



Kohnke
Regierungsbeschäftigte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

LANDESARBEITSGERICHT DÜSSELDORF
IM NAMEN DES VOLKES
URTEIL

In dem Rechtsstreit

des Herrn N. L., H. Str. 9, E.,

- Kläger, Berufungskläger und Anschlussberufungsbeklagter -

Prozessbevollmächtigte: Rechtsschutzsekretärin B. T. i/DGB
Rechtsschutz GmbH, Büro E.,
G.-F.-Str. 34 - 38, E.,

g e g e n

die C. Personal Care and Nutrition GmbH, vertreten durch den Geschäftsführer,
I. str. 67, E.,

- Beklagte, Berufungsbeklagte und Anschlussberufungsklägerin -

Prozessbevollmächtigte: Arbeitgeberverband D. Rheinland e. V.,
W. Str. 4, E.,

hat die 7. Kammer des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf
auf die mündliche Verhandlung vom 18.01.2017
durch die Vorsitzende Richterin am Landesarbeitsgericht Paßlick als Vorsitzen-
de sowie den ehrenamtlichen Richter Ehrhardt und den ehrenamtlichen Richter
Berger

für R e c h t erkannt:

- I. **Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Düsseldorf vom 30.03.2016, 3 Ca 6849/15, und die Anschlussberufung der Beklagten werden zurückgewiesen.**

- II. Die Kosten des Berufungsverfahrens hat der Kläger zu tragen.**
- III. Die Revision wird nicht zugelassen.**

TATBESTAND:

Die Parteien streiten um die Gewährung von Freizeitausgleich nach § 37 Abs. 3 BetrVG.

Der Kläger ist bei der Beklagten in vollkontinuierlicher Wechselschicht beschäftigt, das heißt auf eine Woche Frühschicht folgt eine Woche Arbeit in der Spätschicht, darauf eine Woche Nachtschicht und sodann eine Freiwoche. Der Kläger ist Mitglied des bei der Beklagten bestehenden Betriebsrates.

Findet am ersten Tag der Freiwoche des Klägers eine Betriebsratssitzung statt, stellt die Beklagte den Kläger für die vorhergehende Nachtschicht von der Arbeitsleistung frei und vergütet diese mit acht Stunden.

Der Kläger hat am 11.06.2015 4 Stunden und 20 Minuten, am 20.08.2015 9 Stunden und 36 Minuten und am 24.09.2015 3 Stunden und 9 Minuten, insgesamt 17 Stunden und 5 Minuten Betriebsratsarbeit geleistet. Die Beklagte stellte den Kläger für die jeweils vorhergehende Nachtschicht, die er nach dem Schichtplan hätte leisten müssen, frei und vergütete die jeweilige Schicht mit acht Stunden. Sie lehnte es allerdings ab, auf dem Arbeitszeitkonto des Klägers zusätzlich eine Gutschrift für die Dauer der Teilnahme an den Betriebsratssitzungen vorzunehmen.

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, die Beklagte sei nach § 37 Abs. 3 BetrVG verpflichtet, ihm für die Betriebsratstätigkeit am 11.6., 20.08. und 24.09.2015 insgesamt 17 Stunden und 5 Minuten auf seinem Arbeitszeitkonto gutzuschreiben. Die Freistellung in den jeweils vorhergehenden Nachtschichten sei auf diesen Anspruch nicht anzurechnen. Die Beklagte sei nach § 37 Abs. 2 BetrVG verpflichtet gewesen, ihn für die vorhergehenden Nachtschichten freizustellen, weil ihm die Teilnahme an den Nachtschichten vor den anstehenden Betriebsratssitzungen unzumutbar gewesen sei, und zwar unabhängig davon, ob man Betriebsratstätigkeit als Arbeitszeit qualifiziere oder nicht. Die beiden Vorschriften regelten unterschiedliche Bereiche und stünden nebeneinander.

Er, der Kläger, könne daher gemäß § 37 Abs. 3 BetrVG für die Betriebsratstätigkeit am 11.06., 20.08. und 24.09.2015 einen Freizeitausgleich neben dem gemäß § 37 Abs. 2 BetrVG in den vorhergehenden Nachtschichten gewährten Zeitausgleich verlangen.

Der Kläger hat beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, seinem Arbeitszeitkonto weitere 17 Stunden und 53 Minuten gutzuschreiben.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hat die Auffassung vertreten, dass sie den Anspruch des Klägers durch die Freistellung in den vorhergehenden Nachtschichten erfüllt habe. Ein weiterer Anspruch auf Freizeitausgleich würde zu einer unzulässigen Begünstigung des Klägers führen.

Das Arbeitsgericht hat der Klage in Höhe von 1 Stunde und 36 Minuten stattgegeben und sie im Übrigen abgewiesen. Zur Begründung hat das Arbeitsgericht unter Berücksichtigung eines dem Kläger unterlaufenen Rechenfehlers bei der Antragstellung im Wesentlichen ausgeführt, ein Anspruch des Klägers auf Freizeitgewährung für geleistete Betriebsratsarbeit im Umfang von 17 Stunden und 5 Minuten (nicht wie beantragt 17 Stunden und 53 Minuten) bestehe lediglich im Umfang von 1 Stunde und 36 Minuten. Soweit der Kläger eine weitere Gutschrift auf seinem Arbeitszeitkonto in Höhe von 15 Stunden und 29 Minuten verlange, bestehe ein Anspruch des Klägers auf Freizeitausgleich nicht, weil insoweit kein Einsatz des Klägers zusätzlich zur vertraglich geschuldeten Arbeitszeit erfolgt sei. Betriebsratstätigkeit liege nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts nur insoweit außerhalb der Arbeitszeit im Sinne des § 37 Abs. 3 S. 1 BetrVG, als sie zusätzlich zu der durch Arbeitsleistung oder durch erforderliche Betriebsratstätigkeit ausgefüllten vertraglichen Arbeitszeit des Betriebsratsmitgliedes geleistet werde. Die Ausübung der Betriebsratstätigkeit im Umfang von 15 Stunden und 29 Minuten habe nicht dazu geführt, dass der Kläger weniger Freizeit gehabt habe als wenn er gearbeitet habe. Die Summe aus

Arbeitszeit und Betriebsratstätigkeit liege insoweit unterhalb der Zeit, die der Kläger nach seinem Arbeitsvertrag für den Betrieb hätte aufwenden müssen. Nur dieses Ergebnis stehe auch im Einklang mit der in § 37 Abs. 1 BetrVG normierten Ehrenamtlichkeit der Betriebsratstätigkeit. Andernfalls würde der Kläger eine nach § 78 S. 2 BetrVG verbotene Begünstigung erhalten, denn der Kläger hätte bei gleichem Verdienst mehr Freizeit als ein Kollege, der nicht Betriebsratsmitglied sei. Allerdings bestehe für die Teilnahme an der Betriebsrats-sitzung vom 20.08.2015 ein Anspruch auf Freizeitgewährung im Umfang von 1 Stunde und 36 Minuten, die durch Gutschrift auf dem Arbeitszeitkonto des Klägers zu erfüllen sei. Die Sitzung am 20.08.2015 habe 9 Stunden und 36 Minuten gedauert. Dafür sei die vom Kläger zu erbringende Arbeitszeit zwar um 8 Stunden in der vorangehenden Nachtschicht reduziert worden. Es bleibe damit aber ein „Verlust“ des Klägers von 1 Stunde und 36 Minuten freier Zeit, die ihm gemäß § 37 Abs. 3 BetrVG durch Freizeitgewährung zu gewähren sei. Eine „Verrechnung“ mit Leistungen nach § 37 Abs. 2 BetrVG sei nicht möglich.

Gegen das ihm am 14.04.2016 zugestellte Urteil hat der Kläger mit einem am 17.05.2015 bei dem Landesarbeitsgericht eingegangenen Schriftsatz Berufung eingelegt und diese nach Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist bis zum 15.07.2016 mit einem am 07.07.2016 bei dem Landesarbeitsgericht eingegan-genen Schriftsatz begründet.

Nachdem die Berufungsbegründungsschrift der Beklagten am 12.07.2016 zu-gestellt worden ist, hat die Beklagte nach Verlängerung der Berufungserwide-rungsfrist bis zum 12.09.2016 mit einem am 12.09.2016 beim Landesarbeitsge-richt eingegangenen Schriftsatz Anschlussberufung eingelegt.

Mit seiner Berufung hält der Kläger unter Wiederholung seines erstinstanzlichen Vorbringens an seiner Auffassung fest, dass ihm neben dem Anspruch aus § 37 Abs. 2 BetrVG ein Anspruch aus § 37 Abs. 3 BetrVG zustehe. Die Erfüllung des Anspruchs aus § 37 Abs. 3 BetrVG sei durch die Freistellung in der der Be-triebsratstätigkeit vorangehenden Nachtschicht nicht möglich. Entgegen der Auffassung des Arbeitsgerichts handele es sich um zusätzlich aufgewendete Zeit. Das Arbeitsgericht habe die der Betriebsratstätigkeit vorausgehende Nachtschicht unzutreffend mit Freizeit gleichgesetzt.

Der Kläger beantragt,

das Urteil des Arbeitsgerichts Düsseldorf vom 30.03.2016, 3 Ca 6849/15, abzuändern und die Beklagte zu verurteilen, seinem Arbeitszeitkonto 17 Stunden und 5 Minuten, hilfsweise 15 Stunden und 29 Minuten gutzuschreiben.

Die Beklagte beantragt,

- 1. die Berufung zurückzuweisen.**
- 2. auf die Anschlussberufung das Urteil des Arbeitsgerichts Düsseldorf vom 30.03.2016, 3 Ca 6849/16, teilweise abzuändern und die Klage insgesamt abzuweisen.**

Der Kläger beantragt,

die Anschlussberufung zurückzuweisen.

Die Beklagte verteidigt das Urteil des Arbeitsgerichts unter Wiederholung ihres erstinstanzlichen Vorbringens und vertritt weiterhin die Auffassung, etwaige dem Kläger zustehende Ansprüche auf Freizeitausgleich gemäß § 37 Abs. 3 BetrVG durch die Freistellung des Klägers in den vorangehenden Nachtschichten erfüllt zu haben. Dass der Kläger auch aus anderen Anspruchsgrundlagen, namentlich § 37 Abs. 2 BetrVG die (teilweise) Freistellung in den Nachtschichten habe erlangen können, hindere den Erfüllungseinwand nicht. Beide Ansprüche könnten gleichzeitig erfüllt werden und seien nicht kumulativ anwendbar, weil dies zu einer unzulässigen Begünstigung des Betriebsratsmitgliedes führen würde. Zu Unrecht habe das Arbeitsgericht dem Kläger eine Gutschrift von 1 Stunde und 36 Minuten zugesprochen. Bei einer isolierten Betrachtung am 19./20.08.2015 könne die Auffassung des Arbeitsgerichts zutreffend sein. Da der Kläger aber unstreitig am 23.09.2015 durch Freistellung in der Nachtschicht mehr bezahlte Freizeit erhalten habe als er am darauf folgenden Tag Betriebsratstätigkeit geleistet habe, sei auch der Anspruch des Klägers in Höhe von 1 Stunde und 36 Minuten aus der Betriebsratstätigkeit vom 20.08.2015 erfüllt. Schließlich sei zu berücksichtigen, dass einer insgesamt 24-stündigen Freistellungszeit Betriebsratstätigkeit in Höhe von nur 17 Stunden und 5 Minuten gegenüberstehe.

Wegen des weiteren Berufungsvorbringens der Parteien wird auf ihre in zweiter Instanz gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie auf die Sitzungsprotokolle Bezug genommen.

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

I.

Die statthafte (§ 64 Abs. 1 ArbGG), nach dem Wert des Beschwerdegegenstandes zulässige (§ 64 Abs. 2 ArbGG), form- und fristgerecht eingelegte und begründete Berufung (§§ 66 Abs. 1 Satz 1, 64 Abs. 6 ArbGG i.V.m. §§ 519, 520 Abs. 3 ZPO) ist zulässig.

Auch die Anschlussberufung der Beklagten ist zulässig.

Die Möglichkeit der Anschließung wird nicht dadurch beschränkt, dass das Arbeitsgericht die Berufung nur für einen Teil des Rechtsstreits wegen grundsätzlicher Bedeutung zugelassen hat. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts erfordert die Anschlussberufung keine eigenständige Beschwer (vgl. BAG, Urteil vom 19.05.2016, 3 AZR 766/14, m.w.N., zitiert nach juris).

Die Anschlussberufung ist auch im Übrigen zulässig, insbesondere fristgerecht innerhalb der verlängerten Frist zur Beantwortung der Berufung eingelegt worden, § 64 Abs. 6 S. 1 ArbGG, § 524 Abs. 2 S. 2 ZPO.

II.

Die Berufung und die Anschlussberufung sind jedoch unbegründet. Das Arbeitsgericht hat die Klage mit Ausnahme der dem Kläger zutreffend zugesprochenen Zeitgutschrift von 1 Stunde und 36 Minuten zu Recht abgewiesen. Sowohl das Berufungsvorbringen als auch das Anschlussberufungsvorbringen sind nicht geeignet, die Entscheidung des Arbeitsgerichts abzuändern.

1. Die Berufung des Klägers hinsichtlich der abgewiesenen Gutschrift für 15 Stunden und 29 Minuten ist unbegründet.

Ein Anspruch auf Freizeitausgleich nach § 37 Abs. 3 BetrVG steht dem Kläger unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts für die durch das Arbeitsgericht abgewiesenen Stunden schon deshalb nicht zu, weil es sich bei der vom Kläger außerhalb der Arbeitszeit in diesem Stundenumfang ausgeführten Betriebsratstätigkeit nicht um eine zusätzliche, das heißt zu der beruflichen Tätigkeit des Klägers hinzutretende zeitliche Belastung gehandelt hat. Zum Zeitpunkt der geleisteten Betriebsratstätigkeit im Umfang von insgesamt 15 Stunden und 29 Minuten hatte der Kläger seine vertraglich geschuldete Arbeitszeit noch nicht durch Arbeitsleistung oder anderweitige Betriebsratstätigkeit abgeleistet.

Ein sich aus der Betriebsratstätigkeit ergebender Anspruch auf Arbeitsbefreiung unter Fortzahlung des Arbeitsentgelts zum Ausgleich von außerhalb des Schichtplans geleisteter Betriebsratstätigkeit des Klägers ist im Umfang von 15 Stunden und 29 Minuten jedenfalls durch Freistellung von der Arbeit in der vorhergehenden Nachtschicht erloschen.

a) In der bereits vom Arbeitsgericht zitierten Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 15.02.1989, 7 AZR 183/88, zitiert nach juris, hat das Bundesarbeitsgericht ausdrücklich ausgeführt, dass Betriebsratstätigkeit nur insoweit außerhalb der Arbeitszeit im Sinne des § 37 Abs. 3 S. 1 BetrVG liegt, als sie zusätzlich zu der (durch Arbeitsleistung oder erforderliche Betriebsratstätigkeit ausgefüllten) vertraglichen Arbeitszeit des Betriebsratsmitglieds geleistet wird. Dies ergibt sich nach den Ausführungen des Bundesarbeitsgerichts bereits aus Sinn und Zweck des § 37 Abs. 3 BetrVG, dem Betriebsratsmitglied einen Ausgleich für eine aus betrieblichen Gründen unvermeidbare Mehrbelastung zu geben, die über die übliche Arbeitszeit des Betriebsratsmitglieds hinausgeht. „Außerhalb der Arbeitszeit“ im Sinne von § 37 Abs. 3 S. 1 BetrVG heißt danach nicht nur, dass die Betriebsratstätigkeit in einem Zeitraum anfällt, der außerhalb der üblichen Arbeitszeit des Betriebsratsmitglieds liegt oder in dem das Betriebsratsmitglied - wie zum Beispiel der Kläger - eine Freiwoche hat, in der es keine Arbeitsleistung erbringen muss, sondern erforderlich ist darüber hinaus, dass die Betriebsratstätigkeit zusätzlich zur mit tatsächlicher Tätigkeit - sei es Arbeitsleistung oder Betriebsratstätigkeit - ausgefüllten vertraglichen Arbeitszeit anfällt. Nur in diesem Fall kommt es zu einer Mehrbelastung des Betriebsratsmitglieds. Zu einer Mehrbelastung kommt es nicht, wenn die außerhalb der Arbeitszeit durchgeführte Betriebsratstätigkeit zusammen mit der während der Arbeitszeit erbrachten Arbeitsleistung bzw. Betriebsratstätigkeit nicht wenigstens die vertraglich geschuldete Arbeitszeit in Anspruch genommen hat (vgl.

Fitting u.a., § 37 Rn 100, unter Hinweis auf BAG, Urteil vom 15.02.1989, 7 AZR 193/88).

Ausgehend von dieser Auffassung, der die Berufungskammer sich anschließt, ist für den Kläger durch die Betriebsratstätigkeit keine über die vertraglich geschuldete Arbeitszeit hinausgehende, mithin zusätzliche Leistung im Umfang von 15 Stunden und 29 Minuten angefallen. Die Beklagte hat dem Kläger anlässlich der Betriebsratstätigkeit im Umfang von 4 Stunden und 20 Minuten am 11.06.2015 und im Umfang von 3 Stunden und 9 Minuten am 24.09.2015 jeweils acht Stunden bezahlte Freistellung in der vorhergehenden Nachtschicht, mithin insgesamt 16 Stunden, gewährt. Demgegenüber hat der Kläger für die Betriebsratstätigkeit an diesen beiden Tagen nur 7 Stunden und 29 Minuten aufgewandt. Es ist mithin keine „Mehrarbeit“ angefallen, für die der Kläger einen weiteren Freizeitausgleich verlangen könnte. Am 20.08.2015 hat der Kläger Betriebsratstätigkeit im Umfang von 9 Stunden und 36 Minuten geleistet, für die er in der vorhergehenden Nachtschicht im Umfang von 8 Stunden freigestellt worden ist. Hier ergibt sich eine „Mehrarbeit“ im Umfang von 1 Stunde und 36 Minuten, die Gegenstand der Anschlussberufung ist.

Das vorstehend dargelegte Ergebnis steht nach Auffassung der Berufungskammer in Übereinstimmung mit der bereits erwähnten Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 15.02.1989, 7 AZR 193/88, zitiert nach juris, in der das Bundesarbeitsgericht in einem von der Sachlage her vergleichbaren Fall entschieden hat, dass ein der Betriebsratstätigkeit vorhergehend gewährter Zeitraum bezahlter Arbeitsfreistellung bei einem Anspruch nach § 37 Abs. 3 S. 1 BetrVG zu berücksichtigen ist und ein weiterer Freizeitausgleich nur dann entsteht, wenn bei einer zeitlichen Gegenüberstellung der bezahlten Freistellung und der geleisteten Betriebsratstätigkeit nur dann ein Freizeitausgleich nach § 37 Abs. 3 S. 1 BetrVG verlangt werden kann, wenn die Betriebsratstätigkeit zusätzlich zu der vertraglichen Arbeitszeit geleistet wird. Das ist vorliegend - wie ausgeführt - im Umfang von 15 Stunden und 29 Minuten nicht der Fall.

Unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts steht dem Kläger der geltend gemachte Anspruch im Umfang von 15 Stunden und 29 Minuten danach schon deshalb nicht zu, weil es bei ihm in diesem zeitlichen Umfang zu keiner Mehrbelastung gekommen ist.

b) Selbst wenn davon auszugehen wäre, dass ein Anspruch des Klägers auf Freizeitausgleich in diesem Umfang vorgelegen hat, so hätte die Beklagte diesen Anspruch jedenfalls erfüllt.

Die Erfüllung des Anspruchs nach § 37 Abs. 3 S. 1 BetrVG erfolgt durch Freistellung des Arbeitnehmers von seiner Pflicht, Arbeitsleistungen zu erbringen ohne Minderung der Vergütung. Wie bereits der Wortlaut des § 37 Abs. 3 S. 3 Halbs. 1 BetrVG ausdrückt („ist ... zu gewähren“), bedarf die Freistellung keiner Einigung, sondern einer empfangsbedürftigen gestaltenden Erklärung des Arbeitgebers, mit der er zum Zweck der Erfüllung des Arbeitsbefreiungsanspruchs nach § 37 Abs. 3 S. 1 BetrVG auf sein vertragliches Recht auf Leistung der geschuldeten Dienste in einem bestimmten Umfang verzichtet und die Arbeitspflicht des Betriebsratsmitglieds zum Erlöschen bringt. Es handelt sich damit um eine Weisung zur Verteilung der Arbeitszeit im Sinne von § 106 S. 1 GewO. Mit der Bestimmung der Zeit der Arbeitsleistung wird zugleich auch die Zeit bestimmt, während derer ein Arbeitnehmer keine Arbeit zu leisten hat. Beide Festlegungen unterliegen dem Weisungsrecht des Arbeitgebers nach § 106 S. 1 GewO. Das ermöglicht dem Arbeitgeber, die im Arbeitsvertrag nur rahmenmäßig umschriebene Leistungspflicht im Einzelnen nach Zeit, Art und Ort nach billigem Ermessen im Sinne von § 315 Abs. 3 BGB zu bestimmen (vgl. BAG, Urteil vom 15.02.2012, 7 AZR 774/10, Rn. 25, zitiert nach juris).

Die Bestimmungen zum Arbeitsbefreiungsanspruch nach § 37 Abs. 3 S. 1, S. 3 Halbs. 1 BetrVG enthalten keine den Grundsätzen der Urlaubsgewährung nach § 7 Abs. 1 S. 1 BUrlG entsprechenden Vorgaben zu seiner zeitlichen Festlegung. Der Arbeitgeber muss nicht bevorzugt die Wünsche des Arbeitnehmers entsprechend § 7 Abs. 1 S. 1 BUrlG berücksichtigen. Ihm steht bei der Gewährung der Arbeitsbefreiung vielmehr das Gestaltungsrecht zu, über zusammenhängende oder ratenweise Gewährung der Arbeitsbefreiung zu entscheiden und deren zeitliche Lage festzusetzen. Hierbei gibt es keinen generellen Vorrang der Interessen des Arbeitnehmers, wie ihn § 7 Abs. 1 BUrlG vorsieht. Damit ist andererseits nicht ausgeschlossen, dass der Arbeitgeber ein von dem Betriebsratsmitglied geäußertes Anliegen der zeitlichen Lage der Arbeitsbefreiung nach § 37 Abs. 3 S. 1 und S. 3 Halbs. 1 BetrVG bei der Freistellung berücksichtigen muss. Dies ist aber nur ein Aspekt der nach billigem Ermessen im Sinne von § 106 S. 1 GewO, § 315 Abs. 3 BGB festzulegenden zeitlichen Lage der Arbeitsbefreiung zur Erfüllung des Anspruchs nach § 37 Abs. 3 S. 1 BetrVG (vgl. BAG, Urteil vom 19.03.2014, 7 AZR 480/12, zitiert nach juris).

Der Beklagten steht danach für die zu gewährende Arbeitsbefreiung ein Bestimmungsrecht nach billigem Ermessen zu. Entgegen der Auffassung des Klägers ist dabei - jedenfalls für den hier zu entscheidenden Fall - unerheblich, dass die Beklagte den Kläger schon in der der Betriebsratsstätigkeit vorhergehenden Nachtschicht von der Arbeitsleistung freigestellt hat. In einem solchen Fall ist die außerhalb der Arbeitszeit erbrachte Betriebsratsstätigkeit bereit - ge-

wissermaßen im Vorgriff - insoweit abgegolten, als die erbrachte Betriebsratstätigkeit hinter der geschuldeten Arbeitszeit zurückbleibt. Dem Kläger ist allerdings zuzugestehen, dass die Beklagte im Rahmen des billigen Ermessens auch die Belange des Klägers, insbesondere an einer planbaren Freizeitgestaltung, zu beachten hat. Dass die Beklagte bei der Gewährung der bezahlten Freistellung in der der Betriebsratstätigkeit vorhergehenden Nachtschicht billiges Ermessen verletzt hat, ist jedoch nicht ersichtlich. Da die Freistellung in der jeweiligen Nachtschicht nach übereinstimmendem Vortrag der Parteien in der mündlichen Verhandlung vor der Berufungskammer lange vorher feststand, weil auch die anfallende Betriebsratstätigkeit feststand, konnte der Kläger die ihm gewährte Freistellung planbar als Freizeit nutzen. Der Einwand des Klägers in der mündlichen Verhandlung, die Freistellung während der Nachtschicht könne nicht als Freizeit angesehen werden, weil er sich für die am nächsten Tag erfolgende Betriebsratssitzung „fit“ halten müsse, greift nicht durch, denn dieses Problem ergibt sich auch, wenn der Kläger zum Beispiel in der Mitte der Freiwoche Betriebsratstätigkeit zu erledigen hat. Auch in einem derartigen Fall ist der der Betriebsratstätigkeit vorhergehende Tag der Freiwoche zweifellos Freizeit.

Dass die Beklagte für die Freizeitgewährung einen Zeitraum gewählt hat, in dem der Kläger - zumindest für einen Teil der Nachtschicht - auch nach § 37 Abs. 2 BetrVG freizustellen war, steht der Ausübung billigen Ermessens nicht entgegen, sondern könnte sogar im Hinblick darauf, dass ein Betriebsratsmitglied nach § 78 BetrVG nicht begünstigt werden darf, geboten sein, denn der Kläger hat bereits durch die achtstündige bezahlte Freistellung - bis auf 1 Stunde und 36 Minuten - mehr persönliche Freizeit erhalten als er durch Betriebsratstätigkeit verbraucht hat. Diese Frage kann letztlich jedoch offen bleiben, da jedenfalls nicht ersichtlich ist, warum die Freizeitgewährung in der vorhergehenden Nachtschicht gegen billiges Ermessen verstoßen sollte. Es gibt keinen Grund, die nach § 37 Abs. 2 gebotene und erfolgte Befreiung von der beruflichen Tätigkeit nicht zugleich als die nach Abs. 3 der Vorschrift gebotene Arbeitsbefreiung anzusehen (so auch LAG Niedersachsen, Urteil vom 13.03.2001, 9 Sa 1712/00, zitiert nach juris). Das Gesetz enthält keine Regelung, in welcher Weise der Anspruch auf Arbeitsbefreiung zu erfüllen ist, insbesondere ist es nicht ausgeschlossen, die Freizeit im Vorgriff zu gewähren. Das muss jedenfalls dann gelten, wenn - wie vorliegend - die Freizeit vom Arbeitgeber in Ansehung der bevorstehenden Betriebsratstätigkeit gewährt wird und planbar als Freizeit genutzt werden kann.

Die im vorliegenden Verfahren konkret zu überprüfende von der Beklagten gewährte Freistellung verletzt somit die Grundsätze der Ausübung billigen Ermes-

sens nicht. Ob dies in Einzelfällen - wenn zum Beispiel die gewährte Freizeit wegen fehlender Planbarkeit für das Betriebsratsmitglied nicht als Freizeit genutzt werden kann - anders zu beurteilen sein könnte, ist vorliegend nicht zu entscheiden.

Klarstellend ist darauf hinzuweisen, dass dem Kläger nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts im Umfang von 15 Stunden und 29 Minuten schon kein Anspruch aus § 37 Abs. 3 S. 1 BetrVG zusteht, weil nur zusätzlich aufgewandte Freizeit auszugleichen ist. Die Erwägungen zur Erfüllung eines etwaigen Anspruchs des Klägers in einem Zeitraum, in dem der Kläger auch auf der Rechtsgrundlage des § 37 Abs. 2 BetrVG freizustellen war, sind lediglich ergänzend erfolgt, so dass eine Divergenz zur Entscheidung des Landesarbeitsgerichts Hamm vom 20.02.2015, 13 Sa 1386/14, zitiert nach juris, nicht vorliegt.

Dem Kläger steht danach kein Anspruch darauf zu, dass die Beklagte seinem Arbeitszeitkonto wegen der Betriebsratstätigkeit 15 Stunden und 29 Minuten gutschreibt. Die Berufung des Klägers war somit zurückzuweisen.

2. Die Anschlussberufung der Beklagten ist ebenfalls unbegründet.

Wie sich aus einer zeitlichen Gegenüberstellung der Betriebsratstätigkeit des Klägers am 20.08.2015 im Umfang von 9 Stunden und 36 Minuten und der Freistellung in der vorhergehenden Nachtschicht im Umfang von 8 Stunden ergibt, verbleibt eine „Mehrarbeit“ im Umfang von 1 Stunde und 36 Minuten. Die Arbeitsbefreiung ist gemäß § 37 Abs. 3 S. 2 Halbs. 1 BetrVG vor Ablauf eines Monats zu gewähren. Für den Beginn der Frist ist der Zeitpunkt maßgeblich, an dem das Betriebsratsmitglied aus betriebsbedingten Gründen Betriebsratstätigkeit außerhalb der Arbeitszeit durchgeführt hat. Vorliegend ist die Betriebsratstätigkeit, die die Beklagte im Umfang von 1 Stunde und 36 Minuten auf eine Freistellung in der Nachtschicht vom 23.09.2015 „verrechnen“ will, am 20.08.2015, also außerhalb der Monatsfrist im Sinne des Gesetzes, angefallen. Der Arbeitgeber ist zwar nicht im Sinn einer Ausschlussfrist an die gesetzliche Monatsfrist gebunden (vgl. BAG, Urteil vom 19.03.2014, 7 AZR 480/12, zitiert nach juris). Die Freistellung bedarf jedoch - wie bereits ausgeführt - einer empfangsbedürftigen gestaltenden Erklärung des Arbeitgebers, mit der er zum Zweck der Erfüllung des Arbeitsbefreiungsanspruchs nach § 37 Abs. 3 S. 1 BetrVG auf sein vertragliches Recht auf Leistung der geschuldeten Dienste in einem bestimmten Umfang verzichtet und die Arbeitspflicht des Betriebsratsmitglieds zum Erlöschen bringt. Dass bezüglich der am 20.08.2015 geleisteten Betriebsratstätigkeit im Umfang von 1 Stunde und 36 Minuten eine derartige

Bestimmung gegenüber dem Kläger erklärt worden ist, hat die Beklagte selbst nicht behauptet. Danach kann nicht festgestellt werden, dass die Beklagte diesen Freizeitausgleichsanspruch des Klägers erfüllt hat.

Die Anschlussberufung war mithin zurückzuweisen.

III.

Die Kosten des erfolglos gebliebenen Rechtsmittels waren gemäß §§ 64 Abs. 6 ArbGG, 97 Abs. 1, 92 Abs. 2 Nr. 1 ZPO dem Kläger aufzugeben.

IV.

Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision (§ 72 Abs. 2 ArbGG) sind nicht gegeben. Demgemäß war auszusprechen, dass die Revision nicht zugelassen wird.

RECHTSMITTELBELEHRUNG

Gegen dieses Urteil ist ein Rechtsmittel nicht gegeben.
Wegen der Möglichkeit der Nichtzulassungsbeschwerde wird auf § 72a ArbGG verwiesen.

Paßlick

Ehrhardt

Berger