

Bundesarbeitsgericht  
Siebter Senat

Beschluss vom 26. September 2018  
- 7 ABR 77/16 -  
ECLI:DE:BAG:2018:260918.B.7ABR77.16.0

I. Arbeitsgericht Frankfurt am Main

Beschluss vom 4. März 2015  
- 17 BV 420/14 -

II. Hessisches Landesarbeitsgericht

Beschluss vom 20. Juni 2016  
- 16 TaBV 101/15 -

---

Entscheidungsstichworte:

Gesamtbetriebsrat - Freistellung - Auswahlentscheidung

# BUNDEARBEITSGERICHT



7 ABR 77/16  
16 TaBV 101/15  
Hessisches  
Landesarbeitsgericht

**Im Namen des Volkes!**

Verkündet am  
26. September 2018

## BESCHLUSS

Schiege, Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

In dem Beschlussverfahren mit den Beteiligten

1.

2.

Antragsteller und Beschwerdeführer,

3.

4.

5.

Antragsteller und Beschwerdeführer,

6.

7.

Antragsteller und Beschwerdeführer,

8.

9.

Antragsteller und Beschwerdeführer,

10.

11.

Rechtsbeschwerdeführer,

12.

13.

Rechtsbeschwerdeführer,

14.

Rechtsbeschwerdeführer,

15.

Rechtsbeschwerdeführer,

16.

Rechtsbeschwerdeführerin,

hat der Siebte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der Anhörung vom 26. September 2018 durch die Vorsitzende Richterin am Bundesarbeitsgericht Gräfl, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Dr. Rennpferdt und den Richter am Bundesarbeitsgericht Waskow sowie die ehrenamtlichen Richter Busch und Hansen für Recht erkannt:

Die Rechtsbeschwerden der Beteiligten zu 13. bis 16. gegen den Beschluss des Hessischen Landesarbeitsgerichts vom 20. Juni 2016 - 16 TaBV 101/15 - werden als unzulässig verworfen.

Auf die Rechtsbeschwerde des Gesamtbetriebsrats wird der genannte Beschluss des Landesarbeitsgerichts teilweise aufgehoben, soweit das Landesarbeitsgericht den Beschwerden der Antragsteller gegen den Beschluss des Arbeitsgerichts Frankfurt am Main vom 4. März 2015 - 17 BV 420/14 - entsprochen hat.

Die Beschwerden der Antragsteller gegen den genannten Beschluss des Arbeitsgerichts Frankfurt am Main werden zurückgewiesen.

## **Von Rechts wegen!**

### **Gründe**

A. Die Beteiligten streiten noch darüber, ob die Auswahlentscheidung über die vollständige Freistellung von Gesamtbetriebsratsmitgliedern von der Arbeitsleistung nach den Grundsätzen der Verhältniswahl vorzunehmen ist, wenn mehr als ein Wahlvorschlag vorliegt. 1

Der zu 11. beteiligte Gesamtbetriebsrat ist bei der zu 12. beteiligten Arbeitgeberin gebildet. Die Antragsteller (ursprünglich Beteiligte zu 1. bis 10., zuletzt noch Beteiligte zu 2., 5., 7. und 9.) und die Beteiligten zu 13. bis 16. sind Mitglieder des Gesamtbetriebsrats. 2

Zwischen dem Gesamtbetriebsrat und der Arbeitgeberin besteht Einvernehmen darüber, dass aufgrund der umfangreichen Aufgaben des Gesamtbetriebsrats und der Unternehmensgröße die Freistellung von vier Mitgliedern des Gesamtbetriebsrats von der Arbeitsleistung erforderlich ist. Für die am 4. Juni 2014 erfolgte Auswahlentscheidung über die freizustellenden Mitglieder waren zwei Vorschlagslisten eingereicht worden. Bei der Abstimmung entfielen 14.257 Stimmen auf die Liste, auf der die Beteiligten zu 13. bis 16. kandidiert hatten, und 4.509 Stimmen auf die Liste, auf der sich die Antragsteller beworben hatten. Daraufhin stellte der Versammlungsleiter fest, dass die Beteiligten zu 13. bis 16. gewählt waren. 3

Die Antragsteller haben die Auffassung vertreten, die Auswahlentscheidung über die vollständige Freistellung von Gesamtbetriebsratsmitgliedern müsse in entsprechender Anwendung von § 38 Abs. 2 BetrVG nach den Grundsätzen der Verhältniswahl durchgeführt werden, wenn mehr als eine Vorschlagsliste vorliege. Das gebiete der Minderheitenschutz. 4

Die Antragsteller haben - soweit für die Rechtsbeschwerde noch von Bedeutung - beantragt, 5

den Gesamtbetriebsrat zu verpflichten, die Auswahlentscheidung über die vollständige Freistellung von Gesamtbetriebsratsmitgliedern von der Arbeitsleistung dann, wenn mehr als ein Wahlvorschlag vorliegt, nach den Grundsätzen der Verhältniswahl durchzuführen.

Der Gesamtbetriebsrat und die Beteiligten zu 13. bis 16. haben beantragt, den Antrag abzuweisen. Die Arbeitgeberin hat keinen Antrag gestellt. 6

Das Arbeitsgericht hat den Antrag abgewiesen. Auf die Beschwerden der Antragsteller hat das Landesarbeitsgericht den erstinstanzlichen Beschluss, mit dem das Arbeitsgericht auch über weitere Streitgegenstände entschieden hatte, teilweise abgeändert und dem Antrag entsprochen. Mit ihren Rechtsbeschwerden verfolgen der Gesamtbetriebsrat und die Beteiligten zu 13. bis 16. ihre Abweisungsanträge weiter. 7

Nach Einlegung und Begründung der Rechtsbeschwerden hat der Gesamtbetriebsrat am 5. Juni 2018 erneut durch Mehrheitsentscheidung die Beteiligten zu 13. bis 16. als freizustellende Mitglieder des Gesamtbetriebsrats bestimmt. 8

B. Die Rechtsbeschwerden der Beteiligten zu 13. bis 16. sind unzulässig. Die Rechtsbeschwerde des beteiligten Gesamtbetriebsrats ist zulässig und begründet. Sie führt zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung, soweit das Landesarbeitsgericht den Beschwerden der Antragsteller entsprochen hat, und insoweit zur Zurückweisung der Beschwerden der Antragsteller gegen den Beschluss des Arbeitsgerichts. Der in der Rechtsbeschwerde noch anhängige Antrag ist unbegründet. 9

- I. Die Rechtsbeschwerden der Beteiligten zu 13. bis 16. sind unzulässig. 10  
Die Beteiligten zu 13. bis 16. sind durch die angefochtene Entscheidung nicht beschwert und damit nicht rechtsbeschwerdebefugt.
1. Die Zulässigkeit eines Rechtsmittels setzt voraus, dass der Rechtsmittelführer durch die angefochtene Entscheidung beschwert ist und mit seinem Rechtsmittel gerade die Beseitigung dieser Beschwer begehrt. Die Rechtsmittelbefugnis im Beschlussverfahren folgt der Beteiligungsbefugnis. Deshalb ist nur rechtsbeschwerdebefugt, wer nach § 83 Abs. 3 ArbGG am Verfahren beteiligt ist (*BAG 17. April 2012 - 1 ABR 5/11 - Rn. 19 mwN, BAGE 141, 110*). Das ist eine Person oder Stelle, die durch die zu erwartende Entscheidung in ihrer betriebsverfassungsrechtlichen Rechtsposition unmittelbar betroffen wird. Fehlt die Rechtsbeschwerdebefugnis, ist das Rechtsmittel als unzulässig zu verwerfen (*BAG 8. November 2011 - 1 ABR 42/10 - Rn. 12*). 11
2. Danach sind die Beteiligten zu 13. bis 16. nicht rechtsbeschwerdebefugt. Die Beteiligten zu 13. bis 16., die am 4. Juni 2014 und 5. Juni 2018 als freizustellende Mitglieder des Gesamtbetriebsrats bestimmt wurden, sind durch die angefochtene Entscheidung darüber, ob der Gesamtbetriebsrat verpflichtet ist, die Auswahlentscheidung über die vollständige Freistellung von Gesamtbetriebsratsmitgliedern von der Arbeitsleistung nach den Grundsätzen der Verhältniswahl durchzuführen, wenn mehr als ein Wahlvorschlag vorliegt, nicht unmittelbar in ihrer betriebsverfassungsrechtlichen Rechtsposition betroffen. Ihre betriebsverfassungsrechtliche Rechtsposition hängt davon ab, ob sie bei einer konkreten Wahl oder Auswahlentscheidung wirksam zu freizustellenden Mitgliedern des Gesamtbetriebsrats gewählt oder bestimmt wurden, nicht jedoch von der von einer konkreten Wahl oder Auswahlentscheidung losgelösten Frage, nach welchen Grundsätzen eine Wahl durchzuführen oder eine Auswahlentscheidung zu treffen ist. 12

- II. Die Rechtsbeschwerde des Gesamtbetriebsrats ist zulässig und begründet. 13
1. Die Rechtsbeschwerde des Gesamtbetriebsrats ist zulässig. Sie ist entgegen der Ansicht der Antragsteller ordnungsgemäß begründet. 14
- a) Nach § 94 Abs. 2 Satz 2 ArbGG muss die Rechtsbeschwerdebegründung angeben, welche rechtliche Bestimmung durch den angefochtenen Beschluss verletzt sein soll und worin diese Verletzung besteht. Dazu hat die Rechtsbeschwerdebegründung den Rechtsfehler des Landesarbeitsgerichts so aufzuzeigen, dass Gegenstand und Richtung ihres Angriffs erkennbar sind. Dies erfordert eine Auseinandersetzung mit den tragenden Gründen des angefochtenen Beschlusses. Der Rechtsbeschwerdeführer muss darlegen, warum er die Begründung des Beschwerdegerichts für unrichtig hält (*vgl. etwa BAG 23. Februar 2016 - 1 ABR 82/13 - Rn. 19 mwN*). 15
- b) Die Rechtsbeschwerdebegründung wird diesen Anforderungen gerecht. Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, die Wahl der freizustellenden Mitglieder des Gesamtbetriebsrats sei in analoger Anwendung von § 38 Abs. 2 BetrVG nach den Grundsätzen der Verhältniswahl durchzuführen, wenn mehr als ein Wahlvorschlag vorliegt. Der Gesamtbetriebsrat macht mit der Rechtsbeschwerde geltend, die Voraussetzungen einer analogen Anwendung von § 38 Abs. 2 BetrVG lägen nicht vor. Die Freistellung von Mitgliedern des Gesamtbetriebsrats erfolge nach § 37 Abs. 2 BetrVG; für eine analoge Anwendung des § 38 Abs. 2 BetrVG sei angesichts der eindeutigen Regelung in § 51 Abs. 1 BetrVG kein Raum. Damit zeigt der Gesamtbetriebsrat den aus seiner Sicht bestehenden Rechtsfehler des Landesarbeitsgerichts auf. Träfe seine Argumentation zu, wäre die Rüge geeignet, die angefochtene Entscheidung insgesamt in Frage zu stellen. 16
2. Die Rechtsbeschwerde des Gesamtbetriebsrats ist begründet. Das Landesarbeitsgericht hat dem Antrag, den Gesamtbetriebsrat zu verpflichten, die Auswahlentscheidung über die vollständige Freistellung von Gesamtbetriebsratsmitgliedern von der Arbeitsleistung nach den Grundsätzen der Ver- 17

hältniswahl durchzuführen, wenn mehr als ein Wahlvorschlag vorliegt, zu Unrecht stattgegeben. Der Antrag ist zwar zulässig, aber unbegründet.

- a) Der Antrag ist in der gebotenen Auslegung zulässig. 18
- aa) Der Antrag ist trotz seiner Formulierung, die auf einen Leistungsantrag hindeutet, als Feststellungsantrag zu verstehen. Das Ziel der Antragsteller kann durch eine Feststellung der streitigen Verpflichtung erreicht werden. Ein dem Leistungsantrag stattgebender Titel wäre auf die Vornahme einer unvertretbaren Handlung gerichtet. Ein solcher Titel wäre gegenüber dem vermögenslosen Gesamtbetriebsrat nicht vollstreckbar (*vgl. zum Betriebsrat BAG 28. Mai 2014 - 7 ABR 36/12 - Rn. 18, BAGE 148, 182; 17. März 2010 - 7 ABR 95/08 - Rn. 27, BAGE 133, 342*) und hätte damit ebenfalls nur feststellenden Charakter. Dieses Antragsverständnis haben die Antragsteller in der mündlichen Anhörung vor dem Senat bestätigt. 19
- bb) Mit diesem Inhalt ist der Antrag zulässig. 20
- (1) Der Antrag erfüllt die Voraussetzungen des § 256 Abs. 1 ZPO. 21
- (a) Der Antrag ist auf die Feststellung eines Rechtsverhältnisses gerichtet, nämlich die Verpflichtung des Gesamtbetriebsrats, die Auswahlentscheidung über die Freistellung von Gesamtbetriebsratsmitgliedern von der Arbeitsleistung nach den Grundsätzen der Verhältniswahl vorzunehmen, wenn mehr als ein Wahlvorschlag vorliegt. Ein Feststellungsantrag iSv. § 256 Abs. 1 ZPO muss sich nicht notwendig auf ein Rechtsverhältnis insgesamt erstrecken, sondern kann sich - wie hier - auch auf einzelne Verpflichtungen aus dem Rechtsverhältnis beschränken (*vgl. etwa BAG 15. Mai 2018 - 1 AZR 37/17 - Rn. 11; 25. Oktober 2017 - 7 AZR 731/15 - Rn. 19 mwN*). 22
- (b) Für den Antrag besteht auch das nach § 256 Abs. 1 ZPO erforderliche Feststellungsinteresse, da die Antragsteller und der Gesamtbetriebsrat über das Verfahren bei der Bestimmung der freizustellenden Mitglieder des Gesamtbetriebsrats streiten und damit zu rechnen ist, dass sich diese Frage auch bei 23

künftigen Auswahlentscheidungen über die Freistellung von Gesamtbetriebsratsmitgliedern stellen wird.

- (2) Die Antragsteller sind antragsbefugt. 24
- (a) Die Antragsbefugnis im arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahren setzt voraus, dass der Antragsteller durch die begehrte Entscheidung in einer betriebsverfassungsrechtlichen Rechtsposition betroffen sein kann. Das ist regelmäßig nur dann der Fall, wenn er eigene Rechte geltend macht und dies nicht von vornherein als aussichtslos erscheint. Einzelne Mitglieder des Gesamtbetriebsrats können gegenüber dem Gesamtbetriebsrat die Unwirksamkeit von Beschlüssen oder die Rechtswidrigkeit von Handlungen daher nicht unabhängig von einem Eingriff in eine eigene betriebsverfassungsrechtliche Rechtsposition geltend machen (*vgl. zur Antragsbefugnis von Betriebsratsmitgliedern BAG 7. Juni 2016 - 1 ABR 30/14 - Rn. 16, BAGE 155, 221*). 25
- (b) Die Antragsteller machen geltend, durch die Vornahme einer Freistellungswahl als Mehrheitswahl in ihren Rechten als Mitglieder einer Minderheit im Gesamtbetriebsrat verletzt zu sein. Der darin liegende Eingriff in eine eigene betriebsverfassungsrechtliche Rechtsposition erscheint nicht von vornherein aussichtslos. 26
- b) Der Antrag ist unbegründet. Das Landesarbeitsgericht hat zu Unrecht angenommen, dass der Gesamtbetriebsrat verpflichtet ist, die Wahl der freizustellenden Mitglieder des Gesamtbetriebsrats nach den Grundsätzen der Verhältniswahl durchzuführen, wenn mehr als ein Wahlvorschlag vorliegt. § 38 Abs. 2 BetrVG findet auf die Bestimmung der freizustellenden Mitglieder des Gesamtbetriebsrats keine Anwendung. 27
- aa) Die generelle (Teil-)Freistellung eines oder mehrerer Mitglieder des Gesamtbetriebsrats richtet sich nicht nach § 38 BetrVG, sondern nach § 37 Abs. 2 BetrVG. 28

(1) § 38 Abs. 1 BetrVG ist auf den Gesamtbetriebsrat nicht anwendbar 29  
(*allg. Ansicht, vgl. etwa Fitting 29. Aufl. § 51 Rn. 44; Weber GK-BetrVG 11. Aufl. § 38 Rn. 3; Annuß in Richardi BetrVG 16. Aufl. § 51 Rn. 51*). In § 51 Abs. 1 BetrVG, der für die Geschäftsführung des Gesamtbetriebsrats auf einzelne für den Betriebsrat geltende Vorschriften Bezug nimmt, fehlt eine Verweisung auf § 38 BetrVG. Die Verweisungsvorschriften in § 51 Abs. 1 BetrVG sind abschließend. Sie können insbesondere nicht durch die allgemeine Bezugnahme auf Rechte und Pflichten des Betriebsrats wie in § 51 Abs. 5 BetrVG erweitert werden (*vgl. BAG 11. November 2009 - 7 ABR 26/08 - Rn. 25, BAGE 132, 232*).

(2) Der Gesamtbetriebsrat kann jedoch einen eigenen Anspruch auf eine 30  
generelle (Teil-)Freistellung eines oder mehrerer seiner Mitglieder auf § 51 Abs. 1 iVm. § 37 Abs. 2 BetrVG stützen, sofern er die Freistellung für die ordnungsgemäße Durchführung seiner Aufgaben für erforderlich halten darf (*zum Konzernbetriebsrat vgl. BAG 23. Mai 2018 - 7 ABR 14/17 - Rn. 26 ff.*).

(a) Nach § 37 Abs. 2 BetrVG sind die Mitglieder des Betriebsrats ohne 31  
Minderung des Arbeitsentgelts von ihrer Arbeitspflicht zu befreien, wenn und soweit dies zur ordnungsgemäßen Durchführung ihrer Aufgaben erforderlich ist. Diese Vorschrift gewährt einen Anspruch auf Arbeitsbefreiung in erster Linie für die Wahrnehmung von betriebsverfassungsrechtlichen Aufgaben im Einzelfall. Allerdings kann der Betriebsrat von dem Arbeitgeber auch ohne Vorliegen der Voraussetzungen des § 38 Abs. 1 BetrVG auf der Grundlage von § 37 Abs. 2 BetrVG verlangen, eines oder mehrere seiner Mitglieder dauerhaft von der Arbeitspflicht zu befreien, sofern nach Art und Umfang des Betriebs die (zusätzliche) Freistellung zur ordnungsgemäßen Durchführung der dem Betriebsrat obliegenden Aufgaben erforderlich ist (*BAG 12. Februar 1997 - 7 ABR 40/96 - zu B 1 der Gründe; 26. Juni 1996 - 7 ABR 48/95 - zu B II 2 a der Gründe, BAGE 83, 234; 13. November 1991 - 7 ABR 5/91 - zu B II 1 der Gründe, BAGE 69, 34*). Dieser auf § 37 Abs. 2 BetrVG gestützte Freistellungsanspruch kann sowohl über die Mindeststaffel des § 38 Abs. 1 BetrVG hinausgehende Freistellungen als auch Freistellungen in Betrieben mit regelmäßig weniger als 200 Arbeitnehmern, für die § 38 Abs. 1 BetrVG keine generellen Freistellungen

vorsieht, rechtfertigen (vgl. BAG 13. November 1991 - 7 ABR 5/91 - zu B II 1 der Gründe, aaO).

(b) Eine pauschale Freistellung nach § 37 Abs. 2 BetrVG kann gemäß § 51 Abs. 1 BetrVG auch der Gesamtbetriebsrat für seine Mitglieder geltend machen (zum Konzernbetriebsrat BAG 23. Mai 2018 - 7 ABR 14/17 - Rn. 28). 32

(aa) Dafür spricht bereits der Gesetzeswortlaut. Nach § 51 Abs. 1 BetrVG gilt § 37 Abs. 2 BetrVG für den Gesamtbetriebsrat entsprechend. Daher können nach § 37 Abs. 2 BetrVG - neben anlassbezogenen Arbeitsbefreiungen - vom Gesamtbetriebsrat auch generelle (Teil-)Freistellungen von Gesamtbetriebsratsmitgliedern beansprucht werden, sofern dies zur ordnungsgemäßen Durchführung seiner Aufgaben erforderlich ist (zum Konzernbetriebsrat BAG 23. Mai 2018 - 7 ABR 14/17 - Rn. 29). 33

(bb) Dem steht nicht entgegen, dass mangels Verweisung auf § 38 Abs. 1 BetrVG in § 51 Abs. 1 BetrVG für den Gesamtbetriebsrat die für den Betriebsrat in § 38 Abs. 1 BetrVG geregelte generelle Freistellungsmöglichkeit nicht gegeben ist. Daraus kann nicht geschlossen werden, dass dem Gesamtbetriebsrat nach der gesetzlichen Konzeption ständige Freistellungen grundsätzlich - also auch auf der Grundlage von § 37 Abs. 2 BetrVG - verwehrt sind. Vielmehr regelt die auch auf den Gesamtbetriebsrat und seine Mitglieder nach § 51 Abs. 1 BetrVG anwendbare Norm des § 37 Abs. 2 BetrVG den betriebsverfassungsrechtlichen Grundsatz zur Arbeitsbefreiung von Mandatsträgern, die für den Betriebsrat durch die Sonderregelung in § 38 Abs. 1 BetrVG ergänzt wurde, wonach dem Betriebsrat in Abhängigkeit von der Belegschaftsstärke Freistellungen zugewiesen sind (vgl. BAG 26. Juni 1996 - 7 ABR 48/95 - zu B II 2 a der Gründe, BAGE 83, 234; 26. Juli 1989 - 7 ABR 64/88 - BAGE 63, 1). Für die in § 38 Abs. 1 BetrVG genannte Mindestzahl von Freistellungen wird aufgrund der Belegschaftsstärke des Betriebs unwiderleglich vermutet, dass diese zur ordnungsgemäßen Wahrnehmung der betriebsverfassungsrechtlichen Aufgaben erforderlich sind. Zusätzliche Freistellungen können auf § 37 Abs. 2 BetrVG gestützt werden. Dazu bedarf es der Darlegung der Erforderlichkeit (vgl. BAG 26. Juli 1989 - 7 ABR 64/88 - zu B I 2 der Gründe, aaO). Damit regelt § 38 34

Abs. 1 BetrVG nicht abschließend die pauschale Freistellung von Mandatsträgern. Die fehlende Verweisung auf § 38 Abs. 1 BetrVG in § 51 Abs. 1 BetrVG schließt auf § 37 Abs. 2 BetrVG gestützte (Teil-)Freistellungen für den Gesamtbetriebsrat daher nicht aus (*zum Konzernbetriebsrat vgl. BAG 23. Mai 2018 - 7 ABR 14/17 - Rn. 30*).

bb) Der Gesamtbetriebsrat entscheidet über die ggf. ständig freizustellenden Mitglieder nach § 51 Abs. 3 Satz 1 und Satz 2 BetrVG durch Mehrheitsbeschluss. § 38 Abs. 2 BetrVG findet auf die Bestimmung der freizustellenden Mitglieder des Gesamtbetriebsrats keine Anwendung. 35

(1) Nach § 38 Abs. 2 Satz 1 BetrVG werden die freizustellenden Mitglieder des Betriebsrats nach Beratung mit dem Arbeitgeber vom Betriebsrat aus seiner Mitte in geheimer Wahl und nach den Grundsätzen der Verhältniswahl gewählt. Wird nur ein Wahlvorschlag gemacht, so erfolgt die Wahl nach den Grundsätzen der Mehrheitswahl, § 38 Abs. 2 Satz 2 Halbs. 1 BetrVG. 36

(2) Das in § 38 Abs. 2 BetrVG geregelte Wahlverfahren findet aufgrund der fehlenden Verweisung in § 51 Abs. 1 BetrVG auf § 38 BetrVG auf die Freistellung von Gesamtbetriebsratsmitgliedern keine unmittelbare Anwendung. 37

(3) Entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts ist § 38 Abs. 2 BetrVG auf die Freistellung von Mitgliedern des Gesamtbetriebsrats auch nicht entsprechend anwendbar (*vgl. HWGNRH/Glock BetrVG 10. Aufl. § 51 Rn. 63; MüArbR/Joost 3. Aufl. § 225 Rn. 78; Kreuzt/Franzen GK-BetrVG 11. Aufl. § 51 Rn. 55; aA Annuß in Richardi BetrVG 16. Aufl. § 51 Rn. 51; Fitting 29. Aufl. § 51 Rn. 44*). Die Voraussetzungen für eine entsprechende Anwendung der Vorschrift liegen nicht vor. 38

(a) Analoge Gesetzesanwendung setzt das Bestehen einer unbewussten Regelungslücke voraus. Hat sich der Gesetzgeber bewusst für die Regelung oder Nichtregelung eines bestimmten Sachverhalts entschieden, sind die Gerichte nicht befugt, sich über die gesetzgeberische Entscheidung durch eine Auslegung der Vorschrift hinwegzusetzen (*BAG 11. November 2009 - 7 ABR* 39

26/08 - Rn. 22, BAGE 132, 232). Eine unbewusste Regelungslücke kann durch die analoge Anwendung einer Vorschrift geschlossen werden, wenn der gesetzessprachlich nicht erfasste, dh. gesetzlich unregelte Fall nach Maßgabe des Gleichheitssatzes und zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen nach der gleichen Rechtsfolge verlangt, wie die gesetzessprachlich erfassten Fälle (BAG 11. November 2009 - 7 ABR 26/08 - Rn. 22, aaO; 29. September 2004 - 1 ABR 39/03 - zu B III 2 b der Gründe, BAGE 112, 100).

(b) Nach diesen Grundsätzen kommt die entsprechende Anwendung von § 38 Abs. 2 BetrVG auf die Bestimmung der nach § 37 Abs. 2 BetrVG ständig freizustellenden Mitglieder des Gesamtbetriebsrats nicht in Betracht. 40

(aa) Das Fehlen einer Bezugnahme in § 51 Abs. 1 BetrVG auf das in § 38 Abs. 2 BetrVG geregelte Wahlverfahren stellt keine planwidrige Regelungslücke im Hinblick auf das Verfahren zur Bestimmung von nach § 37 Abs. 2 BetrVG freizustellenden Gesamtbetriebsratsmitgliedern dar. Der Gesetzgeber hat für die Auswahl der freizustellenden Mitglieder des Betriebsrats in § 38 Abs. 2 BetrVG ein Wahlverfahren vorgesehen, das nicht nur für die Wahl der nach § 38 Abs. 1 BetrVG freizustellenden Betriebsratsmitglieder, sondern auch für die Wahl der nach § 37 Abs. 2 BetrVG zusätzlich freizustellenden Mitglieder des Betriebsrats gilt (vgl. BAG 20. April 2005 - 7 ABR 47/04 - zu B II 1 b der Gründe, BAGE 114, 236). Dagegen hat der Gesetzgeber für den Gesamtbetriebsrat bewusst von einer Verweisung auf § 38 Abs. 2 BetrVG abgesehen. Es kann nicht angenommen werden, er habe dabei den ggf. bestehenden Freistellungsanspruch des Gesamtbetriebsrats nach § 37 Abs. 2 BetrVG übersehen und deshalb die Verweisung auf § 38 Abs. 2 BetrVG unterlassen. Durch die fehlende Verweisung auf § 38 Abs. 2 BetrVG ist die gesetzliche Regelung hinsichtlich der Verteilung der erforderlichen Freistellungen auf die Gesamtbetriebsratsmitglieder nicht unvollständig. Vielmehr hat der Gesamtbetriebsrat - soweit keine gesonderte Regelung besteht - nach § 51 Abs. 3 Satz 1 und Satz 2 BetrVG durch Mehrheitsbeschluss zu entscheiden. In den Fällen, in denen der Gesetzgeber die Beachtung der Verhältniswahl für geboten hält, hat er dies ausdrücklich in die betreffende Norm aufgenommen (§ 27 Abs. 1 Satz 3, §§ 28, 38 41

Abs. 2 BetrVG). Hieraus folgt im Umkehrschluss, dass in den übrigen Fällen das Mehrheitsprinzip gilt (*BAG 21. Juli 2004 - 7 ABR 58/03 - zu B II 4 der Gründe, BAGE 111, 269*).

(bb) Eine entsprechende Anwendung von § 38 Abs. 2 BetrVG auf die Bestimmung der freizustellenden Mitglieder des Gesamtbetriebsrats ist auch nicht zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen erforderlich. 42

Die Einführung der Verhältniswahl bei der Freistellung von Mitgliedern des Betriebsrats nach § 38 Abs. 2 BetrVG erfolgte durch das am 1. Januar 1989 in Kraft getretene Gesetz zur Änderung des Betriebsverfassungsgesetzes, über Sprecherausschüsse der leitenden Angestellten und zur Sicherung der Montan-Mitbestimmung (*BGBI. I 1988 S. 2312 ff.*). Durch dieses Gesetz sollten, „um mehr Demokratie im betrieblichen Alltag zu verwirklichen“, 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 Entwurfsbegründung zur Änderung 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*). 43

Diese Erwägungen gelten nicht gleichermaßen für den Gesamtbetriebsrat. Bei der Bildung und der personellen Zusammensetzung des Gesamtbetriebsrats ist - anders als bei der Wahl des Betriebsrats - ein Minderheitenschutz nicht vorgesehen. Die Mitglieder des Gesamtbetriebsrats werden von den im Unternehmen bestehenden Betriebsräten nach § 47 Abs. 2 BetrVG durch Geschäftsführungsbeschluss mit einfacher Stimmenmehrheit nach § 33 Abs. 1 BetrVG in den Gesamtbetriebsrat entsandt (*BAG 21. Juli 2004 - 7 ABR* 44

58/03 - BAGE 111, 269). Dabei findet keine Verhältniswahl statt. Diese ist auch nicht aus Gründen des Minderheitenschutzes geboten (vgl. BAG 21. Juli 2004 - 7 ABR 58/03 - zu B II 5 der Gründe, aaO). Es ist dann folgerichtig, auch die Bestimmung der freizustellenden Gesamtbetriebsratsmitglieder nicht nach den Grundsätzen der Verhältniswahl vorzunehmen.

Dem steht nicht entgegen, dass die weiteren Mitglieder des Gesamtbetriebsausschusses gemäß § 51 Abs. 1 Satz 2 iVm. § 27 Abs. 1 Satz 3 BetrVG nach den Grundsätzen der Verhältniswahl zu wählen sind (BAG 21. Juli 2004 - 7 ABR 62/03 - zu B II 1 der Gründe, BAGE 111, 276). Damit soll den einer Minderheitskoalition angehörenden Mitgliedern des Gesamtbetriebsrats eine Mitarbeit im Gesamtbetriebsausschuss ermöglicht werden. Diese Mitarbeit setzt eine generelle Freistellung nicht zwingend voraus. Der Regelung in § 51 Abs. 1 Satz 2 iVm. § 27 Abs. 1 Satz 3 BetrVG lässt sich kein allgemeines Prinzip des Minderheitenschutzes beim Zugang zur Arbeit des Gesamtbetriebsrats entnehmen. Der Minderheitenschutz ist auch kein allgemeines Prinzip der Betriebsverfassung (BAG 21. Juli 2004 - 7 ABR 58/03 - zu B II 4 der Gründe, BAGE 111, 269). Der in § 51 Abs. 1 Satz 2 iVm. § 27 Abs. 1 Satz 3 BetrVG vorgesehene Minderheitenschutz ist auf die Wahl der weiteren Mitglieder des Gesamtbetriebsausschusses beschränkt. Er gilt auch nicht für die Wahl der Mitglieder der anderen Ausschüsse des Gesamtbetriebsrats (BAG 21. Juli 2004 - 7 ABR 62/03 - zu B II 1 b bb der Gründe, aaO).

45

(cc) Schließlich ist zu berücksichtigen, dass bei der Entscheidung über pauschale Freistellungen von Gesamtbetriebsratsmitgliedern nach § 37 Abs. 2 BetrVG - anders als bei der Verteilung der Freistellungen auf die Betriebsratsmitglieder - durch das Gremium eine Erforderlichkeitsbeurteilung zu erfolgen hat, bei der regelmäßig sowohl Umstände der Aufgabenverteilung als auch Erwägungen zur personellen Verteilung der Freistellungen ineinandergreifen. Die-

46

ser Besonderheit bei der Bestimmung der freizustellenden Mitglieder des Gesamtbetriebsrats würde ein Wahlverfahren nicht gerecht. 47

Gräfl

Waskow

M. Rennpferdt

Busch

H. Hansen