

Aktenzeichen: 6 ABR 54/85

Bundesarbeitsgericht 6. Senat Beschluß vom 26. Februar 1987
- 6 ABR 54/85 -

I. Arbeitsgericht Beschluß vom 22. August 1984
Mainz - 2 BV 18/84 -

II. Landesarbeitsgericht Beschluß vom 7. Juni 1985
Rheinland-Pfalz - 9 (7) TaBV 38/84 -

Für die Amtliche Sammlung: Ja
Für die Fachpresse: Ja
Für das Bundesarchiv: Ja

N

Entscheidungsstichwort:

Bestimmungsrecht zur Freistellung in Pattsituation

Gesetz: BetrVG § 38 Abs. 2

Leitsatz:

Können sich die Mitglieder einer Arbeitnehmergruppe nicht
mehrheitlich einigen, welche Gruppenmitglieder zur Frei-
stellung nach § 38 Abs 2 Satz 3 BetrVG zu bestimmen sind
(Patt-Situation), so geht das Bestimmungsrecht nicht auf das
Betriebsratsplenum über. Vielmehr ist die Pattsituation
durch Losentscheid aufzulösen.



6 ABR 54/85

9 (7) TaBV 38/84

Verkündet am
26. Februar 1987

Haust,

Amtsinspektorin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

Beschluß

In Sachen

pp.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

hat der Sechste Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Anhörung vom 26. Februar 1987 durch den Richter Dr. Jobs als Vorsitzenden, die Richter Schneider und Dörner sowie die ehrenamtlichen Richter Möller-Lücking und Fischer



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

beschlossen:

Die Rechtsbeschwerde des Betriebsrats und der
Betriebsratsmitglieder Z , K und L
gegen den Beschluß des Landesarbeitsgerichts
Rheinland-Pfalz vom 7. Juni 1985 - 9 (7) TaBV 38/84 -
wird zurückgewiesen.

V o n R e c h t s w e g e n !

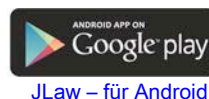
G r ü n d e :

A. Die Beteiligten streiten um die Rechtmäßigkeit von Freistellungsentscheidungen des Betriebsrats nach § 38 Abs. 2 BetrVG.

Im Betrieb des Arbeitgebers (Beteiligter zu 8), einem Unternehmen der pharmazeutischen Industrie, ist am 22./23. Mai 1984 ein 23-köpfiger Betriebsrat (Beteiligter zu 7) gewählt worden. Ihm gehörten 11 gewerbliche Arbeitnehmer und 12 Angestellte (die Antragsteller zu 1) bis 6) und die Beteiligten zu 9) bis 16) an. Der Betriebsrat beschloß am 14. Juni 1984 zwei Arbeiter und drei Angestellte von der Arbeit freizustellen. In der sich anschließenden Sitzung der Angestelltengruppe wurden zur Wahl des ersten freizustellenden Betriebsratsmitglieds die Angestellten T (Antragsteller zu 6) und Z (Beteiligter zu 9) nominiert. Bei der Abstimmung entfielen auf jeden der beiden vorgeschlagenen auch in der Wiederholungswahl sechs Stimmen. Der anschließende Antrag des Angestellten T , durch Los den ersten Freizustellenden zu bestimmen, fand bei einem Stimmenverhältnis von sechs Ja- und sechs Nein-Stimmen keine Mehrheit. Die Antrag-



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



steller zu 1) bis 6) gaben daraufhin die Erklärung ab, sie hielten die Verweigerung des Losentscheids für einen Verstoß gegen das Betriebsverfassungsgesetz. Sie behielten sich vor, eine arbeitsgerichtliche Klärung zu beantragen. Unter diesem Vorbehalt beteiligten sie sich an den weiteren Wahlvorgängen. Danach stimmten alle Betriebsratsmitglieder darüber ab, ob der Antragsteller zu 6) oder der Beteiligte zu 9) freigestellt werde. Mit 14 : 9 Stimmen fiel die Wahl auf den Beteiligten zu 9). In derselben Weise wurden die Beteiligten zu 10) und 11) als freizustellende Betriebsratsmitglieder bestimmt.

Daraufhin haben die Antragsteller, vertreten durch den Gewerkschaftssekretär des Bezirks Mainz/Bad Kreuznach der DAG, das vorliegende Beschlußverfahren eingeleitet. Sie haben gemeint, das Verfahren bei der Bestimmung der aus der Gruppe der Angestellten freizustellenden Mitglieder des Betriebsrats sei gesetzeswidrig durchgeführt worden. Wenn innerhalb einer Gruppe weder eine mehrheitliche Verständigung auf einen der Angehörigen noch mehrheitlich auf ein Verfahren möglich sei, so habe die Bestimmung durch Losentscheid, nicht durch Bestimmung des Betriebsratsplenums zu erfolgen.

Die Antragsteller haben beantragt,

1. die Wahl der Betriebsratsmitglieder
 - a) Z , Ulrich
 - b) K , Helga
 - c) L , Klauszu freigestellten Betriebsratsmitgliedern der Gruppe der Angestellten für unwirksam zu erklären,
2. festzustellen, daß bei Stimmengleichheit in der Gruppe die Frage, wer von ihr als freigestelltes Betriebsrats-



mitglied vorgeschlagen wird, durch Los zu entscheiden ist.

Der Antragsgegner hat beantragt, die Anträge zurückzuweisen. Er hat ebenso wie die Beteiligten zu 9) bis 11) gemeint, das Bestimmungsverfahren sei rechters.

Das Arbeitsgericht hat den Antrag zu 1) als unbegründet und den Antrag zu 2) als unzulässig abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die arbeitsgerichtliche Entscheidung abgeändert und den Anträgen der Antragsteller entsprochen.

In der Zwischenzeit ist der Antragsteller zu 3) bei der Arbeitgeberin und aus dem Betriebsrat ausgeschieden. Für ihn rückte der in der Rechtsbeschwerdeinstanz beteiligte Angestellte G -

(Beteiligter zu 15) nach. Der Antragsteller zu 6) ist zwischenzeitlich durch Ausgliederung eines Betriebsteils nicht mehr Mitarbeiter in diesem Betrieb der Arbeitgeberin. Für ihn ist der in der Rechtsbeschwerdeinstanz beteiligte Angestellte N (Beteiligter zu 16) in den Betriebsrat nachgerückt.

Hinsichtlich der Antragsteller zu 3) und 6) wurde das Verfahren insgesamt in der Rechtsbeschwerdeinstanz eingestellt. Weiter wurde das Verfahren bezüglich des Feststellungsantrags zu 2), den die verbleibenden Antragsteller nicht mehr aufrecht erhielten, eingestellt.

Der Betriebsrat und die beteiligten Angestellten zu 9) bis 11) verlangen mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde die Wieder-



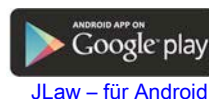
herstellung der erstinstanzlichen Entscheidung, während die Antragsteller zu 1) und 2) und 4) und 5) die Zurückweisung der Rechtsbeschwerde beantragen.

B. Die Rechtsbeschwerde ist unbegründet.

I. Das Landesarbeitsgericht hat die Beschwerden für zulässig erachtet und zur Sache ausgeführt, die zulässigen Anträge seien begründet, weil der Betriebsrat § 38 Abs. 2 Satz 3 BetrVG verletzt habe. Nach dieser Vorschrift bestimme jede Gruppe die auf sie entfallenden freizustellenden Mitglieder, wenn jeder Gruppe im Betriebsrat mehr als ein Drittel der Mitglieder angehört. Diese Vorschrift sei eine eindeutige, auf die Gruppe bezogene Sonderregelung und gelte unabhängig neben § 38 Abs. 2 Satz 1 BetrVG. Es bedürfe keiner Entscheidung, ob überhaupt eine Zustimmung des gesamten Betriebsrats zur Freistellungsentscheidung gegeben sei, wenn eine Gruppe willentlich von § 38 Abs. 2 Satz 3 BetrVG keinen Gebrauch mache. Jedenfalls sei die positive Entscheidung jeder Gruppe über die freizustellenden Gruppenangehörigen für den Betriebsrat bindend. Er könne einer solchen Freistellung weder widersprechen noch könne er sie rückgängig machen. Es bestehe insoweit ein absoluter Gruppenschutz. Daraus sei zu folgern, daß jedenfalls dann kein Entscheidungsrecht des gesamten Betriebsrats bestehe, wenn die Entscheidungsmöglichkeit in der Gruppe noch nicht erschöpft sei. So sei es hier gewesen. Die Entscheidung hätte durch Losentscheid herbeigeführt werden können, ohne daß die Gruppe sich hierauf hätte einigen müssen. Der Losentscheid sei ein demokratisch zu billigendes Regelungs-



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



mittel bei Wahlen, wie die §§ 23, 25 Wahlordnung BetrVG oder die §§ 33 Landkreisordnung Rheinland-Pfalz, 40 Gemeindeordnung Rheinland-Pfalz zeigten. Wenn auch die Ausübung des vorliegenden Rechts nicht als Wahl, sondern im Rahmen der Geschäftsführungstätigkeit des Betriebsrats zu sehen sei, so handele es sich doch nicht um eine Frage der Beschlußfassung in sachlichen oder personellen Angelegenheiten, sondern um die Auswahl von Personen.

II. Dieser Auffassung stimmt der Senat im Ergebnis und in weiten Teilen der Begründung zu.

1. Das Landesarbeitsgericht hat es allerdings versäumt, neben den Antragstellern und den zu freigestellten Betriebsratsmitgliedern bestimmten Beteiligten zu 9) bis 11) die verbleibenden weiteren drei Betriebsratsmitglieder der Angestelltengruppe zu beteiligen. Diese sind im vorliegenden Verfahren ebenfalls beteiligungsbefugt. Durch die von den Antragstellern angestrebte Entscheidung werden Umfang und Art des auch ihnen als Mitglieder einer Gruppe nach § 38 Abs. 2 Satz 3 BetrVG zugewiesenen Bestimmungsrechts beschrieben und damit sind sie unmittelbar in einer betriebsverfassungsrechtlichen Position materiell betroffen, § 83 Abs. 3 ArbGG (BAGE 39, 259 = AP Nr. 5 zu § 83 ArbGG 1979). Der Senat hat deshalb die weiteren Mitglieder der Angestelltengruppe des Betriebsrats im Rechtsbeschwerdeverfahren beteiligt, auch die für die aus dem Betrieb ausgeschiedenen Antragsteller zu 3) und 6) nachgerückten Betriebsratsmitglieder der Angestelltengruppe.



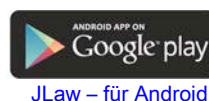
2. Die Beschwerde der Beteiligten zu 2) und 5) war entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde unabhängig von der Frage zulässig, ob diese beiden Beteiligten bei ihrer Antragstellung durch den Gewerkschaftssekretär der DAG ordnungsgemäß vertreten waren oder nicht. Die form- und fristgerecht eingelegte und ordnungsgemäß und rechtzeitig begründete Beschwerde der Beteiligten zu 2) und 5) als ohnehin beteiligungsbefugte Betriebsratsmitglieder der Angestelltengruppe wäre auch statthaft gewesen, wenn sie in erster Instanz das Verfahren nicht mit eingeleitet hätten und vom Arbeitsgericht auch nicht beteiligt worden wären. Denn auch derjenige Beteiligte ist rechtsmittelbefugt, der zu Unrecht nicht am Verfahren beteiligt und in der Vorinstanz nicht gehört worden ist (BAG Beschluß vom 15. Juli 1960 - 1 ABR 3/59 - AP Nr. 10 zu § 76 BetrVG). Nichts anderes gilt für den Fall, in dem Beteiligte bei der Antragstellung fehlerhaft vertreten worden sein mögen, im übrigen aber von weiteren Antragstellern zulässige Anträge gestellt worden sind, über die sachlich entschieden worden ist.

3. Die von den Mitgliedern des Betriebsrats mehrheitlich getroffenen Beschlüsse, die Beteiligten zu 9) bis 11) freizustellen, sind unwirksam. Denn sie verletzen § 38 Abs. 2 Satz 3 BetrVG, wonach die Gruppe die auf sie entfallenden freizustellenden Betriebsratsmitglieder bestimmt, wenn jeder Gruppe im Betriebsrat mehr als 1/3 der Mitglieder angehört.

a) Der Wortlaut des § 38 Abs. 2 Satz 3 BetrVG weist im Gegensatz zu § 38 Abs. 2 Satz 1 BetrVG nicht den Betriebsrat, sondern



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



der Gruppe das Bestimmungsrecht zu. § 38 Abs. 2 Satz 3 BetrVG ist Ausdruck des Gruppenschutzes für eine der Anzahl der Mitglieder nach nicht unbedeutende Gruppe. Wortlaut und Schutzzweck der Norm verbieten daher grundsätzlich ein Bestimmungsrecht des gesamten Betriebsrats.

b) Das Betriebsverfassungsgesetz enthält weder in § 38 Abs. 2 Satz 3 BetrVG noch an anderer Stelle Regelungen über die Bestimmungsmodalitäten. Im Schrifttum wird lediglich angenommen, daß die positive Entscheidung einer Gruppe über die Person des freizustellenden Gruppenmitglieds den Betriebsrat bindet. Das von seiner Gruppe bestimmte Betriebsratsmitglied ist durch Beschluß des Betriebsrats freizustellen (Fitting/Auffarth/Kaiser/Heither, BetrVG, 15. Aufl., § 38 Rz 33; Dietz/Richardi, BetrVG, 6. Aufl., § 38 Rz 30 a.E.; Hess/Schlochauer/Glaubitz, BetrVG, 3. Aufl., § 38 Rz 28; Galperin/Löwisch, BetrVG, 6. Aufl., § 38 Rz 16; Wiese, GK-BetrVG, 4. Aufl., § 38 Rz 40; mit Einschränkung Gnade/Kehrmann/Schneider/Blanke, BetrVG, 2. Aufl., § 38 Rz 22; Brecht, BetrVG, 1972, § 38 Rz 9). Gegenläufige Interessen der Betriebsratsmehrheit haben zurückzustehen. Der Gruppenschutz ist stärker. So hat der Senat im Zusammenhang mit der Beteiligungsbefugnis von Gruppenmitgliedern entschieden, daß die im Betriebsrat vertretene Gruppe berechtigt sei, die von ihr vorgenommene Bestimmung der Person des freigestellten Betriebsratsmitglieds rückgängig machen zu können (BAG Beschluß vom 29. Juli 1982 - 6 ABR 51/79 - BAGE 39, 259 = AP Nr. 5 zu § 83 ArbGG 1979). Der gesetzlich ausgeprägte Gruppenschutz steht auch insoweit der Befugnis des Betriebsrats entgegen.



c) Steht dem Betriebsratsplenum nach einhelliger Auffassung im Fall des § 38 Abs. 2 Satz 3 BetrVG grundsätzlich kein Bestimmungsrecht zu, so können doch tatsächliche Fallgestaltungen denkbar sein, in denen das Bestimmungsrecht dem Betriebsratsplenum ausnahmsweise zukommen mag. Das könnte dann gelten, wenn eine Gruppe von ihrem Vorschlagsrecht keinen Gebrauch macht. Der Gedanke der Funktionsfähigkeit des Betriebsrats legt es nahe anzunehmen, der Betriebsrat sei lediglich hinsichtlich des von der anderen Gruppe bestimmten Mitglieds gebunden und könne seinerseits die freizustellenden Betriebsratsmitglieder der anderen Gruppe entsprechend dem vorher nach § 38 Abs. 2 Satz 2 BetrVG festgelegten Schlüssel bestimmen (zur vergleichbaren Vorschrift des § 26 Abs. 2 Satz 1 BetrVG: Beschluß des Senats vom gleichen Tag - 6 ABR 55/85 -). Die Frage braucht aber nicht entschieden zu werden.

d) Der Betriebsrat hat jedenfalls kein Bestimmungsrecht, wenn eine Gruppe von ihrem Bestimmungsrecht Gebrauch machen will, sich aber auch nach mehrmaligen Versuchen nicht auf einen oder mehrere zu bestimmende Mitglieder mehrheitlich einigen kann (so aber zu § 26 Abs. 2 BetrVG: Fitting/Auffarth/Kaiser/Heither, aaO, § 26 Rz 18; Gnade/Kehrmann/Schneider/Blanke, aaO, § 26 Rz 20; Wiese, aaO, § 26 Rz 16 und § 38 Rz 40). In diesem Fall müssen der oder die freizustellenden Mitglieder durch Losentscheid bestimmt werden (so auch Galperin/Löwisch, aaO, § 26 Rz 19; Hess/Schlochauer/Glaubitz, aaO, § 26 Rz 28; Brecht, aaO, § 26 Rz 10; Dietz/Richardi, aaO, § 26 Rz 15, die allerdings auch den Vorschlag von zwei Kandidaten einer Gruppe für möglich halten). Das gilt auch,



wenn sich die Gruppenmitglieder weder vor der ersten Abstimmung noch hinterher auf einen Losentscheid einigen. Der Losentscheid ist das demokratisch übliche, vielfach gesetzlich legitimierte Mittel, um Pattsituationen bei Wahlen aufzulösen (§§ 23 Abs. 1 und 2, 25 Abs. 4 Wahlordnung zum BetrVG 1972; vgl. zum staatlichen Wahlrecht §§ 31 Abs. 2, 41 Abs. 2 Niedersächsisches Landeswahlgesetz; §§ 48 Abs. 2, 51 Abs. 2 Niedersächsische Gemeindeordnung; § 32 Abs. 1 Landeswahlgesetz Nordrhein-Westfalen; § 32 Kommunalwahlgesetz Nordrhein-Westfalen; § 35 Abs. 2, 3 Gemeindeordnung Nordrhein-Westfalen). Zwar stellt weder die Bestimmung der freizustellenden Betriebsratsmitglieder nach § 38 Abs. 2 Satz 3 BetrVG noch die Nominierung des in den Vorstand zu wählenden Mitglieds einer Arbeitnehmergruppe eine Wahl im Sinne der §§ 7 bis 20 BetrVG und der Wahlordnung zum Betriebsverfassungsgesetz dar. Vielmehr handelt es sich um Akte der Geschäftsführung des Betriebsrats (BAGE 28, 219 = AP Nr. 2 zu § 26 BetrVG 1972). Da es sich jedoch um eine personelle Auswahl aus einem genau bezeichneten Berechtigtenkreis mit dem Erfordernis der Abstimmung und Mehrheitsfindung handelt (Dietz/Richardi, aaO, § 38 Rz 30 nennt die Bestimmung der freizustellenden Betriebsratsmitglieder materiell eine Wahl), sind die Grundprinzipien demokratischer Wahlakte in den nicht näher geregelten Bestimmungs- und Vorschlagsverfahren der §§ 38 Abs. 2, 26 Abs. 2 BetrVG heranzuziehen. Dazu gehört auch der Losentscheid bei Stimmengleichheit für zwei Kandidaten bei einem zu vergebenden Amt. Die Auflösung der Pattsituation durch Losentscheid entspricht nicht nur demokratischen Gepflogenheiten, sondern genügt auch dem in § 38 Abs. 2 Satz 3 BetrVG betonten Gruppenschutz. Bei Erfüllung der



quotenmäßigen Voraussetzung der Norm haben die Arbeitnehmergruppen eigene, gegen die jeweils andere Gruppe abgrenzbare Rechte, die sie selbständig ausüben sollen. Die Mitwirkung der anderen Gruppe ist ausgeschlossen und kann allenfalls zugelassen werden, wenn sich die Gruppe ihres Rechtes und damit ihres Schutzes selbst begibt. Das mag der Fall sein, wenn sie untätig bleibt, nicht aber wenn die Mitglieder der Gruppe durch Ausübung ihrer Stimmrechte eine Pattsituation herbeiführen. In diesem Fall beruht die Unfähigkeit zur Mehrheitsentscheidung gerade auf der aktiven Inanspruchnahme der den Mitgliedern der Gruppe zugewilligten Rechte. Das ist mit dem Untätigsein nicht zu vergleichen. In diesem Fall ist auch anders als im Fall des Untätigbleibens die Funktionstüchtigkeit des Betriebsrats entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde nicht gefährdet. Denn der Losentscheid innerhalb der Gruppe führt zu eindeutigen Ergebnissen der Gruppe.

e) Stand dem Betriebsratsplenum somit kein Bestimmungsrecht nach § 38 Abs. 2 BetrVG zu, sind die von ihm getroffenen Beschlüsse über die Freistellung der beteiligten Betriebsratsmitglieder Z , K und L rechtsunwirksam.

Dr. Jobs

Schneider

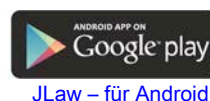
Dörner

Möller-Lücking

Fischer



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)





JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)