

Inhaltsübersicht

1. Allgemeines
2. Einzelprobleme bei der Abgeltung in Freizeit
 - 2.1 Qual der Wahl: Freizeit oder Geld?
 - 2.2 Freistellung nach Weisung
 - 2.3 Freistellung und Arbeitszeitkonto
 - 2.4 Freistellung und Krankheit
 - 2.5 Freistellung und Kündigung
 - 2.6 Freistellung und neues Freizeitguthaben
 - 2.7 Freistellung und Zuschläge
3. Rechtsprechungs-ABC
 - 3.1 Abgeltung statt Freizeit?
 - 3.2 Annahmeverzug
 - 3.3 Beendigung des Arbeitsverhältnisses
 - 3.4 Berechnung des Urlaubsentgelts
 - 3.5 Bereitschaftsdienst
 - 3.6 Betriebsrätstätigkeit - Abgeltungsanspruch
 - 3.7 Bezahlte Freizeit
 - 3.8 Feuerwehr
 - 3.9 Freizeitausgleich - 1
 - 3.10 Freizeitausgleich - 2
 - 3.11 Freizeit durch Freizeit? - 1
 - 3.12 Freizeit durch Freizeit? - 2
 - 3.13 Freizeit oder Geld? - 1
 - 3.14 Freizeit - oder Geld? - 2
 - 3.15 Insolvenz
 - 3.16 Krankheit
 - 3.17 Leitungsposition
 - 3.18 Mitbestimmung
 - 3.19 Polizeidienst Berlin
 - 3.20 Sonderurlaub
 - 3.21 Umrechnung von Zeit-Wertguthaben
 - 3.22 Zeitpunkt der Freistellung

Information

1. Allgemeines

Der **Arbeitgeber muss** Überstunden ohne besondere individual- oder kollektivrechtliche Abmachung finanziell abgelden. Die Bezahlung geleisteter Überstunden entspricht dem Willen des Gesetzgebers. Das Arbeitsverhältnis ist nach § 611 Abs. 1 BGB ein Austauschverhältnis der Leistung Arbeit gegen die Leistung Geld - was betriebswirtschaftlich nicht immer sinnvoll ist. Überstunden verursachen zusätzliche Kosten und da bietet sich, wenn es die betrieblichen Verhältnisse erlauben, die bezahlte Freistellung als kostenneutrale Lösung an.

Praxistipp:

Dort, wo keine starren kollektivrechtlichen Vorgaben - Betriebsvereinbarung und/oder Tarifvertrag - greifen, kann der Arbeitgeber kreativ an die Abgeltung von Überstunden herangehen. Er kann die Lösung wählen, die seinen betrieblichen Interessen am nächsten kommt. Neben reinen Freistellungsmodellen bieten sich beispielsweise Mischformen an, mit denen saisonbedingte Arbeitsspitzen hervorragend abgedeckt werden können.

Erfolgt die Abgeltung von Überstunden durch **bezahlte Freistellung**, legt der Arbeitgeber die Freizeit über sein Direktionsrecht fest. Selbstverständlich kann nur an Tagen freigestellt werden, an denen der Mitarbeiter sonst hätte arbeiten müssen. Auf der anderen Seite: Wurde ein Arbeitnehmer wirksam freigestellt und wird er in der Zeit der Freistellung **arbeitsunfähig krank**, hat das keinen Einfluss auf seine Freistellung: Frei ist frei. Soweit ein Freizeitguthaben wegen der **Beendigung des Arbeitsverhältnisses** nicht mehr in natura gewährt werden kann, ist es finanziell abzugelten. Und was nicht vergessen werden darf: Sehen individual- oder kollektivvertragliche Regelungen für Überstunden Zuschläge vor, gilt das **auch für die Freizeit**.

2. Einzelprobleme bei der Abgeltung in Freizeit

Arbeitsrechtlich ist Freizeit das Gegenteil von Arbeitszeit. Freizeitausgleich bedeutet: statt Arbeit zu leisten bezahlte Freizeit zu bekommen. Dieser Freizeitausgleich erfolgt durch eine Reduzierung der Sollarbeitszeit in anderen Zeiträumen (BAG, 17.03.2010 - 5 AZR 296/09).

Bei der Abgeltung von Überstunden in Form bezahlter Freizeit läuft **nicht immer alles rund**. Die wichtigsten Einzelprobleme werden in den nachfolgenden Gliederungspunkten angesprochen.

2.1 Qual der Wahl: Freizeit oder Geld?

Überstunden sind von der Grundwertung des BGB her - siehe § 611 Abs. 1 BGB , "Gewährung der vereinbarten Vergütung" - in Geld abzugelten (siehe dazu auch BAG, 23.01.2001 - 9 AZR 26/00). Der Arbeitgeber muss sie grundsätzlich bezahlen.

Soweit keine

- individual- oder
- kollektivrechtliche

Sonderregeln greifen, können die Parteien des Arbeitsvertrags jedoch alternativ vereinbaren, dass die Abgeltung von Überstunden in Freizeit zu erfolgen hat. Die Freistellung muss allerdings bezahlt sein.

Praxistipp:

Rechnerisch ist es egal, ob die Überstunden bezahlt und der Arbeitnehmer danach unbezahlt freigestellt wird, um wieder auf seine regelmäßigen Stunden zu kommen, oder ob die Überstunden nicht bezahlt und dann durch eine bezahlte Freistellung abgegolten - neutralisiert - werden. Die - durchschnittliche - Arbeitszeit bleibt in beiden Fällen die gleiche.

Möglich sind auch Mischformen, das heißt angefallene Überstunden werden sowohl in Geld als auch in Freizeit abgegolten. So keine Sonderregeln entgegenstehen, kann auch vereinbart werden, dass die Abgeltung von Überstunden nach **Wunsch des Arbeitnehmers** in Freizeit und/oder Geld erfolgen soll.

2.2 Freistellung nach Weisung

Wenn es keine besondere individual- oder kollektivrechtliche Regelung gibt, erfolgt die Freistellung via Direktionsrecht, § 106 Satz 1 GewO . Der Arbeitgeber bestimmt, wann die Freistellungsansprüche erfüllt werden. Ist die Freistellung erfolgt, ist der Freistellungsanspruch erfüllt, § 362 Abs. 1 BGB .

Beispiel:

Wendy Will leistet im März acht Überstunden. Ihr Arbeitgeber stellt sie dafür am zweiten Montag des Aprils ganztägig von der Arbeit frei. Wendy hätte an diesem Montag acht Stunden arbeiten müssen. Mit der 8-stündigen - bezahlten - Freistellung ist ihr Freistellungsanspruch für die acht Überstunden des Monats März erfüllt. Wendys Arbeitgeber hat sie im Folgemonat April durch Freistellung 1 : 1 ausgeglichen.

Der Arbeitgeber muss auch bei der Freistellung die Grenzen billigen Ermessens beachten, § 315 BGB .

Hat der Arbeit die Zeit der Freistellung festgelegt und vorbehaltlos gewährt, kann er sie nicht einseitig widerrufen (BAG, 23.01.2001 - 9 AZR 26/00).

Ist ein Anspruch auf Überstundenvergütung bereits entstanden, kann er durch eine einseitige Freistellung von der Arbeit nicht erfüllt werden, wenn keine Ersetzungsbefugnis vereinbart wurde (BAG, 18.09.2001 - 9 AZR 307/00). Ist die vertraglich geschuldete Gegenleistung für Überstunden Geld, kann diese Leistung nicht dadurch erfüllt werden, dass der Arbeitgeber die - nicht geschuldete - Gegenleistung bezahlte Freistellung gewährt. Das folgt aus § 362 Abs. 1 BGB : "Das Schuldverhältnis erlischt, wenn die geschuldete Leistung an den Gläubiger bewirkt wird."

2.3 Freistellung und Arbeitszeitkonto

In

- Geld oder
- Freizeit

abzugeltende Überstunden können einzeln erfasst, monatlich abgerechnet und vergütet werden. Das ist auf Dauer sehr umständlich und wenig flexibel. Sinnvoller ist es da, Arbeitszeitkonten für Mitarbeiter anzulegen und darin

- Plus- und
- Minusstunden

zu erfassen, monatlich zu saldieren und den - positiven oder negativen - Saldo monatlich zu errechnen und den Arbeitnehmern - z.B. mit ihrer Entgeltabrechnung - mitzuteilen.

Praxistipp:

Ein Arbeitszeitkonto erfüllt keinen Selbstzweck. Wenn es ordentlich geführt ist und dem Arbeitgeber im Ergebnis dabei hilft, teure Überstunden kostenneutral aufzufangen, kann man mit einem Arbeitszeitkonto bares Geld sparen - und hat viele zufriedene Mitarbeiter, die sich mit ihren Plusstunden neben dem Urlaub weitere zusammenhängende Freizeiten erarbeiten können.

Darüber hinaus sollten - entweder im Arbeitsvertrag oder in einer Betriebsvereinbarung mit dem Betriebsrat - **unbedingt festgelegt werden:**

- Anzahl der maximal anzusammelnden Minus- und Plusstunden
- **Festlegung eines Termins,**
 - ◆ bis zu dem **Minusstunden nachzuarbeiten** und
 - ◆ Plusstunden abzufeiern sind
- Anzahl der Minus- oder Plusstunden, die gegebenenfalls ins Folgejahr übertragen werden können
- ob und unter welchen Umständen trotz des Arbeitszeitkontos noch eine finanzielle Abgeltung von Überstunden infrage kommt
- Ausschluss und Verfall von Abgeltungsansprüchen, die nicht rechtzeitig geltend gemacht werden

2.4 Freistellung und Krankheit

Soweit keine vorrangigen individual- oder kollektivrechtlichen Sonderregeln bestehen, kann der Arbeitgeber die **Freistellung** für geleistete Überstunden über sein **Weisungsrecht** festsetzen. Er bestimmt nach § 106 Satz 1 GewO die "*Zeit der Arbeitsleistung*" - und damit im Gegenteil untrennbar verbunden auch die **Zeit der Nicht-Arbeitsleistung**.

Beispiel:

Hertha Hahne-Büchen arbeitet bei ihrer Arbeitgeberin, der Meger & Beydt GmbH, als Sachbearbeiterin in der Buchhaltung. In den fünf Tagen vor dem Monatsletzten ist dort immer viel zu tun und es fallen Überstunden an. Diese Überstunden können von den Mitarbeitern gesammelt und dann zusammenhängend als Freizeit genommen werden. Hertha hat aus den Monaten März, April und Mai jeweils 7,5 Überstunden, die sie in der 25. KW von Mittwoch bis Freitag abfeiern möchte. Sie beantragt die Freistellung Anfang Juni. Die Meger & Beydt GmbH gewährt ihr antragsgemäß die freien Tage. Dann wird Frau Hahne-Büchen am 17.06. für mehrere Wochen arbeitsunfähig krank. Ende Juli fordert sie von ihrem Arbeitgeber die drei freien Tage nach.

Arbeitnehmer haben bei krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit **Anspruch auf Entgeltfortzahlung** im Krankheitsfall, § 3 Abs. 1 EFZG . Das EFZG sieht **nicht** vor, dass freigestellte Arbeitnehmer bei krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit für die Zeit ihrer Arbeitsunfähigkeit erneut freigestellt werden müssen (zur Nichtanrechnung von Urlaubstagen bei Krankheit siehe § 9 BUrlG).

Beispiel:

Frau Hahne-Büchen aus dem Beispiel oben bekommt von ihrem Arbeitgeber die Antwort, sie habe an den drei Tagen der 25. KW nicht arbeiten müssen, also sei ihre Freistellung damit erledigt. Frau Hahne-Büchen findet das ungeheuerlich - steht mit dieser Rechtsauffassung aber allein da: Entgeltfortzahlung gibt es, wenn Arbeit wegen Arbeitsunfähigkeit ausfällt. Herthas Arbeit fiel nicht wegen Arbeitsunfähigkeit aus, sondern wegen der Anfang Juni bereits beantragten und gewährten Freistellung. Sie hat ihr bezahltes "Frei" bekommen, der Anspruch ist erfüllt.

Praxistipp:

Die meisten Mitarbeiter wollen diese Lösung nicht verstehen und hinnehmen. Sie gehen nicht juristisch an den Fall heran, sondern mit einer enttäuschten Erwartung. Da hatten sie extra frei genommen - und konnten ihre Freizeit nicht so nutzen, wie sie es eigentlich geplant hatten. Sie sind krank geworden. Das ist menschlich bitter, juristisch aber einwandfrei gelöst. Es käme ja auch niemand allen Ernstes auf den Gedanken, ein - arbeitsfreies - Wochenende nachzufordern, nur weil er an diesem Wochenende krank gewesen ist. Genauso ist es hier. Wenn jemand in seiner Freizeit krank wird, dann ist das Pech - wofür aber der Arbeitgeber nichts kann. Er hat seine Pflicht mit der - immerhin bezahlten - Freistellung erfüllt. Die - aus Sicht des Mitarbeiters wertlos gewordene - Freizeit allein ist kein Umstand, der sich - gewissermaßen doppelt - zu Geld machen lässt: Entgeltfortzahlung für den Krankheitsfall plus bezahlte Freistellung. Diese Argumente müssten Arbeitnehmer überzeugen.

Ein Anspruch auf zusätzliche Freistellung kann individualrechtlich vereinbart werden oder sich aus kollektivrechtlichen Grundlagen - Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarung - ergeben.

2.5 Freistellung und Kündigung

Sind **Überstunden** in Freizeit abzugelten, soll die Abgeltung **nach einer Kündigung in der auslaufenden Kündigungsfrist** erfolgen.

Beispiel:

Wendy Will aus dem Beispiel in Gliederungspunkt 2.2 bekommt am 25.10. die Kündigung zum 30.11. Im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung sind auf ihrem Arbeitszeitkonto noch 23 Überstunden. Diese 23 Überstunden muss Wendys Arbeitgeber nun bis zum 30.11. in Freizeit abgelden.

Ist eine Abgeltung in **Freizeit nicht möglich**, müssen die bis zum Tag des Ausscheidens **noch nicht abgegoltenen Überstunden bezahlt** werden.

Beispiel:

Der Arbeitgeber bitte Frau Will aus dem vorausgehenden Beispiel, ihre Nachfolgerin einzuarbeiten. Das führt dazu, dass die auf dem Arbeitszeitkonto angesammelten Überstunden nicht mehr in Freizeit abgegolten werden können, weil Wendy bis zum 30.11. durcharbeitet. Wendys Arbeitgeber muss die 23 Überstunden dann bezahlen. Formel: Monatsgehalt : regelmäßige Arbeitsstunden x Überstunden = Überstundenvergütung).

Hat der Arbeitgeber die Zeit der **Freistellung bereits festgelegt** und erfolgt dann eine **außerordentliche Kündigung**, gilt Folgendes: Die wirksame Kündigung beendet sowohl das Arbeitsverhältnis als auch die gewährte Arbeitsbefreiung. Die nicht durch Freizeit abgegoltenen Überstunden müssen auch in diesem Fall **bezahlt** werden.

Beispiel:

Mandy Ganz, eine Kollegin Wendys, bekommt am 14.08. die fristlose Kündigung, weil sie von einem Lieferanten wertvolle Geschenke entgegengenommen hatte und deswegen einige Kaufentscheidungen ihres Arbeitgebers beeinflusst und ihm dadurch einen großen Schaden zugefügt hat. In der Zeit vom 12.08. bis zum 16.08. sollte Mandy 37,5 Überstunden abfeiern - was wegen der außerordentlichen Kündigung nun am 15.08. und 16.08. nicht mehr möglich ist. Unterstellt, Frau Ganz bekommt bei einer 37,5-Stunden-Woche ein Monatsgehalt von 3.589 EUR und pro Tag wären 7,5 Überstunden durch Freizeit abzugelten gewesen, muss Mandys Arbeitgeber für den 15.08. und 16.08. nun $(3.589 \text{ EUR} : (37,5 \times 4,333) \times 7,5 \times 2 =)$ 323,40 EUR brutto Überstundenabgeltung zahlen.

In Freizeit abzugeltende **Überstunden** werden **durch eine Kündigung nicht wertlos**. Soweit die Abgeltung wegen der Beendigung des Arbeitsverhältnisses in Freizeit nicht mehr möglich ist, müssen die noch bestehenden Überstunden dann eben in Geld abgegolten werden.

2.6 Freistellung und neues Freizeitguthaben

In vielen **Fällen tariflicher Arbeitszeitverkürzung** ist es so, dass die verkürzte Arbeitszeit deutlich unter der 40-Stunden-Woche liegt, die Arbeitnehmer trotzdem in ihrer "alten" **40-Stunden-Woche weiter arbeiten** und damit **"Freizeitanteile" ansammeln**, die sie dann irgendwann abfeiern können.

Beispiel:

Mitarbeiter Andy A. Kordt arbeitet trotz tariflicher Arbeitszeitverkürzung auf 37,5 Stunden weiterhin wie bisher 40 Wochenstunden. Je Woche werden ihm 2,5 Arbeitsstunden gutgeschrieben, die Herr Kordt dann sammeln und in zusammenhängender Freizeit abfeiern kann. Das tut er am Donnerstag und Freitag der 29. KW - und verlangt Ende Juli von seinem Arbeitgeber, ihm für die Woche der Freistellung ebenfalls 2,5 Stunden auf seinem Arbeitszeitkonto gutzuschreiben - was der jedoch entschieden ablehnt.

Das BAG hat 1988 schon zur Arbeitszeitverkürzung in der Hamburger Metallindustrie entschieden:

"Nach § 2 Nr. 2 des MTV Teil 2 für die gewerblichen Arbeitnehmer in der Metallindustrie Hamburgs und Umgebung haben die Arbeitnehmer einen Anspruch auf unbezahlte

Ausgleichszeit bei einer Differenz zwischen Betriebsmittelnutzungszeit und tarifvertraglich geschuldeter Arbeitszeit nur für die Tage, an denen sie tatsächlich gearbeitet haben" (BAG, 18.10.1988 -1 ABR 34/87).

Das heißt: Für Tage, an denen ein Mitarbeiter nicht wirklich arbeitet, z.B. bei

- Arbeitsunfähigkeit,
- bezahlte oder unbezahlte Freistellung,
- Freistellung zum Ausgleich vorher geleisteter Überstunden,
- Pflegezeit,
- Urlaub oder
- Sonderurlaub,

fallen **keine Zeitausgleichsanteile** an. Sie müssen aus dem Freizeitguthaben heraus- beziehungsweise erst gar nicht hineingerechnet werden.

Praxistipp:

Umgekehrt ist es dem Arbeitgeber allerdings verwehrt, die geschuldete Freistellung nach Beginn einer krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit in den Zeitraum dieser Arbeitsunfähigkeit zu legen, um so Arbeitsentgelt zu sparen. In diesem Fall ist die Arbeitsunfähigkeit Grund für den Arbeitsausfall - mit den Folgen der §§ 3 ff. EFZG , die der Arbeitgeber nicht unterlaufen kann.

Der **Kürzungsfaktor pro Fehltag** beträgt in der 5-Tage-Woche

- bei 38,5 Stunden statt 40 Stunden 18 Minuten,
- bei 38,0 Stunden statt 40 Stunden 24 Minuten,
- bei 37,5 Stunden statt 40 Stunden 30 Minuten und
- bei 37,0 Stunden statt 40 Stunden: 36 Minuten.

Die **Berechnungsformel**: Bisherige Arbeitszeit - neue tarifliche Arbeitszeit x 60 Minuten : 5 Arbeitstage = Minutenwert des ausgefallenen Tages. Diese Formel lässt sich für alle möglichen Fälle anpassen und ändern.

Auch hier gilt die **Einschränkung**: individual- oder kollektivrechtlich können andere Vereinbarungen getroffen werden.

2.7 Freistellung und Zuschläge

Gesetzlich sind für Überstunden keine Zuschläge vorgeschrieben - weder für die Abgeltung in Geld noch für die Abgeltung in Freizeit. Somit sind geleistete Überstunden in **der Regel 1 : 1 abzugelten**: Für eine Überstunde gibt es also entweder einmal den Stundenlohn oder eine Stunde bezahlte Freistellung. Gibt es jedoch eine

- individual- oder
- tarifvertragliche

Anspruchsgrundlage für Zuschläge, dann gelten diese Zuschläge nicht nur für das für Überstunden gezahlte Arbeitsentgelt, sondern **auch für die abzufeiernenden Überstunden**.

Beispiel:

Der Branchentarifvertrag sieht vor, dass über die regelmäßige tarifliche Wochenarbeitszeit von 37,5 Stunden hinaus

- die ersten 2,5 Überstunden ohne Zuschlag,
- daran anschließende 5 Überstunden mit 25 % Zuschlag und
- alle weiteren Überstunden mit 50 % Zuschlag

abzugelten sind.

Die Zuschläge sind bei der Überstundenvergütung und bei der Überstundenfreistellung zu berücksichtigen. Sowohl der Stundenlohn als auch die Freizeit erhöhen sich entsprechend.

Beispiel:

Muss der Arbeitgeber im oberen Beispielfall Überstunden vergüten, heißt das:

- bei zuschlagfreien Überstunden wird der normale Stundenlohn gezahlt und die bezahlte Freistellung erfolgt 1 : 1: für jede abzugeltende Überstunde gibt es eine Stunde bezahlte Freistellung;
- bei Überstunden, die einen 25-prozentigen Zuschlag auslösen, wird der Stundenlohn mit dem Faktor 1,25 multipliziert (15,36 EUR Normalstundenlohn x 1,25 = 19,20 EUR, der Zuschlag macht 3,84 EUR aus) und der Zeitzuschlag beträgt (60 : 100 x 25 =) 15 Minuten, sodass für jede dieser fünf Überstunden 1 1/4 Stunden freizustellen ist;
- bei Überstunden mit 50-prozentigem Zuschlag: Stundenlohn mit dem Faktor 1,5 multiplizieren (15,36 x 1,5 = 23,04, Zuschlag 7,68 EUR), Zeitzuschlag von (60 : 100 x 50 =) 30 Minuten, heißt 1 1/2 Stunden bezahlte Freistellung.

Neben reiner Geld- oder Freizeitabgeltung kann es auch **Mischformen** oder ein **Wahlrecht** von Arbeitgeber und/oder Arbeitnehmer geben.

3. Rechtsprechungs-ABC

An dieser Stelle werden einige der interessantesten **Entscheidungen** zum Thema Überstunden und Freistellung **in alphabetischer Reihenfolge** nach Stichwörtern geordnet hinterlegt:

3.1 Abgeltung statt Freizeit?

Hat ein **Beamter** bis zu seiner Pensionierung Überstunden angesammelt (hier: 341), die er wegen **Arbeitsunfähigkeit** vor seinem Ausscheiden nicht in Freizeit abfeiern kann, führt die nach der Pensionierung ausgeschlossene Freistellungsmöglichkeit nicht dazu, dass der Beamte statt des Freistellungsanspruchs einen **Anspruch auf Abgeltung** seiner Überstunden bekommt. Ein Beamter ist von Gesetzes wegen verpflichtet, unentgeltlich über die regelmäßige wöchentliche Dienstzeit hinaus Dienst zu tun, wenn zwingende dienstliche Verhältnisse es erfordern. Auch wenn es die grundsätzliche Möglichkeit des Abfeierns von Überstunden gibt - sie war hier wegen der Erkrankung des Beamten und seine darauffolgende Pensionierung ausgeschlossen - nicht aus dienstlichen Gründen (OVG Koblenz, 14.01.2013 - 2 A 10626/12.OVG - mit dem Hinweis, dass die geänderte BAG-Rechtsprechung - s. BAG, 04.05.2010 - 9 AZR 183/09 - zur Urlaubsabgeltung bei arbeitsunfähigen Mitarbeitern hier wegen der unterschiedlichen Anspruchsgrundlagen nicht herangezogen werden kann).

3.2 Annahmeverzug

Es gibt keinen Rechtssatz, wonach eine bereits gewährte und noch andauernde Arbeitsbefreiung aufgehoben ist, wenn der Arbeitgeber fristlos kündigt. Der Arbeitgeber will das Arbeitsverhältnis mit seiner Kündigung beenden - und wenn seine Kündigung rechtmäßig ist, endet das Arbeitsverhältnis und mit Ende des Arbeitsverhältnisses auch die Freistellung. Freistellungsansprüche, die bis dahin nicht erfüllt sind, müssen dann abgegolten werden. "Fehlt es hingegen am Beendigungstatbestand, besteht das Arbeitsverhältnis unverändert fort. Bis zum Ende des Freistellungszeitraums kommen dann keine Annahmeverzugsansprüche in Betracht" (BAG, 23.01.2001 - 9 AZR 26/00).

3.3 Beendigung des Arbeitsverhältnisses

Auch wenn Arbeitgeber und Arbeitnehmer eine **Freistellungsvereinbarung** für abzugeltende Überstunden getroffen haben: Wird das Arbeitsverhältnis bei einem noch bestehenden **Freizeitguthaben** beendet, sind

noch nicht durch Freistellung erledigte Überstunden in Geld zu vergüten. Das folgt aus einer an den beiderseitigen Interessen orientierten Vertragsauslegung, § 157 BGB . Der Arbeitgeber kann die **finanzielle Abgeltung** des Freizeitguthabens nicht durch eine entsprechende Vertragsklausel ausschließen (LAG Berlin-Brandenburg, 09.10.2009 - 6 Sa 1289/09).

3.4 Berechnung des Urlaubsentgelts

§ 13 Nr. 5 des Manteltarifvertrags für das private **Versicherungsgewerbe** sieht für die Berechnung des Urlaubsentgelts und die Berücksichtigung von Mehrarbeit vor: "Zur **regelmäßigen Arbeitszeit** im Sinne dieser Bestimmungen gehört Mehrarbeit, die regelmäßig an bestimmten Tagen in der Woche oder im Monat geleistet wird. Sind im vorangegangenen Kalenderjahr mehr als 50 vom Arbeitgeber **angeordnete unregelmäßige Mehrarbeitsstunden** abgerechnet worden, so wird für jeden Urlaubstag des laufenden Jahres 1/220 der im vorangegangenen Kalenderjahr für diese Mehrarbeit abgerechneten Mehrarbeitsvergütung gezahlt." Das heißt im Gegenschluss: Wurden Mehrarbeitsstunden und -zuschläge nicht mit Entgelt abgerechnet, sondern durch Freizeit abgegolten, bleiben sie bei der Berechnung des Urlaubsentgelts außer Betracht (BAG, 15.12.2015 - 9 AZR 611/14) .

3.5 Bereitschaftsdienst

Leistet ein **Beamter** Bereitschaftsdienst , ist dadurch anfallende Mehrarbeit im Verhältnis **1 : 1 durch Freizeit** auszugleichen. Für bloße Rufbereitschaft oder reine Anwesenheitszeiten ohne dienstliche Inanspruchnahme besteht dagegen kein Anspruch auf Freizeitausgleich. Fällt Bereitschaftsdienst **im Ausland** an (hier: Objektschutz für deutsche Botschaft), gibt es dafür keine Auslandsbesoldung, wenn der Beamte seinen Freizeitausgleich im Inland nimmt. Der Freizeitausgleich soll nicht nur der Regeneration des Beamten dienen, sondern hat vorrangig den Zweck, im Gesamtergebnis die Einhaltung der maßgeblichen Arbeitszeit sicherzustellen. Das wiederum verlangt den vollen 1 : 1-Ausgleich (BVerwG, 17.11.2016 - 2 C 21/15 - mit dem Hinweis, dass die höhere Auslandsbesoldung ein Ausgleich für die mit dem Dienst im Ausland einhergehenden Erschwernisse sei und deswegen auch für den Freizeitausgleich zwingend einen Aufenthalt im Ausland voraussetze).

3.6 Betriebsratstätigkeit - Abgeltungsanspruch

Aus dem Anspruch auf Arbeitsbefreiung nach § 37 Abs. 3 Satz 1 BetrVG wird allein durch **Ablauf der Monatsfrist oder bloße Untätigkeit des Arbeitgebers** noch kein finanzieller Abgeltungsanspruch. Der Anspruch auf **Entgelt statt Freizeit** entsteht erst dann, wenn die Arbeitsbefreiung aus betriebsbedingten Gründen scheitert. Davon ist auszugehen, wenn sich der Arbeitgeber auf diese Gründe beruft und den Ausgleich in Freizeit deswegen verweigert. Ohne diese Weigerung ist das Betriebsratsmitglied gehalten, seinen Freizeitanspruch - notfalls gerichtlich - geltend zu machen und durchzusetzen. Dazu reicht die bloße Anzeige während der Freizeit geleisteter Betriebsratstätigkeit nicht - der **Freizeitausgleich muss vom Arbeitgeber verlangt werden**. Danach ist der Arbeitgeber gehalten, zu entscheiden, ob er die Arbeitsbefreiung gewähren kann oder Mehrarbeitsvergütung zahlen muss, weil er die Arbeitskraft des Betriebsratsmitglieds braucht (BAG, 28.05.2014 - 7 AZR 404/12).

3.7 Bezahlte Freizeit

Sieht die Arbeitszeitkonto-Regelung vor, dass Plusstunden **in Form von Freizeit** auszugleichen sind, bedeutet Freizeit im arbeitsrechtlichen Sinn das Gegenteil von Arbeitszeit. Freizeitausgleich meint dann, dass der Arbeitnehmer statt Arbeit zu leisten **vom Arbeitgeber bezahlte Freizeit** bekommt (s. dazu BAG, 17.03.2010 - 5 AZR 296/09). Der Ausgleich in Freizeit erfolgt in diesem Fall durch eine **Reduzierung der Sollarbeitszeit** (s. dazu BAG, 11.02.2009 - 5 AZR 341/08). "Der Abbau eines Arbeitszeitkontos durch Freizeitausgleich vollzieht sich deshalb - soweit durch Arbeitsvertrag, Betriebsvereinbarung oder Tarifvertrag nichts anderes geregelt ist - dergestalt, dass errechnet wird, wie viel 'freier Zeit' die auf dem Arbeitszeitkonto angesammelten Stunden entsprechen. Diese ist aufgrund der vom Arbeitnehmer geschuldeten Arbeitszeit zu ermitteln" (BAG, 19.09.2018 - 10 AZR 496/17 - mit Hinweis auf BAG, 17.03.2010 - 5 AZR 296/09).

3.8 Feuerwehr

Feuerwehrleute, die bis 2006 in der Woche **durchschnittlich 54 Stunden** gearbeitet haben (23 Stunden Volldienst, 31 Stunden Bereitschaft), können für die Arbeitszeit, die über die gesetzliche **Höchstarbeitszeit von 48 Wochenstunden** hinausgeht, einen Anspruch auf Freizeitausgleich im vollen Umfang der zu viel geleisteten Stunden geltend machen. Nach EU-Recht durfte die gesetzliche Höchstarbeitszeit von 48 Wochenstunden **einschließlich Mehrarbeitsstunden** nicht überschritten werden. Die damals noch entgegenstehenden Vorschriften des deutschen Dienstrechts waren EU-rechtswidrig, sodass den betroffenen Feuerwehrleuten nun aus dem Gesichtspunkt Treu und Glauben ein Anspruch auf angemessenen Freizeitausgleich zusteht (BVerwG, 29.09.2011 - 2 C 32/10 und 2 C 37/10).

3.9 Freizeitausgleich - 1

Ein Freizeitausgleich muss **nicht immer vor Erfüllung der Arbeitspflicht** erfolgen. Im arbeitsrechtlichen Sinn ist "Freizeit" bloß das **Gegenteil von "Arbeitszeit"** (s. dazu BAG, 22.07.2010 - 6 AZR 78/09). Und "Ausgleich" steht synonym für "Ersatz, Gegenleistung, Gegenwert" oder "Äquivalent" beziehungsweise "Bezahlung". Der Begriff "Freizeitausgleich" trägt auch **kein ausschließlich zukunftsbezogenes Element** in sich, das den Arbeitgeber verpflichtet, zusätzlich zu leistende Arbeit im Vorfeld durch Freistellung auszugleichen. So ist es nicht zu beanstanden, wenn der Arbeitgeber (hier: ein kirchliches Krankenhaus, das Bereitschaftsdienst nach den kirchlichen AVR angeordnet und auszugleichen hat) für den Freizeitausgleich das Saldierungsmodell wählt. Damit werden zunächst alle Normal- und Bereitschaftsdienste für sich erfasst und dann separat addiert. Ein etwaiges Minus bei der Normalarbeitszeit kann dann durch ein Plus bei der Bereitschaftszeit ausgeglichen werden. Auch das ist eine zulässige Form des Ausgleichs (BAG, 20.01.2016 - 6 AZR 742/14).

3.10 Freizeitausgleich - 2

Der Arbeitgeber gewährt einen Freizeitausgleich, indem er seinen Mitarbeiter **von der arbeitsvertraglich geschuldeten Leistung** Arbeit freistellt und dadurch - selbstverständlich **unter Fortzahlung des Arbeitsentgelts** - dessen Sollarbeitszeit minimiert. Statt seine Arbeit leisten zu müssen bekommt der Mitarbeiter bezahlte Freizeit (s. dazu BAG, 20.01.2016 - 6 AZR 742/14). Das ist der Grundsatz - von dem **Tarifvertragsparteien abweichen** können. Sie können beispielsweise ausschließen, dass der Freizeitausgleich (hier: für Arbeit an einem Feiertag) durch bloße Reduzierung der Sollarbeitszeit erfolgt (s. dazu BAG, 11.02.2009 - 5 AZR 341/08), sondern als Freistellung an einem anderen Werktag erfolgen muss (BAG, 17.11.2016 - 6 AZR 465/15).

3.11 Freizeit durch Freizeit? - 1

§ 9 BUrlG sagt: *"Erkrankt ein Arbeitnehmer während des Urlaubs, so werden die durch ärztliches Zeugnis nachgewiesenen Tage der Arbeitsunfähigkeit auf den Jahresurlaubs nicht angerechnet"*. Eine entsprechende Regelung sieht das Gesetz beim bezahlten Freizeitausgleich für Überstunden nicht vor. Er hat nicht den Zweck wie der Erholungsurlaub, der Arbeitnehmern **ohne Gegenleistung** bezahlte Freizeit gewähren will. Wie Arbeitnehmer in der Regel auch nur für tatsächlich geleistete Arbeit Arbeitsentgelt verlangen können, können sie umgekehrt nicht erwarten, für **infolge bezahlter Freistellung** tatsächlich nicht geleistete Arbeit noch zusätzlich einen Anspruch auf eine weitere bezahlte Freistellung zu erwerben. So wird ein Tag gewährter Freistellung auch dann **verbraucht**, wenn der Arbeitnehmer an diesem Tag arbeitsunfähig krank ist (BAG, 05.11.2003 - 5 AZR 109/03).

3.12 Freizeit durch Freizeit? - 2

Sieht ein Tarifvertrag den Ausgleich von Überstunden durch bezahlte Freistellung oder Abgeltung vor (hier: Tarifvertrag zur Anwendung von Tarifverträgen des öffentlichen Dienstes), sammelt der Arbeitnehmer dadurch **kein weiteres Freizeitguthaben** an. Das Arbeitszeitkonto wird hier ausgeglichen, ohne dass gleichzeitig ein weiteres Freizeitguthaben aufgebaut wird. *"Andernfalls würde ein solches Guthaben in jedem Fall erneut entstehen, was die tarifliche Regelung gerade nicht vorsieht, weil dann stets die Abgeltung anfiel. Die Abgeltung ist jedoch nur in Fällen vorgesehen, in denen das schon entstandene Guthaben des Arbeitszeitkontos durch Freizeitausgleich nicht hat abgebaut werden können"* (LAG Berlin-Brandenburg, 28.08.2007 - 3 Sa 1002/07)

3.13 Freizeit oder Geld? - 1

Vom **Grundsatz** her - § 611 BGB - sind geleistete Überstunden in Geld zu vergüten. Hat ein Arbeitnehmer Überstunden geleistet, hat er für diese geleisteten Überstunden einen **Anspruch auf Bezahlung**. Ist dieser Anspruch entstanden, kann der Arbeitgeber ihn nicht einseitig durch bezahlte Freistellung von der Arbeit erfüllen. Es sei denn, die Vertragspartner haben eine **Ersetzungsbefugnis vereinbart**. Das kann durch eine individual- oder kollektivrechtliche Abmachung geschehen. Ohne tarifliche Vorgabe sind die Parteien des Arbeitsvertrags frei darin, so eine Ersetzungsbefugnis abzusprechen - auch nach Entstehen des Entgeltanspruchs (BAG, 18.09.2001 - 9 AZR 307/00).

3.14 Freizeit - oder Geld? - 2

"Es gibt keinen allgemeinen Rechtsgrundsatz, dass Arbeit nicht mit bezahlter Freizeit entgolten werden dürfte und stets in der Abrechnungsperiode, in der sie geleistet wurde, zu vergüten wäre. Sowohl den Arbeitsvertrags-, als auch den Tarifvertragsparteien bleibt es unbenommen, über die regelmäßige Arbeitszeit hinaus geleistete Arbeitsstunden auf einem Arbeitszeitkonto anzusammeln und in der Folgezeit durch bezahlte Freizeit auszugleichen. Das kommt dem Flexibilisierungsinteresse des Arbeitgebers ebenso wie einem verbreiteten Bedürfnis von Arbeitnehmern entgegen" (BAG, 16.04.2014 - 5 AZR 483/12).

3.15 Insolvenz

"1. Ein Anspruch auf Freistellung aus der Umwandlung von Vergütung in Freizeit oder zum Ausgleich von Überstunden (Freizeitguthaben) wird nach Insolvenzeröffnung zu einer Insolvenzforderung, die nach § 45 InsO mit ihrem Wert geltend zu machen ist. Eine Erfüllung durch Freistellung kann nicht mehr verlangt werden. 2. Für diesen auf Abgeltung gerichteten Anspruch haftet ein Betriebsveräußerer gem. § 613a Abs. 2 BGB soweit der Freizeitanspruch bei ihm begründet wurde und der Abgeltungsanspruch mit der Insolvenzeröffnung innerhalb eines Jahres nach der Betriebsveräußerung fällig wurde" (LAG Hessen, 10.09.2008 - 8 Sa 1595/07 - Leitsätze).

3.16 Krankheit

Hat der Arbeitgeber im **Arbeitsplan eines Schichtbetriebs** bereits die Freistellung eines Arbeitnehmers festgelegt, ist ein vorgesehener **Überstundenausgleich** durch Freistellung auch dann möglich, wenn der Arbeitnehmer in dieser Zeit arbeitsunfähig krank wird. **Grund des Arbeitsausfalls** ist dann nicht die Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers, sondern die arbeitsplanmäßige Freistellung. Erst dann, wenn im Zeitpunkt der Erstellung des Arbeitsplans erkennbar ist, dass der Arbeitnehmer *"im vorgesehenen Zeitraum des Freizeitausgleichs weiterhin arbeitsunfähig krank sein wird, ist der Freizeitausgleich nachzugewähren oder gegebenenfalls abzugelten"* (LAG Düsseldorf, 06.06.2006 - 16 (18) Sa 167/06) .

3.17 Leitungsposition

Die Regelung *"Sie sind in der Lage - aufgrund Ihrer Stellung - für sich eine flexible Arbeitszeit in Anspruch zu nehmen, um damit evtl. geleistete Dienste an Sonn- und Feiertagen auszugleichen"* ist, wenn keine besonderen Rechtsmängel vorliegen, nicht zu beanstanden. Der Arbeitnehmer in leitender Stellung - hier: Heimleiter eines Seniorenzentrums - kann selbst dafür sorgen, dass er etwaige Überstunden im Rahmen der eigenen **Gestaltung des Arbeitsablaufs** abfeiert. Eine Grenze findet so eine Regelung in § 138 BGB - wonach sie nichtig wäre, *"wenn sie nach eine Gesamtwürdigung der Einzelfallumstände ein erhebliches Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung"* vorsehen würde (BAG, 04.05.1994 - 4 AZR 445/93).

3.18 Mitbestimmung

Die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 3 BetrVG betreffen **Beginn und Ende** der täglichen Arbeitszeit sowie deren **Verkürzung, Verlängerung und/oder Verteilung**, aber nicht eine vom Arbeitgeber durchgeführte Abgeltung geleisteter Überstunden oder bestehender Freizeitansprüche. Beginn und Ende der Arbeitszeit verändern sich durch die Abgeltung ebenso wenig wie die Verkürzung, Verlängerung und/oder Verteilung der Arbeitszeit. Der Betriebsrat kann gemäß § 80 BetrVG allenfalls einen Verstoß gegen eine bestehende Betriebsvereinbarung oder tarifliche Regelungen **beanstanden**, die der vom Arbeitgeber vorgenommenen Abgeltung entgegenstehen, und auf Abhilfe drängen (BAG, 22.08.2017 - 1 ABR 24/16 - mit dem weiteren Ergebnis, dass § 80 Abs. 1 BetrVG dem Betriebsrat keinen Unterlassungsanspruch gibt).

3.19 Polizeidienst Berlin

Leistet ein Polizeibeamter des Landes Berlin **Mehrarbeit als Bereitschaftsdienst** (hier: mehrtägiger Dauereinsatz zur Unterstützung niedersächsischer Kollegen bei einem Castortransport), kann er für den geleisteten Bereitschaftsdienst den **vollen Freizeitausgleich** verlangen. Beamten haben nach dem Berliner Landesbeamtengesetz für Mehrarbeit, die sie über die regelmäßige Arbeitszeit hinaus leisten, Anspruch auf entsprechende Dienstbefreiung. Bereitschaftsdienst sei - EuGH und BVerwG folgend - wie Vollzeitdienst zu behandeln. Die Dienstbefreiung ist kein Vergütungsanspruch nach der Mehrarbeitsvergütungsverordnung des Landes Berlin, sondern der arbeitszeitrechtliche Ausgleich für geleistete Bereitschaftsstunden (VG Berlin, 02.12.2015 - 26 K 58.14).

3.20 Sonderurlaub

"Die Art. 5 und 7 der Richtlinie 2003/88/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. November 2003 über bestimmte Aspekte der **Arbeitszeitgestaltung** sind dahin auszulegen, dass sie nicht auf eine nationale Regelung anzuwenden sind, die es Arbeitnehmern nicht erlaubt, den in dieser Regelung vorgesehenen Sonderurlaub **an Arbeitstagen** der Arbeitnehmer in Anspruch zu nehmen, sofern die **Bedürfnisse und Verpflichtungen**, die dem Sonderurlaub zugrunde liegen, während der wöchentlichen Ruhezeit oder des bezahlten Jahresurlaubs im Sinne der genannten Artikel eintreten" (EuGH, 04.06.2020 – C-588/18 – Leitsatz – Spanien).

3.21 Umrechnung von Zeit-Wertguthaben

Passt zwar nicht von der Sache her, macht aber das Umrechnungssystem nachvollziehbar: VW-Arbeitnehmer können seit Jahren auf Grundlage einer Betriebsvereinbarung Zeit-Wertkonten mit Bonuszahlungen, Jubiläumszahlungen, Monatsentgeltbestandteilen und Sonderurlaub etc. ansparen. Zweck dieser Zeit-Wertkonten ist die Verkürzung der Lebensarbeitszeit vor dem Übergang in Altersteilzeit oder Rente. Rechtzeitig vor dem Tag X werden die in Geld erfassten Guthaben in bezahlte Freizeit umgerechnet. Dabei hängt die Dauer der bezahlten Freistellung zum einen von der Höhe des angesparten Zeit-Wertguthabens ab, zum anderen von dann geltenden arbeits- und tarifvertraglichen Bedingungen. Ist bei einer regelmäßigen Arbeitszeit von 34 Wochenstunden in der 5-Tage-Woche auszugehen, sind bei Umrechnung des Zeit-Wertguthabens von $(34 : 5 =) 6,8$ Arbeitsstunden pro Freistellungstag anzusetzen (LAG Niedersachsen, 13.01.2014 - 13 Sa 1455/12).

3.22 Zeitpunkt der Freistellung

Ohne besondere Vorgaben ist es durchaus zulässig, angefallene Überstunden innerhalb eines 3-Monats-Zeitraums durch Freizeit auszugleichen. Das soll nach billigem Ermessen in der Regel durch eine zusammenhängende Freizeit geschehen. Wünscht der Arbeitnehmer eine andere zeitliche Festlegung und Verteilung des Freizeitguthabens und richtet sich der Arbeitgeber nach diesem Wunsch, macht der Arbeitgeber damit nichts verkehrt. Insoweit ist ein Verstoß gegen § 315 BGB - billiges Ermessen - ausgeschlossen (LAG Niedersachsen, 28.08.2000 - 5 Sa 1662/99 - zur Freistellung für an Vorfesttagen geleistete Überstunden).