

Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht

Zweiwochenschrift für die betriebliche Praxis

NZA 9/2025

10. Mai 2025 · 42. Jahrgang · Seite 593–664

In Zusammenarbeit mit der Neuen Juristischen Wochenschrift herausgegeben von:

Prof. Dr. Jobst-Hubertus Bauer, Rechtsanwalt, Stuttgart – Dr. Susanne Clemenz, Rechtsanwältin, Gütersloh – Prof. Dr. Johannes Peter Francken, Präsident des LAG Baden-Württemberg a. D., Freiburg – Inken Gallner, Präsidentin des BAG, Erfurt – Edith Gräfl, Vorsitzende Richterin am BAG a. D., Erfurt – Prof. Dr. Matthias Jacobs, Bucerius Law School, Hamburg – Prof. Dr. Thomas Klebe, Hugo Sinzheimer Institut für Arbeitsrecht (HSI), Frankfurt a. M. – Prof. Dr. Eckhard Kreßel, Vorsitzender des Vorstandes der Berufsgenossenschaft Holz und Metall, Stuttgart – Prof. Dr. Mark Lembke, Rechtsanwalt, Frankfurt a. M. – Prof. Dr. Stefan Lunk, Rechtsanwalt, Hamburg – Prof. Dr. Dr. h. c. Ulrich Preis †, Universität zu Köln – Prof. Dr. Reinhard Richardi, Universität Regensburg – Ingrid Schmidt, Präsidentin des BAG a. D., Erfurt – Prof. Dr. Klaus Schmidt, Präsident des LAG Rheinland-Pfalz a. D., Heidelberg – Prof. Dr. Jens Schubert, BTU Cottbus-Senftenberg – Prof. Dr. Achim Schunder, Rechtsanwalt, Frankfurt a. M.

Schriftleitung: Prof. Dr. Achim Schunder, Dr. Jochen Wallisch und Martin Wildschütz
Beethovenstr. 7b, 60325 Frankfurt a. M.

Aufsätze und Berichte

Rechtsanwalt Dr. Andreas Schönhöft und Rechtsanwältin Anja Stückemann*

Risiken der Beschlussfassung des Betriebsrats unter Beteiligung von Ersatzmitgliedern

Nach der Konzeption des BetrVG handelt der Betriebsrat als Kollegialorgan und bildet seinen gemeinsamen Willen durch Beschluss. Betriebsratsgremien organisieren die Beschlussfassung selbst. In der Praxis entziehen sich die Vorgänge der Beschlussfassung in Betriebsratsgremien als Teil der innerbetrieblichen Willensbildung der Kenntnis des Arbeitgebers. Dies gilt umso mehr in Betrieben mit großen Betriebsratsgremien, in denen allein die Anzahl der zu ladenden Betriebsratsmitglieder nicht nur in Urlaubszeiten eine Herausforderung ist. Dies betrifft besonders die Ladung eines Ersatzmitglieds als Stellvertreter für ein zeitweilig verhindertes Betriebsratsmitglied nach § 25 I 2 BetrVG, welche ausschließlich dem Betriebsratsvorsitzenden überlassen ist. Insoweit zeigt sich allerdings in der Praxis, dass dieser Vorgang einen genaueren Blick des Arbeitgebers notwendig machen kann.

I. Einleitung

Werden die Ersatzmitglieder für vermeintlich zeitweilig verhinderte Betriebsratsmitglieder fehlerhaft geladen, wird man, soweit kein seltener Fall der Rechtsscheinhaftung vorliegt,¹ regelmäßig von der Unwirksamkeit der Beschlüsse ausgehen müssen, die unter Beteiligung von fehlerhaft geladenen Ersatzmitgliedern getroffen werden.² Dies eröffnet erhebliche Risiken für den Arbeitgeber nicht nur in personellen Angelegenheiten, sondern in allen zwingenden Mitbestimmungsfragen, da diese Beschlüsse in der Regel nicht rückwirkend geheilt werden können.³ Eine insoweit fahrlässige Haltung gegenüber der Organisation der Betriebsratsgremien und der

Ladung von stellvertretenden Ersatzmitgliedern kann daher erhebliche und ungewollte Folgen mit sich bringen.

II. Ersatzmitgliedschaft und Stellvertretung im Verhinderungsfall

Wenn ein Mitglied des Betriebsrats zeitweilig verhindert ist, rückt gem. § 25 I 2 BetrVG ein Ersatzmitglied als Stellvertreter nach. Ersatzmitglieder sind nicht gewählte Wahlbewerber,⁴ wobei in der Praxis nicht zwischen der Nachfolge bei dauerhaftem Ausscheiden eines Betriebsratsmitglieds (§ 25 I 1 BetrVG) und der Vertretung bei einer vorübergehenden Verhinderung (§ 25 I 2 BetrVG) unterschieden wird. In beiden Fällen spricht man von der Ladung eines „Ersatzmitglieds“. Bei einer vorübergehenden Verhinderung agiert das Ersatzmitglied jedoch nur für die Dauer der Verhinderung als gesetzli-

* Der Autor Schönhöft ist Fachanwalt für Arbeitsrecht und Steuerrecht sowie Wirtschaftsmediator, die Autorin Stückemann ist Rechtsanwältin und Wirtschaftsmediatorin, beide in Hamburg. – Der besseren Lesbarkeit halber wird im Folgenden ausschließlich das generische Maskulinum verwendet. Sämtliche Personenbezeichnungen gelten gleichermaßen für alle Geschlechter (m/w/d).

- 1 S. Schönhöft/Kessenich NZA-RR 2017, 1; Lembke NZA 2021, 1665; BAG 8.2.2022 – 1 AZR 233/21, BAGE 177, 112 = NZA 2022, 984; Fuhlrott NZA-RR 2022, 446; Lützen NZA 2023, 939.
- 2 BAG 15.4.2014 – 1 ABR 2/13 (B), BAGE 148, 26 = NZA 2014, 551.
- 3 BAG 10.10.2007 – 7 ABR 51/06, BAGE 124, 188 = NZA 2008, 369, wonach eine „Heilung“ durch Genehmigung iSd § 184 I BGB nur bei rechtsgeschäftlichem Handeln des Betriebsratsvorsitzenden möglich ist; s. weiter Bsp. bei Lembke NZA 2021, 1665 (1666).
- 4 ErfK/Koch, 25. Aufl. 2025, BetrVG § 25 Rn. 2.

cher Vertreter des verhinderten Mitglieds und wird nicht dauerhaft Teil des Betriebsrats.

Bei § 25 BetrVG handelt es sich um zwingendes Recht, das nicht abbedungen werden kann.⁵ Die Vorschrift dient dem Zweck, die Kontinuität der Betriebsratsarbeit und der Beschlussfassung durch den Betriebsrat nach § 33 BetrVG sicherzustellen sowie eine möglichst vollständige und stetige Besetzung des Betriebsrats zu gewährleisten.⁶ Für die Stellvertretung durch ein Ersatzmitglied ist weder ein Betriebsratsbeschluss, noch eine Benachrichtigung durch den Betriebsratsvorsitzenden, noch eine Annahmeerklärung des Stellvertreters erforderlich.⁷ Das Nachrücken in den Betriebsrat tritt also mit Beginn des Verhinderungsfalls automatisch ein und hängt nicht davon ab, dass dem stellvertretenden Ersatzmitglied die Verhinderung des ordentlichen Mitglieds bekannt ist.⁸ Dafür, dass das stellvertretende Ersatzmitglied Kenntnis vom Vertretungsfall erhält, hat der Betriebsratsvorsitzende Sorge zu tragen. Der Betriebsratsvorsitzende hat das Ersatzmitglied im Hinblick auf eine ordnungsgemäße Geschäftsführung des Betriebsrats umgehend vom Vertretungsfall zu unterrichten und ist gem. § 29 II 6 BetrVG dazu verpflichtet, das Ersatzmitglied zu den während der Verhinderung anberaumten Sitzungen des Betriebsrats zu laden.⁹ Die Stellvertretung beginnt mit dem Eintreten und endet mit dem Wegfall des Verhinderungsgrundes. Neben dem stellvertretenden Ersatzmitglied darf daher nicht zeitgleich auch das verhinderte Mitglied tätig werden, weil anderenfalls die Verhinderung als Voraussetzung für die Stellvertretung fehlt.¹⁰

Während der Dauer der zeitweiligen Verhinderung ist das stellvertretende Ersatzmitglied kraft Gesetzes vollwertiges Mitglied des Betriebsrats und hat alle Rechte und Pflichten eines ordentlichen Mitglieds.¹¹ Im Hinblick auf die oft nur kurze Zeit der Stellvertretung wird sich der automatische Eintritt in den Betriebsrat jedoch nicht immer voll auswirken.¹² Besonders dann nicht, wenn während der Verhinderung gar keine Betriebsratssitzung stattfindet. Denn der Stellvertreter übernimmt nicht auch die Ämter und Funktionen innerhalb des Betriebsrats, die dem zeitweilig verhinderten Mitglied im Betriebsrat übertragen sind.¹³ Diese beruhen auf einem besonderen, ihm entgegengebrachten Vertrauen und bleiben ihm auch während der zeitweiligen Verhinderung erhalten.¹⁴ Das stellvertretende Ersatzmitglied wird also nicht automatisch Mitglied des Ausschusses, dem das verhinderte Betriebsratsmitglied angehört, sondern die Stellvertretung für den Ausschuss ist gesondert durch den Betriebsrat festzulegen. Gleiches gilt für eine Freistellung gem. § 38 I BetrVG. Auch diese geht nicht automatisch auf das Ersatzmitglied über, sondern es muss eine isolierte Nachwahl der Ersatzfreistellung durchgeführt werden. Eine solche wird allerdings nur in Ausnahmefällen überhaupt erforderlich werden, etwa bei Langzeiterkrankung oder längeren Kuraufenthalten. Kurzfristige Fehlzeiten hingegen sind durch die gesetzliche Mindeststaffel des § 38 I BetrVG bereits berücksichtigt¹⁵ und müssen durch die übrigen freigestellten Betriebsratsmitglieder überbrückt werden.¹⁶ Bei der Nachwahl der Ersatzfreistellung ist das zuvor angewendete Wahlverfahren zu beachten. Wurde die Freistellung durch Verhältniswahl gem. § 38 II 1 BetrVG bestimmt, wird das ersatzweise freizustellende Mitglied der Vorschlagsliste entnommen, der das zu ersetzende Mitglied angehörte.¹⁷ Ist die Liste erschöpft, erfolgt die Nachwahl per Mehrheitswahl. Ein Beschluss des Betriebsrats oder eine Dreiviertelmehrheit ist dafür nicht erforderlich.¹⁸

Ist der Betriebsrat im Wege der Verhältniswahl gewählt worden, rücken unter Berücksichtigung der Geschlechterquote des § 15 II BetrVG die Stellvertreter in der Reihenfolge nach, in

der sie auf der Liste aufgeführt sind, der das verhinderte Mitglied angehört.¹⁹ Die Einbindung des § 15 II BetrVG bei der Festlegung der Reihenfolge der Nachrücker soll die Repräsentation der Geschlechter auch dann noch gewährleisten, wenn ein gewähltes Betriebsratsmitglied sein Amt vorübergehend nicht ausüben kann.²⁰ Ist ein Mitglied des Minderheitengeschlechts zeitweilig abwesend, rückt der nächste Wahlbewerber desselben Geschlechts auf der betreffenden Vorschlagsliste automatisch nach. Die auf der Liste davorstehenden Bewerber des anderen Geschlechts werden übergangen.

III. Rechtliche Anforderungen an eine „echte“ zeitweilige Verhinderung

Nicht bei jeder Verhinderung eines Betriebsratsmitglieds liegt ein zeitweiliger Verhinderungsfall iSv § 25 I 2 BetrVG vor, der einen Fall der Stellvertretung kraft Gesetzes auslöst. Vielmehr darf ein Betriebsratsmitglied erst im Falle einer „echten“ zeitweiligen Verhinderung von einem Stellvertreter vertreten werden.²¹ Ob ein solch „echter“ zeitweiliger Verhinderungsfall vorliegt, entscheidet nicht das Betriebsratsmitglied, sondern dies ist rechtlich und tatsächlich festzustellen. Ein verhindertes Betriebsratsmitglied kann sich deshalb auch nicht einfach nach seinen eigenen Vorstellungen von einem Ersatzmitglied vertreten lassen.²² Eine Stellvertretung durch ein Ersatzmitglied

5 ErfK/Koch, 25. Aufl. 2025, BetrVG § 25 Rn. 1; Fitting, 31. Aufl. 2022, BetrVG § 25 Rn. 3; BeckOK ArbR/Besgen, 75. Ed. 1.3.2025, BetrVG § 25 Rn. 1.

6 ErfK/Koch, 25. Aufl. 2025, BetrVG § 25 Rn. 1; BeckOK ArbR/Besgen, 75. Ed. 1.3.2025, BetrVG § 25 Rn. 1.

7 ErfK/Koch, 25. Aufl. 2025, BetrVG § 25 Rn. 2–3; GK-BetrVG/Oetker, 12. Aufl. 2021, BetrVG § 25 Rn. 30; Richardi BetrVG/Thüsing, 17. Aufl. 2022, BetrVG § 25 Rn. 24; Wlotzke/Preis/Kreft/Wlotzke, 4. Aufl. 2009, BetrVG § 25 Rn. 4; Fitting, 31. Aufl. 2022, BetrVG § 25 Rn. 14; Henssler/Willemsen/Kalb/Reichold, 10. Aufl. 2022, BetrVG § 25 Rn. 8; vgl. auch BAG 17.1.1979 – 5 AZR 891/77, BB 1979, 888; 8.9.2011 – 2 AZR 388/10, NZA 2012, 400; Eich DB 1976, 47; LAG Hamburg 4.7.1977 – 5 Ca 464/76, BB 1977, 1602, offengelassen, ob es zumindest der Unterrichtung bedarf.

8 BAG 8.9.2011 – 2 AZR 388/10, NZA 2012, 400.

9 LAG Hamburg 12.3.1993 – 6 TaBV 4/92, BeckRS 1993, 30744215; ErfK/Koch, 25. Aufl. 2025, BetrVG § 25 Rn. 2.

10 Richardi BetrVG/Thüsing, 17. Aufl. 2022, BetrVG § 25 Rn. 26.

11 ErfK/Koch, 25. Aufl. 2025, BetrVG § 25 Rn. 2; BeckOK ArbR/Besgen, 75. Ed. 1.3.2025, BetrVG § 25 Rn. 2–4; Richardi BetrVG/Thüsing, 17. Aufl. 2022, BetrVG § 25 Rn. 26–28; BAG 6.9.1979 – 2 AZR 548/77, BB 1980, 317; 8.9.2011 – 2 AZR 388/10, NZA 2012, 400; 15.4.2014 – 1 ABR 2/13, BAGE 148, 26 = NZA 2014, 551.

12 Fitting, 31. Aufl. 2022, BetrVG § 25 Rn. 15.

13 Fitting, 31. Aufl. 2022, BetrVG § 25 Rn. 16; ErfK/Koch, 25. Aufl. 2025, BetrVG § 25 Rn. 2.

14 Däubler/Kittner/Klebe/Wedde/Buschmann, 16. Aufl. 2018, BetrVG § 25 Rn. 3; ErfK/Koch, 25. Aufl. 2025, BetrVG § 25 Rn. 8; Fitting, 31. Aufl. 2022, BetrVG § 25 Rn. 14; GK-BetrVG/Oetker, 12. Aufl. 2021, BetrVG § 25 Rn. 51; Richardi BetrVG/Thüsing, 17. Aufl. 2022, BetrVG § 25 Rn. 26; Henssler/Willemsen/Kalb/Reichold, 10. Aufl. 2022, BetrVG § 25 Rn. 11; vgl. auch BAG 6.9.1979 – 2 AZR 548/77, BB 1980, 317; LAG Hamm 29.10.1968 – 3 BV TA 7/68, DB 1968, 2283.

15 BAG 9.7.1997 – 7 ABR 18/96, NZA 1998, 164; ErfK/Koch, 25. Aufl. 2025, BetrVG § 38 Rn. 3.

16 ErfK/Koch, 25. Aufl. 2025, BetrVG § 38 Rn. 3.

17 BAG 25.4.2001 – 7 ABR 26/00, BAGE 97, 340 = NZA 2001, 977 (hier entschieden für das Nachrücken in die Freistellung eines ausgeschiedenen Betriebsratsmitglieds).

18 BAG 21.2.2018 – 7 ABR 54/16, NZA 2018, 951 Rn. 20.

19 Schulze/Mensing ArbRAktuell 2021, 599.

20 BT-Drs. 14/5741, 36.

21 ErfK/Koch, 25. Aufl. 2025, BetrVG § 25 Rn. 2; Fitting, 31. Aufl. 2022, BetrVG § 25 Rn. 23.

22 BAG 5.9.1986 – 7 AZR 175/85, BAGE 53, 23 = BeckRS 1986, 112711; Däubler/Kittner/Klebe/Wedde/Buschmann, 16. Aufl. 2018, BetrVG § 25 Rn. 15; ErfK/Koch, 25. Aufl. 2025, BetrVG § 25 Rn. 4; GK-BetrVG/Oetker, 12. Aufl. 2021, BetrVG § 25 Rn. 21; Richardi BetrVG/Thüsing, 17. Aufl. 2022, BetrVG § 25 Rn. 15; Fitting, 31. Aufl. 2022, BetrVG, § 25 Rn. 21; Hess/Worzalla/Glock/Nicolai/Rose/Huke/Huke, 10. Aufl. 2018, BetrVG § 25 Rn. 10; Wlotzke/Preis/Kreft/Wlotzke, 4. Aufl. 2009, BetrVG § 25 Rn. 9.

ist nur dann anzunehmen, wenn sich ein Betriebsratsmitglied aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen nicht in der Lage sieht, sein Amt auszuüben.²³ Eine Unmöglichkeit (§ 275 I BGB) der Amtsausübung ist dafür nicht erforderlich. Es genügt, wenn dem Betriebsratsmitglied die Ausübung des Amtes unzumutbar ist.²⁴

Solange keine „echte“ Verhinderung vorliegt, steht das „stellvertretende“ Ersatzmitglied außerhalb des Betriebsrats und darf weder an Sitzungen des Betriebsrats teilnehmen noch sonstige amtliche Aufgaben wahrnehmen.²⁵ Unwesentlich für die Frage einer „echten“ Verhinderung ist die Dauer der Verhinderung oder deren Vorhersehbarkeit.²⁶ Vielmehr soll die Stellvertreterregelung die Beschlussfähigkeit des möglichst voll besetzten Gremiums auch in Fällen kurzfristiger, nicht vorhersehbarer Unterbesetzungen sicherstellen.²⁷ Daher ist ein Betriebsratsmitglied nicht nur verhindert, wenn es überhaupt nicht, sondern auch wenn es nur teilweise an einer Betriebsratssitzung nicht teilnehmen kann, weil ihm entweder das Erscheinen erst nach Beginn der Sitzung möglich ist oder es diese vorübergehend bzw. vorzeitig verlassen muss.²⁸

1. Tatsächliche Verhinderung

Nicht ausreichend ist, dass ein Betriebsratsmitglied sein Amt nicht ausüben will oder andere private Pläne hat.²⁹ Daher begründen ua eine andere Priorisierung, wie zB der Besuch einer anderen zeitgleich stattfindenden Veranstaltung, Desinteresse, Vergesslichkeit oder mutwillige Nichtwahrnehmung von Aufgaben des Betriebsrats keine zeitweilige Verhinderung iSd § 25 I 2 BetrVG.³⁰ So ist ein Betriebsratsmitglied, das aus persönlichen Gründen vorzeitig den Arbeitsplatz verlässt, nicht an der Teilnahme einer Sitzung gekümmert, die nach seinem Arbeitszeitende stattfindet. Anders als vielleicht in der Praxis vielfach angenommen, stellt der Verzicht auf die Teilnahme an einer Betriebsratssitzung aus persönlichen Gründen grundsätzlich keinen Verhinderungsfall dar. Wenn das Betriebsratsmitglied tatsächlich und rechtlich in der Lage gewesen wäre, an der Sitzung teilzunehmen, liegt gerade keine Verhinderung vor.

Eine Verhinderung aus tatsächlichen Gründen kann zB entstehen aufgrund eines Kuraufenthalts, Urlaubs,³¹ Dienstreise, Teilnahme an erforderlichen Schulungsveranstaltungen (einschließlich derer nach § 37 VI und VII BetrVG) oder Beschäftigungsverbots nach dem MuSchG.³² Ein in Elternzeit befindliches Betriebsratsmitglied ist nicht zwingend an der Ausübung seines Amtes verhindert und darf auch in der Elternzeit sein Amt wahrnehmen. Eine zeitweilige Verhinderung liegt erst dann vor, wenn das Betriebsratsmitglied sich gegen die Wahrnehmung seines Amtes in dieser Zeit entscheidet.³³ Das Betriebsratsmitglied muss dem Betriebsratsvorsitzenden seine diesbezügliche Entscheidung vor Beginn der Elternzeit mitteilen.

Bei einer Krankheit ist nach dem BAG zwischen freigestellten und nicht freigestellten Betriebsräten zu differenzieren: So führt eine Krankheit eines nicht freigestellten Betriebsratsmitglieds nicht zwingend auch zu einer tatsächlichen Verhinderung iSv § 25 I 2 BetrVG. Eine Arbeitsunfähigkeit ist nach dem BAG³⁴ nicht zwangsläufig mit einer Amtsunfähigkeit gleichzusetzen. So kann eine Krankheit das Betriebsratsmitglied zwar außerstande setzen, seine Arbeitspflichten zu erfüllen, nicht aber unbedingt auch sein Betriebsratsamt wahrzunehmen. Um die Feststellung der Verhinderung in Krankheitsfällen allerdings nicht zu erschweren, darf eine mit der Arbeitsunfähigkeit zugleich vorliegende Amtsunfähigkeit so lange vermutet werden, wie das erkrankte Betriebsratsmitglied nicht zur Sitzung erscheint bzw. dem Be-

triebsratsvorsitzenden seine fortbestehende Bereitschaft und Fähigkeit zur Amtsausübung anzeigt.³⁵ Auf die Dauer der Krankheit kommt es nicht an, selbst eine Verhinderung zB wegen vorübergehenden Unwohlseins führt daher regelmäßig zu einem zeitweiligen Vertretungsfall.³⁶ Bei einem nach § 38 BetrVG freigestellten Betriebsratsmitglied steht nach dem BAG³⁷ mit einer attestierten Arbeitsunfähigkeit die Verhinderung bereits objektiv fest. Insoweit kann sich das ärztliche Attest nur auf die Amtsunfähigkeit beziehen, da das Betriebsratsmitglied nach § 38 BetrVG gänzlich von seiner beruflichen Tätigkeit befreit ist. Ob und in welchem Umfang sich das freigestellte Betriebsratsmitglied trotz der attestierten Arbeitsunfähigkeit (subjektiv) zur Wahrnehmung der Amtstätigkeit partiell in der Lage sieht, ist nach dem BAG unerheblich und lässt für die Widerlegung der Amtsunfähigkeit keinen Raum.

Eine „Teilarbeitsunfähigkeit“ bzw. „partielle Amtsunfähigkeit“ soll es aus Gründen der Praktikabilität und vor allem zugunsten der Rechtssicherheit nicht geben. Allerdings stellt sich auch hier wie bei nichtfreigestellten Betriebsratsmitgliedern die Frage, ob trotz attestierter Krankheit die Fähigkeit zur Amtsausübung vorliegen kann. Das BAG geht hier von dem Ideal aus, dass die attestierte Arbeitsunfähigkeit passgenau auf die vertraglich geschuldete Tätigkeit referenziert. In der Praxis wird man dies aber bezweifeln können, da dazu der attestierende Arzt die genaue Tätigkeit des Betriebsrats hätte bewerten müssen. Hinzu kommt, dass mit der fortschreitenden Digitalisierung der Betriebsratstätigkeit über § 30 II BetrVG mitt-

23 Däubler/Kittner/Klebe/Wedde/Buschmann, 16. Aufl. 2018, BetrVG § 25 Rn. 15; ErfK/Koch, 25. Aufl. 2025, BetrVG § 25 Rn. 4; Fitting, 31. Aufl. 2022, BetrVG, § 25 Rn. 17; GK-BetrVG/Oetker, 12. Aufl. 2021, BetrVG § 25 Rn. 16.

24 BeckOK ArbR/Besgen, 75. Ed. 1.3.2025, BetrVG § 25 Rn. 7; ähnlich Richardi BetrVG/Thüsing, 17. Aufl. 2022, BetrVG § 25 Rn. 5–11.

25 BAG 21.2.2001 – 7 ABR 41/99, NZA 2002, 282.

26 BAG 5.9.1986 – 7 AZR 175/85, BAGE 53, 23 = BeckRS 1986, 112711; Fitting, 31. Aufl. 2022, BetrVG § 25 Rn. 17; GK-BetrVG/Oetker, 12. Aufl. 2021, BetrVG § 25 Rn. 22–23; Richardi BetrVG/Thüsing, 17. Aufl. 2022, BetrVG § 25 Rn. 6; Hess/Worzalla/Glock/Nicolai/Rose/Huke/Huke, 10. Aufl. 2018, BetrVG § 25 Rn. 9; Henssler/Willemsen/Kalb/Reichold, 10. Aufl. 2022, BetrVG § 25 Rn. 4; Däubler/Kittner/Klebe/Wedde/Buschmann, 16. Aufl. 2018, BetrVG § 25 Rn. 22; aA Lützen NZA 2023, 939, der eine Ersatzladungsverpflichtung nur bei Kenntnis bis zu 24 Stunden vor Sitzungsbeginn sieht.

27 Fitting, 31. Aufl. 2022, BetrVG § 25 Rn. 17; GK-BetrVG/Oetker, 12. Aufl. 2021, BetrVG § 25 Rn. 28; Däubler/Kittner/Klebe/Wedde/Buschmann, 16. Aufl. 2018, BetrVG § 25 Rn. 21; aA Hess/Worzalla/Glock/Nicolai/Rose/Huke/Huke, 10. Aufl. 2018, BetrVG § 25 Rn. 9.

28 GK-BetrVG/Oetker, 12. Aufl. 2021, BetrVG § 25 Rn. 28; Däubler/Kittner/Klebe/Wedde/Buschmann, 16. Aufl. 2018, BetrVG § 25 Rn. 21; Fitting, 31. Aufl. 2022, BetrVG § 25 Rn. 17; ErfK/Koch, 25. Aufl. 2025, BetrVG § 25 Rn. 4; Henssler/Willemsen/Kalb/Reichold, 10. Aufl. 2022, BetrVG § 25 Rn. 4; Wlotzke/Preis/Kreft/Wlotzke, 4. Aufl. 2009, BetrVG § 25 Rn. 9; aA Hess/Worzalla/Glock/Nicolai/Rose/Huke/Huke, 10. Aufl. 2018, BetrVG § 25 Rn. 9.

29 GK-BetrVG/Oetker, 12. Aufl. 2021, BetrVG § 25 Rn. 22; Richardi BetrVG/Thüsing, 17. Aufl. 2022, BetrVG § 25 Rn. 5–11; Bader NZA 2023, 129.

30 Däubler/Kittner/Klebe/Wedde/Buschmann, 16. Aufl. 2018, BetrVG § 25 Rn. 15; ErfK/Koch, 25. Aufl. 2025, BetrVG § 25 Rn. 4.

31 Jedenfalls dann, wenn das Betriebsratsmitglied nicht ausdr. seine Bereitschaft angezeigt hat, aus dem Urlaub zurückzukehren; BAG 8.9.2011 – 2 AZR 388/10, NZA 2012, 400; LAG Rheinland-Pfalz 9.4.2001 – 7 Sa 54/01, BeckRS 2001, 30898349.

32 Fitting, 31. Aufl. 2022, BetrVG, § 25 Rn. 17; ErfK/Koch, 25. Aufl. 2025, BetrVG § 25 Rn. 4.

33 BAG 25.5.2005 – 7 ABR 45/04, NZA 2005, 1002.

34 BAG 15.11.1984 – 2 AZR 341/83, BAGE 47, 201 = NZA 1985, 367.

35 BAG 15.11.1984 – 2 AZR 341/83, BAGE 47, 201 = NZA 1985, 367; Fitting, 31. Aufl. 2022, BetrVG § 25 Rn. 17.

36 Fitting, 31. Aufl. 2022, BetrVG, § 25 Rn. 17; GK-BetrVG/Oetker, 12. Aufl. 2021, BetrVG § 25 Rn. 28; Däubler/Kittner/Klebe/Wedde/Buschmann, 16. Aufl. 2018, BetrVG § 25 Rn. 21; aA Hess/Worzalla/Glock/Nicolai/Rose/Huke/Huke, 10. Aufl. 2018, BetrVG § 25 Rn. 9.

37 BAG 28.7.2020 – 1 ABR 5/19, BAGE 171, 355 = NZA 2021, 1417.

lerweile auch Möglichkeiten der Ausübung des Betriebsratsamts bestehen, die eine Anwesenheit des Betriebsrats nicht verlangen, und damit eine Krankheit auch hier nicht zwangsläufig mit einer Amtsunfähigkeit gleichzusetzen ist. Vieles spricht daher dafür, freigestellte und nicht freigestellte Betriebsräte gleich zu behandeln und die Amtsunfähigkeit so lange zu vermuten, wie dem Betriebsratsvorsitzenden keine gegenteilige Mitteilung des erkrankten Betriebsrates vorliegt. Die durch das BAG vorgenommene Differenzierung überzeugt inhaltlich nicht und ist wenig praxistauglich.

Kein Grund zur Annahme einer echten Verhinderung besteht nach der Rechtsprechung des BAG dagegen, wenn ein Betriebsratsmitglied zeitweise arbeitsfrei hat.³⁸ Zu denken ist hier an die Fälle einer Teilzeitbeschäftigung, Mitarbeiter im Schichtdienst oder die Inanspruchnahme von Freizeitausgleich. Grundsätzlich ist es nach der Rechtsprechung dem Betriebsratsmitglied zumutbar, seine amtlichen Funktionen auch außerhalb der für ihn persönlich geltenden Arbeitszeiten wahrzunehmen. Dies folgt schon aus der gesetzlichen Regelung des § 37 III BetrVG, welche einen Freizeitausgleich gewährt, wenn eine erforderliche Betriebsrats Tätigkeit aus betriebsbedingten Gründen außerhalb der Arbeitszeit durchzuführen ist. Ein Betriebsratsmitglied in einem Teilzeitarbeitsverhältnis mit einer täglichen Arbeitszeit beispielsweise am Vormittag oder ein in Nachtschicht tätiges Betriebsratsmitglied ist daher nicht an der Teilnahme einer Betriebsratssitzung an einem Nachmittag iSd § 25 I 2 BetrVG zeitweilig gehindert. Eine Nachladung ist in diesen Fällen ohne das Hinzutreten eines „echten“ Verhinderungsgrundes nicht möglich. Gleiches gilt, wenn die Sitzung an einem grundsätzlich arbeitsfreien Tag eines teilzeitbeschäftigten oder eines in Schichtdienst tätigen Betriebsratsmitglieds oder an einem Tag anberaumt wird, an welchem das Betriebsratsmitglied sich im Stundenabbau befindet. In allen genannten Fällen haben die betreffenden Betriebsratsmitglieder die Möglichkeit, an der Sitzung teilzunehmen, und dürfen sich selbst dann nicht vertreten lassen bzw. vertreten werden, wenn sie angekündigt haben, der Sitzung fernbleiben zu wollen. Anders als im Falle eines bewilligten Erholungsurlaubs ist es dem Betriebsratsmitglied grundsätzlich zumutbar, den arbeitsfreien Tag zur Teilnahme an einer Betriebsratssitzung zu unterbrechen.³⁹ Die Sitzungen des Betriebsrats sind deshalb auch so anzuberaumen, dass möglichst viele Mitglieder während ihrer individuellen Arbeitszeit daran teilnehmen können, sodass ihnen nicht mehr Freizeitaufwand als notwendig abverlangt wird.⁴⁰

Umstritten ist, ob eine zeitweilige „echte“ Verhinderung aus tatsächlichen Gründen auch wegen eines Vorrangs von betrieblichen Arbeitsaufgaben eintreten kann. Die im Schrifttum und auch in der Rechtsprechung herrschende Meinung⁴¹ bejaht diese Möglichkeit, wenn das betroffene Betriebsratsmitglied in seiner Stellung als Arbeitnehmer im Betrieb unabkömmlich ist, weil die von ihm geschuldete Arbeitsleistung unbedingt, zB im Interesse wartender Kunden oder zur Behebung eines Notfalls, sofort erbracht werden muss. Begründet wird dies mit der Rechtsprechung des BAG, wonach Betriebsratsaufgaben keinen absoluten Vorrang vor der betrieblichen Arbeitspflicht haben, sondern Betriebsratsmitglieder bei einer Pflichtenkollision nach sachgerechter Abwägung in eigener Verantwortung darüber zu entscheiden haben, welchen Pflichten sie den Vorrang einräumen.⁴² Den Betriebsratsmitgliedern kommt insoweit ein eigener, nur eingeschränkt überprüfbarer Beurteilungsspielraum zu. Im Zweifel geht die Betriebsratssitzung vor. Entscheidet das jeweilige Betriebsratsmitglied im Kollisionsfall pflichtwidrig

zugunsten einer nicht dringlichen Arbeitsaufgabe, besteht aber kein für eine wirksame Stellvertretung durch ein Ersatzmitglied erforderlicher Hinderungsgrund. Auch hier wäre eine Vertretung durch einen Stellvertreter bzw. die Ladung eines Ersatzmitglieds unzulässig.

2. Rechtliche Verhinderung

Eine rechtliche Verhinderung ist gegeben, wenn eine Interessenskollision besteht, weil Maßnahmen und Regelungen das Betriebsratsmitglied individuell und unmittelbar betreffen. Dies ist insbesondere der Fall, wenn über den Ausschluss des Betriebsratsmitglieds nach § 23 I BetrVG oder eine das Betriebsratsmitglied unmittelbar betreffende personelle Maßnahme nach § 99 BetrVG (Umgruppierung, Versetzung, Kündigung) beschlossen werden soll. Soweit ein Betriebsratsmitglied von einer Beratung und Abstimmung unmittelbar betroffen und deshalb zeitweilig verhindert ist, muss der Betriebsratsvorsitzende rechtzeitig ein Ersatzmitglied zur Stellvertretung laden.⁴³

IV. Ordnungsgemäße Ladung eines Ersatzmitglieds zur Stellvertretung

Die Vorbereitung der Betriebsratssitzung einschließlich der Ladung obliegt für Betriebsratsmitglieder und damit auch für die stellvertretenden Ersatzmitglieder entsprechend in § 29 II 6 BetrVG ausschließlich dem Betriebsratsvorsitzenden.⁴⁴ Bevor der Betriebsratsvorsitzende für ein zeitweilig verhindertes Betriebsratsmitglied einen Stellvertreter heranzieht, muss er sich vergewissern, dass eine „echte“ Verhinderung auch tatsächlich vorliegt.⁴⁵ Dies setzt den Kenntnis des Betriebsratsvorsitzenden von den Gründen der Verhinderung voraus.⁴⁶ Daher gehört es gem. § 29 II 6 BetrVG nicht nur zu den Amtspflichten der Betriebsratsmitglieder, dem Betriebsratsvorsitzenden ihre Verhinderung unverzüglich, dh ohne schuldhaftes Zögern (§ 121 I 1 BGB) anzuzeigen, sondern ihm auch die Gründe für ihre Verhinderung zu nennen.⁴⁷ Fehlen gänzliche Angaben zur Nachvollziehbarkeit einer berechtigten Abmeldung, muss der Betriebsratsvorsitzende eine Begründung einfordern. Ohne die Mitteilung eines Grundes für seine zeitweilige Verhinderung fehlt das Betriebsratsmitglied unentschuldigt. Für ein der Sitzung unentschuldigt fernbleibendes Mitglied darf kein stellvertretendes Ersatzmitglied geladen werden.⁴⁸ Etwas anderes soll für den Fall gelten, dass der Betriebsratsvorsitzende auf andere Weise von dem objektiven Vorliegen eines „echten“

38 BAG 27.9.2012 – 2 AZR 955/11, NZA 2013, 425.

39 BAG 27.9.2012 – 2 AZR 955/11, NZA 2013, 425.

40 Richardi BetrVG/Thüsing, 17. Aufl. 2022, BetrVG § 30 Rn. 3–5; Fitting, 31. Aufl. 2022, BetrVG § 30 Rn. 6; Hess/Worzalla/Glock/Nicolai/Rose/Huke/Glock, 10. Aufl. 2018, BetrVG § 30 Rn. 9; Däubler/Kittner/Klebe/Wedde/Wedde, 16. Aufl. 2018, BetrVG § 30 Rn. 8.

41 So LAG Hamm 8.12.2017 – 13 TaBV 72/17, BeckRS 2017, 137472; ErfK/Koch, 25. Aufl. 2025, BetrVG § 25 Rn. 3; GK-BetrVG/Oetker, 12. Aufl. 2021, BetrVG § 25 Rn. 17; aA LAG Schleswig-Holstein 1.11.2012 – 5 TaBV 13/12, DB 2012, 2814 = BeckRS 2012, 75845.

42 BAG 23.6.2010 – 7 ABR 103/08, BAGE 135, 48 = NZA 2010, 1298; 15.4.2014 – 1 ABR 2/13, BAGE 148, 26 = NZA 2014, 551; ErfK/Koch, 25. Aufl. 2025, BetrVG § 25 Rn. 3; GK-BetrVG/Weber, 12. Aufl. 2021, BetrVG § 37 Rn. 42.

43 BAG 24.4.2013 – 7 ABR 82/11, BAGE 145, 55 = NZA 2013, 857; 23.8.1984 – 2 AZR 391/83, BAGE 46, 258 = NZA 1985, 254; 3.8.1999 – 1 ABR 30/98, BAGE 92, 162 = NZA 2000, 440; 28.7.2020 – 1 ABR 5/19, BAGE 171, 355 = NZA 2021, 1417.

44 ErfK/Koch, 25. Aufl. 2025, BetrVG § 29 Rn. 2.

45 GK-BetrVG/Oetker, 12. Aufl. 2021, BetrVG § 25 Rn. 25.

46 LAG Hamm 28.7.2006 – 10 TaBV 12/06, BeckRS 2006, 44423; LAG Hessen 25.7.2014 – 14 Sa 167/13, BeckRS 2015, 70404.

47 BAG 9.7.2013 – 1 ABR 2/13, NZA 2013, 1433; LAG Hessen 25.7.2014 – 14 Sa 167/13, BeckRS 2015, 70404.

48 ErfK/Koch, 25. Aufl. 2025, BetrVG § 25 Rn. 2; Fitting, 31. Aufl. 2022, BetrVG § 25 Rn. 23.

Verhinderungsgrundes Kenntnis erlangt hat.⁴⁹ Insoweit besteht aber mit Blick auf die Darlegung des Verhinderungsgrundes durch den Betriebsrat⁵⁰ für alle Beteiligten eine hohe Rechtsunsicherheit hinsichtlich der Wirksamkeit des Beschlusses. Meldet das Betriebsratsmitglied sich pflichtgemäß unter Nennung eines Grundes gegenüber dem Betriebsratsvorsitzenden ab und begründet dieser eine „echte“ Verhinderung iSv § 25 I 2 BetrVG, darf sich der Vorsitzende auf das tatsächliche Vorliegen dieses Grundes ohne weitere Überprüfung verlassen. So ist der Betriebsratsvorsitzende zB bei einer angegebenen Verhinderung wegen Urlaubs nicht gehalten, die Umstände der privaten Urlaubsgestaltung des Betriebsratsmitglieds infrage zu stellen.⁵¹

Vorsicht geboten ist in den Fällen, in denen die Abmeldung zwar mit einer Begründung verbunden wird, diese aber für eine „echte“ Verhinderung iSv § 25 I 2 BetrVG nicht ausreicht. Hier darf der Betriebsratsvorsitzende die Abmeldung nicht einfach hinnehmen. Teilt ein Betriebsratsmitglied zum Beispiel lediglich mit, dass es „zu viel zu tun“ oder „keine Zeit“ habe, so ist der Betriebsratsvorsitzende gehalten, von dem Betriebsratsmitglied eine nähere Begründung einzufordern. Teilweise wird sogar angenommen, dass der Vorsitzende weitere Nachforschungen anstellen muss.⁵² Ein solcher Aufwand für den Betriebsratsvorsitzenden erscheint aber überzogen. Andererseits wären die organisatorischen Hürden einer ordnungsgemäßen Ladung für den dafür verantwortlichen Betriebsratsvorsitzenden kaum noch zu nehmen.⁵³ Wenn für den Vorsitzenden allerdings ohne Weiteres erkennbar ist, dass die ihm genannte Begründung für die Annahme eines Verhinderungsgrundes nicht ausreicht, muss der Betriebsratsvorsitzende das geladene Mitglied darauf hinweisen, dass für es keine Stellvertretung zugelassen werden darf. ZB eine Verhinderung wegen des Vorrangs von Arbeitsaufgaben ist erst anzunehmen, wenn sich das Betriebsratsmitglied für unabkömmlich hält. Ergibt sich aus den nur dürftigen Angaben des Betriebsratsmitglieds keine Veranlassung, eine solche Unabkömmlichkeit anzunehmen, so muss der Betriebsratsvorsitzende auf die Teilnahme an der Sitzung bestehen und darf kein Ersatzmitglied als Stellvertreter nachladen.⁵⁴ Der Betriebsratsvorsitzende muss daher tätig werden, wenn Anhaltspunkte vorliegen, dass die vom Betriebsratsmitglied genannte Begründung nicht ausreichend ist. Dabei müssen die Anforderungen und die Aufwände für den Betriebsratsvorsitzenden bei der Überprüfung im Rahmen bleiben. Der Betriebsratsvorsitzende hat aber in jedem Fall sicherzustellen, dass die ihm genannten Gründe widerspruchsfrei und in sich schlüssig einen zeitweiligen „echten“ Verhinderungsfall begründen. Daher ist dem Betriebsratsmitglied regelmäßig eine konkrete und dokumentierbare Begründung seiner Abwesenheit abzuverlangen. Nur so kann festgestellt werden, ob zB eine Nachladungsmöglichkeit besteht.

Steht das Vorliegen einer echten zeitweiligen Verhinderung rechtlich und tatsächlich fest, so muss der Betriebsratsvorsitzende bei der Ladung des Stellvertreters noch die zwingende Reihenfolge des § 25 II BetrVG beachten. Weder der Betriebsratsvorsitzende noch das Betriebsratsgremium können ein stellvertretendes Ersatzmitglied außerhalb der zwingenden Reihenfolge – selbst bei vorhandener, besonderer Sachkunde des ausgewählten Ersatzmitglieds oder mit Zustimmung aller vorherigen Stellvertreter – zur Erledigung von Betriebsratsaufgaben heranziehen. Ebenso wenig kann sich das verhinderte Betriebsratsmitglied durch einen von ihm selbst bestimmten Stellvertreter oder durch einen von ihm ausgewählten Bevollmächtigten vertreten lassen.⁵⁵ Denn eine gewillkürte Stellvertretung sieht das Betriebsverfassungsgesetz nicht vor.

V. Rechtsfolgen der fehlerhaften Ladung eines Ersatzmitglieds zur Stellvertretung

Die ordnungsgemäße Ladung eines Ersatzmitglieds zur Stellvertretung hat erhebliche Auswirkungen in Bezug auf die rechtssichere Vorbereitung und Durchführung der Sitzungen des Betriebsrats. Wird für ein zeitweilig verhindertes Mitglied ein vorhandenes Ersatzmitglied als Stellvertreter nach §§ 29 II 3 und 6, 25 I 2 BetrVG nicht oder fehlerhaft geladen, liegt darin ein wesentlicher Verfahrensfehler, der den Betriebsrat an einer wirksamen Beschlussfassung hindert.⁵⁶ Zwar bewirkt nicht jeder Verstoß gegen die formellen Anforderungen einer ordnungsgemäßen Betriebsratssitzung die Unwirksamkeit eines darin gefassten Beschlusses, sondern nur ein solcher, der so schwerwiegend ist, dass der Fortbestand des Beschlusses von der Rechtsordnung nicht hingenommen werden kann.⁵⁷ Denn nur in einem solchen Fall kann die Beachtung von Verfahrensvorschriften Vorrang vor dem Bedürfnis nach Rechtssicherheit beanspruchen.⁵⁸ Nach ständiger Rechtsprechung des BAG wird die Beachtung des § 29 II 3 und 6 BetrVG und die dort ausdrücklich angeordnete Ladung der Betriebsratsmitglieder einschließlich etwaiger Ersatzmitglieder unter Mitteilung der Tagesordnung als wesentlich für die Wirksamkeit eines in der Sitzung gefassten Betriebsratsbeschlusses angesehen.⁵⁹ Auch wenn das BAG⁶⁰ selbst die Frage in den Raum gestellt hat, ob an dieser Beurteilung in jedem denkbaren Fall festzuhalten ist, wird man aktuell die ordnungsgemäße Ladung zur Betriebsratssitzung als unverzichtbare Voraussetzung für die Wirksamkeit eines in der Sitzung gefassten Betriebsratsbeschlusses ansehen müssen.⁶¹ Dabei spielt laut BAG insbesondere keine Rolle, ob eine fehlerhafte Ladung von Ersatzmitgliedern in gutem Glauben und ohne Bevorzugungs- bzw. Benachteiligungsabsicht erfolgte.⁶² Andernfalls könnte man die Frage der Wirksamkeit der vom Betriebsrat gefassten Beschlüsse letztlich nur unter Heranziehung graduell unbestimmter und ungewiss würdigungsoffener Kriterien beurteilen. Eine diesbezügliche Grenzziehung wäre für beide Betriebsparteien unklar und würde eine rechtssicherere Handhabung erschweren bzw. nahezu unmöglich machen. Ob der Beschluss nichtig⁶³ oder lediglich unwirk-

49 GK-BetrVG/Oetker, 12. Aufl. 2021, BetrVG § 29 Rn. 43; Fitting, 31. Aufl. 2022, BetrVG § 29 Rn. 39; wohl auch Wlotzke/Preis/Kreft/Kreft, 4. Aufl. 2009, BetrVG § 29 Rn. 11.

50 BAG 30.9.2014 – 1 ABR 5/13, BeckRS 2014, 124578 Rn. 31 ff.

51 Vgl. HaKo-BetrVG/Düwell, 4. Aufl. 2014, BetrVG § 25 Rn. 9; Richardi BetrVG/Thüsing, 17. Aufl. 2022, BetrVG § 25 Rn. 15; Wlotzke/Preis/Kreft/Wlotzke, 4. Aufl. 2009, BetrVG § 25 Rn. 10.

52 LAG Hamm 8.12.2017 – 13 TaBV 72/17, BeckRS 2017, 137472.

53 Ähnl. Horstmeine BB 2019, 888; GK-BetrVG/Raab, 12. Aufl. 2021, BetrVG § 29 Rn. 45.

54 LAG Hamm 8.12.2017 – 13 TaBV 72/17, BeckRS 2017, 137472; vgl. Fitting, 31. Aufl. 2022, BetrVG § 25 Rn. 21, ErFK/Koch, 25. Aufl. 2025, BetrVG § 25 Rn. 3.

55 Fitting, 31. Aufl. 2022, BetrVG § 25 Rn. 6; LAG Schleswig-Holstein 1.11.2012 – 5 TaBV 13/12, DB 2012, 2814 (2815) = BeckRS 2012, 75845.

56 BAG 6.11.2013 – 7 ABR 84/11, NZA-RR 2014, 196 = NZA 2014, 632 Os.; 24.4.2013 – 7 ABR 82/11, BAGE 145, 55 = NZA 2013, 857; 18.1.2006 – 7 ABR 25/05, BeckRS 2006, 30805639; 3.8.1999 – 1 ABR 30/98, BAGE 92, 162 = NZA 2000, 440; 23.8.1984 – 2 AZR 391/83, BAGE 46, 258 = NZA 1985, 254.

57 Vgl. dazu BAG 9.7.2013 – 1 ABR 2/13, NZA 2013, 1433 Rn. 38 f.; 6.11.2013 – 7 ABR 84/11, NZA-RR 2014, 196 Rn. 28 = NZA 2014, 632 Os.

58 Vgl. zu den Rechtsfolgen bei Verstößen gegen Art. 80 I 1 GG BVerfG 1.10.1994 – 1 BvR 337/92, NJW 1995, 1537 (zu B II 2 c); BAG 9.7.2013 – 1 ABR 2/13, NZA 2013, 1433 Rn. 38 f.

59 BAG 9.7.2013 – 1 ABR 2/13, NZA 2013, 1433 Rn. 38 f. mwN.

60 BAG 6.11.2013 – 7 ABR 84/11, NZA-RR 2014, 196 Rn. 28 = NZA 2014, 632 Os.; in diese Richtung auch LAG Nürnberg 27.2.2024 – 1 TaBV 25/23, NZA-RR 2024, 428 Ls. = BeckRS 2024, 14795.

61 So wohl auch Lembke NZA 2021, 1665 (1667).

62 BAG 25.9.2024 – 7 ABR 37/23, BeckRS 2024, 41828.

63 So BAG 23.8.1984 – 2 AZR 391/83, BAGE 46, 258 = NZA 1985, 254.

sam⁶⁴ ist, ist dabei eher eine rechtstheoretische Frage, da unwirksame Beschlüsse nicht geheilt, sondern nur für die Zukunft durch einen neuen wirksamen Beschluss beseitigt werden können.⁶⁵ Die Ladung eines Ersatzmitglieds zur Stellvertretung kann nach dem BAG⁶⁶ nur unterbleiben, wenn der Verhinderungsfall so plötzlich eintritt, dass eine rechtzeitige Ladung eines Ersatzmitglieds nicht mehr möglich ist.

VI. Nachweis der ordnungsgemäßen Beschlussfassung durch den Betriebsrat

Die Voraussetzungen für das Zustandekommen eines ordnungsgemäßen Betriebsratsbeschlusses bzw. die Darlegungs- und Beweislast für einen ordnungsgemäßen Betriebsratsbeschluss folgt den allgemeinen Beweislastregeln.⁶⁷ So kann der Vortrag des Betriebsrats oder des Arbeitgebers über die ordnungsgemäße Beschlussfassung des Betriebsrats nach allgemeinen prozessualen Grundsätzen mit Nichtwissen (§ 138 IV ZPO) bestritten werden.⁶⁸ Die Einladung zu der Betriebsratssitzung und deren Ablauf sind regelmäßig nicht Gegenstände der eigenen Wahrnehmung. Wird die Wirksamkeit des Betriebsratsbeschlusses infrage gestellt, obliegt es nach dem BAG dem Anspruchsteller, die Voraussetzungen für das Zustandekommen eines ordnungsgemäßen Betriebsratsbeschlusses vorzutragen. Bei einem zulässigen Bestreiten im Beschlussverfahren ist nach § 83 I ArbGG das Arbeitsgericht verpflichtet, die ordnungsgemäße Beschlussfassung des Betriebsrats aufzuklären.⁶⁹ Im arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahren gilt der Amtsermittlungs-/Untersuchungsgrundsatz, dh das Arbeitsgericht hat nach § 83 I ArbGG den Sachverhalt im Rahmen der gestellten Anträge von Amts wegen zu erforschen. Im Urteilsverfahren obliegt es den jeweiligen Parteien, im Rahmen ihrer Darlegungs- und Beweislast den Nachweis zu erbringen. Die Beweisbedürftigkeit der zwischen den Betriebsparteien umstrittenen Beschlussfassung entfällt nicht bereits, wenn der Betriebsrat eine Sitzungsniederschrift über die Betriebsratssitzung vorlegt, aus der die Beschlussfassung ersichtlich ist. Deren Aufnahme in das Protokoll begründet keine gesetzliche Vermutung iSd § 292 ZPO dafür, dass der dort wiedergegebene Beschluss von der Mehrheit der anwesenden Betriebsratsmitglieder ordnungsgemäß gefasst worden ist. Eine solche Beweisregel enthält § 34 BetrVG nicht, auch wenn man nach dem BAG⁷⁰ der Sitzungsniederschrift einen besonderen Beweiswert zuordnen kann. Eine dahingehende gesetzliche Vermutung würde aber zu unsachgemäßen Ergebnissen führen. Problematisch ist insoweit, dass weder der Arbeitgeber noch der Arbeitnehmer regelmäßig Kenntnis vom Ablauf der Betriebsratssitzungen und insbesondere von dem vorangegangenen Ladungsprozess haben. Deshalb können die übrigen Parteien des Rechtsstreits allenfalls Umstände vortragen, die ernsthafte und begründete Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit der Sitzungsniederschrift begründen können.⁷¹ Legt der Betriebsrat die Einhaltung der Voraussetzungen für einen wirksamen Beschluss des Betriebsratsgremiums im Einzelnen und unter Beifügung von Unterlagen dar, ist ein sich daran anschließendes pauschales Bestreiten mit Nichtwissen unbeachtlich.⁷² Die jeweilige Partei muss dann konkret angeben, welche der zuvor vorgetragenen Tatsachen bestritten werden sollen.⁷³

Regelmäßig hat der Betriebsrat daher die Einhaltung der Voraussetzungen für einen wirksamen Beschluss des Betriebsratsgremiums im Einzelnen und unter Beifügung von Unterlagen darzulegen. Diese allgemeinen Beweislastregelungen folgende Rechtsfolge wird kritisiert,⁷⁴ da sie zu erheblichen Anforderungen an die Darlegung führt. So soll das Bestreiten des Arbeitgebers oder des Arbeitnehmers sich nicht darin erschöpfen, ohne konkrete Anhaltspunkte ins

Blaue hinein einen ordnungsgemäßen Betriebsratsbeschluss infrage zu stellen.⁷⁵ Auch wenn es das gute Recht einer Partei ist, eine Tatsache gem. § 138 IV ZPO mit Nichtwissen zu bestreiten, sieht das LAG Hessen hier die Grenzen des Missbrauchs verletzt.⁷⁶ Weit verbreitet ist auch die Meinung,⁷⁷ dass eine Erklärung des Betriebsratsvorsitzenden für den Betriebsrat eine – jederzeit widerlegbare – Vermutung dafür darstellt, dass der Betriebsrat einen entsprechenden Beschluss gefasst hat.⁷⁸ Grundlage dieser Vermutung sei die Regelung in § 26 II 1 BetrVG, wonach der Betriebsratsvorsitzende den Betriebsrat im Rahmen der von diesem gefassten Beschlüsse vertritt.⁷⁹ Richtig ist, dass davon auszugehen ist, dass der Betriebsratsvorsitzende das wiedergibt, was das Betriebsratsgremium beschlossen hat. Die Vermutung, dass dieser vom Betriebsratsvorsitzenden wiedergegebene Beschluss auch rechtswirksam erfolgte, ergibt sich aus § 26 II 1 BetrVG aber gerade nicht. Aus dem Gesetz ergibt sich auch keine Vermutung, dass die Erklärung des Vorsitzenden auf einem wirksamen Beschluss beruht. Eine solche Beweiswirkung wird nicht einmal der Sitzungsniederschrift nach § 34 BetrVG zugesprochen.⁸⁰ Dies hätte zur Folge, dass der Vollbeweis durch den Arbeitgeber oder Arbeitnehmer zum Fehlen eines wirksamen Betriebsratsbeschlusses zu erbringen wäre. Eine gesetzliche Vermutung iSd § 292 ZPO ist daher im Hinblick auf das Vorhandensein eines rechtswirksamen Betriebsratsbeschlusses abzulehnen.⁸¹

Auch für eine tatsächliche Vermutung⁸² ist kein Raum, da ein Erfahrungsgrundsatz, wonach den Erklärungen des Betriebsratsvorsitzenden mit hoher Wahrscheinlichkeit ein (wirksamer) Beschluss des Betriebsrats zugrunde liegt, nicht existiert.⁸³ Auch nach dem BAG⁸⁴ ließe sich durch eine sol-

64 So BAG 3.8.1999 – 1 ABR 30/98, BAGE 92, 162 = NZA 2000, 440.

65 LAG Nürnberg 27.2.2024 – 1 TaBV 25/23, NZA-RR 2024, 428 Ls. = BeckRS 2024, 14795 geht davon aus, dass ein Beschluss in besonderen Konstellationen noch nachträglich genehmigt werden kann.

66 BAG 3.8.1999 – 1 ABR 30/98, BAGE 92, 162 = NZA 2000, 440; dazu ausf. Lützen NZA 2023, 939.

67 Dazu ausf. Lembke 2021, 1665 (1669).

68 BAG 30.9.2014 – 1 ABR 5/13, BeckRS 2014, 124578 Rn. 33.

69 BAG 30.9.2008 – 1 ABR 54/07, BAGE 128, 92 Rn. 11 = NZA 2009, 502; 19.1.2005 – 7 ABR 24/04, BeckRS 2005, 30349188 (zu B I 3).

70 BAG 30.9.2014 – 1 ABR 5/13, BeckRS 2014, 124578 Rn. 34.

71 BAG 30.9.2014 – 1 ABR 5/13, BeckRS 2014, 124578 Rn. 33.

72 BAG 9.12.2003 – 1 ABR 44/02, BAGE 109, 61 (zu B I 1 b) = NZA 2004, 746.

73 BAG 29.7.2009 – 7 ABR 95/07, NZA 2009, 1223 Rn. 19; 9.12.2003 – 1 ABR 44/02, BAGE 109, 61 = NZA 2004, 746.

74 MHD/ArbKRKrois, 6. Aufl. 2024, Geschäftsführung des Betriebsrats, § 294 Rn. 104; Schulze/Ratzesberger ArbRAktuell 2021, 347; LAG Hessen 11.10.2007 – 9 TaBV 51/07 (unveröffentlicht); aA aber LAG Hessen 8.2.2021 – 16 TaBV 185/20, BeckRS 2021, 4935.

75 So auch LAG Hessen 14.7.2011 – 9 TaBV 192/10, BeckRS 2012, 69434.

76 LAG Hessen 14.7.2011 – 9 TaBV 192/10, BeckRS 2012, 69434.

77 BAG 24.2.2000 – 8 AZR 180/99, NZA 2000, 785 (unter 3 b); 21.2.2002 – 2 AZR 581/00, NJOZ 2003, 1631 (unter B I 3 b bb) = NZA 2002, 1360 Os.; 19.3.2003 – 7 ABR 15/02, BAGE 105, 311 (unter II 2 b) = NZA 2003, 870; LAG Schleswig-Holstein 10.6.2020 – 6 Sa 179/19, BeckRS 2020, 45919 Rn. 58 mwN; Fitting, 31. Aufl. 2022, BetrVG § 26 Rn. 31.

78 BAG 21.2.2002 – 2 AZR 581/00, NJOZ 2003, 1631 (unter B I 3 b bb) = NZA 2002, 1360 Os.; 24.2.2000 – 8 AZR 180/99, NZA 2000, 785 (787); so auch Lembke 2021, 1665 (1670 mwN).

79 BAG 19.3.2003 – 7 ABR 15/02, BAGE 105, 311 = NZA 2003, 870 (872).

80 BAG 30.9.2014 – 1 ABR 5/13, BeckRS 2014, 124578 Rn. 34.

81 So auch BeckOGK/Letz, 1.7.2024, BetrVG § 26 Rn. 98; GK-BetrVG/Raab, 12. Aufl. 2021, BetrVG § 26 Rn. 44; Wlotzke/Preis/Kreft/Kreft, 4. Aufl. 2009, BetrVG § 26 Rn. 19; MHD/ArbKRKrois, 5. Aufl. 2022, § 293 Rn. 25.

82 Dafür Richardi BetrVG/Thüsing, 17. Aufl. 2022, BetrVG § 26 Rn. 38 mwN.

83 BeckOGK/Letz, 1.7.2024, BetrVG § 26 Rn. 99.

84 BAG 19.1.2005 – 7 ABR 24/04, BeckRS 2005, 30349188 (B I 3).

che Vermutung nur im Beschlussverfahren begründen, dass das Gericht nicht ohne Anlass von Amts wegen die ordnungsgemäße Beschlussfassung des Betriebsrats aufklären muss. Aber auch hier soll das Bestreiten des Arbeitgebers ein genügender Anlass sein, die gerichtliche Aufklärungspflicht auszulösen. Gleiches gilt im Urteilsverfahren. Auch hier lässt sich eine tatsächliche Vermutung nicht begründen. Nur der Betriebsrat selbst hat Kenntnis davon, wie die Beschlussfassung zustande gekommen ist. Es gibt keine gesetzliche oder tatsächliche Vermutung, dass die Ladung des Betriebsrats immer ordnungsgemäß erfolgt.

Eine solche rechtlich relevante Vermutung wurde weder durch das Gesetz noch durch das BAG festgestellt. Es bleibt damit bei der allgemeinen Beweislastregelung, womit derjenige, der sich auf die Wirksamkeit des Beschlusses beruft, im Zweifel den Nachweis der ordnungsgemäßen Beschlussfassung führen muss. Wenn man sich auf die allgemeinen Beweislastregelungen beruft, stellt dies zumindest dann, wenn keinerlei eigene Einblicke in den Prozess der Beschlussfassung bestehen, keinen Rechtsmissbrauch dar. Auch bedarf es aus Praktikabilitätsgründen keiner weiteren Einschränkung der allgemeinen Beweisregeln. Nur dort, wo es gesetzliche Anhaltspunkte gibt, wie nach dem BAG im Beispiel des § 102 BetrVG, dass es auf den Nachweis eines ordnungsgemäßen Beschlusses nicht ankommt (sog. Sphärentheorie⁸⁵), kann auf den Nachweis verzichtet werden. Eine Ausweitung der Sphärentheorie ohne gesetzliche Anhaltspunkte hat das BAG⁸⁶ aber ausdrücklich abgelehnt, trotz der Kenntnis der praktischen Schwierigkeiten für alle Beteiligten, eine ordnungsgemäße Beschlussfassung nachzuweisen. Für den Arbeitgeber hat das BAG ausdrücklich auf die Aushandigung einer inhaltlich und formell den Vorgaben des § 34 II 1 BetrVG entsprechenden Abschrift eines Teils der Sitzungsniederschrift verwiesen.⁸⁷ Zumindest die Vorbringung dieser Sitzungsniederschrift, zu der auch die Anwesenheitsliste gehört,⁸⁸ wird zu verlangen sein, wenn die Ordnungsgemäßheit des Betriebsratsbeschlusses mit Nichtwissen bestritten wird. Erst wenn der Betriebsrat die tatsächlichen Voraussetzungen für einen ordnungsgemäßen Beschluss darlegt, muss die dies bestreitende Partei sich im Rahmen der abgestuften Darlegungs- und Be-

weislast konkret äußern, welche der vorgebrachten Tatsachen sie bestreiten will.⁸⁹

VII. Fazit

Der Stellvertretung eines verhinderten Betriebsratsmitglieds nach § 25 II BetrVG wird in der Praxis regelmäßig keine besondere Bedeutung beigemessen, obwohl diese nicht nur in Zeiten mit hohen Urlaubs- und Krankheitsquoten zu der regelmäßigen Betriebsratsarbeit gehört. In der Praxis zeigt sich, dass Betriebsratsvorsitzende im Zweifel lieber einen Stellvertreter laden, statt kein Ersatzmitglied zu laden. Zu beachten bleibt allerdings, dass die Verknennung eines zeitweiligen Verhinderungsgrundes und die dadurch bedingte fehlerhafte Teilnahme oder Nichtteilnahme eines stellvertretenden Ersatzmitglieds an einer Betriebsratssitzung nach der aktuellen Rechtsprechung erhebliche Rechtsunsicherheiten mit sich bringen. So getroffene Beschlüsse verstoßen nach aktueller Bewertung des BAG gegen eine wesentliche Verfahrensvorschrift und sind daher unwirksam.⁹⁰ Die Rechtsfolgen können für alle am Verfahren Beteiligten, insbesondere auch für den Arbeitgeber, erheblich sein. Betriebsratsvorsitzende sind daher im Rahmen ihrer Möglichkeiten gehalten, die Verhinderungsgründe zu überprüfen und auch zu dokumentieren. Ein stellvertretendes Ersatzmitglied darf ausschließlich in „echten“ Verhinderungsfällen zur Vertretung herangezogen werden. Auch Arbeitgeber sollten sich der Gefahren bewusst sein. Nicht selten scheitern personelle Einzelmaßnahmen mangels ordnungsgemäßer Betriebsratsbeteiligung. Arbeitgeber sind hier gut beraten, auf eine gute Schulung des Betriebsratsvorsitzenden und die Einhaltung der wesentlichen Prozessvorschriften zu achten. ■

85 BAG 8.2.2022 – 1 AZR 233/21, BAGE 177, 112 Rn. 31 = NZA 2022, 984; 6.10.2005 – 2 AZR 316/04, NZA 2006, 990 Rn. 21 mwN.

86 BAG 8.2.2022 – 1 AZR 233/21, BAGE 177, 112 Rn. 31 = NZA 2022, 984.

87 BAG 8.2.2022 – 1 AZR 233/21, BAGE 177, 112 Rn. 43 = NZA 2022, 984.

88 BAG 8.2.2022 – 1 AZR 233/21, BAGE 177, 112 Rn. 39 = NZA 2022, 984.

89 So auch GK-BetrVG/Raab, 12. Aufl. 2021, BetrVG § 33 Rn. 71 mit Verweis auf BAG 9.12.2003 – 1 ABR 44/02, NZA 2004, 746 (unter B I 1 b).

90 Schulze/Ratzesberger ArbRAktuell 2021, 347.

Rechtsanwalt Dr. Hans-Josef Lütke und Professor Dr. Ludwig Gramlich*

Die arbeitsrechtlich zulässige Kündigung als unzulässige Repressalie nach dem HinSchG?

Ob eine Kündigung als Repressalie im Sinne des Hinweisgeberschutzgesetzes (HinSchG) qualifiziert werden kann, hat durch eine aktuelle Entscheidung des LAG Hamburg neuen Nährboden erhalten. Bereits im November 2024 hatte sich das LAG Niedersachsen (11.11.2024 – 7 SLa 306/24, NZA-RR 2025, 199) mit einer solchen Konstellation befasst. Die Verfasser arbeiten nachstehend diese Gemengelage strukturell auf.

I. Einleitung

Mit dem HinSchG¹ hat der Gesetzgeber – wenn auch deutlich verspätet² – die HinSch-RL³ in nationales Recht umgesetzt. Während deren 1. Abschnitt allgemeine Vorschriften enthält, betrifft Abschnitt 2 Meldungen an interne und externe Meldestellen; Abschnitt 3 regelt ergänzend die Offenlegung von Informationen. In Abschnitt 4 (Schutzmaßnahmen) bildet § 36 HinSchG mit dem ausdrücklichen Verbot

von „Repressalien“ (§ 3 VI HinSchG) gegen „hinweisgebende Personen“ (§ 1 I HinSchG) das Kernstück des Hinweisgeberschutzes.⁴ Schon in den Begründungserwägungen der

* Der Autor Lütke ist Fachanwalt für Urheber- und Medienrecht in Chemnitz, der Autor Gramlich war bis 2016 Inhaber der Professur für Öffentliches Recht und Öffentliches Wirtschaftsrecht, Technische Universität Chemnitz.

1 Hinweisgeberschutzgesetz v. 31.5.2023 (BGBl. 2023 I Nr. 140), zuletzt geändert durch Art. 16 des Gesetzes v. 27.12.2024 (BGBl. 2024 I Nr. 438).

2 Zum Gang des Gesetzgebungsverfahrens Gramlich/Lütke, 2024, Einf. HinSchG Rn. 19 ff.; zum Vertragsverletzungsverfahren und zur Festsetzung eines Zwangsgeldes gegen die Bundesrepublik Deutschland EuGH 6.3.2025 – C-149/23, ECLI:EU:C:2025:145 = BeckRS 2025, 3091 – Kommission/Deutschland.

3 RL (EU) 2019/1937 zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden, ABl. 2019 L 305, 17.

4 Gramlich/Lütke, 2024, HinSchG § 36 Rn. 1.