

Wer näher dran ist...



... hat die Nase vorn ...

Brief zur Betriebsratsarbeit

Freistellungsverfahren



dbb
beamtenbund
und tarifunion

In der Regel wird nach den Betriebsratswahlen, wenn alle Betriebsratsmitglieder damit einverstanden sind, bereits in der ersten, sich unmittelbar an die konstituierende Sitzung anschließenden ordentlichen Sitzung des Betriebsrats die Frage entschieden, welche Betriebsratsmitglieder für die anstehende Amtsperiode des Betriebsrats freigestellt werden sollen.

Wie viele Betriebsratsmitglieder sind freizustellen?

Dies ergibt sich unmittelbar aus der **Freistellungsstaffel** des § 38 Abs. 1 BetrVG.

Die dort angegebenen Zahlen sind Mindestzahlen. Betriebsrat und Arbeitgeber können in einer nicht erzwingbaren Betriebsvereinbarung auch **höhere Zahlen vereinbaren**, wenn nach den Verhältnissen des Betriebs die im Gesetz vorgesehenen Freistellungszahlen nicht ausreichen. Da im Gesetz ausdrücklich von einer Mindestzahl die Rede ist, kann der Betriebsrat aber auch, wenn der **Arbeitgeber mit einer Erhöhung nicht einverstanden** ist, weitere Freistellungen gerichtlich durchsetzen, wenn dies zur ordnungsgemäßen Durchführung seiner Aufgaben zwingend erforderlich ist (BAG v. 22. 5. 1973, BB 1973, 1258). Ob eine über die Staffel hinausgehende Freistellung erforderlich ist, muss der Betriebsrat dann aus den Verhältnissen des speziellen Betriebs (z. B. zahlreichen verstreut liegenden betrieblichen Außenstellen) durch konkrete Tatsachen nachweisen. Das Gesetz lässt auch zu, dass durch **Tarifvertrag** anderweitige Regelungen getroffen werden. Hiervon wird in der Praxis vielfach Gebrauch gemacht.

Was bedeutet „in der Regel beschäftigte Arbeitnehmerzahl“?

Wie viele Betriebsratsmitglieder nach der Freistellungsstaffel freizustellen sind, hängt von der Anzahl der in der Regel im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer ab. Für den Begriff der in der Regel Beschäftigten **kommt es auf Wahlberechtigung und Wählbarkeit nicht an**. In der Regel beschäftigt ist die Anzahl der Arbeitnehmer, die **bei normalem Betriebsverlauf tätig** sind. Maßgeblich ist der Zeitpunkt, zu dem die Freistellungswahl erfolgt. Auf die tatsächliche Beschäftigtenzahl im Zeitpunkt der Freistellungswahl, die eine zufällige sein kann, kommt es ebenso wenig

an wie auf vorübergehende Mehr- oder Minderbeschäftigung von Arbeitnehmern. In der Regel bedeutet auch nicht, dass der Jahresdurchschnitt der beschäftigten Arbeitnehmer festzustellen ist. Die Zahl der in der Regel beschäftigten Arbeitnehmer ist vielmehr abhängig von der **Arbeitnehmerzahl in der Vergangenheit** und der **konkreten Personalplanung für die überschaubare Zukunft** (BAG v. 12. 10. 1986, DB 1977, 356). Die zukünftige Entwicklung ist aber nur zu berücksichtigen, wenn der Arbeitgeber konkrete Veränderungsentscheidungen getroffen hat. Bloße Befürchtungen und Erwartungen sind nicht ausreichend.

Gibt es auch in Betrieben mit weniger als 200 Arbeitnehmern Freistellungen?

Ja, wenn in einem Betrieb regelmäßig Mehrarbeit für die Betriebsratsmitglieder anfällt und die Möglichkeiten der konkreten Arbeitsbefreiung nach § 37 Abs. 2 BetrVG nicht ausreichen, so kann auch hier der Betriebsrat einen Anspruch auf vollständige oder teilweise Freistellung von Betriebsratsmitgliedern haben (BAG v. 2. 4. 1974, BB 1974, 1022 und v. 13. 11. 1991, NZA 1992, 414).

Sind Teilfreistellungen möglich?

Teilfreistellungen werden im Gesetz **ausdrücklich zugelassen** und sind nicht mehr davon abhängig, dass der Betriebsrat eine entsprechende Vereinbarung mit dem Arbeitgeber unter Rücksichtnahme auf organisatorische Gegebenheiten im Betrieb trifft. Teilfreistellungen dürfen zusammengekommen nicht den Umfang der Freistellungen nach der Freistellungsstaffel überschreiten.

Gelten auch für die Besetzung der Freistellungen die Regelungen über die Berücksichtigung des Minderheitsgeschlechts?

Nein. Die Geschlechterzugehörigkeit ist für die Besetzung der Freistellungen irrelevant.

Wie wird entschieden, welches Betriebsratsmitglied freigestellt werden soll?

Der Betriebsrat entscheidet gemäß § 38 Abs. 2 BetrVG nach einer **Beratung des gesamten Betriebsrats mit dem Arbeitgeber** darüber, wer freigestellt werden soll. Wenn eine Beratung mit dem Arbeitgeber nicht erfolgt, so wird dadurch die Wahl der Freistellungen nicht

unwirksam. Die Beratung mit dem Arbeitgeber ist aber eine Pflicht des Betriebsrats.

Wie läuft das Wahlverfahren ab?

Das hängt davon ab, wie viele Betriebsratsmitglieder zu wählen sind und wie viele Wahlvorschläge aufgestellt werden. Die Anwendung eines **falschen Wahlverfahrens** macht die **Freistellungswahl anfechtbar!** Stehen mehrere Wahlvorschläge für die Besetzung der Freistellungen zur Auswahl, muss also zwingend, wie im Gesetz vorgesehen, im Wege der Verhältniswahl gewählt werden. Angebote der „Mehrheitsfraktion“, nach denen in einem dem d'Hondt'schen Verfahren entsprechenden Zahlenschlüssel Freistellungen im Wege vorheriger Absprache mehrheitsmäßig verteilt werden sollen, sind strikt abzulehnen. Hierdurch entsteht die Gefahr der jederzeit möglichen mehrheitlichen Abberufung der Minderheitenvertreter in den Freistellungen durch die gewerkschaftliche Mehrheit im Betriebsrat. Die Wahl muss **geheim** sein. Es muss also schriftlich abgestimmt werden. Eine Abweichung von dieser Vorschrift ist in keinem Fall zulässig.

... bei nur einer Freistellung?

Ist **nur ein Betriebsratsmitglied freizustellen**, so wird im Wege der **Mehrheitswahl** dasjenige Betriebsratsmitglied gewählt, das die meisten Stimmen erhält.

... bei zwei oder mehr Freistellungen?

Sind **zwei oder mehr Freistellungen** zu besetzen, so gilt:

Wird **nur ein Wahlvorschlag** gemacht, also eine Liste mit Kandidatinnen/Kandidaten aufgestellt, so erfolgt die Wahl nach den Grundsätzen der **Mehrheitswahl**. Die Betriebsratsmitglieder kreuzen auf dem Stimmzettel dann höchstens so viele auf der Liste stehende Namen an, wie Freistellungen zu vergeben sind. Gewählt sind dann die Betriebsratsmitglieder, die die meisten Stimmen erhalten.

Wird **mehr als ein Wahlvorschlag** gemacht, so findet **Verhältniswahl** statt. Dann können die Betriebsratsmitglieder nur eine der zur Wahl stehenden Listen insgesamt wählen. Die Verhältniswahl ist nach dem d'Hondt'schen Höchstzahlverfahren durchzuführen (BAG v. 11. 3. 1992, NZA 1992, 946). Wie viele Freistellungen einem Wahlvorschlag zustehen, bestimmt sich deshalb

nach der Anzahl der auf ihn entfallenden Höchstzahlen. Die auf die einzelnen Wahlvorschlagslisten entfallenen Stimmen werden dazu in einer Reihe nebeneinander gestellt und der Reihe nach durch 1, 2, 3, 4 etc. geteilt. Die sich hierbei ergebenden höchsten Zahlen werden bis zur Anzahl der zu vergebenen Freistellungen durchnummeriert, die Freistellungen anschließend in der Reihenfolge der Höchstzahlen verteilt. Welche Bewerberinnen/Bewerber der einzelnen Listen gewählt sind, bestimmt sich nach der Reihenfolge, in der diese auf der Liste aufgeführt sind.

Was passiert, wenn ein Freistellungsvorschlag weniger Bewerberinnen/Bewerber enthält als Freistellungen vorzunehmen sind?

Dann ist er trotzdem gültig. Aber Vorsicht: Fallen einer Liste bei der Verteilung der Freistellungen mehr Höchstzahlen zu, als Bewerberinnen/Bewerber in ihr aufgeführt sind, so gehen die nicht besetzbaren Freistellungen auf die – konkurrierende – Liste mit der nächsten Höchstzahl über. Bei der **Aufstellung der Listen für die Freistellungswahl** ist deshalb unbedingt darauf zu achten, dass die Wahlvorschläge eine ausreichende Anzahl von Bewerberinnen/Bewerbern enthalten. Nur so ist übrigens auch sichergestellt, dass bei späterem **Ausscheiden eines Freigestellten** aus der Liste ein **Ersatzfreizustellender** nachrücken kann. Ist die Freistellungsvorschlagsliste nämlich erschöpft, geht die Freistellung auf eine andere Liste mit der nächsten Höchstzahl über bzw. wird, wenn auch dort keine Bewerberinnen/Bewerber mehr vorhanden sind, im Wege der Mehrheitswahl nachbesetzt.

Wer kann einen Wahlvorschlag für die Freistellung machen?

Alle Betriebsratsmitglieder, auch ein einzelnes. Sie dürfen auch **sich selbst** vorschlagen. **Ersatzmitglieder** können demgegenüber nur dann vorgeschlagen werden, **wenn sie endgültig** für ein ausgeschiedenes Mitglied in den Betriebsrat **nachgerückt** sind.

Kann auch ein für eine Freistellung kandidierendes Betriebsratsmitglied mit abstimmen?

Ja. Stimmberechtigt sind alle Betriebsratsmitglieder, ggf. vertreten durch das zuständige Ersatzmitglied.

Wie ist bei Verhinderung oder Ausscheiden eines Freigestellten zu verfahren?

Ob bei **zeitweiliger Verhinderung** eines freigestellten Betriebsratsmitglieds bei Erforderlichkeit für die ordnungsgemäße Durchführung der Betriebsratsaufgaben eine Ersatzfreistellung eines anderen Betriebsratsmitglieds notwendig ist, hängt von den konkreten Gegebenheiten des Einzelfalles ab. Sind aber mehrere Betriebsratsmitglieder freigestellt, so kann nicht jede kurzfristige Verhinderung eines freigestellten Betriebsratsmitglieds zur Ersatzfreistellung führen. Kurzfristige Fehlzeiten, die bei jedem Arbeitnehmer in Rechnung gestellt werden müssen, wurden vielmehr vom Gesetzgeber bei der Aufstellung der Freistellungsstaffel bereits berücksichtigt. Der Betriebsrat muss deshalb durch innerorganisatorische Maßnahmen den Ausfall des freigestellten Betriebsratsmitglieds auffangen. Für die Fälle aber, dass ein **freigestelltes Betriebsratsmitglied seine Freistellung aufgibt, aus dem Betrieb ausscheidet oder aus der Freistellung abberufen wird**, ist es sinnvoll, Ersatzfreistellungen vorzunehmen, um stets allen dem Betriebsrat zustehenden Freistellungen auch tatsächlich zur Erfüllung der Betriebsratsaufgaben wirksam werden zu lassen. Die **ersatzweise Freizustellenden** werden analog § 25 Abs. 2 BetrVG bestimmt. Dabei ist danach zu unterscheiden, ob die ursprüngliche Freistellungswahl im Wege der Verhältniswahl oder im Wege der Mehrheitswahl stattgefunden hat. Im Falle der **Verhältniswahl** (Listenwahl) darf nicht neu gewählt werden; die Nachbesetzung

einer vakant gewordenen Freistellung im Wege der Mehrheitswahl ist unzulässig (BAG v. 14. 11. 2001, ZBVR 2002, 170). Aus dem Wahlergebnis der ursprünglichen Freistellungswahl ergibt sich vielmehr automatisch, welches bei der ursprünglichen Wahl nicht zum Zuge gekommene Betriebsratsmitglied jetzt in die Freistellung nachrückt: Die Ersatzmitglieder sind nämlich der Reihe nach aus den nicht gewählten Betriebsratsmitgliedern derjenigen Vorschlagslisten zu entnehmen, denen die zu ersetzenden Mitglieder angehören. Ist diese Vorschlagsliste erschöpft, soll nach dem BAG der Nachrücker in einer Nachwahl per Mehrheitsbeschluss bestimmt werden (BAG v. 14. 11. 2001, a. a. O.). Diese Auffassung ist aber abzulehnen; sie widerspricht der Systematik des BetrVG und der WO. Richtigerweise ist der Nachrücker deshalb – parallel zur Bestimmung der Ersatzmitglieder für den Betriebsrat – derjenigen Vorschlagsliste zu entnehmen, auf die bei der Verteilung der Freistellungen im Rahmen der ursprünglichen Wahl die nächste Höchstzahl entfallen ist (vgl. § 25 Abs. 2 BetrVG, § 15 Abs. 3 WO). Erst wenn bei diesem Verfahren auf keiner Liste mehr ein Nachrücker vorhanden ist, ist die Freistellung per Mehrheitsbeschluss zu besetzen. Wurde die ursprüngliche Freistellungswahl als **Mehrheitswahl** (Personenwahl) durchgeführt, so wird entsprechend § 25 Abs. 2 Satz 3 BetrVG verfahren: Das bei der ursprünglichen Freistellungswahl nicht zum Zuge gekommene Betriebsratsmitglied mit der nächsthöchsten Stimmenzahl rückt in die Freistellung nach.