

## **Zeitkonten und Vergütung freigestellter Betriebsratsmitglieder in flexiblen Arbeitszeitmodellen**

Rechtsanwalt Dr. Andreas Schönhöft und Rechtsanwalt Nabil Oelze, LL. M.\*

Flexible Arbeitszeitregelungen bringen regelmäßig für Arbeitnehmer und Arbeitgeber große Vorteile, das heißt, sie führen zu einer win-win-Situation. Wie sieht die Anwendung solcher Systeme für freigestellte Betriebsratsmitglieder aus, damit hat sich kürzlich das BAG (NZA 2017, 335 [in diesem Heft]) auseinandergesetzt. Aus Anlass dieser Entscheidung gehen die Verfasser daher der Frage unter Darlegung der damit einhergehenden Probleme nach.

### **I. Einleitung**

Die Vereinbarung flexibler Arbeitszeitregelungen bringt sowohl für den Arbeitnehmer als auch den Arbeitgeber erhebliche Vorteile mit sich. Insbesondere aus Sicht des Arbeitgebers können Arbeitszeiten bedarfsorientiert eingesetzt,<sup>1</sup> Wirtschaftlichkeitsreserven durch die Verlängerung von Betriebslaufzeiten sowie die Vermeidung „teurer“ Überstunden ausgeschöpft und nicht zuletzt die Motivation der Mitarbeiter gesteigert werden.<sup>2</sup> In der Praxis sehen solche betrieblichen Regelungen flexibler Arbeitszeitgestaltung regelmäßig vor, dass Mehrarbeitsstunden, die über einen bestimmten Bezugszeitraum von den Mitarbeitern angesammelt wurden und nicht durch Freizeitausgleich ausgeglichen werden konnten, vom Arbeitgeber zu vergüten sind. Die Anwendung dieser Arbeitszeitmodelle auf freigestellte Betriebsratsmitglieder bringt eine Vielzahl von Problemen mit sich.<sup>3</sup> Zu nennen sind hier nur die Unentgeltlichkeit des Ehrenamts und die Tatsache, dass Arbeitgeber regelmäßig nur begrenzte Einsicht in die Tätigkeit freigestellter Betriebsratsmitglieder haben. Klar ist aber, dass freigestellte Betriebsratsmitglieder ein Anrecht an der Teilnahme eines durch Betriebsvereinbarung geregelten elektronischen Arbeitszeiterfassungssystems haben.<sup>4</sup> Somit dokumentieren auch freigestellte Betriebsräte mit dem Arbeitszeiterfassungssystem ihre Betriebsratstätigkeit. Soweit durch die Betriebsratstätigkeit positive Stundensalden dokumentiert wurden, hat das BAG<sup>5</sup> nunmehr geklärt, inwieweit diese betrieblich bedingt und gegebenenfalls nach § 37 III BetrVG ausgeglichen werden müssen. Zur Beantwortung dieser Frage sollen im Folgenden die Grundsätze für die Vergütung von „Mehrarbeit“<sup>6</sup> bei freigestellten Betriebsräten näher betrachtet und die Voraussetzungen für den Ausgleich der von freigestellten Betriebsräten in einem Arbeitszeitenkontensystem dokumentierten Stundensalden aufgezeigt werden.

### **II. Ehrenamt und Mehrarbeit freigestellter Betriebsräte nach § 37 BetrVG**

#### **1. Grundlagen**

Mit Beschluss vom 10.7.2013 hat das BAG<sup>7</sup> entschieden, dass auch freigestellte Betriebsratsmitglieder ein Anrecht darauf haben können ihre Betriebsratstätigkeit entsprechend einer betrieblichen Regelung elektronisch zu erfassen. Das BAG begründet dies damit, dass auch freigestellten Betriebsräten ein Interesse an der zeitlichen Erfassung ihrer Tätigkeit zuzusprechen ist. Dieses Interesse bestehe, da auch freigestellte Betriebsratsmitglieder die Verpflichtung treffe während der arbeitsvertraglichen Arbeitszeit am Sitz des Betriebsrats

anwesend zu sein und sich dort für anfallende Betriebsratsarbeit bereitzuhalten. Soweit der Betriebsrat dieser Pflicht nicht im zeitlich geschuldeten Umfang nachkommt, könne dies zu Abzügen vom Arbeitsentgelt führen. Insoweit sei das Interesse an der Zeiterfassung bei freigestellten Betriebsräten das gleiche, wie bei beruflich tätigen Arbeitnehmern, die ebenfalls auf diese Weise die Erfüllung ihrer „Anwesenheitspflicht“ dokumentieren. Nach dem BAG hat der Anspruch auf Teilnahme an der Zeiterfassung richtigerweise jedoch nicht automatisch zur Folge, dass die Erbringung der Betriebsratstätigkeit eine vergütungspflichtige Arbeitsleistung darstellt.<sup>8</sup> Diese Frage ist alleine nach den gesetzlichen Regelungen des § 37 BetrVG zu bewerten. In § 37 BetrVG ist neben der allgemeinen Rechtsstellung, insbesondere auch die Frage der „Vergütung“ von Betriebsratsmitgliedern geregelt sowie die Bewertung von Betriebsratstätigkeit als Mehrarbeit. Ausgangspunkt ist nach § 37 I BetrVG die Einordnung des Betriebsratsamtes als unentgeltliches Ehrenamt. Dieser Grundsatz soll die innere Unabhängigkeit der Betriebsratsmitglieder schützen, indem vermieden wird, dass die Amtsausführung durch den Erhalt oder den drohenden Verlust von Vorteilen beeinflusst wird.<sup>9</sup> Auf diese Weise soll eine ordnungsgemäße und sachdienliche Betriebsratsarbeit gewährleistet<sup>10</sup> und das Vertrauen der Belegschaft in die Belegschaftsvertretung gestärkt werden.<sup>11</sup> Entsprechend dieser Zielsetzung darf dem Betriebsratsmitglied in keiner Weise irgendeine Vergütung in mittelbarer oder versteckter Form zufließen.<sup>12</sup> Ein Einklang besteht hier mit der Regelung des § 78 S. 2 BetrVG, wonach Mitglieder des Betriebsrats wegen ihrer Tätigkeit nicht benachteiligt, aber auch nicht begünstigt werden dürfen. Vor diesem Hintergrund ist beispielsweise auch eine pauschalierte Überstundenabgeltung für Betriebsratsmitglieder grundsätzlich unzulässig.<sup>13</sup>

Die „Vergütung“ der Betriebsratsmitglieder erfolgt nach dem so genannten Lohnausfallprinzip gem. § 37 II BetrVG, wonach die Betriebsratsmitglieder ohne Minderung des Arbeitsentgelts von ihrer beruflichen Tätigkeit freizustellen sind. Das bedeutet, dass den Betriebsräten grundsätzlich das Arbeitsentgelt zusteht, das sie nach § 611 I BGB ohne die Freistellung verdient hätten.<sup>14</sup> In der Praxis wird dieses Ziel

Schönhöft/Oelze: Zeitkonten und Vergütung freigestellter Betriebsratsmitglieder in flexiblen Arbeitszeitmodellen (NZA 2017, 284) 285 

beispielsweise dadurch erreicht, dass dem Betriebsrat Vergleichspersonen gegenübergestellt werden und die Vergütungsentwicklungen dieser Vergleichspersonen bei der Berechnung der „Vergütung“ des Betriebsrats berücksichtigt werden. Der Gleichstellungsgrundsatz beschränkt sich dabei nicht allein auf feste Vergütungsbestandteile, sondern schließt auch Sozialzulagen sowie Zuschläge für Mehr- Sonn- und Feiertagsarbeit ein.<sup>15</sup> Vor diesem Hintergrund kann eine Vergütung für „Mehrarbeit“ eines Betriebsratsmitglieds nach § 37 II BetrVG in Betracht kommen, wenn feststeht, dass diese Mehrarbeit auch ohne die Freistellung in gleichem Umfang angefallen wäre.<sup>16</sup> Dies ist der Fall, wenn die „Mehrarbeit“ dauerhaft im Betrieb von allen vergleichbaren Mitarbeitern erbracht wird und sich damit als Teil der regulären Arbeitszeit darstellt.

## 2. Ausgleich für Zeiten außerhalb der Arbeitszeit nach § 37 III BetrVG

Soweit keine regelmäßige „Mehrarbeit“ nach § 37 II BetrVG anzunehmen ist, enthält § 37 III BetrVG eine spezielle Regelung dazu ob bzw. wie Betriebsratstätigkeit, die außerhalb der regulären Arbeitszeit erbracht wird, auszugleichen ist. Diese Vorschrift ist als wesentlicher Teil

des gesetzlichen Ehrenamtsprinzips zwingend und kann weder durch einen Tarifvertrag noch durch eine Betriebsvereinbarung abgeändert werden.<sup>17</sup>

### a) Betriebsratstätigkeit

Betriebsratstätigkeit liegt grundsätzlich vor, wenn es sich um die Erfüllung von Aufgaben handelt, die dem Betriebsrat bzw. dessen Mitgliedern kraft Gesetz, Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarung zugewiesen sind, oder mit der Erfüllung dieser Aufgaben in unmittelbarem Zusammenhang stehen und vom Betriebsratsmitglied als erforderlich zu bewerten sind.<sup>18</sup> Nach den allgemeinen Beweislastregeln wäre es dabei Aufgabe des Betriebsrats darzulegen, welche Betriebsratstätigkeit erbracht wurde bzw. warum es sich konkret um Betriebsratstätigkeit handelt und dass diese erforderlich war. §§ 37 II, III BetrVG stellt insoweit klar, dass die Betriebsratstätigkeit grundsätzlich während der Arbeitszeit durchzuführen ist.<sup>19</sup> Hier trifft auch den Arbeitgeber aufgrund des Gebots zur vertrauensvollen Zusammenarbeit die Pflicht, durch organisierte Maßnahmen dafür Sorge zu tragen, dass die Ausübung der Betriebsratstätigkeit möglich ist.<sup>20</sup> Schwierigkeiten bereitet in der Praxis regelmäßig für den Arbeitgeber schon die Frage nach der Erforderlichkeit der Betriebsratstätigkeit. Die Tätigkeit ist laut dem BAG iSd § 37 II BetrVG zumindest für nichtfreigestellte Betriebsratsmitglieder immer dann als erforderlich anzusehen, wenn das Betriebsratsmitglied bei gewissenhafter Überlegung und bei ruhiger, vernünftiger Würdigung aller Umstände, die Arbeitsversäumnis für notwendig erachten durfte, um den sich stellenden Aufgaben gerecht zu werden.<sup>21</sup> Hierbei ist die Entscheidung des Betriebsratsmitglieds allerdings nicht alleine an den subjektiven Maßstäben zu messen, sondern es muss eine Abwägung zwischen den betrieblichen Interessen und denen des Betriebsrats und der Belegschaft erfolgen.<sup>22</sup> Selbst eine Beschlussfassung des Betriebsratsgremiums darüber, dass ein bestimmtes Mitglied eine Aufgabe wahrnehmen soll, entbindet das betreffende Betriebsratsmitglied nicht davon, bezüglich der Erforderlichkeit eine selbstständige Prüfung vorzunehmen. Für den Fall, dass das Betriebsratsmitglied tatsächlich über die Erforderlichkeit irrt, muss im Nachgang geprüft werden, ob bei verständiger Würdigung des Einzelfalls erkennbar war, dass es sich bei den durchgeführten Tätigkeiten nicht mehr um die Wahrnehmung gesetzlicher Aufgaben handelt.<sup>23</sup>

Grundsätzlich kann eine Überprüfung der Erforderlichkeit durch den Arbeitgeber immer nur im Nachhinein erfolgen, wobei diesbezüglich eine abgestufte Beweislast gelten muss. Der Arbeitgeber kann auf Basis der vertrauensvollen Zusammenarbeit gem. § 2 I BetrVG grundsätzlich nur bei Zweifeln an der Erforderlichkeit von Betriebsratstätigkeit, die sich anhand der betrieblichen Situation sowie des genannten Zeitaufwandes ergeben, stichwortartige Angaben von dem jeweiligen Betriebsratsmitglied verlangen, wobei diese Stichworte eine Plausibilitätskontrolle durch den Arbeitgeber ermöglichen müssen.<sup>24</sup> Erst nach Vorlage der stichwortartigen Punkte ist es Sache des Arbeitgebers, darzulegen, aus welchen Gründen – wohlgedenkt anhand der Aufzeichnungen – begründete Zweifel an der Erforderlichkeit bestehen. Erst wenn der Arbeitgeber diese Zweifel dargelegt hat, muss das Betriebsratsmitglied substantiiert darlegen, warum es von einer Erforderlichkeit ausgehen durfte.<sup>25</sup> Auch wenn das BAG die Anforderungen für eine Erforderlichkeit bis jetzt nur für die nichtfreigestellten Betriebsratsmitglieder definiert hat, ist bei freigestellten Mitgliedern von dem gleichen Maßstab auszugehen, da beide Freistellungen ausschließlich der sachgerechten Wahrnehmung der dem Betriebsrat obliegenden Aufgaben dient.<sup>26</sup>

## b) Betrieblich veranlasste Mehrarbeit außerhalb der Arbeitszeit

Da die Beschränkung von Betriebsratstätigkeit auf die betriebliche Arbeitszeit in der Praxis nicht immer uneingeschränkt eingehalten werden kann, bestimmt § 37 III BetrVG unter welchen Voraussetzungen eine Betriebsratstätigkeit die außerhalb der vertraglichen Arbeitszeit liegt, ausgeglichen bzw. vergütet werden kann. Gemäß § 37 III 1 BetrVG ist für Betriebsratstätigkeit, die betriebsbedingt außerhalb der Arbeitszeit erbracht wird, vorrangig Freizeitausgleich zu gewähren. Für die Frage ob Betriebsratstätigkeit auch außerhalb der Arbeitszeit erfolgte ist grundsätzlich die individuelle Arbeitszeit des einzelnen Betriebsratsmitglieds, wie sie sich aus Tarifvertrag, Betriebsvereinbarung oder Arbeitsvertrag ergibt, maßgeblich.<sup>27</sup> Eine monetäre Abgeltung hat gem. § 37 III 3 BetrVG nur dann zu erfolgen, wenn der Ausgleich aus betriebsbedingten Gründen nicht innerhalb eines Monats möglich ist. Der in § 37 III 3 BetrVG vorgesehene Vergütungsanspruch ist eine Kompensation dafür, dass der in § 37 III 2 BetrVG vorgesehene, gerade nicht auf zusätzliche Vergütung gerichtete Freizeitausgleich aus Gründen, die in der Sphäre des Arbeitgebers liegen, zeitnah nicht möglich ist.<sup>28</sup>

Entscheidendes Merkmal für einen Freizeitausgleich/Vergütungsanspruch nach § 37 III BetrVG ist demnach, ob neben der Erforderlichkeit der Betriebsratstätigkeit die Wahrnehmung außerhalb der Arbeitszeit alleine auf betriebsbedingten Gründen beruht. Von betriebsbedingten Gründen ist immer dann auszugehen, wenn sie sich aus der Eigenart des Betriebs oder der Gestaltung des Arbeitsablaufs ergeben, dh ein im Betrieb selbst vorhandener Sachzwang dazu führt,

Schönhöft/Oelze: Zeitkonten und Vergütung freigestellter Betriebsratsmitglieder in flexiblen Arbeitszeitmodellen (NZA 2017, 284) 286 

dass die Betriebsratstätigkeit nicht während der Arbeitszeit durchgeführt werden konnte.<sup>29</sup> Hierbei gebietet sich eine weite Auslegung, in dem Sinne dass betriebsbedingte Gründe bereits solche sind, die in der Sphäre des Betriebs liegen.<sup>30</sup> Dies ist beispielsweise dann anzunehmen, wenn der Arbeitgeber in unmittelbarer oder mittelbarer Art und Weise Einfluss auf die Lage der Betriebsratstätigkeit außerhalb der Arbeitszeit genommen hat.<sup>31</sup> Eine Besonderheit soll für die Fälle gelten, wo das Betriebsratsmitglied die zeitliche Lage seiner geschuldeten Arbeitszeit ganz oder zumindest zum Teil selbst bestimmen kann und es außerhalb des Betriebs tätig wird (zB der Lehrer, der zu Hause Klausuren korrigiert). Da sich grundsätzlich Betriebsräte beim Verlassen des Arbeitsplatzes beim Arbeitgeber abzumelden haben,<sup>32</sup> können in diesem Fall betriebsbedingte Gründe nur angenommen werden, wenn das Betriebsratsmitglied dem Arbeitgeber zuvor mitgeteilt hat, dass die Betriebsratstätigkeit aus betriebsbedingten Gründen nicht innerhalb der Arbeitszeit ausgeübt werden kann.<sup>33</sup> Klar abzugrenzen hiervon ist die betriebsratsbedingte Mehrarbeit, das heißt solche Tätigkeiten, die ein Tätigwerden des einzelnen Betriebsrats über seine reguläre Arbeitszeit hinaus verlangen, wobei der Grund hierfür alleine in der – auch organisatorischen – Sphäre des Betriebsrats liegt. Dementsprechend verlangt der Vergütungsanspruch aus § 37 III 3 BetrVG neben der Erforderlichkeit der Betriebsratstätigkeit, dass die außerhalb der Arbeitszeit erbachten Betriebsratstätigkeit, aus betriebsbedingten Gründen nicht innerhalb der zur Verfügung stehenden Arbeitszeit erbracht werden konnte und die Gewährung des entsprechend Freizeitausgleichs aus betriebsbedingten Gründen dem Betriebsrat nicht möglich war.<sup>34</sup> Damit setzt das Gesetz die vom Betriebsrat nachzuweisenden Hürden in mehrfacher Hinsicht hoch an,

indem es in zweifacher Weise den Beleg über die „Betriebsbedingtheit“ eines positiven Stundensaldos verlangt.

### **c) Ausgleich für Zeiten außerhalb der Arbeitszeit nach § 37 III BetrVG bei freigestellten Betriebsratsmitgliedern**

Soweit der Anspruch nach § 37 III BetrVG freigestellte Betriebsratsmitglieder betrifft, ist zu berücksichtigen, dass das freigestellte Betriebsratsmitglied sich kraft Freistellung die Betriebsratstätigkeit so einteilen kann, wie es seiner Ansicht nach zur ordnungsgemäßen Durchführung seiner Aufgaben am besten erscheint.<sup>35</sup> Zwar gelten auch für freigestellte Betriebsratsmitglieder die allgemeinen arbeitsvertraglichen Pflichten und damit auch die Einhaltung der vertraglich vereinbarten Arbeitszeit. Freigestellte Betriebsräte unterliegen insoweit aber nicht mehr dem Direktionsrecht des Arbeitgebers, da sie sich im Rahmen ihrer Freistellung nur noch der Erfüllung ihrer betriebsverfassungsrechtlichen Pflichten widmen.<sup>36</sup> Hieraus ergeben sich für den Arbeitgeber Probleme dahingehend, dass es ihm nicht ohne weiteres möglich ist, zu überprüfen, ob die Betriebsratstätigkeit in dem Zeitraum und Zeitumfang erforderlich war. Hier wird dem Arbeitgeber aber zumindest zugestanden, dass auch das freigestellte Betriebsratsmitglied auf Verlangen des Arbeitgebers zumindest in allgemeiner Form darzulegen hat, welche Betriebsratstätigkeit außerhalb der Arbeitszeit erbracht wurde.<sup>37</sup> Hingegen könne der Arbeitgeber keinen laufenden Tätigkeitsbericht verlangen, da insoweit das Gebot der vertrauensvollen Zusammenarbeit von Arbeitgeber und Betriebsrat zu beachten sei.<sup>38</sup> Eine solche Einschränkung der Nachweispflicht des freigestellten Betriebsrats verlangt aber weder der Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit noch wäre diese gesetzeskonform. Auch freigestellte Betriebsräte können einen Ausgleich für Betriebsratstätigkeit – die außerhalb ihrer Arbeitszeit liegt – nur unter den Voraussetzungen des § 37 III BetrVG verlangen.<sup>39</sup> Nicht überzeugen kann in diesem Zusammenhang die Auffassung, dass bei freigestellten Betriebsräten auch betriebsratsbedingte Gründe für einen Ausgleich genügen und eine Ungleichbehandlung zu nicht-freigestellten Betriebsratsmitgliedern in Kauf zu nehmen sei.<sup>40</sup> Wie bereits festgestellt erfolgt die Freistellung, unabhängig ob sie vollständig oder teilweise erfolgt, ausschließlich aus dem Grund, dem Betriebsrat die Wahrnehmung seiner Aufgaben zu ermöglichen.<sup>41</sup> Insoweit gibt es keinen Grund freigestellte Betriebsräte anders zu behandeln, als nicht freigestellte Betriebsräte. Das freigestellte Betriebsratsmitglied hat nach allgemeinen Beweislastregeln demnach zunächst stichwortartig die Erforderlichkeit der Betriebsratstätigkeit darzulegen. Soweit die Voraussetzungen vorliegen, hat es darzulegen, dass die Betriebsratstätigkeit aus betriebsbedingten Gründen außerhalb der individuell geschuldeten Arbeitszeit erfolgte. Gelingt dies, steht dem freigestellten Betriebsratsmitglied dann nach § 37 III BetrVG vorrangig Freizeitausgleich zu, dessen Lage er grundsätzlich frei bestimmen kann.<sup>42</sup> Ein Vergütungsanspruch nach § 37 I 3 BetrVG kommt nur in Betracht, wenn in dem Ausgleichszeitraum ein Ausgleich aus betriebsbedingten Gründen nicht möglich war. Für freigestellte Betriebsratsmitglieder ist dieser Grundsatz nach der Rechtsprechung des BAG zu modifizieren, da diese im Rahmen ihrer Freistellung zu einem eigenverantwortlichen Zeitausgleich angehalten sind.<sup>43</sup> Vor diesem Hintergrund obliegt es freigestellten Betriebsratsmitgliedern die betriebsbedingten Gründe für die Unmöglichkeit des Freizeitausgleiches aufzuzeigen. Die Darlegung hat dabei so detailliert zu sein, dass dem Arbeitgeber eine sachliche Er widerung möglich ist, so dass auch tagebuchähnliche Aufzeichnungen seitens des Betriebsrats nicht unzumutbar sind. Ein solches Verlangen des Arbeitgebers ist auch nicht treuwidrig, wenn der Arbeitgeber nicht klar zu erkennen gegeben

hat, auf gesetzlich geforderten Nachweis verzichten zu wollen.<sup>44</sup> Diese vom *BAG* gesetzten strengen Vorgaben überzeugen, da insoweit berücksichtigt werden muss, dass für den Arbeitgeber mangels eines Direktionsrechts keine Möglichkeit besteht, auf die Lage des Freizeitausgleichs des freigestellten Betriebsrats Einfluss zu nehmen.

### III. Ausgleich positiver Stundensalden freigestellter Betriebsratsmitglieder in flexiblen Arbeitszeitmodellen

Einen Sonderfall stellen insoweit flexible Arbeitszeitmodelle dar, die innerhalb eines definierten Bezugszeitraums oder Ausgleichszeitraums im Rahmen eines Gleitzeitensystems die Einhaltung der individuell geschuldeten Arbeitszeit verlangen. Hier stellt sich die Frage, wie ein mit Ablauf eines vereinbarten Bezugszeitraumes bzw. Ausgleichszeitraums des freigestellten Betriebsratsmitglieds dokumentiertes Stunden

Schönhöft/Oelze: Zeitkonten und Vergütung freigestellter Betriebsratsmitglieder in flexiblen Arbeitszeitmodellen (NZA 2017, 284) 287 

guthaben zu bewerten ist. Das *BAG*<sup>45</sup> weist insoweit zunächst richtigerweise darauf hin, dass betriebliche Regelungen die eine Vergütungspflicht für Betriebsratstätigkeit postulieren, nicht gesetzeskonform vereinbart werden können. Maßstab für die Bewertung, ob Mehrarbeit zu vergüten ist, kann und darf ausschließlich § 37 III BetrVG sein. Hierfür spricht schon die „Normenhierarchie“ nach der eine Betriebsvereinbarung als privatrechtlich kollektiver Normenvertrag<sup>46</sup> vom Geltungsbereich unter einer gesetzlichen Regelung anzusiedeln ist. Die Regelung des § 37 BetrVG ist zwingend und steht nicht zur Disposition der Betriebsparteien.<sup>47</sup> Nach § 37 III BetrVG kann ein Ausgleich von Betriebsratstätigkeit nur dann erfolgen, wenn die Tätigkeit ua „außerhalb der Arbeitszeit“ durchzuführen war. Bei einem flexiblen Arbeitszeitsystem kann nach Auffassung des *BAG* von einer Überschreitung der persönlichen Arbeitszeit zumindest dann nicht ausgegangen werden, wenn die Tätigkeit des Betriebsrats innerhalb des Gleitzeitrahmens ausgeübt bzw. der vereinbarte Ausgleichszeitraum noch nicht beendet ist. Bei einem flexiblen Arbeitszeitmodell ist die kurzfristige Über- und Unterschreitung der persönlichen Arbeitszeit systemimmanent, wobei gem. *BAG* erst am Ende des Ausgleichszeitraums feststehen soll, ob die Betriebsratstätigkeit außerhalb der persönlichen Arbeitszeit iSd § 37 III BetrVG erfolgte.<sup>48</sup> Nur solche Arbeitsstunden die außerhalb eines bestimmten Gleitzeitrahmens getätigt wurden oder solche Stunden die außerhalb des Ausgleichszeitraums liegen, sind damit auch als außerhalb der vertraglich vereinbarten Arbeitszeit einzuordnen.<sup>49</sup> Zu berücksichtigen ist, dass bei Gleitzeitregelungen ein Rahmen festgelegt wird in dem der Mitarbeiter bzw. das Betriebsratsmitglied seine individuelle Arbeitszeit, entsprechend seiner persönlichen Belange oder denen des Betriebs, eigenverantwortlich frei bestimmt. Maßgeblich bleibt dennoch die durch Individualvereinbarung oder Tarifvertrag vereinbarte regelmäßige wöchentlich geschuldete Arbeitszeit. Ist der Zeitausgleich am Ende des Bezugszeitraums bzw. Ausgleichszeitraums nicht vollständig erfolgt und zu diesem Zeitpunkt ein positiver Stundensaldo aufgelaufen, hat das Betriebsratsmitglied seine vertraglich geschuldete Arbeitszeit nachweislich überschritten.<sup>50</sup> Bei freigestellten Betriebsräten steht damit fest, dass die Betriebsratstätigkeit „außerhalb der Arbeitszeit iSv § 37 III BetrVG“ erbracht wurde. Bei vollständig freigestellten Betriebsräten können die Stundensalden nur aus Betriebsratstätigkeit entstanden sein.<sup>51</sup> Bei freigestellten Betriebsräten gilt in diesen Fällen damit ausschließlich das Verfahren nach § 37 III BetrVG, auch wenn die

betrieblichen Regelungen für den normalen Mitarbeiter günstigere Übertragungs-, Fakturierungs- oder Auszahlungsmöglichkeiten vorsehen. Eine Gleichbehandlung ist darin nicht zu erkennen, da hierdurch die gesetzlichen Werte des § 37 BetrVG und die darin verankerte Differenzierung zwischen Arbeitszeit und Ehrenamt zum Ausdruck kommen.<sup>52</sup> Das BAG stellt damit richtigerweise klar, dass es im Falle eines flexiblen Arbeitszeitmodells – in welchem die Arbeitszeit nur innerhalb eines Ausgleichszeitraums eingehalten werden muss – Zeiten außerhalb der persönlichen Arbeitszeit erst dann vorliegen, wenn der Ausgleichszeitraum beendet ist. Das können je nach Arbeitszeitmodell auch durchaus Jahre sein. Die Kehrseite dieser Feststellung ist, dass innerhalb dieses Ausgleichszeitraums ohne spezielle betriebliche Regelungen nicht die strengen Anforderungen an den Nachweis der Betriebsrats Tätigkeit des § 37 III BetrVG herangezogen werden können. Insoweit ist in der Praxis zu empfehlen, so genannte „Ampelkonten“,<sup>53</sup> kürzere Ausgleichszeiträume oder auch Höchstgrenzen in den Betriebsvereinbarungen zur flexiblen Arbeitszeit zu vereinbaren oder entsprechende Grenzen für freigestellte Betriebsräte festzulegen. Andernfalls besteht die Gefahr, dass innerhalb des Ausgleichszeitraums hohe Stundensalden mit nur begrenzter Kontrollmöglichkeit aufgebaut werden. Solange damit lediglich die Flexibilisierung der persönlich geschuldeten Grundarbeitszeit Gegenstand der Betriebsvereinbarung bleibt und nicht darüber hinausgegangen wird, liegt in einer solchen Betriebsvereinbarung kein Verstoß gegen § 37 BetrVG.

Möchte mit Ende des Bezugszeitraums der Betriebsrat nunmehr den Abbau eines Stundenaufbaus bzw. deren Abgeltung geltend machen, so ist er nach den allgemeinen Beweislastregeln zunächst verpflichtet nachzuweisen, warum eine konkrete Tätigkeit aus betriebsbedingten Gründen außerhalb der Arbeitszeit lag. Da es sich jedoch für die hier zu klärende Frage um flexible Arbeitszeitgestaltung handelt, ist dieser Grundsatz zu modifizieren. Nach dem zuvor Gesagten liegen bei einer Gleitzeitregelung die Stunden außerhalb der Arbeitszeit, die nicht innerhalb der allgemeinen Gleitzeitregelungen vom Betriebsratsmitglied selbst ausgeglichen werden können. Wenn nun der Ausgleichsanspruch die „Betriebsbedingtheit“ an das Merkmal „außerhalb der Arbeitszeit“ knüpft, bedeutet dies folglich, dass das Betriebsratsmitglied nachzuweisen hat, dass ein Ausgleich innerhalb der Gleitzeitregelungen nicht möglich war und außerdem die Ursache hierfür in betriebsbedingten Gründen lag.<sup>54</sup> Bei fehlendem Nachweis scheidet eine Vergütung aus. Insoweit setzen sich der Ehrenamtscharakter der Tätigkeit und die damit zusammenhängende Entgeltlichkeit durch. Mangels Nachweis durch das Betriebsratsmitglied fehlt es zwangsläufig auch an einer vergütungspflichtigen Mehrarbeit gem. § 37 III BetrVG. Hierfür spricht auch, dass freigestellte Betriebsratsmitglieder bereits kraft ihres Amtes nicht mehr dem Direktionsrecht des Arbeitgebers unterliegen, wodurch der Arbeitgeber den Betriebsrat nur mit begrenzter Wirkung zum Abbau der Stunden auffordern kann, er demzufolge auch keinerlei Möglichkeiten der Kontrolle oder Einflussnahme hat.

Diesem Ergebnis steht auch keine Gleichbehandlung mit den anderen Arbeitnehmern des Betriebs entgegen, obwohl diese ohne die Voraussetzungen des § 37 III BetrVG eine Vergütung für Mehrarbeit erhalten könnten. Es ist diesbezüglich nicht von vergleichbaren Personengruppen auszugehen, da freigestellte Betriebsräte nicht dem Direktionsrecht des Arbeitgebers unterliegen und dieser auch nicht die Möglichkeit hat einen Stundenabbau zu veranlassen, wie er es bei den übrigen Arbeitnehmern hätte. Vielmehr sind freigestellte Betriebsratsmitglieder mit Hinblick auf das Ehrenamt und dem Grundsatz frei von der Einflussnahme des Arbeitgebers zu sein, dazu gehalten, eigenverantwortlich mit ihren Anwesenheitszeiten umzugehen. Vielmehr wäre durchaus Raum für die Annahme, dass eine Bevorzugung von freigestellten Betriebsräten

anzunehmen wäre, würde man die speziellen Nachweise nicht einfordern. Dann hätten nämlich Betriebsräte faktisch die Möglichkeit einen unbegrenzt hohen positiven Stundensaldo aufzubauen, da der

Schönhöft/Oelze: Zeitkonten und Vergütung freigestellter Betriebsratsmitglieder in flexiblen Arbeitszeitmodellen (NZA 2017, 284) 288 

Arbeitgeber hierauf keinen Einfluss nehmen könnte. Andere Arbeitnehmer wären hingegen im Aufbau von positiven Stundensalden durch das Direktionsrecht des Arbeitgebers eingeschränkt. Somit sind die vom BAG festgelegten Grundsätze auch für freigestellte Betriebsratsmitglieder uneingeschränkt anzuwenden.

#### IV. Fazit

Ein unkontrollierter Stundenaufbau im Betriebsratsamt wird trotz der nur geringen Kontrollmöglichkeit des Arbeitgebers innerhalb der persönlichen Arbeitszeit nicht auf Zeiten außerhalb der persönlichen Arbeitszeit fortgeführt. Auch im flexiblen Arbeitszeitmodell ist dies dem Grunde nach nicht anders. Die Arbeitszeiterfassung von freigestellten Betriebsräten in flexiblen Arbeitszeitmodellen ist immer im Lichte des § 37 BetrVG zu betrachten. Insoweit geht die gesetzliche Regelung den gegebenenfalls weniger strengen Regeln in der betrieblichen Praxis vor und kann zu Anpassungsbedarf führen. Ein Verstoß hiergegen kann zu einer Vielzahl von Rechtsrisiken sowohl für den Betriebsrat als auch für den Arbeitgeber führen. Insbesondere die strengen Anforderungen des § 37 III 1 BetrVG müssen vom Arbeitgeber und vom Betriebsrat gleichermaßen beachtet werden. Kommt es ohne Vorliegen der Voraussetzungen des § 37 III 1 BetrVG zur Anerkennung von vergütungspflichtigen Arbeitszeiten, kann dies neben einer Rückforderung des Erlangten auch den Ausschluss aus dem Betriebsratsamt bedeuten.<sup>55</sup> Für den Arbeitgeber besteht demgegenüber die Gefahr, sich nach § 119 I Nr. 3 BetrVG strafbar zu machen, was wiederum mit einer Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe geahndet werden kann.<sup>56</sup> Auch kommt eine Strafbarkeit nach § 266 StGB wegen Untreue zum Nachteil des Unternehmens in Betracht.<sup>57</sup> Dem Aufkommen von Missverständnissen könnte bereits durch eine entsprechende Formulierung in den betrieblichen Regelungen zum Zeitausgleich vorgebeugt werden. Eine Vereinbarung hinsichtlich der anzuerkennenden Arbeitszeit von Betriebsräten und dessen Abbau wird nur im engen Maße im Einklang mit den Regelungen des BetrVG stehen können.

\* Der Autor Schönhöft ist Fachanwalt für Arbeitsrecht, Fachanwalt für Steuerrecht und Wirtschaftsmediator in Hamburg; der Autor Oelze ist Rechtsanwalt in Hamburg.

<sup>1</sup> MAH ArbR/Gragert, 3. Aufl. 2012, § 14 Rn. 84.

<sup>2</sup> Heinze, NZA 1997, 681.

<sup>3</sup> BAG, NZA 2017, 335 (in diesem Heft).

<sup>4</sup> BAG, NZA 2013, 1221.

<sup>5</sup> BAG, NZA 2017, 335 (in diesem Heft).

<sup>6</sup> Der hier verwendete Begriff der Mehrarbeit soll Überarbeit, Überstunden und Plusstunden erfassen, vgl. ErfK/Preis, 17. Aufl. 2017, § 611 BGB Rn. 486.

<sup>7</sup> BAG, NZA 2013, 1221.

<sup>8</sup> BAG, NZA 2017, 335 (in diesem Heft).

<sup>9</sup> BAGE 74, 351 = NZA 1994, 278.

<sup>10</sup> Fitting, BetrVG, 28. Aufl. 2016, § 37 Rn. 1.

<sup>11</sup> BAGE 134, 233 = NZA 2010, 1025 = AP BetrVG 1972 § 37 Nr. 147.

- 12 Für Bsp. hierzu vgl. *Richardi*, BetrVG, 28. Aufl. 2016, § 78 Rn. 33; *Moll/Roebbers*, NZA  
2012, 57 (58).
- 13 *Fitting*, BetrVG, § 37 Rn. 8; zu denkbaren Ausnahmen s. *Moll/Roebbers*, NZA 2012, 57  
(60).
- 14 BAG, NZA 2004, 1287.
- 15 BAG, NZA 2000, 1174.
- 16 Vgl. *BAGE* 96, 344 = NZA 2001, 514 (516).
- 17 BAG, NZA 2017, 335 (in diesem Heft).
- 18 *Fitting*, BetrVG, § 37 Rn. 75.
- 19 StRSpr vgl. BAG, NZA 1988, 437; vgl. ausf. *Moll/Roebbers*, NZA 2012, 58.
- 20 BAG, NJW 1983, 2835.
- 21 BAG, DB 1982, 758 = BeckRS 1981, 02027.
- 22 BAG, NZA 2006, 1417 = AuR 2006, 454.
- 23 BAG, NZA 2006, 1417 = AuR 2006, 454.
- 24 BAG, NZA 1995, 961.
- 25 BAG, NZA 1995, 961.
- 26 BAG, NZA 2017, 335 (in diesem Heft).
- 27 BAG, NZA 1988, 437.
- 28 BAG, NZA 2017, 335 (in diesem Heft).
- 29 Vgl. *Fitting*, BetrVG, § 37 Rn. 79.
- 30 Vgl. *Fitting*, BetrVG, § 37 Rn. 79 mwN
- 31 BAG, NZA 1994, 765 = AP BetrVG 1972 § 37 Nr. 93.
- 32 *BAGE* 43, 109 = DB 1983, 2419 = BeckRS 9998, 149584.
- 33 *BAGE* 50, 76 = DB 1986, 1026 = BeckRS 9998, 149588.
- 34 BAG, NZA 2017, 335 (in diesem Heft).
- 35 Vgl. *Fitting*, BetrVG, § 38 Rn. 78 mwN.
- 36 GK-BetrVG/*Weber*, 5. Aufl. 2017, § 38 Rn. 76, *Fitting*, BetrVG, § 38 Rn. 77; *Richardi*,  
BetrVG, § 38 Rn. 48.
- 37 *Fitting*, BetrVG, § 38 Rn. 82 mwN
- 38 *Fitting*, BetrVG, § 38 Rn. 82.
- 39 BAG, AP BetrVG 1972 § 37 Nr. 14, *Fitting*, BetrVG, § 38 Rn. 81.
- 40 So *Richardi*, BetrVG, § 38 Rn. 51.
- 41 BAG, NZA 2017, 335 (in diesem Heft).
- 42 *Fitting*, BetrVG, § 38 Rn. 81.
- 43 *BAGE* 96, 344 = NZA 2001, 514.
- 44 BAG, NZA 2017, 335 (in diesem Heft).
- 45 BAG, NZA 2017, 335 (in diesem Heft).
- 46 HK-BetrVG/*Düwell*, 4. Aufl. 2014, § 77 Rn. 6, 13.
- 47 BAG, NZA 2017, 339 (in diesem Heft), so auch GK-BetrVG/*Weber*, § 37 Rn. 5.
- 48 BAG, NZA 2017, 335 (in diesem Heft).
- 49 *Fitting*, BetrVG, § 37 Rn. 92 a.
- 50 BAG, NZA 2017, 335 (in diesem Heft).
- 51 BAG, NZA 2017, 335.
- 52 BAG, NZA 2017, 335 (in diesem Heft).
- 53 *Heinze*, NZA 1997, 681.
- 54 *BAGE* 96, 344 = NZA 2001, 514.
- 55 *Moll/Roebbers*, NZA 2012, 61 mwN.
- 56 *Moll/Roebbers*, NZA 2012, 61 mwN.
- 57 *Moll/Roebbers*, NZA 2012, 61 mwN.