LArbG Nürnberg, Beschluss v. 23.11.2023 – 2 TaBV 8/23

Titel:

Kostenfreistellungsverfahren – Betriebsratsbeschluss – rückwirkende Genehmigung

Normenketten:

BetrVG § 15, § 25, § 40
WOBetrVG § 15
BGB § 177, § 184
ZPO § 88, § 89, § 579 Abs. 1 Nr. 4

Leitsätze:

Blieb die Wirksamkeit der Beschlüsse auf Einleitung eines gerichtlichen Beschlussverfahrens und die Beauftragung eines Verfahrensbevollmächtigten im Ausgangsverfahren unerkannt, können diese Beschlüsse vom Betriebsrat rückwirkend auch noch im Laufe des Kostenfreistellungsverfahrens genehmigt werden mit der Folge, dass der Arbeitgeber im Rahmen der Erforderlichkeit zur Freistellung von den Kosten des Ausgangsverfahrens verpflichtet ist. (Rn. 100)

1. Die ordnungsgemäße Erteilung der Anwaltsvollmacht ist auch im Beschlussverfahren nach § 88 Abs. 2 ZPO grundsätzlich nur auf Rüge eines Verfahrensbeteiligten zu prüfen. (Rn. 59) (redaktioneller Leitsatz)

2. Die Einleitung des arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahrens und die Beauftragung des für ihn auftretenden Rechtsanwalts bedarf eines Beschlusses des Betriebsrats. Ist eine Beschlussfassung zunächst unterblieben oder fehlerhaft erfolgt, ist der Betriebsrat in dem Beschlussverfahren nicht ordnungsgemäß vertreten. Eine Genehmigung durch eine nachträgliche Beschlussfassung ist aber jedenfalls bis zum Abschluss des Verfahrens in der ersten Instanz uneingeschränkt möglich. (Rn. 64) (redaktioneller Leitsatz)

3. Nach § 40 Abs. 1 BetrVG trägt der Arbeitgeber die durch die Tätigkeit des Betriebsrats entstehenden Kosten. Der Arbeitgeber hat aber nur diejenigen Kosten einer anwaltlichen Tätigkeit zu tragen, die auf einen ordnungsgemäßen Betriebsratsbeschluss zurückgehen. Der Betriebsrat muss sich als Gremium mit dem entsprechenden Sachverhalt befasst und durch Abstimmung eine einheitliche Willensbildung herbeigeführt haben. Eine Pflicht zur Tragung der Anwaltskosten wird ohne entsprechenden Beschluss nicht ausgelöst. (Rn. 91) (redaktioneller Leitsatz)

4. Die erneute Beschlussfassung des Betriebsrats führt nicht stets zu einer zeitlichen Rückerstreckung auf den Zeitpunkt der ersten (unwirksamen) Beschlussfassung. Die Wirkungen der erneuten Beschlussfassung richten sich regelmäßig nicht nach § 184 Abs. 1 BGB, wenn sie nicht die nachträgliche Zustimmung des Betriebsrats zu einem von dem Betriebsratsvorsitzenden, seinem Stellvertreter oder einem sonst im Namen des Betriebsrats handelnden Mitglied abgeschlossenen Vertrag zum Gegenstand hat, da es insoweit an den tatbestandlichen Voraussetzungen des § 177 Abs. 1 BGB fehlt. Hier bleibt es bei dem Grundsatz, dass erst die erstmals wirksame Beschlussfassung die Legitimation für das Handeln des Betriebsrats schafft. (Rn. 106 – 106) (redaktioneller Leitsatz)

Schlagworte:

Betriebsrat, Arbeitgeber, Beschwerde, Bewerber, Ersatzmitglied, Krankheit, Genehmigung, Wirksamkeit, Beschlussverfahren, Mitbestimmung, Ausgangsverfahren, Kostenerstattung, Verfahren, Frist, leitende Angestellte, Eintritt der Rechtskraft, Mangel der Vollmacht, Beschlussfassung, Ladungsfehler, Anwaltsbeauftragung, Kostenfreistellungsverfahren, Betriebsratsbeschluss, Erforderlichkeitsprüfung, Prozessvollmacht, Kostenfreistellung, Vertrauensvolle Zusammenarbeit, Nachrückvorgänge, Beschlussfähigkeit, Vertretungsmacht, Erforderlichkeit, Kostentragungspflicht, Rückwirkende Genehmigung

Vorinstanzen:

LArbG Nürnberg, Beschluss vom 27.09.2023 – 2 TaBV 8/23
ArbG Nürnberg, Beschluss vom 01.12.2022 – 8 BV 14/22

Rechtsmittelinstanz:

BAG, Beschluss vom 25.09.2024 – 7 ABR 37/23

Fundstelle:

Tenor

1. Auf die Beschwerde des Antragstellers und Beteiligten zu 1 wird der Beschluss des Arbeitsgerichts vom 01.12.2022, Az. 8 BV 14/22, aufgehoben.

2. Die Beteiligte zu 2 wird verpflichtet, den Antragsteller von den Rechtsanwaltsgebühren der A… Rechtsanwälte, P…straße xx, … N… in Höhe von € 1.003,40 gemäß Kostenrechnung … vom 15.07.2021 freizustellen.

3. Die Beteiligte zu 2 wird verpflichtet, den Antragsteller von den Rechtsanwaltsgebühren der A… Rechtsanwälte, P…straße xx, … N… in Höhe von € 526,58 gemäß Kostenrechnung … vom 15.07.2021 freizustellen.

4. Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

Gründe

A.

1
Die Beteiligten streiten über die Freistellung von Rechtsanwaltskosten.

2
Der Beteiligte zu 1.) ist der für die Standorte der Beteiligten zu 2.) in Z…, D…, O…, H… und S… ordnungsgemäß konstituierte Betriebsrat mit 21 Mitgliedern sowohl bei der Wahl im Jahre 2018 als auch der Wahl 2022.

3
Die Beteiligte zu 2.) ist ein in der Spielzeugherstellung tätiges Unternehmen. Weltweit werden bei der Beteiligten zu 2.) rund 4.600 Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer beschäftigt. Im Betrieb in Z… waren im April 2021 986 Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer beschäftigt, in D… 1.095, in H… 239 und in S… 28.

4
Am 01.10.2020 wurde Frau G. als HR-Leitung eingestellt. Eine Anhörung des Beteiligten zu 1.) zur Einstellung erfolgte nicht. Mit Schreiben vom 15.10.2020 wurde dem Beteiligten zu 1.) mitgeteilt, dass Frau G. leitende Angestellte iSd. § 5 Abs. 3 BetrVG sei (Blatt 10 der Akten). Mit Schreiben vom 16.10.2020 forderte der Beteiligte zu 1.) unter Fristsetzung bis zum 20.10.2020 weitere Informationen (Blatt 11 der Akten). Er ging davon aus, dass es sich bei Frau G. nicht um eine leitende Angestellte handelte und er zur Einstellung angehört werden hätte müssen. Eine Antwort erhielt er nicht.

5
Der Beteiligte zu 1.) hat am 23.11.2020 beschlossen, der Beteiligten zu 2.) aufgeben zu lassen, die personelle Maßnahme (Einstellung Frau G.) aufzuheben und soweit notwendig, das Verfahren nach § 101 Satz 1 BetrVG einzuleiten. Mit Beschluss vom selben Tag hat er auch seine Verfahrensbevollmächtigten mit der Durchführung des Verfahrens beauftragt (Blatt 12 der Akten). Die Wirksamkeit der Beschlüsse ist streitig.

6
Mit Schreiben vom 26.11.2020 forderten die Verfahrensbevollmächtigten des Beteiligten zu 1.) die Beteiligte zu 2.) unter Fristsetzung bis zum 02.12.2020 auf, die personelle Maßnahme aufzuheben (Blatt 14 der Akten). Mit Schreiben vom 02.12.2020 teilten die Bevollmächtigten der Beteiligten zu 2.) mit, dass sich nach deren Kenntnis Frau F… aus der Rechtsabteilung mit der damaligen Betriebsratsvorsitzenden im Austausch befinde (Blatt 15 der Akten). Eine Aufhebung der personellen Maßnahme erfolgte innerhalb der gesetzten Frist nicht.

7
Daraufhin wurde ein arbeitsgerichtliches Beschlussverfahren eingeleitet, das beim Arbeitsgericht Nürnberg unter dem Aktenzeichen 14 BV 117/20 anhängig war.

8
Das Arbeitsverhältnis mit Frau G. wurde von der Beteiligten zu 2.) noch während der Probezeit gekündigt. Das Beschlussverfahren wurde für erledigt erklärt, ein Güte- oder Kammertermin hatte nicht stattgefunden. Mit Beschluss vom 22.03.2021 wurde das Verfahren eingestellt. Der Gegenstandswert wurde mit Beschluss vom 28.04.2021 auf 15.000,- € festgesetzt (Blatt 16 der Akten). In diesem Verfahren wurde die Ordnungsgemäßheit der zu Grunde liegenden Beschlussfassungen des Betriebsrats von keinem der Beteiligten thematisiert.

9
Unter dem 15.07.2021 rechneten die Verfahrensbevollmächtigten gegenüber dem Beteiligten zu 1.) auf der Basis des Gegenstandswerts von 15.000,- € für ihre außergerichtliche Tätigkeit Gebühren in Höhe von 1.003,40 € und für das Beschlussverfahren Gebühren in Höhe von 526,58 € ab (Blatt 19 ff der Akten). Die Beteiligte zu 2.) beglich die Rechnungen auch nach mehreren Mahnungen und Androhung des Kostenfreistellungsverfahrens nicht.

10
Am 17.01.2022 hat der Beteiligte zu 1.) beschlossen, das vorliegende Kostenfreistellungsverfahren einzuleiten und seine Verfahrensbevollmächtigten mit der Wahrnehmung seiner rechtlichen Interessen zu beauftragen. Nach einstimmiger Bestätigung der Tagesordnung sowie auch vorsorglich des Beauftragungsbeschlusses vom 23.11.2020 hat der Beteiligte zu 1.) sodann den entsprechenden Beschluss gefasst (Blatt 32 der Akten). Die Wirksamkeit der Beschlüsse ist streitig.

11
Im Frühjahr 2022 fanden Neuwahlen des Beteiligten zu 1 statt.

12
Am 25.07.2022 fasste der Beteiligte zu 1 folgenden auszugsweise wiedergegebenen Beschluss (Blatt 132 der Akten):

„Thema: Beratung und Beschlussfassung Einstellung Frau G… und Anwaltsbeauftragung Zum 01.10.2020 wurde Frau G… als HR-Leitung eingestellt. Der Betriebsrat wurde nicht gemäß § 99 BetrVG zur Einstellung angehört. Mit Schreiben vom 15.10.2020 wurde dem Betriebsrat von der „Unternehmensleitung“ mitgeteilt, dass Frau G… leitende Angestellte im Sinne des § 5 Abs. 3 BetrVG sei. Der Betriebsrat hatte daraufhin weitere Informationen eingefordert, aber auf sein Schreiben vom 16.10.2020 bislang keine Antwort erhalten.

Eine HR-Leitung ist nicht zwangsläufig leitende Angestellte gemäß § 5 Abs. 3 BetrVG. Dem Betriebsrat liegen keine Anhaltspunkte vor, die die Eigenschaft als leitende Angestellte begründen könnte. Der Betriebsrat beschließt deshalb, seine Rechte in dieser Angelegenheit von der Kanzlei A… Rechtsanwälte … wahrnehmen zu lassen. Die A… Rechtsanwälte werden beauftragt, die Rechte des Betriebsrats im Hinblick auf die Missachtung der Mitbestimmung nach § 99 BetrVG geltend zu machen. A… Rechtsanwälte werden beauftragt, beim Arbeitgeber darauf hinzuwirken, dass er die personelle Maßnahme aufhebt. Sollte der Arbeitgeber der Aufforderung des Betriebsrats nicht nachkommen, sind A… Rechtsanwälte beauftragt, das Verfahren gemäß § 101 BetrVG vor dem Arbeitsgericht einzuleiten und dem Arbeitgeber aufgeben zu lassen, die personelle Maßnahme aufzuheben.

… und genehmigt ausdrücklich die Tätigkeiten der Kanzlei A… unter den dieser Angelegenheit zugehörigen Aktenzeichen …-xx und …-xx“

13
Auch die Wirksamkeit dieses Beschlusses hat die Beteiligte zu 2 bestritten.

14
Der Beteiligte zu 1.) hat erstinstanzlich die Auffassung vertreten, dass zu den Sitzungen am 23.11.2020 und am 17.01.2022 die Mitglieder und Ersatzmitglieder jeweils zutreffend geladen worden seien. Jedenfalls habe der Beschluss vom 25.07.2022 die Beschlüsse vom 23.11.2020 und vom 17.01.2022 rückwirkend genehmigt.

15
Bei den Betriebsratswahlen 2018 seien bei 1455 abgegebenen gültigen Stimmen die 21 Betriebsratssitze zwischen fünf Listen nach d´Hondt verteilt worden. Das Minderheitengeschlecht sei weiblich, die Zahl der Minderheitensitze im Betriebsrat betrage mindestens acht. Auf Liste 1 seien acht Plätze, auf Liste 2 drei

Plätze, auf Liste 3 fünf Plätze, auf Liste 4 ein Platz und auf Liste 5 vier Plätze entfallen. Unter Berücksichtigung der Wahlvorschlagslisten setzte sich der Betriebsrat 2018 ursprünglich wie folgt zusammen, wobei die Minderheitenquote genau erfüllt war (die gewählten Mitglieder sind grau hinterlegt, die männlichen Mitglieder mit (m), die weiblichen Mitglieder mit (w) gekennzeichnet):

	Liste 1:	Liste 2:	Liste 3:	Liste 4:	Liste 5:
	498	197	341	110	309
1	U… (m)	T… (m)	Nu… (w)	Sep… M. (w)	Hag… (w)
2	M… M. (m)	G… (m)	Hoe… (m)	Na… (w)	Bä… (w)
3	K… (w)	Me… (w)	Si… (m)	Sep… O. (m)	Det… (m)
4	Wen… (m)	Pi… (m)	Hol…r (w)	Hei… (m)	Bs… (m)
5	Sch… (m)	Ru…(m)	Ta… (m)	Sol… (w)	Mö… (m)
6	Ho… (w)	E… (m)	Lat… (m)	Ar… (m)	Fi… (w)
7	R… (m)	Mer…(w)	W… (w)	Hop… (w)	
8	Ka… (m)	Gr…(m)	Ma… (m)		
9	M… U. (w)	Mec… (m)	Gu… (m)		
10	Bo… (m)	Wa… (m)	Gei… (m)		
11	B… (m)	Hoe…(w)	Schm… (m)		
12	St… (w)	J… (w)	C… (w)		
13	L… (m)	Kra… (w)	Am… (w)		
14	Lu… (m)	Schm… (m)	Le… (m)		
15	No… (w)	Gra… (m)	Noe… (m)		
16	Sc… (m)		Be… (m)		
17	Scho… (w)		Mu… (m)		
18	La… (m)		We… (m)		
19	Ba… (m)		Rud… (m)		
20	Kr… (w)		Man… R. (m)		
21	Br… (w)		Man… M (m)		
22	Ne… (w)				

16

Nach der konstituierenden Sitzung im Mai 2018 hätten folgende personelle Veränderungen stattgefunden:

- das Ersatzmitglied W… sei im Mai 2018 ausgeschieden,

- das Ersatzmitglied B… im August 2018,

- das Ersatzmitglied St… am 10.09.2018,

- das Ersatzmitglied Ru… am 18.09.2018,

- das Vollmitglied Hag…, das durch das Ersatzmitglied Fi… ersetzt worden sei, am 09.09.2019,

- das Ersatzmitglied Schm… am 27.09.2019,

- das Vollmitglied Fi…, das durch das Ersatzmitglied C… ersetzt worden sei, am 09.01.2020,

- das Vollmitglied Ta…, das durch das Ersatzmitglied Lat… ersetzt worden sei, am 26.02.2020,

- das Vollmitglied C…, das durch das Ersatzmitglied Am… ersetzt worden sei, am 27.04.2020,

- das Vollmitglied Det…, das durch das Ersatzmitglied Mö… ersetzt worden sei, am 17.06.2020,

- das Vollmitglied Mö…, das durch das Ersatzmitglied U. M… ersetzt worden sei, am 29.06.2020,

- das Vollmitglied Me…, das durch das Ersatzmitglied Pi… ersetzt worden sei, am 21.07.2020,

- das Ersatzmitglied Ho… am 17.12.2020,

- das Ersatzmitglied Ma… am 07.01.2021,

- das Ersatzmitglied Mer… am 20.01.2021,

- das Vollmitglied U. M…, das durch das Ersatzmitglied No… ersetzt worden sei, am 05.02.2021,

- das Vollmitglied Am…, das durch das Ersatzmitglied Sol… ersetzt worden sei, am 10.05.2021,

- das Ersatzmitglied Le… am 13.08.2021,

- das Vollmitglied M. Sep.., das durch das Ersatzmitglied Hop… ersetzt worden sei, am 31.08.2021,

- das Mitglied Hoe…, das durch das Ersatzmitglied Gu… ersetzt worden sei, am 24.09.2021,

- das Vollmitglied Bä…, das durch das Ersatzmitglied Scho… ersetzt worden sei, am 22.10.2021,

- das Mitglied Scho…, das durch das Ersatzmitglied Kr… ersetzt worden sei, am 25.10.2021,

- das Ersatzmitglied Noe… am 19.11.2021 und

- das Ersatzmitglied Kra… am 17.12.2021.

17
Weiter seien ausgeschieden die Ersatzmitglieder L…, Na… und O. Sep… Teilweise seien die Mitglieder, wie sich aus den Rücktrittserklärungen ergebe, zurückgetreten, teilweise seien sie verstorben, teilweise seien die Arbeitsverhältnisse gekündigt worden.

18
Die Nachrückvorgänge stellten sich wie folgt dar.

- Frau Fi… habe anstelle des vorrangig platzierten Herrn Mö… Frau H1…. der Liste 5 ersetzt, damit die Frauenquote weiter erfüllt gewesen sei.

- Frau C… (Liste 3) habe Frau Fi… (Liste 5) ersetzt, da die Frauenquote erfüllt werden habe müssen und es auf Liste 5 keine Frauen mehr gegeben habe, sodass Frau C… als erste nachrückende Frau auf Liste 3, aufgrund Stimmenmehrheit der Liste 3, zum Zuge gekommen sei.

- Herr Ta…, der im Februar 2020 verstorben sei, sei durch Herrn L.…, beide Liste 3, ersetzt worden.

- Frau C… sei durch Frau Am… als nächste Frau auf Liste 3 ersetzt worden.

- Herr Det… sei durch Herrn Mö…, beide Liste 5, ersetzt worden.

- Herr Mö… sei sodann durch Frau M…, aufgrund Stimmenmehrheit der Liste 1, ersetzt worden, da es keine weiteren Nachrücker auf Liste 5 mehr gegeben habe.

- Frau Me… sei sodann durch Herrn Pi…, beide Liste 2, ersetzt worden. Die Frauenquote sei hier nicht zu beachten gewesen, da zuvor Frau M… Herrn Mö… ersetzt habe und danach weiter acht Frauen im Betriebsrat vertreten gewesen seien.

- Frau M… sei dann durch Frau No…, beide Liste 1, ersetzt worden, da hier die Frauenquote wieder einzuhalten gewesen sei.

- Frau Am… von Liste 3, auf der sich keine weiteren Frauen mehr befunden hätten, sei sodann durch Frau Sol…, der ersten Frau auf Liste 4, aufgrund der Stimmenmehrheit der Liste 4 ersetzt worden.

- Frau Bä… von Liste 5, auf der sich keine weiteren Frauen mehr befunden hätten, sei sodann durch Frau Scho…, der ersten nachrückenden Frau auf Liste 1, aufgrund der Stimmenmehrheit der Liste 1 ersetzt worden.

- Frau Scho… sei sodann durch Frau Kr…, der nächsten Frau auf Liste 1 ersetzt worden.

- Herr Hoe… sei durch Herrn Gu…, als nächstem Mitglied der Liste 3 ersetzt worden.

- Frau Sep… sei durch Frau Hop…, als nächste Frau der Liste 4 ersetzt worden.

19
Der Betriebsrat sei am 23.11.2020 ordnungsgemäß besetzt gewesen. Zu der Sitzung seien die Betriebsratsmitglieder durch die Vorsitzende Frau Nu… am 19.11.2020 ordnungsgemäß unter Beifügung der Tagesordnung geladen worden.

- Für den aufgrund Elternzeit verhinderten Herrn T… (Liste 2) sei das erste Ersatzmitglied derselben Liste Herr E… geladen worden.

- Das Mitglied Herr Gl… (Liste 2) sei kurzfristig nicht erschienen, eine Nachladung sei nicht möglich gewesen.

- Für den aufgrund Krankheit verhinderten Herrn Lat… der Liste 3 sei das erste Ersatzmitglied (Liste 3) Herr Ma… geladen worden.

- Für den abwesenden Herrn Pi… (Liste 2) sei, da das erste Ersatzmitglied bereits für Herrn T… geladen worden sei, das zweite Ersatzmitglied Frau Mer… geladen worden.

- Für die aufgrund Krankheit verhinderte Frau M… (Liste 1) sei, da die Frauenquote einzuhalten gewesen sei, das dritte Ersatzmitglied geladen worden, die ebenfalls krank gewesen sei, weshalb das fünfte Ersatzmitglied der Liste 1, Frau Scho… geladen worden sei.

- Das Mitglied Hol… (Liste 3) habe an der Sitzung teilgenommen. Sie habe vergessen, ihre Teilnahme mit einer E-Mail zu bestätigen. An der Sitzung hätten zunächst 18, ab 10:37 Uhr 19 Mitglieder teilgenommen. Der Beschluss zur Beauftragung der Verfahrensbevollmächtigten sei mit 17 Ja-Stimmen und 2 Enthaltungen gefasst worden.

20
Die Beschlüsse vom 17.01.2022 seien ebenfalls ordnungsgemäß gewesen. Zu der Sitzung seien die Betriebsratsmitglieder am 13.01.2022 durch den stellvertretenden Vorsitzenden Herrn M… ordnungsgemäß unter Beifügung der Tagesordnung geladen worden.

- Für den aufgrund Urlaub verhinderten Herrn U… (Liste 1) sei, da das erste Ersatzmitglied der Liste 1 ebenfalls verhindert gewesen sei, das zweite Ersatzmitglied Herr Lu… geladen worden.

- Für den aufgrund Urlaub verhinderten Herrn Bs… (Liste 5) sei, da auf der Liste 5 keine weiteren Mitglieder mehr vorhanden gewesen seien, das erste Ersatzmitglied der Liste 3 Herr Gei… geladen worden.

- Für die aufgrund Urlaub verhinderte Frau Sol… der Liste 4 sei, da auf der Liste 4 keine weitere Frau mehr gewesen sei, aufgrund Stimmenmehrheit aus der Liste 1 das zweite weibliche Ersatzmitglied Frau Ne…, da das erste weibliche Ersatzmitglied verhindert gewesen sei, geladen worden.

- Herr Sch…, Herr Ka… und Frau Ho… (Liste 1), Herr Pi… (Liste 2) sowie Herr Gu… und Frau Hol… (Liste 3) seien kurzfristig nicht zur Sitzung erschienen, eine Nachladung sei nicht möglich gewesen.

21
An der Sitzung hätten 14 Betriebsratsmitglieder teilgenommen. Der Beschluss zur Beauftragung der Bevollmächtigten sei mit 11 Ja-Stimmen und drei Enthaltungen gefasst worden.

22
Der 21-köpfige Betriebsrat sei im Frühjahr 2022 neu gewählt worden. Dabei sei das Geschlecht in der Minderheit (Frauen) mit mindestens 9 Sitzen zu berücksichtigen gewesen. Auf Liste 1 seien 210 Stimmen, auf Liste 2 117 Stimmen, auf Liste 3 447 Stimmen, auf Liste 4 46 Stimmen und auf Liste 5 35 Stimmen entfallen. Hieraus hätte sich folgende Zusammensetzung des Beteiligten zu 1 ergeben (die gewählten Mitglieder sind grau hinterlegt, die männlichen Mitglieder mit (m), die weiblichen Mitglieder mit (w) gekennzeichnet):

	Liste 1	Liste 2	Liste 3	Liste 4	Liste 5
	210	117	447	46	35
1	M… M.(m)	U… (m)	Nu… (w)	Bs… (m)	Schw… (m)
2	K… (w)	Ho… (w)	T… (m)	No… (w)	
3	R… (m)	Ka… (m)	Si… (m)	Ni… (m)	
4	Kr… (w)	Bo… (m)	Gl… (m)	Sc… (m)	
5	Wen… (m)	Sol… (w)	Gu… (m)	Nas… (m)	
6	Lu… (m))	Mai… (m)	Hop… (w)	Da… (m)	
7	Schi… (w)	Beu…(w)	Lat… (m)	Gr… (m)	
8	T… (m)	Pf… (m)	Hol… (w)		
9	Ba… (m)	Ter… (w)	Pi… (m)		
10	Ot… (w)	Wu… (m)	Schu… (w)		
11	La… (m)	Sto… (m)	E… (m)		
12	Hey… (m)		Hei… (m)		
13	M… U. (w)				
14	Wi… (m)				
15	Scho… (w)				
16	Em… (m)				

23
Bis zu 25.07.2022 hätte sich folgende Änderungen ergeben:

24
Für das zum 30.06.2022 ausgeschiedene Vollmitglied Frau Schi… (Liste 1) sei unter Berücksichtigung der Minderheitenquote Frau Ot…von der Liste 1 nachgerückt. Das Ersatzmitglied Herr Bo… (Liste 2) sei im Mai 2022 ausgeschieden.

25
Zu dieser Sitzung sei durch den dritten stellvertretenden Vorsitzenden, Herrn M… ordnungsgemäß am 21.07.2022 unter Beifügung der Tagesordnung geladen worden (Blatt 133 ff der Akten). Dabei seien für die verhinderten Mitglieder M. M…, K…, R…, Wen…, Sol…, Lat… und Nu… die Ersatzmitglieder Lu…, Ne…, Ti…, Ba…, Ter…, Hei… und Scho… geladen worden. An der Sitzung hätten 18 Mitglieder teilgenommen, der Beschluss sei mit 11 Ja-Stimmen, 6 Enthaltungen und einer Nein-Stimme gefasst worden (Blatt 132 der Akten).

26
Der Beteiligte zu 1.) meint, dass die außergerichtliche Beratung und Vertretung durch seine Verfahrensbevollmächtigten Kosten ausgelöst habe, die die Beteiligte zu 2.) als Kosten, die durch die Tätigkeit des Betriebsrats entstanden seien, zu tragen habe. Der Beteiligte zu 1.) habe die Inanspruchnahme anwaltlicher Beratung und Vertretung für erforderlich halten dürfen, da er selbst die rechtlichen Beurteilungen der jeweiligen Sachverhalte nicht einschätzen habe können. Der sich anhand der gesetzlichen Gebührenberechnung aufgrund des gerichtlich festgesetzten Gegenstandswerts ergebende Rechnungsbetrag der entsprechenden Gebührenrechnungen sei jeweils vollumfänglich zu erstatten.

27
In seiner Entscheidung vom 06.11.2013 (7 ABR 84/11) führe das BAG aus, dass die Genehmigung durch eine nachträgliche Beschlussfassung bis zum Ergehen einer Prozessentscheidung, durch die der Antrag als unzulässig abgewiesen werde, möglich sei. Zwar könne nach Erlass einer Prozessentscheidung, mit dem ein Antrag im Beschlussverfahren mangels Vollmacht des Vertreters abgewiesen worden sei, eine rückwirkende Heilung dieses Mangels durch nachträgliche Vollmachtserteilung nicht mehr erfolgen. Mit Erlass des gerichtlichen Prozessbeschlusses bestehe keine genehmigungsfähige Rechtslage mehr; eine nachträgliche Genehmigung würde nicht den Mangel der Vollmacht beseitigen, sondern nur der richtigen Prozessentscheidung die Grundlage entziehen. Bleibe der Vertretungsmangel aber in der unteren Instanz unentdeckt, so sei auch noch in der Rechtsmittelinstanz eine Genehmigung möglich; sie könne in diesen Fällen sogar noch nach Eintritt der Rechtskraft erklärt werden.

28
Diese Grundgedanken ließen sich vorliegend übertragen. In dem betroffenen Verfahren habe das Arbeitsgericht keine die Anträge als unzulässig abweisende Prozessentscheidung getroffen. Das Verfahren sei noch vor einem Gütetermin für erledigt erklärt und eingestellt worden. Eine Rüge der Ordnungsgemäßheit des Beschlusses sei zum damaligen Zeitpunkt nicht erfolgt. Die nachträgliche Genehmigung entziehe damit nicht einer rechtmäßig ergangenen Prozessentscheidung die Grundlage. Da die Ordnungsgemäßheit des Beschlusses im Verfahren nicht gerügt worden sei und der potenzielle Mangel des Beschlusses vom 23.11.2020 in diesem Verfahren mithin unentdeckt geblieben sei, habe für den Betriebsrat keine Veranlassung bestanden, die Rechtmäßigkeit in Zweifel zu ziehen. Ein Rückwirkungsverbot für die genehmigenden Beschlussfassungen vom 17.01.2022 und 25.07.2022 erscheine demnach als nicht gerechtfertigt, zumal die Beteiligte zu 2.) erst in diesem Verfahren erstmals darauf hingewiesen habe.

29
Der Beteiligte zu 1.) hat erstinstanzlich beantragt,

1. Die Beteiligte zu 2 wird verpflichtet, den Antragsteller von den Rechtsanwaltsgebühren der A… Rechtsanwälte, P…str. xx, … N… in Höhe von 1.003,40 € gemäß Kostenrechnung … vom 15.07.2021 freizustellen.

2. Die Beteiligte zu 2 wird verpflichtet, den Antragsteller von den Rechtsanwaltsgebühren der A… Rechtsanwälte, P…str. xx, … N… in Höhe von 526,58 € gemäß Kostenrechnung … vom 15.07.2021 freizustellen.

30
Die Beteiligte zu 2.) beantragt,

die Anträge abzuweisen.

31
Sie hat erstinstanzlich vorgetragen, dass nicht erkannt werden könne, dass eine ordnungsgemäße Beschlussfassung des Beteiligten zu 1.) zur Anwaltsbeauftragung sowie zur Einleitung des Verfahrens vorgelegen habe. Der Beschluss vom 23.11.2020 sei nicht ordnungsgemäß zustande gekommen.

32
Die Beteiligte zu 2.) bestreitet, dass zu der Sitzung am 17.01.2022 die richtigen Ersatzmitglieder geladen worden seien. Es könne nicht nachvollzogen werden, dass Herr Lu… für Herrn U… zu laden gewesen sei. Hier werde nicht vorgetragen, weshalb Herr Bo… verhindert gewesen sei. Weiter könne nicht nachvollzogen werden, dass Herr Gei… als Ersatz für Herrn Bs… zu laden gewesen sei. Aufgrund der Stimmenmehrheit der Liste 2 (28. Höchstzahl) hätte diese und nicht die Liste 3 (29. Höchstzahl) berücksichtigt werden müssen. Aus diesem Grund könne ferner nicht nachvollzogen werden, dass die Ladung von Frau Ne… (Liste1) als Ersatz für Frau Sol… (Liste 4) ordnungsgemäß gewesen sei, da als Ersatz für Frau Sol… zunächst die Liste 3 (29. Höchstzahl) hätte berücksichtigt werden müssen.

33
Hinsichtlich des Beschlusses vom 25.07.2022 fehle es an einem einlassungsfähigen Vortrag. Es sei nicht vorgetragen, aus welchen Mitgliedern der Betriebsrat am 25.07.2022 auch unter Berücksichtigung der Geschlechterquote und zwischenzeitlich ausgeschiedener Mitglieder bestanden habe und welche Mitglieder für verhinderte Mitglieder nachzuladen gewesen seien. Weiter könne nicht nachvollzogen werden, dass Herr Hei… auch tatsächlich geladen worden sei.

34
Die Beteiligte zu 2.) meint, dass eine nachträgliche Bestätigung eines Beauftragungsbeschlusses nach rechtskräftigem Abschluss des eigentlichen Verfahrens nicht möglich sei. Weder durch den Beschluss vom 17.01.2022 noch durch den Beschluss vom 25.07.2022 habe der unwirksame Beschluss vom 23.11.2020 geheilt werden können. Das betreffende Verfahren sei bereits mit Beschluss vom 22.03.2021 eingestellt und damit insgesamt abgeschlossen gewesen.

35
Die Unwirksamkeit eines Betriebsratsbeschlusses über die Einleitung eines Beschlussverfahrens und die Beauftragung eines Rechtsanwalts könne nach der Rechtsprechung des BAG durch einen ordnungsgemäßen späteren Beschluss, wenn er noch vor Abschluss der ersten Instanz gefasst werde, geheilt werden. Hieraus ergebe sich eindeutig, dass eine Heilung nicht mehr nach Abschluss der ersten Instanz bzw. erst recht nicht mehr nach dem Abschluss des Verfahrens möglich sei.

36
Eine anwaltliche Tätigkeit ohne wirksamen Beschluss des Betriebsrats löse keine Kostentragungspflicht des Arbeitgebers nach § 40 Abs. 1 BetrVG aus. Der Grundsatz, dass nur ein wirksam gefasster Beschluss eine Kostentragungspflicht nach § 40 Abs. 1 BetrVG auslöse, würde vollkommen unterlaufen werden, wenn auch noch eine nachträgliche, zeitlich oftmals sehr viel spätere Heilung im „nachgelagerten“ Kostenfreistellungsverfahren möglich wäre. Es käme dann nicht mehr darauf an, dass das Betriebsratsgremium im Zeitpunkt des laufenden Verfahrens selbst bis zum Abschluss der ersten Instanz mit dessen Führung „einverstanden“ gewesen und die kostenauslösende Anwaltsbeauftragung wirksam beschlossen worden sei. Eine derart weitreichende Heilungsmöglichkeit sei mit der Rechtsprechung des BAG nicht vereinbar, wonach der Arbeitgeber nur diejenigen Kosten zu tragen habe, die auf eine Beauftragung des Anwalts aufgrund eines (wirksamen) Beschlusses des Betriebsrats zurückgehe. Der Beschluss könne daher nicht nachträglich im Kostenfreistellungsverfahren, zudem ggf. durch ein vollkommen anders zusammengesetztes Gremium, gefasst bzw. in diesem geheilt werden, wenn das Verfahren, für welches der Beschluss gefasst worden sei, bereits beendet sei.

37
Eine zeitliche Rückerstreckung sei ausgeschlossen, wenn die Beschlussfassung des Betriebsrats erst nach dem für die Beurteilung eines Sachverhalts maßgeblichen Zeitpunkt erfolge. Die Einschränkung betreffe insbesondere rechtsgeschäftliche Vereinbarungen, durch die dem Arbeitgeber eine Kostentragungspflicht auferlegt werde.

38
Das Arbeitsgericht hat die Anträge des Beteiligten zu 1.) mit Beschluss vom 01.12.2022 zurückgewiesen. Der Beschluss des Betriebsrats vom 17.01.2022 zur Einleitung des Verfahrens sei unwirksam, da als Ersatzmitglied Frau J… und nicht Frau Ne… hätte geladen werden müssen. Es könne aber offenbleiben, ob die Anträge aufgrund einer ordnungsgemäßen Beschlussfassung in der Sitzung vom 25.07.2022 vom Betriebsrat genehmigt worden seien. Denn auch am 23.11.2020 sei der Betriebsrat nicht ordnungsgemäß besetzt gewesen. Dieser nach § 40 BetrVG die Anwaltskosten auslösende Beschluss könne nach Abschluss des Verfahrens nicht mehr genehmigt werden. Wegen der Einzelheiten der ausführlichen Begründung wird auf II. der Gründe des erstinstanzlichen Beschlusses Bezug genommen.

39
Der Beschluss des Arbeitsgerichts wurde dem Beteiligten zu 1.) am 21.03.2023 zugestellt. Dieser legte hiergegen mit Schriftsatz vom 20.04.2023, beim Landesarbeitsgericht am selben Tage eingegangen Beschwerde ein und begründete sie mit Schriftsatz vom 03.07.2023, eingegangen beim Landesarbeitsgericht am selben Tag. Die Begründungsfrist war bis zu diesem Tag verlängert worden.

40
Es könne dahingestellt bleiben, ob die Beschlüsse vom 23.11.2020 und vom 17.01.2022 wegen Ladungsfehlern unwirksam seien oder nicht. In der Betriebsratssitzung vom 25.07.2022 seien die Beschlussfassungen vom 23.11.2020 und vom 17.01.2022 jedenfalls rückwirkend genehmigt worden. Die Ladung der Ersatzmitglieder sei ordnungsgemäß erfolgt:

- Für das verhinderte Ersatzmitglied M. M… (Liste 1) sei das nächste Ersatzmitglied innerhalb der Liste, Herr Lu…, geladen worden.

- Zur Ladung eines Ersatzmitglieds für das verhinderte Betriebsratsmitglied Frau Nu… sei ein Listensprung erforderlich gewesen, da in der Liste 3 keine weiblichen Ersatzmitglieder vorhanden gewesen seien. Rang 22 mit der Höchstzahl 37,25, ebenfalls Liste 3, habe nicht zum Zuge kommen können. Dies habe einen Sprung in Liste 1 auf den Rang 23 mit der Höchstzahl 30 erforderlich gemacht. Das nächste freie zur Verfügung stehende weibliche Betriebsratsmitglied dieser Liste sei Frau Scho… gewesen, da Frau U. M… verhindert gewesen sei.

- Als Ersatzmitglied für Frau K… (Liste 1) sei Frau Ne… als nächstes weibliches Betriebsratsmitglied innerhalb der Liste geladen worden, da Frau U. M… verhindert gewesen sei und Frau Scho… bereits als Ersatzmitglied geladen gewesen sei.

- In Liste 1 sei für Herrn R… das nächste Ersatzmitglied der Liste 1, Herr Ti…, geladen worden, da Herr Lu… bereits als Ersatzmitglied geladen gewesen sei.

- Aus dem gleichen Grund sei für Herrn Wen… (Liste 1) Herr Ba… geladen worden.

- Für Frau Sol… (Liste 2) sei als nächstes weibliches Mitglied der Liste 2 Frau Ter… geladen worden, da Frau Beu… verhindert gewesen sei.

- Als Ersatzmitglied für Herrn Lat… (Liste 3) sei das letzte verbleibende Ersatzmitglied aus Liste 3, Herr Hei…, geladen worden.

41
Das Arbeitsgericht sei zu Unrecht davon ausgegangen, dass der Beschluss zur Beauftragung der Vertreter des Beteiligten zu 1 zur Durchführung des Verfahrens zur Aufhebung der personellen Maßnahme „G“ vom 23.11.2020 sowie der Beschluss vom 17.01.2022 zur Durchführung des Kostenfreistellungsverfahrens unwirksam seien, weil vermeintlich jeweils ein falsches Ersatzmitglied geladen worden sei.

42

Denn die Nichtladung eines eigentlich an der Reihe gewesenen Ersatzmitglieds könne nicht grundsätzlich dazu führen, dass die vom so besetzten Gremium gefassten Beschlüsse keine Wirksamkeit entfalten würden. Die Rechtsfolgen eines Verfahrensverstoßes hingen von der Bedeutung der fraglichen formellen Anforderungen für eine ordnungsgemäße Beschlussfassung ab. Zur Unwirksamkeit führe ein Verstoß nur, wenn dieser so schwerwiegend sei, dass der Fortbestand des Beschlusses von der Rechtsordnung nicht hingenommen werden könne. Es stelle sich für den vorliegenden Fall die Frage, ob es nicht auch einen Unterschied mache, ob ein Ersatzmitglied gar nicht geladen worden sei oder – wie hier – nur das falsche. Regelungszweck der Verfahrensvorschrift des § 25 Abs. 2 BetrVG sei die Kontinuität der Betriebsratsarbeit. Es gehe vorwiegend darum, dass überhaupt ein Ersatzmitglied geladen werde. Es komme weniger darauf an, um welches es sich handele. Im vorliegenden Fall sei das Abstimmungsergebnis jeweils eindeutig gewesen. Selbst wenn das richtige Ersatzmitglied geladen worden wäre und gegen die Beschlussfassung gestimmt hätte, wäre zumindest das Endergebnis das gleiche geblieben. Ein grober Verfahrensverstoß liege deshalb nicht vor. Im Hinblick auf die Beschlussfassung vom 23.11.2020 sei noch darauf hinzuweisen, dass das vermeintlich falsche Ersatzmitglied sogar von derselben Liste stamme.

43
Zu Unrecht sei das Arbeitsgericht auch davon ausgegangen, dass eine Genehmigung der Beauftragung der anwaltlichen Vertreter des Beteiligten zu 1.) nach Einstellung des Verfahrens zur Aufhebung der personellen Maßnahme „G“ nicht mehr habe erfolgen können. Der vorliegende Fall sei mit der Konstellation, die der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 08.03.2000 – 7 ABR 11/98 zugrunde gelegen habe, nicht vergleichbar. Dort sei zwar entschieden worden, dass ein erst nach dem Besuch einer Schulungsveranstaltung gefasster Betriebsratsbeschluss, mit dem die Teilnahme des Betriebsratsmitglieds gebilligt worden sei, keine Verpflichtung des Arbeitgebers nach § 40 Abs. 1 BetrVG zur Kostentragung begründe. Bei einer solchen Beschlussfassung seien im Rahmen der Erforderlichkeitsprüfung aber diverse Gesichtspunkte einzubeziehen, die über eine lediglich objektive Betrachtung von Gegebenheiten hinausgingen. So sei etwa zu klären, welche Fortbildungen das Betriebsratsmitglied bereits absolviert habe, für welche Sachverhalte es künftig im Rahmen seiner Tätigkeit für den Betriebsrat verantwortlich zeichne und ähnliches mehr. Bei dem Beschluss vom 23.11.2020 zur Beauftragung einer Anwaltskanzlei zur Durchführung des Beschlussverfahrens sei die Erforderlichkeit der Hinzuziehung einer Anwaltskanzlei von der Beteiligten zu 2 zu keiner Zeit infrage gestellt worden. Für die Beteiligte zu 2.) sei zu jedem Zeitpunkt erkennbar und erwartbar gewesen, dass vor dem Hintergrund des durchgeführten Beschlussverfahrens eine Gebührenrechnung an sie adressiert werden würde.

44
Im Übrigen sei es missbräuchlich, die fehlerhafte Beschlussfassung vom 23.11.2022 weder im Verfahren „G“ selbst noch nach Erstellung und Übersendung der nunmehr streitigen Kostennoten zu rügen, sondern erst im vorliegenden Kostenfreistellungsverfahren. Dies verstoße jedenfalls gegen das Gebot der vertrauensvollen Zusammenarbeit des § 2 BetrVG.

45
Die nachträgliche Heilung einer fehlenden Prozessvollmacht sei nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts noch bis in die Rechtsmittelinstanz und sogar noch nach Eintritt der Rechtskraft möglich, falls ein Sachurteil ergangen sei und die fehlende Prozessvollmacht in 1. Instanz unentdeckt geblieben sei. Lediglich dann, wenn ein den Antrag abweisendes Prozessurteil gerade wegen des Fehlens einer wirksamen Prozessvollmacht ergangen sei, sei eine nachträgliche Heilung des Mangels der Vollmacht nicht mehr möglich. Durch eine nachträgliche Genehmigung des Betriebsratsbeschlusses vom 23.11.2020 würde dem Einstellungsbeschluss des Gerichts vom 22.03.2021 auch nicht etwa die Grundlage entzogen. Die Grundlage der gerichtlichen Entscheidung liege in der Erledigung des Rechtsstreits, nicht in einem Mangel der Prozessvollmacht.

46
Das Verhalten der Beteiligten zu 2.) lasse auch erkennen, dass diese systematisch die Zahlung bis zum Kostenfreistellungsverfahren verweigere. Erst dann greife die Beteiligte zu 2.) die Beschlussfassung an, ohne diese zuvor zur Begründung der Zahlungsverweigerung beanstandet zu haben. Inzwischen seien in 132 Angelegenheiten Rechnungen erstellt worden. Von diesen 132 Rechnungen seien 3 beglichen worden. In keiner einzigen Angelegenheit sei eine Zahlung innerhalb der gesetzten Zahlungsfrist erfolgt. In 19 Angelegenheiten seien bisher 12 Kostenfreistellungsverfahren eingeleitet. In all diesen Verfahren habe die Beteiligte zu 2.), sofern eine Stellungnahme vorliege, das ordnungsgemäße Zustandekommen der

Beschlussfassungen bestritten und die Ladung von Ersatzmitgliedern bemängelt und sich darauf berufen, dass eine Heilung vorangegangener Beschlüsse grundsätzlich nicht möglich sei. Derzeit stünden Rechnungen der anwaltlichen Vertreter des Beteiligten zu 1 i.H.v. 185.644,71 € brutto aus, von denen bislang lediglich 12.390,41 € brutto beglichen seien. Infolge der systematischen, pauschalen Verweigerung jeglicher Kostentragung seitens der Beteiligten zu 2.) könne der Betriebsrat als unabhängiges betriebsverfassungsrechtliches Organ nicht mehr angemessen handeln, da es für den Betriebsrat immer schwerer werde, überhaupt noch anwaltliche Unterstützung oder auch Seminaranbieter zu finden, die bereit seien, in Vorleistung zu gehen.

47
Der Beteiligte zu 1.) beantragt im Beschwerdeverfahren,

1. den Beschluss des Arbeitsgerichts Nürnberg vom 01.12.2022, 8 BV 14/22, abzuändern.

2. Die Beteiligte zu 2 wird verpflichtet, den Antragsteller von den Rechtsanwaltsgebühren der A… Rechtsanwälte, P…str. xx, … N… in Höhe von 1.003,40 € gemäß Kostenrechnung … vom 15.07.2021 freizustellen.

3. Die Beteiligte zu 2 wird verpflichtet, den Antragsteller von den Rechtsanwaltsgebühren der A… Rechtsanwälte, P…str. xx, … N… in Höhe von 526,58 € gemäß Kostenrechnung … vom 15.07.2021 freizustellen.

48
Die Beteiligte zu 2.) beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

49
Das Arbeitsgericht habe zutreffend ausgeführt, dass der Arbeitgeber nur diejenigen Kosten einer anwaltlichen Tätigkeit zu tragen habe, die auf einen ordnungsgemäßen Betriebsratsbeschluss zurückgingen und der Kostenfreistellungsanspruch entfalle, da es an einer ordnungsgemäßen Beschlussfassung fehle. Eine nachträgliche Genehmigung des Beschlusses nach dem Abschluss des Verfahrens, für das der Rechtsanwalt beauftragt worden war, sei nicht mehr möglich.

50
Zutreffend habe das Arbeitsgericht festgestellt, dass der Beschluss des Beteiligten zu 1.) vom 23.11.2020 nicht ordnungsgemäß gewesen sei, da zu der Sitzung ein Ersatzmitglied, das zu laden gewesen wäre, nicht geladen worden sei. Die Nichtladung des richtigen Ersatzmitglieds sei ein schwerwiegender Verstoß. Bei den Regelungen in § 29 Abs. 2 S. 1 und S. 3 BetrVG handele es sich nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts um wesentliche Verfahrensvorschriften. Es sei nicht ein Ersatzmitglied zu laden, sondern das Ersatzmitglied. Dem Ersatzmitglied werde durch das Nachrücken auch Sonderkündigungsschutz gemäß § 15 Abs. 1 KSchG gewährt. Auch deshalb sei stets das richtige Ersatzmitglied und nicht irgendeines zu laden.

51
Das Beharren auf der Einhaltung der Verfahrensvorschrift des § 25 Abs. 2 BetrVG führe nicht zu einer unzumutbaren Beschränkung der Betriebsratsarbeit. Vielmehr diene sie dem Zweck, die Tätigkeit des Betriebsrats und seine Beschlussfähigkeit unter Berücksichtigung des Wahlergebnisses zu sichern. Auch der Auffassung des Beteiligten zu 1.), ein Betriebsratsbeschluss müsse wirksam bleiben, soweit die Stimme des „richtigen“ Ersatzmitglieds keine Auswirkung auf das Abstimmungsergebnis hätte haben können, könne nicht gefolgt werden. Der Fehler liege vorliegend nicht darin, dass ein Ersatzmitglied ohne Verhinderung des ordentlichen, ordnungsgemäß geladenen Mitglieds zusätzlich an der Sitzung teilnehme, sondern darin, dass die Ladung selbst fehlerhaft gewesen sei und infolgedessen das falsche Ersatzmitglied an der Sitzung teilgenommen habe. Ein Vergleich mit Betriebsratswahlen könne nicht gezogen werden.

52
Das Arbeitsgericht habe weiter zutreffend festgestellt, dass der Beteiligte zu 1.) den in der Betriebsratssitzung vom 23.11.2020 gefassten Beschluss am 17.01.2022 oder später nicht mehr habe genehmigen können. Eine zeitliche Rückerstreckung insbesondere bei rechtsgeschäftlichen

Vereinbarungen, durch die dem Arbeitgeber eine Kostentragungspflicht auferlegt werde, sei eingeschränkt, und die Rückwirkung der Genehmigung durch die nach § 40 BetrVG gebotene Erforderlichkeitsprüfung begrenzt. Ebenso wie bei der Beschlussfassung über die Entsendung eines Betriebsratsmitglieds zu einer Schulungsveranstaltung erfordere auch die Beschlussfassung über die Beauftragung eines Rechtsanwalts eine Erforderlichkeitsprüfung. Dies sei auch im Sinne der Rechtssicherheit geboten.

53
Die Beteiligte zu 2.) habe sich auch nicht rechtsmissbräuchlich verhalten. Das vorhergehende Verfahren sei bereits vor dem Gütetermin eingestellt worden, weil sich das Verfahren erledigt habe. Durch die Nichtrüge habe die Beteiligte zu 2.) daher kein berechtigtes Vertrauen des Betriebsrats geschaffen, dass sie eine möglicherweise fehlerhafte Beschlussfassung vom 23.11.2020 nicht rügen werde. Zutreffend habe das Arbeitsgericht festgestellt, dass aus einer nachträglichen Genehmigungsfähigkeit eines Betriebsratsbeschlusses nach Abschluss des Verfahrens hinsichtlich der Einleitung eines arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahrens nicht folge, dass sich diese auf die Einleitung des Verfahrens zurück erstrecke und eine entsprechende Kostentragung des Arbeitgebers bewirke. Es werde weiterhin bestritten, dass zur Einleitung des vorliegenden Kostenfreistellungsverfahrens ein ordnungsgemäßer Beschluss des Beteiligten zu 1.) vorliege. Ein konkreter Vortrag, aus welchen Mitgliedern der Betriebsrat am 25.07.2022, dem Datum des Genehmigungsbeschlusses, bestanden habe und welche Mitglieder für verhinderte Mitglieder nachzuladen gewesen seien, fehle auch im Beschwerdeverfahren weiterhin.

54
Die Beteiligten haben in der Anhörung vor dem Landesarbeitsgericht am 27.09.2023 übereinstimmend erklärt, dass die Einleitung des Beschlussverfahrens und die Anwaltsbeauftragung im Verfahren vor dem Arbeitsgericht Nürnberg 14 BV 117/20 erforderlich gewesen ist.

55
Das Landesarbeitsgericht hat in der mündlichen Anhörung auf den Aufsatz von Linsenmaier in der Festschrift für Wissmann, S. 378 ff, hingewiesen und den Vertretern der Beteiligten jeweils ein Exemplar ausgehändigt. Die Beteiligten haben in der Anhörung vor dem Landesarbeitsgericht ausdrücklich erklärt, zu den Hinweisen des Gerichts eine Schriftsatzfrist nicht zu beantragen, da die Rechtsfragen erschöpfend in der mündlichen Anhörung erörtert worden seien.

56
Wegen des weiteren Vorbringens der Beteiligten im Beschwerdeverfahren wird auf den Schriftsatz des Beteiligten zu 1.) vom 03.07.2023 (Bl. 325-342 der Akten) und auf den Schriftsatz der Beteiligten zu 2.) vom 18.09.2023 (Bl. 350-362 der Akten) Bezug genommen.

B.

57
Die Beschwerde ist zulässig und begründet. Der Beschluss vom 25.07.2022 ist wirksam und hat sowohl den fehlerhaften Beschluss vom 17.01.2022 zur Einleitung des vorliegenden Verfahrens und der Beauftragung der Verfahrensbevollmächtigten als auch den fehlerhaften Beschluss vom 23.11.2020 zur Einleitung des Beschlussverfahrens 14 BV 117/20 und der diesbezüglichen Beauftragung der Verfahrensbevollmächtigten rückwirkend geheilt. Die Beteiligte zu 2 ist daher verpflichtet, den Beteiligten zu 1.) von den geltend gemachten Kosten seiner Verfahrensbevollmächtigten freizustellen.

I.

58
Die Beschwerde des Beteiligten zu 1.) ist zulässig.

59
Sie ist insbesondere frist- und formgerecht eingelegt und begründet worden (§ 87 Abs. 2 Satz 1, § 66 Abs. 1 Satz 1 ArbGG). Für die Zulässigkeit der Beschwerde kommt es nicht darauf an, ob die Rechtsanwaltskanzlei des Beteiligten zu 1.) ordnungsgemäß mit der Einlegung der Beschwerde beauftragt wurde. Die ordnungsgemäße Erteilung der Anwaltsvollmacht ist nach dem auch im Beschlussverfahren anwendbaren § 88 Abs. 2 ZPO grundsätzlich nur auf Rüge eines Verfahrensbeteiligten zu prüfen (vgl. BAG 29.07.2020 – 7 ABR 27/19 Rn 29 mwN). Eine solche Rüge wurde nicht erhoben.

II.

60
Die Beschwerde ist begründet. Die Beteiligte zu 2.) ist verpflichtet, den Beteiligten zu 1.) von den geltend gemachten Kosten seiner anwaltlichen Vertreter freizustellen.

61
1. Die Anträge sind zulässig.

62
a. Die Anträge sind hinreichend bestimmt (§ 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO). Der Beteiligte zu 1.) macht seine Freistellung von genau bezifferten Kosten einer anwaltlichen außergerichtlichen Vertretung in der Angelegenheit „G“ und der gerichtlichen Vertretung im Verfahren des Arbeitsgerichts Nürnberg 14 BV 117/20 geltend.

63
b. Das vorliegende Verfahren wurde ordnungsgemäß eingeleitet.

64
aa. Die Einleitung des arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahrens und die Beauftragung des für ihn auftretenden Rechtsanwalts bedarf eines Beschlusses des Betriebsrats. Ist eine Beschlussfassung zunächst unterblieben oder fehlerhaft erfolgt, ist der Betriebsrat in dem Beschlussverfahren nicht ordnungsgemäß vertreten. Der für den Betriebsrat gestellte Antrag ist als unzulässig abzuweisen (vgl. BAG 16.11.2005 – 7 ABR 12/05). Eine Genehmigung durch eine nachträgliche Beschlussfassung ist jedenfalls bis zum Abschluss des Verfahrens in der ersten Instanz uneingeschränkt möglich (vgl. hierzu BAG 04.11.2015 – 7 ABR 61/13).

65
bb. Das Verfahren ist nicht bereits auf der Grundlage des Beschlusses vom 17.01.2022 in zulässiger Weise eingeleitet worden. Dies hat Arbeitsgericht zutreffend erkannt und ausführlich begründet. Zu dieser Sitzung wurde das Ersatzmitglied J…, das aufgrund der Verhinderung von Frau Sol… zu laden gewesen wäre, nicht geladen. Das Landesarbeitsgericht schließt sich nach eigener Prüfung den Ausführungen des Arbeitsgerichts unter II. 2. b. bb. (1) und (2) an. Hinsichtlich des Beschlusses vom 17.01.2022 gilt daher Folgendes:

66
(1) Auf das Bestreiten der ordnungsgemäßen Beschlussfassung, hat der Beteiligte zu 1.) die Entwicklung der Zusammensetzung des Betriebsrats – unter Vorlage entsprechender Listen und Erklärungen – dargelegt. Die jeweiligen Ereignisse, die zum Erlöschen der Mitgliedschaft (§ 24 BetrVG) geführt haben, hat die Beteiligte zu 2.) nicht in Frage gestellt. Weiterhin hat der Beteiligte zu 1.) vorgetragen, welche Mitglieder am 17.01.2022 verhindert waren und welche Ersatzmitglieder geladen wurden.

67
(a) Die Anzahl der Sitze, die dem Minderheitengeschlecht zufallen und das Wahlergebnis sowie die sich hieraus ergebende Verteilung der Sitze sind zwischen den Beteiligten nicht streitig. Dem Geschlecht der Minderheit fallen acht Plätze zu. Die Quote war nach der sich gemäß § 15 WO ergebenden Verteilung der Betriebsratssitze auf die Vorschlagslisten und der sich aus der Reihenfolge der Benennung innerhalb der Listen ergebenden Reihenfolge, genau erfüllt. Bei der Wahl ergaben sich folgende Höchstzahlen, die sich wie folgt auf die fünf Wahlvorschläge verteilten (§ 15 Abs. 1, 2 WO):

Liste 1	Liste 2	Liste 3	Liste 4	Liste 5
498	197	341	110	309
249	98,5	170,5	55 (24)	154,5
166	65,67	113,67	36,7	103
124,5	49,3 (29)	85,25		77,25
99,6	39,4	68,2		61,8 (22)
83		56,82 (23)		51,5 (26)
71,14		49,7 (28)		
62,25				
55,33 (24)				
49,8 (27)				
45,27 (30)				

68

Von den 21 Sitzen entfielen danach auf Liste 1 acht Sitze, auf Liste 2 drei Sitze, auf Liste 3 fünf Sitze, auf Liste 4 ein Sitz und auf Liste 5 vier Sitze. In den Wahlvorschlägen waren folgende Bewerber benannt, so dass sich folgende Mitglieder und Ersatzmitglieder ergaben:

Liste 1	Liste 2	Liste 3	Liste 4	Liste 5
U… (m)	T… (m)	Nu…(w)	Sep… M. (w)	Hag… (w)
M… M. (m)	Gl… (m)	Hoef… (m)	Na… (w)	Bä… (w)
K…(w)	Me… (w)	Si… (m)	Sep… O. (m)	Det…(m)
Wen… (m)	Pi… (m)	Hol… (w)	Hei… (m)	Bs… (m)
Schw…(m)	Ru…l (m)	Ta… (m)	Sol… (w)	Mö… (m)
Ho… (w)	E… (m)	Lat… (m)	Ar… (m)	Fi… (w)
R… (m)	Mer… (w)	Wn… (w)	Hop… (w)	
Ka… (m)	Gr… (m)	Ma… (m)		
M… U. (w)	Mec… (m)	Gu… (m)		
Bo… (m)	Wa…(m)	Gei… (m)		
B… (m)	Hoe… (w)	Schm… (m)		
St… (w)	J… (w)	C… (w)		
L… (m)	Kra…(w)	Am… (w)		
Lu… (m)	Schm… (m)	Le…(m)		
No… (w)	Gra… (m)	Np… (m)		
Sc… (m)		Be… (m)		
Scho… (w)		Mu… (m)		
La… (m)		We… (m)		
Ba… (m)		Rud… (m)		
Kr… (w)		Man… R. (m)		
Br… (w)		Man… M (m)		
Ne… (w)				

69
(b) Nach der konstituierenden Sitzung fanden im Betriebsrat folgende Veränderungen statt. Bis Dezember 2021 erlosch die Mitgliedschaft (§ 24 BetrVG) von insgesamt zwölf Betriebsratsmitgliedern durch Rücktritt oder Beendigung des Arbeitsverhältnisses (Hag…, Fi…, C…, Det…, Mö…, Me…, U. M…, Am…, M. Sep…, Hoef…, Bä…, Scho…) und Tod (Ta…). Außerdem fielen insgesamt 14 Ersatzmitglieder weg.

70
(c) Diese Veränderungen führten bis 29.06.2020 zu folgenden Nachrückvorgängen:

- Am 09.09.2019 trat Frau Hag… (Liste 5) zurück und wurde gemäß §§ 25, 15 Abs. 2 BetrVG, 15 Abs. 5 Nr. 1 WO zutreffend durch das erste weibliche Ersatzmitglied der Liste 5, Frau Fi…, ersetzt.

- Frau Fi… trat am 09.01.2020 zurück. Zu diesem Zeitpunkt war auf der Liste 5 keine weitere Frau mehr, die Quote war zu erfüllen. Daher rückte nach §§ 25, 15 Abs. 2 BetrVG, 15 Abs. 5 Nr. 2 WO die erste Frau aus der Liste mit der nächsten Höchstzahl (Liste 3 mit der 23. Höchstzahl, da auf der Liste 5 mit der 22. Höchstzahl gerade keine Frau mehr war), Frau C…, nach.

- Am 26.02.2020 verstarb Herr Ta…, für ihn rückte nach §§ 25, 15 Abs. 2 BetrVG das erste Ersatzmitglied derselben Liste (Liste 3), Herr Lat…, nach.

- Am 27.04.2020 trat Frau C… zurück, für sie rückte nach §§ 25, 15 Abs. 2 BetrVG, 15 Abs. 5 Nr. 2 WO als nunmehr erste Frau aus der Liste mit der nächsten Höchstzahl (Liste 3), Frau Am…, nach.

- Am 17.06.2020 trat Herr Det… zurück und wurde gemäß §§ 25, 15 Abs. 2 BetrVG zutreffend durch das erste Ersatzmitglied derselben Liste (Liste 5), Herrn Mö…, ersetzt.

- Am 29.06.2020 trat Herr Mö… zurück. Zu diesem Zeitpunkt befanden sich auf der Liste 5 keine weiteren Bewerber mehr, so dass der Sitz gemäß §§ 25, 15 Abs. 2 BetrVG, 15 Abs. 3 WO auf die Liste mit der nächsten Höchstzahl überging. Die Liste mit der nächsten Höchstzahl (Liste 3) hatte, aufgrund des zuvor erforderlich gewordenen Listensprungs, bereits einen Sitz mehr im Betriebsrat, als nach dem ursprünglichen Wahlergebnis auf die Liste entfallen waren. Danach ging der Sitz auf die Liste mit der nächsten Höchstzahl, die Liste 1 über. Das erste Ersatzmitglied der Liste 1 war Frau U. M… Damit war zu diesem Zeitpunkt aufgrund eines Nachrückvorgangs die Minderheitenquote übererfüllt.

71

Der Listensprung aufgrund des Rücktritts von Frau Fi… am 09.01.2020 konnte zu diesem Zeitpunkt hinsichtlich der Liste nicht mehr rückgängig gemacht werden. Auf der Liste 5 befanden sich keine weiteren Bewerber mehr. Es waren zwei Mitglieder der Liste 5 durch Bewerber der beiden Listen mit den nächsten Höchstzahlen (Liste 3 und Liste 1) zu ersetzen. Am 29.06.2020 war das erste Ersatzmitglied auf Liste 1 Frau U. M… und auf Liste 3, aufgrund des Ausscheidens von Frau Wn… im Mai 2018 und des Nachrückens von Herrn Lat… für Herrn Ta… im Februar 2020, Herr Ma… (d) Unabhängig davon, ob eine nachträgliche Korrektur eines zum relevanten Betrachtungszeitraums korrekten Nachrückens generell ausscheidet, war eine nachträgliche Korrektur, die sich vorliegend lediglich auf die Reihenfolge der Ersatzmitglieder innerhalb derselben Liste bezieht, nicht veranlasst.

72
Anders als in der Entscheidung des LAG Nürnberg vom 13.05.2004 – 5 TaBV 54/03, zit. nach juris – ist hier nicht relevant, welches Ersatzmitglied im Falle der Verhinderung des zur Erfüllung der Quote des Minderheitengeschlechts in den Betriebsrat getretenen Mitglieds zu laden ist, wenn keine weiteren Ersatzmitglieder des Minderheitengeschlechts mehr vorhanden sind, da hier noch weitere weibliche Ersatzmitglieder vorhanden waren. Vorliegend ist vielmehr relevant, welche Auswirkungen eine spätere Übererfüllung der Quote – in der hier relevanten Konstellation – hat. Unabhängig davon, ob die nachträgliche Korrektur eines Listensprungs und eine hieraus resultierende vorzeitige Beendigung der Amtszeit eines Betriebsratsmitglieds, einer gesetzlichen Regelung bedurft hätte (vgl. hierzu ArbG Köln 12.11.2014 – 17 BV 296/14), führt die nachträgliche Übererfüllung der Minderheitengeschlechterquote nicht dazu, dass eine nachträgliche Korrektur, die sich lediglich auf die Reihenfolge der Bewerber innerhalb einer Liste bezieht, zu einer vorzeitigen Beendigung der Amtszeit eines Betriebsratsmitglieds führt.

73
(aa) Bei einem Listensprung wird die formale Wahlrechtsgleichheit – auch, wenn dies im Hinblick auf die Funktion und die Aufgaben des Betriebsrats gerechtfertigt ist, da dies der Verwirklichung des Gleichberechtigungsgebots des Art. 3 Abs. 2 GG dient – eingeschränkt. Die Zusammensetzung des Betriebsrats hängt bei einem Listensprung nicht ausschließlich von dem bei der Wahl erzielten Stimmenverhältnis, sondern auch vom Geschlecht der Wahlbewerber ab. Die Durchsetzung der Mindestquote bei der Sitzverteilung kann zu Beeinträchtigungen des aktiven Wahlrechts führen, weil die Wählerstimmen unter Umständen nicht den gleichen Erfolgswert haben. Außerdem kann das passive Wahlrecht beeinträchtigt werden, weil ggf. einem Bewerber des Geschlechts in der Minderheit gegenüber einem Bewerber des Geschlechts in der Mehrheit, der eine höhere Stimmenzahl erreicht hat, der Vorrang eingeräumt werden muss (vgl. BAG 16.03.2005 – 7 ABR 40/04). Ein Listensprung führt damit dazu, dass die Sitzverteilung nicht vollständig dem Wählerwillen entspricht, da eine Liste, der der Wähler einen Sitz mehr zugebilligt gehabt hatte, einen Sitz zu Gunsten einer anderen Liste abgeben muss.

74
(bb) Bei der Betriebsratswahl 2018 konnten die Wähler zwischen fünf Listen wählen. Nach § 11 Abs. 1 WO konnte daher nur eine der Vorschlagslisten gewählt werden. Es handelt sich damit um eine Listenwahl, nicht um eine Personenwahl. Der Wähler kann nicht bestimmte Personen einer Liste, sondern lediglich die Liste wählen. An der Reihenfolge der Bewerber kann der Wähler nichts ändern. Diese ist vorab festzulegen (§ 6 Abs. 3 WO). Danach haben nicht die beiden betroffenen Ersatzmitglieder Herr Ma… und Frau Am… eine höhere oder niedrigere Stimmenzahl erreicht. Sondern die Liste, auf der beide als Bewerber aufgeführt sind, hat eine bestimmte Anzahl an Stimmen erzielt, aufgrund derer auf die Liste zunächst fünf Sitze entfielen und die nunmehr einen weiteren Sitz erhielt, da aus einer Liste, auf der keine weiteren Ersatzmitglieder mehr waren, Mitglieder ausgeschieden sind.

75
Eine nachträgliche Korrektur führt daher vorliegend nicht dazu, dass der Wählerwille, der aufgrund des Listensprungs eingeschränkt war, vollumfänglich Berücksichtigung finden würde. Dem Wählerwillen ist vielmehr tatsächlich bereits dadurch Rechnung getragen, dass die Liste 3 einen weiteren Sitz erhält. Jedenfalls in diesem Fall besteht kein Anlass für ein nachträgliches Erlöschen der Mitgliedschaft eines zunächst aufgrund der Mindestquote nachgerückten Betriebsratsmitglieds.

76
(e) Im Folgenden fanden sodann die folgenden Nachrückvorgänge statt:

- Am 21.07.2020 trat Frau Me… zurück und wurde zutreffend nach §§ 25, 15 Abs. 2 BetrVG durch das erste Ersatzmitglied derselben Liste (Liste 2), Herrn Pi…, ersetzt, da aufgrund der zu diesem Zeitpunkt aufgrund des vorherigen Nachrückens von Frau M… noch bestehenden Übererfüllung der Frauenquote, die Quote nicht beachtet werden musste.

- Am 05.02.2021 trat Frau M… zurück. Für sie rückte, da nun die Quote wieder zu erfüllen war, gemäß §§ 25, 15 Abs. 2 BetrVG, 15 Abs. 5 Nr. 1, Nr. 2 WO die nächste Frau der Liste 1, Frau No…, nach.

- Am 10.05.2021 trat Frau Am… zurück. Auf der Liste (Liste 3) befand sich keine weitere Frau mehr. Die Liste mit der 22. Höchstzahl (Liste 5) hatte bereits zuvor keine weiteren Bewerber mehr, die Liste mit der 23. Höchstzahl (Liste 3) hatte nunmehr gerade keine weitere Frau mehr, die Liste mit der 24. Höchstzahl (Liste 1) hatte bereits ein Mitglied mehr im Betriebsrat, so dass der Sitz nunmehr der Liste mit der 25. Höchstzahl (Liste 4) zufiel. Hier rückte die erste Frau, Frau Sol…, nach, §§ 25, 15 Abs. 2 BetrVG, 15 Abs. 5 Nr. 2 WO.

- Am 31.08.2021 schied Frau Sep… aus dem Betriebsrat aus. Die Frauenquote war auch bei diesem Nachrückvorgang zu beachten. Für Frau Sep… rückte daher nach §§ 25, 15 Abs. 2 BetrVG, 15 Abs. 5 Nr. 1, Nr. 2 WO die nächste Frau derselben Liste, Frau Hop…, nach.

- Am 24.09.2021 trat Herr Hoef… (Liste 3) zurück. Die Liste stellte zu diesem Zeitpunkt entsprechend der ursprünglichen Sitzverteilung fünf Mitglieder. Für Herrn Hoef… rückte daher nach §§ 25, 15 Abs. 2 BetrVG das nächste Ersatzmitglied derselben Liste, Herr Gu…, nach.

- Am 22.10.2021 trat Frau Bä… (Liste 5) zurück. Auf der Liste 5 befanden sich zu diesem Zeitpunkt keine weiteren Bewerber mehr, die Frauenquote war zu beachten. Die Liste mit der 22. Höchstzahl (Liste 5) hatte keine weiteren Bewerber mehr, auf der Liste mit der 23. Höchstzahl befanden sich keine weiteren Frauen mehr, die Listen mit der 24. (Liste 1) und 25. Höchstzahl (Liste 4) stellten bereits ein Mitglied mehr, als ihnen nach der ursprünglichen Stimmverteilung zustand. Die Liste mit der 26. Höchstzahl (Liste 5) hatte keine weiteren Bewerber mehr, so dass die Liste mit der 27. Höchstzahl (Liste 1) nach §§ 25, 15 Abs. 2 BetrVG, 15 Abs. 5 Nr. 1, Nr. 2 WO den Ersatz für Frau Bä… stellte. Das nächste weibliche Ersatzmitglied der Liste 1 war Frau Scho…

- Frau Scho… trat am 25.10.2021 zurück. Ihr folgte gemäß §§ 25, 15 Abs. 2 BetrVG, 15 Abs. 5 Nr. 1, Nr. 2 WO das nächste weibliche Ersatzmitglied der Liste 1, Frau Kr…, nach.

77
(2) Zu der Sitzung am 17.01.2022 wurden jedoch nicht alle zuständigen Ersatzmitglieder geladen.

- Dabei wurde für den aufgrund Urlaub verhinderten Herrn Bs… (Liste 5) zutreffend Herr Gei… geladen. Auf der Liste 5 befanden sich keine weiteren Bewerber mehr, die 22. Höchstzahl entfiel auf die Liste 5. Die Liste mit der 23. Höchstzahl (Liste 3) stellte, da aufgrund der erforderlichen Einhaltung der Frauenquote diese Liste nicht (mehr) zum Zug gekommen war, keinen weiteren Bewerber, so dass nach §§ 25, 15 Abs. 2 BetrVG, 15 Abs. 5 Nr. 1 WO zutreffend Herr Gei… geladen worden war.

- Offen bleiben kann, ob Herr Bo… (Liste 1) tatsächlich verhindert war und damit für Herrn U… zutreffend Herr Lu… als nächstes Ersatzmitglied der Liste 1 geladen wurde.

- Für Frau Sol… (Liste 4) wäre nicht Frau Ne… (Liste 1), sondern Frau J… (Liste 2) zu laden gewesen. Bei der Bestimmung des zutreffenden Ersatzmitglieds für Frau Sol… war die Frauenquote einzuhalten. Dabei war vorliegend die Liste mit der 29. Höchstzahl (Liste 2) zu berücksichtigen. Die Liste mit der 22. Höchstzahl (Liste 5) hatte keine weiteren Bewerber mehr, die Liste mit der 23. Höchstzahl stellte zu diesem Zeitpunkt mit Herrn Gei… bereits einen weiteren Bewerber, die Liste mit der 24. Höchstzahl (Liste 1) stellte bereits eine weitere Bewerberin (Frau No…). Auf der Liste mit der 25. Höchstzahl (Liste 4) befand sich keine weitere Frau mehr, auf der Liste mit der 26. Höchstzahl (Liste 5) befand sich kein weiterer Bewerber. Für die 27. Höchstzahl, die auf die Liste 1 entfiel, stellte diese Liste bereits ein weiteres Mitglied (Frau Scho…), auf der Liste mit der 28. Höchstzahl (49,7, Liste 3) befand sich keine weitere Frau mehr. Die 29. Höchstzahl (49,3) entfiel auf die Liste 2, auf dieser befand sich mit Frau J… ein weibliches Ersatzmitglied, das nach §§ 25, 15 Abs. 2 BetrVG, 15 Abs. 5 Nr. 2 WO zu laden gewesen wäre.

78
Zu einer etwaigen Verhinderung von Frau J… hat der Beteiligte zu 1.) nichts vorgetragen. Damit war der Betriebsrat am 17.01.2022 nicht ordnungsgemäß besetzt mit der Folge, dass die auf dieser Sitzung

gefassten Beschlüsse keine Wirksamkeit entfalten (vgl. Vetter/Nebeling/Tschäge in: Kunz/Henssler/Brand/Nebeling, Praxis des Arbeitsrechts, § 43 Mitbestimmung des Betriebsrates Rn. 409).

79
cc. Mit Beschluss vom 25.07.2022 hat der Betriebsrat die Einleitung des vorliegenden Verfahrens und die Beauftragung seiner Verfahrensbevollmächtigten aber wirksam rückwirkend genehmigt.

80
(1) Am 25.07.2022 war das erstinstanzliche Verfahren noch nicht abgeschlossen und eine rückwirkende Genehmigung daher uneingeschränkt möglich.

81
(2) Der Beschluss vom 25.07.2022 ist wirksam. Dies folgt bereits aus dem erstinstanzlichen Vortrag und den vorgelegten Unterlagen. Die Beteiligte zu 2.) hatte zwar die Vorlage der Unterlagen als nicht ausreichend bezeichnet, deren Inhalt aber nicht bestritten. Das Gericht musste daher keine weiteren Nachforschungen betreiben.

82
(a) Die Betriebsratswahl 2022 führte zu folgender Zusammensetzung des Betriebsrats (neben der jeweiligen Liste ist die Stimmenanzahl angegeben; neben den Namen ist das Geschlecht und darunter die jeweilige Höchstzahl angegeben; die in Klammern gesetzte Zahl zeigt den jeweiligen Rang):

	Liste 1	Liste 2	Liste 3	Liste 4	Liste 5
	210	117	447	46	35
1	M… M. (m) 210	U… (m) 117	Nu… (w) 447	Bs… (m) 46	Sch… (m) 35,0 (22)
2	K…(w) 105,0	Ho… (w) 58,5	T… (m) 223,5	No… (w) 23,00	
3	R… (m) 70,0	Ka… (m) 39,0 (20)	Si… (m) 149	Ni… (m) 15,33	
4	Kr… (w) 52,5	Bo… (m) 29,25 (28)	Gl… (m) 111,75	Sc… (m) 11,5	
5	Wen… (m) 42,0	Sol… (w) 23,4	Gu… (m) 89,4	Nas… (m) 9,2	
6	Lu… (m) 35,0 (21)	Mai… (m) 19,5	Hop… (w) 74,5	Da… (m) 7,67	
7	Schi… (w) 30 (26)	Beu… (w) 16,71	Lat… (m) 63,86	Gr…(m) 6,57	
8	Ti… (m) 26,25 (31)	Pf…(m) 14,63	Hol… (w) 55,88		
9	Ba… (m) 23,33	Ter… (w) 13,00	Pi… (m) 49,67		
10	Ot… (w) 21,0	Wu… (m) 11,7	Schu… (w) 44,7		
11	La… (m) 19,09	Sto… (m) 10,64	E… (m) 40,64		
12	Hey… (m) 17,5		Hei… (m) 37,25 (23)		
13	M… U. (w) 16,15				
14	Wi…(m) 15,00				

15	Scho… (w) 14,00				
16	Em… (m) 13,13				
17	Ne… (w) 12,35				

83
Bis zum 25.07.2022 ergaben sich folgende Veränderungen:

- Das Ersatzmitglied Herr Bo… (Liste 2) schied im Mai 2022 aus.

- Für das zum 30.06.2022 ausgeschiedene Vollmitglied Frau Schi… (Liste 1) rückte unter Berücksichtigung der Minderheitenquote Frau Ot…von der Liste 1 nach (§ 15 Abs. 5 Nr. 4 WO).

84
(b) Der Beschluss wurde ordnungsgemäß gefasst. Aus dem Vortrag des Beteiligten zu 1.) und den bereits erstinstanzlich vorgelegten Unterlagen ergibt sich mangels konkreten Bestreitens durch die Beteiligte zu 2.) Folgendes:

85
Zur Präsenzsitzung vom 25.07.2022 lud der dritte stellvertretende Vorsitzende, Herr M…, alle Betriebsratsmitglieder per E-Mail und übermittelte die Tagesordnung (Blatt 135 f der Akten). Auf der Tagesordnung war unter TOP 11 aufgeführt: „Beratung und Beschlussfassung Einstellung Frau G… und Anwaltsbeauftragung“ (Blatt 134 der Akten). Für die verhinderten Betriebsratsmitglieder wurden Ersatzmitglieder wie folgt nachgeladen und die Tagesordnung übermittelt:

- Für den wegen Urlaubs verhinderten Herrn M… (Liste 1) wurde das erste Ersatzmitglied der Liste 1 Herr Lu… geladen (§ 25 Abs. 2 Satz 1 BetrVG). Herr Lu… bestätigte dies am 21.07.2022 (Blatt 137).

- Für die wegen Krankheit verhinderte Frau Nu… (Liste 3) wurde zutreffend Frau Scho… (Liste 1) per E-Mail (Blatt 135 der Akten) geladen (§ 25 Abs. 2 Satz 1, § 15 Abs. 2 BetrVG, § 15 Abs. 5 Nr. 2 WO). Der Listensprung war erforderlich, da in der Liste 3 keine weiblichen Ersatzmitglieder vorhanden waren. Rang 22 mit der Höchstzahl 35,0, Liste 5, entfiel auf Herrn Sch… und konnte daher nicht zum Zuge kommen. Dies machte einen Spruch auf Liste 1 auf den Rang 23 mit der Höchstzahl 30 erforderlich. Nachdem Frau Ot… für Frau Schi… in den Betriebsrat als Vollmitglied bereits nachgerückt war und Frau M… wegen Krankheit verhindert war, war Frau Scho… das nächste zur Verfügung stehende weibliche Ersatzmitglied.

- Für die wegen Urlaub verhinderte Frau K… (Liste 1) wurde Frau Ne… (Liste 1) geladen, da Frau M… verhindert und Frau Scho… bereits als Ersatzmitglied geladen war (§ 25 Abs. 2 Satz 1, § 15 Abs. 2 BetrVG). Frau Ne… bestätigte dies am 21.07.2022 (Blatt 138 der Akten)

- Für den wegen einer Dienstreise verhinderten Herrn R… (Liste 1) wurde Herr Ti… geladen, da Herr Lu… bereits als Ersatzmitglied geladen war (§ 25 Abs. 2 Satz 1 BetrVG). Herr Ti… bestätigte dies am 21.07.2022 (Blatt 139 der Akten).

- Für den wegen Krankheit verhinderten Herrn Wen… (Liste 1) wurde Herr Ba… (Liste 1) geladen, da die Herren Lu… und Ti… bereits als Ersatzmitglieder geladen waren (§ 25 Abs. 2 Satz 1 BetrVG). Herr Ba… bestätigte dies am 21.07.2022 (Blatt 140 der Akten).

- Für die wegen Urlaubs verhinderte Frau Sol… (Liste 2) wurde Frau Ter… (Liste 2) geladen, da Frau Beu… ebenfalls wegen Urlaub verhindert war. Frau Ter… bestätigte dies am 21.07.2022 (Blatt 141 der Akten).

- Für den wegen Krankheit verhinderten Herrn Lat… (Liste 3) wurde das letzte verbleibende Ersatzmitglied der Liste 3, Herr Hei…, geladen (§ 25 Abs. 2 Satz 1, § 15 Abs. 2 BetrVG). Herr Hei… bestätigte dies am 21.07.2022 (Blatt 209 der Akten). Die Bestätigung legte der Beteiligte zu 1 nach anfänglicher Rüge der Beteiligten zu 2 mit Schriftsatz vom 20.10.2022 (Blatt 207 der Akten) vor.

86

Damit sind die richtigen Ersatzmitglieder nach § 25 Abs. 2 BetrVG zur Sitzung für die verhinderten Vollmitglieder geladen worden. Ladungsfehler sind nicht ersichtlich und wurden von der Beteiligten zu 2.) auch nicht weiter behauptet.

87
Zur Betriebsratssitzung vom 25.07.2022 erschienen ausweislich der Anwesenheitsliste 18 Teilnehmer (Blatt 155 der Akten). Damit war der Betriebsrat beschlussfähig (§ 33 Abs. 2 BetrVG). Unter Tagesordnungspunkt 11 wurde mit elf Ja-Stimmen, einer Nein-Stimme und sechs Enthaltungen, also mit der notwendigen Mehrheit (§ 33 Abs. 1 S. 1 BetrVG) folgender auszugweise wiedergegebene Beschluss (Blatt 132 der Akten) gefasst:

„Thema: Beratung und Beschlussfassung Einstellung Frau G… und Anwaltsbeauftragung Zum 01.10.2020 wurde Frau G… als HR-Leitung eingestellt. Der Betriebsrat wurde nicht gemäß § 99 BetrVG zur Einstellung angehört. Mit Schreiben vom 15.10.2020 wurde dem Betriebsrat von der „Unternehmensleitung“ mitgeteilt, dass Frau G… leitende Angestellte im Sinne des § 5 Abs. 3 BetrVG sei. Der Betriebsrat hatte daraufhin weitere Informationen eingefordert, aber auf sein Schreiben vom 16.10.2020 bislang keine Antwort erhalten.

Eine HR-Leitung ist nicht zwangsläufig leitende Angestellte gemäß § 5 Abs. 3 BetrVG. Dem Betriebsrat liegen keine Anhaltspunkte vor, die die Eigenschaft als leitende Angestellte begründen könnte. Der Betriebsrat beschließt deshalb, seine Rechte in dieser Angelegenheit von der Kanzlei A… Rechtsanwälte … wahrnehmen zu lassen. Die A… Rechtsanwälte werden beauftragt, die Rechte des Betriebsrats im Hinblick auf die Missachtung der Mitbestimmung nach § 99 BetrVG geltend zu machen. A… Rechtsanwälte werden beauftragt, beim Arbeitgeber darauf hinzuwirken, dass er die personelle Maßnahme aufhebt. Sollte der Arbeitgeber der Aufforderung des Betriebsrats nicht nachkommen, sind A… Rechtsanwälte beauftragt, das Verfahren gemäß § 101 BetrVG vor dem Arbeitsgericht einzuleiten und dem Arbeitgeber aufgeben zu lassen, die personelle Maßnahme aufzuheben.

… und genehmigt ausdrücklich die Tätigkeiten der Kanzlei A… unter den dieser Angelegenheit zugehörigen Aktenzeichen …-xx und …-xx“

88
Fehler bei der Beschlussfassung sind nicht ersichtlich und von der Beteiligten zu 2.) auch nicht behauptet.

89
Das im Beschluss genannte Aktenzeichen …-xx ist das Aktenzeichen der Verfahrensbevollmächtigten des Beteiligten zu 1.) für das vorliegende Kostenfreistellungsverfahren und findet sich auch auf den Schriftsätzen des Beteiligten zu 1.), z.B. auf der Antragsschrift.

90
2. Die Anträge sind begründet. Die Beteiligte zu 2.) hat den Beteiligten zu 1.) von den geltend gemachten Kosten der Beauftragung seiner Verfahrensbevollmächtigten in der Angelegenheit Aufhebung der Einstellung von Frau G. nach § 40 BetrVG freizustellen.

91
a. Nach § 40 Abs. 1 BetrVG trägt der Arbeitgeber die durch die Tätigkeit des Betriebsrats entstehenden Kosten. Hierzu gehören auch die Honorarkosten für einen Rechtsanwalt, dessen Heranziehung der Betriebsrat in Wahrnehmung seiner betriebsverfassungsrechtlichen Rechte für erforderlich halten durfte (vgl. BAG 18.07.2012 – 7 ABR 23/11). Das gilt auch dann, wenn der Betriebsrat einen Rechtsanwalt im Vorfeld eines arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahrens einschaltet, um seine betriebsverfassungsrechtlichen Rechte durchzusetzen oder wahrzunehmen (BAG 14.12.2016 – 7 ABR 8/15 – Rn 11 mwN.). Der Arbeitgeber hat aber nur diejenigen Kosten einer anwaltlichen Tätigkeit zu tragen, die auf einen ordnungsgemäßen Betriebsratsbeschluss zurückgehen. Der Betriebsrat muss sich als Gremium mit dem entsprechenden Sachverhalt befasst und durch Abstimmung eine einheitliche Willensbildung herbeigeführt haben. Eine Pflicht zur Tragung der Anwaltskosten wird ohne entsprechenden Beschluss nicht ausgelöst (vgl. LAG Köln 20.07.2018 – 9 TaBV 74/17 mwN.).

92
b. Der Beauftragung der Verfahrensbevollmächtigten des Beteiligten zu 1.) liegt ein ordnungsgemäßer Beschluss zu Grunde. Zwar war der ursprüngliche Beschluss vom 23.11.2020 unwirksam und ist auch nicht

durch den Beschluss vom 17.01.2022 wirksam genehmigt worden. Die rückwirkende Genehmigung erfolgte jedoch wirksam mit dem Beschluss vom 25.07.2022.

93
aa. Zu Recht hat das Arbeitsgericht erkannt, dass der Beschluss vom 23.11.2020 unwirksam ist. Das Landesarbeitsgericht folgt der ausführlichen Begründung unter II. 3 b des Beschlusses des Arbeitsgerichts. Der Beschluss des Beteiligten zu 1.) vom 23.11.2020 war nicht ordnungsgemäß, da zu der Sitzung ein Ersatzmitglied, das zu laden gewesen wäre, nicht geladen worden war.

94
(1) Am 23.11.2020 waren aufgrund des Ausscheidens von Frau Hag…, Frau Fi…, Herrn Ta…, Frau C…, Herrn Det…, Herrn Mö… und Frau Me… die Ersatzmitglieder Herr Lat…, Frau Am…, Frau M… und Herr Pi… nachgerückt. Nach dem zuletzt stattgefundenen Nachrückvorgang, bei dem für Frau Me… Herr Pi… nachgerückt war, war die Mindestquote für das Geschlecht in der Minderheit wieder genau erfüllt (vgl. oben II. 1. b. bb.).

95
(2) Am 23.11.2020 waren die Mitglieder Herr T… und Herr Pi… der Liste 2 verhindert, für diese wurden die ersten beiden Ersatzmitglieder der Liste 2, Herr E… und Frau Mer… zutreffend zu der Sitzung geladen. Außerdem war Frau M… (Liste 1) verhindert. Für Frau M… wurde Frau Scho…, die zu diesem Zeitpunkt das 5. Ersatzmitglied der Liste 1 war, geladen. Das erste Ersatzmitglied der Liste 1, Herr Bo… wurde dagegen nicht zu der Sitzung geladen. Da mit dem Nachrücken von Frau Mer… die Frauenquote bereits eingehalten war, war aufgrund der Verhinderung von Frau M… das Einhalten der Quote nicht erforderlich, das zutreffende Ersatzmitglied wäre das erste Ersatzmitglied der Liste 1, also Herr Bo…, gewesen.

96
(3) Damit war der Betriebsrat am 23.11.2020 nicht ordnungsgemäß besetzt mit der Folge, dass die auf dieser Sitzung gefassten Beschlüsse keine Wirksamkeit entfalten (vgl. Vetter/Nebeling/Tschäge in: Kunz/Henssler/Brand/Nebeling, Praxis des Arbeitsrechts, § 43 Mitbestimmung des Betriebsrates Rn. 409).

97
bb. Der Beschluss vom 17.01.2022 war ebenfalls unwirksam (s. oben unter I. 1. b.) und konnte schon deshalb die Beauftragung der Verfahrensbevollmächtigten des Beteiligten zu 1.) und die Einleitung des Verfahrens 14 BV 117/20 vor dem Arbeitsgericht Nürnberg nicht rückwirkend genehmigen.

98
cc. Der Beschluss vom 25.07.2022 war aber wirksam und hat die Beauftragung der Verfahrensbevollmächtigten des Beteiligten zu 1.) und die Einleitung des Verfahrens 14 BV 117/20 vor dem Arbeitsgericht Nürnberg rückwirkend genehmigt. Dies gilt auch hinsichtlich eines möglichen Kostenerstattungsanspruch nach § 40 BetrVG

99
(1) Der Beschluss vom 25.07.2022 ist formal ordnungsgemäß zustande gekommen (s. oben II. 1. b. cc.)

100
(2) Die Genehmigung der Beauftragung des für den Beteiligten zu 1.) auftretenden Rechtsanwalts und der Einleitung des arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahrens konnte im vorliegenden Fall auch noch nach Abschluss des Verfahrens 14 BV 117/20 erfolgen, auch wenn – wie das Arbeitsgericht richtig ausgeführt hat – nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts die Rückwirkung der Genehmigung grundsätzlich durch die nach § 40 BetrVG gebotene Erforderlichkeitsprüfung begrenzt ist (BAG 10.10.2007 – 7 ABR 51/06 Rn 21 mwN). Dies folgt in der vorliegenden Konstellation aus Sicht des Beschwerdegerichts aus der Möglichkeit des Betriebsrats, die Prozessführung, wenn der Mangel der Vertretungsmacht unerkannt geblieben ist, auch noch im Rechtsmittelverfahren und sogar nach Abschluss des Verfahrens rückwirkend zu genehmigen (BAG 06.11.2013 – 7 ABR 84/11 Rn 49 ff, Linsenmaier, Non volenti fit iniuria – Beschlussverfahren ohne Betriebsratsbeschluss in Festschrift für Wissmann S. 378 ff, insb. 393).

101
(a) Vereinbarungen, die der Betriebsratsvorsitzende, sein Stellvertreter (oder ein anderes beauftragtes Betriebsratsmitglied) ohne einen wirksamen Betriebsratsbeschluss abgeschlossen haben, sind nach § 177 Abs. 1 BGB schwebend unwirksam. Sie können vom Betriebsrat durch eine spätere ordnungsgemäße

Beschlussfassung nach § 184 Abs. 1 BGB genehmigt werden. Jedoch führt die erneute Beschlussfassung nicht stets zu einer zeitlichen Rückerstreckung auf den Zeitpunkt der ersten (unwirksamen) Beschlussfassung (BAG 10.10.2007 – 7 ABR 51/06 Rn 14 juris).

102
Nach § 26 Abs. 2 Satz 1 BetrVG vertritt der Betriebsratsvorsitzende oder im Fall seiner Verhinderung sein Stellvertreter den Betriebsrat im Rahmen der von ihm gefassten Beschlüsse. Die Beschlüsse des Betriebsrats dienen der internen Willensbildung des Gremiums. Nur ein ordnungsgemäßer Betriebsratsbeschluss schafft die Legitimation für die Handlungen und Erklärungen des Betriebsrats und der für ihn tätigen Personen, soweit nicht durch besondere gesetzliche Regelungen dem Betriebsratsvorsitzenden oder seinem Stellvertreter eine Alleinzuständigkeit zugewiesen ist. Ein unter Missachtung zwingender Verfahrensvorschriften zustande gekommener Beschluss des Betriebsrats ist unwirksam und entfaltet keine Rechtswirkungen. Der Betriebsrat kann aber erneut über die Angelegenheit beschließen. Der im Rahmen einer erneuten Befassung getroffene Beschluss wirkt dabei grundsätzlich nicht auf den Zeitpunkt der erstmaligen und wegen des Verfahrensfehlers unwirksamen Beschlussfassung zurück, sondern schafft erst für die Zukunft eine Rechtsgrundlage für die Handlungen und Erklärungen des Betriebsrats zu diesem Beschlussgegenstand (vgl. BAG aaO Rn 15 juris.).

103
Der Betriebsrat kann allerdings durch die nachträgliche Beschlussfassung eine von dem Betriebsratsvorsitzenden zuvor ohne Rechtsgrundlage getroffene Vereinbarung genehmigen. Denn der Betriebsratsvorsitzende handelt im Rahmen der für den Betriebsrat abgegebenen Erklärungen als gesetzlicher Vertreter des Betriebsrats. Fehlt es an einem Betriebsratsbeschluss oder ist der Beschluss unwirksam, handelt der Betriebsratsvorsitzende ohne Vertretungsmacht. Eine von dem Betriebsratsvorsitzenden abgeschlossene Vereinbarung, die nicht auf einem zuvor gefassten wirksamen Betriebsratsbeschluss beruht, ist schwebend unwirksam. Ihre Wirksamkeit hängt nach § 177 Abs. 1 BGB von der nachträglichen Zustimmung des Betriebsrats zu der Vereinbarung ab. § 177 BGB gilt für alle Rechtsgeschäfte, die von einem Vertreter ohne Vertretungsmacht vorgenommen werden. Die Vorschrift findet daher nicht nur auf die gewillkürte Vertretung, sondern auch dann Anwendung, wenn ein gesetzlicher Vertreter außerhalb der ihm eingeräumten Vertretungsmacht handelt (vgl. BAG aaO. Rn 16 mwN juris).

104
(b) Genehmigt der Betriebsrat das zunächst ohne Vertretungsmacht abgeschlossene Rechtsgeschäft, wirkt die Genehmigung nach § 184 Abs. 1 BGB auf den Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts zurück, soweit nichts anderes bestimmt ist. Das von dem Vertreter abgeschlossene Rechtsgeschäft wird auf Grund der Genehmigung so behandelt, als sei es bei seiner Vornahme sogleich wirksam geworden (vgl. BAG aaO. Rn 17 mwN juris.).

105
(aa) Das Recht des Vertretenen, einem in seinem Namen abgeschlossenen Rechtsgeschäft nachträglich zuzustimmen, ist von Gesetzes wegen nicht befristet. Die Genehmigung kann daher grundsätzlich zeitlich unbegrenzt ausgesprochen werden. Der andere Teil kann den Schwebezustand beenden, indem er entweder das Vertretergeschäft widerruft oder den Vertretenen auffordert, sich zur Genehmigung zu erklären (§ 178 BGB). Die zeitliche Rückerstreckung der Genehmigung auf den Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts kann allerdings durch dessen Rechtsnatur ausgeschlossen sein. Dies ist insbesondere bei fristgebundenen Rechtsgeschäften der Fall, z.B. wenn für die Vornahme des Rechtsgeschäfts oder einer Willenserklärung eine gesetzliche oder rechtsgeschäftliche Frist gesetzt ist oder wenn die Rückbeziehung zu sachwidrigen und mit den Wertungen anderer Normen nicht zu vereinbarenden Ergebnissen führt (vgl. BAG aaO. Rn 18 mwN juris).

106
(bb) Die erneute Beschlussfassung des Betriebsrats führt danach nicht stets zu einer zeitlichen Rückerstreckung auf den Zeitpunkt der ersten (unwirksamen) Beschlussfassung.

107
Die Wirkungen der erneuten Beschlussfassung richten sich regelmäßig nicht nach § 184 Abs. 1 BGB, wenn sie nicht die nachträgliche Zustimmung des Betriebsrats zu einem von dem Betriebsratsvorsitzenden, seinem Stellvertreter oder einem sonst im Namen des Betriebsrats handelnden Mitglied abgeschlossenen Vertrag zum Gegenstand hat, da es insoweit an den tatbestandlichen Voraussetzungen des § 177 Abs. 1

BGB fehlt. Hier bleibt es bei dem Grundsatz, dass erst die erstmals wirksame Beschlussfassung die Legitimation für das Handeln des Betriebsrats schafft (vgl. BAG aaO. Rn 20 mwN juris).

108
Daneben ist die zeitliche Rückerstreckung der Genehmigung nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG aaO. Rn 21, juris) ausgeschlossen, wenn die Beschlussfassung des Betriebsrats erst nach dem für die Beurteilung eines Sachverhalts maßgeblichen Zeitpunkt erfolgt. Diese Einschränkung betreffe insbesondere rechtsgeschäftliche Vereinbarungen, durch die dem Arbeitgeber eine Kostentragungspflicht auferlegt werde. Insoweit werde die Rückwirkung der Genehmigung durch die nach § 40 BetrVG gebotene Erforderlichkeitsprüfung begrenzt. Danach müsse der Betriebsrat vor der Verursachung von Kosten nach pflichtgemäßer Würdigung aller Umstände über die Erforderlichkeit entscheiden. Die Frage der Erforderlichkeit sei von dem Zeitpunkt des Beschlusses aus zu beurteilen, der die Kosten ausgelöst habe. Danach begründet nach der Rechtsprechung des BAG ein nach dem Besuch einer Schulungsveranstaltung gefasster Betriebsratsbeschluss, in dem die Teilnahme des Betriebsratsmitglieds gebilligt wird, keinen Anspruch des Betriebsrats nach § 40 Abs. 1 BetrVG auf Kostentragung durch den Arbeitgeber (BAG aaO. Rn 21, juris). Die Bestellung eines Einigungsstellenbeisitzers könne hingegen auch nachträglich getroffen werden, da die Entscheidung des Betriebsrats durch den Grundsatz der Erforderlichkeit nicht eingeschränkt werde (BAG aaO. Rn 23 mwN juris).

109
Des Weiteren können wie bei der Änderung oder Aufhebung von Betriebsratsbeschlüssen Gesichtspunkte des Vertrauensschutzes einer zeitlichen Rückerstreckung der Genehmigung entgegenstehen (vgl. BAG aaO. Rn 21 mwN. juris).

110
(c) Da sich die Freistellung von den Rechtsanwaltskosten im vorliegenden Fall ebenfalls nach § 40 BetrVG bestimmt, würde die Anwendung der obigen Grundsätze – wie es das Arbeitsgericht festgestellt hat – die Rückwirkung ausschließen.

111
(3) Die Übertragung dieser Grundsätze auf den vorliegenden Fall steht aus Sicht des Beschwerdegerichts allerdings in einem gewissen Widerspruch zur Rechtsprechung des BAG, wonach der Betriebsrat die bereits erfolgte Einleitung eines Beschlussverfahrens (und auch die Beauftragung eines Verfahrensbevollmächtigten) genehmigen kann (BAG 06.11.2013 – 7 ABR 84/11, Rn 50). Die Genehmigung durch eine nachträgliche Beschlussfassung ist danach bis zum Ergehen einer Prozessentscheidung, durch die der Antrag als unzulässig abgewiesen wird, möglich. Bleibe der Vertretungsmangel aber in der unteren Instanz unentdeckt, so sei auch noch in der Rechtsmittelinstanz eine Genehmigung möglich; sie könne in diesen Fällen – wie aus § 579 Abs. 1 Nr. 4 ZPO ersichtlich – sogar noch nach Eintritt der Rechtskraft erklärt werden (BAG aaO. Rn 53 u.a. unter Verweis auf Linsenmaier in FS Wissmann, juris). Die nachträgliche Genehmigung der Einleitung eines Beschlussverfahrens und die Beauftragung eines Verfahrungsbevollmächtigten wird also zugelassen deutlich nach dem für die Beurteilung der Erforderlichkeit nach § 40 BetrVG maßgeblichen Zeitpunkt.

112
Es ist der Beauftragungsbeschluss, der im Rahmen der Erforderlichkeit die Kostentragungspflicht des Arbeitgebers auslöst. Der erneute Beschluss zur Beauftragung eines Rechtsanwalts hat die nachträgliche Zustimmung des Betriebsrats zu einem von dem Betriebsratsvorsitzenden, seinem Stellvertreter oder einem sonst im Namen des Betriebsrats handelnden Mitglied abgeschlossenen Vertrag zum Gegenstand. Der Mandatsvertrag begründet gegenseitige Rechte und Pflichten. Deshalb richten sich die Wirkungen der erneuten Beschlussfassung regelmäßig nach § 184 Abs. 1 BGB. Nach dieser Vorschrift wirkt die nachträgliche Zustimmung (Genehmigung) auf den Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts zurück, soweit nicht ein anderes bestimmt ist. Der Mandatsvertrag wird daher grundsätzlich rückwirkend vollwirksam.

„Ein anderes“ ist nach Ansicht des erkennenden Gerichts „nicht bestimmt“. Soweit das Bundesarbeitsgericht im Beschluss vom 08.03.2000 – 7 ABR 11/98 – die Kostenerstattung für die Teilnahme an einer Schulungsveranstaltung nach § 37 Abs. 6 BetrVG ausgeschlossen hat, wenn nicht der Beschluss zur Entsendung zur Schulungsveranstaltung vorher gefasst wurde, ist der rechtliche Ausgangspunkt ein

anderer. Im Gegensatz zur Beauftragung eines Rechtsanwalts ist ein Beschluss zur Teilnahme an einer Schulung nach § 37 Abs. 6 BetrVG nicht unmittelbar auf den Abschluss eines Vertrags gerichtet, sondern lediglich auf die Teilnahmeberechtigung an einer bestimmten Schulungsmaßnahme. Hinzukommt, dass es beim Beschluss nach § 37 Abs. 6 Satz 1 BetrVG nicht nur um die Erforderlichkeit der Schulung an sich geht, sondern – wie die Regelungen in § 37 Abs. 6 Sätze 2 – 4 BetrVG zeigen – ganz wesentlich auch um den Zeitpunkt der Schulung. Insbesondere damit hat das BAG begründet, dass eine Entscheidung nach einem Zeitpunkt, von dem an Freistellungen tatsächlich in Anspruch genommen werden und Kosten entstanden sind, rechtlich nicht möglich sei. Im Hinblick auf die Beauftragung eines Rechtsanwalts zur außergerichtlichen und gerichtlichen Vertretung und die Einleitung eines Beschlussverfahrens ist wegen der Besonderheit, dass diese die Vertretungsmacht begründenden Beschlüsse nach den Vorschriften der ZPO noch nachgeholt werden können, aber eine andere Sichtweise geboten. Es bleibt beim Grundsatz, dass eine rückwirkende Genehmigung des Mandatsvertrags mit der Folge der Kostenerstattung im Rahmen des § 40 BetrVG möglich ist.

113
Es ist auch tatsächlich möglich, die Erforderlichkeit im nachfolgenden Kostenerstattungsverfahren über Rechtsanwaltskosten anhand der anzuwendenden Kriterien (hierzu Fitting, BetrVG 31. Aufl., § 40 BetrVG Rn 21 ff) zu prüfen. Maßstab ist ja gerade nicht die rein subjektive Sicht des Betriebsrats, sondern ob die Kosten im Zeitpunkt ihrer Verursachung bei gewissenhafter Abwägung aller Umstände für erforderlich gehalten werden durften, damit der Betriebsrat seine Aufgaben sachgerecht erfüllen kann (Fitting aaO. Rn 9 mwN). Dies zu prüfen ist auch möglich, wenn der kostenverursachenden Beauftragung eines Rechtsanwalts und der Einleitung eines Beschlussverfahrens (zunächst) kein wirksamer Betriebsratsbeschluss zu Grunde lag.

114
Es führt auch zu einem unbefriedigenden Ergebnis, die rückwirkende Genehmigung der Beschlüsse zur Einleitung des Beschlussverfahrens und der Beauftragung des Rechtsanwalts im Rahmen der Zulässigkeit der Antragstellung im Beschlussverfahren auch noch nach Rechtskraft zuzulassen, die Möglichkeit der Rückwirkung derselben Beschlüsse hinsichtlich der Kostenerstattungspflicht des Arbeitgebers aber auszuschließen. Da es für den Arbeitgeber keine Ausschlussfrist gibt, innerhalb derer er im Ausgangsverfahren die mangelhafte Beschlussfassung des Betriebsrats rügen müsste, kann er dies grundsätzlich noch nachträglich in einem vom Betriebsrat oder dessen Rechtsanwalt geführten Kostenfreistellungsverfahren geltend machen. Dem Betriebsrat hingegen soll die rückwirkende Genehmigung selbst dann verwehrt sein, wenn die Erforderlichkeit der Beauftragung des Rechtsanwalts und die Durchführung eines Beschlussverfahrens überhaupt nicht zweifelhaft ist. Deshalb erscheint es auch sachgerecht, dem Betriebsrat die Möglichkeit der nachträglichen Genehmigung einzuräumen (vgl. Linsenmaier aaO. Seite 393).

115
(4) Das Ausgangsverfahren 14 BV 117/20 wurde übereinstimmend für erledigt erklärt und ist daher mit Beschluss vom 22.03.2021 eingestellt worden. In diesem Verfahren wurde die Frage der Wirksamkeit der Beschlüsse zur anwaltlichen Beauftragung und der Verfahrenseinleitung von keiner Seite thematisiert. Es fand nicht einmal eine Anhörung vor dem Vorsitzenden oder der Kammer statt. Die Fehlerhaftigkeit der Beschlüsse blieb also unerkannt. In diesem Fall ist – wie oben ausgeführt – eine rückwirkende Genehmigung auch noch nach rechtskräftigem Abschluss des Ausgangsverfahrens im Kostenerstattungsverfahren über die Beauftragung eines Rechtsanwalts und die Einleitung eines Beschlussverfahrens möglich (ebenso Linsenmaier aaO.).

116
(5) Der Beschluss vom 25.07.2022 enthält eindeutig die Beauftragung der Verfahrensbevollmächtigten und die Einleitung eines Beschlussverfahrens zur Aufhebung der Einstellung von Frau G.. Da er insoweit identisch ist mit dem unwirksamen Beschluss vom 23.11.2020 ist er als genehmigender Beschluss, dem Rückwirkung zukommen soll, auszulegen.

117
c. Die Beauftragung der Verfahrensbevollmächtigten und die Einleitung des Ausgangsverfahrens waren erforderlich im Sinne des § 40 BetrVG.

118

Entscheidend ist, dass die Kosten im Zeitpunkt ihrer Verursachung bei gewissenhafter Abwägung aller Umstände für erforderlich gehalten werden durften, damit der Betriebsrat seine Aufgaben sachgerecht erfüllen kann (Fitting, BetrVG, 31. Aufl., § 40 BetrVG, Rn 9 mwN). Dies ist der Fall. Frau G. wurde am 01.10.2020 als HR-Leitung eingestellt. Dies wurde den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern mit Schreiben vom September 2020 mitgeteilt (Blatt 10 der Akten). Mit Schreiben vom 15.10.2020 wurde dem Beteiligten zu 1.) mitgeteilt, Frau G sei leitende Angestellte im Sinne von § 5 Abs. 3 BetrVG (Blatt 9 der Akten). Mit Schreiben vom 16.10.2020 mit Fristsetzung bis 20.10.2020 erbat der Beteiligte zu 1.) weitere Informationen, da nicht klar definiert sei, ob Frau G. wirklich einstellungs- und kündigungsbefugt sei (Blatt 11 der Akten). Der Betriebsrat erhielt hierauf keine Antwort. Der Beteiligte zu 1.) war weiterhin der Ansicht, dass er vor der Einstellung von Frau G. nach § 99 BetrVG hätte angehört werden müssen und hat daraufhin am 23.11.2023 den (unwirksamen) Beschluss gefasst, die personelle Maßnahme aufzuheben und – soweit notwendig – das Verfahren nach § 101 BetrVG einzuleiten. Mit der Durchführung des Verfahrens wurden die hiesigen Verfahrensbevollmächtigten beauftragt. Diese wurden zunächst vorgerichtlich mit Schreiben vom 26.11.2020 tätig (Blatt 14 der Akten) und forderten die Beteiligte zu 2.) auf, die Einstellung bis zum 02.12.2020 aufzuheben. Mit Schreiben vom 02.12.2020 bat der Vertreter der Beteiligten zu 2.) um Fristverlängerung, da Frau F… Kontakt mit der damaligen Vorsitzenden des Beteiligten zu 1.) aufgenommen habe. Warum es eine Fristverlängerung habe geben sollen, habe Frau F… allerdings nicht erklären können. Nach Ablauf der Frist leiteten die Verfahrensbevollmächtigten das Aufhebungsverfahren nach § 101 BetrVG ein.

119
Aus Sicht des Beteiligten zu 1.) war damit innerhalb der gesetzten Fristen eine Klärung der Stellung von Frau G., insbesondere ihre Einstellungs- und Kündigungsbefugnis, nicht erfolgt und eine anderweitige Klärung nicht zu erwarten. Erst danach sind die Verfahrensbevollmächtigten zur Klärung eines aktuellen Streitpunktes eingeschaltet worden. Mangels fristgemäßer inhaltlicher Reaktion durfte der Betriebsrat auch die Einleitung des Verfahrens nach § 101 BetrVG für erforderlich halten. Die Beteiligte zu 2.) war bereits vorgerichtlich auch durch ihre jetzigen Verfahrensbevollmächtigten vertreten (s. Schreiben vom 02.12.2020, Blatt 15 der Akten). Wird aber der Arbeitgeber von einem Rechtsanwalt vertreten, spricht dies dafür, dass es sich um rechtlich schwierige Fragestellungen handelt, die die Einschaltung eines Rechtsanwalts auch auf Betriebsratsseite erforderlich machen (BAG 14.12.2016 – 7 ABR 8/15).

120
Dies sehen auch die Beteiligten so. Sie haben in der mündlichen Anhörung vor dem Landesarbeitsgericht ausdrücklich erklärt, dass die Verfahrenseinleitung und die Anwaltsbeauftragung im Verfahren 14 BV 117/20 erforderlich gewesen sei (Blatt 364 der Akten).

121
d. Die Höhe des Freistellungsanspruchs für die anwaltliche Tätigkeit entspricht den gesetzlichen Gebühren nach dem RVG auf Basis des festgesetzten Gegenstandswerts von 15.000,- € (Blatt 16 der Akten). Einwendungen gegen die an den Beteiligten zu 1.) gerichteten Kostennoten (Blatt 19 – 22 der Akten) sind insoweit von der Beteiligten zu 2.) auch nicht erhoben worden.

C.

122
Die Zulassung der Rechtsbeschwerde war wegen grundsätzlicher Bedeutung veranlasst (§ 92 Abs. 1, § 73 Abs. 2 Nr. 1 ArbGG).