

Bundesarbeitsgericht  
Siebter Senat

Beschluss vom 22. November 2017  
- 7 ABR 26/16 -  
ECLI:DE:BAG:2017:221117.B.7ABR26.16.0

I. Arbeitsgericht Mainz

Beschluss vom 9. Januar 2015  
- 8 BV 44/14 -

II. Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz

Beschluss vom 27. Oktober 2015  
- 6 TaBV 6/15 -

---

Entscheidungsstichworte:

Betriebsrat - Freistellungswahl - Beratung mit Arbeitgeber

# BUNDESARBEITSGERICHT



7 ABR 26/16

6 TaBV 6/15  
Landesarbeitsgericht  
Rheinland-Pfalz

**Im Namen des Volkes!**

Verkündet am  
22. November 2017

## **BESCHLUSS**

Schiege, Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

In dem Beschlussverfahren mit den Beteiligten

1.  
Antragstellerin, Beschwerdeführerin und Rechtsbeschwerdeführerin,
2.  
Antragstellerin, Beschwerdeführerin und Rechtsbeschwerdeführerin,
3.  
Antragsteller, Beschwerdeführer und Rechtsbeschwerdeführer,
- 4.
- 5.

6.

hat der Siebte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der Anhörung vom 22. November 2017 durch die Vorsitzende Richterin am Bundesarbeitsgericht Gräfl, die Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Kiel und Waskow sowie die ehrenamtlichen Richter Hansen und Steininger für Recht erkannt:

Die Rechtsbeschwerde der Beteiligten zu 1. bis 3. gegen den Beschluss des Landesarbeitsgerichts Rheinland-Pfalz vom 27. Oktober 2015 - 6 TaBV 6/15 - wird zurückgewiesen.

## **Von Rechts wegen!**

### **Gründe**

A. Die Beteiligten streiten über die Wirksamkeit der am 16. Oktober 2014 durchgeführten Wahl eines ersatzweise freizustellenden Betriebsratsmitglieds. 1

Im Betrieb der zu 5. beteiligten Arbeitgeberin wurde im Jahr 2014 der zu 4. beteiligte aus 35 Mitgliedern bestehende Betriebsrat gewählt. Die antragstellenden Beteiligten zu 1. bis 3. sind Mitglieder des Betriebsrats und hatten bei der Wahl auf der „Initiative Liste“ kandidiert. In der konstituierenden Sitzung am 24. März 2014 wurden zehn nach § 38 Abs. 1 BetrVG freizustellende Betriebsratsmitglieder im Wege der Verhältniswahl aus drei Vorschlagslisten gewählt. Bei dem für die Freistellungswahl aufgestellten Wahlvorschlag der „Initiative Liste“ waren die Betriebsratsmitglieder S und B aufgeführt. Auf diese Liste entfielen bei der Freistellungswahl sechs Stimmen, was zur Freistellung eines Betriebsratsmitglieds führte. Das damit gewählte Betriebsratsmitglied S widerrief seine Freistellung zum 1. Juni 2014, um seine Arbeitstätigkeit wieder aufzu- 2

nehmen. Das Betriebsratsmitglied B war inzwischen ausgeschieden. In der Betriebsratssitzung vom 16. Oktober 2014 wurde daraufhin im Wege der Mehrheitswahl der Beteiligte zu 6., der über die Liste „I B“ zum Betriebsratsmitglied gewählt worden war, als ersatzweise freigestelltes Betriebsratsmitglied gewählt. Eine vorherige Beratung des Betriebsrats mit der Arbeitgeberin über die Wahl des ersatzweise freizustellenden Betriebsratsmitglieds hatte nicht stattgefunden.

Mit der am 30. Oktober 2014 beim Arbeitsgericht eingegangenen Antragsschrift haben die Antragsteller die Nichtigkeit der Freistellungswahl vom 16. Oktober 2014 geltend gemacht und diese hilfsweise angefochten. Sie haben die Auffassung vertreten, es stelle einen schwerwiegenden Wahlfehler dar, dass die in § 38 Abs. 2 Satz 1 BetrVG vorgeschriebene Beratung des Betriebsrats mit der Arbeitgeberin vor der Wahl unterblieben sei. Das könne jedes Betriebsratsmitglied unabhängig von seiner persönlichen Betroffenheit geltend machen.

Die Antragsteller haben zuletzt beantragt,

die Wahl des Beteiligten zu 6. als freizustellendes Betriebsratsmitglied gemäß § 38 BetrVG in der Betriebsratssitzung vom 16. Oktober 2014 für nichtig zu erklären,

hilfsweise

die Wahl des Beteiligten zu 6. als freizustellendes Betriebsratsmitglied gemäß § 38 BetrVG in der Betriebsratssitzung vom 16. Oktober 2014 für unwirksam zu erklären.

Der Betriebsrat hat beantragt, die Anträge abzuweisen. Er hat den Standpunkt eingenommen, die unterbliebene Beratung mit der Arbeitgeberin sei für die Wirksamkeit der Freistellungswahl unbeachtlich. Es habe seitens der Arbeitgeberin zu keiner Zeit Bedenken gegen die Person des Freizustellenden gegeben. Durch die unterbliebene Beratung sei allenfalls ein Recht der Arbeitgeberin, nicht aber ein solches einzelner Betriebsratsmitglieder verletzt.

Die Arbeitgeberin und der Beteiligte zu 6. haben keine Anträge gestellt.

Das Arbeitsgericht hat die erstinstanzlich gestellten Anträge festzustellen, dass die Wahl des Beteiligten zu 6. als freigestelltes Betriebsratsmitglied gemäß § 38 BetrVG in der Betriebsratssitzung vom 16. Oktober 2014 unwirksam ist, hilfsweise festzustellen, dass der Beteiligte zu 6. kein freigestelltes Betriebsratsmitglied des Beteiligten zu 4. ist, abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Beschwerde der Antragsteller mit den zuletzt gestellten Anträgen zurückgewiesen. Mit ihrer Rechtsbeschwerde verfolgen die Antragsteller die zuletzt gestellten Anträge weiter. Der Betriebsrat beantragt die Zurückweisung der Rechtsbeschwerde. 7

B. Die Rechtsbeschwerde der Antragsteller ist unbegründet. Das Landesarbeitsgericht hat die Anträge im Ergebnis zu Recht abgewiesen. Die am 16. Oktober 2014 durchgeführte Wahl des Beteiligten zu 6. als freizustellendes Betriebsratsmitglied ist wirksam. 8

I. Die Anträge sind zulässig. 9

1. Die Antragsteller begehren mit dem Hauptantrag trotz seines Wortlauts keine rechtsgestaltende gerichtliche Entscheidung. Mit diesem Antrag machen sie erklärtermaßen die Nichtigkeit der Freistellungswahl vom 16. Oktober 2014 geltend. Dies hat mit einem Feststellungsantrag zu geschehen (*vgl. BAG 30. Juni 1993 - 7 ABR 64/92 - zu B I der Gründe*). In diesem Sinne ist der Antrag zu verstehen. Mit dem Hilfsantrag haben die Antragsteller die Wahl angefochten. Damit soll in entsprechender Anwendung von § 19 BetrVG rechtsgestaltend die Freistellungswahl für unwirksam erklärt werden. 10

2. Die Antragsteller sind als Betriebsratsmitglieder befugt, die Nichtigkeit bzw. Anfechtbarkeit der Freistellungswahl vom 16. Oktober 2014 gerichtlich geltend zu machen. Sie müssen nicht persönlich von dem Ausgang der Wahl betroffen sein (*vgl. BAG 18. April 2007 - 7 ABR 30/06 - Rn. 38, BAGE 122, 96; 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 3 a der Gründe, BAGE 114, 228; 28. Oktober 1992 - 7 ABR 2/92 - zu B I der Gründe, BAGE 71, 286*). 11

- II. Die Anträge sind unbegründet. Die Wahl des Beteiligten zu 6. zum freizustellenden Betriebsratsmitglied vom 16. Oktober 2014 ist weder nichtig noch anfechtbar. Das hat das Landesarbeitsgericht im Ergebnis zutreffend erkannt. 12
1. Die Wahl der nach § 38 BetrVG freizustellenden Betriebsratsmitglieder kann in entsprechender Anwendung von § 19 BetrVG innerhalb von zwei Wochen nach Abschluss der Wahl durch ein einzelnes oder mehrere Betriebsratsmitglieder angefochten werden (*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, 128, jeweils mwN*). Eine erfolgreiche Anfechtung der Freistellungswahl setzt entsprechend § 19 Abs. 1 BetrVG voraus, dass bei der Wahl gegen wesentliche Vorschriften über das Wahlrecht, die Wählbarkeit oder das Wahlverfahren verstoßen wurde und eine Berichtigung nicht erfolgt ist, es sei denn, dass durch den Verstoß das Wahlergebnis nicht geändert oder beeinflusst werden konnte. 13
2. Nichtig ist die Wahl freizustellender Betriebsratsmitglieder - ebenso wie die Betriebsratswahl - nur in ganz besonderen Ausnahmefällen, in denen gegen allgemeine Grundsätze jeder ordnungsgemäßen Wahl in so hohem Maße verstoßen worden ist, dass auch der Anschein einer dem Gesetz entsprechenden Wahl nicht mehr vorliegt und deshalb ein Vertrauensschutz in die Gültigkeit der Wahl zu versagen ist. Es muss ein sowohl offensichtlicher als auch besonders grober Verstoß gegen Wahlvorschriften vorliegen (*vgl. BAG 20. April 2005 - 7 ABR 44/04 - zu B III 3 a der Gründe, BAGE 114, 228; zur Betriebsratswahl BAG 13. März 2013 - 7 ABR 70/11 - Rn. 15, BAGE 144, 290*). 14
3. Diese Voraussetzungen liegen nicht vor. Bei der Freistellungswahl vom 16. Oktober 2014 wurde nicht gegen wesentliche Wahlvorschriften verstoßen. 15
- a) Die Freistellungswahl ist nicht deshalb unwirksam, weil die in § 38 Abs. 2 Satz 1 BetrVG vorgeschriebene vorherige Beratung des Betriebsrats mit dem Arbeitgeber unterblieben ist. 16

- aa) Nach § 38 Abs. 2 Satz 1 BetrVG werden die freizustellenden Betriebsratsmitglieder „nach Beratung mit dem Arbeitgeber“ vom Betriebsrat aus seiner Mitte in geheimer Wahl gewählt. Die Beratung mit dem Arbeitgeber hat vor der Freistellungswahl und mit dem gesamten Betriebsratsgremium zu erfolgen (*BAG 29. April 1992 - 7 ABR 74/91 - zu B II 3 der Gründe, BAGE 70, 178*). 17
- bb) Unterlässt der Betriebsrat - wie im Streitfall - die in § 38 Abs. 2 Satz 1 BetrVG vorgeschriebene vorherige Beratung mit dem Arbeitgeber, führt das weder zur Nichtigkeit noch zur Anfechtbarkeit der Freistellungswahl (*ebenso WPK/Kreft BetrVG 4. Aufl. § 38 Rn. 15; offengelassen von BAG 29. April 1992 - 7 ABR 74/91 - zu B II 3 der Gründe, BAGE 70, 178; aA Fitting 28. Aufl. § 38 Rn. 46; Schaub ArbR-HdB/Koch 17. Aufl. § 221 Rn. 27; DKKW/Wedde 15. Aufl. § 38 Rn. 40, die die Freistellungswahl bei unterbliebener vorheriger Beratung für anfechtbar halten; HWGNRH/Glock BetrVG 9. Aufl. § 38 Rn. 31 und Thüsing in Richardi BetrVG 15. Aufl. § 38 Rn. 31 halten die Freistellungswahl ohne vorherige Beratung für nicht bindend*). Die Beratungspflicht ist keine wesentliche Vorschrift über das Wahlverfahren, deren Verletzung die Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit der Wahl zur Folge haben könnte. 18
- (1) Bei der in § 38 Abs. 2 Satz 1 BetrVG vorgesehenen Beratungspflicht handelt es sich nicht um eine wesentliche Vorschrift über das Wahlverfahren. Die Verpflichtung des Betriebsrats, vor der Freistellungswahl mit dem Arbeitgeber zu beraten, betrifft nicht die Durchführung der Freistellungswahl. Die Beratung hat vielmehr im Vorfeld der Wahl stattzufinden. Das nur gegenüber dem Arbeitgeber bestehende Beratungserfordernis konkretisiert das Gebot der vertrauensvollen Zusammenarbeit zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat nach § 2 Abs. 1 BetrVG. Die Beratung soll dem Arbeitgeber vor der Freistellungswahl Gelegenheit geben, etwaige Bedenken gegen die Freistellung bestimmter Betriebsratsmitglieder äußern zu können (*vgl. etwa Fitting 28. Aufl. § 38 Rn. 45; Weber GK-BetrVG 10. Aufl. § 38 Rn. 49*). Durch die Beratungspflicht werden allein die Belange des Arbeitgebers geschützt (*vgl. BAG 11. Juni 1997 - 7 ABR 5/96 - zu B III der Gründe*), weshalb dieser auf die Beratung auch verzichten kann (*vgl. etwa NK-GA/Wolmerath § 38 BetrVG Rn. 12*). Die Beratung hat auch 19

keine zwingenden Auswirkungen auf die Durchführung der Wahl und die Wahlentscheidung. Zwar haben der Betriebsrat und seine Mitglieder in der Beratung geäußerte Bedenken des Arbeitgebers nach dem Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit zur Kenntnis zu nehmen und bei ihrer Wahlentscheidung in Betracht zu ziehen. Die Betriebsratsmitglieder sind aber nicht gehindert, ein Betriebsratsmitglied zu wählen, gegen dessen Wahl der Arbeitgeber bei der Beratung (ggf. sogar berechnigte) Bedenken geäußert hat. Sie sind vielmehr bei ihrer in geheimer Wahl zu treffenden Auswahlentscheidung frei.

(2) Den durch die Beratungspflicht ausschließlich geschützten Belangen des Arbeitgebers wird durch das in § 38 Abs. 2 Sätze 4 bis 7 BetrVG vorgesehene Einigungsstellenverfahren abschließend und hinreichend Rechnung getragen (*zutr. WPK/Kreft BetrVG 4. Aufl. § 38 Rn. 15*). Das Einigungsstellenverfahren dient dem Interesse an einer schnellen und betriebsnahen Beilegung von Meinungsverschiedenheiten zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat über die Freistellung (*vgl. BT-Drs. VI/1786 S. 41*). Dieses Verfahren bietet die Möglichkeit, eine zügige Klärung von sachlichen Einwänden des Arbeitgebers über die Freistellung herbeizuführen. Nach § 38 Abs. 2 Satz 4 BetrVG kann der Arbeitgeber innerhalb einer Frist von zwei Wochen nach der Bekanntgabe der Freistellungen die Einigungsstelle anrufen, wenn er eine Freistellung für sachlich nicht vertretbar hält. Die Einigungsstelle kann die Bedenken des Arbeitgebers bestätigen und - unter Beachtung des Minderheitenschutzes - ein anderes freizustellendes Betriebsratsmitglied bestimmen (*vgl. § 38 Abs. 2 Satz 6 BetrVG*) oder sie für unbegründet erachten. Ruft der Arbeitgeber die Einigungsstelle nicht an, so gilt sein Einverständnis mit den Freistellungen nach Ablauf der zweiwöchigen Frist nach § 38 Abs. 2 Satz 7 BetrVG als erteilt. § 38 Abs. 2 BetrVG regelt damit die Berücksichtigung arbeitgeberseitiger Bedenken durch die verpflichtende Beratung und das ggf. durchzuführende Einigungsstellenverfahren abschließend und losgelöst vom eigentlichen Wahlvorgang. Etwaige sachliche Bedenken des Arbeitgebers gegen die Freistellung des gewählten Betriebsratsmitglieds sollen nach § 38 Abs. 2 BetrVG (nur) im Einigungsstellenverfahren rasch geklärt werden. Sie sollen endgültig zurückstehen, wenn der Arbeitgeber die Einigungsstelle nicht fristgerecht angerufen oder die Einigungs-

20



stelle die Bedenken für unbegründet erachtet hat. Das gilt unabhängig davon, ob diese Einwände in einer vor der Wahl durchgeführten Beratung zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat geäußert wurden. Einer zusätzlichen Möglichkeit zur Anfechtung der Freistellungswahl wegen etwaiger Einwände des Arbeitgebers gegen die Person des Freizustellenden bedarf es angesichts dieses Regelungsmechanismus nicht. Der gesetzlichen Absicht einer abschließenden Klärung derartiger Einwände in einem zügig durchzuführenden Einigungsstellenverfahren liefe es vielmehr zuwider, wenn im Fall einer unterbliebenen oder fehlerhaft durchgeführten vorherigen Beratung unabhängig von der für den Arbeitgeber bestehenden Möglichkeit, die Einigungsstelle anzurufen, die Wirksamkeit der Freistellungswahl „an sich“ in einem ggf. langwierigen, über mehrere Instanzen zu betreibenden gerichtlichen Verfahren infrage gestellt werden könnte.

(3) Dem steht nicht entgegen, dass die Beratungspflicht auch dazu beitragen soll, das Einigungsstellenverfahren und damit ggf. unnötige Kosten zu vermeiden, indem der Betriebsrat nicht erst nach der Freistellungswahl mit Einwendungen des Arbeitgebers konfrontiert wird (*vgl. Thüsing in Richardi BetrVG 15. Aufl. § 38 Rn. 30*). Dem Kosteninteresse des Arbeitgebers würde durch die Möglichkeit, wegen unterbliebener Beratung die Wahl anzufechten, nicht Rechnung getragen. Vielmehr hätte der Arbeitgeber nach § 40 BetrVG auch die durch ein Wahlanfechtungsverfahren entstehenden Kosten zu tragen, wobei in einem solchen Verfahren keine Entscheidung über die Person des freizustellenden Betriebsratsmitglieds getroffen werden könnte, so dass ggf. zusätzlich die Einigungsstelle angerufen werden müsste. Auch könnte der Arbeitgeber mit den Kosten eines Wahlanfechtungsverfahrens belastet werden, wenn dieses durch Betriebsratsmitglieder eingeleitet wird und er selbst keine Einwände gegen die Freistellungen hat.

21

b) Weitere Anfechtungsgründe haben die Antragsteller nicht geltend gemacht und sind auch nicht erkennbar. Das Landesarbeitsgericht hat ohne Rechtsfehler angenommen, dass die Freistellungswahl vom 16. Oktober 2014 nicht gegen die in § 38 Abs. 2 BetrVG bestimmten Wahlgrundsätze verstößt. Der Betriebsrat hat den Beteiligten zu 6. zu Recht durch Mehrheitswahl als er-

22

satzweise freizustellendes Mitglied gewählt, nachdem die „Initiative Liste“ erschöpft war (vgl. BAG 14. November 2001 - 7 ABR 31/00 - zu B 1 der Gründe; 25. April 2001 - 7 ABR 26/00 - zu B I 2 der Gründe, BAGE 97, 340).

Gräfl

Kiel

Waskow

Steininger

H. Hansen