

# Kein Ausgleich von Arbeitszeitkonten bei freigestellten Betriebsratsmitgliedern?

Die Vereinbarung von Arbeitszeitregelungen durch die Nutzung von Arbeitszeitkonten (auch oft als Gleitzeit bezeichnet) ist aufgrund der beiderseitigen Flexibilität in der Arbeitswelt weit verbreitet. In der Praxis sehen solche betrieblichen Regelungen regelmäßig vor, dass Stunden auf den Arbeitszeitkonten, die über einen bestimmten Ausgleichszeitraum von den Mitarbeitern angesammelt und nicht durch Freizeitausgleich ausgeglichen wurden, vom Arbeitgeber zu vergüten oder gutzuschreiben sind. Die Anwendung dieser Arbeitszeitmodelle auf freigestellte Betriebsratsmitglieder bringt eine Vielzahl von Rechtsproblemen mit sich.



**RA/FAArbR/FAStR Dr. Andreas Schönhöft**  
ist tätig bei Lufthansa Technik AG in Hamburg.

**Z**u nennen sind hier nur die Unentgeltlichkeit des Ehrenamts und die Tatsache, dass der Arbeitgeber regelmäßig nur begrenzte Einsicht in die Betriebsratstätigkeit und damit in den Grund des Stundenaufbaus hat. Bei der in der Praxis wie Arbeitszeit dokumentierten Betriebsratstätigkeit stellt sich die Frage nach dem Umgang mit positiven Stundensalden auf dem Arbeitszeitkonto. Hierfür hat das BAG (vom 28.09.2016 – 7 AZR 248/14, NZA 2017 S. 335), von der betrieblichen Praxis weitgehend unbeachtet, genaue Anforderungen aufgestellt. Anders als vielleicht in der Praxis gehandhabt, führen diese regelmäßig dazu, dass positive Stundensalden nach Ablauf des Ausgleichszeitraums des Arbeitszeitkontos oder spätestens mit Ablauf der Amtszeit nicht mehr ausgeglichen werden dürfen und zu streichen sind.

## **Betriebsratstätigkeit innerhalb der Arbeitszeit nach § 37 BetrVG**

Die Regelungen des § 37 Abs. 2, 3 BetrVG stellen klar, dass die Betriebsratstätigkeit grds. während der Arbeitszeit durchzuführen ist (st. Rspr. BAG vom 03.12.1987 – 6 AZR 569/85, NZA 1988 S. 437). Dies gilt auch für freigestellte Betriebsräte. Auch sie dürfen die Zeiten ihrer Betriebsratstätigkeit entsprechend der betrieblichen Regelungen – elektronisch – erfassen (BAG vom 10.07.2013 – 7 ABR 22/12, DB 2013 S. 2571). Insoweit ist 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. Die so dokumentierte Anwesenheits-

zeit ist aber nicht automatisch mit der Erbringung einer vergütungspflichtigen Arbeitsleistung gleichzusetzen (BAG vom 28.09.2016, a.a.O.). Diese Frage ist allein nach den gesetzlichen Regelungen des § 37 BetrVG zu bewerten. In § 37 BetrVG ist neben der allgemeinen Rechtsstellung insb. auch die Frage der „Vergütung“ von Betriebsratsmitgliedern geregelt und die Bewertung von Betriebsratstätigkeit als Mehrarbeit.

Ausgangspunkt ist nach § 37 Abs. 1 BetrVG die Einordnung des Betriebsratsamts als unentgeltliches Ehrenamt. Die „Vergütung“ der Betriebsratsmitglieder erfolgt nach dem sog. Lohnausfallprinzip gem. § 37 Abs. 2 BetrVG, wonach die Betriebsratsmitglieder ohne Minderung des Arbeitsentgelts von ihrer beruflichen Tätigkeit freizustellen sind. Das bedeutet, dass den Betriebsräten grds. das Arbeitsentgelt zusteht, das sie nach § 611 Abs. 1 BGB ohne die Freistellung verdient hätten (BAG vom 23.06.2004 – 7 AZR 514/03, DB 2004 S. 2702). In der Praxis wird dies regelmäßig dadurch sichergestellt, dass dem freigestellten Betriebsrat Vergleichspersonen zugeordnet werden und deren Vergütungsentwicklung nachgebildet wird. Vor diesem Hintergrund kann auch eine Vergütung für „dauerhafte Mehrarbeit“ eines Betriebsratsmitglieds nach § 37 Abs. 2 BetrVG in Betracht kommen, wenn feststeht, dass diese Mehrarbeit auch ohne die Freistellung in gleichem Umfang angefallen wäre (BAG vom 12.12.2000 – 9 AZR 508/99, DB 2001 S. 875).

### **Ausgleich für Zeiten außerhalb der Arbeitszeit nach § 37 Abs. 3 BetrVG**

Soweit die Ausübung der Betriebsratstätigkeit innerhalb der Arbeitszeit nicht möglich ist, enthält § 37 Abs. 3 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 (BAG vom 28.09.2016, a.a.O.). § 37 Abs. 3 BetrVG gewährt keinen Anspruch auf Vergütung von Betriebsratstätigkeit, sondern berücksichtigt, dass bei Betriebsratstätigkeit während der Freizeit kein Entgeltfortzahlungsanspruch nach § 37 Abs. 2 BetrVG besteht und schafft dafür einen Ausgleich, und zwar grds. dergestalt, dass an einem anderen Arbeitstag bezahlte Arbeitsbefreiung in entsprechendem Umfang gewährt wird (BAG vom 15.05.2019 – 7 AZR 396/17, NZA 2019 S. 1497).

Für die Frage, ob Betriebsratstätigkeit auch außerhalb der Arbeitszeit erfolgt, ist grds. die individuelle Arbeitszeit des einzelnen Betriebsratsmitglieds, wie sie sich aus Tarifvertrag, Betriebsvereinbarung oder Arbeitsvertrag ergibt, maßgeblich (BAG vom 03.12.1987, a.a.O.). Eine monetäre Abgeltung hat gem. § 37 Abs. 3 Satz 3 BetrVG nur dann zu erfolgen, wenn der Ausgleich aus betriebsbedingten Gründen nicht innerhalb eines Monats möglich ist. Der in § 37 Abs. 3 Satz 3 BetrVG vorgesehene Vergütungsanspruch ist eine Kompensation dafür, dass der in § 37 Abs. 3 Satz 2 BetrVG vorgesehene, gerade nicht auf zusätzliche Vergütung gerichtete Freizeitausgleich aus Gründen, die in der Sphäre des Arbeitgebers liegen, zeitnah nicht möglich ist (BAG vom 28.09.2016, a.a.O.).

Entscheidendes Merkmal für einen Freizeitausgleich/Vergütungsanspruch nach § 37 Abs. 3 BetrVG ist demnach, ob neben der Erforderlichkeit der Betriebsratstätigkeit die

Wahrnehmung außerhalb der Arbeitszeit allein 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, d.h. ein im Betrieb selbst vorhandener Sachzwang dazu führt, dass die Betriebsratstätigkeit nicht während der Arbeitszeit durchgeführt werden konnte (*Fitting*, BetrVG, 31. Aufl. 2022, § 37 Rn. 79). Dies ist z.B. dann anzunehmen, wenn der Arbeitgeber in unmittelbarer oder mittelbarer Art und Weise Einfluss auf die Lage der Betriebsratstätigkeit außerhalb der Arbeitszeit genommen hat (BAG vom 26.01.1994 – 7 AZR 593/92, DB 1994 S. 1244).

### **Abgrenzung zur betriebsratsbedingten Mehrarbeit**

Klar abzugrenzen hiervon ist die betriebsratsbedingte Mehrarbeit, d.h. solche Tätigkeiten, die ein Tätigwerden des einzelnen Betriebsrats über seine individuelle Arbeitszeit hinaus verlangen, wobei der Grund hierfür allein in der – auch organisatorischen – Sphäre des Betriebsrats liegt. Der Ausgleichsanspruch des Betriebsrats nach § 37 Abs. 3 Satz 3 BetrVG besteht in diesem Fall nicht. Vielmehr verbleibt es bei dem Ehrenamtsprinzip. Nur wenn außerhalb der Arbeitszeit erbrachte Betriebsratstätigkeit aus betriebsbedingten Gründen nicht innerhalb der zur Verfügung stehenden Arbeitszeit erbracht werden konnte und die Gewährung des entsprechenden Freizeitausgleichs aus betriebsbedingten Gründen nicht möglich war, besteht ein Ausgleichsanspruch (BAG vom 28.09.2016, a.a.O.). Damit setzt das Gesetz die vom Betriebsrat nachzuweisenden Hürden in mehrfacher Hinsicht hoch an, indem es in zweifacher Weise den Beleg über die „Betriebsbedingtheit“ von Mehrarbeit verlangt.

### **Im weiteren Fokus: Freigestellte Betriebsratsmitglieder**

Soweit der Anspruch nach § 37 Abs. 3 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 (*Fitting*, BetrVG, 31. Aufl. 2022, § 38 Rn. 81, m.w.N.). 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. Dem Arbeitgeber ist es daher nicht ohne Weiteres möglich, 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.

Die Freistellung erfolgt, unabhängig ob sie vollständig oder teilweise geschieht, ausschließlich aus dem Grund, dem Betriebsrat die Wahrnehmung seiner Aufgaben zu ermöglichen (BAG vom 28.09.2016, a.a.O.). Insoweit gibt es keinen Grund, freigestellte Betriebsräte anders zu behandeln als nicht freigestellte Betriebsräte. Das freigestellte Betriebsratsmitglied hat nach allgemeinen Beweislastregeln demnach

# „In Betrieben mit Arbeitszeitkonten und längeren Ausgleichszeiten können freigestellte Betriebsräte in der Praxis regelmäßig nicht den Nachweis führen, dass positive Stundensalden aus betriebsbedingten Gründen aufgebaut und nicht abgebaut werden konnten.“

zunächst stichwortartig die Erforderlichkeit der Betriebsrats-tätigkeit darzulegen. Soweit die Voraussetzungen vorliegen, hat es darzulegen, dass die Betriebsrats-tätigkeit aus betriebsbedingten Gründen außerhalb der individuell geschuldeten Arbeitszeit erfolgte. Gelingt dies, steht dem freigestellten Betriebsratsmitglied dann nach § 37 Abs. 3 BetrVG vorrangig Freizeitausgleich zu, dessen Lage er, soweit keine Vorgaben des Arbeitgebers vorliegen (BAG vom 15.05.2019, a.a.O.), grds. frei bestimmen kann. Ein Vergütungsanspruch nach § 37 Abs. 1 Satz 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 Rspr. des BAG zu modifizieren, da diese im Rahmen ihrer Freistellung zu einem eigenverantwortlichen Zeitausgleich angehalten sind (BAG vom 12.12.2000, a.a.O.). Vor diesem Hintergrund obliegt es freigestellten Betriebsratsmitgliedern, die betriebsbedingten Gründe für die Unmöglichkeit des Freizeitausgleichs aufzuzeigen. Die Darlegung hat dabei so detailliert zu sein, dass dem Arbeitgeber eine sachliche Erwidmung möglich ist, sodass auch tagebuchähnliche Aufzeichnungen seitens des Betriebsrats nicht unzumutbar sind. Ein solches Verlangen des Arbeitgebers ist auch nicht treuwidrig, wenn dieser nicht klar zu erkennen gegeben hat, auf gesetzlich geforderten Nachweis verzichten zu wollen (BAG vom 28.09.2016, a.a.O.).

## **Ausgleich positiver Stundensalden auf Arbeitszeitkonten von freigestellten Betriebsratsmitgliedern**

Einen besonderen Fall stellen insoweit Gleitzeitsysteme mit Arbeitszeitkonten dar, die innerhalb eines definierten Bezugs- oder Ausgleichszeitraums die Einhaltung der individuell geschuldeten Arbeitszeit verlangen. Hier stellt sich die Frage, wie ein mit Ablauf eines vereinbarten Bezugs- bzw. Ausgleichszeitraums dokumentiertes Stundenguthaben des freigestellten Betriebsratsmitglieds zu bewerten ist. Nach dem BAG (vom 28.09.2016, a.a.O.) kann der Maßstab für die Bewertung auch hier ausschließlich die Regelung des § 37

Abs. 3 BetrVG sein. § 37 BetrVG ist zwingend und steht nicht zur Disposition der Betriebsparteien.

Nach § 37 Abs. 3 BetrVG kann ein Ausgleich von Betriebsrats-tätigkeit nur dann erfolgen, wenn die Tätigkeit betriebsbedingt „außerhalb der individuellen Arbeitszeit“ durchzuführen war. Bei einem flexiblen Arbeitszeitsystem kann nach Auffassung des BAG von einer Überschreitung der individuellen Arbeitszeit zumindest solange nicht ausgegangen werden, wie 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 erst am Ende des Ausgleichszeitraums feststehen soll, ob die Betriebsrats-tätigkeit außerhalb der persönlichen Arbeitszeit i.S.d. § 37 Abs. 3 BetrVG erfolgte (BAG vom 28.09.2016, a.a.O.). Nur solche Arbeitsstunden, die außerhalb eines bestimmten Gleitzeitrahmens getätigt wurden, oder solche Stunden, die außerhalb des Ausgleichszeitraums liegen, sind damit als außerhalb der vertraglich vereinbarten Arbeitszeit einzuordnen (*Fitting*, BetrVG Komm., 31. Aufl. 2022, § 37 Rn. 92a). Das können je nach Arbeitszeitmodell auch durchaus Jahre sein.

Zu berücksichtigen ist, dass bei Gleitzeitregelungen ein Rahmen festgelegt wird, in dem der Mitarbeiter bzw. das Betriebsratsmitglied seine individuelle Arbeitszeit, entsprechend seinen persönlichen Belangen oder denen des Betriebs, eigenverantwortlich frei bestimmt. 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. Bei freigestellten Betriebsräten steht damit fest, dass die Betriebsrats-tätigkeit „außerhalb der Arbeitszeit i.S.v. § 37 Abs. 3 BetrVG“ erbracht wurde. Klar ist zudem, dass bei freigestellten Betriebsräten die Stundensalden nur aus Betriebsrats-tätigkeit entstanden sein können. Damit gilt ausschließlich § 37 Abs. 3 BetrVG, auch wenn die betrieblichen





Regelungen für Arbeitnehmer günstigere Übertragungs-, Fakturierungs- oder Auszahlungsmöglichkeiten vorsehen. Eine Ungleichbehandlung liegt darin nicht, da hierdurch der aus § 37 BetrVG und die darin verankerte Differenzierung zwischen Arbeitszeit und Ehrenamt zum Ausdruck kommt (BAG vom 28.09.2016, a.a.O.).

#### **Ausgleichsanspruch und Beweislast**

Möchte der Betriebsrat mit Ende des Ausgleichszeitraums nunmehr den Abbau eines Stundenaufbaus bzw. deren Abgeltung geltend machen, so ist er nach den allgemeinen Beweislastregeln zunächst verpflichtet, nachzuweisen, warum seine konkrete Tätigkeit aus betriebsbedingten Gründen außerhalb der Arbeitszeit lag. Bei einer flexiblen Arbeitszeitgestaltung ist dieser Grundsatz zudem zu modifizieren. Nur die Stunden liegen 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 (BAG vom 12.12.2000, a.a.O.). Bei fehlendem Nachweis scheidet eine Vergütung bzw. Übertragung dieser Stunden aus. Insoweit setzen sich der Ehrenamtscharakter der Tätigkeit und die damit zusammenhängende Unentgeltlichkeit durch. Mangels Nachweis der betrieblichen Veranlassung durch das Betriebsratsmitglied fehlt es zwangsläufig auch an einer vergütungspflichtigen Mehrarbeit gem. § 37 Abs. 3 BetrVG.

Dieses Ergebnis stellt auch keine Ungleichbehandlung gegenüber den anderen Arbeitnehmern dar, da diese ohne die Voraussetzungen des § 37 Abs. 3 BetrVG eine Vergütung für Mehrarbeit erhalten können. Es ist diesbezüglich nicht von vergleichbaren Personengruppen auszugehen, da freigestellte Betriebsräte nicht dem Direktionsrecht des Arbeitgebers unterliegen und der Arbeitgeber nicht die Möglichkeit hat,

einen Stundenabbau zu veranlassen. Vielmehr wird man sogar von einer Bevorzugung von freigestellten Betriebsräten ausgehen müssen, wenn der Arbeitgeber die speziellen Nachweise nicht einfordert. Dann hätten nämlich Betriebsräte faktisch die Möglichkeit, einen unbegrenzt hohen positiven Stundensaldo durch Betriebsratsstätigkeit aufzubauen, auf den der Arbeitgeber keinen Einfluss nehmen kann. Andere Arbeitnehmer wären hingegen im Aufbau von positiven Stundensalden durch das Direktionsrecht des Arbeitgebers beschränkt.

#### **Fazit**

Die Arbeitszeiterfassung von freigestellten Betriebsräten in flexiblen Gleitzeitmodellen mit Arbeitszeitkonten ist immer im Lichte des § 37 BetrVG zu betrachten. Insoweit geht die gesetzliche Regelung den ggf. weniger strengen Regeln in der betrieblichen Praxis vor und kann zu Anpassungsbedarf führen. 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.

Ein Verstoß hiergegen kann zu einer Vielzahl von Rechtsrisiken sowohl für den Betriebsrat als auch für den Arbeitgeber führen. Insb. die strengen Anforderungen des § 37 Abs. 3 Satz 1 BetrVG müssen vom Arbeitgeber und Betriebsrat gleichermaßen beachtet werden. Kommt es ohne Vorliegen der Voraussetzungen des § 37 Abs. 3 Satz 1 BetrVG zur Anerkennung von vergütungspflichtigen Arbeitszeiten außerhalb der persönlichen Arbeitszeit, kann dies neben einer Rückforderung des Erlangten auch den Ausschluss aus dem Betriebsratsamt bedeuten. Eine Vereinbarung hinsichtlich der anzuerkennenden Arbeitszeit von freigestellten Betriebsräten außerhalb der persönlichen Arbeitszeit und dessen Ausgleich wird nur im engen Maße im Einklang mit den Regelungen des BetrVG stehen können. Dies löst in der betrieblichen Praxis kaum lösbare schwierige Diskussionen aus, denen man sich aber nach der aktuellen Rechtslage stellen muss.