

Bundesarbeitsgericht  
Siebter Senat

Beschluss vom 21. Februar 2018  
- 7 ABR 54/16 -  
ECLI:DE:BAG:2018:210218.B.7ABR54.16.0

I. Arbeitsgericht Köln

Beschluss vom 29. Oktober 2015  
- 5 BV 91/15 -

II. Landesarbeitsgericht Köln

Beschluss vom 5. August 2016  
- 9 TaBV 12/16 -

---

Entscheidungsstichworte:

Nachwahl eines freizustellenden Betriebsratsmitglieds

# BUNDESARBEITSGERICHT



7 ABR 54/16  
9 TaBV 12/16  
Landesarbeitsgericht  
Köln

**Im Namen des Volkes!**

Verkündet am  
21. Februar 2018

## **BESCHLUSS**

Schiege, Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

In dem Beschlussverfahren mit den Beteiligten

1.

Antragsteller, Beschwerdeführer und Rechtsbeschwerdeführer,

2.

3.

4.

hat der Siebte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der Anhörung vom  
21. Februar 2018 durch die Vorsitzende Richterin am Bundesarbeitsgericht

Gräfl, die Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Kiel und Waskow sowie die ehrenamtlichen Richter Prof. Dr. Deinert und Meißner für Recht erkannt:

Die Rechtsbeschwerde des Antragstellers gegen den Beschluss des Landesarbeitsgerichts Köln vom 5. August 2016 - 9 TaBV 12/16 - wird zurückgewiesen.

## **Von Rechts wegen!**

### **Gründe**

- A. Die Beteiligten streiten über die Wirksamkeit einer Freistellungswahl. 1
- Der zu 2. beteiligte, im Betrieb der zu 3. beteiligten Arbeitgeberin gebildete, aus elf Mitgliedern bestehende Betriebsrat wählte in seiner konstituierenden Sitzung am 27. Mai 2014 zwei freizustellende Betriebsratsmitglieder nach den Grundsätzen der Verhältniswahl. An der Wahl beteiligten sich zwei Listen mit jeweils zwei Kandidaten. Auf den Vorschlag der Liste 1 entfielen sieben Stimmen, auf den Vorschlag der Liste 2 - an deren erster Stelle der Antragsteller kandidierte - entfielen drei Stimmen. Nach den Grundsätzen der Verhältniswahl waren damit die beiden Kandidaten der Liste 1 als freizustellende Betriebsratsmitglieder gewählt. Nach dem Ausscheiden eines der beiden freigestellten Betriebsratsmitglieder am 28. Februar 2015 wählte der Betriebsrat in seiner Sitzung vom 3. März 2015 die Beteiligte zu 4. im Wege der Mehrheitswahl mit sechs Stimmen bei drei Gegenstimmen als ersatzweise freizustellendes Betriebsratsmitglied. 2
- Mit der am 16. März 2015 beim Arbeitsgericht eingegangenen Antragschrift hat der Antragsteller die Freistellungswahl vom 3. März 2015 angefochten. Er hat die Auffassung vertreten, das ersatzweise freizustellende Betriebsratsmitglied hätte nicht im Wege der Mehrheitswahl gewählt werden dürfen. Vielmehr sei er in entsprechender Anwendung von § 25 Abs. 2 Satz 2 BetrVG 3

aufgrund der bereits am 27. Mai 2014 erfolgten Wahl als freizustellendes Betriebsratsmitglied nachgerückt.

Der Antragsteller hat beantragt, 4

1. festzustellen, dass der Beschluss des Betriebsrats in der Betriebsratssitzung vom 3. März 2015, mit dem die Beteiligte zu 4. in die Freistellung gewählt worden ist, rechtsunwirksam ist,
2. festzustellen, dass er mit Wirkung vom 1. März 2015 als freizustellendes Betriebsratsmitglied gewählt ist,
3. den Betriebsrat zu verpflichten, der Arbeitgeberin seinen Namen als freizustellendes Betriebsratsmitglied bekannt zu geben.

Der Betriebsrat und die Beteiligte zu 4. haben beantragt, die Anträge abzuweisen. 5

Die Vorinstanzen haben die Anträge abgewiesen. Mit der Rechtsbeschwerde verfolgt der Antragsteller die Anträge weiter. Der Betriebsrat und die Beteiligte zu 4. beantragen die Zurückweisung der Rechtsbeschwerde. 6

B. Die Rechtsbeschwerde ist unbegründet. Die Vorinstanzen haben die Anträge zu Recht abgewiesen. 7

I. Der Antrag zu 1. ist zulässig, aber unbegründet. 8

1. Der Antrag zu 1. ist in der gebotenen Auslegung zulässig. Er ist als Wahlanfechtungsantrag zu verstehen. Mit dem Antrag „festzustellen, dass der Beschluss des Betriebsrats in der Betriebsratssitzung vom 3. März 2015, mit dem die Beteiligte zu 4. in die Freistellung gewählt worden ist, rechtsunwirksam ist“, hat der Antragsteller die Wahl in entsprechender Anwendung von § 19 Abs. 1 BetrVG angefochten, auch wenn er nach dem Antragswortlaut nicht den gebotenen Gestaltungsantrag, die Wahl für unwirksam zu erklären, sondern einen Feststellungsantrag gestellt hat. Der Antrag ist entsprechend auszulegen (*vgl. zum Wahlanfechtungsantrag bei der Betriebsratswahl: BAG 21. März 2017 - 7 ABR 19/15 - Rn. 10, BAGE 158, 256; 26. Oktober 2016 - 7 ABR 4/15 - Rn. 12*). 9

2. Der Wahlanfechtungsantrag ist unbegründet. 10
- a) 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 (*vgl. etwa BAG 20. April 2005 - 7 ABR 47/04 - zu B I 1 der Gründe, BAGE 114, 236; 20. April 2005 - 7 ABR 44/04 - zu B III 2 a der Gründe, BAGE 114, 228*). 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 BetrVG 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 20. April 2005 - 7 ABR 44/04 - zu B III 2 a der Gründe, aaO*). 11
- b) Die formellen Voraussetzungen der Wahlanfechtung liegen danach vor. Der Antragsteller ist als einzelnes Betriebsratsmitglied berechtigt, die Freistellungswahl vom 3. März 2015 anzufechten. Die Anfechtung ist fristgerecht erfolgt. Das Wahlergebnis wurde am 3. März 2015 festgestellt. Der Antrag ging am 16. März 2015 und damit rechtzeitig innerhalb der zweiwöchigen Frist des § 19 Abs. 2 Satz 2 BetrVG beim Arbeitsgericht ein. 12
- c) Die materiellen Voraussetzungen für die Anfechtung sind dagegen nicht erfüllt. Die Vorinstanzen haben zu Recht erkannt, dass die Freistellungsnachwahl vom 3. März 2015 wirksam ist. Der Betriebsrat hat zu Recht die Beteiligte zu 4. durch Mehrheitswahl zum freizustellenden Betriebsratsmitglied bestimmt, nachdem eines der beiden freigestellten Betriebsratsmitglieder am 28. Februar 2015 aus dem Betrieb ausgeschieden war und die Liste 1, auf der das ausgeschiedene Betriebsratsmitglied für die Freistellung kandidiert hatte, erschöpft 13

war. Der Antragsteller ist nicht als Kandidat der Liste 2, auf die nach der am 27. Mai 2014 durchgeführten Freistellungswahl die nächste Höchstzahl entfallen wäre, als freizustellendes Betriebsratsmitglied nachgerückt. § 25 Abs. 2 Satz 2 BetrVG ist auf die Freistellungswahl nicht entsprechend anzuwenden.

aa) § 38 Abs. 2 Satz 1 BetrVG sieht vor, dass die freizustellenden Betriebsratsmitglieder nach Beratung mit dem Arbeitgeber vom Betriebsrat aus seiner Mitte in geheimer Wahl nach den Grundsätzen der Verhältniswahl gewählt werden. Das Gesetz regelt jedoch nicht, wie zu verfahren ist, wenn die Freistellung eines Betriebsratsmitglieds während der Amtszeit des Betriebsrats vorzeitig endet. Damit enthält das Gesetz eine planwidrige Regelungslücke. Nach der gesetzlichen Konzeption kann nicht davon ausgegangen werden, dass das aus der Freistellung ausgeschiedene Betriebsratsmitglied nicht ersetzt werden muss. Vielmehr ist die sich aus § 38 Abs. 1 Satz 1 BetrVG - ggf. in Verbindung mit einem nach § 38 Abs. 1 Satz 5 BetrVG geschlossenen Tarifvertrag oder einer entsprechenden Betriebsvereinbarung - ergebende Mindestzahl von freizustellenden Betriebsratsmitgliedern nicht nur für die erstmalige Freistellungswahl, sondern für die gesamte Amtszeit des Betriebsrats maßgeblich. Die durch Ausscheiden eines Betriebsratsmitglieds aus der Freistellung eintretende Unterschreitung der Mindestzahl von freizustellenden Betriebsratsmitgliedern bedarf daher eines Ausgleichs (*vgl. BAG 25. April 2001 - 7 ABR 26/00 - zu B I 2 b der Gründe, BAGE 97, 340*).

14

bb) Für den Fall des Ausscheidens eines im Wege der Verhältniswahl in die Freistellung gewählten Betriebsratsmitglieds ist nach der Rechtsprechung des Senats die Gesetzeslücke durch eine entsprechende Anwendung des § 25 Abs. 2 Satz 1 BetrVG zu schließen. Danach ist das ersatzweise freizustellende Mitglied derjenigen Vorschlagsliste zu entnehmen, der das zu ersetzende Mitglied angehörte (*ausführlich BAG 25. April 2001 - 7 ABR 26/00 - zu B I 2 c der Gründe, BAGE 97, 340*). Ist diese Vorschlagsliste erschöpft, ist das Ersatzmitglied nach den Grundsätzen der Mehrheitswahl zu wählen (*BAG 16. März 2005 - 7 ABR 43/04 - zu B II 2 a der Gründe, BAGE 114, 136; 14. November 2001 - 7 ABR 31/00 - zu B 2 der Gründe; 25. April 2001 - 7 ABR 26/00 - zu B I 2 c cc*

15

der Gründe, aaO; 28. Oktober 1992 - 7 ABR 2/92 - zu B II 2 c der Gründe, BAGE 71, 286). An dieser Rechtsprechung, die im Schrifttum überwiegend Zustimmung erfahren hat (vgl. etwa Löwisch in Löwisch/Kaiser BetrVG 7. Aufl. § 38 Rn. 27; ErfK/Koch 18. Aufl. § 38 BetrVG Rn. 6; Thüsing in Richardi BetrVG 16. Aufl. § 38 Rn. 32a; Weber GK-BetrVG 11. Aufl. § 38 Rn. 86 mwN; HaKo-BetrVG/Wolmerath 5. Aufl. § 38 Rn. 14), hält der Senat fest. Das ersatzweise freizustellende Betriebsratsmitglied ist entgegen der Auffassung des Antragstellers und von Teilen des Schrifttums (*Fitting* 29. Aufl. § 38 Rn. 53; *DKKW/Wedde* 16. Aufl. § 38 Rn. 61; *Wolff SAE* 2002, 102) nicht in analoger Anwendung von § 25 Abs. 2 Satz 2 BetrVG der Vorschlagsliste zu entnehmen, auf die bei der ursprünglichen Freistellungswahl die nächste Höchstzahl entfallen wäre.

(1) Die Voraussetzungen einer analogen Anwendung des § 25 Abs. 2 Satz 2 BetrVG liegen nicht vor. Es fehlt an der für eine analoge Rechtsanwendung erforderlichen Rechtsähnlichkeit zwischen dem dort gesetzlich geregelten Fall des Nachrückens eines Ersatzmitglieds für ein ausgeschiedenes Betriebsratsmitglied bei Erschöpfung der Vorschlagsliste, auf der das ausgeschiedene Betriebsratsmitglied kandidiert hatte, und dem nicht geregelten Fall des ersatzweise freizustellenden Betriebsratsmitglieds bei Erschöpfung der Vorschlagsliste, auf der das aus der Freistellung ausgeschiedene Betriebsratsmitglied kandidiert hatte. § 25 Abs. 2 Satz 2 BetrVG soll die Funktionsfähigkeit des Betriebsrats sichern. Diese wäre gefährdet, wenn die gesetzlich vorgeschriebene Zahl von Betriebsratsmitgliedern wegen des Ausscheidens eines Mitglieds unterschritten würde, weil die Liste, der das ausgeschiedene Mitglied angehörte, erschöpft ist und aus einer anderen Liste ein Ersatzmitglied nicht nachrücken könnte (*BAG* 16. März 2005 - 7 ABR 43/04 - zu B II 2 b bb der Gründe, BAGE 114, 136). Im Falle der Beendigung der Freistellung eines Betriebsratsmitglieds besteht keine vergleichbare Situation. Der Betriebsrat kann ohne weiteres aus seiner Mitte ein ersatzweise freizustellendes Betriebsratsmitglied wählen. 16

(2) Gründe des Minderheitenschutzes gebieten entgegen der Auffassung des Antragstellers keine andere Beurteilung. Während die Regelung in § 25 Abs. 2 Satz 1 BetrVG im Falle des Ausscheidens von gewählten Betriebsrats- 17

mitgliedern den Minderheitenschutz bei Verhältniswahlen umsetzt (*BAG 25. April 2001 - 7 ABR 26/00 - zu B I 2 c cc der Gründe, BAGE 97, 340*), dient § 25 Abs. 2 Satz 2 BetrVG nicht dem Minderheitenschutz, sondern gibt diesen auf.

(a) Bei Ersatzfreistellungen müssen zur Gewährleistung des Minderheitenschutzes die Wahlvorschläge der ursprünglichen, nach § 38 Abs. 2 Satz 1 BetrVG im Wege der Verhältniswahl durchgeführten Freistellungswahl beachtet werden. Dies rechtfertigt die entsprechende Anwendung des § 25 Abs. 2 Satz 1 BetrVG und führt dazu, dass bei Beendigung der Freistellung eines Betriebsratsmitglieds das nächste Mitglied aus der Vorschlagsliste der Freistellungswahl nachrückt, der das aus der Freistellung ausgeschiedene Mitglied angehört hat. Dadurch bleiben die verbesserten Möglichkeiten von Minderheiten zur aktiven Mitarbeit bei der täglichen Betriebsratsarbeit erhalten. Die Arbeitnehmer einer Minderheitengruppe haben unter den freigestellten Betriebsratsmitgliedern weiterhin eine Person ihres Vertrauens (*BAG 25. April 2001 - 7 ABR 26/00 - zu B I 2 c cc der Gründe, BAGE 97, 340*).

18

(b) § 25 Abs. 2 Satz 2 BetrVG dient demgegenüber nicht dem Minderheitenschutz. Dieser wird bei der Freistellungswahl vielmehr durch die in § 38 Abs. 2 Satz 1 BetrVG angeordnete Verhältniswahl vermittelt. Die Verhältniswahl gewährleistet, dass die Sitzverteilung in dem zu wählenden Gremium in möglichst genauer Übereinstimmung mit dem bei der Wahl erzielten Stimmenverhältnis steht. Dadurch wird sichergestellt, dass auch Minderheiten entsprechend dem Stimmenverhältnis in dem zu wählenden Gremium vertreten sind. Durch die Regelung in § 25 Abs. 2 Satz 2 BetrVG wird der Minderheitenschutz aufgegeben, weil durch das Nachrücken von Ersatzmitgliedern aus einer anderen Vorschlagsliste als derjenigen, der das zu ersetzende Mitglied angehörte, die durch die Verhältniswahl hergestellte, dem Stimmenverhältnis entsprechende Sitzverteilung zwischen den Koalitionen verschoben wird, was einer Minderheitskoalition im Einzelfall zum Vor- oder Nachteil gereichen kann (*vgl. hierzu ausführlich BAG 16. März 2005 - 7 ABR 43/04 - zu B II 2 b bb der Gründe, BAGE 114, 136*). Dies nimmt der Gesetzgeber für den Fall des Nachrückens

19

von Ersatzmitgliedern in den Betriebsrat in Kauf, um dessen Kontinuität sicherzustellen. Das ist bei der Beendigung der Freistellung eines Betriebsratsmitglieds nicht geboten, da das ersatzweise freizustellende Mitglied jederzeit im Wege der Mehrheitswahl nachgewählt werden kann. Der Wahlvorschlag ist bei der nach den Grundsätzen der Verhältniswahl durchgeführten Freistellungswahl nur geschützt, soweit Ersatzmitglieder auf der Vorschlagsliste des zu ersetzenden Betriebsratsmitglieds vorhanden sind. Ist die eigene Kandidatenliste erschöpft, endet damit der Minderheitenschutz. Dieser reicht nicht weiter als der Wahlvorschlag (vgl. BAG 25. April 2001 - 7 ABR 26/00 - zu B I 2 c cc der Gründe, BAGE 97, 340; vgl. auch BAG 20. April 2005 - 7 ABR 47/04 - zu B II 1 b der Gründe, BAGE 114, 236; 16. März 2005 - 7 ABR 43/04 - zu B II 3 a der Gründe, aaO).

cc) Daher ist das ersatzweise freizustellende Betriebsratsmitglied nach Erschöpfung der Liste, der das ausgeschiedene Mitglied angehört hat, im Wege der Mehrheitswahl mit einfacher Stimmenmehrheit der Betriebsratsmitglieder zu bestimmen (BAG 14. November 2001 - 7 ABR 31/00 - zu B 1 der Gründe; 25. April 2001 - 7 ABR 26/00 - zu B I 1 b der Gründe, BAGE 97, 340; 28. Oktober 1992 - 7 ABR 2/92 - zu B II 2 c der Gründe, BAGE 71, 286). Entgegen der Auffassung des Antragstellers erfordert die Durchführung einer Nachwahl weder einen darauf gerichteten einstimmigen Betriebsratsbeschluss, noch ist für die Nachwahl eines ersatzweise freizustellenden Betriebsratsmitglieds eine Dreiviertelmehrheit erforderlich. 20

(1) Für das Erfordernis einer einstimmigen Beschlussfassung des Betriebsrats zur Neuwahl eines ersatzweise freizustellenden Betriebsratsmitglieds lassen sich dem Gesetz keine Anhaltspunkte entnehmen. Die Notwendigkeit einer einstimmigen Beschlussfassung könnte im Übrigen zur Folge haben, dass eine ersatzweise Freistellung überhaupt nicht zustande kommt. Dies widerspräche dem Zweck des Gesetzes, die Mindestzahl von freizustellenden Betriebsratsmitgliedern nach § 38 Abs. 1 Satz 1 BetrVG für die gesamte Amtszeit des Betriebsrats zu gewährleisten (vgl. BAG 25. April 2001 - 7 ABR 26/00 - zu B I 2 b der Gründe, BAGE 97, 340). 21

(2) Auch verlangt das Gesetz für die Wahl des ersatzweise freizustellenden Betriebsratsmitglieds keine Dreiviertelmehrheit. Ein solches Quorum ist zwar bei der Abberufung eines freigestellten Betriebsratsmitglieds zur Absicherung des mit der Verhältniswahl verbundenen Minderheitenschutzes zu beachten (§ 38 Abs. 2 Satz 8 iVm. § 27 Abs. 1 Satz 5 BetrVG). Durch die Hürde der Dreiviertelmehrheit hat der Betriebsrat nicht ohne weiteres die Möglichkeit, freigestellte Betriebsratsmitglieder, die im Wege der Verhältniswahl auf einer Minderheitsliste gewählt worden sind, mit einfacher Stimmenmehrheit abzurufen und dadurch den Weg für eine Nachwahl frei zu machen. Ohne die qualifizierte Mehrheit von drei Vierteln der Stimmen der Mitglieder des Betriebsrats hätte es die Betriebsratsmehrheit in der Hand, das Ergebnis der Verhältniswahl zu ihren Gunsten zu verändern. Das will das Gesetz möglichst verhindern. Für die Nachwahl besteht kein der Abberufung vergleichbarer Schutzbedarf. Die Nachwahl eines freizustellenden Betriebsratsmitglieds als Ersatz für ein Betriebsratsmitglied, dessen Freistellung durch ordnungsgemäße Abberufung oder auf andere Weise geendet hat, erfolgt dagegen mit einfacher Stimmenmehrheit (BAG 28. Oktober 1992 - 7 ABR 2/92 - zu B II 2 c der Gründe, BAGE 71, 286).

dd) Danach hat das Landesarbeitsgericht zutreffend angenommen, dass die Beteiligte zu 4. zu Recht im Wege der Mehrheitswahl zum ersatzweise freizustellenden Betriebsratsmitglied gewählt wurde, da die Vorschlagsliste, auf der das zum 28. Februar 2015 aus der Freistellung ausgeschiedene Betriebsratsmitglied kandidiert hatte, erschöpft war.

II. Da die Beteiligte zu 4. zu Recht im Wege der Mehrheitswahl zum ersatzweise freizustellenden Betriebsratsmitglied gewählt wurde, haben auch die Anträge zu 2. und zu 3. keinen Erfolg.

Gräfl

Waskow

Kiel

Olaf Deinert

Meißner