietet gerade das Verfahrensrecht des vorläufigen Rechtsschutzes die Möglichkeit, in jedem Einzelfall für einen gerechten Interessenausgleich zu sorgen.[313] Eben weil der Betriebsrat in aller Regel darauf angewiesen ist, dem Unterlassungsanspruch per einstweiliger Verfügung Geltung zu verschaffen, droht keine übermäßige Belastung des Arbeitgebers.

485 Darüber hinaus sorgt der negatorische Rechtsschutz für Rechtssicherheit, die individualrechtliche Unwirksamkeit nicht. Zwar kann der Arbeitgeber de facto auch unter Geltung der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung eine Maßnahme durchführen, wenn der Betriebsrat ein Mitbestimmungsrecht für sich reklamiert – er kann aber nicht verhindern, daß die Arbeitnehmer unter Hinweis auf die fehlende Mitbestimmung seine Anweisungen mißachten. Selbst wenn sich später herausstellt, daß dem Betriebsrat kein Beteiligungsrecht zustand, können sich die Arbeitnehmer unter Umständen darauf berufen, die Rechtslage wäre für sie nicht erkennbar gewesen.[314]

486 Legt man es demgegenüber in die Hände des Betriebsrats, das Mitbestimmungsrecht durchzusetzen, so bleibt der Arbeitgeber gerade in umstrittenen Fällen bis zu einer gerichtlichen Entscheidung handlungsfähig. Zwar muß er mitbestimmungswidrige Maßnahmen im Nachhinein wieder beseitigen, wenn der Betriebsrat dies verlangt, er kann aber zuvor eine ge-

312 *Richardi* NZA 1995, 8, 12, der allerdings die Unwirksamkeit nicht generell ausschließt.
313 Oben Rn. 459.
314 *Worzalla* BB 2005, 1737, 1738.

richtliche Klärung der Rechtslage erzwingen. Obwohl also der kollektivrechtliche Beseitigungsanspruch letztendlich dasselbe Ergebnis bewirkt wie die Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung, belastet er den Arbeitgeber in geringerem Maße: Anders als nach der Unwirksamkeitstheorie entsteht kein faktischer Schwebezustand bis geklärt ist, ob eine umstrittene Maßnahme der Mitbestimmung bedurft hätte oder nicht – die Handlungen des Arbeitgebers sind wirksam, so lange sie nicht aufgehoben wurden.

2. Privatautonomie der Arbeitnehmer

487 Vor allem aber „schont" die kollektivrechtliche Lösung die Privatautonomie der Arbeitnehmer. Gerade weil ihre Vertragsfreiheit durch die Mitbestimmungsrechte an sich nicht beschränkt ist,[315] bedeutet die negative normative Wirkung nach der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung für sie einen erheblichen Eingriff. Ohne Mitwirkung des Betriebsrats können sie in Mitbestimmungsangelegenheiten generell keine wirksamen Vereinbarungen mit dem Arbeitgeber schließen.

488 Die kollektivrechtliche Sicherung der Mitbestimmungsrechte läßt individualrechtliches Handeln hingegen zu, solange der Betriebsrat nicht dagegen vorgeht. Die Privatautonomie wird also nur dort beschränkt, wo es der Betriebsrat – gestützt auf die Mitbestimmungsrechte – im kollektiven Interesse für erforderlich hält. Auf diese Weise wird zugleich die kritikwürdige Differenzierung der h.M. nach begünstigenden und belastenden Maßnahmen[316] hinfällig. Alle mitbestimmungswidrigen Rechtsgeschäfte sind wirksam, können aber vom Betriebsrat unterbunden werden. Die Schutzfunktion der Mitbestimmung ist auf diese Weise ausreichend gewahrt: Hat der Arbeitgeber einen Arbeitnehmer über den Tisch gezogen, kann der Betriebsrat die Beseitigung der fraglichen Vereinbarung verlangen. Macht er seine Ansprüche nicht geltend, so ist die Situation keine andere, als hätte er die Vereinbarung von Anfang an gebilligt.

489 Ein sinnwidriger Druck auf den Betriebsrat, bei jeder Rechtsverletzung des Arbeitgebers sogleich ein Verfügungsverfahren einzuleiten, entsteht hierdurch nicht. Nachdem der Arbeitgeber die Kosten des Gerichtsverfahrens nach § 40 Abs. 1 BetrVG tragen müßte, liegt es in seinem eigenen Interesse, Beanstandungen des Betriebsrats ernst zu nehmen und eine einvernehmliche Lösung zu suchen. Die Drohung mit einem Gang zum Arbeitsgericht kann also schon genügen.

315 Oben Rn. 29 ff., 37 ff. und 41 ff.
316 Dazu oben Rn. 181 ff.

3. Privatautonomie und notwendige Mitbestimmung

490 Die oben[317] aufgeworfene Frage, ob die individualrechtliche Unwirksamkeit erforderlich ist, um Schutz und Ausgleich durch Mitbestimmung zu sichern, ist demnach zu verneinen.[318] Die Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung beschränkt die Privatautonomie von Arbeitgeber und Arbeitnehmern pauschal – unabhängig vom konkreten Willen des Betriebsrats – und deshalb unverhältnismäßig. Sie kann daher nicht das Ergebnis verfassungskonformer Gesetzesauslegung[319] sein. Der negatorische Rechtsschutz des Betriebsrats ist ein gleich geeignetes, aber für die Beteiligten flexibleres und dadurch milderes Mittel zur Durchsetzung der Mitbestimmungsrechte.

317 Rn. 361 ff.
318 In diese Richtung auch KR/*Rost* § 2 KSchG Rn. 145b.
319 Dazu oben Rn. 266 ff.

§ 4 Arbeitsvertragsrechtliche Folgen

Aus der Trennung von kollektiv- und individualrechtlicher Ebene[1] folgt, daß nur das Arbeitsvertragsrecht darüber entscheiden kann, ob die Verletzung von Mitbestimmungsrechten auf das Arbeitsverhältnis „durchschlägt". Solange er nicht durch eine mitbestimmte Regelung überlagert wird, gilt allein der Arbeitsvertrag. Knüpft das Arbeitsvertragsrecht aber an den kollektivrechtlichen Verstoß an, so können sich daraus individualrechtliche Rechtsfolgen ergeben. **491**

A. Verstoß gegen ein Verbotsgesetz

Das BAG selbst hat auf diese Konstruktion zurückgegriffen, als es „entsprechend § 134 BGB" die Unwirksamkeit einer nicht mitbestimmten Versetzungsweisung begründete.[2] Schon die unklare Analogie ist freilich auf Kritik gestoßen.[3] **492**

I. Mitbestimmungstatbestände als Verbotsgesetze

Gegen die Anwendung des § 134 BGB bestehen grundsätzliche Bedenken. Die Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung bezweckt eine Verfahrenssicherung, und gerade dies kann § 134 BGB nicht leisten. Verbotsgesetze im Sinne dieser Vorschrift mißbilligen den *Inhalt* eines Rechtsgeschäfts, sie richten sich also gegen das Geschäft als solches.[4] **493**

Natürlich läßt sich das Gebot an den Arbeitgeber, den Betriebsrat an seinen Entscheidungen zu beteiligen, auch als Verbot formulieren, mitbestimmungsbedürftige Maßnahmen ohne Beteiligung des Betriebsrats vorzunehmen.[5] Die Mitbestimmungsrechte sind aber wertneutral; sie enthalten keine materiellen Vorgaben, sondern geben lediglich einen Gestaltungsspielraum, den der Betriebsrat – geleitet von den Vorgaben des § 75 BetrVG – ausfüllen muß. Auch wenn sein Ermessen bisweilen (§ 99 Abs. 2 BetrVG) eingeschränkt ist, so kommt es doch auf seine Entscheidung an und nicht darauf, ob aus objektiver Sicht ein Zustimmungsverweigerungsgrund einschlägig wäre. Das Verbot richtet sich also nicht **494**

1 Oben Rn. 482.
2 Nachweise oben Fn. 135 zu Rn. 72.
3 *Raab* ZfA 1995, 479, 498.
4 Staudinger/*Sack* (2003) § 134 Rn. 30; P/W/W/*Ahrens* § 134 Rn. 12; MüKoBGB/*Armbrüster* § 134 Rn. 1.
5 So etwa *Hässler* AuR 1965, 289, 293; *Bartels*, Versetzungen S. 55; *Müller*, Änderungskündigung S. 75 f.

gegen das Rechtsgeschäft als solches.[6] Als Verbotsgesetze lassen sich die Mitbestimmungsrechte daher nicht verstehen.[7]

495 Insofern gilt für die Mitbestimmung nichts anderes als für behördliche Genehmigungsvorbehalte. Auch diese sind – entgegen dem BAG – keine Verbotsgesetze, weil sie nicht ein Rechtsgeschäft selbst mißbilligen.[8] Sie beschränken allerdings – anders als die Mitbestimmungsrechte[9] – das rechtliche Können des Betroffenen.[10]

II. Nichtigkeit

496 Wer demgegenüber die Mitbestimmungsrechte als Verbotsgesetze einordnet, muß sich mit der Frage auseinandersetzen, ob eine Verbotsverletzung gerade die Nichtigkeit des rechtswidrigen Geschäfts verlangt. Darüber entscheidet allein die Auslegung des Verbotsgesetzes.[11] Selbst wenn man § 134 BGB eine Vermutung oder eine Auslegungsregel zugunsten der Nichtigkeit entnehmen will,[12] greift diese für die Mitbestimmungsrechte nicht, weil sich das BetrVG (in verfassungskonformer Auslegung) gerade mit der kollektivrechtlichen Sicherung der Betriebsratsbeteiligung begnügt.[13]

B. Genehmigungserfordernis

497 Auch die Regeln der §§ 182 ff. BGB über Einwilligung und Genehmigung taugen nicht als individualrechtlicher Anknüpfungspunkt für die Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung. § 182 Abs. 1 BGB setzt bereits voraus, daß die Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts von der Zustimmung eines

---

6 Ähnlich *Miersch*, Rechtsfolgen S. 225, 229 ff.
7 So auch *Richardi*, Kollektivgewalt S. 292 f.
8 Larenz/*Wolf*, BGB AT § 40 Rn. 4; MüKoBGB/*Armbrüster* § 134 Rn. 7; Bamberger/Roth/*Wendtland* § 134 Rn. 14; a.A.: BAG 11.5.2000 – 2 AZR 276/99 – AP Nr. 42 zu § 103 BetrVG 1972 [II.2]; Soergel/*Hefermehl* § 134 Rn. 42; P/W/W/*Ahrens* § 134 Rn. 25.
9 Oben Rn. 483 f.
10 Zu den Rechtsfolgen Bamberger/Roth/*Wendtland* § 134 Rn. 14 m.w.N.
11 St. Rspr., etwa BGH 22.5.1978 – III ZR 153/76 – NJW 1978, 1970 [II.4]; BGH 5.5.1992 – X ZR 134/90 – NJW 192, 2557 [II.2.b]; BGH 17.10.2003 – V ZR 429/02 – NJW 2003, 3692 [II.2.a]; P/W/W/*Ahrens* § 134 Rn. 16; MüKoBGB/*Armbrüster* § 134 Rn. 103.
12 So *Medicus*, BGB AT Rn. 646; MüKoBGB/*Armbrüster* § 134 Rn. 103; Staudinger/*Sack* (2003) § 134 Rn. 58 m.w.N. auch zur uneinheitlichen Rspr. des BGH; a.A. *Flume*, AT II S. 341; *Bartels*, Versetzungen S. 55.
13 Oben Rn. 490.

Dritten abhängt; die Vorschrift kann die Unwirksamkeit also nicht selbst begründen.[14]

C. Leistungsbestimmung nach billigem Ermessen

I. Direktionsrecht in Mitbestimmungsangelegenheiten

498 Aus der Vertragsrechtsakzessorietät der Mitbestimmung[15] folgt, daß die arbeitsvertraglichen Befugnisse des Arbeitgebers durch die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats nicht etwa verdrängt, sondern lediglich beschränkt werden. Erst die ausgeübte Mitbestimmung in Form der Betriebsvereinbarung läßt das Direktionsrecht gemäß § 106 Satz 1 GewO entfallen. Fehlt eine solche mitbestimmte Regelung, bleibt es grundsätzlich beim Direktionsrecht, der Arbeitgeber muß aber die Beteiligungsrechte des Betriebsrats beachten.[16] Dementsprechend hat das BAG – allerdings für tarifvertraglich vereinbarte Beteiligungsrechte – die Mitbestimmung als Leistungsbestimmung „durch einen Dritten" (Arbeitgeber und Betriebsrat zusammen) analog § 317 Abs. 1 BGB eingeordnet.[17]

II. Tatbestandliche Anknüpfung

499 Wie aber ist die These von der Mitbestimmung als Schranke des Direktionsrechts zu verstehen? Wer mit der hier vertretenen Auffassung eine Einschränkung des rechtlichen Könnens des Arbeitgebers auf der Grundlage der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung verneint, kann eine solche Beschränkung nur am Tatbestand des § 106 GewO festmachen.

1. Billiges Ermessen

500 Als Anknüpfungspunkt bietet sich die Bindung an billiges Ermessen an. Das Direktionsrecht erlaubt es dem Arbeitgeber, die Leistungspflicht des Arbeitnehmers zu konkretisieren, d.h. die Leistung i.S.d. § 315 BGB zu bestimmen.[18] Jede Weisung, die er auf der Grundlage dieses „Mutter-

14 Zur Anwendung der §§ 182 ff. BGB auf die Zustimmung des Betriebsrats nach § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG *Miersch*, Rechtsfolgen S. 265 ff.

15 Oben Rn. 29 f.

16 *Junker*, Arbeitsrecht Rn. 206; a.A. *Haug*, Direktion S. 40, nach dem die Mitbestimmung den Anwendungsbereich des Direktionsrechts einschränkt.

17 BAG 24.9.1959 – 2 AZR 28/57 – AP Nr. 11 zu § 611 BGB Akkordlohn [II.4]; so auch Hueck/*Nipperdey*, ArbR II/1 S. 288; *von Hoyningen-Huene*, Billigkeit S. 149 f.

18 P/W/W/*Medicus* § 315 Rn. 2; MüKoBGB/*Gottwald* § 315 Rn. 67 ff.

gestaltungsrechts“[19] erteilt, muß gemäß § 106 Satz 1 GewO billigem Ermessen genügen, andernfalls ist sie gemäß § 315 Abs. 3 Satz 1 BGB unverbindlich. Dieser Vorgabe wird der Arbeitgeber nur gerecht, wenn er vor einer Entscheidung die wesentlichen Umstände des Falles abwägt und die beiderseitigen Interessen angemessen berücksichtigt.[20] Weil „Billigkeit“ nichts anderes bedeutet als konkrete Einzelfallgerechtigkeit,[21] ist vom Arbeitgeber in jedem Fall eine Abwägung gefordert, für die es keine allgemeingültigen Vorgaben gibt.[22] Aus dieser Abwägung ergeben sich die Grenzen, innerhalb derer sich die Ermessensentscheidung des Arbeitgebers halten muß.[23]

Es gibt demnach nicht nur eine einzige „richtige“ Entscheidung,[24] sondern einen Entscheidungsspielraum.[25] Das folgt schon aus dem Wortlaut des Gesetzes, das von „billigem Ermessen“ und nicht nur von „Billigkeit“ spricht. Die Konkretisierung der Leistung kraft Direktionsrechts ist Leistungsbestimmung und nicht bloße „Leistungsfeststellung“. Für Vorgaben zur betrieblichen Ordnung und zum Verhalten der Arbeitnehmer nach § 106 Satz 2 GewO gilt nichts anderes.

2. Fehlende Abwägungszuständigkeit

501 Eben weil es mehrere Regelungsalternativen gibt, soll der Betriebsrat in einigen Angelegenheiten mitbestimmen, um den Interessen der Belegschaft Geltung zu verschaffen. Die Mitbestimmung läßt sich als Konkretisierung der Billigkeit i.S.d. § 106 Satz 1 GewO verstehen.[26] In mitbestimmungsbedürftigen Angelegenheiten ist der Entscheidungsspiel-

19 MüKoBGB/*Gottwald* § 315 Rn. 68.

20 St. Rspr., etwa BAG 24.4.1996 – 5 AZR 1031/94 – AP Nr. 48 zu § 611 BGB Direktionsrecht [1.]; BAG 7.12.2000 – 6 AZR 444/99 – AP Nr. 61 zu § 611 BGB Direktionsrecht [IV.1]; BAG 13.3.2007 – 9 AZR 433/06 – AP Nr. 26 zu § 307 BGB [II.1.b.aa.(2)].

21 BGH 6.7.1955 – GSZ 1/55 – BGHZ 18, 149 [I.2]; BAG 14.10.2004 – 6 AZR 501/03 – AP Nr. 24 zu § 19 BAT-O [B.II.3.c]; *Rümelin*, Billigkeit S. 48; Staudinger/*Rieble* (2004) § 315 Rn. 122; *von Hoyningen-Huene*, Billigkeit S. 18 m.w.N.

22 BAG 17.12.1997 – 5 AZR 332/96 – AP Nr. 52 zu § 611 BGB Direktionsrecht [IV.1]; *Lakies* BB 2003, 364, 366; *von Hoyningen-Huene*, Billigkeit S. 113 ff.; Staudinger/*Rieble* (2004) § 315 Rn. 123 f.; *ders.*, Ermessenskontrolle S. 33.

23 MüKoBGB/*Gottwald* § 315 BGB Rn. 30.

24 So aber *Kornblum* AcP 168 (1968), 450, 458 ff.; *von Hoyningen-Huene*, Billigkeit S. 42.

25 BAG 12.10.1961 – 5 AZR 423/60 – AP Nr. 84 zu § 611 BGB Urlaubsrecht[I.5.a]; Staudinger/*Rieble* (2004) § 315 Rn. 117; *ders.*, Ermessenskontrolle S. 112 f.; MüKoBGB/*Gottwald* § 315 BGB Rn. 29 f.

26 Staudinger/*Rieble* (2004) § 315 Rn. 192.

raum des Arbeitgebers deutlich stärker eingeschränkt als sonst. Billig ist hier nur eine Regelung, welche die Zustimmung des Betriebsrats gefunden hat.[27] Die vom Arbeitgeber geforderte Abwägung wird „formalisiert", sie ist nur durch Einigung mit dem Betriebsrat möglich. Anders formuliert überträgt das BetrVG in Mitbestimmungsangelegenheiten die Abwägungszuständigkeit auf Arbeitgeber und Betriebsrat gemeinsam. Übt der Arbeitgeber sein Direktionsrecht mitbestimmungswidrig im Alleingang aus, bedeutet das einen vollständigen Abwägungsausfall, weil das Gesetz eine solche eigenmächtige Abwägung nicht anerkennt – die Entscheidung entspricht damit nicht billigem Ermessen i.S.d. § 106 Satz 1 GewO.

3. Verfahrenstreue als Aspekt der Billigkeit

a) Rechtsschutz durch Verfahrenssicherung

In der Sache geht es um Rechtsschutz durch Verfahrenssicherung, wie ihn die Rechtsordnung gerade bei Abwägungsentscheidungen kennt – etwa nach § 1 Abs. 7 BauGB für die Aufstellung von Bebauungsplänen.[28] Wer zur Abwägung verpflichtet ist, muß das dafür vorgesehene Verfahren einhalten[29] – dies gilt für den Arbeitgeber nicht anders als für den Gesetzgeber oder die Verwaltung. Die Verwirklichung der Grundrechte verlangt nach der Rechtsprechung des BVerfG eine dem Grundrechtsschutz angemessene Verfahrensgestaltung.[30] Formelle Fehler der Entscheidungsfindung können also materielle Rechte verletzen, wenn das Verfahren gerade dem Schutz dieser Rechte dient.[31] Im Zivilrecht läßt sich dieser Rechtsschutz über unbestimmte Rechtsbegriffe wie den des billigen Ermessens in § 315 Abs. 1 BGB verwirklichen. **502**

b) Anwendungsfall: Diskriminierungsschutz

Eine solche Verfahrenssicherung kraft tatbestandlicher Anknüpfung im materiellen Recht ist auch dem BAG nicht fremd: Es greift etwa beim Diskriminierungsschutz für Schwerbehinderte auf diese Konstruktion zurück. **503**

27 Staudinger/*Rieble* (2004) § 315 Rn. 192; *ders.*, Arbeitsmarkt und Wettbewerb Rn. 1422.

28 So kann eine fehlerhafte Beteiligung der Öffentlichkeit nach § 3 Abs. 2 BauGB gemäß § 214 Abs. 1 Nr. 2 BGB einen Abwägungsfehler begründen.

29 *Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtslehre S. 654.

30 BVerfG 18.6.1986 – 1 BvR 787/80 – BVerfGE 73, 280, 296; ausführlich das Sondervotum der Richter *Simon* und *Heußner* in BVerfG 20.12.1979 – 1 BvR 385/77 – BVerfGE 53, 30, 69 ff.; dazu auch *Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtslehre S. 517.

31 *Simon/Heußner* in BVerfG 20.12.1979 – 1 BvR 385/77 – BVerfGE 53, 30, 69 ff., 78 f.

Besetzt der Arbeitgeber eine Stelle, ohne nach § 81 Abs. 1 Satz 2 SGB IX die Bundesagentur für Arbeit bzw. nach Satz 6 die Schwerbehindertenvertretung zu beteiligen, so schließt die Rechtsprechung daraus auf eine Benachteiligung behinderter Stellenbewerber i.S.d. § 81 Abs. 2 Satz 1 SGB IX bzw. § 7 Abs. 1 Hs. 1 AGG mit der Folge der Beweislastumkehr nach § 22 AGG.[32] Der Verfahrensverstoß indiziert also die Verletzung materiellen Rechts. Nachdem die Schwerbehindertenvertretung (ebenso wie die Bundesagentur für Arbeit) die Eingliederung behinderter Menschen fördern und ihrer Diskriminierung entgegenwirken soll, liegt eine Benachteiligung in der Tat nahe, wenn diese Stellen nicht beteiligt wurden.[33]

Bei genauerer Betrachtung geht das BAG sogar über die widerlegbare Vermutung der Benachteiligung hinaus und betrachtet Verfahrensverstöße des Arbeitgebers selbst als Benachteiligung – ohne diesen Ansatz jedoch konsequent zu Ende zu verfolgen.[34] Ob diese tatbestandliche Anknüpfung an den Begriff der Benachteiligung richtig ist, darf bezweifelt werden.[35] Dagegen spricht immerhin, daß trotz der Beteiligungspflichten aus § 81 Abs. 1 SGB IX allein der Arbeitgeber darüber entscheidet, wen er letztendlich einstellt.[36]

c) Anwendungsfall: Versetzungsschutz für Funktionsträger

504 Über die tatbestandliche Anknüpfung an § 315 Abs. 3 Satz 1 BGB läßt sich zugleich das Problem lösen, daß § 103 Abs. 3 BetrVG einen Versetzungsschutz für Funktionsträger analog zum Kündigungsschutz nach § 103 Abs. 1 BetrVG vorsieht, eine dem § 15 Abs. 1 Satz 1 KSchG entsprechende individualrechtliche Flankierung aber fehlt. Während einverständliche Versetzungen nach § 103 Abs. 3 Satz 1 Hs. 2 BetrVG aus dem Anwendungsbereich ausscheiden und Versetzungen im Wege der Änderungskündigung ohne Zustimmung des Betriebsrats schon als Kündigungen unwirksam sind,[37] ergibt sich die Unwirksamkeit einer Versetzung kraft Direktionsrechts aus § 103 Abs. 3 Satz 1 BetrVG i.V.m. § 315 Abs. 3 Satz 1 BGB.

---

32 BAG 16.9.2008 – 9 AZR 791/07 – AP Nr. 15 zu § 81 SGB IX [A.II.2.b.bb.(2)]; BAG 12.9.2006 – 9 AZR 807/05 – AP Nr. 13 zu § 81 SGB IX [A.II.2.b.aa]; zustimmend *von Medem* NZA 2007, 545, 546.

33 So auch die Begründung von *Düwell* BB 2006, 1741, 1743.

34 In diese Richtung gehen die Formulierungen in BAG 16.9.2008 – 9 AZR 791/07 – AP Nr. 15 zu § 81 SGB IX [A.II.2.b.bb.(2)] und BAG 12.9.2006 – 9 AZR 807/05 – AP Nr. 13 zu § 81 SGB IX [A.II.3.c.cc].

35 Kritisch *von Medem* NZA 2007, 545, 547 f.

36 *Kossens*/von der Heide/Maaß § 81 Rn. 12.

37 BAG 7.10.2004 – 2 AZR 81/04 – AP Nr. 56 zu § 15 KSchG 1969 [II.3]; BAG 12.3.2009 – 2 AZR 47/08 – DB 2009, 1712 [B.I.1.a].

III. Keine individualrechtliche Sicherung bloßer Mitwirkungsrechte

Bloße Mitwirkungsrechte lassen sich über die tatbestandliche Anknüpfung an § 106 Satz 1 GewO nicht sichern. Insoweit entspricht die hier vorgeschlagene Lösung also der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung. Das Gesetz verweigert einer allein vom Arbeitgeber vorgenommenen Abwägung oder Differenzierung nur in den Fällen die Anerkennung, in denen es eine Einigung der Betriebspartner verlangt. Eine solche Einigung ist bei reinen Mitwirkungsrechten, anders als bei echten Mitbestimmungs- und Zustimmungsverweigerungsrechten, nicht gefordert.[38] Die letztendliche Entscheidung trifft hier allein der Arbeitgeber. **505**

IV. Keine Wirkung zu Lasten der Arbeitnehmer

Die Bezugnahme auf § 315 Abs. 3 Satz 1 BGB erklärt zugleich, warum der Arbeitgeber aus seiner Rechtsverletzung keinen Vorteil ziehen kann. Danach ist eine unbillige Weisung für den Adressaten unverbindlich. Die Rechtsfolge der Unverbindlichkeit stellt sicher, daß dem Arbeitnehmer mitbestimmungswidrige Begünstigungen grundsätzlich erhalten bleiben – wenn nicht der Betriebsrat kollektivrechtlich dagegen vorgeht.[39] **506**

Dabei ist die genaue Bedeutung der Unverbindlichkeit umstritten. Nach h.M. ist auch eine unbillige Leistungsbestimmung wirksam, solange sie nicht durch ein gerichtliches Gestaltungsurteil nach § 315 Abs. 3 Satz 2 Hs. 1 BGB beseitigt wird.[40] Aus dem Gesetz freilich ergibt sich eine solche „Beseitigungslast" des Adressaten nicht. Nach richtiger Ansicht bedeutet die Unverbindlichkeit nichts anderes als eine halbseitige Unwirksamkeit, auf die sich der Arbeitnehmer, nicht aber der Arbeitgeber berufen kann.[41] Dessen ungeachtet sind sich die Vertreter beider Ansichten einig, daß die unbillige Bestimmung jedenfalls denjenigen bindet, der sie getroffen hat[42] – hier also den Arbeitgeber. **507**

38 Zur Abgrenzung oben Rn. 46 ff.

39 Dazu oben Rn. 434 ff.

40 BAG 16.12.1965 – 5 AZR 304/65 – AP Nr. 9 zu § 611 BGB Fleischbeschauer-Dienstverhältnis [4.]; P/W/W/*Medicus* § 315 Rn. 9; Palandt/*Grüneberg* § 315 Rn. 16.

41 Staudinger/*Rieble* (2004) § 315 Rn. 151; MüKoBGB/*Gottwald* § 315 BGB Rn. 44.

42 MüKoBGB/*Gottwald* § 315 BGB Rn. 44; Palandt/*Grüneberg* § 315 Rn. 16, jeweils m.w.N.

508 Auch der Gleichbehandlungsanspruch nimmt nicht den begünstigten Arbeitnehmern ihre Vorteile, sondern begründet – jedenfalls für die Vergangenheit – einen Anspruch der benachteiligten auf Gleichstellung.[43]

V. Gleichbehandlungsgrundsatz

1. Gleichbehandlung und Billigkeit

509 Auch bei der Ausübung des Weisungsrechts muß der Arbeitgeber den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz beachten.[44] Während die Gleichbehandlungspflicht vor allem bei freiwilligen Sozialleistungen die austeilende Gerechtigkeit (iustitia distributiva) sichern soll, geht es im Rahmen des Direktionsrechts – wie bei der Mitbestimmung – darum, die Gestaltungsmacht des Arbeitgebers zu begrenzen.[45]

Der Arbeitgeber darf also Dienstvorschriften, etwa ein Rauchverbot im Betrieb, nicht gegenüber dem einen Arbeitnehmer durchsetzen, wenn er bei einem anderen in derselben Situation über Verstöße hinwegsieht.[46] Ebensowenig darf er für Mehrarbeit immer denselben Arbeitnehmer heranziehen (oder davon ausnehmen) – unabhängig davon, ob die Überstunden als Belastung oder (wegen des zusätzlichen Verdienstes) als Vorteil gesehen werden.[47] Erlaubt sind freilich Differenzierungen aus sachlichem Grund.[48]

510 Wiederum ist die Unbilligkeit der tatbestandliche Anknüpfungspunkt: Eine Weisung, die den Gleichbehandlungsgrundsatz nicht beachtet, entspricht nicht billigem Ermessen.[49] Der betroffene Arbeitnehmer kann also selbst entscheiden, ob er die Weisung als Belastung empfindet und dagegen vorgehen will. Vor diesem Hintergrund ist es m.E. falsch, den

---

43 *Junker*, Arbeitsrecht Rn. 59; ErfK/*Preis* § 611 BGB Rn. 606.

44 BAG 17.12.1997 – 5 AZR 332/96 – AP Nr. 52 zu § 611 BGB Direktionsrecht [IV.1]; BAG 11.10.1995 – 5 AZR 1009/94 – AP Nr. 45 zu § 611 BGB Direktionsrecht [I.1]; *Lakies* BB 2003, 364, 369; MünchArbR/*Richardi* § 9 Rn. 19; *Hueck*/Nipperdey, ArbR I S. 430.

45 MünchArbR/*Richardi* § 9 Rn. 6, 19.

46 *Hueck*/Nipperdey, ArbR I S. 430; MünchArbR/*Richardi* § 9 Rn. 21.

47 BAG 7.11.2002 – 2 AZR 742/00 – AP Nr. 100 zu § 615 BGB [B.I.1.d.cc]; LAG Frankfurt 22.6.1994 – 2 Sa 1087/93 – LAGE § 611 BGB Direktionsrecht Nr. 19; *Hueck*/Nipperdey, ArbR I S. 430; MünchArbR/*Richardi* § 9 Rn. 21; *Junker*, Arbeitsrecht Rn. 269g.

48 Ausführlich *Thüsing*, Diskriminierungsschutz Rn. 909 ff.

49 BAG 17.12.1997 – 5 AZR 332/96 – AP Nr. 52 zu § 611 BGB Direktionsrecht [IV.1]; BAG 11.10.1995 – 5 AZR 1009/94 – AP Nr. 45 zu § 611 BGB Direktionsrecht [I.1]; a.A. *Thüsing*, Diskriminierungsschutz Rn. 918: Unwirksamkeit der Weisung gemäß § 134 BGB.

Gleichbehandlungsgrundsatz als Verbotsgesetz i.S.d. § 134 BGB zu verstehen und daraus die (nicht nur halbseitige) Unwirksamkeit aller Weisungen zu folgern, welche den betroffenen Arbeitnehmer benachteiligen.[50] Die halbseitige Unwirksamkeit nach § 315 Abs. 3 Satz 1 BGB macht eine schwierige Abgrenzung nach objektiv begünstigenden und belastenden Maßnahmen entbehrlich.

2. Gleichbehandlung und Mitbestimmung

Gleichbehandlungsgebot und Mitbestimmung beruhen auf ähnlichen Wertungen: Beide zielen (zumindest auch) auf einen gerechten Ausgleich der Arbeitnehmerinteressen bei Maßnahmen des Arbeitgebers mit kollektivem Bezug.[51] Dieser Gleichlauf spricht dafür, die Verletzung von Mitbestimmungsrechten auch im Rahmen des Gleichbehandlungsgrundsatzes zu berücksichtigen. Weil der Betriebsrat nach § 75 Abs. 1 BetrVG eine Behandlung aller Arbeitnehmer nach Recht und Billigkeit sichern soll, darf der Arbeitgeber in Mitbestimmungsangelegenheiten nicht selbst über eine Ungleichbehandlung entscheiden. Eine mitbestimmungswidrige Benachteiligung ist demnach willkürlich und genügt nicht dem Gleichbehandlungsgebot. Der Unterschied zur oben[52] dargestellten Rechtsprechung des BAG liegt darin, daß nicht die Benachteiligung vermutet, sondern ihre Rechtfertigung an die ordnungsgemäße Beteiligung geknüpft wird. **511**

Das bedeutet, daß etwa eine Weisung zum Ordnungsverhalten als willkürlich einzustufen ist, wenn sie einzelne Arbeitnehmer benachteiligt, ohne daß der Betriebsrat mitgewirkt hätte. Dies gilt selbst dann, wenn der Arbeitgeber sachliche Gründe für seine Entscheidung anführen kann. **512**

> Der Arbeitgeber kann etwa ein berechtigtes Interesse daran haben, daß all seine Arbeitnehmer mit Kundenkontakt Anzug tragen. Ordnet er bei einzelnen Arbeitnehmern darüber hinaus Krawattenpflicht an, so ist diese Anordnung willkürlich, wenn der Betriebsrat entgegen § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG nicht beteiligt wurde.

Der Verstoß gegen den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz führt wiederum dazu, daß die Weisung nicht billigem Ermessen i.S.d. § 106 Satz 1 GewO entspricht und daher nach § 315 Abs. 3 Satz 1 BGB unverbindlich ist.

---

50 So aber *Thüsing*, Diskriminierungsschutz Rn. 918.

51 Für die Mitbestimmung oben Rn. 344 ff.; für den Gleichbehandlungsgrundsatz *Thüsing*, Diskriminierungsschutz Rn. 893 ff. m.w.N.

52 Rn. 503.

513 Ansprüche ergeben sich aber allein aus der Verletzung von Mitbestimmungsrechten nicht.[53] Der Verstoß gegen das BetrVG begründet nur den Willkürvorwurf. Wer gestützt auf den Gleichbehandlungsgrundsatz eine höhere Vergütung fordert, muß also dessen übrige Voraussetzungen darlegen, insbesondere die Ungleichbehandlung gegenüber anderen, vergleichbaren Arbeitnehmern.

> Rechnet der Arbeitgeber etwa eine Tariflohnerhöhung auf die bisher gezahlte übertarifliche Zulage an, ohne den Betriebsrat zu beteiligen, so kann kein Arbeitnehmer allein unter Berufung auf einen Verstoß gegen § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG mehr Geld verlangen. Eine „Anpassung nach oben" setzt voraus, daß die Zulage des Betroffenen stärker gekürzt wurde als die vergleichbarer Arbeitnehmer. Die Verletzung des Mitbestimmungsrechts macht diese Benachteiligung (nur) willkürlich.

D. Keine Unwirksamkeit mitbestimmungswidriger Verträge

I. Kein individualrechtlicher Anknüpfungspunkt

514 Insgesamt ist die tatbestandliche Anknüpfung an § 106 Satz 1 GewO und § 315 Abs. 3 Satz 1 BGB deutlich enger als die Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung, weil damit nur die mitbestimmungswidrige Ausübung des Direktionsrechts sanktioniert wird. Vertragliche Vereinbarungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer bleiben unberührt. § 315 BGB ermöglicht keine allgemeine Vertragskontrolle,[54] sondern setzt ein vertraglich vereinbartes Bestimmungsrecht voraus. Eine analoge Anwendung ist jedenfalls im Arbeitsrecht durch die abschließenden Regelungen der Inhaltskontrolle in den §§ 305 ff. BGB weitgehend ausgeschlossen.[55]

515 Das AGB-Recht selbst kann eine Sicherung der Mitbestimmung – etwa durch tatbestandliche Anknüpfung an die Worte „unangemessen benachteiligen" in § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB – nicht leisten. Die Inhaltskontrolle ist eine Rechtskontrolle anhand eines abstrakt-generellen Maßstabs.[56] Vom Verwender wird nicht verlangt, durch Abwägung eine billige, also für beide Seiten gerechte Lösung zu finden, sondern nur, daß er die „im Recht wurzelnden" Grenzlinien nicht überschreitet.[57] Diese Grenzlinien sind rein objektiv durch Anwendung des materiellen Rechts zu be-

---

53 Dazu auch oben Rn. 203 ff.

54 BAG 22.3.1989 – 5 AZR 151/88 – juris [II.3]; Staudinger/*Rieble* (2004) § 315 Rn. 45 ff.; MüKoBGB/*Gottwald* § 315 BGB Rn. 10.

55 BAG 25.5.2005 – 5 AZR 572/04 – AP Nr. 1 zu § 310 BGB [VI.2.a]; ErfK/*Preis* §§ 305-310 BGB Rn. 5 f.; *Stoffels*, AGB-Recht Rn. 391.

56 Staudinger/*Coester* (2006) § 307 Rn. 109; *Stoffels*, AGB-Recht Rn. 390.

57 *Stoffels*, AGB-Recht Rn. 460.

stimmen;[58] wie die konkrete Fassung der Klausel zustande gekommen ist, spielt dabei keine Rolle.

516 Zugleich verbieten die §§ 307 ff. BGB in ihrem Anwendungsbereich als leges speciales einen Rückgriff auf § 242 BGB, soweit es um die Wirksamkeit der vertraglichen Vereinbarung geht.[59] Die Generalklausel des § 242 BGB behält ihre Bedeutung lediglich im Rahmen der Ausübungskontrolle, um Unbilligkeiten zu vermeiden, die auf besonderen Umständen des Einzelfalls beruhen. Der Vorwurf des Rechtsmißbrauchs bezieht sich auf die Modalitäten einer konkreten Rechtsausübung, er richtet sich hingegen nicht gegen die vertragliche Regelung, auf der das geltend gemachte Recht beruht.[60] Bei mitbestimmungswidrigen Vereinbarungen haftet der Makel aber bereits der Einigung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer an und gerade nicht erst der Berufung des Arbeitgebers auf diese Vereinbarung.

> Mitbestimmungsbedürftig ist etwa nach § 87 Abs. 1 Nr. 11 BetrVG die vertragliche Senkung der Akkordsätze, nicht aber die spätere Berechnung der Entgeltansprüche durch den Arbeitgeber gestützt auf die neue Regelung.

517 Auch soweit keine Inhaltskontrolle stattfindet, etwa weil es um individuell ausgehandelte Vertragsbedingungen geht oder weil die Abreden den unmittelbaren Gegenstand der Hauptleistung betreffen – gibt es keine allgemeine Vertragskontrolle am Maßstab des § 242 BGB. Allenfalls im konkreten Einzelfall kann die Rechtsprechung „strukturelle Störungen der Vertragsparität“ ausgleichen.[61] Das verlangt in jedem Fall eine einzelfallbezogene Interessenabwägung;[62] für eine Typisierung ist also gerade kein Raum.

518 Die für das billige Ermessen nach § 106 Satz 1 GewO maßgebliche gemeinsame Abwägungszuständigkeit von Betriebsrat und Arbeitgeber[63] hilft hier nicht weiter. Anders als bei der einseitigen Leistungsbestimmung geht es nicht um die Abwägungsentscheidung innerhalb eines Ermessensspielraums, sondern um die immanenten Grenzen eines Rechts („Innentheorie“).[64] Das ist eine reine Rechtsfrage, bei der kein Ermessensspiel-

58 *Stoffels*, AGB-Recht Rn. 461.
59 *Stoffels*, AGB-Recht Rn. 389; Staudinger/*Looschelders*/*Olzen* (2005) § 242 Rn. 375 m.w.N.
60 BGH 23.6.1988 – VII ZR 117/87 – BGHZ 105, 24 [III.2.c]; Staudinger/*Coester* (2006) § 307 Rn. 36; MüKoBGB/*Roth* § 242 Rn. 419.
61 BAG 25.5.2005 – 5 AZR 572/04 – AP Nr. 1 zu § 310 BGB [VI.2.b].
62 Bamberger/Roth/*Grüneberg*/*Sutschet* § 242 Rn. 18; MüKoBGB/*Roth* § 242 Rn. 46; Palandt/*Heinrichs* § 242 Rn. 38.
63 Dazu oben Rn. 501.
64 BGH 16.2.2005 – IV ZR 18/04 – NJW-RR 2005, 619 [II.2.a]; BAG 23.6.1994 – 2 AZR 617/93 – AP Nr. 9 u § 242 BGB Kündigung [II.2.b]; MüKoBGB/*Roth* § 242 Rn. 63; Palandt/*Heinrichs* § 242 Rn. 38.

raum des Arbeitgebers (oder des Richters) besteht, innerhalb dessen sich die Mitbestimmung entfalten könnte.

II. Sondern: Schutz vor einseitiger Leitungsmacht

519 Vertragliche Regelungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer sind also wirksam, auch wenn Beteiligungsrechte des Betriebsrats verletzt wurden. An dieser Stelle gilt es, sich noch einmal das Schutzziel der Mitbestimmung in Erinnerung zu rufen. Der Betriebsrat soll keine strukturelle Unterlegenheit des Arbeitnehmers beim Vertragsschluß kompensieren, sondern die Macht des Arbeitgebers zur einseitigen Betriebsgestaltung beschränken.[65] Das ist vor allem bei einseitigen Anordnungen vonnöten; bei privatautonom ausgehandelten Verträgen kann der Arbeitgeber gerade nicht willkürlich walten.[66]

520 Ebensowenig gebietet der Ausgleichszweck die Unwirksamkeit vertraglicher Absprachen.[67] Wenn Arbeitgeber und Arbeitnehmer eine Vereinbarung treffen, die andere Arbeitnehmer belastet, verhindert auch die Nichtigkeit nicht, daß die Parteien sich daran halten. Den Kollegen ist nur mit einem kollektivrechtlichen Eingreifen des Betriebsrats geholfen – sei es mittels Unterlassungsanspruchs, sei es, indem er eine betriebseinheitliche Regelung durchsetzt, welche die einzelvertragliche Einigung verdrängt.

> Sagt der Arbeitgeber etwa einem Arbeitnehmer vertraglich eine Raucherlaubnis im Großraumbüro zu, hindert auch die Unwirksamkeit den Arbeitnehmer nicht am Rauchen. Der Betriebsrat kann aber gestützt auf § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG die Durchführung der Absprache verhindern[68] oder ein betriebliches Rauchverbot erzwingen.
>
> Einigt sich ein Arbeitnehmer mit dem Arbeitgeber darauf, daß er künftig nur noch vormittags arbeiten wird, bleiben für die Kollegen nur unbeliebtere Arbeitszeiten. Wiederum ist diesen nicht mit der Unwirksamkeit der Absprache, sondern nur mit einem Durchführungsverbot oder einer neuen, mitbestimmten Arbeitszeitregelung gedient.

---

65 H/L/S/*Heise*/*von Steinau-Steinrück* § 87 Rn. 2 und Rn. 17; dazu schon oben Rn. 337 ff; zur historischen Herleitung *Richardi*, Kollektivgewalt S. 294 f.

66 *H. Hanau*, Individualautonomie S. 89 f.; *Hurlebaus*, Fehlende Mitbestimmung S. 127, 129; kritisch auch Z/L/H § 49 V 3 b; a.A. GK-BetrVG/*Wiese* § 87 Rn. 109, 116.

67 In diese Richtung aber GK-BetrVG/*Wiese* § 87 Rn. 115.

68 Dazu oben Rn. 435 ff.

E. Kein Leistungsverweigerungsrecht

Es bleibt die Frage, wie sich die fehlende Mitbestimmung auf Realakte auswirkt, etwa wenn der Arbeitgeber im Alleingang Überwachungskameras im Betrieb anbringt (§ 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG) oder einem Arbeitnehmer vereinbarungsgemäß, aber ohne Zustimmung des Betriebsrats einen neuen Arbeitsplatz zuweist (§ 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG). Ein Leistungsverweigerungsrecht der Arbeitnehmer, bis die Kameras abgeschaltet sind, könnte sich allenfalls aus § 242 BGB ergeben. Ein Rückgriff auf § 273 BGB scheidet aus, weil den Arbeitnehmern kein Anspruch gegen den Arbeitgeber auf Beteiligung des Betriebsrats zusteht.[69] **521**

Nachdem sich die gemeinsame Abwägungszuständigkeit von Arbeitgeber und Betriebsrat im Rahmen des § 242 BGB nicht auswirken kann,[70] könnte man einen Rechtsmißbrauch des Arbeitgebers allenfalls damit begründen, daß er die Arbeitsleistung fordert, obwohl er das Mitbestimmungsrecht und damit eigene Pflichten verletzt hat. § 242 BGB läßt sich allerdings nicht entnehmen, daß nur derjenige Rechte geltend machen könnte, der sich selbst rechtstreu verhält.[71] Demgegenüber kann die eigene *Vertrags*untreue nach dem BAG durchaus den Vorwurf des Rechtsmißbrauchs begründen („tu quoque"), wenn ein „*besonderer, rechtlich relevanter Zusammenhang zwischen der beanspruchten und der selbst ausgeübten Verhaltensweise*" besteht.[72] Das leuchtet ein: Der Arbeitgeber muß die Arbeitsleistung unter zumutbaren Arbeitsbedingungen ermöglichen. Der Arbeitnehmer kann daher die Arbeitsleistung verweigern, wenn der Arbeitgeber seinen Arbeitsplatz derart exzessiv überwacht, daß darin eine Verletzung seines Persönlichkeitsrechts liegt.[73] **522**

Die Mitbestimmung soll zwar solche Rechtsverletzungen verhindern. So wenig aber bei ordnungsgemäßer Beteiligung des Betriebsrats die Rechtmäßigkeit der getroffenen Regelung vermutet werden kann, so wenig indiziert umgekehrt eine Verletzung des Mitbestimmungsrechts die Ver- **523**

69 Dazu oben Rn. 241.

70 Oben Rn. 518.

71 BGH 14.7.1971 – VIII ZR 49/71 – NJW 1971, 1747 [II.2.a.bb]; BGH 26.11.2004 – V ZR 90/04 – NJW-RR 2005, 743 [II.2.b.bb.(1)]; Bamberger/Roth/*Grüneberg*/*Sutschet* § 242 Rn. 71; Staudinger/*Looschelders*/*Olzen* (2005) § 242 Rn. 251; für zwingende gesetzliche Ansprüche BAG 6.6.1974 – 2 AZR 278/73 – AP Nr. 3 zu § 9 MuSchG 1968 [IV.4].

72 BAG 19.4.2007 – 2 AZR 78/06 – AP Nr. 77 zu § 611 BGB Direktionsrecht [B.II.3.b.bb]; MüKoBGB/*Roth* § 242 Rn. 357.

73 Vgl. LAG München 5.2.1986 – 8 Sa 558/85 – LAGE § 611 BGB Persönlichkeitsrecht Nr. 1.

letzung individueller Arbeitnehmerrechte.[74] Auch hier gilt: Die Einrede aus § 242 BGB dient nicht dazu, andere Rechte durchzusetzen, sondern dazu, atypische Interessenlagen zu berücksichtigen,[75] die der Gesetzgeber wegen der notwendigen Abstraktheit gesetzlicher Regelungen nicht berücksichtigen konnte. Deshalb entscheidet eine einzelfallbezogene Interessenabwägung darüber, ob eine Rechtsausübung unzulässig ist oder nicht,[76] und deshalb haben die von der Rechtsprechung entwickelten Fallgruppen bloß Indizwirkung.[77] Eine vom Einzelfall losgelöste Sicherung der Mitbestimmung läßt sich über § 242 BGB nicht begründen.

> Nur weil der Betriebsrat die Überwachungskameras nicht gebilligt hat, kann der Arbeitnehmer die Arbeit also nicht verweigern. Der mitbestimmungswidrig versetzte Arbeitnehmer muß am neuen Arbeitsplatz tätig werden, wenn nicht die Versetzung im Wege des Direktionsrechts erfolgte, weil dann die Versetzungsweisung nach § 315 Abs. 3 Satz 1 BGB unverbindlich wäre.

F. Fazit

524 Da die Mitbestimmung die Rechtsmacht des Arbeitgebers nicht begrenzt, bestimmt allein das Arbeitsvertragsrecht darüber, ob ein kollektivrechtlicher Verstoß des Arbeitgebers auf die individualrechtliche Ebene „durchschlägt". Mitbestimmungsverstöße wirken sich individualrechtlich nur dort aus, wo der Arbeitgeber kraft Direktionsrechts Arbeitsbedingungen gestalten kann. Im übrigen ist es Aufgabe des Betriebsrats, die Beteiligungsrechte kollektivrechtlich durchzusetzen. Bei Realakten steht den Arbeitnehmern nicht allein deshalb ein Leistungsverweigerungsrecht zu, weil der Arbeitgeber den Betriebsrat zu Unrecht nicht beteiligt hat.

---

74 Anschauliches Beispiel ist die Mitbestimmung bei Personalfragebogen nach § 94 Abs. 1 BetrVG. Das BAG unterscheidet hier strikt zwischen individualrechtlicher und kollektivrechtlicher Zulässigkeit; dazu oben Rn. 54.

75 MüKoBGB/*Roth* § 242 Rn. 180; Staudinger/*Looschelders*/*Olzen* (2005) § 242 Rn. 220.

76 Bamberger/Roth/*Grüneberg*/*Sutschet* § 242 Rn. 18; MüKoBGB/*Roth* § 242 Rn. 46; Palandt/*Heinrichs* § 242 Rn. 38.

77 Staudinger/*Looschelders*/*Olzen* (2005) § 242 Rn. 220.

§ 5 Ergebnisse

A. Die fehlerhafte Konzeption der h.M.

Die These, daß die ausgeübte Mitbestimmung Wirksamkeitsvoraussetzung für Maßnahmen des Arbeitgebers (zum Nachteil der Arbeitnehmer) sei, bietet keine befriedigende Lösung für die Rechtsfolgen mitbestimmungswidrigen Verhaltens des Arbeitgebers. 525

I. Interne Systemkonflikte

Die dogmatische Basis der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung, in Mitbestimmungsangelegenheiten bestehe eine ausschließliche gemeinsame Entscheidungszuständigkeit von Arbeitgeber und Betriebsrat, trägt bei weitem nicht alle Aspekte der h.M. So sind die zahlreichen Ausnahmen, welche das BAG von der Unwirksamkeit macht, mit dieser Grundannahme unvereinbar. Dies gilt etwa für die Wirksamkeit mitbestimmungswidriger Änderungskündigungen oder die Wirksamkeit von Maßnahmen, welche die Arbeitnehmer begünstigen. Zugleich wirkt sich die Unwirksamkeit auf Maßnahmen aus, die gar nicht der Mitbestimmung unterliegen, plakatives Beispiel ist die Absenkung des Dotierungsrahmens bei der Entgeltmitbestimmung. 526

Vollends scheitert die Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung an dem Versuch, die Rechtsfolgen mitbestimmungswidriger Realakte zu klären. Die hier behauptete individualrechtliche Rechtswidrigkeit führt – konsequent zu Ende gedacht – zu weitreichenden individualrechtlichen Folgen, die auch die h.M. nicht anerkennen will.

II. Externe Systemkonflikte

Die h.M. läßt sich weder dem Gesetzeswortlaut entnehmen, noch wird sie von einer historischen oder systematischen Gesetzesauslegung gestützt. Sie widerspricht vielmehr grundlegenden Prinzipien des Betriebsverfassungsrechts: 527

Sie mißt den Mitbestimmungsrechten eine negative normative Wirkung zu, vergleichbar der (positiven) normativen Wirkung der Betriebsvereinbarung gemäß § 77 Abs. 4 Satz 1 BetrVG. Die Relativität des Betriebsverhältnisses wird somit nicht nur durch Absprachen der Betriebspartner durchbrochen, sondern bereits durch die Mitbestimmungstatbestände. Während aber das Günstigkeitsprinzip die Vertragsfreiheit des einzelnen gegen kollektivrechtliche Absprachen sichert, ist es nicht geeignet, nach-

teilige Auswirkungen der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung auf die Arbeitnehmer zu verhindern.

Widersprüchlich ist es darüber hinaus, daß die nicht ausgeübte Mitbestimmung nach der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung die Privatautonomie der Arbeitsvertragsparteien durch die Unwirksamkeit stärker beschränken soll als die ausgeübte Mitbestimmung, welche entgegenstehende Vereinbarungen nur verdrängt.

III. Unverhältnismäßigkeit

528 Das Argument des BAG, ohne die Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung wäre die Mitbestimmung nicht ausreichend gesichert, ist seit der Anerkennung des allgemeinen Unterlassungsanspruchs des Betriebsrats nicht mehr haltbar. Der negatorische Rechtsschutz ist ein wirksames Mittel, um den Arbeitgeber an einer Mißachtung der Beteiligungsrechte zu hindern. Er beschränkt die Privatautonomie der Arbeitsvertragsparteien aber weniger als die notwendige Mitbestimmung, weil individualrechtliche Gestaltungen nicht vorsorglich und generell unterbunden werden, sondern nur, wenn der Betriebsrat konkret dagegen vorgeht.

B. Das Verhältnis von Arbeitsvertrag und Betriebsverfassung

529 Verzichtet man auf die Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung, lassen sich die Wirkungen der Mitbestimmung auf die Arbeitsverhältnisse ohne Brüche erklären.

I. Sinn und Zweck der Betriebsverfassung

530 Ausgangspunkt ist die Erkenntnis, daß der Betriebsrat nicht die allgemeine strukturelle Unterlegenheit des Arbeitnehmers beim Vertragsschluß ausgleichen soll. Diese Aufgabe übernehmen das Arbeitsvertragsrecht, indem es zwingende Mindestarbeitsbedingungen regelt, sowie Tarifvertrags- und Arbeitskampfrecht, welche die Privatautonomie auf kollektiver Ebene verwirklichen. Die Betriebsverfassung hingegen schützt den einzelnen Arbeitnehmer vor der Macht des Arbeitgebers in einer von ihm dominierten Arbeitsorganisation. Dieser Schutz ist formeller Natur; er besteht in einer Verfahrensbeteiligung des Betriebsrats – das BetrVG steht also für Schutz durch Teilhabe. Der Schutz ist mittelbar, weil der Betriebsrat der gesamten Belegschaft verpflichtet ist und daher nur ein kollektives Interesse wahrnehmen kann. Darüber hinaus ist es Aufgabe des Betriebsrats, widerstreitende Individual-

interessen in der Belegschaft zum Ausgleich zu bringen. Ordnung ist hingegen allenfalls die Folge, nicht aber das Ziel der Mitbestimmung.

II. Grenzen betrieblicher Regelungsmacht

Bei der Gestaltung der Arbeitsverhältnisse kommt dem Betriebsrat anders als der Gewerkschaft keine Privatautonomie zu. Er ist zu Eingriffen in die Arbeitsverträge nicht legitimiert, weil sich die Arbeitnehmer unter seine Gestaltungsmacht nicht unterworfen haben und auch das BetrVG keine Eingriffsbefugnisse in diesem Sinne kennt. **531**

Die Mitbestimmung kann daher nur vertragsrechtsakzessorisch auf den Arbeitsvertrag einwirken. Der Betriebsrat wird an Entscheidungen des Arbeitgebers beteiligt, die dieser in betriebsratslosen Betrieben allein treffen könnte. Seine Rechtsmacht wird hierdurch nicht erweitert. Auch mitbestimmte Regelungen können die betrieblichen Arbeitsbedingungen nur gestalten, soweit die betroffenen Arbeitnehmer zustimmen oder dem Arbeitgeber aus arbeitsvertragsrechtlicher Sicht eine einseitige Regelungsbefugnis (v.a. das Direktionsrecht nach § 106 Satz 1 GewO) zusteht. Die unmittelbare Wirkung der Betriebsvereinbarung nach § 77 Abs. 4 BetrVG erspart es dem Arbeitgeber lediglich, betriebliche Einigungen formal gesondert in den Arbeitsverhältnissen umzusetzen, sie legitimiert aber keine Eingriffe der Betriebspartner in die Rechte der Arbeitnehmer.

III. Wirkung ausgeübter Mitbestimmung und Günstigkeitsprinzip

Aus eben diesem Grund verdrängt eine Betriebsvereinbarung anderslautende einzelvertragliche Regelungen nur und läßt sie nicht etwa unwirksam werden. Endet die betriebliche Regelung, so leben die Individualvereinbarungen wieder auf. **532**

Da die Betriebsverfassung nicht eine einheitliche Ordnung um ihrer selbst Willen verlangt, läßt diese kollektive Ordnung einzelvertragliche Abreden grundsätzlich unberührt, soweit sie für den einzelnen Arbeitnehmer günstiger sind. Der Ausgleichszweck der Mitbestimmung setzt dem Günstigkeitsprinzip jedoch insofern Grenzen, als sich kein Arbeitnehmer auf Kosten der anderen besonders günstige Arbeitsbedingungen sichern kann. Daß § 77 BetrVG das Günstigkeitsprinzip nicht erwähnt, ist also kein Zufall. Eine Betriebsvereinbarung verdrängt auch günstigere einzelvertragliche Regelungen, soweit diese für die Kollegen eine Belastung bedeuten.

IV. Kollektivrechtliche Sicherung der Mitbestimmung

533 Solange keine mitbestimmte Regelung besteht, können Arbeitgeber und Arbeitnehmer also nach Belieben Vereinbarungen treffen. Das gefährdet zum einen den Ausgleichszweck der Mitbestimmung, zum anderen verhindert es nicht, daß der Arbeitgeber seine überlegene Verhandlungsposition einsetzt, um allein an seinen Interessen ausgerichtete Arbeitsbedingungen zu etablieren. Der Betriebsrat kann deshalb eine abweichende kollektive Ordnung erzwingen.

Verletzt der Arbeitgeber beim Vertragsschluß Mitbestimmungsrechte, so muß der Betriebsrat diese Verletzung nicht hinnehmen. Er kann sie zum einen im Voraus untersagen und diesen Unterlassungsanspruch auch im Wege einer einstweiligen Verfügung durchsetzen. Er kann zum anderen die Beseitigung des betriebsverfassungswidrigen Zustands verlangen, wenn der Arbeitgeber ihm zuvorgekommen ist. Für mitbestimmungswidrige einseitige Rechtsgeschäfte und Realakte des Arbeitgebers gilt dasselbe. Ob der Betriebsrat mitbestimmungswidriges Verhalten des Arbeitgebers auf diesem Wege unterbindet, steht in seinem Ermessen. Die Arbeitnehmer müssen – wie sonst auch – hinnehmen, wenn der Betriebsrat ihre Interessen nicht mit der gewünschten Effektivität verfolgt.

Der Unterlassungsanspruch besteht in der Regel auch dann, wenn der Arbeitgeber alle zumutbaren Anstrengungen unternommen hat, um den Betriebsrat zu beteiligen. Eine einstweilige Verfügung scheidet in einem solchen Fall aber in der Regel aus.

V. Individualrechtliche Sicherung der Mitbestimmung

534 Während auf kollektivrechtlicher Ebene der Ausgleichszweck die größere Rolle spielt, geht es im bilateralen Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer auf arbeitsvertraglicher Ebene ganz überwiegend um den Schutzzweck der Mitbestimmung. Daß der Arbeitgeber den Betriebsrat rechtswidrig nicht beteiligt hat, wirkt sich hier nur aus, soweit das Arbeitsvertragsrecht dies zuläßt. Anknüpfungspunkt ist die Bindung des Direktionsrechts an billiges Ermessen nach § 106 Satz 1 GewO. Eine Weisung, die der Arbeitgeber in einer mitbestimmungs- oder zustimmungsbedürftigen Angelegenheit ohne Billigung des Betriebsrats erteilt, entspricht dieser Vorgabe nicht und ist nach § 315 Abs. 3 Satz 1 BGB für den Arbeitnehmer unverbindlich. Der Ermessensfehler kann auch auf einer nicht mitbestimmten Ungleichbehandlung der Arbeitnehmer beruhen.

Sonstige Rechtsgeschäfte sowie Realakte hingegen werden durch die Verletzung des Mitbestimmungsrechts nicht unmittelbar beeinträchtigt.

Literaturverzeichnis

Adomeit, Klaus: Die Regelungsabrede, 2. Aufl. 1961 [zitiert: Regelungsabrede]

ders.: Rechtsquellenfragen im Arbeitsrecht, 1969 [zitiert: Rechtsquellenfragen]

ders.: Mitbestimmung durch schlüssiges Verhalten des Betriebsrats, RdA 1963, 263

ders.: Thesen zur betrieblichen Mitbestimmung nach dem neuen Betriebsverfassungsgesetz, BB 1972, 53

ders.: § 87 BetrVG, der Arbeitskampf und die Zeritätstheorie, DB 1981, 1086

Ahrens, Claus: Zivilrechtliche Zurückbehaltungsrechte, 2003 [zitiert: Zurückbehaltungsrechte]

Alberty, Karl: Fehlende Zustimmung des Betriebs- bzw. Personalrats bei personellen Einzelmaßnahmen gegenüber Arbeitnehmern und der Einfluß des Fehlens auf die Wirksamkeit dieser Maßnahmen, 1977 [zitiert: Fehlende Zustimmung]

Altenburg, Stephan/*Leister, Thomas*: Die Verwertbarkeit mitbestimmungswidrig erlangter Beweismittel im Zivilprozeß, NJW 2006, 469

Altvater, Lothar/*Hamer, Wolfgang*/*Ohnesorg, Norbert*/*Peiseler, Manfred*: BPersVG, 6. Aufl. 2008 [zitiert: Altvater]

Annuß, Georg/*Thüsing, Gregor*: Teilzeit- und Befristungsgesetz, 2. Aufl. 2006 [zitiert: A/T/*Bearbeiter*]

Annuß, Georg: Mitwirkung und Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Reform des BetrVG, NZA 2001, 367

ders.: Der Eingriff in den Arbeitsvertrag durch Betriebsvereinbarung, NZA 2001, 756

Appel, Helga: Die „Junk"-Entscheidung des EuGH zur Massenentlassung – Nur eine Aufforderung an den Gesetzgeber?, DB 2005, 1002

Ascheid, Reiner/*Preis, Ulrich*/*Schmidt, Ingrid* (Hrsg.): Kündigungsrecht, 3. Aufl. 2007 [zitiert: A/P/S/*Bearbeiter*]

Bamberger, Heinz Georg/*Roth, Herbert* (Hrsg.): Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, 2. Aufl. 2007 [zitiert: Bamberger/Roth/*Bearbeiter*]

Bartels, Dirk: Rechtsfolgen betriebsverfassungswidriger Versetzungen auf die Wirksamkeit der arbeitsvertraglichen Gestaltungsform unter besonderer Berücksichtigung der Änderungskündigung, 2000 [zitiert: Versetzungen]

Bauer, Jobst-Hubertus: Arbeitsrechtlicher Wunschkatalog für mehr Beschäftigung, NZA 2005, 1046

Bauer, Jobst-Hubertus/*Diller, Martin*: Der allgemeine Unterlassungsanspruch des Betriebsrats – Richtungskorrektur oder Revolution?, ZIP 1995, 95

Bauer, Jobst-Hubertus/*Günther, Jens*: Ungelöste Probleme bei der Einführung von Kurzarbeit, BB 2009, 662

Bauer, Jobst-Hubertus/*Krieger, Steffen*/*Powietzka, Arnim*: Geänderte Voraussetzungen für Massenentlassungen nach der „Junk"-Entscheidung des EuGH?, DB 2005, 445

ders.: Geklärte und ungeklärte Probleme der Massenentlassung, BB 2006, 2023

Baumbach, Adolf/*Hopt, Klaus*/*Merkt, Hanno* (Hrsg.): Handelsgesetzbuch, 33. Aufl. 2008 [zitiert: B/H/*Bearbeiter*]

Baur, Fritz/*Stürner, Rolf*/*Bruns, Alexander*: Zwangsvollstreckungsrecht, 13. Aufl. 2006

Bayreuther, Frank: Tarifautonomie als kollektiv ausgeübte Privatautonomie, 2005 [zitiert: Tarifautonomie]

Belling, Detlev W.: Die Haftung des Betriebsrats und seiner Mitglieder für Pflichtverletzungen, 1990 [zitiert: Haftung]

ders.: Das Günstigkeitsprinzip im Arbeitsrecht, 1984 [zitiert: Günstigkeitsprinzip]

Benecke, Martina: Gesetzesumgehung im Zivilrecht, 2004 [zitiert: Gesetzesumgehung]

Bengelsdorf, Peter: Unzulässigkeit einer Untersagungsverfügung bei Betriebsänderungen (II), DB 1990, 1282

ders.: Anmerkung zu BAG 6.12.1994, SAE 1996, 139

Berger, Christian (Hrsg.): Einstweiliger Rechtsschutz im Zivilrecht, 2006 [zitiert: Berger/*Bearbeiter*, Einstweiliger Rechtsschutz]

Bergwitz, Christoph: Die Rechtsstellung des Betriebsrats, 2003 [zitiert: Rechtsstellung]

Berkowsky, Wilfried: Die betriebsbedingte Kündigung, 6. Aufl. 2008 [zitiert: Kündigung]

ders.: Die Änderungskündigung zur Tarifumgehung, DB 1999, 1606

Beuthien, Volker: Die Unternehmensautonomie im Zugriff des Arbeitsrechts, ZfA 1988, 1

Blomeyer, Wolfgang: Das Günstigkeitsprinzip in der Betriebsverfassung – Die Betriebsverfassung zwischen Individual- und Tarifvertrag, NZA 1996, 337

Boemke, Burkhard: Schuldvertrag und Arbeitsverhältnis, 1999 [zitiert: Schuldvertrag]

ders.: Die Betriebszugehörigkeit, AR-Blattei-SD 540 (2005)

ders.: Das arbeitsgerichtliche Zustimmungsersetzungsverfahren nach § 99 Abs. 4 BetrVG, ZfA 1992, 473

Boewer, Dietrich: Teilzeit- und Befristungsgesetz (TzBfG), 2002 [zitiert: TzBfG]

ders.: Die Auswirkungen der BetrVG §§ 99, 100 auf die individualrechtliche Stellung des Arbeitnehmers, RdA 1974, 72

ders.: Ausgewählte Aspekte des Kündigungsschutzprozesses, RdA 2001, 380

Bommermann, Ralf: Die Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung, 1992 [zitiert: Wirksamkeitsvoraussetzung]

ders.: Übertarifliche Zulagen – Anrechenbarkeit und Mitbestimmung, DB 1991, 2185

Brandl, Daniela: Koppelungsgeschäfte in der Rechtsordnung unter besonderer Berücksichtigung des Betriebsverfassungsrechts, 2000 [zitiert: Koppelungsgeschäfte]

Brox, Hans/*Walker, Wolf-Dietrich*: Allgemeiner Teil des BGB, 32. Aufl. 2008 [zitiert: BGB AT]

dies.: Allgemeines Schuldrecht, 33. Aufl. 2009 [zitiert: SchuldR AT]

dies.: Zwangsvollstreckungsrecht, 8. Aufl. 2008 [zitiert: ZVR]

Brune, Ulrike: Betriebsvereinbarung, AR-Blattei-SD 520 (2006)

Buchner, Herbert: „Ordnungsmäßigkeit der Anhörung“ iSd § 102 BetrVG trotz fehlender Anhörung?, DB 1976, 532

ders.: Der Abbau arbeitsvertraglicher Ansprüche durch Betriebsvereinbarung im System der Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten (§ 87 BetrVG), DB 1983, 877

ders.: Die Problematik unterstellten Regelungswillen bei der Tarifauslegung – zum BAG-Urteil vom 14.8.1985 - 5 AZR 35/85, SAE 1987, 45

Burkert, Anne Katrin: Das neue Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats gemäß § 97 Absatz 2 BetrVG, 2005 [zitiert: Mitbestimmung]

Busch, Martin: Arbeitsgruppen und Gruppenarbeit im Betriebsverfassungsgesetz, 2003 [zitiert: Gruppenarbeit]

Buschmann, Rudolf: Anmerkung zu LAG Berlin 18.1.2002, AuR 2002, 191

Buschmann, Rudolf/*Dieball, Heike*/*Stevens-Bartol, Eckart*: TZA – Das Recht der Teilzeitarbeit, 2. Aufl. 2001 [zitiert: TZA/*Bearbeiter*]

Canaris, Claus-Wilhelm: Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971 [zitiert: Vertrauenshaftung]

ders.: Funktionelle und inhaltliche Grenzen kollektiver Gestaltungsmacht, AuR 1966, 129

Carl, Petra: Anmerkung zu BAG 16.6.1998, SAE 2000, 337

Caspers, Georg: Teilnachwirkung des Tarifvertrags durch § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG – zur Ablösung tariflicher Vergütungssysteme, in: Festschrift für Manfred Löwisch zum 70. Geburtstag (2007) S. 45

Christoffer, Thorsten: Die Schutzschrift im arbeitsgerichtlichen Eilverfahren, 2007 [zitiert: Schutzschrift]

Däubler, Wolfgang: Weniger Mitbestimmung im öffentlichen Dienst?, AuR 1973, 233

ders.: Grundstrukturen der Betriebsverfassung – Eine kurze rechtsdogmatische Betrachtung, AuR 1982, 6

ders.: Verschlechterung der Arbeitsbedingungen durch Betriebsvereinbarung?, AuR 1984, 1

ders.: Eine bessere Betriebsverfassung?, AuR 2001, 1

Däubler, Wolfgang/*Kittner, Michael*/*Klebe, Thomas* (Hrsg.): BetrVG – Betriebsverfassungsgesetz, 11. Aufl. 2008 [zitiert: D/K/K/*Bearbeiter*]

Denck, Johannes: Die Relativität im Privatrecht, JuS 1981, 9

Derleder, Peter: Betriebliche Mitbestimmung ohne vorbeugenden Rechtsschutz, AuR 1983, 289

ders.: Einstweiliger Rechtsschutz und Selbsthilfe im Betriebsverfassungsrecht, AuR 1985, 65

ders.: Die Wiederkehr des Unterlassungsanspruchs, AuR 1995, 13

Diekhoff, Ludwig: Ist die Mitbestimmung nach § 56 BetrVG Rechtswirksamkeitsvoraussetzung?, DB 1965, 555

Dietz, Rolf: Betriebsverfassungsgesetz, 4. Aufl. 1967 [zitiert: BetrVG]

ders.: Struktur und Funktion des Mitbestimmungsrechtes des Betriebsrates in sozialen Angelegenheiten (§ 56 BetrVG), BB 1959, 1210

ders.: Der Anspruch auf Abschluß einer Betriebsvereinbarung nach § 56 BetrVG, in: Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 60. Geburtstag (1955) S. 147

ders.: Kritische Darstellung der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zum Mitbestimmungsrecht, in Sonderheit zu § 56 BetrVG, RdA 1962, 390

ders.: Anscheinsvollmacht des Betriebsratsvorsitzenden, RdA 1968, 439

Dietz, Rolf/Richardi, Reinhard: Betriebsverfassungsgesetz, 6. Aufl. 1987

Dobberahn, Peter: Unterlassungsanspruch des Betriebsrats, NJW 1995, 1333

Düwell, Franz-Josef: Handkommentar Betriebsverfassungsgesetz, 2. Aufl. 2006 [zitiert: HK-BetrVG/*Bearbeiter*]

ders.: Die Neuregelung des Verbots der Benachteiligung wegen Behinderung im AGG, BB 2006, 1741

Dütz, Wilhelm: Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche des Betriebsrats gegen den Arbeitgeber im Anwendungsbereich des § 87 BetrVG, 1983 [zitiert: Unterlassungsansprüche]

ders.: Einstweiliger Rechts- und Interessenschutz in der Betriebsverfassung, ZfA 1972, 247

ders.: Erzwingbare Verpflichtungen des Arbeitgebers gegenüber dem Betriebsrat, DB 1984, 115

Dzikus, Franz-Viktor: Die Mitbestimmung des Betriebsrats im Bereich der sozialen Angelegenheiten nach § 87 BetrVG in Eil- und Notfällen, 1980 [zitiert: Eilfälle]

Ecker, Walther: Das Recht wird in und mit der Auslegung, JZ 1968, 477

Edenfeld, Stefan: Arbeitnehmerbeteiligung im Betriebsverfassungs- und Personalvertretungsrecht, 2000 [zitiert: Arbeitnehmerbeteiligung]

Ehrich, Christian: Die individualrechtlichen Auswirkungen der fehlenden Zustimmung des Betriebsrats i.S. von § 99 BetrVG auf die Versetzung des Arbeitnehmers, NZA 1992, 731

ders.: Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei der Bestellung und Abberufung von betrieblichen Bildungsbeauftragten (§ 98 Abs. 2, 5 BetrVG), RdA 1993, 220

Eitel, Martin: Die Ungleichbehandlung der repräsentativen und nicht repräsentativen Gewerkschaften durch den Staat, 1991 [zitiert: Ungleichbehandlung]

Emmerich, Volker: Das Recht der Leistungsstörungen, 6. Aufl. 2005 [zitiert: Leistungsstörungen]

Engels, Gerd/Trebinger, Yvonne/Löhr-Steinhaus, Wilfried: Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Reform des Betriebsverfassungsgesetzes, DB 2001, 532

Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, hrsg. von *Rudi Müller-Glöge*, *Ulrich Preis*, *Ingrid Schmidt* [zitiert: ErfK/*Bearbeiter*]
8. Aufl. 2008
9. Aufl. 2009

Evers, Malte: Die Unterlassungsansprüche des Betriebsrats, 2005 [zitiert: Unterlassungsansprüche]

Fachanwaltskommentar Arbeitsrecht, hrsg. von *Gregor Dornbusch*, *Ernst Fischermeier*, *Manfred Löwisch*, 2. Aufl. 2009 [zitiert: FA-Kommentar/*Bearbeiter*]

Farthmann, Friedhelm: Die Mitbestimmung des Betriebsrats bei der Regelung der Arbeitszeit, RdA 1974, 65

Fauser, Florian N./Nacken, Michael: Die Sicherung des Unterrichtungs- und Beratungsanspruchs des Betriebsrats aus §§ 111, 112 BetrVG – Unter besonderer Berücksichtigung gemeinschaftsrechtlicher Vorgaben, NZA 2006, 1136

Fauth, Werner: Mitbestimmung des Betriebsrates bei der Festlegung der Arbeitszeit, BB 1962, 374

Feldhoff, Kerstin: Anspruch auf Teilzeitbeschäftigung – Zum Verhältnis der rechtlichen Grundlagen der §§ 8 TzBfG, 15 BErzGG und 15b BAT/11 TVöD im Kontext der aktuellen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, ZTR 2006, 58

Ferme, Marco/Lipinski, Wolfgang: Neues Recht der Massenentlassungen nach §§ 17, 18 KSchG?, ZIP 2005, 593

dies.: Änderung der Rechtsprechung des BAG bei Massenentlassungen, NZA 2006, 937

Fiebig, Stefan/Gallner, Inken/Nägele, Stefan (Hrsg.): Handkommentar Kündigungsschutzrecht, 3. Aufl. 2007 [zitiert: HK-KSchR/*Bearbeiter*]

Fischer, Christian: Die tarifwidrigen Betriebsvereinbarungen, 1998 [zitiert: Betriebsvereinbarungen]

Fischer, Ulrich: Prozessuales Beweisverwertungsverbot für mitbestimmungswidrig erlangte Beweismittel, BB 1999, 154

Fischermeier, Ernst: Die betriebsbedingte Änderungskündigung, NZA 2000, 737

Fitting, Karl/Engels, Gerd/Schmidt, Ingrid/Trebinger, Yvonne/Linsenmaier, Wolfgang: Betriebsverfassungsgesetz, 24. Aufl. 2008 [zitiert: Fitting]

Flume, Werner: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band – Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl. 1992 [zitiert: AT II]

ders.: Richter und Recht in: Verhandlungen des 46. Deutschen Juristentags, Band II, S. K5

Franzen, Martin: Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei der Einführung von Maßnahmen der betrieblichen Berufsbildung nach § 97 II BetrVG, NZA 2001, 865

ders.: Anmerkung zu BAG 11.7.2000, SAE 2001, 269

ders.: Die Freiheit der Arbeitnehmer zur Selbstbestimmung nach dem neuen BetrVG, ZfA 2001, 423

ders.: Kollektive Rechtsdurchsetzung – Länderbericht Deutschland, ZIAS 2004, 32

ders.: Betriebsvereinbarung: Alternative zu Tarifvertrag und Arbeitsvertrag?, NZA 2006, Beilage 3 S. 107

ders.: Zwingende Wirkung der Betriebsverfassung, NZA 2008, 250

Fritsch, Stephan: Gleichbehandlung als Aufgabe von Arbeitgeber und Betriebsrat nach § 75 Abs. 1 BetrVG, BB 1992, 701

Fritzsche, Jörg: Unterlassungsanspruch und Unterlassungsklage (2000) [zitiert: Unterlassungsanspruch]

Galperin, Hans: Betriebsverfassungsgesetz und betriebliche Partnerschaft, RdA 1962, 366

Galperin, Hans/*Löwisch, Manfred*: Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, 6. Aufl. 1982 [zitiert: G/L/*Bearbeiter*]

Galperin, Hans/*Siebert, Wolfgang*: Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, 4. Aufl. 1963

Gamillscheg, Franz: Kollektives Arbeitsrecht Band I, 1997 [zitiert: KollArbR I]

ders.: Kollektives Arbeitsrecht Band II, 2008 [zitiert: KollArbR II]

ders.: Die Solidarität als Rechtsbegriff, in: Festschrift für Erich Fechner zum 70. Geburtstag (1973) S. 135

Gaul, Björn/*Bonanni, Andrea*/*Naumann, Eva*: Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei der Anwendung von Punkteschemata für die Sozialauswahl, BB 2006, 549

Gehring, Steffen: Das Recht auf Teilzeitarbeit – Anspruch und Wirklichkeit, 2006 [zitiert: Teilzeitarbeit]

Gemeinschaftskommentar zum Betriebsverfassungsgesetz von *Fritz Fabricius*, *Alfons Kraft*, *Wolfgang Thiele*, *Günther Wiese*, *Peter Kreutz*: Band I, 4. Aufl. 1987 [zitiert: GK-BetrVG]

Gemeinschaftskommentar zum Betriebsverfassungsgesetz von *Günther Wiese*, *Peter Kreutz*, *Hartmut Oetker, Thomas Raab, Christoph Weber, Martin Franzen*, 8. Aufl. 2005 [zitiert: GK-BetrVG]

Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz und zu sonstigen kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften, hrsg. von *Gerhard Etzel*, 9. Aufl. 2009 [zitiert: KR]

Germelmann, Claas-Hinrich/*Matthes, Hans-Christoph*/*Prütting, Hans*/*Müller-Glöge, Rudi*/*Schlewing, Anja*: Arbeitsgerichtsgesetz, 7. Aufl. 2009 [zitiert: G/M/P/*Bearbeiter*]

Giesen, Richard: Die Betriebsverfassung nach dem neuen Insolvenzrecht, ZIP 1998, 142

ders.: Massenentlassungsanzeige erst nach Abschluss von Sozialplanberatungen?, SAE 2006, 135

Gilberg, Dirk: Die Mitwirkung des Betriebsrats bei der Berufsbildung, 1999 [zitiert: Berufsbildung]

Gimpel, Frauke: Individualrechtliche Konsequenzen betriebsverfassungsrechtlicher Fehler, 2006 [zitiert: Fehler]

Gitter, Wolfgang: Zum Maßstab des Günstigkeitsvergleichs, in: Festschrift für Otfried Wlotzke zum 70. Geburtstag (1996) S. 297

Grabitz, Eberhard/*Hilf, Meinrad*/*Nettenheim, Martin* (Hrsg.) Das Recht der Europäischen Union, Band 1, Stand 38. Ergänzungslieferung 2009 [zitiert: G/H/*Bearbeiter*]

Griese, Thomas: Die Mitbestimmung bei Versetzungen, BB 1995, 458

Grobys, Marcel/*Bram, Rainer*: Die prozessuale Durchsetzung des Teilzeitanspruchs, NZA 2001, 1175

Grosjean, Sascha: Überwachung von Arbeitnehmern – Befugnisse des Arbeitgebers und mögliche Beweisverwertungsverbote, DB 2003, 2650

Gross, Harald: Die Mitwirkung des Betriebsrates bei der Kündigung des Arbeitsverhältnisses, AuR 1953, 115

Gross, Roland/*Thon, Horst*/*Ahmad, Natascha*/*Woitaschek, Frank*: Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, 2. Aufl. 2008 [zitiert: G/T/A/W/*Bearbeiter*]

Gumpert, Jobst: Mitbestimmung bei der Umstellung von Werkskantinen auf Automatenverpflegung, BB 1978, 968

Gutzeit, Martin: Die Mitbestimmung des Betriebsrats in sozialen Angelegenheiten, AR-Blattei-SD 530.14.2 (2002)

ders.: Theorie der notwendigen Mitbestimmung, NZA 2008, 255

Hagen, Horst: Funktionale und dogmatische Zusammenhänge zwischen Schadens- und Bereicherungsrecht, in: Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag (1973) S. 867

Hamann, Wolfgang: Der Anspruch auf Reduzierung der Arbeitszeit, BB Special 6/2005 S. 2

Hammer, Michael: Die betriebsverfassungsrechtliche Schutzpflicht für die Selbstbestimmungsfreiheit des Arbeitnehmers, 1998 [zitiert: Selbstbestimmungsfreiheit]

Hanau, Hans: Individualautonomie und Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten, 1994 [zitiert: Individualautonomie]

ders.: Die lediglich relationale Wirkung des § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG, RdA 1998, 345

ders.: Die „betrieblichen Gründe" des § 8 Abs. 4 Satz 1 TzBfG im Lichte aktueller Entscheidungen des BAG – Zum erforderlichen Gewicht der Ablehnungsgründe des Arbeitgebers gegenüber dem Teilzeitverlangen eines Arbeitnehmers, RdA 2005, 301

Hanau, Peter: Allgemeine Grundsätze der betrieblichen Mitbestimmung, RdA 1973, 281

ders.: Rechtsfolgen mitbestimmungswidrigen Arbeitgeberverhaltens, JuS 1985, 360

ders.: Rechtswirkungen der Betriebsvereinbarung, RdA 1989, 207

ders.: Die Entwicklung der Betriebsverfassung, NZA 1993, 817

ders.: Methoden der Auslegung des Betriebsverfassungsgesetzes, in: Festschrift für Albrecht Zeuner zum 70. Geburtstag (1994) S. 53

ders.: Der neue erste Senat, NZA 1996, 842

Hänlein, Andreas: Die Legitimation betrieblicher Rechtsetzung, RdA 2003, 26

Hartmann, Delia: Einstweiliger Rechtsschutz zur Sicherung der Beteiligungsrechte des Betriebsrates, 1995 [zitiert: Einstweiliger Rechtsschutz]

Hässler, Manfred: Mitbestimmung des Betriebsrats und arbeitsvertragliche Einheitsregelung, AuR 1965, 289

Haßlöcher, Thomas: Mitarbeiterqualifizierung als Erfolgskonzept, 2003 [zitiert: Qualifizierung]

Haug, Ulrich: Direktion zwischen Sachzwang und Demokratie, 1979 [zitiert: Direktion]

Heinze, Meinhard: Personalplanung, Einstellung und Kündigung, 1982 [zitiert: Personalplanung]

ders.: Die betriebsverfassungsrechtlichen Ansprüche des Betriebsrats gegenüber dem Arbeitgeber, DB 1983 Beilage 9

ders.: Einstweiliger Rechtsschutz im arbeitsgerichtlichen Verfahren, RdA 1986, 273

ders.: Inhalt und Grenzen betriebsverfassungsrechtlicher Rechte, ZfA 1988, 53

ders.: Verfahren und Entscheidung der Einigungsstelle, RdA 1990, 262

ders.: Wege aus der Krise des Arbeitsrechts – Der Beitrag der Wissenschaft, NZA 1997, 1

ders.: Anm. zu BAG 23.7.1996, AP Nr. 68 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit

Heise, Dietmar/*Lembke, Mark*/*von Steinau-Steinrück, Robert* (Hrsg.): Betriebsverfassungsgesetz, 2008 [zitiert: H/L/S/*Bearbeiter*]

Heither, Friedrich H.: Die Beteiligung des Betriebsrats in personellen Angelegenheiten, AR-Blattei-SD 530.14.3 (2003)

Henke, Horst-Eberhard: Die sog. Relativität des Schuldverhältnisses, 1989

Henssler, Martin: Der mitbestimmte Betrieb als „Insel der Beschaulichkeit", in: Festschrift für Peter Hanau (1999) S. 413

ders.: Anmerkung zu BAG 17.6.1998, SAE 2000, 247

Hergenröder, Carmen: Das Zurückbehaltungsrecht an Leistungen aus dem Arbeitsverhältnis, AR-Blattei-SD 1880 (2006)

Hess, Harald/*Schlochauer, Ursula*/*Worzalla, Michael*/*Glock, Dirk*/*Nicolai, Andrea*: Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, 7. Aufl. 2008 [zitiert: H/S/W/G/N/*Bearbeiter*]

Heydrich, Ralf: Ansprüche der Arbeitnehmer wegen Pflichtverletzungen des Betriebsrats, 1996 [zitiert: Pflichtverletzungen]

Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, hrsg. von *Mathias Schmoeckel*, *Joachim Rückert* und *Reinhard Zimmermann*, Band 2, 2007 [zitiert: HKK-BGB/*Bearbeiter*]

Hinrichs, Oda: Kündigungsschutz und Arbeitnehmerbeteiligung bei Massenentlassungen, 2001 [zitiert: Massenentlassungen]

Hoffmann, Jens: Kompetenzzuweisungen an den Betriebsrat – Grundlage für Individualrechte einzelner Arbeitnehmer?, 1983 [zitiert: Kompetenzzuweisungen]

Hoffmann, Reinhard: Betriebsverfassung und Grundgesetz, AuR 1971, 271

Hoyningen-Huene, Gerrick von: Die Billigkeit im Arbeitsrecht, 1978 [zitiert: Billigkeit]

ders.: Betriebsverfassungsrecht, 6. Aufl. 2007 [zitiert: BetrVR]

ders.: Die Rechtsstellung des Arbeitnehmers bei Einzelmaßnahmen, RdA 1982, 205

ders.: Die fehlerhafte Beteiligung des Betriebsrats in sozialen Angelegenheiten – Rechtsfolgen und Handlungsmöglichkeiten des Betriebsrats, DB 1987, 1426

ders.: Das Betriebsverhältnis – Eine Skizze zum betriebsverfassungsrechtlichen Kooperationsverhältnis, NZA 1989, 121

ders.: Mit dem Betriebsrat in die 90er Jahre, NZA 1991, 7

ders.: Drittbeziehungen in der Betriebsverfassung, RdA 1992, 355

ders.: Grundlagen und Auswirkungen einer Versetzung, NZA 1993, 145

ders.: Vergütungsregelungen und Mitbestimmung des Betriebsrats (§ 87 I Nr. 10 BetrVG), NZA 1998, 1081

ders.: Das „Betriebsverhältnis" als Grundbezeichnung im Betriebsverfassungsrecht, in: Festschrift für Günther Wiese zum 70. Geburtstag (1998) S. 175

ders.: Anmerkung zu BAG 30.9.1993, AR-Blattei-ES 1700 Nr. 21

Hoyningen-Huene, Gerrick von/*Boemke, Burkhard*: Die Versetzung, 1991

Hoyningen-Huene, Gerrick von/*Linck, Rüdiger*: Kündigungsschutzgesetz, 14. Aufl. 2007 [zitiert: KSchG]

Hromadka, Wolfgang (Hrsg.): Änderung von Arbeitsbedingungen, 1990

ders.: Die Änderungskündigung – eine Skizze, DB 2002, 1322

Hueck, Alfred/*Nipperdey, Hans Carl*: Lehrbuch des Arbeitsrechts
Band I, 7. Aufl. 1963 [zitiert: ArbR I]
Band II Halbband 1, 7. Aufl. 1967 [zitiert: ArbR II/1]
Band II Halbband 2, 7. Aufl. 1970 [zitiert: ArbR II/2]

Hurlebaus, Günther: Fehlende Mitbestimmung bei § 87 BetrVG, 1987 [zitiert: Fehlende Mitbestimmung]

Isele, Hellmut Georg: Reflexwirkungen der Betriebsverfassung im Individualbereich, RdA 1962, 373

Jacobs, Matthias/*Burger, Simon*: Punkteschema für soziale Auswahl für konkret bevorstehende Kündigungen als Auswahlrichtlinie i. S. d. § 95 Abs. 1 Satz 1 BetrVG – allgemeiner Unterlassungsanspruch des Betriebsrats, SAE 2006, 256

Jacobs, Matthias/*Naber, Sebastian*: Massenentlassungen – Kündigungserklärung als Zeitpunkt der Entlassung, SAE 2006, 61

Jawad, Alexander: Die rechtliche Stellung und die Rechtsfähigkeit des Betriebsrats, 2004 [zitiert: Rechtsfähigkeit]

Jobs, Friedhelm: Die Betriebsvereinbarung als kollektives Regelungsrecht zur Änderung von arbeitsvertraglichen Individual- und Gesamtzusagen, DB 1986, 1120

Joost, Detlev: Betriebliche Mitbestimmung bei der Lohngestaltung im System von Tarifautonomie und Privatautonomie, ZfA 1993, 257

Jordan, Christopher: Sachgerechte Wahrnehmung der Arbeitnehmerinteressen als Ordnungskriterium der Betriebsverfassung, Diss. Bochum 2007 [zitiert: Arbeitnehmerinteressen]

Junker, Abbo: Grundkurs Arbeitsrecht, 8. Aufl. 2009 [zitiert: Arbeitsrecht]

ders.: Der Flächentarifvertrag im Spannungsverhältnis von Tarifautonomie und betrieblicher Regelung, ZfA 1996, 383

ders.: Individualwille, Kollektivgewalt und Staatsintervention im Arbeitsrecht, NZA 1997, 1305

Junker, Abbo/*Band, Maren*/*Feldmann, Marko*: Neue Kommunikationsmittel und Rechte des Betriebsrats, BB 2000 Beilage 10 S. 14

Kania, Thomas: Anmerkung zu BAG 30.9.1993, EzA § 99 BetrVG 1972 Nr. 118

Kittner, Michael: Leichter kündigen als änderungskündigen?, NZA 1997, 968

Kittner, Michael/*Däubler, Wolfgang*/*Zwanziger, Bertram* (Hrsg.): Kündigungsschutzrecht, 7. Aufl. 2008 [zitiert: K/D/Z/*Bearbeiter*]

Klebeck, Ulf: Anmerkung zu BAG 18.2.2003, SAE 2004, 98

Kleinebrink, Wolfgang: Die Massenentlassungsanzeige nach „Junk“, FA 2005, 130

ders.: Versetzung von Mitgliedern des Betriebsrats, ArbRB 2002, 81

Klumpp, Steffen: Die Privatstrafe – eine Untersuchung privater Strafzwecke, 2002

ders.: Der EuGH und die Massenentlassung – Zeit für „Junk II“?, NZA 2006, 703

Köhler, Helmut: Vertragliche Unterlassungspflichten, AcP 1990, 496

Kohte, Wolfhard: EuGH-Vorlage zum Begriff der „Entlassung“ i.S.d. Massenentlassungsrichtlinie, jurisPR-ArbR 4/2005 Anm. 3

ders.: Der Unterlassungsanspruch der betrieblichen Arbeitnehmervertretung, in: Festschrift für Reinhard Richardi zum 70. Geburtstag (2007) S. 601

Konzen, Horst: Betriebsverfassungsrechtliche Leistungspflichten des Arbeitgebers: System der Handlungs-, Duldungs- und Unterlassungsansprüche im BetrVG, 1984 [zitiert: Leistungspflichten]

ders.: Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts im Jahre 1977, ZfA 1978, 451

ders.: Rechtsfragen bei der Sicherung der betrieblichen Mitbestimmung, NZA 1995, 865

ders.: Der Mißbrauch betrieblicher Beteiligungsrechte, in: Festschrift für Wolfgang Zöllner zum 70. Geburtstag (1998) S. 799

ders.: Die umstrukturierende Betriebsvereinbarung, in: Festschrift für Bernd von Maydell (2002) S. 341

ders.: Anmerkung zu BAG 5.12.1975, AP Nr. 1 zu § 87 BetrVG Betriebsbuße

ders.: Anmerkung zu BAG 22.12.1978, SAE 1981, 209

Kopp, Ferdinand/*Ramsauer, Ulrich*: Verwaltungsverfahrensgesetz, 10. Aufl. 2008

Korinth, Michael H.: Einstweiliger Rechtsschutz im Arbeitsgerichtsverfahren, 2. Aufl. 2007 [zitiert: Einstweiliger Rechtsschutz]

Kornblum, Udo: Die Rechtsnatur der Bestimmung der Leistung in den §§ 315-319 BGB, AcP 168 (1968), 450

Kossens, Michael/*von der Heide, Dirk*/*Maaß, Michael*: SGB IX, 2. Aufl. 2006

Kraft, Alfons: Der Informationsanspruch des Betriebsrats – Grundlagen, Grenzen und Übertragbarkeit, ZfA 1983, 171

Kraft, Alfons/*Hoehn, Stephan*: Anm. zu BAG 28.1.1988 SAE 1989, 77

Kreutz, Peter: Grenzen der Betriebsautonomie, 1979 [zitiert: Grenzen]

ders.: Die zwingende Geltung der Betriebsvereinbarung, in: Festschrift für Horst Konzen zum 70. Geburtstag (2006) S. 461

Kühn, Thomas: Nachteiligkeit als Schranke der Betriebsautonomie, 2006 [zitiert: Nachteiligkeit]

Kümpel, Winfried: Instanzgerichte kontra BAG zum Unterlassungsanspruch des Betriebsrats, AuR 1985, 78

Laber, Jörg: Fallstricke beim Zustimmungserfordernis gem. § 103 BetrVG, ArbRB 2005, 314

Lakies, Thomas: Das Weisungsrecht des Arbeitgebers (§ 106 GewO) – Inhalt und Grenzen, BB 2003, 364

Larenz, Karl: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991 [zitiert: Methodenlehre]

Larenz, Karl/*Wolf, Manfred*: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl. 2004 [zitiert: BGB AT]

Laux, Helga/*Schlachter, Monika*: Teilzeit- und Befristungsgesetz, 2007 [zitiert: TzBfG]

Leinemann, Wolfgang: Änderungen von Arbeitsbedingungen durch Betriebsvereinbarungen, BB 1989, 1905

Leinemann, Wolfgang: Wirkungen von Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen auf das Arbeitsverhältnis, DB 1990, 732

Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, hrsg. von *Burkhard Jähnke*, *Heinrich Wilhelm Laufhütte* und *Walter Odersky*, Siebenter Band, 11. Aufl. 1998 [zitiert: LK-StGB/*Bearbeiter*]

Lerch, Sascha/*Weinbrenner, Lars*: Beweisverwertungsverbot bei Verletzung von Mitbestimmungsrechten, FA 2008, 229

Linsenmaier, Wolfgang: Normsetzung der Betriebsparteien und Individualrechte der Arbeitnehmer, RdA 2008, 1

Lobinger, Thomas: Zur Dogmatik des allgemeinen betriebsverfassungsrechtlichen Unterlassungsanspruchs, ZfA 2004, 101

ders.: Zum Unterlassungsanspruch des Betriebsrats bei Betriebsänderungen, in: Festschrift für Reinhard Richardi zum 70. Geburtstag (2007) S. 657

ders.: Vermögensbetreuungspflicht von Betriebsräten gegenüber Arbeitnehmern?, in: *Volker Rieble*, *Abbo Junker* und *Richard Giesen* (Hrsg.), Arbeitsstrafrecht im Umbruch, 2009, S. 99

Lorenz, Mathias: Die Verringerung der Arbeitszeit auf Wunsch des Arbeitnehmers, 2005 [zitiert: Arbeitszeit]

ders.: Fünf Jahre TzBfG – BAG-Rechtsprechungs-Update, NZA-RR 2006, 281

Lorenzen, Uwe/*Eckstein, Karlfriedrich*/*Etzel, Gerhard*/*Gerhold, Diethelm*/*Schlatmann, Arne*/*Rehak, Heinrich*/*Faber, Bernhard*: Bundespersonalvertretungsgesetz, Stand: 156. Aktualisierung 2009 [zitiert: Lorenzen/*Bearbeiter*]

Loritz, Karl-Georg: Sinn und Aufgabe der Mitbestimmung, ZfA 1991, 1

Löwisch, Manfred: Schutz und Förderung der freien Entfaltung der Persönlichkeit der im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer (§ 75 Abs. 2 BetrVG 1972), AuR 1972, 359

ders.: Die Verschlechterung von Individualansprüchen durch Betriebsvereinbarung, DB 1983, 1709, 1710

ders.: Die Freiheit zu arbeiten – nach dem Günstigkeitsprinzip, BB 1991, 59

ders.: Betriebsverfassung in der Wirtschaft der Gegenwart, DB 1999, 2209

Löwisch, Manfred/*Kaiser, Dagmar*, Betriebsverfassungsgesetz, 5. Aufl. 2002

Löwisch, Manfred/*Rieble, Volker*: Tarifvertragsgesetz, 2. Aufl. 2004

Löwisch Manfred/*Spinner Günter*: Kommentar zum Kündigungsschutzgesetz, 9. Aufl. 2004

Lüders, Holger: Teilzeitarbeit nach § 8 TzBfG – Das Ablehnungsrecht des Arbeitgebers, 2007 [zitiert: Teilzeitarbeit]

Lunk, Stefan: Prozessuale Verwertungsverbote im Arbeitsrecht, NZA 2009, 457

Madaus, Stephan: Die Abgrenzung der Nebenpflichten im neuen Schuldrecht, Jura 2004, 289

Martens, Klaus-Peter: Anmerkung zu BAG 2.7.1980, SAE 1982, 159

Maschmann, Frank: Zuverlässigkeitstests durch Verführung illoyaler Mitarbeiter?, NZA 2002, 13

Matthes, Hans-Christoph: Die Rechtsstellung des ohne Zustimmung des Betriebsrates eingestellten Arbeitnehmers, DB 1974, 2007

ders.: Über einen vernünftigen Umgang mit dem Unterlassungsanspruch des Betriebsrats, in: Festschrift für Thomas Dieterich zum 65. Geburtstag (1999) S. 355

Medem, Andreas von: Beweis und Vermutung bei diskriminierender Einstellung, NZA 2007, 545

Medicus, Dieter: Allgemeiner Teil des BGB, 9. Aufl. 2006 [zitiert: BGB AT]

ders.: Drittbeziehungen im Schuldverhältnis, JuS 1974, 613

ders.: Über die Rückwirkung der Rechtsprechung, NJW 1995, 2577

Meinel, Gernod/*Heyn, Judith*/*Herms, Sascha*: Teilzeit- und Befristungsgesetz, 3. Aufl. 2009 [zitiert: M/H/H/*Bearbeiter*]

Meisel, Peter: Die Mitwirkung und Mitbestimmung des Betriebsrats bei Änderungskündigungen, BB 1973, 944

Merten, Philip W.: Die Regelungsbefugnisse der Betriebspartner erörtert am Beispiel der ablösenden Betriebsvereinbarung, 2000 [zitiert: Regelungsbefugnisse]

ders.: Anm. zu BAG 16.6.1998, AP Nr. 7 zu § 87 BetrVG 1972 Gesundheitsschutz

Meyer, Kurt: Sind Einstellungen, Ein- bzw. Umgruppierungen oder Versetzungen ohne Beteiligung des Betriebsrats gegenüber dem betroffenen Arbeitnehmer wirksam?, BB 1982, 1614

Miersch, Stefan: Die Rechtsfolgen mitbestimmungswidriger Maßnahmen für das Arbeitsverhältnis, 1998 [zitiert: Rechtsfolgen]

Molkentin, Thomas: Das Recht auf Arbeitsverweigerung bei Gesundheitsgefährdung des Arbeitnehmers, NZA 1997, 849

Müller, Elke: Die Mitbestimmung des Betriebsrats bei der Änderungskündigung zur innerbetrieblichen Versetzung, 2007 [zit.: Änderungskündigung]

Müller-Franken, Sebastian: Die Befugnis zu Eingriffen in die Rechtsstellung des einzelnen durch Betriebsvereinbarungen, 1997 [zitiert: Betriebsvereinbarungen]

Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, hrsg. von *Reinhard Richardi*, *Otfried Wlotzke*, *Hellmut Wißmann* und *Hartmut Oetker*, 3. Aufl. 2009 [zitiert: MünchArbR/*Bearbeiter*]

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, hrsg. von *Kurt Rebmann*, *Franz Jürgen Säcker*, *Roland Rixecker* [zitiert: MüKoBGB/*Bearbeiter*]
Band 1, 1. Halbband, 5. Aufl. 2006
Band 2, 5. Aufl. 2007
Band 4, 5. Aufl. 2009
Band 5, 5. Aufl. 2009
Band 8, 5. Aufl. 2008

Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, hrsg. von *Karsten Schmidt*, 2. Aufl. 2006 [zitiert: MüKoHGB/*Bearbeiter*]

Münchener Kommentar zur Zivilprozeßordnung, hrsg. von *Thomas Rauscher*, *Peter Wax* und *Joachim Wenzel* [zitiert: MüKoZPO/*Bearbeiter*]:
Band 2, 3. Aufl. 2007

Nebel, Andreas: Die Normen des Betriebsverbandes am Beispiel der ablösenden Betriebsvereinbarung, 1989 [zitiert: Normen]

Neumann-Duesberg, Horst: Betriebsverfassungsrecht, 1960 [zitiert: BetrVR]

Nicolai, Andrea: Neue Regeln für Massenentlassungen?, NZA 2005, 206

dies.: Mehr Rechtsklarheit für Massenentlassungen?, SAE 2006, 72

Nikisch, Arthur: Arbeitsrecht, III. Band, 2. Aufl. 1966 [zitiert: ArbR III]

Oetker, Hartmut: Die Mitbestimmung der Betriebs- und Personalräte bei der Durchführung von Berufsbildungsmaßnahmen, 1986 [zitiert: Berufsbildungsmaßnahmen]

ders.: Interessenkollision bei der Ausübung betriebsverfassungsrechtlicher Beteiligungsrechte, ZfA 1984, 409

ders.: Der nichtige Betriebsratsbeschluß, BlStSozArbR 1984, 129

ders.: Die zivilrechtliche Unwirksamkeit der Kündigung wegen einer Verletzung der Mitteilungspflichten im Rahmen der Betriebsratsanhörung nach § 102 BetrVG – eine geglückte richterliche Rechtsfortbildung?, in: Festschrift für Alfons Kraft zum 70. Geburtstag (1998) S. 429

Olderog, Hans-Hermann: Probleme des einstweiligen Rechtsschutzes im Bereich der sozialen Mitbestimmung, NZA 1985, 753

Ossberger, Karl Friedrich: Betriebliche Kontrollen, ihre Voraussetzungen und Grenzen, 1982 [zitiert: Kontrollen]

Osnabrügge, Stephan: Massenentlassungen – Kein russisches Roulette für Arbeitgeber, NJW 2005, 1093

Otto, Björn: Die Änderungskündigung zur Entgeltreduzierung, 2001 [zitiert: Björn Otto]

Otto, Hansjörg: Mitbestimmung des Betriebsrats bei der Regelung von Dauer und Lage der Arbeitszeit, NZA 1992, 97

ders.: Anmerkung zu BAG 27.03.2003 AP Nr. 36 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung

Palandt, Otto (Begr.): Bürgerliches Gesetzbuch, 68. Aufl. 2009 [zitiert: Palandt/*Bearbeiter*]

Pawlowski, Hans-Martin: Allgemeiner Teil des BGB, 7. Aufl. 2003 [zitiert: BGB AT]

Pfarr, Heide M.: Mitbestimmung bei der Ablösung und der Verschlechterung allgemeiner Arbeitsbedingungen, BB 1983, 2001

Pflüger, Norbert: Der Unterlassungsanspruch des Betriebsrats bei Betriebsänderungen, DB 1998, 2062

Picker, Eduard: Positive Forderungsverletzung und culpa in contrahendo – Zur Problematik der Haftungen „zwischen" Vertrag und Delikt, AcP 183 (1983) S. 369

ders.: Zur Beseitigungshaftung nach § 1004 BGB – eine Apologie, in: Festschrift für Joachim Gernhuber zum 70. Geburtstag (1993) S. 315

ders.: Der „dingliche“ Anspruch, in: Festschrift für Franz Bydlinski (2002) S. 269

ders.: Tarifautonomie – Betriebsautonomie – Privatautonomie, NZA 2002, 761

Preis, Bernd: Einseitige tarifliche Bestimmungsrechte des Arbeitgebers und das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 BetrVG, DB 1973, 474

Preis, Ulrich: Arbeitsrecht – Kollektivarbeitsrecht, Lehrbuch für Studium und Praxis, 2. Aufl. 2009 [zitiert: KollArbR]

ders.: Prinzipien des Kündigungsrechts bei Arbeitsverhältnissen, 1987 [zitiert: Kündigungsrecht]

Preis, Ulrich/*Gotthardt, Michael*: Das Teilzeit- und Befristungsgesetz, DB 2001, 145

Prütting, Hanns: Unterlassungsanspruch und einstweilige Verfügung in der Betriebsverfassung, RdA 1995, 257

Prütting, Hanns/*Wegen, Gerhard*/*Weinreich, Gerd* (Hrsg.): BGB Kommentar, 4. Aufl. 2009 [zitiert: P/W/W/*Bearbeiter*]

Quecke, Martin: Änderungskündigung mit tarifwidrigem Inhalt, NZA 2001, 812

Raab, Thomas: Negatorischer Rechtsschutz des Betriebsrats gegen mitbestimmungswidrige Maßnahmen des Arbeitgebers, 1993 [zitiert: Negatorischer Rechtsschutz]

ders.: Der Unterlassungsanspruch des Betriebsrats, ZfA 1997, 183

ders.: Der kollektive Tatbestand als Voraussetzung der Mitbestimmung des Betriebsrats in sozialen Angelegenheiten, ZfA 2001, 31

Raiser, Ludwig: Der Stand der Lehre vom subjektiven Recht im Deutschen Zivilrecht, JZ 1961, 465

Ramrath, Ulrich: Die Mitbestimmung des Betriebsrats bei der angeblichen „Verrechnung“ sogenannter „übertariflicher Zulagen“ mit Tariflohnerhöhungen, DB 1990, 2593

Reichel, Gerhard Hans: Der Verstoß gegen § 66 Abs. 1 BetrVG und seine Rechtsfolge.

Reichold, Hermann, Betriebsverfassung als Sozialprivatrecht, 1995 [zitiert: Sozialprivatrecht]

ders.: Anmerkung zu BAG 28.9.1994 AP Nr. 68 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung

ders.: Anmerkung zu BAG 26.5.1998, SAE 1999, 121

Reinhard, Barbara: Rechtsfolgen fehlerhafter Massenentlassungen, RdA 2007, 207

Reinhardt, Rudolf: Die Nichtanhörung des Betriebsrats, in: Festschrift für Arthur Nikisch (1958) S. 109

Reitze, Serge: Der Betriebsratsbeschluß, 1998

Reuter, Dieter: Betriebsverfassung und Privatautonomie, Rezensionsaufsatz zur gleichnamigen Schrift von Reinhard Richardi, ZfA 1975, 85

ders.: Das Verhältnis von Individualautonomie, Betriebsautonomie und Tarifautonomie, RdA 1991, 193

ders.: Die Lohnbestimmung im Betrieb, ZfA 1993, 221

ders.: Anmerkung zu BAG 3.5.1994, JuS 1995, 467

Reuter, Dieter/*Streckel, Siegmar*: Grundfragen der betriebsverfassungsrechtlichen Mitbestimmung, 1973 [zitiert: Mitbestimmung]

Rhotert, Manuel: Prozessuales Verwertungsverbot für mitbestimmungswidrig erlangte Beweismittel?, BB 1999, 1378

Richardi, Reinhard: Kollektivgewalt und Individualwille bei der Gestaltung des Arbeitsverhältnisses, 1967 [zitiert: Kollektivgewalt]

ders.: Betriebsverfassung und Privatautonomie, 1973

ders.: Die Mitbestimmung des Betriebsrats bei der Regelung des Arbeitsentgelts, ZfA 1976, 1

ders.: Eingriff in eine Arbeitsvertragsregelung durch Betriebsvereinbarung, RdA 1983, 278

ders.: Kehrtwende des BAG zum betriebsverfassungsrechtlichen Unterlassungsanspruch des Betriebsrats, NZA 1995, 8

ders.: Der Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch in der Dogmatik des Betriebsverfassungsrechts, in: Festschrift für Otfried Wlotzke zum 70. Geburtstag (1996) S. 407

ders.: Der Beitrag des Bundesarbeitsgerichts zur Sicherung des Arbeitsvertrages in der Betriebsverfassung, in: Festschrift 50 Jahre BAG (2004) S. 1041

ders.: Anm. zu BAG 28.3.2000, AP Nr. 83 zu § 77 BetrVG 1972

Richardi, Reinhard (Hrsg.): Betriebsverfassungsgesetz, 11. Aufl. 2008 [zitiert: Richardi bzw. Richardi/*Bearbeiter*]

Richardi, Reinhard/*Dörner, Hans-Jürgen*/*Weber, Christoph* (Hrsg.): Personalvertretungsrecht, 3. Aufl. 2008 [zitiert: R/D/W/*Bearbeiter*]

Richardi, Reinhard/*Annuß, Georg*: Gesetzliche Neuregelung von Teilzeitarbeit und Befristung, BB 2000, 2201

dies.: Neues Betriebsverfassungsgesetz: Revolution oder strukturwahrende Reform?, DB 2001, 41

Rieble, Volker: Die Kontrolle de Ermessens der betriebsverfassungsrechtlichen Einigungsstelle, 1990 [zitiert: Ermessenskontrolle]

ders.: Arbeitsmarkt und Wettbewerb, 1996

ders.: Krise des Flächentarifvertrages?, RdA 1996, 151

ders.: Erweiterte Mitbestimmung in personellen Angelegenheiten, NZA Sonderheft 2001, 48

ders.: Die Betriebsverfassungsgesetz-Novelle 2001 in ordnungspolitischer Sicht, ZIP 2001, 133

ders.: Mitbestimmung zwischen Legitimationslast und Modernisierungsdruck, in: *Volker Rieble* (Hrsg.): Zukunft der Unternehmensmitbestimmung, 2004, S. 9

ders.: Führungsrolle des Betriebsrats und Corporate Governance, in: *Volker Rieble*/*Abbo Junker* (Hrsg.): Unternehmensführung und betriebliche Mitbestimmung, 2008, S. 9

ders.: Reformbedarf in der betrieblichen Mitbestimmung, in: Institut der deutschen Wirtschaft (Hrsg.), Perspektiven der Mitbestimmung in Deutschland, 2008, S. 127

Rieble, Volker/*Gutzeit, Martin*: Teilzeitanspruch nach § 8 TzBfG und Arbeitszeitmitbestimmung, NZA 2002, 7

Rieble, Volker/*Klebeck, Ulf*: Strafrechtliche Risiken der Betriebsratsarbeit, NZA 2006, 758

Rieble, Volker/*Kolbe, Sebastian*: Die neue Änderungskündigung, SAE 2008, 241

Rieble, Volker/*Klumpp, Steffen*/*Gistel, Cornelia*: Rechtsmißbrauch in der Betriebsverfassung, 2006 [zitiert: Rechtsmißbrauch]

Riesenhuber, Karl: Die Rechtsbeziehungen zwischen Arbeitnehmern, JZ 1999, 711

Riesenhuber, Karl/*Domröse, Ronny*: Richtlinienkonforme Auslegung der §§ 17, 18 KSchG und Rechtsfolgen fehlerhafter Massenentlassungen, NZA 2005, 568

dies.: Die „Entlassung“ nach der Massenentlassungsrichtlinie, EWS 2005, 97

Riesenkampff, Nikolai: Rechtsfolgen betriebsverfassungswidriger Betriebsänderungen, 2002 [zitiert: Betriebsänderungen]

Rinke, Michael: Anhörung des Betriebsrats: Vorgezogenes Kündigungsschutzverfahren?, NZA 1998, 77

Röhl, Klaus F./Röhl, Hans Christian: Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl. 2008

Röder, Gerhard: Das betriebliche Wohnungswesen im Spannungsfeld von Betriebsverfassungsrecht und Wohnraummietrecht, 1983 [zitiert: Wohnungswesen]

Rolfs, Christian: Das neue Recht der Teilzeitarbeit, RdA 2001, 129

Rolfs, Christian/Giesen, Richard/Kreikebohm, Ralf/Udsching, Peter (Hrsg.): Schwerpunktkommentar Arbeitsrecht, 2008 [zitiert: R/G/K/U/*Bearbeiter*]

Rossa, Jan-Marcus/Salamon, Erwin: Personalabbau trotz Nichtbeteiligung des Betriebsrats bei Auswahlrichtlinien?, NJW 2008, 1991

Rosset, Christoph: Rechtssubjektivität des Betriebsrats und Haftung seiner Mitglieder, 1985 [zitiert: Rechtssubjektivität]

Rudolph, Wolf-Dieter: Folgen der Missachtung des besonderen Versetzungsschutzes, Anm. zu LAG Berlin 22.12.2004, AiB 2006, 517

Rümelin, Max: Die Billigkeit im Recht, 1921 [zitiert: Billigkeit]

Rüthers, Bernd: Rechtstheorie, 4. Aufl. 2008

Rüthers, Bernd/Henssler, Martin: Anm. zu BAG 22.2.1983 EzA § 23 BetrVG 1972 Nr. 9

Säcker, Franz Jürgen: Gruppenautonomie und Übermachtkontrolle im Arbeitsrecht, 1972 [zitiert: Gruppenautonomie]

ders.: Die Regelung sozialer Angelegenheiten im Spannungsfeld zwischen tariflicher und betriebsvereinbarungsrechtlicher Normsetzungsbefugnis, ZfA Sonderheft 1972, S. 41

Sagmeister, Holger M.: Über die rechtlichen Konsequenzen von Mobbing und das Recht am Arbeitsplatz, Jura 2008, 207

Salje, Peter: Quasinegatorischer Rechtsschutz im Betriebsverfassungsrecht, DB 1988, 909

Schell, Jan: Der Rechtsanspruch auf Teilzeitarbeit, 2004 [zitiert: Teilzeitarbeit]

Scheuerle, Wilhelm: Das Wesen des Wesens, AcP 163 (1964), 429

Schiefer, Bernd: Mitbestimmungsproblematik bei der Verteilung der Arbeitszeit gemäß § 8 TzBfG, FA 2001, 258

ders.: Betriebsbedingte Kündigung nach aktueller Rechsprechung – Zwei Schritte vor, ein Schritt zurück, DB 2007, 54

Schlewing, Anja: Prozessuales Verwertungsverbot für mitbestimmungswidrig erlangte Erkenntnisse aus einer heimlichen Videoüberwachung?, NZA 2004, 1071

Schlüter, Wilfried: Die Rechtsfolgen mangelnder Beteiligung des Betriebsrats in sozialen Angelegenheiten (§ 87 BetrVG n.F.), DB 1972, 92 und DB 1972, 139

Schmidt, Esther: Der Verzicht auf betriebsverfassungsrechtliche Befugnisse, 1995 [zitiert: Verzicht]

Schmidt, Thomas Benedikt: Das Günstigkeitsprinzip im Tarifvertrags- und Betriebsverfassungsrecht, 1994 [zitiert: Günstigkeitsprinzip]

Schüren, Peter: Die Mitbestimmung des Betriebsrats bei der Änderung der Arbeitszeit nach dem TzBfG, AuR 2001, 321

Schuschke, Winfried/*Walker, Wolf-Dietrich*: Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz, 4. Aufl. 2008 [zitiert: Vollstreckung]

Schwarz, Mathias: Arbeitnehmerüberwachung und Mitbestimmung, 1982 [zitiert: Überwachung]

Schwonberg, Alexander: Die einstweilige Verfügung des Arbeitgebers in Mitbestimmungsangelegenheiten im Rechtsschutzsystem der Betriebsverfassung, 1997 [zitiert: Einstweilige Verfügung]

Siebert, Gerd/*Becker, Knut*: Betriebsverfassungsgesetz, 11. Aufl. 2008 [zitiert: Siebert/*Bearbeiter*]

Siebert, Wolfgang: Kollektivnorm und Individualrecht im Arbeitsverhältnis, in: Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 60. Geburtstag (1955) S. 119

Sievers, Jochen: Kommentar zum Teilzeit- und Befristungsgesetz, 2. Aufl. 2007

Simitis, Spiros/*Weiss, Manfred*: Zur Mitbestimmung des Betriebsrats bei Kurzarbeit, DB 1973, 1240

Singer, Reinhard: Wann ist widersprüchliches Verhalten verboten? – Zu den Rechtsfolgen der form- und grundlosen Eigenkündigung eines Arbeitnehmers, NZA 1998, 1309

Sinzheimer, Hugo: Ein Arbeitstarifgesetz – Die Idee der sozialen Selbstbestimmung im Recht, 1916 [zitiert: Arbeitstarifgesetz]

Soergel, Th.: Bürgerliches Gesetzbuch, Band 2, 13. Aufl. 1999 [zitiert: Soergel/*Bearbeiter*]

Söllner, Alfred: Das Zurückbehaltungsrecht des Arbeitnehmers, ZfA 1973, 1

Soost, Stefan/ *Hummel, Dieter*: Einstweilige Verfügungen des Betriebsrats bei betriebsverfassungswidrigen personellen Einzelmaßnahmen, AiB 2000, 621

Sorge, Siegfried: Die Haftung des Betriebsrats für unerlaubte Handlungen, AuR 1953, 272

Spilger, Andreas Michael: Rechtsstellung und Haftung des Betriebsrats und seiner Mitglieder, AR-Blattei-SD 530.7 (1997)

Staudinger, Julius von (Begr.): Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen [zitiert: Staudinger/*Bearbeiter*]

Stebut, Dietrich von: Die Zulässigkeit der Einführung von Kurzarbeit, RdA 1974, 332

Stege, Dieter/*Weinspach, Friedrich K.*/*Schiefer, Bernd*: Betriebsverfassungsgesetz, 9. Aufl. 2002 [zitiert: S/W/S]

Stein, Axel: Anm. zu BAG 2.3.2004, SAE 2005, 169

Stein, Friedrich/*Jonas, Martin* (Hrsg.): Kommentar zur Zivilprozessordnung Band 9, 22. Aufl. 2002 [zitiert: Stein/Jones/*Bearbeiter*, ZPO]

Stoffels, Markus: AGB-Recht, 2. Aufl. 2009

ders.: Gestaltungsmöglichkeiten durch Änderungskündigungen, ZfA 2002, 401

Stürner, Rolf: Der Anspruch auf Erfüllung von Treue- und Sorgfaltspflichten, JZ 1976, 384

Südkamp, Stephan: Interne Fehler bei Willenserklärungen des Betriebsrates, 1989 [zitiert: Fehler]

Thalhofer, Karla: Betriebsverfassungsrechtlicher Beseitigungsanspruch, 1999 [zitiert: Beseitigungsanspruch]

Thüsing, Gregor: Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, 2007 [zitiert: Diskriminierungsschutz]

ders.: Anm. zu BAG 11.6.2002, EWir 2003, 95

ders.: Teilzeit- und Befristungsgesetz – Oder: Von der Schwierigkeit eines Kompromisses zwischen Beschäftigungsförderung und Arbeitnehmerschutz, ZfA 2004, 67

Thüsing, Gregor/*Laux, Helga*/*Lembke, Mark*: Kündigungsschutzgesetz, 2007 [zitiert: T/L/L/*Bearbeiter*]

Triebel, Götz: Die Haftung des Betriebsrats und der Durchgriff auf seine Mitglieder, 2003 [zitiert: Haftung]

Triemel, Martin: Minderheitenschutz in den Organisationsvorschriften der Betriebsverfassung, 2005 [zitiert: Minderheitenschutz]

Trittin, Wolfgang: Betriebsräte ohne vorbeugenden Rechtsschutz?, BB 1984, 1169

Ülger, Damla: Der Teilzeitanspruch und seine prozessuale Durchsetzung, 2004

Ulmer, Peter/*Habersack, Mathias*/*Henssler, Martin*: Mitbestimmungsrecht, 2. Aufl. 2006 [zitiert: U/H/H/*Bearbeiter]*

Vaupel, Christian: Die Kompensation von Ungleichgewichtslagen im Arbeits- und Verbraucherrecht, 2006 [zitiert: Ungleichgewichtslagen]

Veit, Barbara: Die funktionelle Zuständigkeit des Betriebsrats, 1998 [zitiert: Funktionelle Zuständigkeit]

Voigt, Burkhard: Der kollektive Günstigkeitsvergleich im System der arbeitsrechtlichen Gestaltungsmittel, 1992 [zitiert: Günstigkeitsvergleich]

Walker, Wolf-Dietrich: Der einstweilige Rechtsschutz im Zivilprozeß und im arbeitsgerichtlichen Verfahren, 1993 [zitiert: Rechtsschutz]

ders.: Zum Unterlassungsanspruch des Betriebsrats bei mitbestimmungswidrigen Maßnahmen des Arbeitgebers, DB 1995, 1961

ders.: Grundlagen und aktuelle Entwicklungen des einstweiligen Rechtsschutzes im Arbeitsgerichtsprozess, ZfA 2005, 45

ders.: Anm. zu BAG 3.5.1994, SAE 1995, 99

Wallner, Franz X.: Die Änderungskündigung, 2005

Waltermann, Raimund: Rechtssetzung durch Betriebsvereinbarung zwischen Privatautonomie und Tarifautonomie, 1996 [zitiert: Rechtssetzung]

ders.: Gestaltung von Arbeitsbedingungen durch Vereinbarung mit dem Betriebsrat, NZA 1996, 357

Wank, Rolf: Rechtsfortbildung im Kündigungsschutzrecht, RdA 1987, 129

ders.: Anmerkung zu LAG Stuttgart 4.11.2002, EWiR 2003, 433

Weber, Christoph: Massenentlassung und Arbeitnehmerbeteiligung im deutschen und europäischen Mitbestimmungsrecht, AuR 2008, 365

Weber, Claus: Individualrechtliche Auswirkungen betriebsverfassungswidriger personeller Einzelmaßnahmen, 2000 [zitiert: Auswirkungen]

Weber, Hansjörg: Die Rechtsfolgen von Amtspflichtverletzungen des Betriebsrats und seiner Mitglieder, DB 1992, 2135

Wenderoth, Marco: Der allgemeine Unterlassungsanspruch des Betriebsrats, 2006 [zitiert: Unterlassungsanspruch]

Wenzel, Joachim: Die Bindung des Richters an Gesetz und Recht, NJW 2008, 345

Weiss, Manfred: Zur Haftung des Betriebsrats, RdA 1974, 269

Weitnauer, Hermann: Zivilrechtliche Grundstrukturen im Betriebsverfassungsrecht, in: Festschrift für Konrad Duden zum 70. Geburtstag (1977) S. 705

Wiese, Günther: Zum Verzicht auf Befugnisse nach dem Betriebsverfassungsgesetz, RdA 1968, 455

ders.: Zum Gesetzes- und Tarifvorbehalt nach § 87 Abs. 1 BetrVG, in: Festschrift 25 Jahre Bundesarbeitsgericht (1979) S. 661

ders.: Zur Mitbestimmung des Betriebsrats bei freiwilligen, jederzeit widerruflichen Zulagen und/oder auf diese anrechenbaren Tariflohnerhöhungen, NZA 1990, 793

ders.: Zum Zweck des Betriebsverfassungsrechts im Rahmen der Entwicklung des Arbeitsrechts, in: Festschrift für Otto Rudolf Kissel zum 65. Geburtstag (1994) S. 1269

ders.: Notwendige Mitbestimmung und Vertragsfreiheit – Kritische Anmerkungen zur Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, in: Festschrift für Alfons Kraft zum 70. Geburtstag (1998) S. 683

ders.: Schutz und Teilhabe als Zwecke notwendiger Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten und deren Rangverhältnis, ZfA 2000, 117

ders.: Videoüberwachung von Arbeitnehmern durch den Arbeitgeber und Persönlichkeitsschutz, in: Festschrift für Egon Lorenz zum 70. Geburtstag (2004) S. 915

ders.: Zur notwendigen Mitbestimmung des Betriebsrats in sozialen Angelegenheiten – Brüche in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, in: Festschrift für Klaus Adomeit (2008) S. 839

ders.: Individuum und Kollektiv im Recht der Koalitionen, ZfA 2008, 317

ders.: Anm. zu BAG 11.6.2002, AP Nr. 113 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung

Witt, Carsten: Die betriebsverfassungsrechtliche Kooperationsmaxime und der Grundsatz von Treu und Glauben, 1987

ders.: Kündigungsschutz im Rahmen der Betriebsverfassung und Personalvertretung, AR-Blattei-SD 530.9 (1996)

Wittgruber, Frank: Die Abkehr des Arbeitsrechts von der Vertragsfreiheit am Beispiel betrieblicher Mitbestimmung bei übertariflichen Zulagen, 1999 [zitiert: Vertragsfreiheit]

Wlotzke, Otfried: Anmerkung zu BAG 30.9.1993, AP Nr. 33 zu § 2 KSchG 1969

Wlotzke, Otfried /*Preis, Ulrich*/*Kreft, Burghard* (Hrsg.): Betriebsverfassungsgesetz, 4. Aufl. 2009 [zitiert: W/P/K/*Bearbeiter*]

Wolff, Alexander/*Dornbusch, Gregor*: Paradigmenwechsel bei Massenentlassungen, BB 2005, 885

Wolter, Henner: Wende im Recht der Massenentlassung, AuR 2005, 135

ders.: Die Wirksamkeit der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung, RdA 2006, 137

Worzalla, Michael: Mitbestimmung des Betriebsrats in Eil- und Notfällen, 1992 [zitiert: Eilfälle]

ders.: Für die Zulässigkeit der einstweiligen Regelungsverfügung im Beschlussverfahren bei mitbestimmungspflichtigen Angelegenheiten, BB 2005, 1737

Zippelius, Reinhold: Juristische Methodenlehre, 10. Aufl. 2006 [zitiert: Methodenlehre]

Zöller, Richard (Hrsg.): Zivilprozessordnung, 27. Aufl. 2009 [zitiert: Zöller/*Bearbeiter*]

Zöllner, Wolfgang: Privatautonomie und Arbeitsverhältnis, AcP 176 (1976), 221

Zöllner, Wolfgang/*Loritz, Karl-Georg*/*Hergenröder, Curt-Wolfgang*: Arbeitsrecht, 6. Aufl. 2008 [zitiert: Z/L/H]

Zumkeller, Alexander: Die Anhörung des Betriebsrats bei der Kündigung von Ersatzmitgliedern – Unter besonderer Berücksichtigung des Verhältnisses des § 103 BetrVG zu § 102 BetrVG, NZA 2001, 823

ZAAR Schriftenreihe

Herausgegeben von Volker Rieble, Abbo Junker und Richard Giesen
ISSN 1863-0847

Band 1
Zukunft der Unternehmensmitbestimmung
1. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2004, ISBN 3-9809380-1-8 (ISBN 978-3-9809380-1-3)

Band 2
Zukunft des Arbeitskampfes
1. Ludwigsburger Rechtsgespräch
ZAAR Verlag 2005, ISBN 3-9809380-2-6 (ISBN 978-3-9809380-2-0)

Band 3
Zukunft der Arbeitsgerichtsbarkeit
2. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2005, ISBN 3-9809380-3-4 (ISBN 978-3-9809380-3-7)

Band 4
Robert Lubitz
Sicherung und Modernisierung der Unternehmensmitbestimmung
ZAAR Verlag 2005, ISBN 3-9809380-4-2 (ISBN 978-3-9809380-4-4)

Band 5
Transparenz und Reform im Arbeitsrecht
2. Ludwigsburger Rechtsgespräch
ZAAR Verlag 2006, ISBN 3-9809380-5-0 (ISBN 978-3-9809380-5-1)

Band 6
Reformdruck auf das Arbeitsrecht in Europa – Wie reagieren nationale Rechtsordnungen?
3. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2006, ISBN 3-9809380-7-7 (ISBN 978-3-9809380-7-5)

Band 7
Till Brocker
Unternehmensmitbestimmung und Corporate Governance
ZAAR Verlag 2006, ISBN 9809380-8-5 (ISBN 978-3-9809380-8-2)

Band 8
Folgenabschätzung im Arbeitsrecht
ZAAR Verlag 2007, ISBN 3-9809380-9-3 (978-3-9809380-9-9)

Band 9
Familienschutz und Familienverträglichkeit des Arbeitsrechts
3. Ludwigsburger Rechtsgespräch
ZAAR Verlag 2007, ISBN 3-939671-00-2 (978-3-939671-00-8)

Band 10
Unternehmensführung und betriebliche Mitbestimmung
4. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2008, ISBN 978-3-939671-02-2

Band 11
Das Grünbuch und seine Folgen – Wohin treibt das europäische Arbeitsrecht?
4. Ludwigsburger Rechtsgespräch
ZAAR Verlag 2008, ISBN 978-3-939671-03-9

Band 12
Vereinbarte Mitbestimmung in der SE
5. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2008, ISBN 978-3-939671-04-6

Band 13
Arbeitsstrafrecht im Umbruch
5. Ludwigsburger Rechtsgespräch
ZAAR Verlag 2009, ISBN 978-3-939671-06-0

Band 14
Jan H. Lessner-Sturm
Gewerkschaften als Arbeitgeber
ZAAR Verlag 2009, ISBN 978-3-939671-07-7

Band 15
Zukunft der Zeitarbeit
6. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2009, ISBN 978-3-939671-08-4

Band 16
Kartellrecht und Arbeitsmarkt
6. Ludwigsburger Rechtsgespräch
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-10-7