

## **Betriebsrat und Arbeitszeit**

### **Pauschale Abgeltung und Freistellung über das Gesetz hinaus**

**Professor Dr. Bernd Waas, Goethe-Universität Frankfurt a. M.**

#### **I. Zulässigkeit einer pauschalen Abgeltung von Arbeitszeit gegenüber Betriebsratsmitgliedern**

Ob die pauschale Abgeltung von Arbeitszeit gegenüber Betriebsratsmitgliedern zulässig ist, hängt von der Beantwortung von zwei Fragen ab. Zunächst ist die Frage zu beantworten, unter welchen Voraussetzungen eine Abgeltung von Arbeitszeit gegenüber Betriebsratsmitgliedern in Betracht kommt (1.). Sodann ist der Frage nachzugehen, ob und inwieweit dabei Pauschalierungen zulässig sind (2).

##### **1. Abgeltung von Arbeitszeit**

Ein Anspruch von Betriebsratsmitgliedern auf Abgeltung von Arbeitszeit kann sich unter den Voraussetzungen des § 37 Abs. 3 S. 3 BetrVG ergeben, der auch auf freigestellte Betriebsratsmitglieder Anwendung findet (BAG 21. 5. 1974, AP BetrVG 1972 § 37 Nr. 14). Dabei bestimmt § 37 Abs. 3 S. 1 BetrVG, dass zum Ausgleich für Betriebsratstätigkeit, die aus betriebsbedingten Gründen außerhalb der Arbeitszeit durchzuführen ist, das Betriebsratsmitglied Anspruch auf entsprechende Arbeitsbefreiung unter Fortzahlung des Arbeitsentgelts hat. Nach § 37 Abs. 3 S. 2 BetrVG liegen betriebsbedingte Gründe auch vor, wenn die Betriebsratstätigkeit wegen der unterschiedlichen Arbeitszeiten der Betriebsratsmitglieder nicht innerhalb der persönlichen Arbeitszeit erfolgen kann. Aufgrund des § 37 Abs. 3 S. 3 Hs. 1 BetrVG ist die Arbeitsbefreiung vor Ablauf eines Monats zu gewähren. § 37 Abs. 3 S. 3 Hs. 2 BetrVG bestimmt

schließlich, dass die aufgewendete Zeit wie Mehrarbeit zu vergüten ist, wenn die Gewährung der Arbeitsbefreiung vor Ablauf eines Monats aus betriebsbedingten Gründen nicht möglich ist.

Erkennbar hatte der Gesetzgeber bei der Regelung in § 37 Abs. 3 BetrVG die Rechtsstellung des nicht freigestellten Betriebsratsmitglieds vor Augen. Dies ergibt sich allein schon daraus, dass sich erst in der nachfolgenden Vorschrift des § 38 BetrVG eine Regelung zur Freistellung von Arbeitnehmern für ihre Betriebsratsstätigkeit findet. In der Literatur wird aus diesem Umstand verschiedentlich der Schluss gezogen, dass § 37 Abs. 3 S. 2 BetrVG auf das freigestellte Betriebsratsmitglied nicht unmittelbar, sondern nur analog Anwendung finde (so Richardi/*Thüsing*, § 37 BetrVG Rn. 52). Ob und inwieweit dies zutrifft, soll hier dahingestellt bleiben. In jedem Fall sollte man aber bei der nachfolgenden Betrachtung der Voraussetzungen eines Abgeltungsanspruchs nach § 37 Abs. 3 S. 3 BetrVG stets die Frage stellen, ob diese auch dann „passen“, wenn ein Abgeltungsanspruch eines freigestellten Betriebsratsmitglieds und nicht etwa der eines nicht freigestellten Mitglieds in Rede steht.

#### **a) Erfüllung von Amtsobliegenheiten**

§ 37 Abs. 1 S. 1 BetrVG knüpft an die Erfüllung von Amtsobliegenheiten des Betriebsrats an. Dies bedeutet, dass ein Freizeitausgleich bzw. eine Abgeltung nur in Betracht kommt, wenn objektiv Betriebsratsstätigkeit vorgelegen hat (vgl. nur *Weber*, GK-BetrVG, § 37 Rn. 72). In der Literatur wird insoweit verschiedentlich (vgl. *Glock*, HSWGNR, § 37 Rn. 73) betont, der Wortlaut des Abs. 3 („Betriebsratsstätigkeit“) sei insoweit deutlich enger als der des Abs. 2 („zur ordnungsgemäßen Durchführung ihrer Aufgaben erforderlich“). Dementsprechend soll nach dieser Auffassung ein Ausgleichsanspruch etwa mit Blick auf (bloße) Wegezeiten im Zusammenhang mit der Betriebsratsstätigkeit ausscheiden (so *Glock*, HSWGNR, § 37 Rn. 73, der zusätzlich einen Umkehrschluss aus § 44 Abs. 1 BetrVG bemüht). Demgegenüber nimmt das BAG

an, dass Wege-, Fahrt- und Reisezeiten, die ein Betriebsratsmitglied zur Erfüllung erforderlicher betriebsverfassungsrechtlicher Aufgaben außerhalb seiner Arbeitszeit aufwendet, durchaus einen Anspruch auf Freizeitausgleich gem. § 37 Abs. 3 BetrVG auslösen können, wenn sie mit der Durchführung der ihnen zu Grunde liegenden Betriebsratsstätigkeit in einem unmittelbaren sachlichen Zusammenhang stehen. Eine Begrenzung nimmt das Gericht insoweit nur im Umfang des Verbots der Begünstigung nach § 78 S. 2 BetrVG an (BAG 12. 8. 2009, NZA 2009, 1284 u. Rn. 12 m. w. N.). Dies bedeutet im Ergebnis, dass für die Bewertung von Reisezeiten, die bei einem Betriebsratsmitglied im Zusammenhang mit der Wahrnehmung von Betriebsratsaufgaben anfallen, keine anderen Maßstäbe gelten als für Reisezeiten, die ein Arbeitnehmer im Zusammenhang mit der Erfüllung seiner Arbeitspflicht aufwendet. Da eine gesetzliche Regelung, nach der Reisezeiten wie vergütungspflichtige Arbeitszeiten zu bewerten sind, nicht gegeben ist, kommt es somit für das Bestehen eines Anspruchs auf Freizeitausgleich für derartige Reisezeiten auf die maßgeblichen tarifvertraglichen oder betrieblichen Regelungen über die Durchführung von Dienstreisen im Betrieb des Arbeitgebers an (BAG 12. 8. 2009, NZA 2009, 1284 u. Rn. 12 m. w. N.; vgl. zum Ganzen auch LAG München 25. 9. 2008, BeckRS 2009, 67677). Bei der Ermittlung des Umfangs des Anspruchs auf Fortzahlung des Arbeitsentgelts, das Betriebsratsmitglieder danach für die Dauer des vom Arbeitgeber gewährten Freizeitausgleichs wegen außerhalb ihrer persönlichen Arbeitszeit aufgewandter Reisezeiten beanspruchen können, ist dabei das Lohnausfallprinzip zugrunde zu legen. Dies kann dazu führen, dass dem Betriebsratsmitglied auch entsprechende Zeitzuschläge für Sonn-, Feiertags- und Nachtarbeit zu gewähren sind, wenn der Freizeitausgleich während zuschlagspflichtiger Zeiten gewährt wird (BAG 12. 8. 2009, NZA 2009, 1284; vgl. zum Ganzen etwa auch *Glock*, HSWGNR, § 37 Rn. 73 f.).

## **b) Erfüllung von Amtsobliegenheiten außerhalb der Arbeitszeit**

§ 37 Abs. 3 S. 1 BetrVG knüpft an die Erfüllung von Amtsobliegenheiten des Betriebsrats an. Der Arbeitnehmer muss nach dem Wortlaut des Gesetzes „aus betriebsbedingten Gründen“ zur Betriebsratstätigkeit außerhalb seiner Arbeitszeit gezwungen sein.

Im Folgenden ist zu untersuchen, wie diese „betriebsbedingten Gründe“ zu präzisieren sind (aa) – cc). Darüber hinaus wird zu diskutieren sein, ob der Bereich „zulässiger Mehrarbeit“ nicht möglicherweise, über das nach der Rechtsprechung Gebotene hinaus, in gewissem Umfang erweitert werden muss.

### **aa) Betriebsbedingte Gründe im engeren Sinne**

„Betriebsbedingte Gründe“ liegen vor, wenn das Betriebsratsmitglied wegen der Eigenart des Betriebs, der Gestaltung des Arbeitsablaufs oder der Beschäftigungslage gezwungen ist, gewisse Amtsobliegenheiten außerhalb seiner (individuellen) Arbeitszeit zu erfüllen (vgl. statt aller *Richardi/Thüsing*, § 37 BetrVG Rn. 43; *Weber*, GK-BetrVG, § 37 Rn. 76; näher *Bengelsdorf*, NZA 1989, 905, 907).

Fraglich ist, ob § 37 Abs. 3 S. 1 BetrVG mit seinem Abstellen auf „betriebsbedingte Gründe“ auf das freigestellte Betriebsratsmitglied o. W. Anwendung finden kann. In der Tat finden sich in der Literatur Stimmen, die einen Verzicht auf diese in § 37 Abs. 3 S. 1 BetrVG genannte Voraussetzung fordern (*Richardi/Thüsing*, § 38 BetrVG Rn. 51; a. A. allerdings die h. M.; vgl. insoweit die Nachw. bei *Weber*, GK-BetrVG, § 38 Rn. 87). Eine nähere Auseinandersetzung mit dieser Auffassung kann allerdings auf sich beruhen. Denn ein Absehen von der Voraussetzung des Vorliegens „betriebsbedingter Gründe“ käme danach allenfalls insoweit in Betracht, als ein Anspruch des Betriebsratsmitglieds auf Freizeitausgleich in Rede steht. Was demgegenüber

einen möglichen Abgeltungsanspruch des Betriebsrats anbelangt – und dieser steht im vorliegenden Zusammenhang im Mittelpunkt des Interesses – , so besteht, soweit ersichtlich, Einigkeit über die Voraussetzung, dass die Betriebsratstätigkeit aus „betriebsbedingten Gründen“ außerhalb der Arbeitszeit geleistet wurde (so ausdrücklich Richardi/*Thüsing*, § 38 BetrVG Rn. 52: „Verlangt das freigestellte Betriebsratsmitglied Abgeltung des Freizeitausgleichs, so muss es nachweisen, dass aus betriebsbedingten Gründen die Betriebsratstätigkeit außerhalb seiner durch die Bindung an die tägliche Arbeitszeit bestimmte Betriebsanwesenheit durchzuführen war ...“).

Von der Frage, ob bei der Anwendung des § 37 Abs. 3 BetrVG auf freigestellte Mitglieder auf die Voraussetzung des Vorliegens „betrieblicher Gründe“ verzichtet werden kann, ist die ganz andere Frage zu unterscheiden, ob der Kreis der möglichen „betriebsbedingten Gründe“ bei freigestellten Betriebsratsmitgliedern derselbe ist wie bei nicht freigestellten Mitgliedern. Dies ist ersichtlich zu verneinen. So liegt ein „betriebsbedingter Grund“ bei einem nicht freigestellten Mitglied insbesondere dann vor, wenn dieses eine besonders bedeutsame Position innerhalb des Betriebs innehat und somit während der Arbeitszeit unabhkömmlich ist (vgl. *Weber*, GK-BetrVG, § 37 Rn. 77). Da das freigestellte Betriebsratsmitglied aber ohnehin keine Arbeitsleistung mehr schuldet, muss diesem gegenüber die Bejahung eines betriebsbedingten „Freizeitopfers“ unter dem Gesichtspunkt einer betrieblichen „Unabhkömmlichkeit“ von vornherein ausscheiden.

#### **bb) Gründe „aus der Sphäre“ des Arbeitgebers**

Über die oben skizzierten Gründe hinaus geht die Rechtsprechung davon aus, dass „betriebsbedingten Gründe“ auch dann in Betracht kommen, wenn die Ursache für die erforderliche Betriebsratsmehrarbeit in Umständen liegt, die vom Arbeitgeber veranlasst werden, also dem Arbeitgeberbereich zuzuordnen sind (so BAG 21. 5. 1974, AP BetrVG 1972 § 37 Nr. 14 u. 2. b) aa). Dies bedeutet nichts anderes, als dass das Vorliegen „betriebsbedingter Gründe“ auch dann zu

bejahen ist, wenn zwar die Durchführung der Betriebsratstätigkeit auch während der Arbeitszeit in Betracht gekommen wäre, ihre Durchführung außerhalb der Arbeitszeit aber auf einem entsprechenden Einfluss des Arbeitgebers beruht (BAG 26. 1. 1994, AP § 37 BetrVG 1972 Nr. 93 u. II. 2.). Diese Sichtweise hat in der Literatur Zustimmung gefunden (vgl. nur *Weber*, GK-BetrVG, § 37 Rn. 78 m. w. N., der meint, es entspreche dem Zweck des § 37 Abs. 3 BetrVG, „Ausgleichsansprüche zu gewähren, wenn ein Betriebsratsmitglied Freizeit aus Gründen opfert, die zwar nicht durch zwingende betriebliche Gegebenheiten bedingt sind, aber doch in der Sphäre des Arbeitgebers ihren Ursprung haben“). Als Beispiel für eine „ausgleichspflichtige“ Tätigkeit wird in diesem Zusammenhang in der Literatur insbesondere der Fall genannt, dass eine Verhandlung mit dem Betriebsrat oder eine Betriebsratssitzung auf Wunsch des Arbeitgebers außerhalb der Arbeitszeit stattfindet (vgl. wiederum *Weber*, GK-BetrVG, § 37 Rn. 78; a. A. allerdings LAG Hamm 14. 7. 1978, EzA § 37 BetrVG 1972 Nr. 61). Zwar verlässt man dabei den Bereich, bei dem sich die Gründe, die für die Mehrarbeit außerhalb der Arbeitszeit bestehen, als Teil der Eigenschaft eines Betriebs oder als organisatorische Gegebenheit objektiv „festmachen“ lassen. Doch sollte dies kein Grund sein, das Vorliegen eines Grundes „in der Sphäre“ des Arbeitgebers zu verneinen, wenn und soweit dem „Wunsch“ des Arbeitgebers nachvollziehbare Erwägungen zugrunde liegen und der Betriebsrat somit allein schon nach dem Gebot der vertrauensvollen Zusammenarbeit (§ 2 Abs. 1 BetrVG) allen Anlass hat, dem Wunsch des Arbeitgebers nachzukommen.

Umstr. ist, ob den „betriebsbedingten“ Gründen „unternehmensbedingte“ Gründe gleichzusetzen sind. Während das BAG dies in einer älteren Entscheidung verneint hat (BAG 11. 7. 1978, AP § 37 BetrVG 1972 Nr. 57), geht das ArbG Siegen von der Notwendigkeit einer Gleichsetzung aus und bejaht auf dieser Grundlage einen Anspruch auf Mehrarbeitsvergütung, wenn die Mehrarbeit letztlich in der Unternehmensstruktur des Arbeitgebers begründet ist (ArbG Siegen 16. 1. 1998, NZA-RR 1998, 360). Für die letztgenannte Auffassung spricht in der Tat, dass die Entscheidung über die Unternehmensstruktur unzweifelhaft zu den Umständen aus der Arbeitgebersphäre zählt und sich somit in die vom

BAG insoweit entwickelte „Sphärentheorie“ nahtlos einfügt, da es sich hier wie dort um Gründe handelt, die vom Arbeitgeber „veranlasst“ sind. Vor diesem Hintergrund spricht vieles dafür, ganz allgemein „unternehmensbedingte Gründe“ für einen möglichen Anspruch auf Mehrarbeitsvergütung genügen zu lassen.

### **cc) „Betriebsratsbedingte Gründe“**

Den „betriebsbedingten Gründen“ nicht gleichzusetzen sind nach Auffassung des BAG und der h. M. „betriebsratsbedingte Gründe“ (BAG 21. 5. 1974, AP BetrVG 1972 Nr. 14; vgl. auch die Nachw. bei Richardi/*Thüsing*, § 37 BetrVG Rn. 45). Daran wird zwar verschiedentlich Kritik geübt und zwar u. a. mit dem Hinweis darauf, dass jede Betriebsratstätigkeit, „da sie ausschließlich dem Betrieb und seiner Belegschaft zu dienen hat, gleichzeitig auch betriebsbedingt und betriebsbezogen“ sei (*Kehrmann*, in: FS Wlotzke 1996, 357, 365). Problematisch erscheint hieran indes die vorschnelle Gleichsetzung von Betriebs- und Belegschaftsinteresse. Auch ist nun einmal nicht daran vorbeizukommen, dass im Gesetz nur von „betriebsbedingten Gründen“ die Rede ist und ein Freizeitausgleich unmöglich allein davon abhängig sein kann, wie ein Betriebsrat seine Arbeit gestaltet. Bedenkenswert ist die Kritik allerdings insofern, als nach Beobachtungen aus der Mitbestimmungspraxis die Wahrnehmung der Betriebsratsaufgaben innerhalb der betriebsüblichen Arbeitszeit in vielen Fällen nicht mehr möglich ist (vgl. nur *Kehrmann*, in: FS Wlotzke 1996, 357, 361), sodass bei einer Ausschaltung „betriebsratsbedingter Gründe“ die Gefahr einer Erschwerung und Einengung der Betriebsratsarbeit droht. Auch dürfte insoweit die Beobachtung zutreffend sein, dass dies nicht selten höhere Kosten für den Arbeitgeber verursacht (DKK-*Wedde*, § 37 BetrVG Rn. 60 u. Hinw. auf *Schubert*, AiB 1994, 652 und dem Bsp., dass eine Betriebsratssitzung wegen Arbeitsschlusses unterbrochen und am nächsten Tage fortgesetzt werden muss). Vor diesem Hintergrund besteht jedenfalls aller Anlass dazu, in jedem Einzelfall sorgfältig zu prüfen, ob bei, dem ersten Anschein nach, „betriebsratsbedingten Gründen“ in Wirklichkeit nicht doch „betriebliche Gründe“ vorliegen (Bsp. aus

der Rspr.: LAG Berlin-Brandenburg 11. 6. 2010, BeckRS 2011, 67206) und somit der Weg zu einem Freizeitausgleich letztlich doch eröffnet ist.

#### **dd) Erweiterung der Gründe für „zulässige Mehrarbeit“**

Insbesondere die in der Literatur diskutierten Erweiterungen der vom BAG entwickelten „Sphärentheorie“, aber auch die Unsicherheiten der Abgrenzung der „betriebsratsbedingten Gründe“ von den „betriebsbedingten Gründen“, geben Anlass zu der Frage, ob die in Rechtsprechung und Literatur anzutreffende Sichtweise bezüglich eines möglichen Freizeitausgleich für und einer Abgeltung von Mehrarbeit nicht insgesamt zu eng ist. Um diese Frage zu beantworten, sollte man eine Voraussetzung des Anspruchs auf Freizeitausgleich näher in den Blick nehmen, die zuweilen etwas „unterbelichtet“ scheint, die Voraussetzung nämlich, dass das Betriebsratsmitglied „erforderliche“ Betriebstätigkeit leistet. In der Kommentarliteratur heißt es hierzu etwa, Betriebsratstätigkeit sei alles, was nach den zu § 37 Abs. 2 BetrVG entwickelten Grundsätzen zur ordnungsgemäßen Durchführung der Aufgaben des Betriebsrats erforderlich sei (vgl. nur *Weber*, GK-BetrVG, § 37 Rn. 72). Damit ist Voraussetzung eines Anspruchs auf Freizeitausgleich, dass eine bestimmte Tätigkeit „an sich“ während der Arbeitszeit durchzuführen wäre, jedoch aufgrund betrieblicher oder jedenfalls in der Sphäre des Arbeitgebers liegender Gründe in die Freizeit „verschoben“ werden muss (und auch nicht aus der Freizeit hinaus in die nachfolgende Arbeitszeit „weiter verschoben“ werden kann; vgl. auch insoweit *Weber*, GK-BetrVG, § 37 Rn. 72: Auch die „Durchführung außerhalb der Arbeitszeit muss erforderlich gewesen sein“). Für die Beantwortung der Frage, ob die Betriebsratstätigkeit „erforderlich ist“, kommt es nach allg. Auffassung auf eine gewissenhafte Abwägung aller Umstände unter Berücksichtigung auch der Belange des Arbeitgebers an, wobei der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten ist. Dabei besteht allerdings nach allg. Auffassung ein gewisser Beurteilungsspielraum, der nach der Rechtsprechung nur dann überschritten ist, „wenn das Betriebsratsmitglied bei eigener gewissenhafter Überprüfung und bei ruhiger und vernünftiger Würdigung aller Umstände die Versäumung von



Arbeitszeit für die Verrichtung einer Betriebsratstätigkeit nicht mehr für erforderlich halten durfte“ (so BAG 31. 8. 1994, AP BetrVG 1972 Nr. 98 u. 2b; näher zum Ganzen statt aller *Weber*, GK-BetrVG, § 37 Rn. 32 ff.).

Diese Maßstäbe können aber nicht nur dann gelten, wenn die „Erforderlichkeit“ von Betriebsratstätigkeit während der Arbeitszeit (und ein evtl. „Freizeitopfer“ wegen einer Kollision mit Gründen aus der Sphäre des Arbeitgebers) in Rede steht, sondern müssen auch dann Geltung beanspruchen, wenn es um die Frage geht, ob die Entfaltung von Betriebsratstätigkeit außerhalb der Arbeitszeit „erforderlich“ ist. Mit anderen Worten: Die Bewertung einer Tätigkeit am Maßstab der „Erforderlichkeit“ kann im Einzelfall zu dem Ergebnis führen, dass diese dringlich genug ist, um während der Freizeit des Betriebsratsmitglieds erledigt zu werden (wenn sie schon nicht, infolge entgegenstehender Belange des Arbeitgebers, während der Arbeitszeit erledigt werden kann). Ebenso gut kann die Bewertung am Maßstab der „Erforderlichkeit“ aber auch dazu führen, dass diese „schleunigst“ erledigt werden muss und somit, wenn sie außerhalb der Arbeitszeit anfällt, ein (ausnahmsweises) „Freizeitopfer“ des Betriebsratsmitglieds verlangt. Verhält es sich aber so, dann wäre es geradezu sinnwidrig, die Frage nach der Herkunft der Gründe für die Mehrarbeit des Betriebsratsmitglieds (Sphäre des Arbeitgebers oder „betriebsratsbedingte Gründe“) zu stellen, da es gar nicht um ein „Verschieben“ der Mehrarbeit in den Bereich der Freizeit geht, sondern diese vielmehr von vornherein in den Bereich der Freizeit fällt. Sich diese Gegebenheiten bewusst zu machen, besteht umso mehr Anlass, als über die „Erforderlichkeit“ der Durchführung von Betriebsratsarbeit nicht nur umfassend und unter Abwägung aller Belange, sondern auch unter Anerkennung eines gewissen Beurteilungsspielraums zu entscheiden ist. Dies bedeutet nämlich – angesichts der Notwendigkeit einer umfassenden Interessenbilanz bei der Ausfüllung des Merkmals der „Erforderlichkeit“ – nicht mehr und nicht weniger, als dass eine Verständigung von Arbeitgeber und Betriebsrat über eine aus ihrer Sicht in gewissem Umfang erforderliche Mehrarbeit von Betriebsratsmitgliedern gerichtlich nur in eingeschränktem Umfang überprüfbar ist.

### 3. Vorrangige Arbeitsbefreiung

§ 37 Abs. 3 S. 1 BetrVG bestimmt, dass der Ausgleich für außerhalb der Arbeitszeit geleistete Betriebsratstätigkeit durch eine entsprechende Arbeitsbefreiung unter Fortzahlung des Arbeitsentgelts bewirkt wird. Nur wenn die Gewährung der Arbeitsbefreiung innerhalb eines Monats nicht möglich ist, kommt nach § 37 Abs. 3 S. 3 BetrVG ein Anspruch auf Abgeltung in Betracht. Damit ist der Abgeltungsanspruch gegenüber dem Anspruch auf Freizeitausgleich subsidiär. Entsprechend ist in der Literatur verschiedentlich von einer „Rangordnung“ die Rede, in welcher die entsprechenden Ansprüche stehen (vgl. *Weber*, GK-BetrVG, § 37 Rn. 102). Ein Recht zur Wahl zwischen den verschiedenen Ansprüchen kommt dem Arbeitnehmer dabei nicht zu (vgl. auch hierzu vgl. *Weber*, GK-BetrVG, § 37 Rn. 102). Auch ist das BAG der Auffassung entgegengetreten, dass sich der Anspruch auf Freizeitausgleich unter gewissen Voraussetzungen ohne weiteres in einen Abgeltungsanspruch „umwandle“. Stattdessen geht das Gericht von einem „Vorrang des Freizeitausgleichs vor dessen Abgeltung durch einen Vergütungsanspruch“ aus. Nur bei einer auf betriebsbedingten Gründen beruhenden Unmöglichkeit der Gewährung von Arbeitsbefreiung kommt danach eine Vergütung der aufgewendeten Zeit in Betracht (BAG 25. 8. 1999, AP § 37 BetrVG Nr. 130; vgl. insoweit zuletzt auch LAG Berlin-Brandenburg 11. 6. 2010, BeckRS 2011, 67206).

Von diesem Vorrang der Arbeitsbefreiung gegenüber der Abgeltung geht das BAG auch mit Blick auf evtl. Ansprüche freigestellter Betriebsratsmitglieder aus. So hat das Gericht ausdrücklich die Auffassung zurückgewiesen, dass bei einem freigestellten Betriebsratsmitglied die Möglichkeit der Arbeitsbefreiung unter Fortzahlung des Arbeitsentgelts zum Ausgleich für Betriebsratstätigkeit außerhalb der Arbeitszeit von vornherein ausscheide, weil es für ein freigestelltes Betriebsratsmitglied keine Arbeitsbefreiung gebe (in diese Richtung etwa *Kehrmann*, FS Wlotzke, 1996, 357, 367). Zur Begründung führt das BAG an, das Wörtchen „betriebsbedingt“ lasse sich mit Blick auf freigestellte Betriebsratsmitglieder nicht durch das Wörtchen „betriebsratsbedingt“ ersetzen.

Vielmehr behalte die Voraussetzung der „betriebsbedingten Gründe“ „auch bei Anwendung dieser Bestimmung auf freigestellte Betriebsratsmitglieder (...) ihren Sinn, weil durchaus Umstände denkbar sind, die es erforderlich machen können, Betriebsratstätigkeit aus betriebsbedingten Gründen außerhalb der Arbeitszeit durchzuführen“. Die Tatsache der Freistellung ändere hieran nichts (BAG 21. 5. 1974, § 37 BetrVG 1972 Nr. 14 u. 2a).

Zustimmung verdienen diese Ausführungen des BAG insoweit, als das Gericht meint, auch mit Blick auf freigestellte Betriebsratsmitglieder kämen durchaus „betriebsbedingte Gründe“ für eine Betriebsratstätigkeit außerhalb der Arbeitszeit vor. Höchst zweifelhaft sind die Ausführungen des BAG demgegenüber, um das Mindeste zu sagen, insoweit, als das Gericht meint, dass ein Freizeitausgleich nur bei „betriebsbedingten“ und nicht auch bei „betriebsratsbedingten“ Gründen in Betracht komme. Dabei wird nämlich ausgeblendet, dass das freigestellte Betriebsratsmitglied ohnehin bereits von seiner beruflichen Tätigkeit befreit ist, sodass eine Beschränkung der Möglichkeit zu einem Freizeitausgleich jedenfalls nicht mit entgegenstehenden Arbeitgeberinteressen (an der Aufrechterhaltung eines reibungslosen Betriebs gerechtfertigt) werden könnte (zut. daher Richardi/Thüsing, § 37 BetrVG Rn. 51).

Von alldem einmal abgesehen, ist aber zu kritisieren, dass sich das BAG in Wirklichkeit gar nicht mit der von ihm zurückgewiesenen Auffassung auseinandersetzt, wonach für ein freigestelltes Betriebsratsmitglied die Möglichkeit der Arbeitsbefreiung unter Fortzahlung des Arbeitsentgelts zum Ausgleich für Betriebsratstätigkeit außerhalb der Arbeitszeit ausscheide, weil es für ein derartiges Mitglied des Betriebsrats keine Arbeitsbefreiung gebe. Denn bei dieser Fragestellung geht es gar nicht darum, ob das Merkmal „betriebsbedingt“ als Voraussetzung für einen Anspruch auf Arbeitsbefreiung (!) durch das Merkmal „betriebsratsbedingt“ ersetzt werden kann, sondern vielmehr darum, ob das Merkmal „betriebsbedingt“ als Voraussetzung für einen Anspruch auf Abgeltung (!) durch das Merkmal „betriebsratsbedingt“ ersetzt

werden kann. Um es anders zu wenden: Für einen Abgeltungsanspruch grundsätzlich zu fordern, dass die dem Abgeltungsverlangen entsprechende Tätigkeit aus „betriebsbedingten Gründen“ außerhalb der Arbeitszeit entfaltet wurde, ist das eine. Etwas ganz anderes ist es aber, am Merkmal „betriebsbedingt“ auch hinsichtlich der Entscheidung der Frage festzuhalten, ob ein (gegenüber der Abgeltung grundsätzlich vorrangiger) Freizeitausgleich (nicht) innerhalb eines Monats bewirkt werden kann.

Allerdings findet sich an einer anderen Stelle der Entscheidung zusätzlich die Überlegung, dass die Leistung von Betriebsratsstätigkeit außerhalb der Arbeitszeit bei einem freigestellten Betriebsratsmitglied deshalb nicht „unmittelbar zu einem Vergütungsanspruch führen könne, weil damit „die Betriebsratsarbeit als solche vergütet und nicht nur dem sich auch aus § 37 Abs. 2 BetrVG ergebenden Gedanken Rechnung getragen [würde], das Betriebsratsmitglied solle wegen seiner Betriebsratseigenschaft keine Nachteile erfahren und so gestellt werden, wie wenn es – gleich ob freigestellt oder nicht – im Betrieb verblieben wäre“. Auch dieser Gedanke ist aber vorliegend nicht tragfähig. Dabei kann dahingestellt bleiben, ob es im Zusammenhang mit § 37 Abs. 3 S. 3 BetrVG überhaupt sinnvoll ist, von einer „Vergütung der Betriebsratsarbeit“ zu sprechen. Jedenfalls hat das BAG in einer nachfolgenden Entscheidung klargestellt, ein Betriebsratsmitglied erhalte die Vergütung nach § 37 Abs. 3 S. 3 BetrVG „nicht für seine Betriebsratsstätigkeit, sondern dafür, dass der Arbeitgeber über seine Arbeitszeit in vollem Umfange verfügen konnte (BAG 11. 1. 1995, AP § 37 BetrVG 1972 Rn. 103). In einer nachfolgenden Entscheidung hat es den Anspruch aus § 37 Abs. 3 S. 3 BetrVG als „zeitlich verschobenes Arbeitsentgelt für eine sonst in der persönlichen Arbeitszeit anfallende Betriebsratsstätigkeit, die nur in Folge eines dem Arbeitgeber zuzurechnenden Umstands in die Freizeit verlegt worden ist“, angesehen und den kompensatorischen Charakter des Anspruchs betont (BAG 5. 5. 2010, NZA 2010, 1025).

Ganz abgesehen davon ergeben sich aber aus zwei Gründen Bedenken gegen die Ausführungen des BAG. Zum einen geht der Gesetzgeber selbst, wie sich aus

dem Wortlaut des § 37 Abs. 3 S. 3 BetrVG unzweifelhaft ergibt, davon aus, dass unter gewissen Voraussetzungen ein aus Betriebsratsstätigkeit sich ergebender Freizeitausgleich abgegolten und in diesem Sinne dann, wenn man so will, auch „die Betriebsratsarbeit als solche vergütet“ werden kann. Dementsprechend kann es hier nur darum gehen, diese Voraussetzungen zu konkretisieren. Und zum anderen steht vorliegend gar nicht die Frage im Raum, ob Betriebsratsstätigkeit „unmittelbar zu einem Vergütungsanspruch“ führen soll, sondern die ganz andere Frage, ob ein Vergütungs- bzw. Abgeltungsanspruch, über den Wortlaut des § 37 Abs. 3 S. 1 BetrVG hinaus, auch bei „betriebsratsbedingten Gründen“ in Betracht kommt.

Nun findet sich in der genannten Entscheidung des BAG allerdings auch noch die Überlegung, der Gesetzgeber habe in § 38 Abs. 1 BetrVG, wie die dort enthaltene Staffelung zeige, „pauschaliert“ und gehe somit erkennbar davon aus, „dass auf das einzelne freigestellte Betriebsratsmitglied einmal mehr, ein anderes Mal weniger Betriebsratsstätigkeit zukommt“. Dabei nehme der Gesetzgeber, so das BAG weiter, „auch im Hinblick auf das Benachteiligungs- und Begünstigungsverbot des § 78 S. 2 BetrVG 1972 in Kauf, dass für das einzelne Betriebsratsmitglied auch einmal ‘Mehrarbeit’ notwendig werden kann (...)“. Dementsprechend lässt es das BAG ausdrücklich dahingestellt, ob eine Abgeltung dann in Betracht kommt, „wenn die Mehrarbeit eines freigestellten Betriebsratsmitglieds nach Dauer und Umfang ein ungewöhnliches Ausmaß erreicht“ (BAG 21. 5. 1974, § 37 BetrVG 1972 Nr. 14 u. 2b bb). Zutreffend an diesen Überlegungen ist, dass die an der Belegschaftsgröße ausgerichtete Staffel des § 38 Abs. 1 BetrVG eine pauschale Regelung darstellt, bei der der Gesetzgeber „in Kauf nimmt“, dass sich der Umfang der Freistellung von der Arbeitspflicht im Einzelfall nicht voll mit der erforderlichen Betriebsratsstätigkeit deckt. Dies ist, wie später in anderem Zusammenhang noch näher auszuführen sein wird (unter 2. b) aa), eine unvermeidliche Folge jeder Pauschalierung. Dementsprechend hat es denn auch keine Auswirkungen auf die nach § 38 Abs. 1 BetrVG erforderlichen Freistellungen, wenn auf das einzelne freigestellte Betriebsratsmitglied, in den Worten des BAG, einmal „weniger

Betriebsratstätigkeit zukommt“. Zutreffend ist überdies der Hinweis, der Gesetzgeber nehme nach der Freistellungsstaffel des § 38 Abs. 1 BetrVG „in Kauf, dass für das einzelne Betriebsratsmitglied auch einmal ‘Mehrarbeit’ notwendig werden kann“. Mehr als dies lässt sich indes nicht sagen. Denn § 37 Abs. 3 BetrVG sieht nun einmal für den Fall von Betriebsratstätigkeit außerhalb der Arbeitszeit einen Anspruch auf Arbeitsbefreiung und – subsidiär – auch einen solchen auf Abgeltung vor. Und da die Vorschrift nach allg. (und zutreffender) Auffassung auch auf freigestellte Betriebsratsmitglieder Anwendung findet, kann keine Rede davon sein, dass sich allein aus dem Bestehen der Freistellungsstaffel des § 38 Abs. 1 BetrVG Schranken für Ansprüche ergeben, die an die Entfaltung von Betriebsratstätigkeit außerhalb der Arbeitszeit anknüpfen. Dass der Gesetzgeber Mehrarbeit eines Betriebsratsmitglieds „in Kauf nimmt“, ist somit nur in dem Sinn zutreffend, dass er keine Regelung getroffen hat – und, wie man hinzufügen könnte, von seiner Warte aus auch gar keine Regelung treffen könnte –, die eine derartige Mehrarbeit ausschließen würde. Für die ganz andere Frage, welche Ansprüche für ein Betriebsratsmitglied erwachsen, wenn der (vom Gesetzgeber durchaus vorausgesehene) Fall der Mehrarbeit eingetreten ist, besagt dies aber entgegen der Auffassung des BAG nichts.

Die entscheidende Frage lautet somit, ob nach einer Betriebsratstätigkeit außerhalb der Arbeitszeit eine Abgeltung schon dann in Betracht kommt, wenn lediglich aus „betriebsratsbedingten Gründen“ ein Freizeitausgleich innerhalb eines Monats unmöglich ist. Für die Beantwortung dieser Frage sollte eine Betrachtung der Rechtsstellung des *nicht freigestellten* Betriebsratsmitglieds den Ausgangspunkt der Überlegungen bilden. Danach ist für das Bestehen eines Vergütungsanspruchs nach § 37 Abs. 3 S. 3 BetrVG erforderlich, dass „betriebsbedingte Gründe“ einer Arbeitsbefreiung entgegenstehen. Ein Freizeitausgleich muss aus betrieblichen Gründen, wenn nicht „objektiv unmöglich“ (BAG 11. 1. 1995, AP § 37 BetrVG Nr. 103), so doch jedenfalls aus objektiven Gründen für den Arbeitgeber unzumutbar sein, z. B. weil ein ordnungsgemäßer Betriebsablauf bei nur vorübergehender Abwesenheit des Betriebsratsmitglieds nicht mehr gewährleistet ist (so ErfKomm-Koch, § 37

BetrVG Rn. 8). Das Merkmal „betriebsbedingte Gründe“ ist dabei nicht zuletzt mit Blick auf die Notwendigkeit einer Begrenzung der Arbeitsbelastung des Betriebsratsmitglieds (vgl. hierzu BAG 8. 3. 2000, BeckRS 2000, 30783544) restriktiv auszulegen (DKK-Wedde, § 37 BetrVG Rn. 71). Zwar ist umstr., ob und inwieweit insoweit auf die Maßstäbe der Urlaubsgewährung nach § 7 Abs. 1 BUrlG zurückgegriffen und damit auf die Maßstäbe für das Verständnis der „(dringenden) betrieblichen Gründe“ i. S. d. § 7 Abs. 1 BUrlG (vgl. insoweit etwa ErfKomm-Gallner, § 7 BUrlG Rn. 18) rekuriert werden kann (vgl. insoweit einerseits ErfKomm-Koch, § 37 BetrVG Rn. 8, andererseits Weber, GK-BetrVG, § 37 Rn. 94; verneinend zuletzt LAG Rheinland-Pfalz 15. 7. 2010, BeckRS 2010, 74988). Doch dürfte weitgehende Einigkeit darüber herrschen, dass bei der Frage nach dem Vorliegen betriebsbedingter Gründe die betrieblichen Interessen und diejenigen des Arbeitnehmers gegeneinander abzuwägen sind (vgl. nur Weber, GK-BetrVG, § 37 Rn. 94 m. w. N.).

An dieser Stelle wird nun indes o. W. deutlich, dass das Merkmal „betriebsbedingte Gründe“ im Zusammenhang mit einem möglichen Abgeltungsanspruch eines freigestellten Betriebsratsmitglieds anders konkretisiert werden muss als bei einem nicht freigestellten Mitglied. Denn da die Rechtsstellung des freigestellten Mitglieds gerade dadurch charakterisiert wird, dass dieses in vollem Umfang von der beruflichen Tätigkeit befreit ist (vgl. §§ 37 Abs. 2, 38 Abs. 1 S. 1 u. 2 BetrVG), und zwar mit dem Ziel, „sich der Betriebsratsarbeit zu widmen“ (so Richardi/Thüsing, § 38 BetrVG Rn. 5; näher zur Rechtsstellung des freigestellten Betriebsratsmitglieds etwa Natzel, NZA 2000, 77), besteht nur eine sehr eingeschränkte Vergleichbarkeit mit der Rechtsstellung des nicht freigestellten Mitglieds: Da das freigestellte Mitglied ohnehin von der Arbeitsleistung befreit ist und infolgedessen auch nicht mehr dem Direktionsrecht des Arbeitgebers untersteht (vgl. hierzu zuletzt LAG Hamm 20. 3. 2009, BeckRS 2009, 75027), kann es im Zusammenhang mit § 37 Abs. 3 S. 2 BetrVG von vornherein nur um eine Befreiung von *Amtspflichten* des Betriebsrats und nicht um eine Befreiung von der *Arbeitspflicht* gehen. Damit muss sich aber notwendigerweise auch das Kriterium ändern, welches über Möglichkeit oder

Zumutbarkeit einer Befreiung entscheidet. Denn wenn gar nicht die Erfüllung der Arbeitspflicht, sondern die von Amtspflichten in Rede steht, dann ist ohne weiteres ersichtlich, dass (betrieblichen) Interessen des Arbeitgebers bzw. „betriebsbedingten Gründe“ insoweit allenfalls eine höchst beschränkte Bedeutung zukommen kann.

Macht man sich dies klar, treten die Interessen, die bei der Beantwortung der Frage nach der Möglichkeit bzw. Zumutbarkeit einer Befreiung des freigestellten Betriebsratsmitglieds von seinen Amtspflichten Berücksichtigung finden müssen, deutlicher hervor: Da für den freigestellten Arbeitnehmer für die Dauer der Freistellung keine Verpflichtung zur Arbeitsleistung besteht, an die Stelle der Arbeitspflicht vielmehr die (bloße) Verpflichtung des Betriebsratsmitglieds tritt, während seiner arbeitsvertraglichen Arbeitszeit im Betrieb am Sitz des Betriebsrats, dem er angehört, anwesend zu sein und sich dort für anfallende Betriebsratsarbeit bereit zu halten (zuletzt BAG 13. 6. 2007, AP § 38 BetrVG Nr. 31 u. Rn. 14), sind mit Blick auf die Durchführbarkeit eines Freizeitausgleichs (§ 37 Abs. 3 S. 2 BetrVG) und einen evtl. Abgeltungsanspruch des Betriebsratsmitglieds (§ 37 Abs. 3 S. 3 BetrVG) dessen Interesse an der Gewährung von Freizeit und das Interesse an einer ordnungsgemäßen Durchführung der Betriebsratsarbeit abzuwägen. Dabei kommt man aber nicht daran vorbei, dass die Rechtsprechung davon ausgeht, dass das freigestellte Betriebsratsmitglied grundsätzlich an die betriebsübliche Arbeitszeit gebunden ist. Zur Begründung wird insoweit v. a. angeführt, dass sich das Betriebsratsmitglied in einem Zeitraum für Betriebsratsaufgaben bereit halten und diese ggf. wahrnehmen müsse, in welchem es sowohl für die im Betrieb tätigen Arbeitnehmer als auch für den Arbeitgeber bzw. seine Vertreter ansprechbar ist (vgl. zuletzt etwa LAG Rheinland-Pfalz 8. 11. 2007, BeckRS 2008, 51721 u. II. 3b). Insoweit ist zusätzlich zu berücksichtigen, dass der Freistellung des § 38 Abs. 1 BetrVG die Vermutung des Gesetzgebers zugrunde liegt, in Betrieben der dort genannten Größenordnung(en) falle erforderliche Betriebsratstätigkeit i. S. d. § 37 Abs. 2 BetrVG regelmäßig in einem solchen Umfang an, dass sie die Arbeitszeit eines oder mehrerer Betriebsratsmitglieder



voll in Anspruch nimmt. Da somit die Freistellung nach § 38 Abs. 1 BetrVG der Wahrnehmung anfallender Betriebsratsaufgaben dient, muss auch das freigestellte Betriebsratsmitglied grundsätzlich im Betrieb erreichbar sein und für erforderliche Betriebsratsarbeit zur Verfügung stehen. Bedenkt man dies, dann wird gegenüber einem freigestellten Betriebsratsmitglied ein Freizeitausgleich i. S. d. § 37 Abs. 2 S. 2 BetrVG nur in engen Grenzen in Betracht kommen, zumal zusätzlich auch zu berücksichtigen ist, dass über die Arbeitseinteilung des Betriebsrats und die Ausübung der Betriebsratstätigkeit der Betriebsrat in eigener Verantwortung entscheidet (vgl. hierzu die Nachw. bei *Weber*, GK-BetrVG, § 37 Rn. 22).

## **2. Zulässigkeit von Pauschalierungen**

Entsprechend dem eingangs formulierten Prüfungsprogramm stellt sich nunmehr die Frage, ob und inwieweit hinsichtlich der für Betriebsratsmitglieder anfallenden Mehrarbeit (worunter im Einzelfall auch Reisezeiten sowie Zeiten einer Rufbereitschaft fallen mögen) Pauschalierungen durch Arbeitgeber und Betriebsrat zulässig sind.

### **a) Betriebsverfassungsrechtliches Ehrenamtsprinzip als Ausgangspunkt**

Für die Beantwortung dieser Frage ist es hilfreich, sich zunächst der Grundlagen des Betriebsratsamts zu versichern: Das Betriebsratsamt ist, wie sich aus § 37 Abs. 1 BetrVG eindeutig ergibt, ein Ehrenamt. Dies bedeutet, dass das Betriebsratsamt unentgeltlich geführt wird. Die Ausgestaltung des Betriebsratsamtes als unentgeltliches Ehrenamt dient ebenso wie das Verbot jeder Benachteiligung oder Bevorzugung der Betriebsratsmitglieder (§ 78 S. 2 BetrVG) dazu, die Unabhängigkeit der Betriebsratsmitglieder sicherzustellen. Dabei soll § 78 S. 2 BetrVG vermeiden, dass die Amtsführung der Betriebsratsmitglieder durch den Erhalt oder den drohenden Verlust von

materiellen Sondervorteilen beeinflusst wird. Wegen dieser Zielsetzung ist der Begriff der „Unentgeltlichkeit“ nach der Rechtsprechung strikt anzuwenden; es ist ein strenger Maßstab anzulegen (so etwa BAG 20. 10. 1993, AP § 37 BetrVG Nr. 90 u. III. 5c) in Fortführung der Rspr. des RAG). Das Betriebsratsmitglied soll wegen der Ausübung des Betriebsratsamts keinen Nachteil erleiden. Es soll aus der Wahrnehmung seines Amts aber auch keinen Vorteil ziehen (vgl. statt aller Richardi/*Thüsing*, § 37 BetrVG Rn. 6). Das Gesetz verbietet die Gewährung eines Entgelts für die Betriebsratsstätigkeit. Verboten ist aber auch jedes mittelbare oder versteckte Entgelt, also jede Zuwendung eines geldwerten Vorteils (Richardi/*Thüsing*, § 37 BetrVG Rn. 7; vgl. auch BGH 17. 9. 2009, NJW 2010, 92 u. Rn. 34). Zugleich ist in der Rechtsprechung anerkannt, dass die Führung des Betriebsratsamts als Ehrenamt auch den ersatzlosen Einsatz von Freizeit beinhaltet, soweit das Gesetz nicht aufgrund spezieller Regelungen (wie in § 37 Abs. 3 BetrVG) einen Ausgleich vorsieht (BAG 20. 10. 1993, AP § 37 BetrVG 1972 Nr. 90 u. II. 2.; BAG 27. 6. 1990, AP § 37 BetrVG 1972 Nr. 76 u. II. 2.).

In rechtspolitischer Hinsicht ist das der Betriebstätigkeit zugrunde liegende Ehrenamtsprinzip alles andere als unumstritten. So wird in der Literatur gelegentlich die Auffassung vertreten, das Ehrenamtsprinzip sei „überholt“. Der „Professionalisierungsgedanke“ gelte nicht nur in der Unternehmensmitbestimmung. Daher müsse das Ehrenamtsprinzip „jedenfalls für voll freigestellte Betriebsratsmitglieder in großen Unternehmen (...) durch eine Öffnungsklausel dispositiv gestellt werden“ (so *Rieble*, NZA 2008, 276, 280; in dieselbe Richtung *Franzen*, in; *Rieble/Junker*, Unternehmensführung und betriebliche Mitbestimmung, 2008, S. 47; dezidiert a. A. etwa *Fischer*, NZA 2007, 484). Unabhängig davon, wie man zu diesen Forderungen steht, ist indes festzuhalten, dass das Ehrenamtsprinzip geltendes Recht darstellt. Dies schließt insbesondere Überlegungen aus, die darauf zielen, Betriebsräten als „Co-Manager“ schon *de lege lata* besondere Vorteile einzuräumen oder deren Tätigkeit mit der Zielsetzung zu vergüten, durch eine Orientierung am Entgelt des betrieblichen „Gegenübers“ Verhandlungen „auf Augenhöhe“ zu fördern. Daraus folgt allerdings noch nicht, dass man die Rechtstatsachen, die den skizzierten

rechtspolitischen Überlegungen z. T. zugrunde liegen, bei der Auslegung der Normen des BetrVG komplett unberücksichtigt lassen sollte. Zwar muss hier (wie auch sonst) streng zwischen der rechtspolitischen Ebene und dem Verständnis des geltenden Rechts unterschieden werden. Doch ist stets zu überprüfen, ob die Auslegung betriebsverfassungsrechtlicher Regelungen den Realitäten der betrieblichen Mitbestimmung gerecht wird und den legitimen Interessen und Bedürfnissen der Beteiligten in ausreichendem Umfang Rechnung trägt. Ganz abgesehen sollte man sich aber fragen, ob die in der rechtspolitischen Debatte über das Ehrenamtsprinzip von vielen geforderte Dispositionsfreiheit der Beteiligten (vgl. insbes. *Franzen*, in; *Rieble/Junker*, Unternehmensführung und betriebliche Mitbestimmung, 2008, S. 47, 54 ff.) nicht bereits *de lege lata* anzuerkennen ist, also schon das geltende Recht Raum für „Vereinbarungslösungen“ der Beteiligten lässt.

Angesichts der vom geltenden Ehrenamtsprinzip geforderten strikten Interpretation des Begriffs „Entgelts“ kann es nicht überraschen, dass die Literatur auch Pauschalvereinbarungen zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat außerordentlich skeptisch gegenübersteht. So findet sich in der Literatur etwa die Auffassung, dass „Pauschalierungen aller Art (...) unzulässig“ seien (so *Frahm/Koch*, ArbR Aktuell 2010, 468). Auch wird immer wieder z. B. darauf hingewiesen, die versteckte Gewährung eines Entgelts könne auch darin liegen, dass dem Betriebsratsmitglied eine pauschale Aufwandsentschädigung gewährt werde und zwar ohne Rücksicht darauf, ob im Einzelfall wirklich Aufwendungen in dieser Höhe entstanden seien (vgl. nur *Richardi/Thüsing*, § 37 BetrVG Rn. 8 m. w. N.). Motiviert ist die Zurückhaltung gegenüber Pauschalvereinbarungen offenkundig durch die Besorgnis, die Beteiligten könnten versucht sein, derartige Abreden zur Umgehung des Ehrenamtsprinzips zu nutzen. In diese Richtung weist etwa die Beobachtung, dass sich in der Praxis nicht selten als Pauschalen „getarnte“ Betriebsratszulagen fänden sowie die Formulierung, dass Pauschalierungen keinen „Königsweg“ (zur Umgehung des Ehrenamtsprinzips?) darstellten (so *Rieble*, NZA 2008, 276, 277).

So nachvollziehbar die verbreitete Zurückhaltung gegenüber Pauschalvereinbarungen allein schon angesichts klarer Gesetzesverstöße in der Vergangenheit (vgl. dazu nur BGH 17. 9. 2009, NJW 2010, 92) auch sein mag, so sehr ist allerdings zu fragen, ob man das Problem der rechtlichen Beurteilung derartiger Abreden nicht von vornherein verzerrt wahrnimmt, wenn man es allein (oder doch überwiegend) unter dem Gesichtspunkt einer drohenden Gesetzesumgehung der Beteiligten betrachtet. Zwar ist gar nicht zu leugnen, dass eine allzu „großzügige“ Beurteilung von Pauschalvereinbarungen Versuchen zur „Aushebelung“ des Ehrenamtsprinzips Tür und Tor öffnen würde. Doch darf man sich dadurch nicht dazu verleiten lassen, die Frage auszublenden, ob es nicht auch Gründe gibt, die gewisse Pauschalierungen durch die Beteiligten als gerechtfertigt erscheinen lassen könnten.

#### **b) Rechtfertigung von Pauschalierungen durch die Betriebsparteien**

Damit ist das weitere Prüfungsprogramm geradezu vorgezeichnet. Zunächst ist – ganz allgemein – nach möglichen Rechtfertigungen für Pauschalierungen zu fragen (aa). Sodann sollte man die Frage stellen, in welchen Bereichen gesetzliche Vorschriften Pauschalierungen ermöglichen (bb). Schließlich ist die Frage zu beantworten, ob und in welchem Umfang bzw. unter welchen Voraussetzungen auch im vorliegenden Zusammenhang „Rechtfertigungsgründe“ für Pauschalregelungen in Betracht kommen und die aus anderen Bereichen gewonnenen Beispiele für entsprechende Gestaltungen im Bereich des Betriebsverfassungsrechts fruchtbar gemacht werden können (cc).

#### **aa) Rechtfertigung von Pauschalierungen im Allgemeinen**

Bevor man sich mit der Frage nach der Rechtfertigung von Pauschalierungen näher auseinandersetzt, sollte man sich allerdings zunächst Klarheit darüber verschaffen, worum es sich bei Pauschalierungen in rechtlicher Hinsicht handelt.

Diese Frage führt zu der Einsicht, dass Pauschalierungen Typisierungen darstellen. Dabei wird man, ohne dass hier auf den Begriff näher einzugehen ist, „Typisierung“ im Sinne einer „Durchschnittsbetrachtung“ definieren können. Die „Pauschalierung“ ist somit Typisierung der rechnerischen Grundlagen eines Tatbestands.

Fragt man nun nach den Sachgründen für derartige Pauschalierungen bzw. Typisierungen, so erweist sich ein vergleichender Blick in das Steuerrecht als außerordentlich hilfreich. Wenn der Gesetzgeber dabei – etwa bei der Entfernungspauschale des Einkommenssteuerrechts, aber auch bei der Pauschalierung der Lohnsteuer – zum Instrument der Pauschalierung greift und somit von der Berücksichtigung aller Umstände des konkreten Einzelfalls bewusst absieht, dann v. a. deshalb, weil er dem Steuerpflichtigen aus Vereinfachungsgründen eine oft komplizierte und aufwendige Nachweisführung und der Steuerverwaltung einen entsprechenden Kontrollaufwand ersparen will (vgl. nur *Steenken*, Die Zulässigkeit gesetzlicher Pauschalierungen im Einkommensteuerrecht am Beispiel der Entfernungspauschale, Diss. Passau, 2002, S. 6).

Eine Parallelbetrachtung von Pauschalierungen im Steuerrecht ist überdies auch deshalb hilfreich, weil diese die verfassungsrechtlichen Schranken illustriert, die nach der Rechtsprechung des BVerfG mit Blick auf gesetzliche Generalisierungen bestehen. Diese ergeben sich, stark vereinfacht, zunächst daraus, dass Pauschalierungen nur als hinreichend realitätsgerechte Typisierungen zulässig sind, sodass der Gesetzgeber, um es mit den Worten des BVerfG zu sagen, keine „realitätsfremden Grenzen“ ziehen darf (BVerfGE 66, 214, 223). Und sie ergeben sich zum anderen daraus, dass sich der Gesetzgeber zwar an einem aus gesammelten Erfahrungen gewonnenen Gesamtbild orientieren und, insbesondere aus Praktikabilitätsabwägungen heraus, auch zu gewissen Vergrößerungen greifen darf, dabei aber stets das Verhältnismäßigkeitsprinzip zu beachten hat; letzterer Gesichtspunkt begegnet regelmäßig in der Forderung nach einem „rechten Verhältnis“ zwischen den Vorteilen einer Typisierung und

den damit verursachten (rechtlichen) Nachteilen (näher zum Ganzen *Steenken*, a. a. O., S. 13 ff.; *Pahlke/König-Pahlke*, Abgabenordnung, 2. Aufl., 2009, § 3 Rn. 66 ff.). Was speziell die nach diesen Maßstäben entwickelte Beurteilung von gesetzlichen Typisierungen im Steuerrecht betrifft, so verbieten sich zwar vorschnelle Parallelen, da dort die Rechtfertigung von möglichen Ungleichbehandlungen zwischen einzelnen Steuerpflichtigen, also ein Problem des Art. 3 Abs. 1 GG im Vordergrund steht, während es mit Blick auf die hier in Rede stehende Problematik von Pauschalierungen im Bereich der Betriebsverfassung allein um die Frage geht, ob und inwieweit Pauschalvereinbarungen eine „Unterspülung“ des betriebsverfassungsrechtlichen Ehrenamtsprinzips besorgen lassen. Doch drängt sich angesichts der skizzierten rechtlichen Maßstäbe die Frage geradezu auf, ob nicht auch für die Beurteilung von Pauschalvereinbarungen im Betriebsverfassungsrecht einerseits das Verbot einer Fixierung „realitätsfremder Grenzen“ und andererseits das Gebot der Beachtung eines „rechten Verhältnisses“ von Vorteilen und Nachteilen die maßgeblichen Kriterien sein sollten. Hierauf wird sogleich zurückzukommen sein (unter cc).

#### **bb) Pauschalierungen in anderen rechtlichen Zusammenhängen**

Abgesehen vom Steuerrecht, von dem soeben die Rede war, gibt es Pauschalierungen auch in vielen anderen rechtlichen Zusammenhängen. Im Arbeitsrecht begegnet sie etwa in Gestalt von Pauschalierungsvereinbarungen zur Überstundenvergütung. Deren rechtliche Beurteilung – insbesondere an den Maßstäben von AGB-Kontrolle und § 138 BGB – verspricht im vorliegenden Zusammenhang indes keinen direkten Ertrag, da es dort um den Schutz der Interessen der an der Abmachung Beteiligten selbst geht, wohingegen mit Blick auf die Betriebsratsvergütung die Wahrung der Unabhängigkeit des Betriebsrats und damit letztlich der Schutz von Drittinteressen (Interessen der Belegschaft) bei der rechtlichen Beurteilung leitend sein müssen. Immerhin ist der Umstand, dass in einem Betrieb auch anderweitig pauschalierte Mehrarbeitsvergütungen praktiziert werden, ein Indiz dafür, dass eine entsprechende Regelung gegenüber

Betriebsräten keine Begünstigung dieser Arbeitnehmer i. S. d. § 78 S. 2 BetrVG darstellt. Dies muss gerade auch dann gelten, wenn tarifvertragliche Regelungen die Möglichkeit einer pauschalen Abgeltung von Mehrarbeit ausdrücklich vorsehen (vgl. insoweit § 7 Nr. 5 S. 1 des Manteltarifvertrags zwischen dem Verband der Metall- und Elektro-Unternehmen Hessen e. V. Frankfurt am Main und der Industriegewerkschaft Metall Bezirksleitung Frankfurt v. 22. 7. 2005: „Eine monatliche pauschale Abgeltung von Mehrarbeit für Beschäftigte kann in besonderen Fällen vereinbart werden, die Pauschale hat der durchschnittlichen Mehrarbeitsleistung zu entsprechen und ist bei der Entgeltabrechnung gesondert auszuweisen.“).

Bemerkenswert ist im vorliegenden Zusammenhang auch die Regelung der Vergütung von Betreuern wie sie sich seit Inkrafttreten des Gesetzes über die Vergütung von Vormündern und Betreuern (Vormünder- und Betreuervergütungsgesetz – VBVG) im Jahre 2009 ergibt. Vor Inkrafttreten des Gesetzes richtete sich die Vergütung des Berufsbetreuers nach dem tatsächlich für die Führung der konkreten Betreuung aufgewendeten erforderlichen Zeitaufwand, der mit einem bestimmten Stundensatz zu multiplizieren war. Auch der nach § 1835 BGB zu leistende Aufwandsersatz war nicht pauschaliert. Das VBVG hat diese Rechtslage geändert. Die Höhe der Vergütung des Berufsbetreuers hängt danach nämlich nicht mehr vom zeitlichen Aufwand für die Führung der konkreten Betreuung ab. Vielmehr hat der Gesetzgeber ein System der Pauschalierung der Vergütung des Berufsbetreuers eingeführt. Der dem Betreuer zu vergütende Zeitaufwand wird dabei mit den in § 5 Abs. 1 u. 2 genannten Pauschalen angesetzt. Diese Pauschalen stehen von Beginn des Betreuungsverfahrens an fest und sind vom tatsächlichen Aufwand im konkreten Fall unabhängig. Nach Ansicht des Gesetzgebers soll sich die Angemessenheit der Vergütung für die Berufsbetreuer aus einer Mischkalkulation zwischen aufwändigen Fällen, die einen größeren Zeitaufwand als die Pauschale erfordern, und weniger aufwändigen Fällen innerhalb der Fallgruppen ergeben (so OLG Karlsruhe 1. 3. 2007, NJW-RR 2007, 1084). Dabei war es das erklärte Ziel der Neuregelung, eine „einfache, streitvermeidende“ und gerechte Regelung zu

treffen, die es Betreuern und Gerichten ermöglicht, sich weniger als in der Vergangenheit der Beantwortung der häufig recht komplexen Abrechnungsfragen zu widmen (MünchKomm-Fröschle, 5. Aufl., 2008, § 4 VBVG Rn. 1). Zwar war die Verfassungsmäßigkeit der Neuregelung von Anfang an umstritten. Das BVerfG hat indes eine hierauf gestützte Vorlage nach Art. 100 GG nicht zur Entscheidung angenommen (näher hierzu MünchKomm-Fröschle, 5. Aufl., 2008, § 5 VBVG Rn. 2). Bemerkenswert ist die Regelung des VBVG im vorliegenden Zusammenhang v. a. deshalb, weil der Gesetzgeber dabei Sorge dafür tragen musste, dass sowohl Drittinteressen (die der sog. Selbstzahler, vgl. § 5 Abs. 1 VBVG) als auch Interessen des Gemeinwohls (vor dem Hintergrund, dass für mittellose Betreute letztlich die Staatskasse aufzukommen hat) gewahrt bleiben.

Auch für die Tätigkeit ehrenamtlicher Richter bestehen Pauschalierungen. Diese sind im vorliegenden Zusammenhang sogar von besonderem Interesse. Denn das Amt des ehrenamtlichen Richters ist ebenso wie das des Betriebsrats ein Ehrenamt. Der ehrenamtliche Richter erhält für die Amtstätigkeit kein Entgelt. Stattdessen erhält er, mit Blick auf den mit der Wahrnehmung seiner richterlichen Aufgaben verbundenen Verdienstaufschlag und seinen Kostenaufwand eine Entschädigung in Geld nach dem Gesetz über die Vergütung von Sachverständigen, Dolmetscherinnen, Dolmetschern, Übersetzerinnen und Übersetzern sowie die Entschädigung von ehrenamtlichen Richterinnen, ehrenamtlichen Richtern, Zeuginnen, Zeugen und Dritten (Justizvergütungs- und -entschädigungsgesetz, JVEG) vom 5. 5. 2004. In den Fällen des Verdienstaufschlages ist somit der Ausfall konkret nachzuweisen, die Entschädigung erfolgt dann jedoch pauschal nach Stunden der Heranziehung (vgl. insoweit zuletzt etwa SG Leipzig 26. 7. 2011, BeckRS 2011, 75118). Dabei beträgt die Entschädigung für Zeitversäumnis derzeit 5 Euro je Stunde (§ 16 JVEG). Neben der Entschädigung nach § 16 JVEG wird eine zusätzliche Entschädigung gewährt, die sich nach dem regelmäßigen Bruttoverdienst einschließlich der vom Arbeitgeber zu tragenden Sozialversicherungsbeiträge richtet, jedoch höchstens 20 Euro je Stunde beträgt (§ 18 S. 1 JVEG).



Pauschalierungen begegnen, um dieses letzte Beispiel anzuführen, auch im Aktienrecht: Nach § 670 BGB analog i. V. m. korporationsrechtlichen Rechtsverhältnis ist die Erstattung derjenigen Aufwendungen zulässig, die das Aufsichtsratsmitglied nach den Umständen und unter Berücksichtigung der Gepflogenheiten des Vorstandes für erforderlich halten durfte. Zulässig ist dabei auch eine Pauschalierung des Aufwandes. Diese muss sich am typischen Aufwand des Aufsichtsratsmitglieds orientieren und darf keine versteckte Vergütung enthalten (Hambloch-Gesinn/*Gesinn-Hölter*s, Aktiengesetz, 1. Aufl., 2011, § 113 Rn. 26 m. w. Einzelheiten). Gerade der letztgenannte Gesichtspunkt macht eine Parallelbetrachtung der Rechtsstellung von Aufsichtsratsmitgliedern im vorliegenden Zusammenhang besonders interessant. Diese hat zwar ihre Grenzen, da eine Vergütung der Betriebsratsarbeit unzweifelhaft ausscheidet, wohingegen Aufsichtsratsstätigkeit durchaus „angemessen“ vergütet werden kann (§ 112 Abs. 1 S. 1 u. 2 AktG). Doch besteht auch gegenüber Aufsichtsratsmitgliedern die Notwendigkeit, eine „versteckte“ Vergütung zu vermeiden, und zwar deshalb, weil ansonsten die Kompetenz der Hauptversammlung zur Festsetzung der Vergütung (vgl. § 113 Abs. 1 S. 2 u. 4, Abs. 2 AktG) nicht gewahrt wäre.

### **cc) Pauschalierungen der Mehrarbeit von Betriebsräten**

Nach den oben getroffenen Feststellungen ist auch die Pauschalierung der Mehrarbeit von Betriebsräten als grundsätzlich zulässig zu bewerten. Lehnt man sich für die Beurteilung an die Maßstäbe an, die in anderen rechtlichen Zusammenhängen mit Blick auf Pauschalierungen entwickelt wurden, so müssen Pauschalvereinbarungen zwei Voraussetzungen genügen: Zum einen dürfen bei der Typisierung keine „realitätsfremden Grenzen“ gezogen werden. Zum anderen müssen die Vorteile der Typisierung im „rechten Verhältnis“ zu den Nachteilen stehen.

Was den ersten Prüfstein anbelangt, so wird man diesen dahin konkretisieren können, dass die von den Beteiligten hinsichtlich des Ausmaßes von Mehrarbeit

gemachten Annahmen auf belastbaren Erfahrungen beruhen und insgesamt den Anforderungen an eine zulässige Prognose genügen müssen. Gefordert wird von den Beteiligten eine „möglichst sorgfältige Schätzung“ (so LAG Köln 13. 9. 1984, DB 1995, 394), der die Beteiligten, um nur dieses ein Beispiel zu nennen, die Beobachtung zugrunde legen mögen, dass regelmäßig außerhalb der Arbeitszeit des Betriebsrats Anfragen des Arbeitgebers an den Betriebsrat gerichtet werden, in eine Verlängerung der betriebsüblichen Arbeitszeit einzuwilligen (§ 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG). Darüber ist zu fordern, dass die Beteiligten die tatsächlichen Grundlagen ihrer Einschätzung in regelmäßigen Abständen kritisch überprüfen und den Umfang ggf. den neuen Realitäten anpassen (vgl. insoweit auch schon *Rüthers*, RdA 1976, 61, 63: „Pauschalierung ... nur dann als zulässig anzusehen, wenn durch regelmäßige Überprüfungen ... die vom Betriebsverfassungsgesetz ausdrücklich verbotene Begünstigung oder Benachteiligung ausgeschlossen werden kann“).

Was dagegen den zweiten Prüfstein betrifft, so ist sogleich der möglichen Befürchtung entgegenzutreten, dass das Ehrenamtsprinzip dabei zu einem bloßen Abwägungsgesichtspunkt verkommen könnte. Die Forderung nach einem „rechten Verhältnis“ bedeutet nämlich nur, dass Pauschalierungen in dem Umfang zulässig sein müssen, in dem Einzelnachweise, abgesehen von der Zumutbarkeit für die betreffenden Arbeitnehmer, (praktisch) unmöglich und/oder die entsprechende Kontrolle dieser Nachweise durch den Arbeitgeber (wirtschaftlich) nicht mehr zumutbar ist. Genügt eine Pauschalvereinbarung diesen Anforderungen – wobei eine Parallelbetrachtung evtl. anderweitiger Pauschalregelungen im Betrieb hilfreich sein wird –, dann ist zugleich klar, dass ein Verstoß gegen das betriebsverfassungsrechtliche Begünstigungsverbot des § 78 S. 2 BetrVG nicht zu befürchten ist. Dieses soll nämlich nach dem oben Gesagten nur verhindern, dass der Arbeitgeber Betriebsratsmitgliedern für ihre Tätigkeit zusätzliche Vergütungen oder Zuwendungen gewährt (vgl. nur *Kreutz*, GK-BetrVG, § 78 Rn. 62). Davon kann indes keine Rede sein, wenn die Geldleistung die (regelmäßige) Mehrarbeit widerspiegelt und diese ihrem Umfang nach im oben beschriebenen Sinne zuverlässig ermittelt wurde. Zur

Bejahung einer Begünstigung käme man unter diesen Voraussetzungen nur dann, wenn man annehmen wollte, dass das Begünstigungsverbot des § 78 S. 2 BetrVG bereits dann eingreift, wenn die der Pauschalierung zugrunde liegende typisierende Betrachtung im Einzelfall zugunsten eines Betriebsratsmitglieds ausschlägt (so wohl in der Tat *Richardi/Thüsing*, § 40 Rn. 46 mit Blick auf pauschalen Aufwendungsersatz). Doch liefe dies auf ein Verbot jeder Typisierung hinaus, für dessen Rechtfertigung umso weniger ersichtlich ist, als das hinter dem Begünstigungsverbot stehende Interesse an der Wahrung der Unabhängigkeit des Betriebsrats eine derart weitreichende Rechtsfolge nicht tragen kann: Weshalb die Unabhängigkeit des Betriebsrats in Gefahr sein sollte, wenn die Anwendung einer bestimmten Regelung ebenso (geringe) Vorteile wie (geringe) Nachteile „produzieren“ kann, ist jedenfalls nicht nachvollziehbar (vgl. auch *Schweibert/Buse*, NZA 2007,27 1080, 1083: „Pauschale führt zwangsläufig dazu, dass mal mehr und mal weniger tatsächliche Kosten anfallen, die sich jedenfalls längerfristig gegenseitig ausgleichen“).

Werden die oben genannten Kriterien beachtet, steht somit einer Vereinbarung der Betriebsparteien über Mehrarbeit von Betriebsräten nichts entgegen. Dies entspricht auch der Bewertung von Kostenpauschalen durch Rechtsprechung und h. M. (vgl. die Nachw. bei *Weber*, GK-BetrVG, § 40 Rn. 22). So hat das BAG mit Blick auf Aufwendungen für die Durchführung des Betriebsratsamtes entschieden, dass eine Pauschalierung derartiger Aufwendungen, sofern sie regelmäßig wiederkehren, zulässig sei. Diese habe an die tatsächlichen Auslagen des Betriebsratsmitglieds „anzuknüpfen“ und dürfe keine „versteckte Lohnerhöhung“ enthalten (BAG 9. 11. 1955, AP KRG Nr. 22 Betriebsrätegesetz Art. 9 Nr. 1). Diese Maßstäbe müssen auch im vorliegenden Zusammenhang gelten.

Schließlich spricht für die Anerkennung von Vereinbarungen der Betriebsparteien über Mehrarbeit und ihre Abgeltung auch, dass es diesen, wie sogleich zu zeigen sein wird (unter II.), in weitem Umfang freisteht, über das gesetzliche Maß des § 38 Abs. 1 BetrVG hinaus, weitere Freistellungen zu vereinbaren. Wenn ihnen

nämlich dieser Weg offen steht, dann ist auch nichts dagegen einzuwenden, wenn sie (bei Wahrung der Freizeitbelange der Betriebsratsmitglieder) eine Vereinbarung über Mehrarbeit (und ihre Abgeltung) abschließen, sofern schutzwürdige Belange (etwa das Interesse des Arbeitgebers an der Betriebsratstätigkeit besonders sachkundiger Mitglieder) für eine derartige Regelung sprechen (zu undifferenziert demgegenüber LAG Köln 6. 3. 1998, BeckRS 1998 30462588).

**Ergebnis zu 1:** Vereinbarungen der Betriebsparteien über die pauschale Abgeltung von Mehrarbeit, die von Betriebsräten geleistet wird, sind zulässig, wenn diesen keine „realitätsfremden“ Annahmen zugrunde liegen und sie darüber hinaus angesichts der (praktischen) Unmöglichkeit von Einzelnachweisen und/oder der (wirtschaftlichen) Unzumutbarkeit entsprechender Kontrollen durch den Arbeitgeber verhältnismäßig sind. Zu berücksichtigen ist dabei auch, dass Vereinbarungen über die pauschale Abgeltung von Mehrarbeit weit verbreitet sind, von den Beteiligten in vielen Fällen als notwendig erachtet werden und allgemein als grundsätzlich zulässig gelten.

## II. Zulässigkeit von weiteren Freistellungen von Betriebsratsmitglieder über das gesetzliche Maß hinaus

Nach § 38 Abs. 1 BetrVG ist eine gewisse Zahl von Betriebsratsmitgliedern von ihrer beruflichen Tätigkeit freizustellen, um diesen Betriebsratsmitgliedern die Möglichkeit zu geben, sich ganz der Betriebsratsarbeit widmen zu können. Dabei enthält § 38 Abs. 1 BetrVG eine sog. Freistellungsstaffel: Für Betriebe mit in der Regel 200 und mehr Arbeitnehmern ist eine Mindestzahl der Freistellungen bestimmt, die von der Zahl der jeweils regelmäßig im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer abhängig ist (Abs. 1 S. 1 und 2). Das Gesetz geht hierbei davon aus, dass Freistellungen bis zu der in der Staffel festgelegten Zahl zur ordnungsgemäßen Erledigung der Betriebsratsarbeit erforderlich sind (vgl. nur Richardi/*Thüsing*, § 38 BetrVG Rn. 7). Mit dieser Regelung sollte insbesondere auch dem Umstand Rechnung getragen werden, dass die Aufgaben des Betriebsrats in Betrieben von einer bestimmten Größe so umfassend und zeitraubend sind, dass sie ohne Freistellung einzelner Betriebsratsmitglieder nicht ordnungsgemäß erledigt werden können (so *Weber*, GK-BetrVG, § 38 Rn. 1).

Schon aus dem Wortlaut des § 38 Abs. 1 S. 1 BetrVG („mindestens“) ergibt sich, dass es sich bei der Zahl der Betriebsratsmitglieder aus Betrieben, die unter die Freistellungsstaffel fallen, um eine *Mindestzahl* handelt (näher BAG 22. 5. 1973 AP BetrVG 1972 § 38 Nr. 2 u. III. 4.: „Nach dem allgemeinen Sprachgebrauch bedeutet das Wort mindestens eine untere Grenze, die aber nicht zugleich eine obere Grenze ist“). § 38 Abs. 1 S. 1 BetrVG sieht mit anderen Worten im Anwendungsbereich der Freistellungsstaffel nicht mehr als ein gesetzliches Minimum freizustellender Betriebsratsmitglieder vor (vgl. insbes. BAG 22. 5. 1973, AP BetrVG 1972 § 38 Nr. 2; auch BAG 26. 6. 1996, AP BetrVG § 38 Nr. 17: „Mindeststaffel“; aus der Lit. Richardi/*Thüsing*, § 38 BetrVG Rn. 16; *Weber*, GK-BetrVG, § 38 Rn. 17 jew. m. w. N.). Die gesetzliche Staffel kann somit den

betrieblichen Besonderheiten angepasst werden (so ausdrücklich BAG 22. 5. 1973, AP BetrVG 1972 § 38 Nr. 2 u. III. 4.).

Vor diesem Hintergrund ergeben sich für die Problematik von Freistellungen, die über die gesetzlich vorgesehene Zahl hinausgehen, drei Fragen. Zunächst stellt sich die Frage, ob der Betriebsrat ggf. als befugt angesehen werden kann, ohne Nachweis der Erforderlichkeit, über die in § 38 Abs. 1 BetrVG 1972 enthaltenen Mindestzahlen hinaus, zusätzliche Freistellungen zu beschließen (1.). Verneint man dies, stellt sich die Frage nach den Voraussetzungen, unter denen der Betriebsrat vom Arbeitgeber zusätzliche Freistellungen verlangen kann (2.). Zu fragen ist schließlich, unter welchen Voraussetzungen Arbeitgeber und Betriebsrat Vereinbarungen über zusätzliche Freistellungen treffen können und welchen Schranken derartige Vereinbarungen begegnen (3.). Ausgeklammert bleiben soll hier die Frage, ob und in welchem Umfang der Arbeitgeber dem Betriebsrat freiwillig zusätzliche Freistellungen gewähren kann (bejahend ArbG Köln 21. 2. 2008 – 1 BV 166/07 – juris).

### **1. Befugnis des Betriebsrat**

Die Frage, ob der Betriebsrat nach § 38 Abs. 2 S. 1 BetrVG berechtigt ist, ohne Nachweis der Erforderlichkeit über die im Gesetz genannten Mindestzahlen hinaus zusätzliche Freistellungen zu beschließen, war im Schrifttum lange Zeit lebhaft umstritten (vgl. die Nachw. in BAG 22. 5. 1973, AP BetrVG 1972 § 38 Nr. 2 u. III. 2.).

Das BAG hat indes im Jahre 1973 entschieden, dass die Vorschrift den Betriebsrat nicht berechtigt, ohne Zustimmung des Arbeitgebers über die in § 38 Abs. 1 BetrVG vorgegebenen Zahlen hinaus zusätzlich weitere Betriebsratsmitglieder von ihrer beruflichen Tätigkeit freizustellen (BAG 22. 5. 1973, AP BetrVG 1972 § 38 Nr. 2). Zur Begründung führt das Gericht an, dass § 38 Abs. 2 S. 1 BetrVG „nur die Auswahl der freizustellenden Betriebsratsmitglieder ihrer Person nach“ regeln wolle, nicht aber den Betriebsrat darüber hinaus ermächtige, „einseitig,

ohne Zustimmung des Arbeitgebers, über die in § 38 Abs. 1 festgesetzten Mindestzahlen hinauszugehen und zusätzlich weitere Betriebsratsmitglieder freizustellen (ausdrücklich zustimmend etwa *Richardi*, Anm. zu BAG 22. 5. 1973, AP BetrVG 1972 § 38 Nr. 1 u. 2). Wenn der Gesetzgeber gewollt hätte, dass „eine Stelle, der Betriebsrat oder im Streitfall die Einigungsstelle, die in § 38 Abs. 1 BetrVG festgesetzte Mindestzahl ohne nähere Begründung erhöhen könnte, dann hätte ein solcher Wille eindeutig und unmissverständlich zum Ausdruck kommen müssen“. Auch hätte es nach Auffassung des BAG der in der gesetzlichen Staffel enthaltenen pauschalisierten Regelung nicht bedurft, wenn der Gesetzgeber dem Betriebsrat ein derartiges Recht hätte einräumen wollen (BAG 22. 5. 1973, AP BetrVG 1972 § 38 Nr. 2 u. III. 3.; näher zum Ganzen *Weber*, GK-BetrVG, § 38 Rn. 18 m. w. N.).

## **2. Anspruch des Betriebsrats auf zusätzliche Freistellungen**

Damit tritt die Frage in den Vordergrund, unter welchen Voraussetzungen der Betriebsrat vom Arbeitgeber zusätzliche Freistellungen verlangen kann. Dem Wortlaut des § 38 BetrVG ist nicht zu entnehmen, unter welchen Voraussetzungen der Betriebsrat einen Anspruch gegen den Arbeitgeber auf zusätzliche, also über die gesetzliche Zahl hinausgehende Freistellungen von Betriebsratsmitgliedern hat.

Nach der Rechtsprechung des BAG ist ein Anspruch auf zusätzliche Freistellungen gegeben, wenn und soweit die Freistellung weiterer Betriebsratsmitglieder zur ordnungsgemäßen Wahrnehmung der dem Betriebsrat obliegenden Aufgaben erforderlich ist (vgl. die Nachw. bei *Richardi/Thüsing*, § 38 BetrVG Rn. 16 u. *Weber*, GK-BetrVG, § 38 Rn. 21). Begründet wird dies vom Gericht damit, dass § 38 Abs. 1 BetrVG gegenüber § 37 Abs. 2 BetrVG „eine auf diesem Grundtatbestand aufbauende Sonderregelung (enthalte)“. Dieser für die Freistellung von Betriebsratsmitgliedern nach § 37 Abs. 2 BetrVG maßgebende Grundsatz gilt dabei nach Auffassung des BAG auch für die zusätzliche

Freistellung von Betriebsratsmitgliedern über die Mindeststaffel des § 38 Abs. 1 BetrVG hinaus (BAG 22. 5. 1973, AP BetrVG 1972 § 38 Nr. 2 u. III. 5.). Dementsprechend wird in der Literatur verbreitet § 37 Abs. 2 BetrVG (in unmittelbarer oder analoger Anwendung) als Rechtsgrundlage für einen Anspruch des Betriebsrats auf zusätzliche Freistellungen angesehen (vgl. nur *Weber*, GK-BetrVG, § 38 Rn. 19, der selbst für eine unmittelbare Anwendung des § 37 Abs. 2 BetrVG eintritt). Jedenfalls seien aber § 37 Abs. 2 BetrVG die Maßstäbe zu entnehmen, nach denen zu beurteilen sei, ob die in der Staffel festgelegte Mindestzahl ausreiche (so *Richardi/Thüsing*, § 38 BetrVG Rn. 16 im Anschluss an *Richardi*, Anm. zu AP BetrVG 1972, § 38 Nr. 1 und 2).

Den zentralen Maßstab für die Beantwortung der Frage, ob und inwieweit zusätzliche Freistellungen zu gewähren sind, bildet somit das in § 37 Abs. 2 BetrVG enthaltene Merkmal der „Erforderlichkeit“ (näher *Weber*, GK-BetrVG, § 38 Rn. 21). Ob die Freistellung weiterer Betriebsratsmitglieder in diesem Sinne „erforderlich“ ist, ist eine Rechtsfrage. Der Betriebsrat hat daher die Möglichkeit, eine Entscheidung des Arbeitsgerichts im Beschlussverfahren herbeizuführen, falls der Arbeitgeber die Erforderlichkeit weiterer Freistellungen bestreitet (so ausdrücklich BAG 22. 5. 1973, AP BetrVG 1972 § 38 Nr. 2 u. III. 5.; vgl. auch die Nachw. bei *Richardi/Thüsing*, § 38 BetrVG Rn. 17 u. *Weber*, GK-BetrVG, § 38 Rn. 22).

### **3. Vereinbarungsbefugnis der Betriebsparteien**

Damit bleibt die Frage, ob und in welchem Umfang Arbeitgeber und Betriebsrat Vereinbarungen über zusätzliche Freistellungen treffen können.

#### **a) Grundsätzliches Bestehen einer Vereinbarungsbefugnis**



Den Ausgangspunkt für die Beantwortung dieser Frage bildet § 38 Abs. 1 S. 5 BetrVG, wonach „(durch Tarifvertrag oder) Betriebsvereinbarung (...) anderweitige Regelungen über die Freistellung vereinbart werden (können)“.

Nach Auffassung des BAG ist dies so zu verstehen, dass durch (Tarifvertrag oder) Betriebsvereinbarung (die Möglichkeit zur Regelung durch Regelungsabrede bejaht LAG Köln 7. 10. 2011, BeckRS 2011, 77904) die Mindestzahl der Freistellungen erhöht, aber auch verringert werden kann, da das Gesetz generell „anderweitige Regelungen“ über die Freistellung zulasse (BAG 11. 6. 1997, AP BetrVG 1972 Nr. 22; zustimmend die h. M.; vgl. nur Richardi/*Thüsing*, § 38 BetrVG Rn. 21 *Weber*, GK-BetrVG, § 38 Rn. 32 jew. m. w. N.). Nach a. A. sind aufgrund der Regelung in § 38 Abs. 1 S. 5 BetrVG von vornherein nur Erhöhungen der Zahl der freizustellenden Mitglieder zulässig (so insbes. DKK-*Wedde*, § 38 BetrVG Rn. 26).

#### **b) Grenzen der Vereinbarungsbefugnis**

Angesichts des klaren Wortlauts des § 38 Abs. 1 S. 5 BetrVG stellt sich mit Blick auf die Befugnis der Betriebsparteien zur Vereinbarung zusätzlicher Freistellungen nur noch die Frage, welchen Grenzen derartige Vereinbarungen begegnen.

Der Wortlaut des § 38 Abs. 1 S. 5 BetrVG selbst gibt keine Hinweise auf Schranken der Vereinbarungsbefugnis der Betriebsparteien. Grenzen dieser Vereinbarungsbefugnis könnten sich aber möglicherweise aus (ungeschriebenen) spezifischen Schranken ergeben. In der Tat gibt es vereinzelt Stimmen in der Literatur, die vom Bestehen derartiger Beschränkungen ausgehen. So meint etwa *Thüsing*, dass die Betriebsparteien sowohl bei einer Verringerung der Zahl der Freistellungen als auch bei einer Erhöhung der Zahl der Freistellungen die „Arbeitsfähigkeit des Betriebsrats vor Augen haben“ müssten. „Pauschale Freistellungen weit über dem gesetzlich als angemessen fixierten Bedarf“

könnten als „Indiz einer unzulässigen Begünstigung von Betriebsräten“ zu werten sein (Richardi/*Thüsing*, § 38 BetrVG Rn. 21).

### **aa) „Erforderlichkeit“ der Freistellung**

Bei der Beantwortung der Frage nach Schranken der Vereinbarungsbefugnis der Betriebsparteien bei Regelungen über zusätzliche Freistellungen von Betriebsratsmitgliedern sollte den Ausgangspunkt der Überlegungen die Erkenntnis bilden, dass nur eine solche Auslegung des § 38 Abs. 1 S. 5 BetrVG ernstlich in Betracht kommen kann, die der Vorschrift einen sinnvollen Anwendungsbereich sichert. Damit müsste ein Verständnis der Norm ausscheiden, wonach die Betriebsparteien zusätzliche Freistellungen nur im Rahmen des nach dem „Grundtatbestand“ (BAG 22. 5. 1973, AP BetrVG 1972 § 38 Nr. 2) des § 37 Abs. 2 BetrVG „Erforderlichen“ vereinbaren könnten (in diese Richtung aber wohl Richardi/*Thüsing*, § 78 BetrVG Rn. 32). Denn auf zusätzliche Freistellungen hat der Betriebsrat nach § 37 Abs. 2 BetrVG (bzw. nach der in dieser Vorschrift enthaltenen gesetzlichen Wertung) ohnehin ein Recht, soweit diese „erforderlich“ sind. Von einer Begrenzung der Vereinbarungsbefugnis der Betriebsparteien durch das Merkmal der „Erforderlichkeit“ auszugehen und den Betriebsparteien dementsprechend nur den schlichten „Nachvollzug“ dieses Merkmals zu erlauben, liefe daher auf die Annahme hinaus, der Gesetzgeber habe in § 38 Abs. 1 S. 5 BetrVG nicht mehr sagen wollen, als dass die Betriebsparteien im Umfang dessen, was der Betriebsrat ohnehin beanspruchen könne, auch beiderseitige Vereinbarungen treffen könnten. Ein derartiges Verständnis der Regelung wäre, was keiner weiteren Erläuterung bedarf, sinnwidrig.

In Betracht kommt daher nur ein Verständnis der Norm, die es den Betriebsparteien ermöglicht, die Zahl von Freistellungen über das nach dem Gesetz gebotene Maß, also über das i. S. d. § 37 Abs. 2 BetrVG „Erforderliche“ hinaus, zu erweitern. Geht man hiervon einmal aus, dann drängt sich geradezu auf, dass § 38 Abs. 1 S. 5 BetrVG im Sinne einer Eröffnung zusätzlicher Regelungsspielräume ausgelegt werden muss. Dabei zeigt sich zugleich, dass sich ein Verständnis der Vorschrift in diesem Sinn in die gesetzliche Systematik der §§ 37 u. 38 BetrVG in überzeugender Weise einfügt: Während es im Zusammenhang

mit § 37 Abs. 2 BetrVG darum geht, dem Betriebsrat einen Anspruch gegen den Arbeitgeber auf zusätzliche Freistellungen einzuräumen, wenn er darlegen kann, aus welchen Gründen eine zusätzliche Freistellung zur ordnungsgemäßen Durchführung der Aufgaben des Betriebsrats erforderlich ist (vgl. die Nachw. bei Weber, GK-BetrVG, § 38 Rn. 22), geht es im Zusammenhang mit § 38 Abs. 1 S. 5 BetrVG darum, zusätzliche Freistellungen von Betriebsratsmitgliedern entweder in das *Ermessen* der Betriebsparteien zu legen oder ihnen insoweit jedenfalls bezüglich der „Erforderlichkeit“ zusätzlicher Freistellungen einen eigenen *Beurteilungsspielraum* (zu unterscheiden vom Beurteilungsspielraum des Tatsachenrichters bei der Prüfung der Frage der Erforderlichkeit zusätzlicher Freistellungen; dazu BAG 9. 10. 1973, AP BetrVG 1972, § 38 Nr. 3) einzuräumen, bei dessen Ausfüllung durch die Betriebsparteien ein von den Gerichten nicht weiter überprüfbarer Freiraum eigener Wertung und Entscheidung, also eine Einschätzungsprärogative, verbleibt. Auf die Unterscheidung von Ermessen und unbestimmtem Rechtsbegriff mit Beurteilungsspielraum soll an dieser Stelle nicht näher eingegangen werden (vgl. statt aller *Voßkuhle*, JuS 2008, 117). Dies dürfte sich indes auch erübrigen, weil selbst bei der Annahme, dass den Betriebsparteien in § 38 Abs. 1 S. 5 BetrVG „nur“ ein Beurteilungsspielraum in diesem Sinne eingeräumt wird, beachtliche Regelungsfreiräume bleiben. Gerichtlich nachprüfbar ist die Ausfüllung derartiger Beurteilungsspielräume nämlich nach allgemeinen Regeln, abgesehen von Rechtsverstößen, nur darauf, ob die Beteiligten von einem unrichtigen Sachverhalt ausgegangen sind, gegen allgemeine Bewertungsgrundsätze verstoßen haben, sich von sachfremden Erwägungen haben leiten lassen oder sonst willkürlich gehandelt haben (vgl. etwa – für Ermessensleistungen der Sozialverwaltung – *Mrozynski-Mrozynski*, SGB I, 4. Aufl. 2010, § 39 Rn. 2 ff.) Unter Zugrundelegung dieser Schranken käme den Betriebsparteien somit eine beachtliche Einschätzungsprärogative hinsichtlich der „Erforderlichkeit“ zusätzlicher Freistellungen zu.

### **bb) Bindung an die Freistellungsstaffel des § 38 Abs. 1 BetrVG**

In der Literatur wird, wie oben bereits angesprochen, gelegentlich die Auffassung vertreten, die Betriebsparteien seien bei ihren Regelungen in gewisser Weise an die Freistellungsstaffel des § 38 Abs. 1 BetrVG gebunden. Zwar lege das Gesetz „keine Obergrenze der zulässigen Freistellungen fest“; doch ergebe sich eine solche „mittelbar“ daraus, „dass die Festlegung einer Freistellungsstaffel nicht sinnvoll ist, wenn sie im Regelfall überschritten werden kann“ (so Richardi/*Thüsing*, § 38 BetrVG Rn. 17 im Zusammenhang mit einer evtl. Verpflichtung des Arbeitgebers zur zusätzlichen Freistellung weiterer Betriebsratsmitglieder).

Diese Auffassung verdient insoweit Zustimmung, als die Annahme, dass die Betriebsparteien im Einzelfall mit ihrer Vereinbarung die Grenzen ihres Beurteilungsspielraums überschreiten, umso näher liegt, je weiter sie sich dabei von den gesetzlichen Mindestzahlen entfernt haben (vgl. insoweit etwa auch LAG Rheinland-Pfalz 19. 12. 2003, BeckRS 2004, 40437: Keine zusätzliche Freistellung bei „deutlicher Unterschreitung“ der gesetzlichen Staffelungsgröße des § 38 Abs. 1 BetrVG). Weiter sollte man indes nicht gehen. Denn Vereinbarungen der Betriebsparteien über die zusätzliche Freistellung von Betriebsratsmitgliedern dürften, rein praktisch gesehen, von vornherein den Charakter einer krassen Ausnahme haben und dementsprechend alles andere als den „Regelfall“ darstellen, der die Gefahr begründen könnte, die vom Gesetzgeber in § 38 Abs. 1 BetrVG getroffene Regelung könnte „im Regelfall überschritten“ und somit gewissermaßen obsolet werden. Dementsprechend stellt die vom Gesetzgeber fixierte Freistellungsstaffel auch nicht mehr als eine Typisierung dar, von deren Ergebnissen die Betriebsparteien abweichen können, wenn sie bei einer Gesamtschau auf die für die Zahl von Freistellungen maßgeblichen Kriterien zu einer anderen Einschätzung kommen als der Gesetzgeber. Gegen eine künstliche Verengung des den Betriebsparteien zukommenden Beurteilungsspielraums spricht dabei zusätzlich der Umstand, dass der Gesetzgeber der Freistellungsstaffel nur ein einziges Kriterium, nämlich das der

Belegschaftsstärke, zugrunde gelegt hat. Zwar ist die Bedeutung der Belegschaftsstärke im vorliegenden Zusammenhang gar nicht zu bestreiten. Doch handelt es sich ersichtlich nicht um das einzige Kriterium. So wird die Zahl der freizustellenden Betriebsratsmitglieder beispielsweise auch davon abhängen können, wie sich die Belegschaft zusammensetzt oder welche Entfernungen zwischen den Arbeitsplätzen und Betriebsbereichen bestehen (vgl. hierzu etwa LAG Düsseldorf 29. 6. 1988, AuR 1989, 186: Betrieb von ca. 50 wechselnden Baustellen durch ein Bauunternehmen mit 550 Arbeitnehmern; ArbG Frankfurt a. M. 4. 1. 1990, AiB 1990, 256: Besonderheiten der betrieblichen Organisation; zum Ganzen auch DKK-Wedde § 38 BetrVG Rn. 25). Auch können bestimmte Gegebenheiten eine gesteigerte „Mitbestimmungsintensität“ bedingen, der die Beteiligten durch die zusätzliche Freistellung von Betriebsratsmitgliedern Rechnung tragen wollen. Dies mögen betriebliche Gegebenheiten sein. Doch kommen insoweit auch unternehmensspezifische Gegebenheiten in Betracht. So dürfte o. W. klar sein, dass es erhebliche Auswirkungen auf die „Mitbestimmungsintensität“ hat, wenn sich ein Unternehmen dauerhaft in einer wirtschaftlichen Krisensituation befindet und sich dementsprechend z. B. immer wieder die Frage nach „Opfern“ der Belegschaft stellt. Da sich die letztgenannten Kriterien indes der Einschätzung des Gesetzgebers, insbesondere aber einer notwendigerweise abstrakten Typisierung, entziehen, ist es auch von der Sache her mehr als naheliegend, ihre Berücksichtigung sicherzustellen, indem man den Betriebsparteien entsprechende Regelungsmöglichkeiten eröffnet (vgl. insoweit auch *Gillen/Vahle*, BB 2006, 2749, 2754, wonach für die Anzahl der erlaubten Freistellungen ein „anderer Anknüpfungspunkt als die Belegschaftsstärke“ gewählt werden kann) . Eine „mittelbare“ Bindung der Betriebsparteien an die gesetzliche Freistellungsstaffel des § 38 Abs. 1 BetrVG kommt somit nicht in Betracht.

### **cc) Verbot der Begünstigung von Betriebsratsmitgliedern**

Nach alldem bleibt die Frage, ob sich zusätzliche Schranken der Vereinbarungsbefugnis der Betriebsparteien unter dem Gesichtspunkt des

Verbots der Begünstigung von Betriebsratsmitgliedern, also aus § 78 S. 2 BetrVG, ergeben.

Dies ist zu verneinen. Zwar wird verbreitet angenommen, in einer zusätzlichen Freistellung könne gegenüber ihrem Adressaten unter dem Gesichtspunkt des Erlasses von Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis eine Begünstigung i. S. d. § 78 S. 2 BetrVG liegen (so etwa Richardi/*Thüsing*, § 78 BetrVG Rn. 32: „Freistellungen zur Betriebsratstätigkeit, die erheblich über das gesetzliche Maß hinausgehen, können daher – selbst wenn sie durch Betriebsvereinbarung oder ggf. auch durch einen Tarifvertrag legitimiert sind – eine unzulässige Begünstigung darstellen“; die „Einigung mit dem Arbeitgeber“ entbinde nicht vom Nachweis der Notwendigkeit“, ähnlich *Kreutz*, GK-BetrVG § 78 Rn. 66 m. w. N.). Auch ließe sich evtl. argumentieren, dass in der zusätzlichen Freistellung von Betriebsratsmitgliedern eine Begünstigung aller Betriebsratsmitglieder liege, die nach § 38 Abs. 1 BetrVG bzw. § 37 Abs. 2 BetrVG „an sich“ nur freizustellen wären. Indes zeigt sich rasch, dass auch mit der letztgenannten Überlegung vorliegend nicht weiterzukommen ist und zwar selbst dann nicht, wenn man in der zusätzlichen Freistellung eine „Erleichterung“ der Betriebsratsarbeit sieht und diese für das Vorliegen einer „Begünstigung“ genügen lässt. Denn eine zusätzliche Freistellung von Betriebsratsmitgliedern aufgrund einer Vereinbarung der Betriebsparteien muss sich nach dem oben Gesagten innerhalb des den Beteiligten eingeräumten Beurteilungsspielraums bewegen, also an Besonderheiten der Belegschaft und/oder des Betriebs „rückgekoppelt“ sein. Ist diese Voraussetzung aber erfüllt, dann ist es von vornherein ausgeschlossen, darin eine Begünstigung der Betriebsratsmitglieder zu erblicken, dass die Betriebsparteien den freigestellten Betriebsratsmitgliedern die Erfüllung ihrer Arbeitspflicht „erlassen“ und die betriebsverfassungsrechtlichen Aufgaben, über das vom Gesetz geforderte Maß, „auf mehrere Schultern verteilen“. Eine eigenständige Bedeutung als Schranke der Vereinbarungsbefugnis der Betriebsparteien kommt dem Begünstigungsverbot des § 78 S. 2 BetrVG somit im vorliegenden Zusammenhang nicht zu.

**Ergebnis zu 2:** Vereinbarungen der Betriebsparteien über zusätzliche Freistellungen sind grundsätzlich zulässig und gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbar.

### **III. Zusammenfassung**

Verständigen sich Arbeitgeber und Betriebsrat über eine aus ihrer Sicht in gewissem Umfang erforderliche Mehrarbeit von Betriebsratsmitgliedern, so ist dies nur in eingeschränktem Umfang gerichtlich überprüfbar. Auch darf ein freigestelltes Betriebsratsmitglied grundsätzlich nicht auf einen (vorrangigen) Freizeitausgleich verwiesen werden. Vereinbarungen der Betriebsparteien über die pauschale Abgeltung von Mehrarbeit, die von Betriebsräten geleistet wird, sind zulässig, wenn die zugrunde liegenden Annahmen nicht „realitätsfremd“ sind und die Pauschalierung lediglich der (praktischen) Unmöglichkeit von Einzelnachweisen und/oder der (wirtschaftlichen) Unzumutbarkeit entsprechender Kontrollen durch den Arbeitgeber Rechnung tragen soll.

Vereinbarungen der Betriebsparteien über zusätzliche Freistellungen sind grundsätzlich zulässig und gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbar. Zu den Gesichtspunkten, welche die Betriebsparteien einer einverständlichen Anhebung der Zahl freigestellter Betriebsratsmitglieder zugrunde legen mögen, zählt dabei auch eine gesteigerte „Mitbestimmungsintensität“ wie sie sich insbesondere auch bei einem in einer wirtschaftlichen „Dauerkrise“ befindlichen Unternehmen ergeben wird.