

Bundesarbeitsgericht  
Siebter Senat

Beschluss vom 24. März 2021  
- 7 ABR 6/20 -  
ECLI:DE:BAG:2021:240321.B.7ABR6.20.0

I. Arbeitsgericht Stuttgart

Beschluss vom 10. Oktober 2018  
- 18 BV 71/18 -

II. Landesarbeitsgericht  
Baden-Württemberg

Beschluss vom 3. Dezember 2019  
- 15 TaBV 5/18 -

---

Entscheidungsstichworte:

Betriebsratsmitglieder - Freistellungswahl - Teilfreistellungen

# BUNDESARBEITSGERICHT



7 ABR 6/20  
15 TaBV 5/18  
Landesarbeitsgericht  
Baden-Württemberg

## Im Namen des Volkes!

Verkündet am  
24. März 2021

## BESCHLUSS

Schiege, Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

In dem Beschlussverfahren mit den Beteiligten

1.

Antragsteller, Beschwerdeführer und Rechtsbeschwerdeführer,

2.

Antragsteller, Beschwerdeführer und Rechtsbeschwerdeführer,

3. ...

4.

Antragstellerin, Beschwerdeführerin und Rechtsbeschwerdeführerin,

5.

Antragsteller, Beschwerdeführer und Rechtsbeschwerdeführer,

6. ...

7.

8.

9.

10.

hat der Siebte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der Beratung vom 24. März 2021 durch die Vorsitzende Richterin am Bundesarbeitsgericht Gräfl, die Richter am Bundesarbeitsgericht Klose und Waskow sowie die ehrenamtliche Richterin Schuh und den ehrenamtlichen Richter Dr. Merten für Recht erkannt:

Auf die Rechtsbeschwerden der Beteiligten zu 1., 2., 4. und 5. wird der Beschluss des Landesarbeitsgerichts Baden-Württemberg vom 3. Dezember 2019 - 15 TaBV 5/18 - aufgehoben.

Auf die Beschwerden der Beteiligten zu 1., 2., 4. und 5. wird der Beschluss des Arbeitsgerichts Stuttgart vom 10. Oktober 2018 - 18 BV 71/18 - abgeändert.

Die am 29. März 2018 durchgeführte Wahl der freizustellenden Betriebsratsmitglieder wird für unwirksam erklärt.

**Von Rechts wegen!**

## Gründe

A. Die Beteiligten streiten über die Wirksamkeit der Wahl der freizustellenden Betriebsratsmitglieder. 1

Der Beteiligte zu 9. ist der im Jahr 2018 in dem Betrieb der zu 10. beteiligten Arbeitgeberin am Standort D gewählte Betriebsrat. Ihm gehören elf Mitglieder an, ua. die Beteiligten zu 1. (Vorsitzender), 2., 4., 5., 7. und 8. Aufgrund der Anzahl der im Betrieb in der Regel beschäftigten Arbeitnehmer sind mindestens zwei Betriebsratsmitglieder von ihrer beruflichen Tätigkeit freizustellen. 2

In der Betriebsratssitzung am 29. März 2018 wurden die freizustellenden Betriebsratsmitglieder gewählt. Hierzu heißt es in dem Protokoll der Betriebsratssitzung: 3

„D beabsichtigt per Mehrheitsbeschluss die 2. Freistellung in 2 Halbe zu teilen, welches von einem Teil des Gremiums als nicht rechtens angesehen wurde. Lange Diskussion darüber und es werden dann als 2 volle Freistellungen die Vorschläge gemacht, welches der BR-Vorsitzende D aber noch rechtlich prüfen lassen möchte.

**Vorschlag 1 von D: 1. Freistellung 38h/w für D; 2. Freistellung 38/w G als Nachrücker W**

**Vorschlag 2 von J: 1. Freistellung 27h/w für P; 11h/w J; 2. Freistellung 30h/w B; 8h/w A**

Somit gehen die Freistellungen an D. mit 38h/w und P 27h/w sowie J 11h/w.“

Der Beteiligte zu 7. (P) hat eine Wochenarbeitszeit von 27 Stunden, die Beteiligte zu 8. (J) ist mit 38 Stunden pro Woche vollzeitbeschäftigt. 4

Mit ihrer am 12. April 2018 beim Arbeitsgericht eingegangenen Antragschrift haben die Beteiligten zu 1., 2., 4. und 5. die Wahl der freizustellenden Betriebsratsmitglieder angefochten. Sie haben geltend gemacht, die Wahl sei nicht ordnungsgemäß erfolgt, da der Betriebsrat nicht zuvor durch einen Beschluss festgelegt habe, ob und wie die zwei Vollfreistellungen durch Teilfreistellungen ersetzt werden sollten. Vor der Wahl sei lediglich über den Vorschlag des Betriebsratsvorsitzenden, die zweite Freistellung hälftig zu teilen, diskutiert worden. 5

Die „Fraktion“, der Frau J (Beteiligte zu 8.) und Herr P (Beteiligter zu 7.) angehören, sei gegen diesen Vorschlag gewesen. Nach längerer Diskussion sei schließlich die Wahl erfolgt. Die Gestaltung der Wahlvorschlagsliste 2, auf der - im Gegensatz zur Wahlvorschlagsliste 1 - nicht mehrere einzelne Kandidaten, sondern zwei Kandidatenpaare aufgeführt seien, die sich jeweils eine Vollfreistellung nach ihren individuellen Wünschen aufgeteilt hätten, widerspreche wesentlichen Vorschriften über das Wahlverfahren. Das Höchstzahlverfahren nach d'Hondt habe aufgrund der Gestaltung der Vorschlagsliste 2 nicht angewandt werden können.

Die Beteiligten zu 1., 2., 4. und 5. haben zuletzt beantragt 6  
festzustellen, dass die am 29. März 2018 durchgeführten Wahlen bezüglich der Freistellungen von Betriebsratsmitgliedern unwirksam sind.

Die Beteiligten zu 7., 8. und 10. haben beantragt, die Anträge abzuweisen. 7  
Sie haben die Auffassung vertreten, die Wahl der freizustellenden Betriebsratsmitglieder sei ordnungsgemäß durchgeführt worden. Der Betriebsrat habe vor der Wahl keinen Beschluss über Teilfreistellungen treffen müssen. Jedenfalls habe der Betriebsrat spätestens mit Beginn und Durchführung der Wahl konkludent einen Beschluss darüber gefasst, dass - sofern mindestens eine Höchstzahl auf die Vorschlagsliste 2 entfalle - Teilfreistellungen vorgenommen würden. Die Diskussion im Vorfeld der Wahl zeige, dass eine Willensbildung der Betriebsratsmitglieder stattgefunden habe. Auch sei das d'Hondtsche Höchstzahlverfahren richtig angewandt worden. Es obliege den Aufstellern der Vorschlagsliste, entweder eine Vollfreistellung vorzuschlagen oder mehrere Teilfreistellungen, die zusammen einer Vollfreistellung entsprächen. Die auf die Listen zu verteilenden Höchstzahlen müssten nach dem Gesamtumfang des Freistellungsvolumens und nicht nach der Anzahl der freizustellenden Personen verteilt werden.

Das Arbeitsgericht hat den Antrag abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die dagegen gerichtete Beschwerde der Beteiligten zu 1., 2., 4. und 5. zurückgewiesen. Mit ihren Rechtsbeschwerden verfolgen die Beteiligten zu 1., 2., 4. und 5. ihr Anfechtungsbegehren weiter. 8

- B. Die Rechtsbeschwerde ist begründet. Die Vorinstanzen haben den Wahl- 9  
anfechtungsantrag der Beteiligten zu 1., 2., 4. und 5. zu Unrecht abgewiesen.  
Der Antrag ist zulässig und begründet.
- I. Der Antrag ist in der gebotenen Auslegung zulässig. Er ist als Wahl- 10  
anfechtungsantrag zu verstehen. Mit dem Antrag „festzustellen, dass die am  
29. März 2018 durchgeführten Wahlen bezüglich der Freistellungen von Be-  
triebsratsmitgliedern unwirksam sind“, haben die Antragsteller die Wahl in ent-  
sprechender Anwendung von § 19 Abs. 1 BetrVG angefochten, auch wenn sie  
nach dem Antragswortlaut nicht den gebotenen Gestaltungsantrag, die Wahl für  
unwirksam zu erklären, sondern einen Feststellungsantrag gestellt haben. Der  
Antrag ist entsprechend auszulegen (*vgl. BAG 21. Februar 2018 - 7 ABR 54/16 -*  
*Rn. 9*). Zudem haben die Beteiligten zu 1., 2., 4. und 5. ihr Rechtsschutzziel in  
dem Anhörungstermin vor dem Landesarbeitsgericht ausdrücklich klargestellt.
- II. Die Vorinstanzen haben neben den Antragstellern (Beteiligte zu 1., 2., 4., 11  
5.) die Beteiligten zu 7., 8., 9. und 10. zu Recht am Verfahren beteiligt.
1. § 83 Abs. 3 ArbGG regelt nicht selbst, wer Beteiligter eines Beschluss- 12  
verfahrens ist. Die Vorschrift ordnet lediglich an, dass der Arbeitgeber, die Arbeit-  
nehmer und die Stellen zu hören sind, die ua. nach dem Betriebsverfassungsgesetz  
im einzelnen Fall beteiligt sind. Dafür ist entscheidend, welche Personen  
oder Stellen durch die von den Antragstellern begehrte Entscheidung in ihrer be-  
triebsverfassungsrechtlichen Rechtsstellung unmittelbar betroffen werden. Die  
Beteiligtenbefugnis ist vom Gericht in jeder Lage des Verfahrens - auch noch in  
der Rechtsbeschwerdeinstanz - von Amts wegen zu prüfen und zu berücksichti-  
gen (*st. Rspr., vgl. BAG 15. Mai 2019 - 7 ABR 35/17 - Rn. 15; 17. Mai 2017*  
*- 7 ABR 22/15 - Rn. 18, BAGE 159, 111*).
2. Danach sind neben den Beteiligten zu 1., 2., 4. und 5. als den Antragstel- 13  
lern diejenigen Betriebsratsmitglieder beteiligt, die ihre Freistellungen aufgrund  
des gerichtlichen Verfahrens verlieren können und daher in ihrer betriebsverfas-  
sungsrechtlichen Rechtsposition betroffen sind (*vgl. BAG 20. April 2005 - 7 ABR*  
*44/04 - zu B I 2 der Gründe, BAGE 114, 228*). Dies sind - neben dem Beteiligten

zu 1. selbst - die Beteiligten zu 7. und 8. Ebenso beteiligt ist der Betriebsrat, weil seine interne Organisation von der zu erwartenden Entscheidung abhängt (vgl. BAG 16. März 2005 - 7 ABR 40/04 - zu B I 1 der Gründe mwN, BAGE 114, 119; 28. November 1977 - 1 ABR 40/76 - zu II 1 b der Gründe, BAGE 29, 398). Die Arbeitgeberin (Beteiligte zu 10.) ist in arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahren immer beteiligt, weil sie durch die betriebsverfassungsrechtliche Ordnung stets betroffen ist (BAG 16. März 2005 - 7 ABR 40/04 - zu B I 1 der Gründe, aaO; 19. Februar 1975 - 1 ABR 94/73 - zu II 2 der Gründe, BAGE 27, 46).

III. Der Wahlanfechtungsantrag ist begründet. 14

1. Die Wahl der freizustellenden Betriebsratsmitglieder kann in entsprechender Anwendung von § 19 BetrVG durch ein einzelnes oder mehrere Betriebsratsmitglieder angefochten werden, wenn bei der Wahl gegen wesentliche Vorschriften über das Wahlrecht, die Wählbarkeit oder das Wahlverfahren verstoßen worden und eine Berichtigung nicht erfolgt ist, es sei denn, dass durch den Verstoß das Wahlergebnis nicht geändert oder beeinflusst werden konnte (BAG 21. Februar 2018 - 7 ABR 54/16 - Rn. 11; 20. April 2005 - 7 ABR 47/04 - zu B I 1 der Gründe, BAGE 114, 236). Für die Betriebsratswahl bestimmt § 19 Abs. 2 Satz 2 BetrVG, dass die Anfechtung nur binnen einer Frist von zwei Wochen nach Bekanntgabe des Wahlergebnisses zulässig ist. Diese Vorschrift ist auf betriebsratsinterne Wahlen entsprechend anzuwenden. Da bei betriebsratsinternen Wahlen eine förmliche Bekanntgabe des Wahlergebnisses, wie sie für die Betriebsratswahl in § 18 WO vorgesehen ist, im Allgemeinen nicht stattfindet, beginnt die Anfechtungsfrist grundsätzlich mit dem Abschluss der Wahl, dh. mit der Feststellung des Wahlergebnisses durch den Betriebsrat (BAG 21. Februar 2018 - 7 ABR 54/16 - Rn. 11; 20. April 2005 - 7 ABR 44/04 - zu B III 2 a der Gründe, BAGE 114, 228).

2. Danach liegen die formellen und materiellen Voraussetzungen für die Anfechtung vor. 16

a) In formeller Hinsicht sind die Beteiligten zu 1., 2., 4. und 5. als Betriebsratsmitglieder berechtigt, die Freistellungswahl am 29. März 2018 anzufechten. 17

Die Anfechtung ist fristgerecht erfolgt. Das Wahlergebnis wurde ausweislich des Protokolls am Tag der Wahl festgestellt. Der Antrag ging am 12. April 2018 und damit rechtzeitig innerhalb der zweiwöchigen Frist des § 19 Abs. 2 Satz 2 BetrVG beim Arbeitsgericht ein.

b) Auch die materiellen Voraussetzungen für die Anfechtung sind erfüllt. Die Vorinstanzen haben zu Unrecht angenommen, die Freistellungswahl vom 29. März 2018 sei wirksam. Zwar bedurfte es vor der Durchführung der Wahl nicht zwingend eines Beschlusses des Betriebsrats über das Ob und Wie von Teilfreistellungen. Die Vorschlagsliste 2, auf die im Rahmen der Verhältniswahl eine Höchstzahl entfallen ist, war jedoch nicht ordnungsgemäß aufgestellt, worauf das Wahlergebnis beruhen kann. 18

aa) Das Landesarbeitsgericht hat zu Unrecht angenommen, der Betriebsrat habe direkt vor der Wahl am 29. März 2018 konkludent einen Beschluss über Teilfreistellungen entsprechend den bekannten Wahlvorschlägen gefasst. Ein solcher Beschluss war jedoch nicht erforderlich. Es kann daher offenbleiben, ob der Betriebsrat berechtigt ist, einen bindenden Beschluss nach § 33 BetrVG darüber zu fassen, ob und wie Vollfreistellungen durch Teilfreistellungen ersetzt werden sollen. 19

(1) Nach dem vom Landesarbeitsgericht festgestellten Sachverhalt hat der Betriebsrat keinen konkludenten Beschluss über Teilfreistellungen gefasst. 20

(a) Ein Beschluss des Betriebsrats nach § 33 BetrVG erfordert grundsätzlich eine förmliche Abstimmung. Eine stillschweigende Beschlussfassung gibt es nicht (*BAG 19. Januar 2005 - 7 ABR 24/04 - zu B I 4 der Gründe; 14. Februar 1996 - 7 ABR 25/95 - zu B II 4 der Gründe; Fitting BetrVG 30. Aufl. § 33 Rn. 32; Thüsing in Richardi BetrVG 16. Aufl. § 33 Rn. 26; DKW/Wedde 17. Aufl. § 33 Rn. 3, 14*). Allenfalls kommt eine Beschlussfassung durch schlüssiges (konkludentes) Verhalten in Betracht, etwa dergestalt, dass festgestellt wird, es werde kein Widerspruch (oder nur der Widerspruch einer Minderheit) gegen einen zur Abstimmung gestellten Antrag erhoben (*Fitting BetrVG 30. Aufl. § 33 Rn. 32; vgl. auch Raab GK-BetrVG 11. Aufl. § 33 Rn. 40; HWK/Reichold 9. Aufl. § 33 BetrVG* 21



*Rn. 14; Thüsing in Richardi BetrVG 16. Aufl. § 33 Rn. 27; DKW/Wedde 17. Aufl. § 33 Rn. 14; gegen eine konkludente Beschlussfassung Hermann ArbRAktuell 2020, 209).*

(b) Danach ist vorliegend kein konkludenter Beschluss des Betriebsrats über die Aufteilung der Freistellungen in eine Vollfreistellung und zwei Teilfreistellungen im Umfang von 27 und elf Stunden pro Woche gefasst worden. 22

(aa) Dem Protokoll der Betriebsratssitzung lässt sich keine konkludente Beschlussfassung entnehmen. Ausweislich des Protokolls wurde zunächst über eine 50:50-Teilung der zweiten Freistellung diskutiert. Sodann wurden „als 2 volle Freistellungen die Vorschläge gemacht, welches der Betriebsratsvorsitzende D aber noch rechtlich prüfen lassen“ wollte. Im Anschluss folgen die Vorschläge, wobei Vorschlag 1 zwei Vollfreistellungen und Vorschlag 2 jeweils paarweise Teilfreistellungen in unterschiedlichem zeitlichen Umfang enthält. Zum Schluss wird das Wahlergebnis festgehalten. Es ist keine Handlung der Betriebsratsmitglieder protokolliert, in der zugleich eine Beschlussfassung iSd. § 33 BetrVG liegen könnte. Nicht einmal die Durchführung der Wahl an sich ist in dem Protokoll vermerkt. 23

(bb) Es ist auch nicht festgestellt und auch von keinem Beteiligten behauptet worden, dass überhaupt ein Antrag zur Abstimmung gestellt worden wäre, demgemäß es zu Teilfreistellungen im Sinne des Vorschlags 2 hätte kommen sollen, und auf den sich ein späteres tatsächliches Verhalten als konkludente Beschlussfassung beziehen könnte. Der Umstand, dass der Vorschlag 2 Teilfreistellungen vorsah, rechtfertigt nicht den Schluss auf einen konkludenten Beschluss über die in diesem Vorschlag aufgeführten Teilfreistellungen. Mit gleicher Berechtigung könnte argumentiert werden, dass der Vorschlag 1 nur Vollfreistellungen vorsah und folglich ein konkludenter Beschluss dahingehend getroffen worden sei, von der Möglichkeit der Teilfreistellungen keinen Gebrauch zu machen. 24

(cc) Außerdem ist weder festgestellt noch vorgetragen, dass alle Betriebsratsmitglieder davon ausgingen, dass es vor der Wahl zwingend eines Beschlusses des Betriebsrats über das Ob und Wie von Teilfreistellungen bedarf. Auch 25

deshalb kann aus der Durchführung der Wahl nicht auf eine vorangegangene Beschlussfassung geschlossen werden.

(2) Dieser Rechtsfehler des Landesarbeitsgerichts wirkt sich jedoch im Ergebnis nicht aus. Die Wahl von teilfreigestellten Betriebsratsmitgliedern ist auch dann möglich, wenn der Betriebsrat nicht zuvor einen dahingehenden Beschluss gefasst hat. Ein solcher Beschluss wird zwar teilweise für erforderlich gehalten (vgl. *LAG Baden-Württemberg 18. Januar 2012 - 20 TaBV 1/11 - zu B II 2 a der Gründe*; *LAG Brandenburg 4. März 2003 - 2 TaBV 22/02 - zu II 2.4 der Gründe*; *Fitting BetrVG 30. Aufl. § 38 Rn. 13*; *Hornung DB 2002, 94, 96*; *Löwisch BB 2001, 1734, 1743*; *ders./Kaiser BetrVG 7. Aufl. § 38 Rn. 11*; *Ratayczak AiB 2010, 296, 298*; *Weber GK-BetrVG 11. Aufl. § 38 Rn. 40*). Ein derartiges Erfordernis ergibt sich jedoch weder aus dem Wortlaut des Gesetzes noch aus der Gesetzeshistorie oder dem Sinn und Zweck der Norm (vgl. *Greßlin Teilzeitbeschäftigte Betriebsratsmitglieder S. 212 f.; für den Fall der Verhältniswahl im Ergebnis wohl ebenso DKW/Wedde 17. Aufl. § 38 Rn. 21 aE*). 26

(a) Gegen eine Pflicht, vor der Wahl zunächst durch Beschluss des Betriebsrats eine Entscheidung zu treffen, ob und ggf. in welchem Umfang Teilfreistellungen vorgenommen werden, spricht bereits der Wortlaut des § 38 Abs. 1 Satz 3 BetrVG. Danach können Freistellungen auch in Form von Teilfreistellungen erfolgen. Die Frage, ob eine Teilfreistellung möglich ist, wurde damit bereits durch den Gesetzgeber positiv entschieden. Das Gesetz sieht nicht vor, dass es insofern noch eines Beschlusses des Betriebsrats bedarf. Hätte der Gesetzgeber ein solches Erfordernis regeln wollen, ist davon auszugehen, dass er dies durch eine entsprechende Formulierung zum Ausdruck gebracht hätte (zB „Der Betriebsrat kann beschließen, dass Freistellungen in Form von Teilfreistellungen erfolgen können.“). Ein Regel-Ausnahme-Verhältnis zwischen Voll- und Teilfreistellung, das vor der Einführung des § 38 Abs. 1 Satz 3 BetrVG teilweise angenommen wurde, besteht nach der aktuellen Gesetzeslage nicht (vgl. *Weber GK-BetrVG 11. Aufl. § 38 Rn. 40*). Zwar schreibt das Gesetz nicht vor, dass es stets Teilfreistellungen geben muss und in welchem Umfang diese vorzusehen sind. Der insofern bestehende Spielraum muss aber nicht notwendig durch einen Beschluss 27

des Betriebsrats nach § 33 BetrVG ausgestaltet werden. Zwar steht der Anspruch auf Freistellung dem Betriebsrat als Kollegialorgan zu (*Fitting BetrVG 30. Aufl. § 38 Rn. 13; ErfK/Koch 21. Aufl. BetrVG § 38 Rn. 1; Weber GK-BetrVG 11. Aufl. § 38 Rn. 10; DKW/Wedde 17. Aufl. § 38 Rn. 5*). Er bildet seinen gemeinsamen Willen regelmäßig nach § 33 Abs. 1 BetrVG durch Beschluss (*vgl. BAG 22. November 2017 - 7 ABR 46/16 - Rn. 12*). Dies kann auch in Fällen gelten, in denen bestimmte Mitglieder des Betriebsrats für besondere Funktionen ausgewählt werden müssen. So entscheidet der Betriebsrat über die Entsendung von Betriebsratsmitgliedern in den Gesamtbetriebsrat nach § 47 Abs. 2 BetrVG durch Geschäftsführungsbeschluss mit einfacher Stimmenmehrheit nach § 33 Abs. 1 BetrVG (*BAG 21. Juli 2004 - 7 ABR 58/03 - zu B II der Gründe, BAGE 111, 269*). In bestimmten Fällen sieht das Gesetz jedoch die interne Willensbildung durch Wahlen vor. Dies ist für die Frage der Bestimmung der freizustellenden Betriebsratsmitglieder in § 38 Abs. 2 BetrVG geschehen (*vgl. auch § 27 Abs. 1 BetrVG für die weiteren Mitglieder des Betriebsausschusses*). Ergibt die Wahl, dass ein teilzeitbeschäftigtes Betriebsratsmitglied von der beruflichen Tätigkeit freigestellt werden soll, so handelt es sich um eine Entscheidung des Betriebsrats und nicht lediglich um die Entscheidung des einzelnen Betriebsratsmitglieds oder der Koalition, die dieses Betriebsratsmitglied für die Freistellung vorgeschlagen hat.

(b) Auch die Systematik des § 38 BetrVG spricht gegen die Erforderlichkeit eines Beschlusses des Betriebsrats. 28

(aa) § 38 Abs. 2 Satz 1 BetrVG bestimmt, dass die freizustellenden Betriebsratsmitglieder in geheimer Wahl und nach den Grundsätzen der Verhältniswahl gewählt werden. Als Mittel der Entscheidungsfindung sieht das Gesetz mithin grundsätzlich die (Verhältnis-)Wahl und nicht den (Mehrheits-)Beschluss vor (*ähnlich Greßlin Teilzeitbeschäftigte Betriebsratsmitglieder S. 219 f.*). Die Frage, ob das vollzeitbeschäftigte Betriebsratsmitglied A oder das teilzeitbeschäftigte Betriebsratsmitglied B freigestellt wird, soll durch Wahlen bestimmt werden und nicht durch einen Beschluss. Die in § 38 Abs. 2 Satz 1 BetrVG als Regelfall vorgesehene Verhältniswahl könnte vereitelt werden, wenn der Betriebsrat zunächst mit der Mehrheit seiner Mitglieder beschließen könnte, keine Teilfreistellungen 29

oder nur Teilfreistellungen in einem bestimmten Umfang zuzulassen, da hierdurch eine mögliche Kandidatur von bestimmten teilzeitbeschäftigten Mitgliedern des Betriebsrats verhindert werden könnte.

(bb) Ein Beschluss des Betriebsrats über die Zulassung und den Umfang von Teilfreistellungen ist auch nicht deshalb geboten, weil nach § 38 Abs. 2 Satz 1 BetrVG vor der Wahl eine Beratung mit dem Arbeitgeber stattzufinden hat. Die Beratung ist ebenso möglich, wenn zuvor die jeweilige Liste bei der Aufstellung ihrer Wahlvorschläge bestimmt, ob das jeweils vorgeschlagene Betriebsratsmitglied für eine Voll- oder eine Teilfreistellung kandidiert. Die Information über die in einem Beschluss des Betriebsrats abstrakt festgelegte Aufteilung der Freistellungen wird den Arbeitgeber oft nicht in die Lage versetzen, eine abschließende Stellungnahme abzugeben, da es für ihn regelmäßig von besonderer Bedeutung sein wird, welcher Arbeitnehmer in welchem Umfang freigestellt werden soll. Dagegen ermöglicht die Information über die in den Wahlvorschlägen vorgesehenen Teilfreistellungen bestimmter Arbeitnehmer dem Arbeitgeber eine Stellungnahme zu den vorgeschlagenen Freistellungen (*vgl. Greßlin Teilzeitbeschäftigte Betriebsratsmitglieder S. 218 f.*). Dabei ist im Übrigen zu berücksichtigen, dass nach den Mehrheitsverhältnissen im Betriebsrat häufig absehbar sein wird, auf welche Wahlbewerber die Freistellungen entfallen werden. Es ist dem Arbeitgeber damit möglich, schon vor der Wahl auf betriebliche Belange im Zusammenhang mit den Freistellungen hinzuweisen.

30

(c) Diese Auslegung von § 38 Abs. 2 Satz 1 BetrVG entspricht dem Anliegen des Gesetzgebers, Teilzeitkräften die Chance zu geben, sich in der Betriebsratsarbeit zu engagieren und sich dafür entweder vollständig oder auch nur teilweise von ihrer Arbeit freustellen zu lassen, und vollzeitbeschäftigte Betriebsratsmitglieder, die durch die Betriebsratsarbeit nicht den Anschluss an das Berufsleben verlieren möchten, nur teilweise freizustellen (*BT-Drs. 14/5741 S. 41*). Danach soll nicht die Mehrheit des Betriebsrats die Chance erhalten, Teilzeitkräfte stärker in die Betriebsratsarbeit einzubinden; diese Chance soll vielmehr den Teilzeitkräften selbst eröffnet werden. Dies wäre nicht der Fall, wenn die Mehrheit der Betriebsratsmitglieder beschließen könnte, keine Teilfreistellungen zuzulassen,

31

ohne dabei - anders als etwa der Arbeitgeber nach § 8 Abs. 4 TzBfG - an das Vorliegen überprüfbarer organisatorischer Gründe gebunden zu sein.

Die im Gesetz vorgesehene Ermittlung der Freizustellenden durch Verhältniswahl und nicht durch Mehrheitsbeschluss des Betriebsrats bestätigt dieses Verständnis. Durch die Einführung der Verhältniswahl bei der Freistellung von Betriebsratsmitgliedern nach § 38 Abs. 2 BetrVG durch das Gesetz zur Änderung des Betriebsverfassungsgesetzes, über Sprecherausschüsse der leitenden Angestellten und zur Sicherung der Montan-Mitbestimmung vom 20. Dezember 1988 (*BGBI. I S. 2312*) sollte der Minderheitenschutz gestärkt werden. Um mehr Demokratie im betrieblichen Alltag zu verwirklichen, sollten die Minderheitenrechte im Betriebsverfassungsgesetz verstärkt, betrieblichen Minderheiten und kleineren Gewerkschaften der Zugang zur Betriebsratsarbeit erleichtert und für sie die Möglichkeiten zur aktiven Mitarbeit bei der täglichen Betriebsratsarbeit verbessert werden (*BT-Drs. 11/2503 S. 23; vgl. dazu auch BAG 25. April 2001 - 7 ABR 26/00 - zu B I 2 c aa (1) der Gründe, BAGE 97, 340*). Nach der Neufassung von § 38 BetrVG sollen auch bei Freistellungen die Interessen der Minderheit stärker berücksichtigt werden; die Wahl der freizustellenden Betriebsratsmitglieder soll deshalb in der Regel nach den Grundsätzen der Verhältniswahl erfolgen, weil die Arbeitnehmer einer Minderheitengruppe ein erhebliches Interesse daran haben, unter den freigestellten Betriebsratsmitgliedern eine Person ihres Vertrauens zu finden (*BT-Drs. 11/2503 S. 24; vgl. auch BAG 26. September 2018 - 7 ABR 77/16 - Rn. 43*). An der Verhältniswahl hat der Gesetzgeber entgegen anderslautenden Plänen auch im Rahmen des Betriebsverfassungsreformgesetz 2001 festgehalten (*vgl. Löwisch BB 2001, 1734, 1743*). Dem lässt sich zwar nicht entnehmen, dass der Gesetzgeber damit der zu stärkenden Minderheitengruppe zugleich die Entscheidungsbefugnis über das Ob und Wie von Teilfreistellungen übertragen wollte (*vgl. die Kritik bei Hermann ArbRAktuell 2020, 209*). Es kommt aber zum Ausdruck, dass nicht allein der Mehrheit die Entscheidungsbefugnis über diese Frage zugewiesen werden sollte, was aber weitgehend der Fall wäre, wenn die Entscheidung nicht im Rahmen der (Verhältnis-) Wahl, sondern durch einen Mehrheitsbeschluss erfolgen würde.

32

bb) Die Freistellungswahl vom 29. März 2018 ist jedoch deshalb unwirksam, weil die Wahlvorschläge der Liste 2 unzulässig waren. Dies hat das Landesarbeitsgericht verkannt. In der Vorschlagsliste 2 ist zwar der gewünschte Umfang der Freistellung der Kandidaten angegeben. Die Liste enthält jedoch keine Auflistung der einzelnen vorgeschlagenen Kandidaten, sondern von Kandidatenpaaren. Auch wenn das Landesarbeitsgericht zu Recht davon ausgegangen ist, dass bei der Aufteilung von Teilfreistellungen derjenigen Vorschlagsliste das Bestimmungsrecht zukommt, der nach dem d'Hondtschen Höchstzahlverfahren die Vollfreistellung zufallen würde und eine Verteilung der Höchstzahlen nach Köpfen nicht statthaft ist (vgl. *LAG Baden-Württemberg 25. April 2013 - 21 TaBV 7/12 - zu 2 der Gründe*; *LAG Brandenburg 4. März 2003 - 2 TaBV 22/02 - zu II 2.3 der Gründe*; *LAG Nürnberg 20. März 1997 - 5 TaBV 22/96 -*; *Greßlin Teilzeitbeschäftigte Betriebsratsmitglieder S. 216 f.*; *Ratayczak AiB 2010, 296, 298*; *Weber GK-BetrVG 11. Aufl. § 38 Rn. 60*; *DKW/Wedde 17. Aufl. § 38 Rn. 21*; *Wolmerath in Düwell BetrVG 5. Aufl. § 38 Rn. 8*; *aA Fitting BetrVG 30. Aufl. § 38 Rn. 43*), sind auf der Vorschlagsliste nicht von vornherein Kandidatenpaare anzugeben, deren kombiniertes Freistellungsvolumen einer Vollfreistellung entspricht. Vielmehr sind die Bewerber einzeln untereinander aufzulisten. 33

(1) Das ergibt sich bereits aus § 38 Abs. 2 Satz 1 BetrVG. Danach werden die freizustellenden Betriebsratsmitglieder vom Betriebsrat aus seiner Mitte in geheimer Wahl und nach den Grundsätzen der Verhältniswahl gewählt. Die Wahl bezieht sich danach nicht auf Paare oder gar Gruppen von Betriebsratsmitgliedern, sondern jeweils auf einzelne freizustellende Betriebsratsmitglieder. 34

(2) Dies entspricht auch dem Wesen der Verhältniswahl. Bei ihr handelt es sich um eine Listenwahl (*Thüsing in Richardi BetrVG 16. Aufl. § 38 Rn. 32*). Die Grundsätze der für die Betriebsratswahl geltenden Wahlordnung sind zwar auf die Freistellungswahl nicht unmittelbar anwendbar, sie können jedoch entsprechend herangezogen werden; dies gilt jedenfalls dann, wenn der Betriebsrat - wie 35

vorliegend - vorab keine eigenen Grundsätze aufgestellt hat (*vgl. zur entsprechenden Situation bei der Wahl der weiteren Ausschussmitglieder Raab GK-BetrVG § 27 Rn. 17*). Nach § 6 Abs. 3 Satz 1 WO sind in jeder Vorschlagsliste die einzelnen Bewerberinnen und Bewerber in erkennbarer Reihenfolge unter fortlaufender Nummer aufzuführen. Nach § 8 Abs. 1 Nr. 2 WO sind Vorschlagslisten ungültig, auf denen die Bewerberinnen oder Bewerber nicht in erkennbarer Reihenfolge aufgeführt sind. Die Erkennbarkeit der Reihenfolge ist von wesentlicher Bedeutung, da sich die gewählten Bewerber bei der Verhältniswahl gemäß § 15 Abs. 4 WO nach der Reihenfolge ihrer Benennung auf der Vorschlagsliste bestimmen (*Fitting BetrVG 30. Aufl. § 6 WO Rn. 8*).

(3) Danach kommt eine Aufstellung von Kandidatenpaaren nicht in Betracht. 36  
Das ergibt sich auch daraus, dass im Falle des Ausscheidens eines freigestellten Betriebsratsmitglieds aus der Freistellung nicht ermittelt werden könnte, welches Betriebsratsmitglied in welchem Umfang in die Freistellung nachrückt. Nach der Rechtsprechung des Senats ist in entsprechender Anwendung von § 25 Abs. 2 Satz 1 BetrVG das ersatzweise freizustellende Mitglied der Reihe nach derjenigen Vorschlagsliste zu entnehmen, der das zu ersetzende Mitglied angehörte (*BAG 21. Februar 2018 - 7 ABR 54/16 - Rn. 15; ausführlich BAG 25. April 2001 - 7 ABR 26/00 - zu B I 2 c der Gründe, BAGE 97, 340*). Scheidet ein teilfreigestelltes Mitglied aus dem Betriebsrat aus, muss klar sein, welches Mitglied von der Liste nachrückt. Dies ist nicht der Fall, wenn es nur eine Reihenfolge von Kandidatenpaaren und nicht einzelner Kandidaten gibt.

cc) Auf diesem Verstoß gegen das Wahlverfahren kann das Wahlergebnis 37  
beruhen. Es kann nicht ausgeschlossen werden dass die Vorschlagsliste 2 ohne Paarbildung anders aufgestellt worden wäre, etwa dergestalt, dass die Reihenfolge der Kandidaten oder der jeweilige Umfang der Teilfreistellung anders fest-

gelegt worden wären und dass die Wähler bei ordnungsgemäßer Auflistung der Wahlbewerber anders abgestimmt hätten.

Gräfl

Waskow

Klose

Schuh

Merten