

Aktenzeichen: 7 AZR 543/94  
Bundesarbeitsgericht 7. Senat

Urteil vom 11. Januar 1995  
- 7 AZR 543/94 -

I. Arbeitsgericht  
Bonn

Urteil vom 17. Dezember 1993  
- 4 Ca 1846/93 -

II. Landesarbeitsgericht  
Köln

Urteil vom 19. April 1994  
- 11 Sa 192/94 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein  
Für die Fachpresse : Ja  
Für das Bundesarchiv : Nein

N

Entscheidungsstichwort:

Urlaubsentgeltberechnung bei Betriebsratsmitgliedern

Gesetz:

BetrVG § 37 Abs. 3 Satz 2 Halbsatz 2; BGB § 611

Leitsatz:

Für die Berechnung des Urlaubsentgelts eines Betriebsratsmitglieds sind bei der Ermittlung des durchschnittlichen Arbeitsverdienstes auch die im Referenzzeitraum erfolgten Ausgleichszahlungen nach § 37 Abs. 3 Satz 2 Halbsatz 2 BetrVG zu berücksichtigen.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

7 AZR 543/94

-----  
11 Sa 192/94 Köln

Verkündet am  
11. Januar 1995

Siegel,  
Amtsinspektorin  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

U r t e i l

In Sachen

pp.

hat der Siebte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 11. Januar 1995 durch den Vorsitzenden Richter Professor Dr. Weller, den Richter Professor Dr. Steckhan



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

und die Richterin Schmidt sowie die ehrenamtlichen Richter  
Niehues und Bea für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des  
Landesarbeitsgerichts Köln vom 19. April 1994  
- 11 Sa 192/94 - wird auf Kosten der Beklagten  
zurückgewiesen.

V o n   R e c h t s   w e g e n   !

T a t b e s t a n d :

Die Parteien streiten um die Berechnung des Urlaubsentgelts.  
Die Beklagte betreibt ein Unternehmen des Sicherheits- und Über-  
wachungsgewerbes. Der Kläger ist bei ihr seit 1985 als Teilzeit-  
arbeitskraft beschäftigt. Auf das Arbeitsverhältnis der Parteien  
ist der allgemeinverbindliche Manteltarifvertrag für das Wach-  
und Sicherheitsgewerbe in Nordrhein-Westfalen vom 2. April 1993  
(MTV) mit Wirkung ab 1. Januar 1993 anzuwenden. Im MTV ist u.a.  
bestimmt:

"Ziffer 7.7:

Der Durchschnittsverdienst je Urlaubstag wird da-  
durch ermittelt, daß der Gesamtbruttoverdienst  
des Arbeitnehmers während der letzten drei Monate  
durch 78 geteilt wird. Zahlungen im Krankheits-  
falle (über den Lohnfortzahlungsanspruch hinaus),  
Gratifikationen oder sonstige Einmalzahlungen  
bleiben bei der Ermittlung des Gesamtarbeitsver-  
dienstes außer Ansatz. Krankheitstage ohne Lohn-  
fortzahlungsanspruch und Arbeitstage, für die der  
Arbeitnehmer infolge von Freistellung von der Ar-  
beit (unbezahlter Urlaub) keinen Lohn erhalten



hat, werden von der Teilungszahl 78 abgezogen, nicht dagegen pflichtwidrig versäumte Arbeitszeit...."

Seit 1987 gehört der Kläger dem bei der Beklagten gebildeten Betriebsrat an. Aus betriebsbedingten Gründen verrichtete er seine Betriebsratstätigkeit regelmäßig außerhalb seiner Arbeitszeit. Ein Freizeitausgleich konnte aus betrieblichen Gründen nicht erfolgen.

Im Januar 1993 nahm der Kläger zwei Tage seines Jahresurlaubs in Anspruch. An weiteren zehn Tagen besuchte er eine Betriebsratsschulung. Für den Zeitraum von zwölf Tagen zahlte ihm die Beklagte ein Urlaubsentgelt, das sie an Hand der Gesamtbruttoverdienste der Monate Oktober bis Dezember 1992 errechnete. Das Gesamtbruttoentgelt enthielt Ausgleichszahlungen nach § 37 Abs. 3 Satz 2 zweiter Halbsatz BetrVG. Auch im Februar 1993 nahm der Kläger an einer zehntägigen Schulungsveranstaltung teil und hatte an zwei weiteren Tagen Urlaub. Der auf zwölf Tage bezogenen Urlaubsentgeltberechnung legte die Beklagte das gesamte Bruttoeinkommen der Monate November bis Dezember 1992 sowie Januar 1993 zugrunde.

Mit Schreiben vom 29. April 1993 kündigte die Beklagte eine Neuberechnung des Urlaubsentgelts auf der Grundlage eines um die Zahlungen nach § 37 Abs. 3 Satz 2 zweiter Halbsatz BertrVG bereinigten Gesamtbruttoeinkommens an. Sie errechnete daraufhin Überzahlungen in rechnerisch unstreitiger Höhe von 1.492,16 DM brutto



für Januar 1993 und von 1.593,96 DM brutto für Februar 1993, wobei auf die vier Urlaubstage im Januar und Februar 1993 ein Betrag von insgesamt 497,72 DM brutto entfiel. Die angenommenen Überzahlungen verrechnete sie mit den Lohnzahlungen für die Monate April 1993 und Mai 1993.

Gegen diesen Lohnabzug wendet sich der Kläger. Er hat die Auffassung vertreten, bei der Urlaubsentgeltberechnung seien auch diejenigen Vergütungen zu berücksichtigen, die ihm im Abrechnungszeitraum anstelle von Freizeitausgleich nach § 37 Abs. 3 Satz 2 zweiter Halbsatz BetrVG gewährt worden seien. Zumindest habe insoweit eine betriebliche Übung bestanden, von der sich die Beklagte nicht einseitig für die Vergangenheit lösen könne.

Der Kläger hat zuletzt beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, an ihn 3.086,02 DM zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Berücksichtigung einer nach § 37 Abs. 3 Satz 2 BetrVG erfolgten Zahlung bei einer Urlaubsentgeltberechnung nach einer tarifvertraglich vorgegebenen Referenzmethode widerspreche dem Begünstigungsverbot des § 78 Satz 2 BetrVG und dem Grundsatz der Ehrenamtlichkeit der Betriebsrattstätigkeit. Zahlungen für einen



aus betrieblichen Gründen nicht möglichen Freizeitausgleich für die außerhalb der persönlichen Arbeitszeit geleistete Betriebsratstätigkeit seien keine Arbeitsvergütung.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat unter Abänderung der erstinstanzlichen Entscheidung die Beklagte verurteilt, an den Kläger 3.086,02 DM zu zahlen. Dagegen wendet sich die Beklagte mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision, mit der sie die Zurückweisung der Berufung erstrebt. In der mündlichen Verhandlung vor dem Senat haben die Parteien hinsichtlich der für den Besuch von Betriebsratsschulungen fortzuzahlenden Arbeitsvergütung einen Vergleich geschlossen.

### E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

1. Rechtshängig im Revisionsverfahren ist nach Abschluß eines Teilvergleichs in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat nur noch ein Betrag von 497,72 DM brutto für insgesamt vier Urlaubstage im Januar und Februar 1993. In Höhe dieses - zwischen den Parteien unstreitigen - Betrages ist die Revision unbegründet. Der Kläger hat insoweit einen Anspruch auf Auszahlung des Restarbeitslohns für die Monate April und Mai 1993 (§ 611 BGB). Seine Lohnansprüche sind nicht durch Aufrechnung erloschen (§ 389 BGB). Unter dem Gesichtspunkt einer ungerechtfertigten Bereicherung (§ 812 Abs. 1 BGB) steht der Beklagten keine Gegenforderung auf Rückzahlung von Urlaubsentgelt zu. Das dem Kläger im Januar und



Februar zu zahlende Urlaubsentgelt für je zwei Urlaubstage ist nach der für das Arbeitsverhältnis geltenden Tarifbestimmung zutreffend berechnet. Bei der Ermittlung des maßgeblichen Tagessatzes waren entgegen der Ansicht der Beklagten auch diejenigen Zahlungen zu berücksichtigen, die der Kläger im jeweiligen Referenzzeitraum als Ausgleich für die aus betrieblichen Gründen außerhalb der Arbeitszeit geleistete Betriebsratstätigkeit unter der Voraussetzung des § 37 Abs. 3 Satz 2 zweiter Halbsatz BetrVG erhalten hat.

2. Der Anspruch des Klägers auf Urlaubsentgelt folgt aus § 611 Abs. 1 BGB. Denn Urlaubsentgelt ist die Fortzahlung der Arbeitsvergütung für die Urlaubszeit (BAG Urteil vom 24. November 1992 - 9 AZR 564/91 - AP Nr. 34 zu § 11 BUrlG, m.w.N.).

a) Für den dem Kläger tarifvertraglich zustehenden Urlaubsanspruch ist das Urlaubsentgelt nach Ziff. 7.7 des MTV zu berechnen. Danach bemißt sich die Urlaubsvergütung nach dem Gesamtbruttoverdienst des Arbeitnehmers während der letzten drei Monate vor Urlaubsbeginn. Gratifikationen und sonstige Einmalzahlungen bleiben außer Ansatz.

Mit der Verwendung des Begriffs "Gesamtbruttoverdienst" in Ziffer 7.7 des MTV ist nichts anderes bezeichnet als mit dem Begriff "Arbeitsverdienst" in § 11 Abs. 1 Satz 1 BUrlG. Nach Ziff. 7.7 des MTV sind ebenso wie in § 11 BUrlG nur die Arbeitsvergütungen der Berechnung der Urlaubsvergütung zugrunde zu



legen, die der Arbeitnehmer als Gegenleistung für seine Tätigkeit in dem maßgeblichen Abrechnungszeitraum erhalten hat. Einmalig gewährte zusätzliche Leistungen sind - wie auch Ziff. 7.7 des MTV zum Ausdruck bringt - nicht in die Berechnung des Urlaubsentgeltes mit einzubeziehen, weil sie nicht als Gegenleistung für eine Tätigkeit im jeweiligen Abrechnungszeitraum gezahlt werden. Maßgeblich sind allein die im Berechnungszeitraum ausgezahlten Beträge. Hat der Arbeitnehmer vor dem Berechnungszeitraum Mehrarbeit geleistet, die Vergütung aber erst im Berechnungszeitraum erhalten, ist auch die Mehrarbeitsvergütung bei der Urlaubsentgeltberechnung zu berücksichtigen (BAG Urteil vom 1. Oktober 1991 - 9 AZR 421/90 - AP Nr. 4 zu § 1 TVG Tarifverträge: Süßwarenindustrie; Stahlhacke, GK-BUrlG, 5. Aufl., § 11 Rz 41; Dersch/Neumann, BUrlG, 7. Aufl., § 11 Rz 42; Leinemann/Linck, Urlaubsrecht, § 11 Rz 37). Das gilt unabhängig davon, ob sie regelmäßig anfällt oder nicht (BAG Urteil vom 8. Juni 1977 - 5 AZR 97/76 - AP Nr. 13 zu § 11 BUrlG, ständige Rechtsprechung).

b) In den letzten drei Monaten vor seinem Urlaubsantritt hat der Kläger auch Zahlungen erhalten, die zum Ausgleich für eine Betriebsrattstätigkeit außerhalb der Arbeitszeit nach § 37 Abs. 3 Satz 2 BetrVG erfolgt waren. Auch sie sind als Mehrarbeitsvergütung der Urlaubsentgeltberechnung zugrunde zu legen.

Nach § 37 Abs. 2 BetrVG ist die Tätigkeit des Betriebsrats grundsätzlich während der Arbeitszeit durchzuführen (BAG Urteil vom 3. Dezember 1987, BAGE 57, 96, 103 = AP Nr. 62 zu § 37 BetrVG, zu II 3 a der Gründe, m.w.N.). Daher muß der Arbeitgeber



nicht nur bei der Zuteilung des Arbeitspensums Rücksicht auf die Belastungen des Betriebsratsmitglieds durch Betriebsratsaufgaben nehmen (BAG Beschluß vom 27. Juni 1990, BAGE 65, 230 = AP Nr. 78 zu § 37 BetrVG), sondern er hat auch durch organisatorische Vorkehrungen dafür zu sorgen, daß die Betriebsratsmitglieder in ihrer Amtseigenschaft regelmäßig nur während der Arbeitszeit in Anspruch genommen werden (BAG Urteil vom 27. August 1982, BAGE 40, 95 = AP Nr. 25 zu § 102 BetrVG 1972; Wiese, GK-BetrVG, 5. Aufl., § 37 Rz 67, m.w.N.; Bengelsdorf, NZA 1989, 905). Kann ausnahmsweise die Betriebsratstätigkeit aus betriebsbedingten Gründen (zu den Anforderungen im einzelnen BAG Beschluß vom 20. Oktober 1993 - 7 AZR 581/92 (A) - AP Nr. 90 zu § 37 BetrVG 1972, auch zum Abdruck in der Amtlichen Sammlung des Gerichts bestimmt - zu B II 2 der Gründe) nur außerhalb der Arbeitszeit durchgeführt werden, hat das Betriebsratsmitglied einen Anspruch auf entsprechende Arbeitsbefreiung unter Fortzahlung des Arbeitsentgelts (§ 37 Abs. 3 BetrVG). Ist aus betriebsbedingten Gründen eine Arbeitsbefreiung innerhalb eines Monats nicht möglich, ist die für die Betriebsratstätigkeit außerhalb der Arbeitszeit aufgewendete Zeit nach Satz 2 zweiter Halbsatz dieser Vorschrift wie Mehrarbeit zu vergüten. Dieser Vergütungsanspruch entsteht daher nur, wenn betriebsbedingte Gründe eine Betriebsratstätigkeit außerhalb der Arbeitszeit erzwingen und danach auch einer entsprechenden Arbeitsbefreiung entgegenstehen. Ein Wahlrecht zwischen beiden Ansprüchen steht weder dem Betriebsratsmitglied noch dem Arbeitgeber zu (Wiese, aaO, § 37 Rz 94; Fitting/Auffarth/Kaiser/Heither, BetrVG, 17. Aufl., § 37 Rz 52; Blanke in Däubler/Kittner/Klebe/Schneider, BetrVG, 4. Aufl., § 37 Rz 65; Hess/Schlochauer/Glaubitz, BetrVG, 4. Aufl., § 37 Rz 64).



c) Wie das Landesarbeitsgericht im Ergebnis zutreffend erkannt hat, sind im Falle des § 37 Abs. 3 Satz 2 zweiter Halbsatz BetrVG die zu erbringenden Zahlungen wie Arbeitsvergütung zu behandeln, die dem Arbeitnehmer für eine über den vertraglich geschuldeten Umfang hinaus erbrachte Arbeitsleistung zusteht.

Bereits nach dem Wortlaut der Vorschrift ist dem Betriebsratsmitglied, das aus betriebsbedingten Gründen Betriebsratsarbeit außerhalb der Arbeitszeit leistet, die aufgewendete Arbeitszeit wie Mehrarbeitszeit zu vergüten (BAG Urteile vom 19. Juli 1977, BAGE 29, 242, 245 = AP Nr. 29 zu § 37 BetrVG 1972, zu 2 b der Gründe, mit Anm. von Schlüter, und vom 7. Februar 1985 - 6 AZR 370/82 - AP Nr. 48 zu § 37 BetrVG 1972). Diese Regelung beruht auf der Erwägung, daß die Inanspruchnahme persönlicher Freizeit nicht durch das Betriebsratsamt sondern aus betriebsbedingten und damit im Interesse des Arbeitgebers liegenden Gründen notwendig geworden ist (BAG Urteil vom 7. Juni 1989 - 7 AZR 500/88 - AP Nr. 72 zu § 37 BetrVG 1972; Wiese, aaO, § 37 Rz 94, 98; Fitting/Auffarth/Kaiser/Heither, aaO, § 37 Rz 41, 63; Joost, Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd., 3 § 300 Rz 51). Unter den Voraussetzungen des § 37 Abs. 3 Satz 2 zweiter Halbsatz BetrVG erbringt das Betriebsratsmitglied eine zusätzliche Leistung, die über die von ihm vertraglich geschuldete Leistung hinausgeht. Das rechtfertigt die Vergütung wie Mehrarbeit. Die Grundsätze der Ehrenamtlichkeit und Unentgeltlichkeit des Betriebsratsamtes werden dadurch nicht in Frage gestellt. Das Betriebsratsmitglied erhält die Vergütung nach § 37 Abs. 3 Satz 2



zweiter Halbsatz BetrVG nicht für seine Betriebsratstätigkeit sondern dafür, daß der Arbeitgeber über seine Arbeitszeit in vollem Umfange verfügen konnte. Für teilzeitbeschäftigte Betriebsratsmitglieder gilt nichts anderes (BAG Urteil vom 7. Februar 1985, aa0).

d) Die von der Revision geäußerten Bedenken, wonach eine Urlaubsentgeltberechnung unter Berücksichtigung der nach § 37 Abs. 3 Satz 2 BetrVG zu erbringenden Zahlungen gegen das Begünstigungsverbot des § 78 Satz 2 BetrVG verstoße, teilt der Senat nicht. Eine Besserstellung gegenüber anderen Arbeitnehmern ist schon deswegen nicht gegeben, weil die Betriebsratsmitglieder auf solche Zahlungsansprüche keinen Einfluß nehmen können. Eine zusätzliche Vergütung erhalten sie nur unter den engen Voraussetzungen des § 37 Abs. 3 Satz 2 zweiter Halbsatz BetrVG. Es müssen nicht nur betriebsbedingte Gründe eine Betriebsratstätigkeit außerhalb der Arbeitszeit erzwungen haben; darüber hinaus muß ein Freizeitausgleich aus betrieblichen Gründen objektiv unmöglich sein. Keineswegs liegt es in den Händen des Betriebsratsmitglieds, einseitig die Rechtsfolge des § 37 Abs. 3 Satz 2 BetrVG herbeizuführen. Der Zahlungsanspruch entsteht nur bei Vorliegen der gesetzlich normierten Voraussetzungen. Ein Sondervorteil gegenüber anderen Arbeitnehmern, die ihre Arbeitszeit nicht beliebig ausdehnen und eine zusätzliche Vergütung erhalten können, ergibt sich nicht. Es stellt dann auch keine nach § 78 Satz 2 BetrVG zu verhindernde Bevorzugung dar, wenn sich die Zahlungen nach § 37 Abs. 3 Satz 2 BetrVG auf das Urlaubsentgelt erhöhend



auswirken. Diese Rechtsfolge hat ihre Ursache in einer tarifvertraglich festgelegten und den gesetzlichen Bestimmungen entsprechenden Berechnungsgrundlage.

3. Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO.

Weller

Schmidt

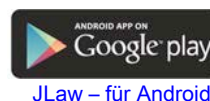
zugleich für den wegen  
einer Kurbehandlung ver-  
hinderten Richter Steckhan

Bea

Niehues



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



Prinz

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



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)