

Bundesarbeitsgericht 7. Senat

Urteil vom 16. November 2011
- 7 AZR 458/10 -

I. Arbeitsgericht Köln

Urteil vom 31. März 2009
- 16 Ca 9340/08 -

II. Landesarbeitsgericht Köln

Urteil vom 7. Juni 2010
- 5 Sa 1116/09 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Entscheidungsstichwort:

Vergütung eines freigestellten Personalratsmitglieds

Gesetz:

BPersVG § 46 Abs. 2 Satz 1, § 8

Leitsätze:

keine



BUNDESARBEITSGERICHT



7 AZR 458/10
5 Sa 1116/09
Landesarbeitsgericht
Köln

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
16. November 2011

URTEIL

Förster, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

pp.

Kläger, Berufungsbeklagter und Revisionsbeklagter,

hat der Siebte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 16. November 2011 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Linsenmaier, den Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Kiel, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Schmidt sowie die ehrenamtlichen Richter Coulin und Zwisler für Recht erkannt:



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Köln vom 7. Juni 2010 - 5 Sa 1116/09 - wird zurückgewiesen.

Von den Kosten der Berufung und der Revision haben bis zur Rücknahme des Feststellungsantrags der Kläger 1/5, die Beklagte 4/5 zu tragen; die danach entstandenen Kosten hat die Beklagte zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über die Fortzahlung einer Zulage („Funktionsstufe“) für IT-Fachkräfte während der Zeit der vollständigen Freistellung des Klägers als Personalratsmitglied. 1

Der 1976 geborene Kläger ist seit dem 1. September 1992 bei der Beklagten als Arbeitsvermittler mit Beratungsaufgaben beschäftigt. Das Arbeitsverhältnis bestimmt sich seit dem 1. Januar 2006 nach dem Tarifvertrag für die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer der Bundesagentur für Arbeit (TV-BA) und den diesen ergänzenden, ändernden und ersetzenden Tarifverträgen. § 20 TV-BA enthält unter der Überschrift „Funktionsstufen“ folgende Regelungen: 2

- „(1) Beschäftigte erhalten bei Vorliegen der Voraussetzungen des Absatzes 2 als weiteren Gehaltsbestandteil monatlich eine oder mehrere reversible Funktionsstufe/n.
- (2) Durch Funktionsstufen werden die Wahrnehmung zusätzlich übertragener Aufgaben bzw. Funktionen sowie besondere Schwierigkeitsgrade oder eine - geschäftspolitisch zugewiesene - besondere Bedeutung bestimmter Aufgaben abgegolten. ...
- ...
- (4) Die Höhe des in der jeweiligen Tätigkeitsebene maßgebenden Betrages der Funktionsstufen 1 und 2 ist in den Gehaltstabellen (Anlage 2) festgelegt. ...
- (5) Bei Wegfall der Voraussetzungen des Absatzes 2,



z.B. auf Grund der Übertragung einer anderen Tätigkeit oder infolge einer Vereinbarung nach Absatz 6, entfällt die Funktionsstufe unmittelbar, ohne dass eine Änderung des Arbeitsvertrages erforderlich ist.

...“

Der Kläger erhält Vergütung nach der Tarifebene IV TV-BA zuzüglich einer tätigkeitsabhängigen Funktionsstufe in Höhe von 181,00 Euro. Für die Wahrnehmung der Funktion des IT-Fachbetreuers für das Verfahren „Zentrale Betriebsanwendung (ZEBRA)“ bezog er zusätzlich eine tätigkeitsunabhängige Funktionsstufe von 181,00 Euro brutto, die ab dem 1. Januar 2009 auf 187,00 Euro angehoben wurde.

Seit September 2006 ist der Kläger Personalratsvorsitzender bei der Agentur für Arbeit in B. Seit Mai 2008 ist er vollständig von der Arbeit freigestellt. Mit Schreiben vom 15. Oktober 2008 widerrief die Beklagte die ihm übertragene Aufgabe als IT-Fachbetreuer mit Ablauf des 30. September 2008. In der Dokumentation vom 25. September 2008 über Mitarbeitergespräche, die am 4. August 2008 und am 25. September 2008 stattfanden, heißt es hierzu auszugsweise:

„Ab 1.10.2008 entfällt diese Tätigkeit dann und damit auch die Gewährung der Zulage. Klarstellend wurde von Frau S darauf hingewiesen, dass der Entzug der Fachbetreuertätigkeit nicht aus Gründen, die in der Person oder in der Fachlichkeit als Arbeitsvermittler von Herrn H liegen, erfolgt. Wäre Herr H nicht als Personalratsvorsitzender freigestellt und würde weiterhin als Arbeitsvermittler tätig sein, würde ein Entzug der Fachbetreuertätigkeit und der damit verbundenen tätigkeitsunabhängigen Funktionszulage nicht stattfinden.“

Mit Schreiben vom 16. Oktober 2008 machte der Kläger seine Ansprüche auf Fortzahlung der tätigkeitsunabhängigen Funktionsstufe 1 geltend.

Nach Ablehnung seiner Ansprüche durch die Beklagte hat er zunächst für den Monat Oktober 2008, später erweiternd für die Monate November und Dezember 2008 sowie Januar 2009 Zahlungsklage erhoben. Er hat die Auffas-



sung vertreten, er könne nach dem Lohnausfallprinzip weiterhin Zahlung der Funktionsstufe 1 nach § 46 Abs. 2 BPersVG verlangen. Der Widerruf der Funktion als IT-Fachbetreuer, der ausschließlich auf der Freistellung als Personalratsmitglied beruhe, verstoße gegen das Benachteiligungsverbot des § 8 BPersVG. Mit der Gewährung der Funktionsstufe werde auch kein zusätzlicher Aufwand abgegolten, der mit der Freistellung weggefallen sei.

Der Kläger hat mit der zweitinstanzlich erneut erweiterten Klage zuletzt
- soweit für die Revisionsentscheidung noch von Bedeutung - beantragt,

7

1. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 181,00 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1. November 2008 zu zahlen,
2. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 549,00 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz von jeweils 181,00 Euro ab dem 1. Dezember 2008 und 1. Januar 2009 sowie von 187,00 Euro ab dem 1. Februar 2009 zu zahlen,
3. die Beklagte zu verurteilen, an ihn weitere 2.057,00 Euro nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz von 187,00 Euro monatlich, beginnend mit dem 1. März 2009 zu zahlen.

Die Beklagte hat zu ihrem Antrag, die Klage abzuweisen, die Auffassung vertreten, die Funktionsstufe gehöre nicht zu den Bezügen, die bei einer Freistellung fortzuzahlen seien. Das Gesetz verbiete jede materielle Besserstellung von Personalratsmitgliedern. Eine solche verlange der Kläger aber, wenn er die Fortzahlung der IT-Zulage begehre. Hierbei handele es sich um eine Aufwandsentschädigung für eine „Nebentätigkeit“, die der Kläger während der Freistellung als Personalratsvorsitzender nicht mehr erbringe.

8

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen und der Anschlussberufung des Klägers entsprochen, mit der dieser seine Klage um den Antrag zu 3. erweitert hat. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte den Klageabweisungsantrag weiter. Der Kläger beantragt - nach

9



Rücknahme eines zunächst noch verfolgten Feststellungsantrags - die Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe

Die zulässige Revision ist unbegründet. Die Vorinstanzen haben der Klage in dem zuletzt noch streitbefangenen Umfang zu Recht stattgegeben. 10

I. Die in der zweitinstanzlichen Klageerweiterung liegende Anschlussberufung des Klägers ist zulässig, soweit sie noch Gegenstand der Revisionsentscheidung ist. Der Kläger hat die Anschlussberufung insoweit form- und fristgerecht innerhalb der Berufungserwiderungsfrist des § 524 Abs. 2 Satz 2 ZPO eingelegt. Dass er den Schriftsatz vom 21. Dezember 2009 nicht ausdrücklich als Anschlussberufung bezeichnet hat, ist unschädlich. Das Anschlussrechtsmittel muss nicht als solches bezeichnet werden. Es genügt, dass schriftsätzlich klar und deutlich der Wille zum Ausdruck gebracht wird, eine Änderung des vorinstanzlichen Urteils zugunsten des Rechtsmittelbeklagten zu erreichen. Diesen Anforderungen ist genügt, wenn der Rechtsmittelbeklagte die Klage erweitert. Eine Beschwer ist für die Anschlussberufung nicht erforderlich (*vgl. BAG 10. Februar 2009 - 3 AZR 728/07 - Rn. 11, AE 2009, 331*). 11

II. Der Kläger kann auch nach seiner Freistellung als Personalratsmitglied nach § 46 Abs. 2 Satz 1 BPersVG die Zahlung der tätigkeitsunabhängigen Funktionsstufe 1 für die Zeit vom Oktober 2008 bis Dezember 2009 in der geltend gemachten Höhe beanspruchen. Das entspricht dem Benachteiligungs- und Begünstigungsverbot des § 8 BPersVG. 12

1. Nach § 46 Abs. 2 Satz 1 BPersVG hat die Versäumnis von Arbeitszeit, die zur ordnungsgemäßen Durchführung von Aufgaben des Personalrats erforderlich ist, keine Minderung der Dienstbezüge oder des Arbeitsentgelts zur Folge. Für die Weiterzahlung des Entgelts während der Freistellung gelten die gleichen Grundsätze wie bei der notwendigen Arbeitsversäumnis für Personalratstätigkeiten (*Treber in Richardi/Dörner/Weber BPersVG 3. Aufl. § 46 Rn. 78*). 13



mwN). Das Personalratsmitglied hat daher für die Dauer der Freistellung Anspruch auf Fortzahlung des Arbeitsentgelts, das es erhalten hätte, wenn es keine Personalratstätigkeit verrichtet, sondern gearbeitet hätte. Die fortzuzahlende Vergütung bemisst sich nach dem „Lohnausfallprinzip“. Die Versäumung von Arbeitszeit, die zur ordnungsgemäßen Durchführung der Aufgaben des Personalrats erforderlich ist, darf nicht zu einer Minderung des Arbeitsentgelts führen (*vgl. BAG 16. Februar 2005 - 7 AZR 95/04 - Rn. 14 mwN, AP BPersVG § 46 Nr. 26 = EzA BPersVG § 46 Nr. 3; zum BetrVG BAG 5. Mai 2010 - 7 AZR 728/08 - Rn. 29, BAGE 134, 233*).

2. Nach § 8 BPersVG dürfen Personalratsmitglieder wegen ihrer Tätigkeit weder benachteiligt noch begünstigt werden. Das Benachteiligungs- und Begünstigungsverbot untersagt jede nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung der geschützten Personen gegenüber anderen vergleichbaren Beschäftigten. Benachteiligung ist jede Zurücksetzung oder Schlechterstellung, Begünstigung jede Besserstellung oder Vorteilsgewährung. Die Benachteiligung oder Begünstigung ist verboten, wenn sie im ursächlichen Zusammenhang mit der Wahrnehmung personalvertretungsrechtlicher Aufgaben und Befugnisse steht und nicht aus sachlichen Gründen erfolgt. Dabei genügt das objektive Vorliegen einer Begünstigung oder Benachteiligung des Funktionsträgers wegen seiner Amtstätigkeit. Auf eine Begünstigungs- oder Benachteiligungsabsicht kommt es - entgegen der Auffassung der Revision - nicht an (*BAG 7. November 2007 - 7 AZR 820/06 - Rn. 24, BAGE 124, 356*). Eine unzulässige Begünstigung liegt vor, wenn ein Personalratsmitglied nur wegen seiner Personalratstätigkeit eine höhere Vergütung erhält. Das Verbot einer Besserstellung folgt aus der Unentgeltlichkeit und Ehrenamtlichkeit der Personalratstätigkeit (§ 46 Abs. 1 BPersVG), deren Wahrnehmung keine zu vergütende Arbeit darstellt. Es dient der inneren und äußeren Unabhängigkeit der Personalratsmitglieder (*vgl. BAG 7. November 2007 - 7 AZR 820/06 - Rn. 24, aaO; 16. Februar 2005 - 7 AZR 95/04 - Rn. 15, AP BPersVG § 46 Nr. 26 = EzA BPersVG § 46 Nr. 3; zum BetrVG 5. Mai 2010 - 7 AZR 728/08 - Rn. 28, BAGE 134, 233*). Auf der anderen Seite darf die Personalratstätigkeit auch nicht zu Einbußen im Arbeitsentgelt führen. Während der Freistellung ist ein freigestelltes Personalratsmitglied so zu

14

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



behandeln, als übe es seine bisherige arbeitsvertraglich geschuldete Tätigkeit weiterhin aus.

3. Hiernach hat ein Personalratsmitglied während der Freistellung Anspruch auf alles, was ihm bisher zur Abgeltung seiner Arbeitsleistung gewährt wurde (vgl. BAG 7. November 2007 - 7 AZR 820/06 - Rn. 24, BAGE 124, 356). 15

a) Zu der während der Freistellung fortzuzahlenden Vergütung gehören insbesondere die monatlichen Grundbezüge einschließlich der Amts- und Stellenzulagen, die dem Personalratsmitglied auf seinem Dienstposten als Gegenleistung für seine Tätigkeit zustehen. Die Tatsache, dass eine bestimmte Tätigkeit von dem freigestellten Personalratsmitglied nicht mehr ausgeübt wird, rechtfertigt nicht den Wegfall der mit der Tätigkeit verbundenen Zulagen. Das freigestellte Personalratsmitglied kann deshalb etwa weiterhin Erschwerniszulagen für Dienst zu ungünstigen Zeiten (Nacht-, Feiertags- und Wochenenddiensten) verlangen (vgl. BVerwG 13. September 2001 - 2 C 34.00 - AP LPVG Niedersachsen § 39 Nr. 1; ebenso für Ansprüche aus einem gesetzlichen Liquidationspool BAG 17. Februar 1993 - 7 AZR 373/92 - zu II 1 der Gründe, BAGE 72, 268; vgl. zur Entgeltfortzahlung BAG 1. Dezember 2004 - 5 AZR 68/04 - Rn. 25, AP EntgeltFG § 4 Nr. 68 = EzA EntgeltfortzG § 4 Tarifvertrag Nr. 52). 16

b) Dagegen gehören Entschädigungen für einen Aufwand, der nur bei tatsächlicher Arbeit angefallen wäre und der infolge der Befreiung von der Arbeitspflicht nicht mehr entsteht, nicht zum fortzuzahlenden Arbeitsentgelt im Sinne von § 46 Abs. 2 Satz 1 BPersVG (vgl. BAG 27. Juli 1994 - 7 AZR 81/94 - zu I der Gründe, AP BPersVG § 46 Nr. 14; 16. August 1995 - 7 AZR 103/95 - zu 1 b der Gründe, AP TVG § 1 Tarifverträge: Lufthansa Nr. 19 = EzA BetrVG 1972 § 37 Nr. 128; BVerwG 13. September 2001 - 2 C 34.00 - AP LPVG Niedersachsen § 39 Nr. 1; zum BetrVG BAG 25. Februar 2009 - 7 AZR 954/07 - Rn. 17). 17



4. Danach kann der Kläger Zahlung der Funktionsstufe 1 für IT-Fachbetreuung auch während der Dauer der Freistellung für die Zeit vom 1. Oktober 2008 bis zum 31. Dezember 2009 verlangen. 18
- a) Die Funktionsstufe 1 für IT-Fachbetreuung gehört nach § 46 Abs. 2 Satz 1 BPersVG zu dem nach dem Lohnausfallprinzip fortzuzahlenden Arbeitsentgelt des Klägers. Es handelt sich um eine Zulage für besondere Aufgaben und nicht um eine Form der Aufwandsentschädigung. Der Entzug der Funktion als IT-Fachbetreuer im Zuge der Freistellung des Klägers für Personalratstätigkeit ist wegen § 8 BPersVG jedenfalls hinsichtlich der Vergütung des Klägers unbeachtlich. 19
- aa) Der Vergütungsanspruch des Klägers folgt aus § 46 Abs. 2 Satz 1 BPersVG. Die Beklagte hat dem Kläger die Funktionsstufe 1 als zusätzliches Entgelt nach § 16 Abs. 1 Buchst. b iVm. § 20 Abs. 4 Anlage 2.1 Teil I TV-BA für die Wahrnehmung der Funktion als IT-Fachbetreuer gezahlt. Der Umstand, dass der Kläger diese Tätigkeit während seiner Freistellung als Personalratsvorsitzender nicht ausüben kann, lässt den Anspruch auf die Funktionsstufe nicht entfallen. Vielmehr steht dem das Lohnausfallprinzip des § 46 Abs. 2 Satz 1 BPersVG entgegen. Ohne seine Freistellung hätte der Kläger nach den vom Landesarbeitsgericht getroffenen Feststellungen und der von der Beklagten gefertigten Dokumentation über die Mitarbeitergespräche vom 4. August 2008 und vom 25. September 2008 die Tätigkeit als IT-Fachbetreuer weiterhin ausgeübt. Eine Verletzung des Lohnausfallprinzips und ein Verstoß gegen das Begünstigungsverbot läge nur vor, wenn die Funktion des IT-Fachbetreuers und die damit verbundenen Aufgaben unabhängig von der Freistellung des Klägers im streitbefangenen Zeitraum weggefallen wären. Das war aber nicht der Fall. 20
- bb) Der Anspruch auf die Zahlung der Funktionsstufe ist auch nicht deshalb entfallen, weil die Beklagte die Übertragung der Aufgabe als IT-Fachbetreuer mit Schreiben vom 15. Oktober 2008 widerrufen hat. Der Widerruf verstieß gegen § 8 BPersVG und ist daher jedenfalls vergütungsrechtlich unbeachtlich. Er erfolgte nur deshalb, weil der Kläger im Rahmen seiner Personalratstätigkeit 21



von der Arbeitsleistung in vollem Umfang freigestellt wurde. Andere Gründe für den Widerruf gab es nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts nicht.

b) Der Anspruch des Klägers ist auch der Höhe nach begründet. Nach § 20 Abs. 4 Satz 1 iVm. der Anlage 2 des zum jeweiligen Zeitpunkt gültigen TV-BA kann der Kläger als Funktionsstufe 1 für die Monate Oktober bis Dezember 2008 jeweils 181,00 Euro brutto verlangen. Ab dem 1. Januar 2009 erhöht sich der monatliche Zahlungsanspruch auf 187,00 Euro brutto. Daraus errechnen sich die vom Kläger geltend gemachten Beträge. Die Zinsforderungen ergeben sich aus §§ 286, 288 BGB. 22

III. Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 91, 97 ZPO. 23

Linsenmaier

Schmidt

Kiel

Coulin

M. Zwisler



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
([mobile App](#))

