

Bundesarbeitsgericht
Siebter Senat

Urteil vom 15. Mai 2019
- 7 AZR 397/17 -
ECLI:DE:BAG:2019:150519.U.7AZR397.17.0

I. Arbeitsgericht Düsseldorf

Urteil vom 30. März 2016
- 3 Ca 6850/15 -

II. Landesarbeitsgericht Düsseldorf

Urteil vom 18. Januar 2017
- 7 Sa 393/16 -

Entscheidungsstichworte:

Betriebsratstätigkeit - Freizeitausgleich

Hinweis des Senats:

Parallelentscheidung zu führender Sache - 7 AZR 396/17 -

BUNDEsarbeitsgericht



7 AZR 397/17

7 Sa 393/16

Landesarbeitsgericht

Düsseldorf

Im Namen des Volkes!

Verkündet am

15. Mai 2019

URTEIL

Schiege, Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungskläger und Revisionskläger,

pp.

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Siebte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 15. Mai 2019 durch die Vorsitzende Richterin am Bundesarbeitsgericht Gräfl, die Richter am Bundesarbeitsgericht Klose und Waskow sowie die ehrenamtlichen Richter Glock und Prof. Dr. Deinert für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 18. Januar 2017 - 7 Sa 393/16 - aufgehoben.

Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Arbeitsgerichts Düsseldorf vom 30. März 2016 - 3 Ca 6850/15 - im Hinblick auf die Kostenentscheidung und insoweit abgeändert, als die Klage im Umfang einer Zeitgutschrift von sieben Stunden und 18 Minuten abgewiesen wurde.

Die Beklagte wird verurteilt, dem Arbeitszeitkonto des Klägers sieben Stunden und 18 Minuten gutzuschreiben.

Von den Kosten des Rechtsstreits erster Instanz haben der Kläger 60 % und die Beklagte 40 % zu tragen. Die Kosten der Berufung sowie der Revision hat die Beklagte zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über Zeitgutschriften auf dem Arbeitszeitkonto des Klägers. 1

Der Kläger ist Mitglied des im Betrieb der Beklagten gebildeten Betriebsrats. Er ist in vollkontinuierlicher Wechselschicht beschäftigt. Dabei folgt auf eine Woche Frühschicht eine Woche Spätschicht, darauf eine Woche Nachtschicht und sodann eine Freiwoche. Findet am ersten Tag der Freiwoche eine Betriebsratssitzung statt, stellt die Beklagte den Kläger in der vorhergehenden Nachtschicht unter Fortzahlung der Vergütung für acht Stunden von der Arbeitsleistung frei. 2

Der Kläger nahm am ersten Tag seiner Freiwoche am 23. Juli 2015 in der Zeit von 08:23 Uhr bis 15:41 Uhr an einer Betriebsratssitzung teil. Die Beklagte hatte ihn in der vorhergehenden Nachtschicht unter Fortzahlung der Vergütung für acht Stunden von der Arbeitsleistung freigestellt. Sie lehnte es allerdings ab, dem Kläger für die Dauer der am 23. Juli 2015 erbrachten Betriebsratstätigkeit darüber hinaus Freizeitausgleich zu gewähren. 3

Mit der vorliegenden Klage hat der Kläger zuletzt noch die Gutschrift von sieben Stunden und 18 Minuten auf seinem Arbeitszeitkonto für die Zeit der Betriebsratstätigkeit am 23. Juli 2015 geltend gemacht. 4

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, die Beklagte sei nach § 37 Abs. 3 BetrVG verpflichtet, ihm Freizeitausgleich in dieser Höhe für die Zeit der Wahrnehmung von Betriebsratstätigkeit außerhalb der Arbeitszeit zu gewähren. 5

Der Kläger hat zuletzt beantragt, die Beklagte zu verurteilen, seinem Arbeitszeitkonto sieben Stunden und 18 Minuten gutzuschreiben. 6

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat den Standpunkt eingenommen, dem geltend gemachten Anspruch stehe entgegen, dass dem Kläger unter Berücksichtigung seiner Freistellung in der vorherigen Nachschicht durch die Betriebsratstätigkeit keine - im Verhältnis zu seiner persönlichen Arbeitszeit - zusätzliche zeitliche Belastung entstanden sei. Betriebsratstätigkeit liege nur dann „außerhalb der Arbeitszeit“ iSv. § 37 Abs. 3 BetrVG, wenn die persönliche Arbeitszeit bereits durch Arbeitsleistung oder Betriebsratstätigkeit ausgefüllt gewesen sei. Dies sei hier aufgrund der Freistellung in der vorherigen Schicht nicht der Fall. Jedenfalls habe sie etwaige Freizeitausgleichsansprüche durch die Freistellung in der vorangehenden Nachtschicht erfüllt. Eine kumulative Zuerkennung von Ansprüchen aus § 37 Abs. 2 und Abs. 3 BetrVG führe zu einer unzulässigen Begünstigung des Betriebsratsmitglieds. 7

Das Arbeitsgericht hat die Klage, mit der der Kläger zunächst eine Zeitgutschrift von 17 Stunden und 53 Minuten und nach einer teilweisen Klagerücknahme zuletzt von acht Stunden und 18 Minuten verlangt hatte, abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des Klägers, mit der er noch eine Zeitgutschrift von sieben Stunden und 18 Minuten geltend gemacht hat, zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt der Kläger sein beim Landesarbeitsgericht geltend gemachtes Begehren weiter. Die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen. 8

Entscheidungsgründe

- Die Revision des Klägers ist begründet. Das Landesarbeitsgericht hat 9
die Klage, soweit sie in der Revision noch anhängig ist, zu Unrecht abgewiesen.
Die zulässige Klage ist entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts
begründet.
- I. Die Klage ist nach der gebotenen Auslegung des Klageantrags zuläs- 10
sig, insbesondere hinreichend bestimmt iSv. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO.
1. Der Antrag, einem Arbeitszeitkonto Stunden „gutzuschreiben“, ist hin- 11
reichend bestimmt, wenn der Arbeitgeber für den Arbeitnehmer ein Zeitkonto
führt, auf dem zu erfassende Arbeitszeiten nicht aufgenommen wurden und
noch gutgeschrieben werden können und das Leistungsbegehren konkretisiert,
an welcher Stelle des Arbeitszeitkontos die Gutschrift erfolgen soll (*BAG*
26. September 2018 - 7 AZR 829/16 - Rn. 12; 18. Januar 2017 - 7 AZR 224/15 -
Rn. 16, BAGE 158, 31; 28. September 2016 - 7 AZR 248/14 - Rn. 21; 29. Juni
2016 - 5 AZR 617/15 - Rn. 14 mwN, BAGE 155, 310). Weist das Arbeitszeitkon-
to geleistete Mehr- oder Überarbeit aus oder solche Zeiten, die durch Freistel-
lung von der Arbeitspflicht bei Fortzahlung der Vergütung auszugleichen sind,
ist der Streitgegenstand iSd. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO hinreichend bestimmt,
wenn sich der Antrag auf eine Gutschrift von solchen Zeiten in einem genau
angegebenen Umfang bezieht (vgl. BAG 26. September 2018 - 7 AZR 829/16 -
Rn. 12; 18. Januar 2017 - 7 AZR 224/15 - Rn. 16, aaO; 15. Februar 2012
- 7 AZR 774/10 - Rn. 17).
2. Danach ist der Antrag zulässig. Die Beklagte führt für den Kläger ein 12
Arbeitszeitkonto, auf dem die begehrte Gutschrift von sieben Stunden und
18 Minuten noch erfolgen kann. Die Beklagte hat nicht behauptet, dass die An-
gaben in diesem Arbeitszeitkonto nicht mehr korrigiert werden könnten. An wel-
cher Stelle des Arbeitszeitkontos die Gutschrift erfolgen soll, kommt zwar im
Wortlaut des Antrags nicht zum Ausdruck. Insoweit lässt der Antrag aber bei

gebotener, auf die Ermöglichung einer Sachentscheidung gerichteten Auslegung (vgl. BAG 18. Januar 2017 - 7 AZR 224/15 - Rn. 17, BAGE 158, 31; 23. März 2016 - 5 AZR 758/13 - Rn. 22, BAGE 154, 337) den Inhalt der vom Kläger begehrten Entscheidung erkennen. Der Kläger verlangt die Gutschrift für die Zeit der Betriebsratstätigkeit außerhalb seiner Arbeitszeit am 23. Juli 2015 in der Zeit von 08:23 Uhr bis 15:41 Uhr im Umfang von sieben Stunden und 18 Minuten. Damit ist das Klagebegehren für die Bestimmung des Umfangs der Rechtskraft hinreichend bestimmt.

II. Die Klage ist entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts begründet. Die Beklagte ist nach § 37 Abs. 3 Satz 1 BetrVG iVm. § 611 BGB verpflichtet, dem Arbeitszeitkonto des Klägers sieben Stunden und 18 Minuten gutzuschreiben. 13

1. Da das Arbeitszeitkonto den Vergütungsanspruch verbindlich bestimmt, hat der Arbeitnehmer einen Anspruch auf korrekte Führung. Geleistete Arbeit ist gemäß § 611 Abs. 1 BGB (*seit dem 1. April 2017 § 611a Abs. 2 BGB*) in das Konto aufzunehmen. Diese Grundsätze gelten ebenso für Angaben, die ein durch Befreiung von der Arbeitspflicht auszugleichendes Zeitguthaben ausweisen. Auch hinsichtlich dieser Daten hat der Arbeitnehmer einen Anspruch auf korrekte Führung des Arbeitszeitkontos und kann bei fehlerhaften Angaben eine Berichtigung verlangen (BAG 26. September 2018 - 7 AZR 829/16 - Rn. 15; 18. Januar 2017 - 7 AZR 224/15 - Rn. 34, BAGE 158, 31; 15. Februar 2012 - 7 AZR 774/10 - Rn. 20). 14

2. Der Kläger hat aufgrund seiner Betriebsratstätigkeit am 23. Juli 2015 nach § 37 Abs. 3 Satz 1 BetrVG Anspruch auf Arbeitsbefreiung im Umfang von sieben Stunden und 18 Minuten und daher auch auf die erstrebte Berichtigung des Arbeitszeitkontos durch eine entsprechende Gutschrift. 15

a) Nach § 37 Abs. 3 Satz 1 BetrVG hat ein Betriebsratsmitglied zum Ausgleich für Betriebsratstätigkeit, die aus betriebsbedingten Gründen außerhalb der Arbeitszeit durchzuführen ist, Anspruch auf entsprechende Arbeitsbefreiung unter Fortzahlung des Arbeitsentgelts. Betriebsbedingte Gründe liegen nach 16

§ 37 Abs. 3 Satz 2 BetrVG auch vor, wenn die Betriebsratstätigkeit wegen der unterschiedlichen Arbeitszeiten der Betriebsratsmitglieder nicht innerhalb der persönlichen Arbeitszeit erfolgen kann. Fällt die Betriebsratstätigkeit eines in Wechselschicht arbeitenden Betriebsratsmitglieds in dessen schichtfreie Zeit, wird sie daher aus betriebsbedingten Gründen außerhalb seiner persönlichen Arbeitszeit durchgeführt (vgl. BAG 18. Januar 2017 - 7 AZR 224/15 - Rn. 36, BAGE 158, 31; 16. April 2003 - 7 AZR 423/01 - zu I 1 der Gründe, BAGE 106, 87; zur Tätigkeit eines Wahlvorstands BAG 26. April 1995 - 7 AZR 874/94 - zu I 1 b der Gründe, BAGE 80, 54).

b) Hiernach hat der Kläger aufgrund der außerhalb seiner Arbeitszeit erbrachten - unstreitig erforderlichen - Betriebsratstätigkeit am 23. Juli 2015 nach § 37 Abs. 3 Satz 1 BetrVG einen Freizeitausgleichsanspruch im Umfang von sieben Stunden und 18 Minuten erworben. Nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts musste diese Betriebsratstätigkeit wegen der unterschiedlichen Arbeitszeiten der Betriebsratsmitglieder und damit aus betriebsbedingten Gründen iSv. § 37 Abs. 3 Satz 2 BetrVG außerhalb der Schicht des Klägers durchgeführt werden.

17

c) Dem Anspruch steht nicht entgegen, dass der Kläger von der Beklagten in der vor der Betriebsratstätigkeit liegenden Nachtschicht nicht zur Arbeit herangezogen, sondern von der Verpflichtung zur Arbeitsleistung freigestellt wurde. Betriebsratstätigkeit liegt nicht nur dann „außerhalb der Arbeitszeit“ iSv. § 37 Abs. 3 Satz 1 BetrVG, wenn sie zusätzlich zu der durch Arbeitsleistung oder erforderliche Betriebsratstätigkeit bereits ausgefüllten vertraglichen Arbeitszeit des Betriebsratsmitglieds geleistet wird (so im Ergebnis bereits BAG 18. Januar 2017 - 7 AZR 224/15 - Rn. 35 ff., BAGE 158, 31; 19. März 2014 - 7 AZR 480/12 - Rn. 23 ff.). Vielmehr kommt es für den Freizeitausgleichsanspruch nach § 37 Abs. 3 Satz 1 BetrVG ausschließlich darauf an, ob die Betriebsratstätigkeit aus betriebsbedingten Gründen zu einer Zeit zu leisten ist, zu der das Betriebsratsmitglied keine Arbeitsleistungen zu erbringen hätte. Das ergibt die Auslegung von § 37 Abs. 3 BetrVG. An der gegenteiligen Auffassung in den Entscheidungen vom 15. Februar 1989 (- 7 AZR 193/88 - zu 2 der Grün-

18

de) und vom 7. Juni 1989 (- 7 AZR 597/88 - zu II der Gründe) hält der Senat nicht fest.

aa) Bereits der Wortlaut des § 37 Abs. 3 Satz 1 BetrVG spricht für dieses Verständnis. Danach erhält das Betriebsratsmitglied zum Ausgleich für Betriebsratstätigkeit, die aus betriebsbedingten Gründen „außerhalb der Arbeitszeit“ durchzuführen ist, entsprechende Arbeitsbefreiung unter Fortzahlung des Arbeitsentgelts. Die Präposition „außerhalb“ beschreibt ein räumlich oder reichsmäßig abgrenzendes Verhältnis zu einem bestimmten Bezugspunkt (hier die Arbeitszeit des Betriebsratsmitglieds), etwa iSv. „nicht in einem Bereich“ oder „nicht in einem bestimmten Zeitraum“ liegend (vgl. *Duden Deutsches Universalwörterbuch* 8. Aufl.; *Wahrig Deutsches Wörterbuch* 9. Aufl.). Damit deutet bereits der Wortlaut, mag er auch nicht völlig eindeutig sein, darauf hin, dass es für den Freizeitausgleichsanspruch lediglich auf die zeitliche Lage der Betriebsratstätigkeit außerhalb der festgelegten Arbeitszeit des Betriebsratsmitglieds ankommt, nicht aber darauf, ob durch die erbrachte Arbeitsleistung und die Betriebsratstätigkeit der vertraglich geschuldete Umfang der Arbeitszeit überschritten und die Betriebsratstätigkeit daher zusätzlich geleistet wird.

19

bb) Diese Sichtweise entspricht Sinn und Zweck des § 37 Abs. 3 BetrVG. Die Norm 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 (*BAG 16. Januar 2008 - 7 ABR 71/06 - Rn. 15, BAGE 125, 242*) und zwar grundsätzlich dergestalt, dass an einem anderen Arbeitstag bezahlte Arbeitsbefreiung in entsprechendem Umfang gewährt wird (*BAG 27. Juli 2016 - 7 AZR 255/14 - Rn. 16*). Der in § 37 Abs. 3 BetrVG geregelte Freizeitausgleich für die außerhalb der Arbeitszeit durchgeführte Betriebsratstätigkeit betrifft lediglich die Folgen einer aus betriebsbedingten Gründen notwendigen Abweichung von dem Grundsatz, dass Betriebsratstätigkeit während der Arbeitszeit stattzufinden hat. Während § 37 Abs. 2 BetrVG das Betriebsratsmitglied vor einer Minderung seines Arbeitsentgelts wegen Arbeitsversäumnis infolge notwendiger Betriebsratstätigkeit schützt, soll der Ausgleichsanspruch

20

nach § 37 Abs. 3 BetrVG verhindern, dass Betriebsratsmitglieder, die aus betriebsbedingten Gründen ihre Betriebsratstätigkeit nicht während der Arbeitszeit ausführen können, durch einen Verlust persönlicher Freizeit benachteiligt werden. Es handelt sich im Ergebnis um ein zeitlich verschobenes Arbeitsentgelt für eine sonst in der persönlichen Arbeitszeit anfallende Betriebsratstätigkeit, die nur infolge eines dem Arbeitgeber zuzurechnenden Umstands in die Freizeit verlegt worden ist (*BAG 5. Mai 2010 - 7 AZR 728/08 - Rn. 29, BAGE 134, 233*).

Der in § 37 Abs. 3 Satz 1 BetrVG geregelte Freizeitausgleich soll somit nicht in erster Linie eine überobligatorische Arbeitsbelastung kompensieren; vielmehr geht es vornehmlich um einen Ausgleich für die betriebsbedingte Aufopferung persönlicher Freizeit, in der das Betriebsratsmitglied üblicherweise seinen Freizeitaktivitäten nachgehen und diese entsprechend planen kann. Dieses Freizeitopfer wird unabhängig davon erbracht, ob das Betriebsratsmitglied - aus welchen Gründen auch immer - während der persönlichen Arbeitszeit zuvor vom Arbeitgeber (ganz oder teilweise) nicht zur Arbeit herangezogen wurde.

21

cc) Setzte der Freizeitausgleichsanspruch nach § 37 Abs. 3 Satz 1 BetrVG voraus, dass die außerhalb der persönlichen Arbeitszeit erbrachte Betriebsratstätigkeit zusätzlich zu der durch Arbeitsleistung oder erforderliche Betriebsratstätigkeit ausgefüllten vertraglichen Arbeitszeit des Betriebsratsmitglieds erbracht wird, bliebe zudem unklar, auf welchen Zeitraum die Ermittlung einer zusätzlichen Belastung zu beziehen wäre. Denkbar wäre etwa, im Hinblick auf die Belastung durch Arbeitsleistung oder Mandatstätigkeit während der Arbeitszeit nur auf den unmittelbar vor der Betriebsratstätigkeit liegenden Arbeitsabschnitt abzustellen. Genauso denkbar wäre es indes, auch weiter zurückliegende Zeiträume in die Betrachtung der Belastung einzubeziehen. So hat der Senat etwa in der Entscheidung vom 15. Februar 1989 (- 7 AZR 193/88 -) den vom klagenden Betriebsratsmitglied geltend gemachten Freizeitausgleichsanspruch für eine außerhalb der persönlichen Arbeitszeit liegende samstägliche Heimreise von einer dreitägigen auswärtigen Betriebsräteversammlung mit der Begründung abgelehnt, die Betriebsräteversammlung habe an den Tagen vor

22

der Heimfahrt jeweils nicht die volle Arbeitszeit von acht Stunden in Anspruch genommen. Ein derart weitreichendes Verständnis ließe es auch zu, noch weiter zurückliegende Freizeitphasen zu berücksichtigen. Das würde letztlich eine langfristige Saldierung von durch Arbeitsleistung und Betriebsratstätigkeit ausgefüllter Arbeitszeit und außerhalb der Arbeitszeit erbrachter Betriebsratstätigkeit bedeuten. Dies wäre jedoch weder mit dem Wortlaut noch mit Sinn und Zweck der Norm vereinbar.

dd) Das Betriebsratsmitglied wird entgegen der Auffassung der Beklagten durch die Gewährung von Freizeitausgleich auch bei einer Freistellung von der Arbeit in der der Betriebsratstätigkeit vorausgehenden Schicht nicht entgegen § 78 Satz 2 BetrVG unzulässig wegen seiner Betriebsratstätigkeit begünstigt. 23

(1) Stellt der Arbeitgeber das Betriebsratsmitglied mit Rücksicht auf eine zu erwartende außerhalb der Arbeitszeit liegende Betriebsratstätigkeit in der vorherigen Schicht frei, erfolgt dies regelmäßig aufgrund einer aus § 37 Abs. 2 BetrVG folgenden rechtlichen Verpflichtung, denn ein Betriebsratsmitglied, das an einer außerhalb seiner persönlichen Arbeitszeit stattfindenden Betriebsratssitzung teilnimmt und dem es deswegen unmöglich oder unzumutbar ist, seine vor oder nach der Betriebsratssitzung liegende Arbeitszeit einzuhalten, hat insoweit gemäß § 37 Abs. 2 BetrVG einen Anspruch auf bezahlte Arbeitsbefreiung (*BAG 18. Januar 2017 - 7 AZR 224/15 - Rn. 22, BAGE 158, 31; 7. Juni 1989 - 7 AZR 500/88 - zu 3 der Gründe, BAGE 62, 83*). Demgegenüber dient der Freizeitausgleich nach § 37 Abs. 3 BetrVG der Kompensation der betriebsbedingten Aufopferung persönlicher Freizeit durch ehrenamtliche Betriebsratstätigkeit. Der bezahlten Freistellung während der Schicht vor der Betriebsratssitzung nach § 37 Abs. 2 BetrVG und dem späteren Freizeitausgleich nach § 37 Abs. 3 BetrVG liegen daher unterschiedliche Schutzzwecke zu Grunde, die jeweils für sich genommen den jeweiligen Anspruch rechtfertigen. Die Gewährung von Freizeitausgleich zusätzlich zu der Freistellung in der vorherigen Schicht verschafft dem Betriebsratsmitglied daher keinen unzulässigen Vorteil. 24

(2) Zudem ist es dem Arbeitgeber grundsätzlich unbenommen, die von der Beklagten monierte „Verdoppelung“ der zu gewährenden Freizeit und die Entstehung eines „Freizeitbergs“ dadurch zu verhindern, dass er den nach § 37 Abs. 3 BetrVG entstandenen Freizeitausgleichsanspruch in einer der nächsten Schichten erfüllt, die vor einer außerhalb der Arbeitszeit zu erbringenden Betriebsratstätigkeit liegt. Das ist entgegen der Auffassung des Klägers nicht ausgeschlossen. Wie bereits der Wortlaut des § 37 Abs. 3 Satz 3 Halbs. 1 BetrVG ergibt („ist ... zu gewähren“), bedarf die Gewährung von Freizeitausgleich keiner Einigung, sondern einer empfangsbedürftigen gestaltenden Erklärung des Arbeitgebers, mit der er zum Zweck der Erfüllung des Arbeitsbefreiungsanspruchs nach § 37 Abs. 3 Satz 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 iSv. § 106 Satz 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 Satz 1 GewO. Das ermöglicht es dem Arbeitgeber, die im Arbeitsvertrag nur rahmenmäßig umschriebene Leistungspflicht im Einzelnen nach Zeit, Art und Ort nach billigem Ermessen iSv. § 315 Abs. 3 BGB zu bestimmen (*vgl. BAG 19. März 2014 - 7 AZR 480/12 - Rn. 19; 15. Februar 2012 - 7 AZR 774/10 - Rn. 25*). Die Grenzen billigen Ermessens sind gewahrt, wenn der Arbeitgeber bei seiner Entscheidung die wesentlichen Umstände des Einzelfalls abgewogen und die beiderseitigen Interessen angemessen berücksichtigt hat. Der Arbeitgeber kann danach bei der zeitlichen Lage der Gewährung des Freizeitausgleichs nach § 37 Abs. 3 BetrVG zwar nicht einseitig auf seine Bedürfnisse abstellen. Es stellt aber regelmäßig eine billigenwerte Erwägung dar, wenn der Arbeitgeber den Freizeitausgleich in eine Arbeitsschicht des Betriebsratsmitglieds legt, um arbeitszeitrechtlichen Wertungen und dem Erholungsbedürfnis des Betriebsratsmitglieds im Zusammenhang mit einer außerhalb der Schicht liegenden Betriebsratstätigkeit zu genügen.

25

3. Die Beklagte hat den Freizeitausgleichsanspruch entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts nicht nach § 362 Abs. 1 BGB dadurch erfüllt, dass sie den Kläger in der vor der Betriebsratstätigkeit liegenden Nachtschicht freigestellt hat. Da der Freistellungsanspruch nach § 37 Abs. 3 BetrVG erst nach der Nachtschicht infolge der außerhalb der Arbeitszeit erbrachten Betriebsratstätigkeit entstanden ist und erfüllbar wurde, war es der Beklagten nicht möglich, die Freistellung rückwirkend durch Arbeitsbefreiung in der der Betriebsratstätigkeit vorausgegangenen Nachtschicht zu gewähren (*vgl. BAG 18. Januar 2017 - 7 AZR 224/15 - Rn. 41, BAGE 158, 31*). Eine Leistung vor der Entstehung des Anspruchs führt nur dann zu dessen Erfüllung nach § 362 Abs. 1 BGB, wenn die Parteien eine entsprechende Anrechnungsabrede getroffen haben (*vgl. BGH 11. November 1983 - V ZR 150/82 - zu II 1 der Gründe*). Das Landesarbeitsgericht hat nicht festgestellt, dass die Parteien eine derartige Anrechnungs- bzw. Vorauserfüllungsabrede getroffen haben. Ohne entsprechende Anhaltspunkte kann auch nicht vom konkludenten Zustandekommen einer solchen Vereinbarung ausgegangen werden, zumal in der Regel der Umfang der nach der Nachtschicht anfallenden Betriebsratstätigkeit zum Zeitpunkt der vorherigen Nachtschicht noch nicht feststehen dürfte. 26
- III. Die Entscheidung über die Kosten der ersten Instanz beruht auf § 269 Abs. 3 Satz 2, § 92 Abs. 1 ZPO, diejenige über die Kosten der Berufung und der Revision auf § 91 Abs. 1 ZPO. 27

Gräfl

Klose

Waskow

Glock

Deinert